

# O esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de "vítima" no direito internacional

(com atenção especial à prática referente aos Estados da América Latina)

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph.D. (Cambridge), Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Professor Titular de Direito Internacional da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco (Itamaraty), Coordenador da Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade de Brasília

## SUMÁRIO

I. Introdução. II. O esgotamento dos recursos internos na prática dos Estados americanos. 1. A prática dos Estados latino-americanos. 2. A prática dos Estados Unidos e Canadá. 3. Avaliação. III. Questões doutrinárias relativas ao esgotamento dos recursos internos (com atenção especial às teses prevalentes nos Estados americanos). IV. O esgotamento dos recursos internos nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos in-

---

*Trabalho de pesquisa apresentado pelo Autor, em versão original em forma de conferência ministrada, como Professor Visitante, na Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Ferrara, Itália, em 9 de maio de 1983 e, em versão revista, ampliada e atualizada, em forma de duas conferências proferidas no XII Curso de Direito Internacional da Comissão Jurídica Interamericana, aos 12 e 13 de agosto de 1985, realizado na Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, sob os auspícios da Consultoria Jurídica da Organização dos Estados Americanos (OEA).*

*Ressalta o Autor que os conceitos e argumentos contidos no presente trabalho de pesquisa — aqui reproduzido com autorização prévia do Itamaraty — são emitidos unicamente em sua capacidade puramente pessoal, e em nada hão de ser interpretados como refletindo posições oficiais do Ministério das Relações Exteriores.*

*dividuais: antecedentes históricos. V. O esgotamento dos recursos internos no sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos. 1. A prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; a) inadmissibilidade e arquivamento de petições por não-esgotamento; b) adiamento da continuação do exame de petições devido ao não-esgotamento; c) pedidos de informações adicionais sobre o esgotamento; d) arquivamento de casos sem prejuízo de reabertura de seu exame; e, adoção de resoluções; f) presunção de ineficácia dos recursos internos; g) atrasos indevidos e denegação de justiça; h) não-aplicação da regra do esgotamento nos chamados "casos gerais"; i) o ônus da prova quanto ao esgotamento. 2. A prática da Corte Interamericana de Direitos Humanos 3. Avaliação e perspectivas. VI. O esgotamento dos recursos internos sob a Convenção Européia de Direitos Humanos. VII. O esgotamento dos recursos internos em experimentos contemporâneos das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos. 1. O pacto das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos e seu protocolo facultativo. 2. A Convenção Internacional das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 3. O sistema de petições sobre direitos humanos enviadas às Nações Unidas (Comissão de Direitos Humanos da ONU). 4. Avaliação: breve paralelo com o experimento interamericano. VIII. O esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de "vítima" na proteção internacional dos direitos humanos. 1. A construção jurisprudencial européia. 2. As soluções interamericana e das Nações Unidas. IX. Considerações finais. Notas.*

## I. Introdução

No contencioso internacional, tanto no exercício da proteção diplomática de cidadãos no exterior quanto na operação de mecanismos de proteção de direitos individuais, é argumento dos mais utilizados o de que, como os meios de reparação a nível nacional não foram devidamente esgotados, não é permitida a intervenção diplomática ou ação internacional. Esta regra, do esgotamento dos recursos do direito interno, em virtude da qual se deve estender ao Estado a oportunidade de reparar um suposto dano ou ato ilícito no âmbito de seu próprio sistema jurídico interno antes que se possa questionar sua responsabilidade internacional no plano internacional, tem passado por longa evolução histórica, que parece ser hoje estimulada em parte pelos contextos emergentes e distintos em que tem sido invocada.

A exposição da matéria e dos argumentos desenvolvidos no presente estudo segue uma seqüência lógica. Abordaremos de início a questão do esgotamento dos recursos internos na prática dos Estados do continente

americano, para a seguir nos determos em questões doutrinárias — como a da determinação do surgimento da responsabilidade internacional dos Estados e a da denegação de justiça — com atenção especial às teses prevalentes nos Estados americanos. Passaremos, então, gradualmente — através dos experimentos internacionais pioneiros outorgando capacidade processual aos indivíduos —, do plano do direito internacional consuetudinário ao do direito internacional convencional concernente à proteção internacional dos direitos humanos. Assim como anteriormente foi a matéria enfocada com atenção particular à prática dos Estados americanos, a partir daqui a abordaremos com igual atenção à prática dos órgãos internacionais referente aos Estados americanos. De um exame mais detalhado da questão do esgotamento dos recursos internos no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, passaremos a seu tratamento em sistemas congêneres de proteção, a níveis regionais (europeu) e global (*mecanismos das Nações Unidas*), sempre que possível os relacionando à prática sob o referido sistema interamericano.

Há aspectos da matéria em estudo que parecem permanecer em grande parte inexplorados, a requererem maior estudo e discussão, e constituindo possivelmente *terra nova* ou *incógnita* do direito internacional contemporâneo, em que se adentra o presente estudo: tal é o caso da evolução — ainda inexplorada — da noção de “vítima” na proteção internacional dos direitos humanos, que por isso mesmo merecerá atenção toda especial no presente estudo, em um esforço para ligar certos elementos cuja relação não parece estar até o presente claramente estabelecida. Apresentaremos, enfim, as considerações finais, com base nos dados, argumentos e razões detalhadamente expostos e desenvolvidos no decorrer do presente estudo.

## II. O esgotamento dos recursos internos na prática dos Estados americanos

É um princípio clássico do direito internacional que a responsabilidade internacional de um Estado por danos causados a estrangeiros só pode ser implementada a nível internacional depois de esgotados os recursos de direito interno pelos indivíduos em questão, isto é, depois que o Estado reclamado tenha se valido da oportunidade de reparar os supostos danos por seus próprios meios e no âmbito de seu ordenamento jurídico interno. As raízes históricas da longa evolução dessa regra, como comumente entendida hoje, remontam à antiga prática de represálias (séculos IX e XVII), e posteriormente à intervenção diplomática, em casos sempre de origem *privada* ainda que subsequente patrocínados pelo soberano ou Estado do indivíduo lesado. A consagração da referida regra em cartas de represália, tratados, pareceres e doutrina contribuiu decisivamente para a gradual cristalização do princípio do esgotamento dos recursos do direito interno no direito internacional e sua definitiva consolida-

ção como regra do direito internacional consuetudinário já em fins do século XIX<sup>(1)</sup>.

Em sua evolução histórica, a regra do esgotamento dos recursos internos revestiu-se de um caráter essencialmente *preventivo*: como *conditio sine qua non* para o exercício de represálias (em passado mais distante) e para o exercício da proteção diplomática (nos tempos modernos), não raro a referida regra impediu a intervenção, em épocas em que os soberanos e Estados mostravam-se menos relutantes para recorrer à força física do que parecem ser hoje. A regra exerceu assim uma função proeminente ao assegurar uma certa medida de respeito pela soberania dos Estados, minimizando tensões e favorecendo as condições de intercâmbio pacífico e relações comerciais<sup>(2)</sup> entre soberanos e Estados, e levando ao estabelecimento de tribunais (para julgar reclamações) e recursos; excetuavam-se da aplicação da regra os casos de denegação de justiça, atrasos indevidos e outras irregularidades processuais graves<sup>(3)</sup>.

O estudo da prática dos Estados, muitas vezes negligenciado no presente contexto, é de fundamental importância para um entendimento adequado da regra dos recursos internos. Se na prática dos órgãos judiciais e arbitrais sobre a matéria aplicaram-se princípios jurídicos a fim de estabelecer a responsabilidade e determinar a medida de reparação pelos supostos danos, na prática diplomática, de modo distinto, têm-se defrontado os Estados litigantes com o mesmo objetivo. Embora possa haver um paralelismo imperfeito entre as duas práticas como fontes de direito na matéria, parece no entanto existir entre elas um certo equilíbrio na formação de regras costumeiras do direito internacional, para a qual ambas são igualmente importantes<sup>(4)</sup>. Mas se a jurisprudência dos tribunais internacionais sobre o tema possa vez por outra ter-se mostrado inconclusiva<sup>(5)</sup> (sem falar nas correntes doutrinárias), a prática dos Estados parece fornecer indicações razoavelmente claras para uma compreensão do sentido, conteúdo e objetivos da regra do esgotamento dos recursos internos. Por muito que houvessem as decisões arbitrais e judiciais contribuído para clarificar alguns dos pontos mais obscuros relativos à incidência da regra dos recursos internos<sup>(6)</sup>, é sempre recomen-

(1) Para um estudo detalhado, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Origin and Historical Development of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law" 12 *Revue Belge de Droit International / Belgisch Tijdschrift voor Internationaal Recht* (1976) pp. 409-527.

(2) Sobre a influência da regra na criação e desenvolvimento de "standards mínimos", cf. G. SCHWARZENBERGER, *Foreign Investments and International Law*, London, Stevens, 1966, p. 23.

(3) A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Denegação de Justiça no Direito Internacional: Doutrina, Jurisprudência, Prática dos Estados", *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal a. 16, n. 62, abr./jun. 1979, pp. 23-40.

(4) L. REITZER, *La Réparation comme Conséquence de l'Acte Illicite en Droit International*, Paris, Sirey, 1938, pp. 131-133.

(5) J. H. W. VERZIJL, *International Law in Historical Perspectives*, vol. VI, Leiden, Sijthoff, 1973, pp. 634-636, cf. também pp. 637-638 e 731-735.

(6) Cf., recentemente, A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-421.

dável que se proceda a tal estudo com uma visão clara do contexto histórico em que evoluiu a regra no decorrer de muitos séculos (7). O exame da prática dos Estados pode em muito auxiliar nesse propósito; como já procedemos ao exame da rica prática dos Estados europeus a respeito em estudo à parte (8), nos parágrafos que seguem destacaremos exemplos extraídos da prática dos Estados americanos em particular.

### 1. A prática dos Estados latino-americanos

Um estudo da regra dos recursos internos na prática dos Estados latino-americanos poderia desenvolver-se no contexto mais amplo do princípio do *dever de não-intervenção* (9) consistentemente defendido por aqueles Estados. Ultrapassando tal tarefa os propósitos do presente estudo, limitar-nos-emos ao exame da posição assumida pelos Estados latino-americanos em relação à questão do esgotamento dos recursos internos em particular. Foi esse requisito invocado em diferentes casos de reclamações de estrangeiros na América Latina (10) assim como de reclamações de latino-americanos no exterior (11).

Em meados do século XIX tornara-se já prática corrente de alguns Estados latino-americanos promulgar legislação fortalecendo o princípio do esgotamento dos recursos internos (12). Em alguns casos (e.g., a Lei colombiana nº 145, de 1888, artigo 15) dispunha-se que em um contrato celebrado entre o governo e um estrangeiro dever-se-ia inserir uma cláusula segundo a qual deveria esse último "renunciar a qualquer pedido de proteção diplomática de seu país em tudo aquilo que dissesse respeito à execução do contrato, exceto em caso de uma denegação de justiça" (13). Este foi apenas um dos muitos casos de aplicação da chamada cláusula Calvo, pela qual uma pessoa, ao concluir um contrato com um governo

(7) Sobre o papel dos Ministérios das Relações Exteriores na observância ou não da regra dos recursos internos, cf. F. G. DAWSON e I. L. HEAD, *International Law National Tribunals and the Rights of Aliens*, Syracuse University Press, 1971, pp. 23-24 e cf. p. 50.

(8) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Origin and Historical Development..."; *op. cit.* supra n. 1, pp. 514-518, para a prática do Reino Unido, França, Itália e Suíça.

(9) Inter-American Juridical Committee, *Opinion on Contribution of the American Continent to the Principles of International Law that Govern the Responsibility of the State*, Majority Opinion, documento OEA/Ser. I/VI. 2 — CIJ-61, de janeiro de 1962, pp. 3-27.

(10) *Ibid.*, p. 38; *Mémoire des Relations Extérieures de la République Argentine (1892)* p. 500, cit. in J. M. YEPES, "Les problèmes fondamentaux du droit des gens en Amérique", 47 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1934) pp. 107-108 n. 1; *Fontes Juris Gentium (Digest of the Diplomatic Correspondence of the European States — 1856-1871)*, ed. Viktor Bruns, I.a.o.R.V., Berlin, C. Heymans, 1932, Série B, seção I, vol. II, parte I, pp. 507-509; e parte II, pp. 370-372. Sobre a adesão do Peru à regra do esgotamento dos recursos internos, cf. documento transcrito in *Relatório Apresentado...*, *op. cit.* infra n. 24, pp. 19-20.

(11) Ministério das Relações Exteriores, *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores (1846-1951)*, M.R.E., ed. 1967, pp. 539-542 (cf. infra).

(12) OEA, documento OEA/Ser. I/VI. 2 — CIJ-61, de janeiro de 1962, p. 39; A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, London, Longmans, 1938, p. 458.

(13) *Cit.* in J. M. Yepes, *op. cit.* supra n. 10, p. 106.

estrangeiro, concorda em não invocar a proteção diplomática de seu Estado para solucionar eventuais questões decorrentes da execução do contrato, e em submeter tais questões aos tribunais locais competentes em conformidade com o direito interno do Estado de residência (14).

A relação precisa entre a cláusula Calvo e a regra dos recursos internos tem gerado grande controvérsia. Em suma, tem-se de início afirmado que a cláusula Calvo, sendo uma estipulação sobre o esgotamento dos recursos internos, tornar-se-ia assim uma reafirmação supérflua da regra (15). Tem-se também asseverado que a cláusula Calvo codifica a regra do esgotamento dos recursos internos (16). De modo um tanto mais elaborado, tem-se mantido que, embora haja uma identificação da cláusula Calvo com a regra dos recursos internos, esta última opera como regra do direito internacional costumeiro, ao passo que a primeira gera para o estrangeiro uma obrigação, qual seja, a de obrigar-se sob a jurisdição territorial (17) (do Estado com o qual concluiu o contrato contendo a cláusula). Na verdade, ao excluir os pedidos de proteção diplomática, a cláusula Calvo torna a competência dos tribunais internos *exclusiva*, e não apenas *preliminar* como ocorre com a regra dos recursos internos (18); admite-se, portanto — deixando de lado a proteção diplomática —, que a cláusula seja empregada em matéria contratual (subordinada ao direito interno e aos tribunais nacionais) (19).

Os anos derradeiros do século XIX testemunharam uma vasta prática de tratados requerendo o esgotamento dos recursos internos, em uma tentativa de se estabelecer limites ao exercício da proteção diplomática e de se reservar aos tribunais locais a competência para examinar todas as reivindicações legais. Dispositivos nesse sentido foram inseridos em

(14) C. CALVO, *Le Droit International Théorique et Pratique*, 5.<sup>a</sup> ed., Paris, A. ROUSSEAU ed., 1896, vol. I, §§ 185-205, pp. 322-351; vol. III, §§ 1220-1297, pp. 142-150; vol. IV, § 256, p. 231; e cf. também *ibid.*, vol. I, § 110, p. 287; vol. III, § 1278, p. 140.

(15) P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public*, vol. II, Genève, Georg, 1954, pp. 25-28; K. LIPSTEIN, "The Place of the Calvo Clause in International Law", *British Year Book of International Law* (1945) pp. 130-145; Ph. C. JESSUP, *A Modern Law of Nations*, N.Y., MacMillan, 1948, p. 111. *A contrario sensu*, E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, "International Responsibility", *Manual of Public International Law* (ed. M. Sorensen), London, MacMillan, 1968, pp. 590-593; e cf. C. SEPULVEDA, *Curso de Derecho Internacional Público*, 5.<sup>a</sup> ed., México, Ed. Porrúa, 1973, pp. 233-234. Para um estudo detalhado do tema, cf. D. R. SHEA, *The Calvo Clause*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955, pp. 1 ss.

(16) A. SARHAN, *L'Épuisement des Recours Internes en Matière de Responsabilité Internationale* (tese), Paris, Université de Paris, 1962, p. 77.

(17) C. H. F. LAW, *The Local Remedies Rule in International Law*, Geneva, Droz, 1961, pp. 127-130.

(18) J. CHAPEZ, *La Règle de l'Épuisement des Voies de Recours Internes*, Paris, Pédone, 1972, p. 76; sugere o autor que a cláusula parece assim bem mais próxima a uma objeção de domínio reservado do que a uma objeção de não-esgotamento de recursos internos. Para um estudo comparativo entre estas duas objeções, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Domestic Jurisdiction and Exhaustion of Local Remedies: A Comparative Analysis", *16 Indian Journal of International Law* (1976) pp. 187-218.

(19) J. CHAPEZ, *op. cit.*, supra n. 18, pp. 81-83; cf. também D. R. SHEA, *op. cit.*, supra n. 15, pp. 258-268.

vários tratados celebrados entre países latino-americanos e europeus<sup>(20)</sup> assim como países latino-americanos entre si<sup>(21)</sup>. Reconhecendo a configuração da responsabilidade do Estado por denegação de justiça, tais dispositivos no entanto enfatizavam "a necessidade de fazer uso dos recursos de direito interno em todos os casos em que danos houvessem sido causados a estrangeiros"<sup>(22)</sup>.

Outro experimento (utilizado pelo México) consistia em estabelecer comissões de reclamações internas (em 1911) com a finalidade de julgar ações interpostas por estrangeiros<sup>(23)</sup>. A prática do Brasil registra diversos exemplos de aplicação do requisito do prévio esgotamento dos recursos de direito interno, no segundo meado do século XIX<sup>(24)</sup> e em diferentes épocas<sup>(25)</sup>, em casos de reclamações de estrangeiros no Brasil; o Ministro das Relações Exteriores reafirmou em termos inequívocos o princípio do esgotamento dos recursos internos ao expor em 1895 as diretrizes do

---

(20) Cf. sete desses tratados enumerados in J. M. YEPES, *op. cit.* supra n. 10, pp. 104-105 n. 1; cf. também C. P. PANAYOTACOS, *La Règle de l'épuisement des Votes de Recours Internes*, Marseille, Mouillot, 1952, p. 56 n. 39.

(21) Cf. onze desses tratados in J. M. YEPES, *op. cit.* supra n. 10, pp. 103-104 n. 1.

(22) A. V. FREEMAN, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, London, Longmans, 1938, pp. 495 e 490-491. Cf. também J. IRIZARRY Y PUENTE, "The Concept of 'Denial of Justice' in Latin America", 43 *Michigan Law Review* (1944) pp. 386 ns. 9 e 12, 387 n. 13, 388 n. 18, e 392-393. *Mas cf.*, para renúncia da regra dos recursos internos, e.g., A. H. FELLER, *The Mexican Claims Commissions (1923-1934)*, N. Y., MacMillan, 1935, p. 34; F. K. NIELSEN, *International Law Applied to Reclamations*, Washington, J. Byrne & Co., 1933, p. 70.

(23) Com efeito, tais comissões nacionais — aplicando o direito internacional — têm sido utilizadas nos dois últimos séculos também fora da América Latina, havendo exemplos em que elas excluíram e deixaram de aplicar a regra do esgotamento dos recursos internos. E. M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, N.Y., Banks Law Publ. Co., 1916, p. 818 n. 3; G.C. Thorpe, *Preparation of International Claims*, Kansas, Vernon-West Publ. Co., 1924, pp. 33 e 26; R. B. LILLICH, *International Claims: Their Adjudication by National Commissions*, Syracuse University Press, 1962, pp. 71-75, 100, e também pp. 5-40 para a prática de tratados.

(24) Para exemplos ocorridos em 1856, 1882, 1895 a 1897, cf. *Relatório da Repartição dos Negócios Estrangeiros* (apresentado à Assembléa Geral Legislativa na 4.<sup>a</sup> sessão da 9.<sup>a</sup> legislatura pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado José Maria da Silva Paranhos), Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1856, Anexo H, pp. 47-48, e cf. pp. 45-46; cf. também JOSÉ MANOEL CARDOSO DE OLIVEIRA, *Actos Diplomáticos do Brasil*, Rio de Janeiro, Typ. do Jornal do Commercio (de Rodrigues & Cia.), 1912, vol. I (1493-1870), p. 208, e vol. II (1871-1912), pp. 114, 217-218 e 251; cf. também, sobre o mesmo caso, *Relatório Apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil pelo Ministro das Relações Exteriores* (CARLOS AUGUSTO DE CARVALHO), Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1896, pp. 12-13, e Anexo 1, n.º 6, pp. 14-15. Em outro caso opondo a legação britânica ao governo brasileiro, o da Companhia de Seguros *English Queen* (1875), o Visconde de Caravellas rejeitou uma alegação de denegação de justiça, afirmando ao *chargé d'affaires* britânico que não poderia o governo imperial "ser compelido a indenizar a quem quer que se considere lesado por decisões injustas de tribunais, seja o reclamante nacional ou estrangeiro"; OEA, documento OEA/Ser. I/VI.2 — CIJ-61, de janeiro de 1962, p. 38; e cf. também J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit.* supra, vol. II, pp. 55-56; e cf. J. Irizarry y Puente, *op. cit.* supra n. 22, pp. 386-388.

(25) Como, *inter alia*, o do caso *H. Lowndes v. Banco do Brasil* (1897); cf. J. IRIZARRY Y PUENTE, *op. cit.* supra n. 22, pp. 392-393. Cf., ademais, parecer de 1951 de Levi Carneiro, in Ministério das Relações Exteriores, *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores* (1946-1951), ed. MRE, 1967, pp. 539-542. Cf. também Relatório do M.R.E. de 1896, cit. supra n. 24, pp. 16-17, e cf. p. 14 e Anexo 1, n.º 7, p. 16.

governo brasileiro no tratamento de reclamações estrangeiras<sup>(26)</sup>. Em recente caso de pedido de proteção diplomática (de 1976) de escritório do Banco do Estado de São Paulo (BANESPA) em Beirute, por danos sofridos em decorrência da guerra civil no Líbano, o Ministério das Relações Exteriores do Brasil opinou que o Banco deveria primeiramente esgotar os recursos internos no Líbano, só se justificando intervenção diplomática — uma vez esgotados tais recursos em caso de denegação de justiça<sup>(27)</sup>.

No tocante à solução pacífica de controvérsias internacionais, o artigo VII do Tratado Americano de Soluções Pacíficas (ou Pacto de Bogotá, de 1948) condiciona as representações diplomáticas — na proteção de cidadãos no exterior — ao prévio esgotamento dos recursos internos<sup>(28)</sup>. A prática dos Estados latino-americanos sobre o esgotamento de recursos do direito interno deixou traços também em tentativas de codificação do direito relativo à responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros<sup>(29)</sup> (cf. infra). O estudo da posição dos países latino-americanos em relação à regra dos recursos internos se estende igualmente à sua vasta prática de conferências internacionais, que deu origem a diversos instrumentos relevantes contendo asserções do princípio do esgotamento dos recursos internos<sup>(30)</sup>. Aos 25 de agosto de 1961, a Comissão Jurídica

- (26) Resulta a exposição *inter alia* que "o que (...) não pode ser proclamado como princípio dominante nas reclamações em favor de estrangeiros é que o Poder Judiciário seja posto de lado e que o Executivo, substituindo-o, imponha ou aceite doutrinas de ocasião; o que (...) não pode ser aplaudido é a insistência para que se confundam as atribuições dos dois Poderes, revelada assim mais ou menos discretamente certa desconfiança na eficácia dos Poderes constitucionais". *Relatório Apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil pelo Ministro das Relações Exteriores (CARLOS AUGUSTO DE CARVALHO)*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1895, p. 92, e cf. pp. 90-94 para outras ponderações a respeito; enquanto em muitos casos foi reconhecida a procedência das reclamações, em muitos outros foram as reclamações recusadas com indicação dos meios judiciais a serem utilizados pelos interessados. — Mas, para casos cuja solução não foi muito clara, cf. J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, op. cit. supra n. 24, vol. I, pp. 280 e 294, e cf. p. 293; CLOVIS BEVILAQUA, *Direito Público Internacional*, vol. I, Rio de Janeiro, Livr. Francisco Alves, 1910, pp. 217-218.
- (27) A. A. CAÑADO TRINDADE, *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1961-1981)*, Brasília, FUNAG/MRE, 1984, pp. 155-156.
- (28) Texto in OEA, documento OEA/Ser. I/VI. 2 — CIJ-81, de 1962, p. 40. E cf. reservas da Argentina e dos Estados Unidos in *Inter-American Juridical Yearbook* (1952-1954) p. 61, cf. pp. 90-93, e demais comentários in *Inter-American Juridical Yearbook* (1955-1957) pp. 96-97; A. MIAJA DE LA MUELA, "El Agotamiento de los Recursos Internos como Supuesto de las Reclamaciones Internacionales", *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional* (1963) pp. 51-52.
- (29) Cf. principalmente: Rapporteur G. GUERRERO (Subcomissão, 1926), "Report of the League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law", *League of Nations doc. C.46.M.23.1926.V*, in *League of Nations, Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law*, vol. II — Documentos (ed. S. Rosenne), N.Y., Oceana, 1972, pp. 116-117 e 127-128, cf. pp. 118-131; F. V. GARCIA AMADOR, "First Report on State Responsibility", *Yearbook of the International Law Commission* (1958) — II, p. 205 ¶ 169.
- (30) Cf. principalmente: I Conferência (1889-1890): declaração de uma comissão de estudo; II Conferência (1901-1902): artigo 3 de uma convenção sobre direitos de estrangeiros; VI Conferência (1926): artigo 2 de uma convenção sobre o status de estrangeiros; Conferência de 1933: artigo 11 da Convenção sobre os Direitos e Deveres dos Estados, e resolução adotada; VIII Conferência (1938): propostas mexicanas ecoando a cláusula Calvo e a doutrina Drago e a proibição do uso da força para a cobrança de dívidas contratuais, Cf. *The International Conferences of American States (1889-1928)* (ed. J. B. Scott), London, Oxford University Press, 1931, pp. 45-415; I. Fabela, *Intervention*, Paris, Pédone, 1961, pp. 156-166 e 178; OEA, documento OEA/Ser. I/VI. 2 — CIJ-81, de janeiro de 1962, p. 39.

Interamericana divulgou parecer sobre a *Contribuição do Continente Americano para os Princípios do Direito Internacional Regendo a Responsabilidade do Estado*; o estudo limitava-se à prática dos países latino-americanos, considerada pela Comissão em muitos aspectos distinta da prática norte-americana (esta última baseada em princípios defendidos pelos países europeus no século XIX, e não representando uma nova corrente). O parecer da maioria, de 1961, representava os pontos de vista de dezesseis países latino-americanos sobre a matéria, enquanto que os dos Estados Unidos foram consignados em um parecer subsequente, emitido pela Comissão em 1965<sup>(31)</sup>. O parecer majoritário de 1961 subordinava enfaticamente todas as reclamações diplomáticas ao princípio do prévio esgotamento dos recursos internos, princípio este que, no continente americano, segundo o parecer, "é não meramente processual mas substantivo"<sup>(32)</sup>.

## 2. A prática dos Estados Unidos e Canadá

Há ampla evidência, historicamente comprovável, da observância da regra do esgotamento dos recursos internos pelo governo dos Estados Unidos em sua prática no século XIX. Poder-se-iam mencionar nada menos de quinze casos pertinentes compilados por J. B. Moore<sup>(33)</sup>, os quais consistentemente endossaram a regra dos recursos internos, tornando proeminente seu caráter *preventivo* com relação à interposição diplomática. Considerava-se que apenas em circunstâncias excepcionais tornaria-se desnecessário o esgotamento dos recursos internos: e.g., onde fosse a justiça local deficiente ou inexistente, conforme exemplificado pelo muito citado pronunciamento do Secretário de Estado Fish (de 29 de maio de 1873), segundo o qual "a claimant in a foreign State is not required to exhaust justice in such State when there is no justice to exhaust"<sup>(34)</sup>; ou onde os recursos internos não mais tivessem sido utili-

(31) Parecer da maioria, de 1961, in OEA, documento cit., ref. CIJ-61, pp. 37-41; cf. também *Yearbook of the International Law Commission (1969)* — II, p. 129 § 19. Para a oposição do governo dos Estados Unidos aos pontos de vista latino-americanos (na época em que o parecer da maioria estava sendo redigido), cf. *Department of State Bulletin (1959)* pp. 666-669. Parecer suplementar de 1965 (contando os pontos de vista norte-americanos) in OEA, documento cit., ref. CIJ-78, pp. 1-12.

(32) OEA, documento OEA/Ser.L/VI.2 — CIJ-61, de 1962, p. 37, cf. pp. 37-41. Em seu primeiro relatório (de 1956) sobre a responsabilidade dos Estados à Comissão de Direito Internacional da ONU, García Amador (*op. cit. supra* n. 29, p. 265, § 189) endossou a tese mantida pela prática dos Estados latino-americanos de que não seria incompatível com o propósito essencial da regra do esgotamento dos recursos internos exigir que o estrangeiro faça uso de todos os recursos de direito interno — ressalvados casos de denegação de justiça — ou exigir que o Estado não exerça proteção diplomática de forma alguma se seus nacionais (no exterior) tiverem livre acesso aos tribunais locais; a aplicação da regra do esgotamento estaria, de qualquer modo, sujeita à condição de ser adequada a reparação. Sobre a jurisprudência da Corte Centro-Americana de Justiça (1907-1917) acerca do esgotamento dos recursos de direito interno, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century", 24 *Netherlands International Law Review* (1977) pp. 378-377.

(33) J. B. MOORE, *A Digest of International Law*, vol. VI, Washington, Government Printing Office, 1906, pp. 652-671.

(34) J. B. MOORE, *op. cit. supra* n. 33, vol. VI, p. 677.

zados<sup>(35)</sup>, ou ainda onde fossem considerados insuficientes<sup>(36)</sup>. Tais casos, entretanto, compartilhavam a natureza de situações excepcionais, permanecendo inequívoca a regra geral segundo a qual deverá o estrangeiro ter esgotado todos os recursos internos disponíveis anteriormente à intervenção diplomática por parte de seu Estado; se não houver sido cumprido tal requisito, não estará o cidadão em questão habilitado a beneficiar-se da proteção diplomática<sup>(37)</sup>.

A prática norte-americana do século presente aparentemente não sofreu quaisquer transformações substanciais com relação ao tema<sup>(38)</sup>. Em certa ocasião, por exemplo, uma companhia manufatureira norte-americana solicitou informação ao Departamento de Estado quanto à possibilidade de apresentação de reclamação junto ao governo russo concernente ao valor de bens supostamente destruídos por manifestantes, ao serem transportados por ferrovia na Rússia. Respondeu o Departamento de Estado (aos 22 de janeiro de 1908) que aparentemente não fora impetrada nos tribunais russos qualquer ação de indenização por perdas e danos; "na ausência de qualquer tentativa de assegurar reparação por meio de medidas judiciais, não haveria base suficiente que possibilitasse ou autorizasse o Departamento a patrocinar a causa diplomática"<sup>(39)</sup>. Novamente em 1915 ressaltou o Departamento de Estado "a regra de direito internacional geralmente aceita" de que "a parte interessada deverá esgotar os seus recursos judiciais internos antes que se torne apropriada a intervenção diplomática"<sup>(40)</sup>. Em diversas ocasiões subsequentes foi tal princípio expressamente reiterado pelo Departamento de Estado<sup>(41)</sup>.

(35) Cf. *ibid.*, p. 682.

(36) In *ibid.*, p. 691. A única "exceção" ao princípio da reparação interna era em caso de denegação de justiça, ponto corroborado pela prática dos Estados Unidos no período em exame; cf. *ibid.*, pp. 681 e 686-689.

(37) Cf. vários casos ilustrando pontos diversos. in *ibid.*, pp. 651-693.

(38) Cf. o caso *Ferrara*, in *ibid.*, pp. 672-675.

(39) MS. Department of State, file 10877, cit. in G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, Washington, Government Printing Office, 1943, p. 501.

(40) Cit. in M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 3, Washington, Department of State Publ., 1970, p. 770.

(41) In M. M. WHITEMAN, *op. cit.* supra n. 40, vol. 3, pp. 771-772; G. H. HACKWORTH, *op. cit.* supra n. 38, vol. V, p. 506. Para outros exemplos, cf. G. H. HACKWORTH, *op. cit.*, pp. 505-507 e 510-511; M. M. WHITEMAN, *op. cit.*, pp. 769-771; e cf. ainda outros exemplos de aplicação da regra dos recursos internos in E. M. Borchard, *op. cit.* supra r. 23, pp. 517-532. Em um caso pendente perante os tribunais do Líbano em 1957, relativo a uma propriedade com interesses de herdeiros americanos, muito embora se alegasse denegação de justiça o Departamento de Estado norte-americano tomou a posição de que, como o caso estava ainda pendente perante tribunais nacionais, não era permitível uma interposição diplomática pelo governo norte-americano. Em suas instruções à Embaixada americana em Beirute, o Secretário de Estado Dulles declarou que uma alegação de denegação de justiça deveria ser corroborada de modo convincente e que o esgotamento de recursos judiciais disponíveis era um requisito prévio de uma "reclamação válida de denegação de justiça". In M. M. Whiteman, *op. cit.* supra n. 40, vol. 3, p. 772. Sobre as controvérsias entre os Estados Unidos e alguns países latino-americanos, particularmente o México, cf., e.g., M. Koesler, "Government Espousal of Private Claims before International Tribunals", 13 *University of Chicago Law Review* (1946) p. 185.

A estrita adesão da *policy* do governo norte-americano em matéria de reclamações ao princípio do prévio esgotamento dos recursos internos refletiu-se ainda na inclusão *expressa* da regra nas *Instruções Gerais aos Reclamantes* divulgadas em diferentes ocasiões pelo Departamento de Estado norte-americano (42). Assim, em um memorando de 1º de março de 1961, reafirmava o Departamento de Estado norte-americano: — “O requisito do esgotamento dos recursos judiciais baseia-se na regra de direito internacional geralmente aceita segundo a qual a responsabilidade internacional não poderá ser invocada em relação às perdas e danos sofridos por estrangeiros até que tenham estes esgotado os recursos disponíveis de acordo com o direito interno” (43). E, em parecer de 1965, a Comissão Jurídica Interamericana (cf. também supra) descreveu a posição do direito e prática norte-americanos relativos à questão do esgotamento dos recursos internos nos seguintes termos: “A implementação da responsabilidade do Estado no direito internacional subordina-se normalmente ao esgotamento, pelos indivíduos interessados, dos recursos a eles proporcionados pela legislação interna do Estado cuja responsabilidade encontra-se em questão” (44).

A recente prática canadense sobre reclamações tem endossado, de forma consistente, a aplicação da regra dos recursos internos. Em resposta a um pedido de informações sobre uma ação de indenização contra o governo da Índia por lucro cessante relativo a interesses na Índia, afirmou o Subsecretário canadense das Relações Exteriores em 1964 que a intervenção diplomática não se poderia realizar até que fossem esgotados os recursos internos na Índia (45). Em resposta a outro pedido de assistência (relativo a um projeto imobiliário nos Estados Unidos), declarou o Subsecretário canadense, naquele mesmo ano, que, “de acordo com a prática internacional já cristalizada, não se justificaria uma intervenção por parte do governo canadense em casos em que existam recursos internos disponíveis, e não esgotados” (46). Similarmente, em um caso de uma reclamação canadense contra um país do leste europeu, o Subsecretário foi do parecer (aos 18 de outubro de 1967) de que, de acordo com princípios já cristalizados do direito internacional, o requisito do prévio esgota-

(42) E.g., Seção 8 das Instruções Gerais de 30 de janeiro de 1920, *cit.* in Clyde Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, N. Y., New York University Press, 1928, p. 96 n. 4; Parágrafo 8 das Instruções Gerais de 1.º de outubro de 1934, *cit.* in A. V. FREEMAN, *op. cit.* supra n. 22, p. 411. Mas em parecer de 21 de julho de 1930, o assessor jurídico do Departamento de Estado indicou as circunstâncias excepcionais em que não era necessário esgotar os recursos internos, tais como, quando os tribunais internos simplesmente não administravam a justiça, ou quando os recursos internos não mais tivessem sido utilizados ou fossem insuficientes; G. H. HACKWORTH, *op. cit.* supra n. 39, vol. V, p. 511, e *cf.* p. 519, e *cf.* também supra.

(43) O memorando dizia respeito a um caso de esgotamento de recursos internos por nacionais americanos em Cuba; texto in *American Journal of International Law* (1962) p. 167.

(44) OEA, documento OEA/Serv. I/VI.2-CIJ-78, de setembro de 1965, pp. 10-11.

(45) In: “Canadian Practice in International Law During 1964 as Reflected in Correspondence and Statements of the Department of External Affairs” (doravante citada como *Canadian Practice*) (ed. A. E. Gotlieb), in *Canadian Yearbook of International Law* (1965) pp. 326-327.

(46) *Canadian Practice* — 1964, *ibid.*, p. 327.

mento de todos os recursos de direito interno deverá ter sido cumprido para que se justifique o patrocínio de uma causa por parte de um Estado através da intervenção diplomática em prol de um de seus cidadãos, contra um outro Estado (47).

Esse mesmo ponto de vista foi adotado pelo governo canadense em outras ocasiões (48). Relativamente à prática canadense em geral em matéria de reclamações, o Departamento de Assuntos Exteriores canadense informava, aos 19 de agosto de 1968, que, "quando um cidadão canadense traz à nossa atenção uma reclamação *prima facie* válida contra um Estado estrangeiro, em relação à qual todos os recursos internos tenham em vão sido esgotados, poder-se-á decidir por uma intervenção informal através do exercício dos bons ofícios, ou formal através do patrocínio da causa de acordo com princípios do direito internacional bem estabelecidos" (49).

### 3. Avaliação

Foi após longa evolução histórica que a regra do esgotamento dos recursos internos adquiriu a forma e as feições que nos são familiares nos dias de hoje, inclusive sua atual denominação. A esse respeito, tudo indica terem a prática e a doutrina anglo-americanas atribuído originalmente à regra um âmbito mais amplo do que o fizeram os países e autores da Europa continental e América Latina (estes últimos limitando-a aos recursos jurisdicionais e as primeiras estendendo-a também aos recursos não-jurisdicionais) (50); hoje, no entanto, após vasta prática internacional e numerosas decisões sobre a matéria, a terminologia e expressões utilizadas na definição da regra parecem ser empregadas como se fossem sinônimas (51).

(47) *Canadian Practice — 1967*, in *Canadian Yearbook of International Law* (1968) p. 263; cf. também *Canadian Practice — 1966*, in *Canadian Yearbook of International Law* (1967) p. 265.

(48) *Canadian Practice — 1967*, cit. supra n. 47, pp. 264-265; cf. também *Canadian Practice — 1969* (ed. J.A. Beesley), in *Canadian Yearbook of International Law* (1970) p. 359.

(49) *Canadian Practice — 1968* (ed. A. E. Gotlieb e J. A. Beesley), in *Canadian Yearbook of International Law* (1969) pp. 314-315.

(50) A. A. CANÇADO TRINDADE, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 48, e fontes ali citadas.

(51) *Local redress rule e rule of exhaustion of local remedies; la règle de l'épuisement des voies de recours internes; Die Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe (ou Rechtsweges); la regola del esaurimento dei ricorsi interni; la regla del agotamiento de los recursos internos; a regra do esgotamento dos recursos internos.* O termo *recours* tomado no sentido de *remedy* como elemento componente da regra dos recursos internos compreende não apenas os procedimentos jurisdicionais, i. e., os meios legais de se obter uma decisão judicial reparando a situação de que se queixa, mas também todos os outros procedimentos, consistindo em submeter um ato ilícito "à une instance qualifiée à cet effet en vue d'obtenir selon les cas la cessation matérielle de l'acte, sa non-application, l'effacement de ses conséquences, des réparations civiles, des sanctions pénales ou disciplinaires (...)". J. VIELU, *Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions de droit européen*, relatório apresentado ao Colóquio de Bruxelas de 1975 sobre o tema central "*Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*", p. 26 (mimeografado).

O relato acima de vários casos relevantes demonstra o quanto a aplicação criteriosa da regra do esgotamento dos recursos internos por parte das Chancelarias de diversos países contribuiu para reduzir, ou evitar na medida do possível, as alternativas de recurso a medidas coercitivas e intervenção na solução de reclamações internacionais; pela aplicação da regra, insistiu-se na solução das controvérsias no âmbito do sistema jurídico interno do Estado em questão. Favoreceu a regra, assim, uma certa harmonia na conduta das relações internacionais. Com a freqüente insistência dos Ministérios das Relações Exteriores dos Estados em soluções a nível de seu ordenamento jurídico interno, já em fins do século XIX e na passagem do século dificilmente se poderia negar que a regra gradualmente se cristalizara em regra costumeira do direito internacional, o que hoje é inquestionável.

Na prática dos Estados acima examinada, particularmente dos Estados latino-americanos, há alguma evidência de que a regra dos recursos internos, no contexto da proteção diplomática, se revestiu de um caráter substantivo<sup>(52)</sup>, pelo qual a própria configuração da responsabilidade internacional de um Estado — para o exercício subsequente da proteção diplomática — subordinava-se ao prévio esgotamento de todos os recursos internos disponíveis. Os casos clássicos de incidência da regra devem, porém, ser distinguidos de dois outros tipos de situação.

Primeiramente, pode surgir uma disputa *diretamente* entre dois Estados (e.g., por uma suposta violação direta do direito internacional causando dano imediato a um deles), em que dificilmente se poderia esperar que um Estado, em virtude de sua própria soberania — *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem* — tivesse que esgotar os recursos disponíveis no território do outro Estado. Como é sabido, os casos clássicos de aplicação da regra dos recursos internos sempre tiveram uma origem *privada*, envolvendo uma reclamação de um particular, subseqüentemente patrocinada por seu Estado, contra um Estado estrangeiro.

Outro tipo de situação, bem mais recente, ocorre quando um indivíduo que se considera lesado em seus direitos recorre a um órgão internacional contra o seu próprio país. No decorrer de seu desenvolvimento histórico, o âmbito da regra dos recursos internos limitou-se invariavelmente a situações relativas a estrangeiros (freqüentemente mercadores, comerciantes ou companhias com vastos recursos materiais) residindo ou comerciando em outro Estado. Historicamente, os nacionais estiveram fora do âmbito de aplicação da regra dos recursos internos. A proposição de que a regra deveria *ipso facto* aplicar-se na nova situação, como tem-se aplicado no contexto da responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros, requer uma reavaliação cuidadosa.

(52) Cf. discussão *infra*, e, para um exame recente em detalhes, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Determinação do Surgimento da Responsabilidade Internacional dos Estados", 49-50 *Revista de Direito Público* (1980) pp. 133-153.

Ilá aqui, no mínimo, uma presunção a favor da proteção dos direitos individuais fundamentais a ser exercida por órgãos internacionais, em contexto fundamentalmente distinto do da proteção ou intervenção diplomática discricionária nas relações puramente interestatais. A adoção da regra dos recursos internos pelas convenções e instrumentos internacionais contemporâneos relativos à proteção dos direitos individuais fundamentais<sup>(53)</sup> requer não seja ela aplicada com o mesmo rigor que no plano da intervenção diplomática; nesse novo tipo de situação, em que se torna irrelevante a nacionalidade como *vinculum juris* para o exercício da proteção, a regra tem claramente operado como uma objeção de efeito dilatório ou temporal de natureza nitidamente *processual*.

### III. *Questões doutrinárias relativas ao esgotamento dos recursos internos (com atenção especial às teses prevaletentes nos Estados americanos)*

O relato acima revela a contribuição da *prática* dos Estados americanos à consolidação da regra do esgotamento dos recursos internos como princípio consagrado do direito internacional. A contribuição dos Estados americanos manifestou-se, porém, também no campo *doutrinário* e em tentativas de codificação da matéria. Fornecem ilustrações pertinentes à questão da determinação do surgimento da responsabilidade internacional dos Estados e a noção de denegação de justiça.

Quanto à primeira, as duas correntes teóricas principais acerca da relação entre a regra do esgotamento dos recursos internos e o nascimento da responsabilidade internacional do Estado derivam da consideração da natureza jurídica da regra como sendo de direito substantivo ou processual. Se se admite ser ela uma regra substantiva, tanto a responsabilidade do Estado quanto sua possível implementação por meio do exercício da proteção diplomática se configuram no mesmo instante, uma vez esgotados os recursos internos. Se se admite ser ela uma regra processual, embora coincida o nascimento da responsabilidade do Estado com o ato internacionalmente ilícito (e sua imputação ao Estado), não se permite a implementação da responsabilidade por meio da proteção diplomática até que se esgotem os recursos internos. As duas correntes de opinião se manifestaram nos trabalhos da Conferência de Codificação de Haia de 1930, tanto em seus trabalhos preparatórios (1928-1929) quanto nos debates da Conferência propriamente dita (1930).

(53) Cf. considerações *infra*, e *cf.*, em nível global: resolução 1 (XXIV) de 13/08/1971, da Subcomissão (da ONU) de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, art. 4 (b), consoante a resolução 1563 (XLVIII) do ECOSOC, de 27/5/1970, art. 8 (b) (1); Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU, art. 41 (c); Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos, arts. 2 e 5 (2) (b); Convenção Internacional da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, arts. 11 (3) e 14 (7) (a); Regulamento do Conselho de Tutela da ONU, regra 81. E, em nível regional: Convenção Europeia de Direitos Humanos, arts. 26 e 27 (3); Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 46 (1) (a) e (2) (b); Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, arts. 19 (a) e 20 (c); Regulamento da Comissão Interamericana, art. 34.

O primeiro dos documentos preparatórios, o Relatório de J. G. Guerrero (1926) sobre a responsabilidade dos Estados, endossou implicitamente a tese substantiva da regra do esgotamento de recursos<sup>(54)</sup>. Em resposta a questionário enviado aos governos pela Comissão Preparatória, Canadá<sup>(55)</sup> e Estados Unidos<sup>(56)</sup> — dentre os Estados americanos — favoreceram de modo geral o parecer de que a responsabilidade estatal tinha início e se implementava somente após o esgotamento dos recursos internos, ao passo que, e.g., o Chile<sup>(57)</sup> preferiu não identificar sua posição sobre este ponto. Durante os debates da Conferência de 1930, enquanto o México<sup>(58)</sup> e a Colômbia<sup>(59)</sup> se inclinaram pela tese de que somente após o esgotamento completo de todos os recursos internos poder-se-ia na prática invocar a responsabilidade do Estado, El Salvador<sup>(60)</sup> apoiou o ponto de vista de que enquanto a iniciação do processo dependia do esgotamento dos recursos internos, a responsabilidade do Estado se configurava no próprio momento de ocorrência do fato. Os Estados Unidos<sup>(61)</sup> pareciam buscar uma “acomodação” entre as duas correntes de pensamento.

Tornou-se claro desde o início que o âmago da questão residia no problema clássico, não resolvido pela doutrina jurídica, do momento do surgimento da responsabilidade (para o propósito de sua invocação) — se após esgotados os recursos do direito interno (a regra do esgotamento sendo assim de natureza substantiva), ou se no momento do cometimento do ilícito internacional (a regra assim se revestindo de natureza processual), anteriormente ao exercício da proteção diplomática. Os Estados participantes nem sempre compreenderam claramente a própria distinção básica entre o nascimento e a implementação da responsabilidade dos Estados (em relação à regra do esgotamento dos recursos internos), muito embora jamais se tenha pretendido — conforme indicam os trabalhos preparatórios da Conferência — discutir a questão do nascimento da responsabilidade dos Estados *in abstracto*, mas sim debatê-la para os propósitos de sua implementação nas relações internacionais. Donde a grande importância da regra do esgotamento dos recursos internos nesse contexto.

(54) Liga das Nações, doc. C.46.M.23.1926.V, anexo ao questionário n.º 4, parte VI. Mas cf. os pareceres subsequentes de J.G. Guerrero sobre a regra do esgotamento, transcritos in 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1954-I), pp. 67/68. E cf. os comentários sobre o relatório de Guerrero de 1926, de E.M. Borchard, “Theoretical Aspects of the International Responsibility of States”, 1 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1929) pp. 223/250, esp. pp. 237/238, 241/246 e 250; e cf. E. M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, NY, Banks Law Publ. Co., 1916, pp. 350 e 354.

(55) Liga das Nações, doc. C.75a.M.69a.1929.V, *Bases of Discussion for the Conference Drawn up by the Preparatory Committee*, vol. III, 1929, p. 4.

(56) *Ibid.*, p. 23 (de certo modo hesitante ou menos categórico).

(57) Cf. *ibid.*, doc. C.75.M.69.1929.V, pp. 183-184 (carta de 23-8-1928).

(58) Liga das Nações, doc. C.351(c) M.145(e.) 1930.V, *Acts of the Conference for the Codification of International Law*, vol. IV, *Minutes of the Third Committee*, 1930, p. 72.

(59) *Ibid.*, p. 78.

(60) *Ibid.*, pp. 80-81.

(61) *Ibid.*, pp. 73-74 e cf. p. 166.

As controvérsias e incertezas que persistiram <sup>(62)</sup> levaram os dezessete países participantes dos trabalhos à conclusão (em 4 de abril de 1930) de que o projeto de convenção lhes era insatisfatório; mesmo assim, já então a tese substantiva da regra angariara mais apoio do que a tese processual, a exemplo das intervenções dos delegados do México (Suarez) <sup>(63)</sup> e da Colômbia (Urrutia) <sup>(64)</sup>, para os quais a regra do esgotamento condicionava o próprio nascimento da responsabilidade internacional. Mas os desacordos foram fatais aos trabalhos da Conferência sobre a responsabilidade dos Estados. Como posteriormente confessou um de seus ativos participantes, as incertezas em que incorreram muitas delegações entre as questões distintas do nascimento e da implementação da responsabilidade dos Estados, e a polarização das delegações nos dois campos opostos da regra do esgotamento dos recursos internos — um mantendo que a responsabilidade internacional dos Estados surgia somente após o esgotamento de tais recursos, outro sustentando que a responsabilidade tinha início no momento da concretização do ato ilícito — constituíram “indubitavelmente” as principais razões do “fracasso” da Conferência de Codificação de Haia de 1930 <sup>(65)</sup>.

Somente três décadas depois a matéria seguiria novo e elucidativo desenvolvimento, no âmbito regional, com o já citado Parecer de 1961, da Comissão Jurídica Interamericana, em que esta declarou que, no entender de *dezesseis* países latino-americanos, no continente americano a regra do prévio esgotamento dos recursos internos antecedendo as reclamações diplomáticas era “não meramente processual mas substantiva” <sup>(66)</sup>. Dentre os autores latino-americanos, e.g., ACCIOLY <sup>(67)</sup> e JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA <sup>(68)</sup> defenderam a teoria substantiva da regra do esgotamento de recursos internos. Em outro Parecer, de 1965, a Comissão Jurídica Interamericana, ao expor a posição dos Estados Unidos sobre os princípios regendo a responsabilidade dos Estados (distinta da posição latino-americana, supra), observou que era a implementação — e não o nascimento — da responsabilidade do Estado que ordinariamente se subordinava à regra do esgotamento <sup>(69)</sup>. A teoria processual da regra encontrou apoio, e.g., na tese de Eagleton <sup>(70)</sup> e no projeto de convenção de 1961

(62) Para um estudo detalhado, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “The Birth of State Responsibility and the Nature of the Local Remedies Rule”, 56 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1978) pp. 158-163.

(63) Acts — Minutes of the Third Committee, cit. supra n. 58, p. 72.

(64) *Ibid.*, p. 78.

(65) Declarações de J. G. GUERRERO transcritas in 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1954)-1, p. 87.

(66) Organização dos Estados Americanos, doc. OEA/Ser. I/VI. 2 — CIJ-61, capítulo XI, p. 37.

(67) H. ACCIOLY, *Tratado de Direito Internacional Público*, volume I, Rio de Janeiro, Imprensa Oficial, 1933, p. 352.

(68) E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, “International Responsibility”, in *Manual of Public International Law* (ed. M. Sorensen), London, MacMillan, 1968, pp. 583/584.

(69) Organização dos Estados Americanos, doc. OEA/Ser. I/VI. 2 — CIJ-78, artigos I e IX, pp. 7 e 10/11.

(70) C. EAGLETON, *The Responsibility of States in International Law*, N. Y., University Press, 1928, pp. 95 e 97/99.

da Harvard Law School (Sohn e Baxter) sobre a Responsabilidade dos Estados <sup>(71)</sup> (invertendo seu ponto de vista anterior, de 1929, de Borchard).

Assim, em suma, para os adeptos da teoria processual da natureza da regra do esgotamento dos recursos internos — a posição norte-americana — o aspecto ou momento crucial é o da violação inicial do direito internacional ou o ato internacionalmente ilícito, ao passo que, para os partidários da tese substantiva — a posição latino-americana — o momento crucial para o nascimento da responsabilidade internacional é o da denegação de justiça após o esgotamento dos recursos internos. Na primeira hipótese, pode o Estado eximir-se da responsabilidade ao reparar os danos (*local redress*), enquanto que na segunda, o Estado somente incorrerá em responsabilidade se deixar de reparar os danos (*falta de local redress*). Todas as chamadas teorias *explanatórias* da regra do esgotamento dos recursos internos — *délit international complexe*, *dédoublement fonctionnel*, regra de conflito, regra de *policy* ou conveniência — tendem em última análise a convergir para a dicotomia básica das teses substantiva e processual <sup>(72)</sup>.

Um estudo sério da regra do esgotamento dos recursos internos não pode minimizar o fato de que, na prática, e especialmente em nossos dias, a regra tem sido invocada e aplicada em contextos fundamentalmente distintos. No contexto da responsabilidade dos Estados por danos causados a estrangeiros, muitas vezes os Estados atribuíram expressamente à regra um caráter substantivo, talvez desejosos de enfatizar seu caráter *preventivo vis-à-vis* o exercício da proteção diplomática de base interestatal discricionária. Todavia, persiste a impressão de que, ao levantar exceções de não-esgotamento de recursos como um “obstáculo substantivo” à intervenção diplomática, na prática os Estados se preocuparam e se preocupam menos com o nascimento da responsabilidade internacional do que com sua *implementação* pelo exercício da intervenção diplomática.

Em contexto distinto, o da proteção internacional convencional contemporânea dos direitos individuais, a formulação expressa da regra em tratados internacionais toma a forma de uma condição de admissibilidade de reclamações internacionais. Pouco se pode duvidar de que nesse contexto a regra do esgotamento se aplique como regra de processo, como uma objeção dilatória ou exceção temporal de caráter processual. Contudo, tendo em vista a atual função e prática dos tribunais nacionais na aplicação da regra do esgotamento dos recursos do direito interno de acordo

(71) Cf. texto (artigo 1) in 55 *American Journal of International Law* (1961) p. 548; e vd. L. B. SOHN e R. R. BAXTER, “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens”, 55 *A.J.I.L.* (1961) p. 546; L. B. SOHN e R. R. BAXTER, “(Draft) Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens”, in *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (by F. V. GARCIA AMADOR, L. B. SOHN, R. R. BAXTER), N. Y., Oceana, 1974, pp. 261/263.

(72) Cf. discussão in A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. 62, pp. 164-176.

com dispositivos de tratados sobre proteção de direitos individuais, e projetando sobre futuro próximo a atual natureza "processual" da regra nesse contexto, é bem possível se possa chegar a uma caracterização diferente da regra em futuro breve (76).

Quanto à segunda questão, a da denegação de justiça, já bem se observou que, no direito internacional geral, os conceitos de denegação de justiça e esgotamento dos recursos internos interagem para formar a base da maioria das reclamações internacionais (74). Com efeito, a jurisprudência arbitral internacional atinente a Estados latino-americanos fornece diversos exemplos da dificuldade de determinação do âmbito ou alcance da noção de denegação de justiça. É este um tema em relação ao qual não se pode negligenciar a contribuição latino-americana, particularmente no sentido de fazer vingar uma interpretação mais restritiva do conceito de denegação de justiça (75) (cf. *infra*). No entanto, na referida jurisprudência arbitral, advogou-se, por exemplo, ponto de vista particularmente amplo da denegação de justiça tanto no caso *El Triunfo Company (EUA) versus El Salvador* (1902) (76) quanto no caso *Robert E. Brown (EUA) versus Grã-Bretanha* (1923) (77), em que se afirmou que não só os atos dos tribunais, mas também os dos governantes de um país — recaindo assim sobre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário — poderiam acarretar e contribuir para a configuração da denegação de justiça. A sentença no caso *Interoceanic Railway of Mexico et al. (Grã-Bretanha) v. México* (1931) (78), igualmente, sustenta a teoria de que a responsabilidade por denegação de justiça pode não restar necessariamente com as autoridades judiciais apenas, mas também com as não-judiciais, embora no caso se tivesse concluído que não ocorrera denegação de justiça.

Adotou-se noção mais estreita de denegação de justiça no caso *Antoine Fabiani (França v. Venezuela, 1896)* (79), envolvendo falhas de execução de uma sentença arbitral estrangeira provida de *exequatur* interno; a denegação de justiça foi então considerada em relação a atos

(73) Cf. discussão in A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* (1976-77) n. 3, pp. 1/38.

(74) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Denial of Justice and Its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law", 33 *Philippine Law Journal* (1978) pp. 404-420; A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Denegação de Justiça no Direito Internacional: Doutrina, Jurisprudência, Prática nos Estados", *Revista de Informação Legislativa, Senado Federal*, n. 16, n. 62, abr./jun. 1979, pp. 23-40; cf. os dois estudos acima também para o desenvolvimento histórico da noção de denegação de justiça.

(75) Adequadamente limitada à conduta errônea de tribunais ou juizes *l.s.* dos órgãos judiciais encarregados da administração apropriada da justiça. Tal é a posição adotada, e.g., no Brasil, por BEVILACQUA e ACCIOLY, cf. C. BEVILAQUA, *Direito Público Internacional*, vol. I, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1931, p. 219; H. ACCIOLY, "Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence", 96 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1959) pp. 378-385.

(76) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XV, pp. 459-479.

(77) *Ibid.*, vol. VI, pp. 120-131.

(78) *Ibid.*, vol. V, pp. 178-190 e 133.

(79) *Ibid.*, vol. X, pp. 83-139.

de autoridades judiciais (negação de acesso aos tribunais, atrasos indevidos, pressão do Executivo sobre os tribunais, suspensão do processo). No caso *Cotesworth e Powell* (Grã-Bretanha v. Colômbia, 1875) <sup>(80)</sup>, examinou-se a denegação de justiça no contexto de má conduta na administração da justiça e impossibilidade de execução de um julgamento (devido a um ato de anistia livrando o culpado das conseqüências de seus atos); traçou-se uma distinção entre a denegação de justiça e atos de injustiça notória, o primeiro conceito cobrindo, e.g., atrasos indevidos e recusas dos tribunais a proferir julgamentos de modo apropriado, e o segundo aplicando-se a sentenças pronunciadas e executadas em manifesta violação do direito (estendendo-se, assim, além da recusa de acesso aos tribunais).

No caso *Janes (EUA) v. México* (1925) <sup>(81)</sup>, configurou-se a denegação de justiça em relação à falha das autoridades em apreender um homicida, ao passo que no caso *Massey (EUA) v. México* (1927) <sup>(82)</sup> disse ela respeito à falha das autoridades em punir um homicida, tendo se afirmado que a responsabilidade pode existir por atos de má conduta de quaisquer funcionários, qualquer que seja seu *status* ou posição hierárquica. No caso *North American Dredging Company of Texas (EUA) v. México* (1926) <sup>(83)</sup>, manteve-se uma cláusula Calvo, impedindo o reclamante de apresentar o caso a seu governo (em relação à matéria contratual em questão), mas a cláusula não seria operante no evento de uma denegação de justiça em violação do direito internacional.

No caso *Martini* (Itália v. Venezuela, 1930) <sup>(84)</sup>, considerou-se a denegação de justiça em relação a uma decisão de uma Corte de Cassação nacional, cobrindo as questões da conduta dos juizes e de julgamentos errôneos ou injustos (dos tribunais internos), contrários a sentenças internacionais. No caso *Neer (EUA) v. México* (1926) <sup>(85)</sup>, levantou-se a questão da denegação de justiça em relação a *standards* internacionais, considerando-se desnecessária ou impertinente a distinção entre seu sentido lato (i.e., aplicando-se a atos das autoridades do Executivo e Legislativo, assim como a atos dos tribunais) e seu sentido restrito (aplicando-se a atos do Judiciário) <sup>(86)</sup>. De modo semelhante, no caso *Eliza* (EUA v.

(80) In J. B. MOORE, *History and Digest of International Arbitrations*, vol. II, Washington, Government Printing Office, 1898, pp. 2050-2085. E cf. também o caso *Interocean Transportation Company of America (Grã-Bretanha) versus Estados Unidos* (1937), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (1935-1937) (ed. H. Lauterpacht), pp. 276-278 e pp. 272-274, para a regra do esgotamento dos recursos internos.

(81) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 82-98 e 138.

(82) *Ibid.*, pp. 155-164.

(83) *Ibid.*, pp. 26-35.

(84) *Annual Digest of Public International Law Cases* [1929-1930] (ed. H. Lauterpacht), pp. 153/158. Cf. também debate (sobre procedimentos em tribunais internos) no caso *Salem* (EUA v. Egito, 1932), in *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, pp. 1188/1203.

(85) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 60/66 e 138.

(86) Cf. *ibid.*, p. 61.

Peru, 1963) (87), sustentou-se que o tratamento de estrangeiros deveria ser determinado em relação ao direito internacional (a denegação de justiça, no caso, consistindo em falha em dar efeito a uma decisão judicial de proteção).

No caso *Chattin (EUA) v. México* (1927) (88), elaborou-se uma distinção entre responsabilidade indireta e direta, a primeira abrangendo, e.g., falta de proteção pelo Judiciário contra atos de indivíduos lesando um estrangeiro, e a segunda resultando de atos de funcionários do governo não relacionados com atos ilícitos prévios de indivíduos; a situação seria idêntica em relação ao dano, se causado pelo Judiciário ou pelo Executivo, e a denegação de justiça propriamente dita só ocorreria em relação a atos que implicassem ou acarretassem responsabilidade indireta.

Seria pertinente aqui observar que, por muito que tenham os casos acima clarificado a questão da denegação de justiça, desenrolaram-se eles no contexto mais amplo do tratamento de estrangeiros, em época em que o exercício da proteção diplomática era o mecanismo por excelência da implementação da responsabilidade internacional do Estado. Isto não é mais inteiramente verdadeiro hoje (89), tendo tal prática se tornado alvo de crítica com fundamentos distintos, e tendo as condições e circunstâncias da vida internacional, e o comportamento e as atitudes dos Estados nas relações entre si modificado sensivelmente.

Não obstante, a jurisprudência (acima) revela uma certa uniformidade de opinião em um ou dois pontos: a ação internacional não pode se efetuar até que se tenham esgotado em vão os recursos do direito interno com o conseqüente estabelecimento de uma denegação de justiça, e não se pode presumir tal denegação até que se esgotem sem sucesso os recursos internos. Tal foi a posição tomada, e.g., nas *Arbitragens Venezuelanas de 1903*. O árbitro da Comissão Italo-Venezuelana sustentou no caso *De Caro* que, como o reclamante não se valera do direito — sob o Código de Processo Civil venezuelano — de interpor um recurso diante de um tribunal nacional, não poderia receber reparação pelos danos: “certamente antes que pudesse ele recorrer a um tribunal internacional, uma vez terminada sua ação diante do tribunal [interno], deveria estar ele em condições de demonstrar a ocorrência de real denegação de justiça concernente ao assunto de sua apelação” (90). E no caso *Puerto Cabello etc., Railway*,

(87) A. de LA PRADELLE/N. POLITIS, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, vol. II, Paris, Ed. Internationales, 1957, pp. 271/280. Em sua note doctrinale muito citada sobre o caso os autores se referem à “notion du déni de justice, dont le caractère fuyant et complexe semble défler toute définition” (ibid., p. 280).

(88) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 282/312.

(89) Reconhece-se hoje que o apogeu dos temas da denegação de justiça e do esgotamento dos recursos internos, tal como tradicionalmente abordados no tratamento de estrangeiros particularmente, pertence ao passado; cf. ROBERTO AGO, “First Report on State Responsibility”, *Yearbook of the International Law Commission* (1969)-II, p. 137.

(90) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, pp. 643/644.

o árbitro da Comissão Britânico-Venezuela declarou que não se poderia presumir uma denegação de justiça uma vez que a companhia reclamante havia preferido utilizar-se da ação diplomática sem ter recorrido previamente aos tribunais internos venezuelanos para solucionar as questões em litígio (91).

O problema do alcance da denegação de justiça foi debatido também perante a Corte Permanente de Justiça Internacional (casos *Losinger*, 1936, e da *Companhia de Eletricidade de Sofia e Bulgária*, 1939) (92). Tanto o contencioso judicial e arbitral internacional quanto a prática dos Estados levantaram o problema da interação entre a denegação de justiça e o esgotamento dos recursos internos (93). No campo doutrinário, já se observou, e.g., que a denegação de justiça surge geralmente nos casos em que se aplica o princípio do esgotamento dos recursos internos (ocorrendo uma falha nestes); a primeira é um tipo de ato internacionalmente ilícito constituído pela falha do Estado em seus deveres de proteção judicial a estrangeiros, ao passo que o segundo constitui uma regra que afeta — segundo uma corrente de interpretação — menos as condições de existência da responsabilidade do que as condições de exercício da reclamação (94).

Tanto o *Institut de Droit International* quanto a Comissão de Direito Internacional da ONU discorreram sobre a questão do relacionamento entre a regra do *local redress* e a denegação de justiça. A questão foi

- (91) *Ibid.*, vol. IX, p. 527 (o caso também ilustra o efeito da falha em esgotar recursos internos face a uma *demand for interest*). Outros casos poderiam ser aqui citados, como, e.g., o caso das reclamações de *R. Gelbrunk e "Salvador Commercial Co." et al.* (El Salvador v. EUA, 1902), em que, levando em conta a regra do esgotamento dos recursos internos, os árbitros determinaram que uma reclamação internacional se justificaria em caso de denegação de justiça ou quando um recurso aos tribunais internos tivesse sido claramente inútil ou em vão; decidiu-se no caso que os reclamantes tinham direito à compensação. *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XV, pp. 476/478. Mas no caso do *S. S. "Lisman"* (EUA v. Grã-Bretanha, 1937), embora o reclamante não tivesse ainda esgotado os recursos internos, sua reclamação foi examinada pelo árbitro em virtude de alegações de denegação de justiça; mas enfim, como o árbitro não encontrasse mérito algum na reclamação, foi esta conseqüentemente rejeitada. *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III, pp. 1789/1790 e 1793.
- (92) Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), Série C, n. 78, p. 313; CPJI, Série C, n. 88, p. 118.
- (93) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Denial of Justice...", op. cit. supra n. 74, pp. 404-420; A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Denegação de Justiça...", op. cit. supra n. 74, pp. 23-40.
- (94) Ch. de VISSCHER, "Le déni de justice en Droit international", 52 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1935) p. 421, e cf. pp. 426/427; e para um estudo mais recente da questão, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* [1977-1978] pp. 333/370, esp. pp. 364/370. Cf. também discussão do problema acima in CLYDE EAGLETON, "Denial of Justice in International Law", 22 *American Journal of International Law* (1928) pp. 542/559; D. R. MUMMERY, "The Content of the Duty to Exhaust Local Judicial Remedies", 58 *American Journal of International Law* (1964) pp. 412-414. E para uma avaliação da noção de denegação de justiça, cf. J. G. DE BEUS, *The Jurisprudence of the General Claims Commission United States and Mexico*, Haia, M. Nijhoff, 1938, pp. 147-201, e pp. 130-132 para a regra do esgotamento dos recursos internos; e sobre a relação entre esta regra e a denegação de justiça (e.g., na prática das Comissões de Reclamações EUA-México), cf. também F. S. DUNN, *The Diplomatic Protection of Americans in Mexico*, N.Y., Columbia University Press, 1933, pp. 198-273 e 24.

debatida na sessão de 1954 do *Institut*<sup>(95)</sup>, e também levada à atenção da Comissão de Direito Internacional pelo *rapporteur* García Amador em 1957-1958, ao discutir a relação entre a denegação de justiça e a cláusula Calvo sob o título geral de "esgotamento de recursos internos"<sup>(96)</sup>.

No caso *Barcelona Traction* (Exceções Preliminares, 1964), e.g., a Corte Internacional de Justiça, ao proceder significativamente à junção da quarta exceção preliminar espanhola (de não-esgotamento de recursos internos) ao mérito, observou que a alegação de falha no esgotamento dos recursos internos encontrava-se, no caso, "inextricavelmente interligada à questão da denegação de justiça que constitui a maior parte do mérito", pois "a objeção do reclamado de que os recursos internos não se esgotaram confronta-se, em todo o decorrer do processo, com a argumentação do reclamante de que foi, *inter alia*, precisamente na tentativa de esgotar os recursos internos que se foi vítima das supostas denegações de justiça"<sup>(97)</sup>. A discussão da matéria prosseguiu nas audiências de 1969 perante a Corte, e particularmente no argumento oral do Professor Guggenreim, consultor da Espanha, de 23 de maio de 1969<sup>(98)</sup>. Também abordou a questão o juiz Tanaka, em sua explicação de voto no caso *Barcelona Traction* (Segunda Fase, 1970)<sup>(99)</sup>.

Dentre os autores latino-americanos, coube a Jiménez de Aréchaga advertir para a importância prática da noção de denegação de justiça — dado que a maioria dos tratados de arbitragem que a utilizam não a definem — e sustentar sua interpretação restritiva (cobrindo tão-somente a recusa de acesso aos tribunais e o atraso indevido em proferir decisões)<sup>(100)</sup>. E coube a García Amador advertir para o agravamento do problema da denegação de justiça pela antinomia clássica entre os *standards*

(95) Cf. 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1954)-I, pp. 9-10, 24, 27-32, 35-39, 40-45, 50-57, 64, 67-68, 69, 72, 74, 76-83, 84, 88-97, 105 n. 1 e 111; cf. em particular observações de BOURQUIN in *ibid.*, pp. 51 e 57. Cf. também 46 *Annuaire I.D.I.* (1956) pp. 2-3, 12, 25-26, 29, 32-33, 46, 270, 277, 279-281, 309 e 313.

(96) Cf. *Yearbook of the International Law Commission* (1958)-II, pp. 58-59, e cf. também *Yearbook I.L.C.* (1967)-II, p. 112.

(97) Caso da *Barcelona Traction* (Exceções Preliminares), Bélgica v. Espanha, *ICJ Reports* [1964] p. 48.

(98) Cf. *CIJ doc. C.R. 69/23* (tradução) de 23 de maio de 1969, pp. 2/4 e 13/25.

(99) Caso *Barcelona Traction* (Segunda Fase), Bélgica v. Espanha, *ICJ Reports* [1970], explicação de voto do Juiz Tanaka, p. 144, e cf. pp. 141/160. Também sobre a "relação íntima" entre denegação de justiça e esgotamento de recursos internos, cf.: L. MARTINEZ-AGULLÓ, "El Agotamiento de los Recursos Internos y el Caso de la *Barcelona Traction*", 23 *Revista Española de Derecho Internacional* [1970] pp. 344/348 e 373/374; A. MUSA DE LA MURILLO, "El Agotamiento de los Recursos Internos como Supuesto de las Reclamaciones Internacionales", 2 *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional* [1963] p. 44.

(100) E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, "International Responsibility", in *Manual of Public International Law* (ed. M. Borenson), London: MacMillan, 1968, pp. 553-557. Para um debate sobre denegação de justiça, se abrangendo ou não julgamentos injustos, à luz do caso *Barcelona Traction*, cf. E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, "International Responsibility of States for Acts of the Judiciary", in *Transnational Law in a Changing Society — Essays in Honor of Philip C. Jessup* (ed. W. Friedmann, L. Henkin e O. Lisitsyn), N.Y., Columbia University Press, 1972, pp. 171/187.

nacional e internacional de tratamento de estrangeiros, antinomia subjacente ao tema <sup>(101)</sup>. Acrescente-se que a noção de denegação de justiça foi interpretada restritivamente no já citado Parecer sobre os Princípios do Direito Internacional Regendo a Responsabilidade do Estado, proferido em 1961 pela Comissão Jurídica Interamericana (Parecer da maioria, supra), representando os pontos de vista de dezesseis países latino-americanos sobre a matéria; o Parecer dispôs que “o Estado não é internacionalmente responsável por uma decisão judicial que não seja satisfatória ao reclamante” <sup>(102)</sup>.

Com efeito, se se caracterizasse como denegação de justiça qualquer ilícito internacional (pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário) imputável ao Estado, a expressão se esvaziaria de todo sentido técnico. As tentativas de codificação da matéria e a maior parte da bibliografia especializada no tema deixam hoje pouca margem de dúvida de que o termo aplica-se própria e particularmente em relação a falhas na atividade *judicial* do Estado. Assim, *em seu sentido próprio*, a denegação de justiça implica na recusa de um Estado em estender proteção judicial aos direitos dos estrangeiros através de seus recursos e dos tribunais nacionais <sup>(103)</sup>.

Como o Comissário-Presidente Van Vollenhoven afirmou pertinentemente em seu Parecer no caso *Chattin (EUA) v. México* (1927), se a denegação de justiça “se aplicasse a atos do Executivo e das autoridades legislativas assim como a atos das autoridades judiciárias [...] não existiria ilícito internacional algum que não fosse abrangido pela expressão ‘denegação de justiça’, e a expressão perderia seu valor como uma distinção técnica” <sup>(104)</sup>. Longe de ser tão-somente um problema terminológico, a questão da denegação de justiça depara-se com os fundamentos da responsabilidade do Estado no direito internacional.

Em relação ao esgotamento dos recursos de direito interno, a denegação de justiça diz respeito a falhas no dever do Estado de prover tais recursos, ou seja, em suma, na atividade do ramo *judicial* do Estado (e.g., atrasos indevidos ou outras irregularidades processuais). É possível, mesmo, que, em um contexto mais amplo, a cristalização mais recente do conceito de ilegalidade no direito internacional tenha tornado de certo

(101) Cf. *Yearbook of the International Law Commission (1957)-II*, p. 112, cf. pp. 110-112. — GARCIA AMADOR tentou apresentar uma síntese da matéria ao associar a noção de denegação de justiça à questão da violação dos direitos individuais fundamentais. Cf. *ibid.*, e *Yearbook of the International Law Commission (1961)-II*, pp. 46-48.

(102) Doc. OEA/Ser. I/VI. 2, CIJ-61, p. 8. Para as posições conflitantes dos EUA sobre o assunto, cf. doc. (de setembro de 1965) OEA/Ser. I/VI. 2, CIJ-78, pp. 7/9. E sobre o background da prática latino-americana, cf. materials in *Yearbook of the International Law Commission (1956)-II*, p. 226.

(103) Ch. de VISSCHER, “La responsabilité des États”, 2 *Bibliotheca Visseriana* [1924] p. 99.

(104) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, p. 286, cf. pp. 282/312. E cf. também o caso *Salem (Egito v. E.U.A., 1932)*, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, p. 1.202, cf. pp. 1.163/1.237.

modo supérflua uma interpretação ampla do termo "denegação de justiça" (105).

A rigor, há uma terceira questão a ser considerada na presente seção, a saber, a da relação entre as exceções do domínio reservado dos Estados e do não-esgotamento dos recursos internos. Mas como se trata de questão em relação à qual não se verifica uma contribuição propriamente latino-americana, limitar-nos-emos a uma breve referência à mesma. O domínio reservado e o não-esgotamento de recursos internos têm sido duas exceções processuais das mais freqüentemente levantadas no contencioso internacional: por meio da primeira, o Estado reclamado tenta impedir a consideração de uma matéria a nível internacional alegando que ela recai essencialmente em seu domínio reservado ou competência nacional; por meio da segunda, o Estado reclamado objeta à consideração de uma matéria a nível internacional alegando que os recursos de direito interno não foram esgotados e que a ação internacional só é assim facultada depois de ter tido o Estado uma oportunidade de reparar o suposto dano dentro de seu próprio sistema jurídico interno. Embora ambas as objeções, de domínio reservado e de não-esgotamento de recursos internos, visem salvar a soberania do Estado, diferem uma da outra em que a primeira é uma objeção substantiva impedindo qualquer ação a nível internacional, ao passo que a segunda enfatiza o caráter subsidiário da jurisdição internacional.

O domínio reservado e o não-esgotamento de recursos internos assim acarretam *efeitos distintos* que não podem ser equiparados um ao outro. Enquanto que a regra dos recursos internos enfatiza a competência subsidiária do órgão internacional para examinar o caso, a objeção de domínio reservado claramente nega aquela competência por completo. Na prática, por paradoxal que possa à primeira vista parecer, o princípio dos recursos internos, aparentemente a menos ambiciosa das duas objeções, tem-se mostrado um artifício bem mais eficaz e acionado com sucesso para rejeitar reclamações internacionais e salvaguardar a soberania do Estado. Em contraste, os Estados que levantaram a objeção de domínio reservado não têm logrado até o presente alcançar o objetivo proposto e não têm conseguido impedir a inclusão da matéria na agenda de órgãos internacionais e sua discussão a nível internacional (106).

Na prática, têm-se levantado as duas exceções de domínio reservado e de não-esgotamento de recursos internos separadamente, ou então simultaneamente como argumentos alternativos na mesma contenda. Em quatro

(105) Para a necessidade de se examinar a falha da justiça protetora em cada caso específico, à luz das circunstâncias do ato em questão, cf. H. W. SPIEGEL, "Origin and Development of Denial of Justice", 37 *American Journal of International Law* (1938) pp. 79-90.

(106) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Domestic Jurisdiction and Exhaustion of Local Remedies: A Comparative Analysis", 16 *Indian Journal of International Law* (1976) pp. 123-158.

casos perante a Corte de Haia<sup>(107)</sup>, os Estados reclamados houveram por bem interpor objeções de domínio reservado como um fundamento *alternativo* a objeções de não-esgotamento de recursos internos<sup>(108)</sup>. Se há um denominador comum nesses quatro casos — independentemente de seus resultados concretos — no tocante ao presente tópico, é ele a constatação de que o levantamento das duas objeções alternativas — de não-esgotamento de recursos internos e de domínio reservado — não constitui garantia alguma ao Estado reclamado de maiores chances de sucesso (no decorrer do processo)<sup>(109)</sup>. Assim sendo, não deveriam os Estados permanecer na ilusão ou falsa impressão de que, ao insistirem no caráter supostamente interno ou doméstico de uma disputa, primariamente e aqui processualmente (não-esgotamento de recursos internos) *assim como* exclusiva e materialmente (domínio reservado), estariam desse modo assegurando a seus próprios argumentos maior probabilidade de sucesso.

Mas — mais importante — não é tanto por estas razões práticas, e antes por razões de princípio, que esta prática deveria ser abandonada e não ser repetida no futuro. Ao invés de fundamentar um argumento, pode ela torná-lo mais vulnerável; há uma certa estranheza e inconsistência lógica em manter que uma matéria recai exclusivamente no domínio reservado de um Estado e ao mesmo tempo manter que uma matéria só pode ser examinada a nível internacional depois de terem sido esgotados sem sucesso os recursos internos (i.e., nenhuma reparação local). Ou, reversamente, manter que porque os tribunais internos ou nacionais ainda não lidaram com a matéria, ela recai exclusivamente no domínio reservado

(107) Caso *Losinger*, Corte Permanente de Justiça Internacional, Suíça *versus* Iugoslávia, 1936; caso dos *Empréstimos Noruegueses*, Corte Internacional de Justiça (CIJ), França *versus* Noruega, 1957; caso do *Incidente Aéreo*, CIJ, Israel *versus* Bulgária, 1959; caso *Interhandel*, CIJ, Suíça *versus* Estados Unidos, 1959.

(108) No caso *Losinger* a Iugoslávia parece ter confundido inteiramente as duas exceções, ao manter que, porque os recursos internos não haviam sido esgotados, a matéria permanecera de domínio reservado. A Corte considerou que sob certos aspectos as duas exceções não se distinguiam uma da outra. No caso dos *Empréstimos Noruegueses*, advogou a Noruega que o caso recaía no domínio reservado e, no entanto, tornava o caráter internacional da disputa dependente do esgotamento de recursos internos; um dos juízes da Corte Internacional de Justiça afirmou pertinentemente que o não-esgotamento de recursos internos não constituía fundamento algum para caracterizar o litígio como sendo de domínio reservado. No caso do *Incidente Aéreo*, a Bulgária manteve que a matéria recaía em seu domínio reservado e, no entanto, levantou uma objeção de não-esgotamento de recursos internos. Muito embora a Corte Internacional de Justiça não tivesse lidado com tais exceções, sugeriu o reclamante que a exceção de não-esgotamento de recursos internos surgia no caso como nada mais do que uma particularização da exceção de domínio reservado. E no caso *Interhandel*, os Estados Unidos, do mesmo modo, mantiveram que não apenas os recursos internos não haviam sido esgotados, mas em aditamento e alternativamente, a matéria pertencia ao domínio reservado. A Corte de Haia evitou pronunciar-se sobre este último ponto, e decidiu sustentar a objeção de não-esgotamento de recursos internos.

(109) Recorde-se que, no caso *Interhandel*, a exceção de não-esgotamento individualmente obteve sucesso, mas a exceção de domínio reservado não foi objeto de decisão da Corte (não necessitou sê-lo, em última análise, nas circunstâncias). Em ambos os casos do *Incidente Aéreo* e dos *Empréstimos Noruegueses* a Corte nem sequer tocou na exceção de domínio reservado ou na de não-esgotamento de recursos internos, porque em ambos os casos viu-se — por diferentes motivos — sem competência para julgar os litígios em questão.

do Estado, e desse modo os recursos internos deveriam ser utilizados. O equívoco de tais proposições torna-se bem mais evidente pelo fato de que a razão de ser do princípio dos recursos internos não é exatamente a mesma que a do argumento do domínio reservado, embora ambos sejam artificios a serviço da soberania do Estado, cada um opera de sua própria maneira específica, tendo cada um seguido um desenvolvimento histórico diferente e sido determinado por fatores distintos. Mas se, na busca de seus próprios interesses individuais, os Estados continuarem deliberadamente tentando interligar as duas exceções — de não-esgotamento e de domínio reservado — *além do ponto em que já se encontram elas naturalmente interligadas*, estarão eles apenas acrescentando um elemento de incerteza na conduta do processo internacional. Ao comprometerem a clareza de argumento que deveria acompanhar a interpretação e aplicação de normas jurídicas, estarão eles desse modo prestando um desserviço ao direito internacional.

#### IV. *O esgotamento dos recursos internos nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos individuais: antecedentes históricos*

Examinada a questão do esgotamento dos recursos do direito interno no direito internacional geral (teoria e prática), com atenção especial à contribuição dos Estados americanos à sua evolução e seu tratamento, cabe agora investigar a referida questão no âmbito do direito internacional convencional em que ela tem-se feito presente, ou seja, nos instrumentos internacionais de proteção de direitos individuais. Aqui, novamente, prestar-se-á atenção especial à incidência da regra do esgotamento no mecanismo de proteção próprio do sistema interamericano. A primeira pergunta que nos assalta é a da adequação ou não do abordamento da questão do esgotamento dos recursos internos em áreas emergentes e distintas do direito internacional — tal como a da proteção internacional dos direitos humanos — com a mesma visão e aparato conceitual com que foi ela abordada no âmbito clássico da proteção diplomática de cidadãos no exterior. Até que ponto — pode-se indagar — foram as soluções ao princípio da reparação local ou interna adotadas em experimentos internacionais pioneiros concedendo capacidade processual a indivíduos e grupos particulares no direito internacional (distintos da proteção diplomática costumeira) levadas devidamente em consideração pelos redatores de instrumentos internacionais contemporâneos de proteção de direitos humanos? Quais foram as razões básicas que levaram à incorporação da regra do esgotamento dos recursos internos nos instrumentos internacionais contemporâneos de proteção dos direitos humanos? Quais têm sido as contribuições de tais instrumentos e experimentos, a níveis global e regional, para a aplicação adequada e a evolução da regra dos recursos internos no direito internacional? Quais são as perspectivas para a aplicação da regra à luz da experiência acumulada nos últimos anos por órgãos internacionais encarregados de examinar petições ou reclamações sobre direitos humanos, tanto a nível global quanto regional?

Com efeito, um levantamento de experimentos pioneiros do direito internacional outorgando capacidade processual aos indivíduos na primeira metade do século XX (jurisdição especial do sistema de navegação do rio Reno, projeto do Tribunal Internacional de Presas de 1907, sistema de minorias sob a Liga das Nações, experimento da Alta-Silésia, outros sistemas de petições (Ilhas Aaland, Sarre e Dantzig), sistema de mandatos sob a Liga das Nações, tribunais arbitrais mistos e comissões mistas de reclamações) e na era das Nações Unidas (sistema de tutela da ONU) indica que a regra do esgotamento dos recursos internos não constitui requisito de aplicação inflexível ou mecânica, não sendo necessariamente inerente a todo e qualquer experimento internacional atribuindo capacidade processual aos indivíduos<sup>(110)</sup>. Com exceção da Corte de Justiça Centro-Americana (1907-1917)<sup>(111)</sup>, experimentos pioneiros como os acima mencionados revelaram notável flexibilidade na aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos, e em determinadas ocasiões foi tal exigência dispensada. Talvez mereçam aqueles experimentos maior atenção por parte dos responsáveis pela aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos nos sistemas contemporâneos de proteção dos direitos humanos, uma vez que revelaram tais experimentos bastante imaginação — que hoje provavelmente falta — no tratamento do princípio da reparação local. Demonstraram, por exemplo, que nesse contexto (fundamentalmente diferente do da responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros e proteção diplomática), com acesso direto aos órgãos internacionais reconhecido e concedido aos próprios indivíduos, é possível regular a matéria por meio de regras e procedimentos detalhados ao invés de uma referência ambígua e enganosa a “princípios do direito internacional geralmente reconhecidos”, conforme hoje se faz (cf. infra). *Inclusio unius est exclusio alterius*. Mas mesmo a atual referência ao direito internacional geral encontrada nos instrumentos de direitos humanos não justifica ou autoriza uma rejeição sistemática das queixas sobre violações de direitos humanos na aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos como condição de admissibilidade das reclamações internacionais: ao invés disso, chama ela atenção para as limitações da regra do esgotamento dos recursos internos, reconhecidas e endossadas pelo direito internacional geral, particularmente quando estão em risco direitos fundamentais.

Com estas considerações em mente, podemos passar a um exame da aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos nos experimentos contemporâneos de proteção internacional dos direitos humanos. Aborda-

(110) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century", 24 *Netherlands International Law Review* (1977) pp. 373-392.

(111) Durante os seus dez anos de existência (1907-1917), a Corte de Justiça Centro-Americana observou e aplicou estritamente a regra do esgotamento dos recursos internos. Dez casos foram levados perante a Corte, cinco inter-estatais e cinco movidos por indivíduos; em um destes, no entanto, dois dos juizes, em voto dissidente conjunto, argumentaram que a regra do esgotamento deveria ser aplicada "con critério humano" (caso *F. Molina Larios versus Honduras*, 1913); *ibid.*, pp. 376-377.

remos de início, com destaque e atenção especial, a aplicação da referida regra no sistema interamericano de proteção; a seguir, passaremos em revista o tratamento da matéria no outro sistema regional (o da Convenção Européia de Direitos Humanos) e nos atuais mecanismos das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos.

## V. O esgotamento dos recursos internos no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos

### 1. A prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Aos familiarizados com a jurisprudência da Comissão Européia de Direitos Humanos, talvez o primeiro traço marcante da prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos — à luz dos dispositivos pertinentes<sup>(112)</sup> — sobre a questão específica do esgotamento dos recursos internos seja a diversidade de abordamentos e soluções dados ao problema, conforme se pode verificar de uma análise da prática da Comissão Interamericana sobre a matéria. Exerce a Comissão — o que deve ser aqui enfatizado — uma função bastante importante durante o processo: após examinar se as condições de admissibilidade foram devidamente cumpridas em cada caso concreto, a Comissão reúne as petições (as que sobreviveram à fase da admissibilidade) de acordo com as violações de direitos humanos de que se queixa, trazendo assim à tona o estado de observância de cada um dos direitos protegidos nos países em questão. Por conseguinte, dificilmente poder-se-ia encarar o indivíduo reclamante estritamente como “parte” em um caso; ao invés disso, todo o procedimento se desenrola diretamente entre a própria Comissão Interamericana e o Estado reclamado. Dito isto, vejamos as condições de aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos pela Comissão.

#### a) Inadmissibilidade e arquivamento de petições por não-esgotamento

Em alguns casos<sup>(113)</sup> a constatação do não-esgotamento dos recursos internos pelos reclamantes tem simplesmente acarretado a rejeição das petições pela Comissão Interamericana como inadmissíveis por este

(112) Cf., antes da Resolução 447 de 1979: artigo 9 (bis) (d) do Estatuto da Comissão, e artigo 54 do Regulamento da Comissão. E, atualmente: artigos 46(1) (a) e (2) (a, b, c) e 47 da Convenção Americana de Direitos Humanos; artigos 19 (a) e 20 (c) do novo Estatuto (aprovado em 1980) da Comissão; e artigo 34 do novo Regulamento (aprovado em 1980) da Comissão.

(113) Casos n.ºs 1.589 e 1.578 (conjuntamente), Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), *Report on the Work Accomplished during Its Twentieth Session — 1968* (doravante abreviado *Report — Session*), pp. 13-14; caso n.º 1.623, IACHR, *Report 24th Session — 1970*, p. 18; caso n.º 1.575, IACHR, *Report 21st Session — 1969*, pp. 22-23; caso n.º 1.671, IACHR, *Report 24th Session — 1970*, pp. 20-22; caso n.º 1.579, IACHR, *Report 20th Session — 1968*, pp. 22-23; caso n.º 1.744, IACHR, *Report 31st Session — 1973*, p. 61, e cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), *Relatório 30.º Sessão — 1973*, p. 64; caso n.º 1.752, IACHR, *Report 31st Session — 1973*, p. 44; caso n.º 1.740, CIDH, *Informe Anual Correspondiente a 1973*, p. 103, e cf. CIDH, *Relatório 30.º Sessão — 1973*, p. 19; caso n.º 1.773, CIDH, *Informe Anual Correspondiente a 1974*, p. 76.

motivo. Em outras ocasiões<sup>(114)</sup> a Comissão, sem mencionar expressamente “inadmissibilidade”, decidiu que, como os recursos internos não haviam sido esgotados, não se tomaria qualquer outra medida nos casos em questão e as petições seriam arquivadas e a decisão comunicada aos reclamantes.

*b) Adiamento da continuação do exame de petições devido ao não-esgotamento*

Os casos de inadmissibilidade pura e simples, por não-esgotamento, não têm, no entanto, sido os mais numerosos na prática da Comissão. Com efeito, em casos em que a Comissão verificou a certa altura que os recursos internos não haviam sido esgotados, decidiu adiar a continuação do exame da questão justamente por aquele motivo<sup>(115)</sup>, por vezes precisando o recurso que cabia esgotar<sup>(116)</sup>. Em tais casos a Comissão parece ter aplicado a regra dos recursos internos com notável flexibilidade: ao invés de declarar as petições de imediato inadmissíveis por não-esgotamento dos recursos internos, preferiu adiar um estudo mais aprofundado dos casos até que os reclamantes tivessem esgotado os recursos internos dentro de um prazo razoável. Ao aplicar assim a regra dos recursos internos, a Comissão de certo modo beneficiou os reclamantes. Por outro lado, no entanto, em outros casos o adiamento da decisão parece ter beneficiado os governos reclamados, ao estender o prazo — supostamente para uma consideração mais cuidadosa dos casos — para a reparação local dos supostos danos<sup>(117)</sup>. Em outros casos<sup>(118)</sup> as razões do adiamento não foram suficientemente claras.

*c) Pedidos de informações adicionais sobre o esgotamento*

Talvez o maior número de decisões tomadas pela Comissão Interamericana em relação à aplicação da regra dos recursos internos tenha tomado a forma de pedidos de informações adicionais concernentes ao esgotamento, de modo a possibilitar à Comissão tomar subsequente uma decisão definitiva sobre a matéria. Tais pedidos podem em geral ser classificados em três categorias. Em primeiro lugar, pedidos de infor-

- (114) Caso n.º 1.628, IACHR, Report 23rd Session — 1970, p. 11; caso n.º 1.704, IACHR, Report 25th Session — 1971, p. 18; caso n.º 1.725, IACHR, Report 26th Session — 1971, pp. 15-18; caso n.º 1.731, IACHR, Report 27th Session — 1972, p. 10.
- (115) Caso n.º 1.586, IACHR, Report 19th Session — 1968, p. 10; caso n.º 1.679, IACHR, Report 24th Session — 1970, p. 16; casos n.ºs 1.680 e 1.682, IACHR, Report 24th Session — 1970, p. 16; caso n.º 1.689, IACHR, Report 25th Session — 1971, pp. 30-31; caso n.º 1.673, IACHR, Report 23rd Session — 1970, p. 10; caso n.º 1.681, IACHR, Report 24th Session — 1970, p. 16; caso n.º 1.735, IACHR, Report 31st Session — 1973, p. 41.
- (116) E. g., caso n.º 1.738, IACHR, Report 31st Session — 1973, p. 42 (“recurso de amparo”, pendente).
- (117) Caso n.º 1.683, IACHR, Report 26th Session — 1971, pp. 19-22, e Report 27th Session — 1972, pp. 20-24; caso n.º 1.684, IACHR, Report 26th Session — 1971, pp. 22-25.
- (118) Caso n.º 1.705, IACHR, Report 27th Session — 1972, pp. 35-38, e Report 26th Session — 1972, pp. 29-31; caso n.º 1.697, IACHR, Report 27th Session — 1972, pp. 24-27, e Report 28th Session — 1972, pp. 8-13.

mações, dirigidos aos próprios governos reclamados, acerca dos recursos internos a serem esgotados<sup>(119)</sup>. Em um desses casos esta atitude da Comissão levou a um resultado surpreendente: a Comissão havia reiteradamente solicitado ao governo reclamado informações pertinentes ao esgotamento dos recursos internos, mas como não fora atendida em seus pedidos e tampouco o reclamante atualizara sua petição, decidiu a Comissão arquivar o caso "sem prejuízo de reabrir seu exame se as informações fossem fornecidas dentro de um prazo razoável", uma vez que naquele estágio sentia que não possuía informações suficientes para tomar uma decisão no caso<sup>(120)</sup> (cf. *infra*). E, entretanto, difícil evitar a impressão de que o governo reclamado seja indevidamente favorecido por essa maneira de aplicar a regra dos recursos internos. Se um governo reclamado não se prevalece da chance de levantar uma objeção de não-esgotamento e fundamentá-la, não há aparentemente razão cogente alguma para que a Comissão não deva decidir a favor do reclamante.

Em segundo lugar, em outras ocasiões a Comissão solicitou aos reclamantes informações adicionais acerca das medidas tomadas para esgotar os recursos internos<sup>(121)</sup>. E, em terceiro lugar, a Comissão solicitou — na maioria de tais casos — informações adicionais, sobre o esgotamento dos recursos internos, tanto dos indivíduos reclamantes quanto dos governos reclamados<sup>(122)</sup>. Os recursos internos a serem esgotados

- (119) Caso n.º 1.631, IACHR, Report 24th Session — 1970, pp. 29-31, e Report 25th Session — 1971, pp. 37-38; caso n.º 1.693, IACHR, Report 26th Session — 1971, pp. 30-31; caso n.º 1.748, IACHR, Report 29th Session — 1972, pp. 13-14; caso n.º 1.683, in *ibid.*, p. 25; caso n.º 1.684, *ibid.*, pp. 25-26; caso n.º 1.690, in *ibid.*, pp. 26-28; caso n.º 1.755, IACHR, Report 31st Session — 1973, p. 53, e CIDH, Relatório 30a. Sessão — 1973, p. 52 (pedido de informações sobre recursos de *habeas corpus*); caso n.º 1.789, IACHR, Report 32nd Session — 1974, p. 15; caso n.º 1.789, *ibid.*, pp. 20-21; caso n.º 1.735, IACHR, Report 32nd Session — 1974, p. 29; caso n.º 1.774, CIDH, Informe Anual Correspondiente a 1974, pp. 52-56; caso n.º 1.810, *ibid.*, p. 67; caso n.º 1.752, *ibid.*, pp. 69-70; caso n.º 1.773, in *ibid.*, pp. 70-71 e 73-75; caso n.º 1.788, CIDH, Informe Anual Correspondiente a 1975, pp. 80-81; caso n.º 1.844, *ibid.*, pp. 84-85; caso n.º 1.897, *ibid.*, pp. 86-87; caso n.º 1.736, *ibid.*, pp. 103; caso n.º 1.799, *ibid.*, p. 104; caso n.º 1.840, *ibid.*, pp. 110-111; caso n.º 1.843, *ibid.*, p. 112; caso n.º 1.849, *ibid.*, p. 114; caso n.º 2.711, CIDH, Informe Anual — 1982-1983, p. 138.
- (120) Caso n.º 1.631, IACHR, Report 25th Session — 1971, pp. 37-38.
- (121) Caso n.º 1.621, IACHR, Report 21st Session — 1969, p. 16; caso n.º 1.461, IACHR, Report 22nd Session — 1969, p. 35; caso n.º 1.751, IACHR, Report 29th Session — 1972, p. 15; caso n.º 1.754, IACHR, Report 29th Session — 1972, p. 18; caso n.º 1.751, IACHR, Report 31st Session — 1973, p. 43; caso n.º 1.789, CIDH, Informe Anual Correspondiente a 1974, p. 42; caso n.º 1.777, CIDH, Informe Anual Correspondiente a 1975, p. 91.
- (122) Caso n.º 1.620, IACHR, Report 21st Session — 1969, pp. 15-16; caso n.º 1.615, *ibid.*, pp. 20-21, e Report 22nd Session — 1969, p. 35; caso n.º 1.641, IACHR, Report 24th Session — 1970, pp. 24-26; caso n.º 1.700, IACHR, Report 25th Session — 1971, pp. 16-17; caso n.º 1.705, *ibid.*, pp. 18-19, e Report 26th Session — 1971, pp. 31-32; caso n.º 1.723, IACHR, Report 26th Session — 1971, p. 15; caso n.º 1.701, *ibid.*, pp. 17-19, e Report 27th Session — 1972, pp. 13-15; caso n.º 1.715, IACHR, Report 27th Session — 1972, pp. 15-17, e Report 29th Session — 1972, pp. 19-21; caso n.º 1.606, IACHR, Report 27th Session — 1972, pp. 32-34; casos n.ºs 1.736 e 1.738, IACHR, Report 29th Session — 1972, pp. 8-8; casos n.ºs 1.745 e 1.747, *ibid.*, pp. 10-12; caso n.º 1.746, CIDH, Relatório 30a. Sessão — 1973, pp. 57-58, e IACHR, Report 31st Session — 1973, pp. 53-57, e Report 32nd Session — 1974, pp. 32-33; caso n.º 1.769, CIDH, Informe Anual Correspondiente a 1974, p. 39; caso n.º 1.736, *ibid.*, p. 78. Estes casos apresentaram diferenças não apenas em relação ao conteúdo do dever de esgotar os recursos internos, mas também em relação às medidas subsequentemente tomadas pela Comissão.

têm variado de caso a caso, desde, e.g., recursos fornecidos por um decreto-lei (123) até um recurso de amparo pendente (124). Em um determinado caso a questão do esgotamento de um recurso (apelação) complicou-se por alegações de atrasos indevidos na administração da justiça; conseqüentemente, a Comissão decidiu manter o caso suspenso (125). Em outra ocasião, como os reclamantes deixaram de fundamentar sua queixa, a Comissão decidiu arquivar o caso (126). Em vários outros casos, na pendência de obtenção de informações mais detalhadas, a Comissão optou pelo adiamento do exame das petições, até que dispusesse de tais informações (127).

Em um desses casos a Comissão, após haver adiado consideração da petição até que informações adicionais fossem fornecidas pelo reclamado, tomou nota da resposta do governo em questão, em que este "não fez qualquer objeção" com relação ao requisito do esgotamento dos recursos internos, como "teria sido normal que o fizesse" caso estivesse pendente um pedido de *habeas corpus* ou outro recurso interno (128). Em outro caso, significativamente, a Comissão considerou que quando o governo reclamado não apresenta as informações solicitadas sobre o esgotamento dos recursos internos dentro de um prazo razoável, a observação *in loco* constitui um meio de verificar a aplicação de tal requisito (129). E, em outra ocorrência, mesmo de posse das informações apresentadas pelo governo reclamado sobre a utilização de recursos internos, a Comissão ainda assim decidiu proceder a uma verificação *in loco* (130).

d) *Arquivamento de casos sem prejuízo de reabertura de seu exame*

Em casos em que a Comissão não conseguiu obter provas atualizadas sobre a questão do esgotamento dos recursos internos, decidiu arquivar a reclamação "sem prejuízo de reabrir seu exame se as infor-

(123) Caso n.º 1.620, IACHR, *Report 21st Session — 1969*, pp. 15-16.

(124) Caso n.º 1.738, IACHR, *Report 29th Session — 1972*, pp. 7-8, e CIDH, *Relatório 30a, Sessão — 1973*, pp. 39-40.

(125) Caso n.º 1.705, IACHR, *Report 28th Session — 1972*, p. 31 e *Report 25th Session — 1971*, p. 19, e *Report 26th Session — 1971*, p. 31.

(126) Caso n.º 1.615, IACHR, *Report 22nd Session — 1969*, p. 35, e cf. *Report 21st Session — 1969*, p. 21. Quanto às medidas acima adotadas pela Comissão (e.g., pedidos de informações adicionais, e, infra, arquivamento temporário do caso), pode-se indagar se, uma vez que o exame de um caso é apenas adiado ou seu arquivamento pode ainda levar a uma investigação subsequente, seria realmente necessário ou conveniente à Comissão indicar em que estágio do processo a regra dos recursos internos deve ser cumprida: pode-se argumentar que impõe-se aqui uma resposta negativa.

(127) Caso n.º 1.850, CIDH, *Informe Anual Correspondiente a 1975*, p. 115; caso n.º 1.809, *ibid.*, p. 106; casos n.ºs 1.855 e 1.857, *ibid.*, pp. 118-119; caso n.º 1.864, *ibid.*, p. 123; casos n.ºs 1.876, 1.877, 1.878 e 1.879, *ibid.*, pp. 128-131; caso n.º 1.775, *ibid.*, pp. 176-177 (neste caso a Comissão adiou o exame de parte da petição, e declarou outra parte inadmissível ainda que reconhecesse que os recursos internos a respeito tinham sido esgotados.)

(128) Caso n.º 1.757, IACHR, *Report 31st Session — 1973*, p. 34.

(129) Caso n.º 1.683, CIDH, *Informe Anual Correspondiente a 1973*, p. 35, e cf. pp. 38 e 42.

(130) Caso n.º 1.840, CIDH, *Informe 33a. Sesión — 1974*, p. 9.

mações fossem fornecidas dentro de um prazo razoável" (131), ou se informações adicionais sobre o assunto "justificassem um novo estudo" (132). Diversos outros casos (133) foram arquivados pela Comissão sem prejuízo de reabrir a consideração dos mesmos, caso se recebessem informações adicionais sobre a matéria dentro de um prazo razoável.

Um determinado caso, com efeito, que havia sido inclusive declarado inadmissível por não-esgotamento dos recursos internos, à luz de novas alegações dos reclamantes foi *reaberto* pela Comissão para exame mais detalhado, em clara demonstração da flexibilidade da operação ou procedimento da Comissão; esta prontamente solicitou informações adicionais ao governo reclamado (134). Posteriormente, no entanto, de posse das informações solicitadas, como sobre estas os reclamantes não tivessem se manifestado, a Comissão decidiu arquivar o caso mas novamente sem prejuízo de eventual reabertura de seu exame no futuro (135).

#### e) Adoção de resoluções

Várias vezes, o exame, pela Comissão, *inter alia* da questão do esgotamento dos recursos internos levou à medida mais formal de adoção de resoluções (136). Tem isto geralmente ocorrido em casos longamente debatidos (137). O conteúdo dessas resoluções tem naturalmente variado de caso a caso: têm elas declarado que os atos relatados no caso constituem *prima facie* uma violação dos direitos humanos (138), ou recomendado uma ampla investigação do que parecia constituir uma violação dos direitos humanos (139), ou decidido arquivar o caso sem prejuízo até

(131) Caso n.º 1.631, IACHR, *Report 25th Session — 1971*, pp. 37-38.

(132) Caso n.º 1.700, IACHR, *Report 26th Session — 1971*, pp. 26-27.

(133) Cf. caso n.º 1.615, IACHR, *Report 22nd Session — 1969*, p. 35; caso n.º 1.662, IACHR, *Report 25th Session — 1971*, p. 14; caso n.º 1.695, *ibid.*, p. 15; caso n.º 1.698, *ibid.*, p. 16; caso n.º 1.712, IACHR, *Report 26th Session — 1971*, pp. 7-8; casos n.ºs 1.719 e 1.720, *ibid.*, pp. 13-14; casos n.ºs 1.728, 1.729 e 1.730, IACHR, *Report 27th Session — 1972*, pp. 8-9; caso n.º 1.733, *ibid.*, pp. 11-12; caso n.º 1.727, *ibid.*, p. 35. Tem também ocorrido exemplos em que a Comissão simplesmente se absteve de examinar os fatos alegados nas petições devido ao não-esgotamento de recursos internos: cf. caso n.º 1.528, IACHR, *Report 17th Session — 1967*, p. 14; caso n.º 1.535, *ibid.*, p. 14.

(134) Caso n.º 1.744, IACHR, *Report 32nd Session — 1974*, p. 33.

(135) Caso n.º 1.744, CIDH, *Informe Anual Correspondiente a 1975*, pp. 177-178.

(136) Assim, as resoluções foram adotadas após ter verificado a Comissão que *inter alia* não havia "nenhum outro processo ou recurso interno pendente de decisão": caso n.º 1.783, CIDH, *Informe Anual — 1977*, p. 43; caso n.º 1.870, *ibid.*, p. 51.

(137) Caso n.º 1.683, IACHR, *Report 25th Session — 1971*, p. 22, e *Report 26th Session — 1971*, pp. 19-22, e *Report 27th Session — 1972*, pp. 20-24, e *Report 28th Session — 1972*, pp. 22-27, e *Report 29th Session — 1972*, p. 25; caso n.º 1.684, IACHR, *Report 25th Session — 1971*, pp. 22-29, e *Report 26th Session — 1971*, pp. 23-25, e *Report 27th Session — 1972*, p. 19, e *Report 28th Session — 1972*, pp. 15-22, e *Report 29th Session — 1972*, pp. 25-28, e *Relatório 30.ª Sessão — 1973*, pp. 17-18; caso n.º 1.701, IACHR, *Report 28th Session — 1972*, pp. 4-5 e 7; caso n.º 1.697, IACHR, *Report 27th Session — 1972*, pp. 24-26, e *Report 28th Session — 1972*, pp. 8-10, e *Report 29th Session — 1972*, pp. 11-13.

(138) Caso n.º 1.683, IACHR, *Report 28th Session — 1972*, pp. 26-27, e *Report 29th Session — 1972*, p. 25; caso n.º 1.688, IACHR, *Report 28th Session — 1972*, pp. 33 e 36. As resoluções, além disso, solicitaram que se estendessem reparação às vítimas.

(139) Caso n.º 1.684, IACHR, *Report 28th Session — 1972*, pp. 21-22, e *Report 29th Session — 1972*, pp. 23-26.

que os resultados de uma investigação em curso se tornassem conhecidos<sup>(140)</sup>, ou declarado que não se comprovou a existência da violação de direitos humanos alegada na reclamação<sup>(141)</sup>.

Em determinada ocasião a Comissão indicou expressamente, como questão de princípio, que os recursos internos a serem esgotados (no âmbito do sistema interamericano) compreendiam apenas os recursos de natureza *judicial*: a regra dos recursos internos não implica que o reclamante tenha que esgotar todos os meios de reparação disponíveis sob a jurisdição do Estado, mas somente aqueles de natureza *judicial*, e mesmo assim se não ocorrer recusa ou atraso injustificado na administração da justiça<sup>(142)</sup>.

A Comissão também adotou resoluções aplicando, como visto a seguir, a presunção da ineficácia dos recursos internos (cf. *infra*). E, em dois casos recentes, objetos de resoluções adotadas em 25 de junho de 1981, a Comissão entendeu que haviam sido esgotados os recursos judiciais internos e devidamente observadas as regras de procedimento judicial do país em questão<sup>(143)</sup>.

#### f) Presunção de ineficácia dos recursos internos

Em numerosos casos<sup>(144)</sup> a Comissão presumiu verdadeiros os fatos denunciados, em aplicação do artigo 51 de seu antigo Regulamento. Em um caso chegou a uma "veemente presunção" de ocorrência de graves violações de direitos humanos<sup>(145)</sup>. Em outras ocasiões a Comissão, após solicitar informações adicionais sobre o esgotamento dos recursos internos, aplicou do mesmo modo a presunção de ocorrência de atos violatórios dos direitos humanos<sup>(146)</sup>. Em outro caso a Comissão presumiu ineficazes os recursos internos, quando o país em questão — como no

(140) Caso n.º 1.701, IACHR, *Report 28th Session — 1972*, p. 7.

(141) Caso n.º 1.715, IACHR, *Report 29th Session — 1972*, p. 24.

(142) Caso n.º 1.697, também levando à adoção de resolução: IACHR, *Report 29th Session — 1972*, pp. 11-12.

(143) Caso n.º 3.102, CIDH, *Informe Anual — 1981-1982*, p. 93; caso n.º 3.115, in *ibid.*, p. 95.

(144) E.g., caso n.º 1.737, CIDH, *Informe Anual Correspondiente a 1974*, p. 31; caso n.º 1.798, CIDH, *Informe Anual Correspondiente a 1975*, p. 29; caso n.º 1.742, *ibid.*, p. 33; caso n.º 1.805, *ibid.*, pp. 39-40; caso n.º 1.834, *ibid.*, pp. 42-43; caso n.º 1.847, *ibid.*, p. 45; caso n.º 1.790, *ibid.*, p. 49; caso n.º 1.874, *ibid.*, p. 55; casos n.ºs 1.702, 1.748 e 1.755, *ibid.*, p. 60; caso n.º 1.905, *ibid.*, p. 65; caso n.º 1.835, *ibid.*, p. 82; caso n.º 1.887, *ibid.*, p. 101; caso n.º 1.867, *ibid.*, p. 125; caso n.º 1.875, *ibid.*, p. 127; caso n.º 2.006, CIDH, *Informe Anual — 1977*, p. 36; caso n.º 2.018, *ibid.*, p. 38; caso n.º 2.021, *ibid.*, pp. 39-49; caso n.º 2.029, *ibid.*, p. 41; caso n.º 2.076, *ibid.*, p. 43; caso n.º 1.967, *ibid.*, p. 54; caso n.º 2.450, CIDH, *Informe Anual — 1978*, pp. 41-42; caso n.º 2.291, *ibid.*, p. 51; caso n.º 2.662, *ibid.*, pp. 53-54; caso n.º 2.720, *ibid.*, pp. 59-58; caso n.º 2.721, in *ibid.*, pp. 60-61; caso n.º 2.722, *ibid.*, p. 63; caso n.º 2.756, *ibid.*, p. 70; caso n.º 2.757, *ibid.*, pp. 72-73; caso n.º 2.758, *ibid.*, pp. 74-75; caso n.º 2.759, *ibid.*, pp. 77-78; caso n.º 2.760, *ibid.*, p. 80; caso n.º 1.909, *ibid.*, p. 110; caso n.º 2.155, CIDH, *Informe Anual — 1979-1980*, p. 46; caso n.º 2.209, *ibid.*, pp. 47-49; caso n.º 2.484, *ibid.*, p. 53.

(145) Caso n.º 1.684 CIDH, *Informe Anual Correspondiente a 1973*, p. 72.

(146) Casos n.ºs 1.702 e 1.748, IACHR, *Report 32nd Session — 1974*, pp. 44 e 51; caso n.º 2.777, CIDH, *Informe Anual — 1979-1980*, pp. 62-64.

*cas d'espèce* se encontrasse em virtual "estado de guerra", e os tribunais nacionais estivessem assim sujeitos a ingerências de autoridades militares (147). Também já ocorreu que a Comissão, após exame da petição, concluisse ter havido um "atraso injustificado" na decisão definitiva com respeito aos recursos de jurisdição interna (148).

Em outra ocorrência a Comissão, após verificar que sucessivos recursos de *habeas corpus* e apelos às autoridades governamentais e militares do país em questão não surtiram efeito, aplicou a presunção de configuração de graves violações dos direitos humanos (149). E em caso recente a Comissão concluiu *inter alia* que a prolongada detenção do reclamante excedia todo "critério de razoabilidade" e equivalia a um ato violatório dos direitos humanos (150).

Admite-se hoje, da mesma forma, pelo artigo 39 do novo Regulamento da Comissão Interamericana (aprovado em 8 de abril de 1980), que do exame de uma petição se poderão presumir verdadeiros os fatos nela relatados se, em um prazo máximo de 120 dias, o governo reclamado não fornecer as informações pertinentes solicitadas pela Comissão. Com base nesse novo artigo 39 a Comissão tem aplicado tal presunção em sucessivos e numerosos casos (151), em um deles, e.g., após solicitar informações ao governo em questão precisamente sobre se "se esgotaram ou não os recursos da jurisdição interna" (152), — seguindo dessa forma a mesma orientação anterior sob o antigo Regulamento. Em quatro outros casos, objetos de resoluções adotadas em 8 de março de 1982, a Comissão afirmou expressamente que presumia que "não há recursos internos que devam ser esgotados" e que eram verdadeiros os fatos denunciados (153).

(147) Caso n.º 1 774, IACHR, *Report 32nd Session — 1974*, p. 40.

(148) Caso n.º 2.126, CIDH, *Informe Anual — 1978*, p. 85.

(149) Caso n.º 2.266, CIDH, *Informe Anual — 1979-1980*, pp. 49-51.

(150) Caso n.º 2.127, CIDH, *Informe Anual — 1979-1980*, pp. 71-73.

(151) Caso n.º 7.739, CIDH, *Informe Anual — 1980-1981*, pp. 58-59; caso n.º 7.458, *ibid.*, p. 60; caso n.º 7.378, *ibid.*, p. 65; caso n.º 7.379, *ibid.*, p. 67; caso n.º 7.383, *ibid.*, p. 68; caso n.º 7.403, *ibid.*, p. 72; caso n.º 7.464, *ibid.*, p. 73; caso n.º 7.400, *ibid.*, p. 76; caso n.º 7.581, *ibid.*, p. 78; caso n.º 7.585, *ibid.*, p. 82; caso n.º 4.425, *ibid.*, p. 88; caso n.º 2.299, *ibid.*, pp. 89-90; caso n.º 3.347, *ibid.*, p. 91; caso n.º 3.496, *ibid.*, p. 92; caso n.º 3.992, *ibid.*, p. 93; caso n.º 3.954, *ibid.*, p. 94; caso n.º 3.884, *ibid.*, p. 95; caso n.º 4.402, *ibid.*, pp. 96-97; caso n.º 4.429, *ibid.*, p. 99; caso n.º 4.677, *ibid.*, p. 101; caso n.º 7.486, *ibid.*, pp. 102-103; caso n.º 7.455, *ibid.*, p. 104; caso n.º 7.473, CIDH, *Informe Anual — 1981-1982*, pp. 36-37; caso n.º 2.931, *ibid.*, p. 51; caso n.º 4.666, *ibid.*, p. 53; caso n.º 4.665, *ibid.*, p. 58; caso n.º 4.288, *ibid.*, p. 60; caso n.º 2.306, *ibid.*, pp. 63-69; caso n.º 7.698, *ibid.*, pp. 70-71; caso n.º 7.599, *ibid.*, p. 72; caso n.º 6.091, *ibid.*, pp. 77-78; caso n.º 6.093, *ibid.*, p. 80; caso n.º 7.602, *ibid.*, p. 82; caso n.º 7.778, *ibid.*, p. 84; caso n.º 7.778, *ibid.*, pp. 85-86; caso n.º 7.473, CIDH, *Informe Anual — 1981-1982*, pp. 36-37; caso n.º 2.931, *ibid.*, p. 91; caso n.º 2.401, CIDH, *Informe Anual — 1982-1983*, p. 68; casos n.ºs 2.648, 2.647 e 2.648, *ibid.*, pp. 71, 75 e 78-79; caso n.º 2.650, *ibid.*, p. 81; casos n.ºs 2.652 e 2.653, *ibid.*, pp. 84 e 86-87; caso n.º 2.973, *ibid.*, pp. 88-89; caso n.º 3.096, *ibid.*, pp. 90-91; caso n.º 8.519, *ibid.*, pp. 92-93; caso n.º 6.586, *ibid.*, p. 95; caso n.º 5.154, *ibid.*, pp. 105-106; caso n.º 7.238, *ibid.*, p. 107; caso n.º 7.245, *ibid.*, p. 109; casos n.ºs 7.309 e 7.310, *ibid.*, pp. 111-112; casos n.ºs 7.313 e 7.314, *ibid.*, pp. 114 e 116; caso n.º 7.319, *ibid.*, pp. 117-118; caso n.º 7.318, *ibid.*, p. 120; caso n.º 7.320, *ibid.*, p. 122.

(152) Caso n.º 7.472, CIDH, *Informe Anual — 1980-1981*, pp. 61-62.

(153) Caso n.º 7.481, CIDH, *Informe Anual — 1981-1982*, pp. 40-41; caso n.º 7.823, *ibid.*, p. 45; caso n.º 7.530, *ibid.*, p. 42; caso n.º 7.824, *ibid.*, pp. 47-48.

### g) Atrasos indevidos e denegação de justiça

Em um caso recente, em que o governo reclamado levantou a objeção de não-esgotamento dos recursos internos, argumentando que existia um processo pendente, a Comissão retrucou que tal alegação não tinha lugar, à luz do artigo 46 (2) (c) da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual rejeita a possibilidade de levantar a objeção de não-esgotamento quando haja "atraso injustificado" na decisão sobre os recursos internos; acrescentou a Comissão que no caso, além do atraso, não houve uma "vontade firme" das autoridades governamentais de "concluir as investigações e sancionar os responsáveis pelos fatos denunciados" (154).

Em outro caso, objeto de resolução adotada em 30 de junho de 1983, a Comissão chegou a expressamente "deplorar o atraso e a denegação de justiça" (155). Com efeito, como visto (*supra*), o conceito de denegação de justiça encontra-se intimamente ligado ao requisito do prévio esgotamento dos recursos internos: uma falha nestes últimos (e.g., se se mostrarem ineficazes) pode levar à configuração de uma denegação de justiça, abrindo caminho para a ação internacional de proteção dos direitos humanos (156). A esse respeito, em recente ocorrência, a Comissão constatou uma denegação de justiça e violação dos direitos humanos, dado que a vítima não tivera "oportunidade de defender-se" e obter reparação dos danos (157).

### h) Não-aplicação da regra do esgotamento nos chamados "casos gerais"

Em virtude de uma regra de interpretação adotada na II Conferência Interamericana Extraordinária (1965) (158), não se estende a regra do esgotamento dos recursos internos aos chamados "casos gerais", i.e., casos de supostas violações generalizadas de direitos humanos. Em dezembro de 1968 (20ª sessão da Comissão) prepararam-se e examinaram-se relatórios sobre o direito de petição (159) e o tratamento de petições em "casos individuais" (160), e o tópico "Esgotamento de Recursos Legais Internos" foi incluído no programa geral de trabalho da Comissão, tendo sido designado um *rapporteur*. Em relatório sobre o assunto apresentado à Comissão em maio de 1972 (28ª sessão), o *rapporteur* concluiu cate-

(154) Caso "La Pólvera", resolução n.º 20/83, de 4-10-1983, in CIDH, *Informe Anual — 1982-1983*, pp. 137-138.

(155) Caso n.º 7.575, CIDH, *Informe Anual — 1982-1983*, p. 65.

(156) E no direito internacional geral, os conceitos de denegação de justiça e esgotamento dos recursos internos interagem para formar a base da maioria das reclamações internacionais; para um estudo recente a respeito, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Denial of Justice and Its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law", 53 *Philippine Law Journal* (1978) pp. 404-420.

(157) Caso n.º 2.976, CIDH, *Informe Anual — 1982-1983*, p. 101.

(158) Ato Final da Conferência, OEA, doc. OEA/Ser.C/L.13, p. 32.

(159) OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.20 — doc. 20 a 22 e 33 Rev.

(160) OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.21 — doc. 17. O estudo continua "propostas práticas" sobre a admissibilidade de reclamações em "casos individuais". Esta referência a "casos individuais" em relação à aplicação da regra dos recursos internos não deveria passar despercebida.

goricamente que, para os propósitos do trabalho da Comissão, a regra do esgotamento dos recursos internos não deveria aplicar-se a reclamações de direitos humanos em “casos gerais”, mas tão-somente em “casos individuais” (161).

Esta regra de interpretação foi aplicada em um caso datado de 1971-1972 (162). Subseqüentemente, em outro caso, em sua 32ª sessão (5 a 18 de abril de 1974), a Comissão, após examinar a matéria, decidiu tratar uma série de reclamações de direitos humanos inter-relacionadas — que incluíam suspensão de garantias de *due process* e outras irregularidades, e ineficácia dos recursos de *amparo* e *habeas corpus* — como um “caso geral”: o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos foi por conseguinte dispensado, possibilitando assim à Comissão proceder de imediato a um estudo amplo e abrangente da situação (163). Observe-se que esta significativa evolução teve lugar mediante um *processo de interpretação* liberal das normas regendo o procedimento da Comissão Interamericana (164).

#### i) O ônus da prova quanto ao esgotamento

O importante item do ônus da prova quanto ao esgotamento dos recursos internos encontra-se naturalmente relacionado a algumas das outras questões processuais revistas no presente estudo. Assim, e.g., da prática da Comissão Interamericana de solicitar informações adicionais sobre o esgotamento, seja aos governos reclamados, seja aos reclamantes autores das petições, seja não raro a ambos (*supra*), pode-se inferir que o *onus probandi* quanto ao esgotamento dos recursos internos se distribua entre reclamante e reclamado. A questão foi objeto de atenção também no experimento regional congênere europeu: recorda-se, a esse respeito, que a jurisprudência da Comissão Europeia de Direitos Humanos muito evoluiu, desde a década de cinquenta em que fazia incidir sistematicamente sobre o reclamante o ônus da prova quanto ao esgotamento dos recursos internos, até nossos dias, em que distribui, de modo mais justo, equilibrado e flexível, aquele ônus entre reclamante e reclamado. Foi o que procuramos demonstrar em pesquisa a respeito, divulgada em 1976, defendendo a tese da distribuição do ônus da prova quanto ao esgota-

(161) GABINO FRAGA, “El Agotamiento de Recursos Internos Previo a la Acción Internacional”, OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.28 — doc. 19 (de 4 de maio de 1972), pp. 7-11. Ademais, indicou o *rappporteur* três exceções à regra dos recursos internos, a saber: não-existência de tais recursos, atrasos indevidos, e casos em que o reclamante foi impedido de utilizar os recursos internos; cf. *ibid.*, pp. 7-11.

(162) Caso n.º 1.004, que tornou-se um *leading case* sobre a matéria; cf. J. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, “Seminario sobre Agotamiento de los Recursos de Jurisdicción Interna (Proyecto de Programa)”, OEA, doc. OEA/Ser.L/II.28 — doc. 5, de 3-10-1972, p. 3, e cf. pp. 1-3; cf. também, sobre o caso n.º 1.004, IACHR, *Report 31st Session — 1973*, p. 30; CIDH, *Informe Anual Correspondiente a 1973*, pp. 63-64 e 67-68.

(163) Cf. OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.34 — doc. 21, de 25-10-1974, pp. 1-177, para o relatório da Comissão sobre o caso (aprovado em sua 34.ª sessão, 22 de julho a 2 de agosto de 1974).

(164) No caso, particularmente o artigo 9 (bis) *id.* de seu antigo Estatuto e o artigo 54 de seu antigo Regulamento, dispondo sobre a regra do esgotamento dos recursos internos.

mento dos recursos internos entre reclamante e reclamado nos experimentos de proteção internacional dos direitos humanos (165).

Mais recentemente, a mesma orientação foi expressamente adotada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos: seu novo Regulamento (aprovado em 8 de abril de 1980) dispõe em seu artigo 34 *inter alia* que “para que uma petição possa ser admitida pela Comissão, requerer-se-á que se tenham interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, conforme os princípios do direito internacional geralmente reconhecidos”, a não ser que haja o “devido processo legal” para a proteção dos direitos, ou que o reclamante tenha sido impedido de utilizar os recursos internos, ou que se tenha verificado “atraso injustificado” no processo; quando o autor da petição afirmar a impossibilidade de esgotar os recursos internos — acrescentou significativamente o artigo 34 do novo Regulamento — “caberá ao governo contra o qual se dirige a petição demonstrar à Comissão que os recursos internos não foram previamente esgotados, a menos que isto se deduza claramente dos antecedentes contidos na petição” (166).

Assim, e.g., em um caso recente, enquanto o governo reclamado buscava demonstrar que as decisões dos tribunais internos estatais eram passíveis de recursos perante a Corte Suprema, o que não havia sido feito no caso, os reclamantes contra-argumentavam que a jurisdição da Corte Suprema para examinar recursos de decisões dos tribunais estatais limitava-se a “situações específicas” não aplicáveis ao *cas d'espèce*; a Comissão Interamericana, após examinar os fatos, concluiu que “não existiam procedimentos internos que esgotar antes de recorrer à jurisdição internacional” (167). Em outro caso, a Comissão contentou-se em “estimar *prima facie* a veracidade dos fatos” (168). Sobre este último ponto, cabe recordar que, no experimento regional europeu, a jurisprudência da Comissão Europeia de Direitos Humanos a respeito evoluiu da exigência de uma “substantial evidence” (nos anos cinquenta) à de tão-somente uma “*prima facie* evidence/commencement de preuve” (de 1960 até nossos dias) (169).

Em outra ocorrência, a Comissão Interamericana estatuiu que o simples fato de que os recursos internos tivessem sido esgotados e de que havia uma decisão judicial definitiva que examinara as provas apresentadas pelos reclamantes não impedia que a própria Comissão considerasse se tais provas demonstravam uma violação dos direitos humanos (170).

(165) A. A. CANÇADO TRINDADE, “The Burden of Proof with Regard to Exhaustion of Local Remedies in International Law”, 9 *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal* — Paris (1976) pp. 81-121.

(166) Texto in: OEA, *Manual de Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos*, doc. OEA/Ser.L/V/II.50 — doc. 6, 1980, p. 135.

(167) Caso n.º 2.141, CIDH, *Informe Anual — 1980-1981*, pp. 39-40.

(168) Caso n.º 3.482, CIDH, *Informe Anual — 1980-1981*, p. 29.

(169) A. A. CANÇADO TRINDADE, “The Burden of Proof...” *op. cit.* supra n.º 165, pp. 88-81 e 110.

(170) Caso n.º 1.752, IACHR, *Report 31st Session — 1973*, p. 49.

Em outro caso, do exame das provas ("claras evidências") a Comissão deduziu a veracidade dos fatos denunciados<sup>(171)</sup>. E, em caso recente, em que declarou que o governo em questão havia cometido uma violação dos direitos humanos, a Comissão indicou *inter alia* que o governo reclamado não fornecera prova alguma que lhe permitisse determinar se faltaria esgotar algum recurso da jurisdição interna<sup>(172)</sup>.

## 2. A prática da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Embora seja a Comissão Interamericana o órgão encarregado de pronunciar sobre questões pertinentes à admissibilidade de petições contendo alegações de violações de direitos humanos, também a Corte Interamericana — estabelecida em 18 de julho de 1978, quando da entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos — teve ocasião de manifestar-se sobre a matéria (caso *infra*). Há aqui um paralelo com o experimento regional europeu, em que, a par da vasta jurisprudência da Comissão Européia de Direitos Humanos, também a Corte Européia foi provocada a pronunciar sobre a matéria<sup>(173)</sup>. No âmbito regional interamericano, deparou-se a Corte Interamericana com a questão no recente caso *Viviana Gallardo et alii versus Costa Rica* (1981): antes de levar a matéria perante a Comissão, o governo em questão encaminhou petição à Corte para determinar se houvera violação dos direitos humanos consagrados na Convenção Americana no caso da morte de Viviana Gallardo em uma prisão e de ferimentos sofridos por suas companheiras de cela. Para os propósitos do caso, o governo de Costa Rica renunciou formalmente ao procedimento perante a Comissão e ao requisito do prévio esgotamento dos recursos de jurisdição interna<sup>(174)</sup>.

Na decisão de 13 de novembro de 1981 sobre o presente caso, a Corte, após advertir que o procedimento perante a Comissão não fora concebido no interesse exclusivo do Estado, não sendo pois em princípio renunciável, deteve-se na questão da renúncia à regra do esgotamento: lembrou de início corretamente que, consoante a jurisprudência internacional a respeito, o requisito em questão é passível de renúncia, ainda que tácita. A questão de saber se se cumpriram ou não os requisitos de admissibilidade de uma petição perante a Comissão — acrescentou a Corte, — é tema concernente à própria interpretação ou aplicação da Convenção (artigos 46-47), e, assim, de competência *ratione materiae* da Corte. No caso concreto, no entanto, caberia em princípio à Comissão pronunciar em primeiro lugar sobre tais requisitos de admissibilidade da petição; como isto não ocorrera, a Corte, entendendo que não poderia assim examinar diretamente o caso, evitou naquele estágio pronunciar

(171) Caso n.º 4.326, CIDH, *Informe Anual* — 1981-1982, pp. 25-26.

(172) Caso n.º 1.954, CIDH, *Informe Anual* — 1981-1982, p. 97.

(173) Para um estudo da jurisprudência da Corte Européia sobre a matéria, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: An Appraisal", 10 *Revue des Droits de l'Homme/ Human Rights Journal* — Paris (1977) pp. 143-185.

(174) Cf. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* — 1981, p. 11.

sobre o alcance e valor da renúncia do governo de Costa Rica à regra do prévio esgotamento dos recursos internos<sup>(175)</sup>. A demanda não foi assim admitida e o caso foi remetido ao exame da Comissão<sup>(176)</sup>, não implicando tal remissão uma decisão da Corte sobre a competência da Comissão<sup>(177)</sup>.

### 3. Avaliação e perspectivas

Hoje, em meados da década de oitenta, é certo que persiste uma brecha ou distância entre o progresso normativo alcançado pelo sistema interamericano na proteção dos direitos humanos e a realidade dos direitos humanos no continente americano<sup>(178)</sup>, mas como já bem se ressaltou, “sem os progressos do direito internacional, a realidade seria ainda mais negativa”<sup>(179)</sup>. A atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, já bem antes da entrada em vigor da Convenção Americana, tem sido certamente um elemento decisivo para a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Até 1975, por exemplo, tinha a Comissão examinado mais de 1.800 petições sobre direitos humanos<sup>(180)</sup>, obra considerável para um órgão até então operando sem que a Convenção tivesse entrado em vigor. Em fins de 1978 já chegavam a 3.200 os casos examinados pela Comissão (compreendendo mais de dez mil vítimas, de 18 ou 19 países); isto significa que a Comissão considerou 20% dos casos em seus primeiros quinze anos de atuação, e aproximadamente 80% dos casos no período de cinco anos entre 1973 e 1978<sup>(181)</sup>. Somente em 1980 foram recebidas 3.402 denúncias (o registro anual mais elevado, resultante de observação *in loco* em um determinado país), sendo que, ao final da década 1971-1981, a cifra totalizava 6.756 denúncias recebidas, de cujo exame resultaram 437 resoluções adotadas pela Comissão<sup>(182)</sup>.

Aos resultados concretos em inúmeros casos individuais acrescenta-se a importante função *preventiva* exercida pela Comissão. Em decorrência de suas recomendações de caráter geral dirigidas a determinados governos,

(175) *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos — 1982*, pp. 18-19.

(176) Cf. *ibid.*, p. 20. A Comissão, pela Resolução n.º 13/83, de 30-6-1983, declarou inadmissível a petição e arquivou o caso; cf. CIDH, *Informe Anual — 1982-1983*, pp. 51-55.

(177) Cf. CIDH, *Informe Anual — 1982-1983*, p. 52.

(178) A própria Comissão Interamericana, bastante cautelosa, confessou recentemente seu reconhecimento da “dificuldade que existe para estabelecer critérios que permitam medir o cumprimento pelos Estados de suas obrigações”; CIDH, *Informe Anual — 1979-1980*, p. 143.

(179) H. GROS ESPIELL, “Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l’homme”, 145 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (1975) pp. 52-53, e cf. p. 48; cf. igualmente E. VARGAS CARREÑO, “La Protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano”, *Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Internacional*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1979, p. 365.

(180) H. GROS ESPIELL, *op. cit.* supra n.º 179, pp. 29-31.

(181) E. VARGAS CARREÑO, “[Derechos Humanos:] El Perfeccionamiento de los Mecanismos Interamericanos a la Luz de su Experiencia”, *Estudios Internacionales: Derechos Humanos y Relaciones Internacionales* (ed. W. Sanchez G.), Santiago, Instituto de Estudios Internacionales, 1979, p. 227.

(182) OEA, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos — Diez Años de Actividades, 1971-1981*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1982, pp. 101-102.

ou formuladas em seus relatórios anuais, "foram derogados ou modificados leis, decretos e outros dispositivos que afetavam negativamente a vigência dos direitos humanos", foram criados ou fortalecidos mecanismos de proteção no ordenamento interno ou nacional, e "se estabeleceram ou aperfeiçoaram recursos e procedimentos para a melhor tutela" dos direitos humanos (183). Da atuação da Comissão emergiram e cristalizaram-se certas posições de princípio ou "elaborações doutrinárias", de importância para a evolução corrente da proteção internacional dos direitos humanos no Continente. Assim, e.g., entende a Comissão que *não* lhe compete "substituir" o Estado na investigação e sanção de violações de direitos humanos (cometidas por particulares); cabe-lhe, propriamente, proteger as pessoas cujos direitos foram lesados por agentes ou órgãos do Estado, constituindo-se assim em uma instância a que se possa recorrer "quando os direitos humanos foram violados por tais agentes ou órgãos estatais" (184). Cabe aqui registrar que, ao fundamentar recente solicitação de Parecer Consultivo à Corte Interamericana, a Comissão argumentou *inter alia* que os dispositivos sobre direitos humanos constituem *jus cogens* e os tratados de direitos humanos "devem ser interpretados segundo seu objeto e fim, que não é outra coisa que proteger primordialmente os direitos fundamentais dos seres humanos das infrações dos Estados" (185).

Quanto às singularidades da prática da Comissão Interamericana, no tocante em particular à aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos no exame de petições sobre direitos humanos (e.g., adiamento da continuação do exame devido ao não-esgotamento, pedidos de informações adicionais sobre o esgotamento, arquivamento de casos sem prejuízo de reabertura de seu exame), pode-se indagar se este aspecto específico de sua prática representa uma corrente nova, original e válida na aplicação daquela regra em um experimento de direito internacional sobre proteção dos direitos humanos, ou se, ao invés disso, conflita com os "princípios do direito internacional geralmente reconhecidos" sobre a matéria. Ora, a referência à aplicação da regra do esgotamento de acordo com os "princípios do direito internacional geralmente reconhecidos", incorporada no artigo 26 da Convenção Européia de Direitos Humanos, *não* se encontra no artigo 9 (bis) (d) do antigo Estatuto da Comissão Interamericana ou no artigo 54 de seu antigo Regulamento, e *tampouco* se encontra no artigo 20 (c) de seu novo Estatuto ou nos artigos 29 (d) e 32 (a) de seu novo Regulamento. Volta, no entanto, a aparecer, no artigo 34 (1) do novo Regulamento e no artigo 46 (a) da Convenção Americana de Direitos Humanos. A omissão, nos primeiros dispositivos, parece ter sido deliberada, dado que os redatores dos instrumentos regendo o sistema

(183) ANDRÉS AGUILAR, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Entrada en Vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José", 2 *Mundo Nuevo* — Caracas (1979), p. 38.

(184) OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.89 — doc. 19, de 11-4-1980, p. 29, *cit.* in OEA, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos — Diez Años...*, *op. cit.* supra, n.º 182, p. 333.

(185) Anexo III: "Solicitud de Opinión Consultiva Presentada [a la Corte Interamericana] por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", in *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos — 1983*, p. 50.

interamericano de proteção dos direitos humanos estiveram em geral conscientes dos dispositivos — semelhantes ou equivalentes — de outros experimentos congêneres de proteção internacional dos direitos humanos (186). De toda forma, cabe ter em mente que a incorporação da referência ao direito internacional geral em dispositivos, sobre a regra do esgotamento, de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, almejou não atribuir àquela regra um caráter absoluto, mas antes ressaltar a necessidade de flexibilidade em sua aplicação nesse contexto de proteção, face, e.g., às exceções, geralmente reconhecidas, propiciadas por atrasos indevidos e denegação de justiça (187), — ponto este nem sempre claramente compreendido.

Há elementos que permitem deduzir ter-se dado à regra dos recursos internos um sentido especial, próprio do sistema interamericano, o que equivaleria a uma aplicação especial da regra nesse contexto regional (188); dificilmente, porém, se poderia argumentar que a aplicação da regra no sistema interamericano não esteja de acordo com o direito internacional. Sua não-aplicação pela Comissão Interamericana, por exemplo, nos chamados “casos gerais”, encontra paralelos em experimentos congêneres de proteção internacional dos direitos humanos tanto a nível regional quanto global. A incidência da regra do esgotamento nesse contexto é certamente distinta de sua aplicação na prática da proteção diplomática de nacionais no exterior (no direito internacional costumeiro), mas a regra em questão esteve sempre longe de ter as dimensões de um princípio imutável ou sacrossanto do direito internacional. Ademais, os dois contextos — proteção diplomática e proteção dos direitos humanos — são também distintos, e não parece haver fator algum a impedir a aplicação da regra com maior ou menor rigor nessas situações diferentes, e sua interpretação a ser regida por diretrizes especiais que, embora especiais, nem por isso se desviam ou se afastam *ipso facto* e necessariamente dos princípios do direito internacional geralmente reconhecidos (189).

Ao proferir decisões de natureza antes administrativa do que propriamente judicial no estágio do exame da admissibilidade das petições, à Comissão Interamericana tem sido possível evitar — e corretamente — a simples e pronta rejeição de certas petições por não-esgotamento dos recursos internos. Tem-lhe sido possível facilitar e gradualmente fortalecer ainda mais o acesso dos particulares lesados à instância internacional mediante a aplicação de certas técnicas processuais, como a da distribui-

(186) Cf., e. g., OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.16 — doc. 20, pp. 10-12.

(187) A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in the ‘Travaux Préparatoires’ of the European Convention on Human Rights”, 58 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1980), pp. 73-88.

(188) Cf. as considerações *infra*, sobre a evolução da noção de “vítima” na proteção internacional dos direitos humanos (referência ao tratamento dado à questão no sistema interamericano de proteção).

(189) Cf., para um estudo geral, A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 6-56 e 290-322; A. A. CANÇADO TRINDADE, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 111-177.

ção do ônus da prova quanto ao esgotamento dos recursos internos e a do uso da presunção mais a favor dos reclamantes resultante do teste da ineficácia dos recursos internos.

A regra do esgotamento dos recursos internos testemunha a interação entre o direito internacional e o direito interno e a subsidiaridade — que lhe é implícita — do processo internacional. Esta última não justificaria, no entanto, uma aplicação mais rigorosa da regra, particularmente na proteção internacional dos direitos humanos. Na utilização dos recursos internos há uma complementaridade de direitos e deveres do reclamante e do reclamado: o elemento de *reparação ou ressarcimento de danos*, ao enfatizar a função e o aprimoramento dos tribunais nacionais na administração da justiça, é certamente mais importante do que o processo formal ou mecânico de esgotamento de recursos internos<sup>(190)</sup>. Tal visão poderia conduzir a uma nova caracterização da natureza jurídica da regra do esgotamento dos recursos internos na proteção internacional dos direitos humanos nos próximos decênios.

#### VI. O Esgotamento dos recursos internos sob a Convenção Européia de Direitos Humanos

No decorrer dos trabalhos preparatórios da Convenção Européia de Direitos Humanos (1948-1950) fizeram-se referências genéricas à questão do esgotamento dos recursos internos. Os dispositivos sobre o esgotamento dos recursos internos foram preparados pelos redatores da Convenção de modo a não expor os Estados e protegê-los contra riscos de abuso (donde as diferentes bases de inadmissibilidade de petições consagradas na Convenção), filtrar as queixas e evitar assim que os órgãos da Convenção ficassem sobrecarregados com petições que não merecessem consideração séria, e evitar qualquer fricção ou conflito entre as jurisdições internacional e nacional<sup>(191)</sup>. O acréscimo, no artigo sobre o esgotamento dos recursos internos, das palavras “de acordo com os princípios do direito internacional geralmente reconhecidos”, visou invocar a jurisprudência bem estabelecida sobre a matéria no sentido de que os atrasos indevidos pelos tribunais nacionais em proferir decisões equivaleriam em última análise a um esgotamento dos recursos legais. A passagem ilustra a preocupação dos redatores também em evitar uma aplicação demasiado rígida ou mecânica do dispositivo, que contrastaria com os próprios princípios e propósitos da Convenção. A esse respeito, as referências, no decorrer dos debates preparatórios, ao caráter não-absoluto da regra do esgotamento e à necessidade de flexibilidade em sua aplicação sob a Convenção, não deveriam, do mesmo modo, passar despercebidas<sup>(192)</sup>.

(190) A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts”, 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977-1978) pp. 333-370.

(191) Para um estudo detalhado, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in the ‘Travaux Préparatoires’ of the European Convention on Human Rights”, 58 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1980) pp. 73-88.

(192) *Ibid.*, pp. 73-88.

A vasta jurisprudência da Comissão Europeia de Direitos Humanos sobre a questão do esgotamento dos recursos internos sob a Convenção Europeia requereria um estudo à parte. Ao final de 1975, de aproximadamente 7.200 casos levados à Comissão por indivíduos, mais de 5.500 foram rejeitados como inadmissíveis (ou excluídos da lista da Comissão), sendo um número considerável desses últimos por não-esgotamento de recursos internos<sup>(193)</sup>. Ao aplicar o requisito do prévio esgotamento de todos os recursos internos disponíveis (tanto recursos judiciais quanto administrativos), a Comissão tem insistido na "probabilidade razoável de sucesso" dos recursos a serem esgotados (o teste principal da eficácia dos recursos internos). Em alguns casos a Comissão tem consagrado exceções à regra do esgotamento (e.g., recursos ineficazes, jurisprudência adversa bem estabelecida, atrasos processuais indevidamente prolongados). Por outro lado, tem a Comissão rejeitado as seguintes alegações, como não constituindo circunstâncias especiais a justificarem a não-aplicação da regra do esgotamento: falta de conhecimento da existência de recursos disponíveis e das condições de seu exercício, consulta ou informação errônea de funcionários de tribunais ou advogados, falta de recursos financeiros, saúde ruim ou idade avançada, opinião pessoal do próprio reclamante quanto à eficácia dos recursos internos<sup>(194)</sup>.

No tocante ao ônus da prova em relação ao esgotamento dos recursos internos, enquanto em seus primeiros anos de atividade (1955-1959) a Comissão fazia-o incidir sobre os reclamantes, a partir de 1960 (revisão geral de seu regulamento) e nos últimos anos tem a Comissão se inclinado a distribuí-lo entre as "partes litigantes" (e não mais a fazer o ônus da prova incidir apenas sobre o reclamante), em uma interpretação sensata da regra do esgotamento, a qual *per se* já favorece o Estado reclamado<sup>(195)</sup>. Em casos recentes (interestatais ou individuais) levantando a questão da compatibilidade com a Convenção Europeia de supostas "medidas legislativas" e "práticas administrativas" (particularmente quando os argumentos são devidamente fundamentados), a Comissão tem tendido a dispensar o requisito do esgotamento dos recursos internos e a atribuir à noção de "vítima" uma interpretação cada vez mais ampla<sup>(196)</sup>.

Quanto aos casos interestatais sob a Convenção Europeia, está-se aqui diante de uma situação em que o Estado reclamante age em prol de um grupo de indivíduos (não se tratando assim de caso de "dano direto", ao Estado). Desse modo, haveria lugar para a aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos, a não ser que a queixa visasse uma situação geral prevalecente (em um Estado) afetando um segmento indetermi-

(193) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n.º 190, p. 368.

(194) Cf., sobre a matéria, numerosas decisões relatadas in: European Commission on Human Rights, *Collection of Decisions*, vols. 1-45; European Commission on Human Rights, *Decisions and Reports*, vols. 1-10.

(195) Para detalhes, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "The Burden of Proof with regard to Exhaustion of Local Remedies in International Law", 9 *Revue des Droits de l'Homme/Human Rights Journal* (1976) pp. 81-121.

(196) Para um estudo detalhado, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in Relation to Legislative Measures and Administrative Practices — the European Experience", 18 *Malaya Law Review* (1976) pp. 257-280.

nado da população (não sendo as vítimas identificadas). De qualquer modo, em tal exercício do mecanismo de "garantia coletiva" sob a Convenção, analogias com a proteção diplomática seriam enganosas e devem assim ser evitadas (197).

Tem havido algumas poucas ocasiões em que a própria Corte Europeia de Direitos Humanos abordou a questão do esgotamento dos recursos internos sob a Convenção (muito menos frequentemente do que a Comissão Europeia). A Corte tem, de início, se julgado competente para considerar uma objeção de inadmissibilidade baseada no não-esgotamento de recursos internos (tarefa normalmente atribuída à Comissão), mas com alguns de seus Juizes emitindo votos dissidentes. De certo modo a Corte atenuou ou "relaxou" a aplicação da regra dos recursos internos ao sustentar que a Comissão poderia aceitar que o último estágio do esgotamento (dos recursos internos) pode dar-se pouco após a entrada da petição (perante a Comissão) mas em qualquer caso antes da decisão da Comissão quanto à admissibilidade. A Corte, ademais, estatuiu que, em casos de detenção excedendo um período razoável, a questão do esgotamento no período subsequente à entrada da petição não vinha ao caso. E, enfim, manteve a Corte que a questão do esgotamento não se aplicava a uma segunda reclamação, buscando compensação ou indenização. A jurisprudência da Corte, assim, exceto para a primeira das questões acima, tem assegurado uma certa atenuação do princípio da reparação local. E, o mais importante de tudo, tem a Corte rejeitado qualquer falsa analogia entre os sistemas de proteção diplomática e proteção dos direitos humanos, para os propósitos da aplicação da regra dos recursos internos (198).

No que concerne ao fator temporal na aplicação da regra do esgotamento sob a Convenção, a Comissão Europeia tem aceito, com flexibilidade, que um reclamante possa apresentar-lhe uma petição mesmo se o último estágio do esgotamento se der pouco após a entrada da petição perante a Comissão (mas de qualquer modo antes da decisão desta última quanto a admissibilidade). Uma objeção baseada na condição de petição "manifestamente infundada" pode ser examinada antes de uma objeção de não-esgotamento. Há uma correlação íntima entre esta última e o prazo de seis meses (consagrado na Convenção) na aplicação da regra do esgotamento. A jurisprudência da Comissão é rica no tocante à noção de decisão interna final. Quando as queixas dizem respeito não a um ato isolado, mas a um suposto estado permanente ou situação contínua, a questão do prazo dos seis meses só poderá surgir depois que tal estado ou situação cessar de existir. Uma aplicação estrita do prazo dos seis meses seria ilógica em casos de detenção sob o artigo 5 (3) da Convenção Europeia. Final-

(197) A. A. CANÇADO TRINDADE, "L'épuisement des recours internes dans des affaires inter-étatiques — La procédure de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", 14 *Cahiers de Droit Européen* (1978) pp. 139-157; A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in Inter-State Cases: the Practice under the European Convention on Human Rights", 29 *Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht* (1978) pp. 152-168.

(198) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: an Appraisal", 10 *Revue des Droits de l'Homme/Human Rights Journal* (1977) pp. 141-185.

mente, tem a Comissão indicada que se pode interromper ou suspender o decurso do período de seis meses <sup>(199)</sup>.

Ao avaliar o experimento regional presentemente em consideração, no que diz respeito à regra dos recursos internos, pode-se de início perfeitamente indagar se alguns dos dispositivos da Convenção Europeia, como hoje existem, teriam realmente sido adotados se a regra do esgotamento não tivesse sido incorporada aos artigos 26 e 27 (3) da Convenção. A adoção da regra, tal como ocorren, foi em grande parte uma solução consensual às preocupações conflitantes com, por um lado, a proteção dos indivíduos contra abusos do poder público, e, por outro, a proteção da soberania dos Estados signatários contra abusos de queixas irregulares.

Quanto à aplicação propriamente dita da regra em questão sob a Convenção, a tendência da Comissão Europeia de Direitos Humanos, nos últimos anos, de passar, de uma aplicação inicialmente estrita, a uma mais flexível, do princípio da reparação interna, está de acordo com a própria razão de ser e os propósitos da Convenção. Particularmente em um sistema de proteção como o da Convenção, inspirado pelas noções de interesse geral e garantia coletiva, verifica-se uma complementaridade de direitos e deveres — tanto da parte dos indivíduos reclamantes quanto da dos Estados reclamados — no processo de esgotamento dos recursos internos <sup>(200)</sup>. O elemento da reparação propriamente dita — a requerer um

- (199) A. A. CANÇADO TRINDADE, "The Time Factor in the Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law (With Particular Reference to the Practice under the European Convention on Human Rights)", 61 *Rivista di Diritto Internazionale* (1978) pp. 232-257.
- (200) Para os casos, sob a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em que se discutiu a regra do esgotamento dos recursos internos perante a Comissão Europeia, cf., dentre várias outras, e.g., as petições n.ºs: 115/55, *X versus República Federal da Alemanha*; 226/56, *X versus Rep. Fed. da Alemanha*; 176/56 e 299/57, *Grécia versus Reino Unido* (ambas com relação a Chipre); 214/56, *De Becker versus Bélgica*; 332/57, *Lawless versus Irlanda*; 343/57, *Nielsen versus Dinamarca*; 434/58, *X versus Suécia*; 596/59, *Pataki versus Austria*; 617/59, *Hopfinger versus Austria*; 712/60, *Retimag versus Rep. Fed. da Alemanha*; 788/60, *Austria versus Itália*; 808/60, *Isop versus Austria*; 1211/61, *X versus Holanda*; 1802/63, *Nazih-Al-Kuzbari versus Rep. Fed. da Alemanha*; 1474/62, 23 *Habitantes de Aisemberg e Beersel versus Bélgica*; 1727/62, *Boeckmans versus Bélgica*; 1994/63, 57 *Habitantes de Louvain e Arredores versus Bélgica*; 1936/63, *Neumeister versus Austria*; 2689/65, *Delcourt versus Bélgica*; 2991/66, *Alam e Khan versus Reino Unido*; 3321/67-3322/67-3323/67 e 3344/67 (conjuntamente), *Dinamarca / Noruega / Suécia / Holanda versus Grécia*; 2257/64, *Soltikow versus Rep. Fed. da Alemanha*; 2614/65, *Ringeisen versus Austria*; 3827/68, *X versus Reino Unido*; 4144/69, *X versus Luxemburgo*; 4448/70, *Dinamarca / Noruega / Suécia versus Grécia*; 4403/70, *Patel et al* (25 petições) *versus Reino Unido* (caso dos "East African Asians"); 4451/70, *Golder versus Reino Unido*; 4340/69, *Simon-Herold versus Austria*; 4517/70, *Huber versus Austria*; 4464/70, *Sindicato Nacional da Polícia Belga versus Bélgica*; 5310/71, *Irlanda versus Reino Unido*; 4475/70, *Svenska Lottförbundet versus Suécia*; 4771/71, *Kamma versus Holanda*; 4897/71, *Gussendauer versus Austria*; 5095/71, *Kjeldsen versus Dinamarca*; 5577/72-5583/72 (conjuntamente), *Donnelly et al versus Reino Unido*; 5100/71-5354/72-5370/72, *Engel / Dona / Schul versus Holanda*; 5493/72, *Handyside versus Reino Unido*; 6242/73, *Bruckman versus Rep. Fed. da Alemanha*; 5849/72, *Ch. Müller versus Austria*; 6780/74 e 6950/75, *Chiarre versus Turquia*; etc. Cf. lista completa in A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (Ph.D. Thesis), vol. II, Cambridge, University of Cambridge, 1977, pp. 1684-1688. Para os casos sob a Convenção em que se discutiu a regra do esgotamento perante a Corte Europeia, cf., e.g.: *Lawless versus Irlanda* (1960-1961); *De Becker versus Bélgica* (1962); *Caso Linguístico Belga* (1966-1968); *Wemhoff versus Rep. Fed. da Alemanha* (1968-1969); *Neumeister versus Austria* (1966-1969 e 1974); *Stögmüller versus Austria* (1967-1969); *Matznetter versus Austria* (1967-1969); *De Wilde, Ooms e Versyp versus Bélgica* (casos Vagrancy — 1960-1972); *Ringeisen versus Austria* (1970-1972); *Golder versus Reino Unido* (1974-1975). Cf. lista completa *ibid.*, p. 1689.

aprimoramento da administração local da justiça — é certamente mais importante do que o processo formal de esgotamento de recursos, ainda mais no contexto da proteção dos direitos humanos <sup>(201)</sup>.

## VII. O esgotamento dos recursos internos em experimentos contemporâneos das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos

### 1. O Pacto das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo

Os prolongados *travaux préparatoires* (1947-1966) dos Pactos das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos (e Protocolo Facultativo) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — em que atuaram em fases ou momentos distintos a Comissão de Direitos Humanos da ONU, o Conselho Econômico e Social (ECOSOC) e a Assembléia Geral da ONU, e sua III Comissão — tiveram como ponto marcante a decisão em 1951 de ter dois Pactos ao invés de um (como contemplado originalmente); o sistema de reclamações ou petições aplicar-se-ia particularmente aos direitos civis e políticos mas não aos direitos econômicos, sociais e culturais (implementáveis estes “progressivamente”, em período de tempo mais longo). Formou-se consenso no sentido de que os dispositivos do Pacto deveriam ser implementados pelos próprios Estados a nível nacional (por meio de medidas legislativas, administrativas, e outras, apropriadas), subsistindo diferenças quanto às medidas internacionais de implementação. O quadro geral de implementação adotado em 1966 compreendia três medidas principais: o sistema de relatórios (comum a ambos os Pactos), as petições interestatais (previstas no Pacto de Direitos Civis e Políticos, sendo o Comitê estabelecido pelo Pacto concebido mais como um órgão de bons officios do que estritamente judicial, dotado de competência facultativa para receber e examinar tais petições), e as petições individuais (ao referido Comitê, incluídas no Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos). Estabeleceu-se o requisito do esgotamento dos recursos internos como condição de admissibilidade de ambas as modalidades de petições ou reclamações.

A regra do esgotamento dos recursos internos assumiu um papel central precisamente, nos debates sobre o direito de petição individual. Com efeito, pode-se legitimamente indagar se aquele direito teria realmente sido concedido (mesmo em um protocolo facultativo) se a regra do esgotamento não tivesse sido prevista. A esse respeito, é manifesta a sabedoria da regra da reparação local: foi o preço a ser pago — os debates claramente o demonstram — pelo reconhecimento e aceitação do direito de petição individual. Em nenhum momento concebeu-se a regra como

(201) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. 190, pp. 333-370; não deveria passar despercebido o fato de que a regra do esgotamento dos recursos internos, tal como consagrada na Convenção Europeia, tem sido interpretada não apenas pelos órgãos da Convenção mas também pelos tribunais internos dos Estados Partes à Convenção.

um artifício de aplicação mecânica; a “exceção” dos atrasos indevidos foi realmente mantida do princípio ao fim dos trabalhos preparatórios sobre a questão <sup>(202)</sup>.

Sustentou-se a regra do esgotamento tanto por uma questão de princípio quanto por razões de conveniência prática: por questão de princípio, a fim de evitar que o judiciário nacional (e outras autoridades) fosse suplantado por um órgão internacional, e por razões práticas, a fim de evitar que o trabalho do órgão internacional se paralisasse por completo por uma “inundação” de petições infundadas ou triviais, — uma preocupação constante entre os redatores do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e seu Protocolo Facultativo.

A lição fundamental, no entanto, a ser extraída dos *travaux préparatoires* dos Pactos da ONU para o tema em estudo, é de natureza distinta, e, talvez surpreendentemente, não tenha sido suficientemente examinada pela bibliografia especializada. Os redatores dos Pactos encararam a regra do esgotamento dos recursos internos como diretamente relacionada ao dever dos Estados de fornecer recursos internos eficazes (como no artigo 2 (3) do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos) <sup>(203)</sup>. O artigo 2 (3) do Pacto, tal como finalmente adotado, dispunha também sobre o desenvolvimento das “possibilidades de recurso judicial”, enfatizando assim que os recursos a serem esgotados <sup>(204)</sup> não eram apenas os recursos judiciais, mas também os administrativos e demais recursos <sup>(205)</sup>.

Um exame dos prolongados debates na ONU sobre o tema revela que, sob o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, realmente se pretendeu que os dois dispositivos — sobre o dever do Estado de fornecer recursos, e o dever do indivíduo reclamante de esgotá-los — complementassem um ao outro. Pode-se mesmo argumentar, a esse respeito, que aqui reside possivelmente uma das maiores conquistas dos redatores dos Pactos: sua ênfase na natureza complementar dos dois deveres — de fornecimento e de esgotamento dos recursos internos, — distribuídos entre as duas “partes litigantes”, gera uma nova visão da regra do esgotamento dos recursos internos que só pode ser benéfica ao desenvolvimento do direito internacional além de ajudar a elevar os padrões na administração doméstica ou nacional da justiça. Ao optar sabiamente por este abordamento e con-

(202) Para um estudo detalhado da matéria, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies under the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights and Its Optional Protocol”, 28 *International and Comparative Law Quarterly* (1979) pp. 734-765, esp. pp. 739, 746-751 e 755.

(203) Este abordamento foi seguido pelos redatores da Convenção Europeia de Direitos Humanos (dispositivo correspondente: artigo 13); sobre as influências mútuas e interações na redação dos dois instrumentos, nos planos global e regional, cf., *inter alia*, J. M. GLENN, *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention européenne des droits de l'homme: une étude comparative* (tese), vol. II, Universidade de Strasbourg, 1973, pp. 369-378 e 383-386; A. H. ROBERTSON, “The United Nations Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights”, 43 *British Yearbook of International Law* (1968-1969) pp. 21-48, esp. pp. 41-48.

(204) Artigo 2(3) combinado com o artigo 41(1) (c) do Pacto, e artigos 5(2) e 2 de seu Protocolo Facultativo.

(205) Cf. o artigo 2(3) (b) do Pacto.

centrar a atenção na regra do esgotamento dos recursos internos relacionada ao dever correspondente de fornecer recursos, o Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU introduziu um elemento importante para a aplicação funcional da regra que, no passado, talvez surpreendentemente, fora negligenciado.

As atas das reuniões *in camera* do Comitê de Direitos Humanos (sob o Pacto e seu Protocolo) deixam claro que o teste da eficácia dos recursos internos dominou todos os debates sobre a regra do esgotamento já nos dois primeiros anos de sua atuação (1977-1978). Na prática, o Comitê tem julgado insuficiente uma mera descrição geral, pelo Estado parte em questão, dos recursos internos destinados a proteger e salvaguardar os direitos disponíveis a pessoas acusadas judicialmente. Em alguns casos em que se levantou o problema em questão, o Comitê com efeito julgou necessária uma indicação pelo Estado parte reclamado dos recursos internos disponíveis aos autores das petições *nas circunstâncias particulares de seus casos* (206) (cf. *infra*).

Em cinco casos perante o Comitê em seu primeiro biênio de atuação (1977-1978), todos relativos ao governo do Uruguai, este último apresentou uma lista de onze recursos internos idêntica em todos os cinco casos, que, embora todos relativos a detenção, apresentavam fatos e circunstâncias distintos e variados. A atitude do Comitê foi de considerar insatisfatória "uma descrição geral" dos direitos e recursos internos disponíveis, sem relacioná-los às "circunstâncias particulares" de cada caso. Do mesmo modo, em distintas ocasiões o Comitê deixou claro que não poderia aceitar uma objeção de não-esgotamento na ausência de informações específicas detalhadas do Estado sobre os recursos disponíveis às supostas vítimas nas circunstâncias particulares de seus casos. Assim, para citar um exemplo, em determinado caso observou o Comitê que o reclamante, que havia obtido asilo na Venezuela como refugiado, já havia recorrido em vão ao Supremo Tribunal de Justiça uruguaio, e, até que o reclamado fornecesse maiores explicações, era do parecer de que não havia outros recursos que o reclamante "deveria utilizar ou ter utilizado" (207).

Em suma, o Comitê tem-se mostrado disposto a insistir no teste da eficácia dos recursos internos à luz das circunstâncias de cada caso, evidenciando assim a proeminência do elemento da reparação propriamente dita sobre um processo mecânico de esgotar os recursos internos. Tem igualmente mantido em mente o dever dos Estados de fornecer recursos internos eficazes, consagrado no artigo 2 (3) do Pacto. Concebido não como um tribunal, não como um órgão estritamente judicial, o Comitê tem agido com flexibilidade comparável à da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O Comitê tem, ademais, prestado aparente apoio à repartição ou distribuição do ônus da prova quanto ao esgotamento

(206) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit. supra* n. 202, p. 758, e cf. pp. 761-762.

(207) Petição R.2/11 (1977-1978); cf. ONU, doc. CCPR/C/DR/78/10, p. 2.

dos recursos internos. Assim agindo, o Comitê tem correspondido às legítimas expectativas de fortalecimento dos propósitos últimos da proteção internacional dos direitos humanos. Não surpreende o fato de que o Comitê parece ter se orientado, até o presente, visível e corretamente, com atenção à condição das vítimas, levando em conta que o experimento do Pacto como um todo visa sobretudo proteger certos direitos civis e políticos, devidamente definidos, dos seres humanos (208).

## 2. A Convenção Internacional das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

A Convenção Internacional das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (209) estabelece (artigo 6) o dever dos Estados de assegurar recursos eficazes a todas as pessoas sob sua jurisdição; tratando-se este de apenas um de seus pontos característicos, todo o instrumento parece ter sido realmente concebido em termos de obrigações dos Estados de erradicar a discriminação racial. Tanto no próprio texto quanto na orientação geral da Convenção encontram-se indicações no sentido de autorização de uma interpretação e aplicação flexíveis da regra dos recursos internos. A formulação da regra em questão na Convenção foi amplamente influenciada pelo dispositivo equivalente do Pacto das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos (supra). Diferentemente da Convenção Européia de Direitos Humanos, a presente Convenção reconhece *expressamente* uma limitação ou exceção à regra dos recursos internos, qual seja, quando a aplicação dos recursos *se prolongar indevida ou excessivamente* (artigos 11(3) e 14(7) (a)). Ademais, uma comparação entre o artigo 11(3) sobre reclamações interestatais e o artigo 14(7) (a) sobre petições ou queixas de indivíduos (este último, cláusula facultativa) demonstra que no primeiro caso deverá a regra dos recursos internos ser aplicada “em conformidade com os princípios do direito internacional geralmente reconhecidos”, ao passo que no segundo caso essa referência é omitida, o que pode ensejar um tratamento diferencial a ser dado às queixas ou petições provenientes de indivíduos (aplicação menos rigorosa da regra do esgotamento nas queixas individuais relativas à discriminação racial).

No caso dessas queixas, nada há a impedir o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD) de aplicar a referida regra com a devida atenção à gravidade e às particularidades dos casos de discriminação racial (210) afetando grupos de indivíduos. Os reclamantes serão muito

(208) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. 202, pp. 754-765.

(209) Para os antecedentes e trabalhos preparatórios da Convenção, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies under the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, 22 *German Yearbook of International Law / Jahrbuch für internationales Recht* (1979) pp. 374-383.

(210) Cf. H. SANTA CRUZ, *rapporteur* especial (sobre discriminação racial) da Sub-comissão da ONU de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, *Racial Discrimination*, ONU, doc. E/CN. 4/Sub. 2/307/Rev. 1, 1971, pp. 1-311; e cf. sua versão revisada e atualizada em 1976 (editada em 1977), ONU, doc. E/CN. 4/Sub. 2/370/Rev. 1, pp. 1-284.

provavelmente cidadãos comuns, com limitados recursos materiais, em situações adversas, e buscando perante o CERD reforçar sua posição — como vítimas — face ao Estado que perpetua os atos de discriminação racial (que bem poderia ser o seu próprio Estado); nessas circunstâncias, se se pretende respeitar e implementar a Convenção, não é de se esperar que o CERD se baseie em demasia na regra da reparação local, tratando-se de sistema visando a eliminação das práticas de discriminação racial<sup>(211)</sup>. Tem-se sugerido, em particular, que deveria a regra dos recursos internos ser cuidadosamente reconsiderada — e talvez dispensada — em casos de discriminação *de jure*, quando se alega que um esquema estatutário ou legal é discriminatório no tratamento das diferentes raças e que os tribunais locais não são competentes para rever a legislação interna<sup>(212)</sup>.

Mas não é apenas o próprio texto dos dispositivos da presente Convenção, acima vistos, que autoriza uma interpretação e aplicação flexíveis da regra dos recursos internos pelo Comitê. De igual modo, o espírito da Convenção como um todo, assim como seus propósitos, militam nesta direção. Dentre as obrigações decorrentes da Convenção encontram-se não apenas as de caráter negativo (como o dever de não engajar ou apoiar práticas de discriminação racial) mas também obrigações bem positivas tais como as contidas no artigo 2 (c) e (d) da Convenção, a saber: o dever de todos os Estados partes de tomar medidas eficazes para rever políticas governamentais, nacionais e locais, e emendar, rescindir ou anular quaisquer leis e regulamentos que resultem na criação e perpetuação da discriminação racial, e o dever de todos os Estados partes de proibir e pôr um fim, por todos os meios apropriados, inclusive a legislação conforme exigirem as circunstâncias, a quaisquer práticas de discriminação racial. Ou ainda as obrigações positivas dos Estados partes, derivadas do artigo 4 da Convenção, de proibir, declarar ilegais e sujeitos a punição por lei, os delitos constituídos pela disseminação e incitamento à discriminação racial.

Tudo isto sugere que a Convenção transcenda a concessão pura e simples de reparação individual aos reclamantes. Conseqüentemente, na aplicação da regra dos recursos internos sob a presente Convenção, as analogias com o direito da responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros, em que pela intervenção diplomática visava-se em última análise àquela reparação individual, estão fadadas ao insucesso em vista da insuficiência daquele direito de responder às necessidades enfrentadas pela Convenção, e, certamente, pelo direito existente da proteção internacional dos direitos humanos. Nesse novo contexto, pode e

(211) P. SCHAFFER e D. WEISSBRODT, "Exhaustion of Remedies in the Context of the Racial Discrimination Convention", *Review des Droits de l'Homme / Human Rights Journal* (1966) pp. 634-635.

(212) Tem-se argumentado que em tais casos os reclamantes não necessitam esgotar os recursos internos, e o mesmo se aplicaria em casos de práticas discriminatórias efetuadas oficialmente pelo Poder Executivo; *Ibid.*, pp. 644-645. Para indicações e sugestões sobre como poderia operar a regra do esgotamento (no contexto da discriminação racial) no sistema jurídico interno dos Estados Unidos, cf. ademais *ibid.*, pp. 646-652.

deveria a regra em questão ser aplicada à luz das funções de regulamentação e dos propósitos da Convenção.

Esta última não apenas reconhece *expressamente* uma exceção à regra dos recursos internos em caso de atrasos indevidos, mas também claramente transfere a ênfase primordial, do direito atribuído ao Estado de exigir o esgotamento dos recursos internos por parte do reclamante, ao dever imposto ao Estado parte de fornecer recursos internos eficazes. E além dos limites daquela reparação local, o fim último do experimento permanece o aprimoramento do sistema jurídico interno ou nacional de proteção judicial contra a discriminação racial, e o ajustamento e aperfeiçoamento das políticas locais e nacionais a fim de erradicar práticas discriminatórias no tratamento das raças. Em um sistema de proteção desse gênero a regra dos recursos internos perde parte da severidade com que foi aplicada no passado em experimentos menos generalizados, e questionáveis, tal como a prática de proteção de estrangeiros.

### 3. *O sistema de petições sobre direitos humanos enviadas às Nações Unidas (Comissão de Direitos Humanos da ONU)*

O Conselho Econômico e Social (ECOSOC) da ONU, por sua celebrada resolução 1.503 (XLVIII) de 1970<sup>(213)</sup> autorizou a Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias a nomear um Grupo de Trabalho, a reunir-se *in camera* uma vez por ano, para considerar todas as petições recebidas pelo Secretário-Geral da ONU a fim de levar à atenção da Subcomissão as que pudessem revelar “um padrão consistente de violações flagrantes e seguramente comprovadas dos direitos humanos”. Em segundo lugar, decidiu a resolução que deveria a Subcomissão, como primeira fase no processo de implementação, elaborar “procedimentos apropriados” para a admissibilidade das petições recebidas pelo Secretário-Geral da ONU (uma vez que a referida resolução 1.503 do ECOSOC não estabeleceu critérios para a admissibilidade de petições, mas *confiou expressamente* tal tarefa à Subcomissão). A resolução 1.503 do ECOSOC, no entanto, manteve a regra do esgotamento dos recursos internos como condição prévia à realização de investigações.

A resolução 1 (XXIV) de 1971, da Subcomissão, pela primeira vez estabeleceu procedimentos para a questão da admissibilidade de petições relativas aos direitos humanos encaminhadas às Nações Unidas (consoante a resolução 1.503 do ECOSOC). Foi mantida como condição de admissibilidade a regra do esgotamento dos recursos internos<sup>(214)</sup>; a Resolução 1.503 do ECOSOC *confiara* a aplicação da regra inadequadamente à Comissão de Direitos Humanos, ao passo que a Subcomissão corretamente transferiu-a para seu lugar adequado, qual seja, no estágio pre-

(213) Para um exame detalhado de seus prolongados antecedentes em perspectiva histórica, cf., e.g., A. A. CANÇADO TRINDADE, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 206-212.

(214) Para um relato dos debates a respeito, cf. *ibid.*, pp. 213-217.

liminar do exame das petições (estágio de admissibilidade), "tornando assim supérfluo, em grande parte, o mesmo exame pela Comissão de Direitos Humanos" (215). O novo sistema passou a funcionar em 1972. Pode-se aqui indagar qual é o sentido da inclusão do requisito do prévio esgotamento dos recursos internos no novo procedimento. Teve este seu âmbito ou alcance claramente limitado aos casos de violações flagrantes dos direitos humanos perpetradas de maneira "consistente" (cf. supra). Por que, então, poder-se-ia argumentar, introduzir mais uma restrição (aos reclamantes) incorporada na regra do esgotamento dos recursos internos? Uma vez que se trata de uma particularidade desse dispositivo examinar apenas casos de violações flagrantes de direitos humanos — portanto de prováveis supostas violações — não seria justo esperar que um requisito como o da regra do esgotamento dos recursos internos pudesse muito bem ser inteiramente suprimido? Afinal, em casos de violações flagrantes dos direitos humanos é provável que os recursos internos se tornem inócuos e ineficazes, perdendo a regra nesse caso a sua própria razão de ser.

Por outro lado, entretanto, argumentou-se convincentemente durante os prolongados debates da ONU que não se deveria permitir que o órgão internacional fosse "inundado" por uma massa de reclamações, devendo-se assim tentar previamente uma solução no âmbito do direito interno: a regra dos recursos internos atendia muito bem tal objetivo. Ao inserirem a regra no novo procedimento, tiveram os redatores o cuidado de não permitirem fosse o requisito levado a extremos: a cláusula dispôs expressamente que a regra dos recursos internos não se aplicaria quando esses últimos parecessem "ineficazes ou indevidamente prolongados" (216). Ademais, talvez se não se tivesse adotado a regra do esgotamento todo o procedimento sobre a admissibilidade de petições simplesmente não teria sido adotado, face, e.g., à constante resistência com base no alegado domínio reservado dos Estados (217).

No sistema de proteção aqui considerado, cabe ressaltar que não se trata precisamente de remediar violações individuais de direitos humanos, dado que a implementação volta-se a *situações prevaletentes* (afetando grupos de indivíduos); seu significado e seu impacto são da maior importância, por *independem* da ratificação dos Estados membros da ONU: assim, é possível que a validade desse experimento continue a ser reconhecida, a par de experiências paralelas no direito internacional convencional (dependentes de ratificação por parte dos Estados), e mesmo por visar os casos mais graves e urgentes de padrões consistentes de violações flagrantes dos direitos humanos (218).

(215) A. Cassese, "The Admissibility of Communications to the United Nations on Human Rights Violations", 5 *Revue des Droits de l'Homme / Human Rights Journal* (1972) p. 393, n. 27.

(216) § 4(b) da Resolução 1 (XXIV) de 1971, da Subcomissão.

(217) Cf. debates a respeito in A. A. CAÑADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. 213, pp. 220-222.

(218) A. A. CAÑADO TRINDADE, "A Implementação Internacional dos Direitos Humanos ao Final da Década de Setenta", 25 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (1979) p. 354.

#### 4. Avaliação: breve paralelo com o experimento interamericano

Dos sistemas de proteção acima revistos, vê-se que a experiência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no tocante ao exame de petições recebidas (contendo alegações de violações de direitos humanos) é das mais singulares. Ao pronunciar sobre a admissibilidade de tais petições, a Comissão Interamericana profere decisões de natureza antes administrativa do que propriamente judicial, o que talvez lhe tenha permitido agir com flexibilidade e evitar a pronta rejeição de certas petições com base nas condições de admissibilidade (como a do não-esgotamento dos recursos internos). Em contrapartida, a Comissão Européia dos direitos humanos perpetradas de maneira “consistente” (cf. supra), suas decisões sobre admissibilidade de petições assumirem um caráter judicial. À Comissão Interamericana, a seu turno, por uma série de técnicas processuais e pelo motivo básico acima indicado, tem sido possível usar presunções mais a favor dos reclamantes no que diz respeito às condições com base nas condições de admissibilidade (como a do não-esgotamento dos recursos internos no estágio de admissibilidade, a Comissão Interamericana tem adotado uma diversidade de soluções (e.g., arquivamento temporário ao invés de simples rejeição, pedidos de informações adicionais <sup>(219)</sup>, adiamento do exame e decisão etc. — cf. supra). Em suma, a Comissão Interamericana parece estar menos inclinada a rejeitar uma petição expressamente como inadmissível por não-esgotamento de recursos internos do que a Comissão Européia <sup>(220)</sup>.

No tocante à dispensa ou renúncia pela Comissão Interamericana do requisito do prévio esgotamento dos recursos internos nos chamados “casos gerais” (supra), é significativo observar que tal desenvolvimento encontra paralelos tanto no plano regional quanto global. Assim, e.g., a Comissão Européia, nos últimos anos, tem se inclinado em alguns casos a dispensar o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos, quando uma petição levantar a questão da compatibilidade com a Convenção Européia de supostas “medidas legislativas e práticas administrativas” (a nível nacional, particularmente quando as alegações estiverem bem fundamentadas; tem a Comissão Européia, ademais, atribuído à noção de “vítima” (sob a Convenção) uma interpretação cada vez mais ampla (cf. infra). No âmbito das Nações Unidas, o sistema conhecido como o da resolução 1.503 (XLVIII) de 1970 do ECOSOC sobre as petições — selecionadas e encaminhadas à Comissão de Direitos Humanos da ONU para estudos ou investigações — que devem necessariamente dizer respeito a “determi-

(219) A esse respeito, parece ter a Comissão procedido com base no princípio de que o ônus da prova com relação ao esgotamento dos recursos internos é dividido e compartilhado pelo reclamante e pelo reclamado.

(220) Para dados estatísticos, cf. Conselho da Europa, doc. DH(75) 4, de 1.º/10/1975, pp. 65-72. E cf. observações recentes da Comissão Interamericana acerca das petições recebidas, in IACHR, *Annual Report — 1977*, doc. OEA/Ser. L/V/II.43 — doc. 21, de 20/4/1978, pp. 30-58.

nadas situações que pareçam revelar um padrão consistente de violações flagrantes de direitos humanos, seguramente comprovadas" (221). Não se trata aqui, portanto, de remediar violações individuais de direitos humanos, dado que a implementação é mais propriamente dirigida a situações prevalentes (afetando grupos ou coletividades humanas), com implicações para a aplicação da regra dos recursos internos.

Desse modo, é alentador verificar que a prática da Comissão Interamericana nesse particular (supra), mesmo antes da entrada em vigor — em meados de 1978 — da Convenção Americana de Direitos Humanos, se coaduna com as experiências paralelas da Comissão Européia de Direitos Humanos (sob a Convenção Européia) e da Comissão de Direitos Humanos da ONU (sob o sistema da resolução 1.503 do ECOSOC), apontando todas no sentido de facilitar gradualmente o acesso dos particulares lesados às instâncias internacionais, e fortalecer assim sua posição no plano internacional, em experimentos providos *seja de base convencional, seja de base originalmente fornecida por instrumentos tecnicamente não obrigatórios* (resoluções de organismos internacionais), mas que nem por isso, deixam de exercer efeitos jurídicos em relação aos Estados membros.

## VIII. O esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de "vítima" na proteção internacional dos direitos humanos

### 1. A construção jurisprudencial européia

Questão significativa que tem surgido na prática da Comissão Européia de Direitos Humanos é o da própria noção de "vítima". Em casos concernentes a medidas legislativas e práticas administrativas supostamente incompatíveis com a Convenção, deve um indivíduo reclamante ser vítima de um determinado ato já perpetrado, ou pode reclamar de um ato administrativo ou legislativo que, em futuro breve, possa muito provavelmente violar seus direitos tais como consagrados na Convenção? É jurisprudência constante da Comissão que a regra do esgotamento em princípio não se aplica em casos em que se levanta a questão geral da compatibilidade com a Convenção de "medidas legislativas e práticas administrativas". Nesse sentido dispôs a Comissão em casos interestatais como o primeiro caso grego (1967-1968), o segundo caso grego (1970), o caso Irlanda versus Reino Unido (1972) (222).

Contudo, foi em petições interpostas por indivíduos que a Comissão teve ocasião de desenvolver a noção de "vítima" sob a Convenção em

(221) Resolução 1.503 (XLVIII) do ECOSOC, § 5; Resolução 1 (XXIV) da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, § 1. Observe-se que, em virtude do § 8 da Resolução 1.503 (XLVIII) do ECOSOC, as medidas de implementação tomadas permanecem confidenciais.

(222) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in Relation to Legislative Measures and Administrative Practices — the European Experience", 18 *Malaya Law Review* (1976) pp. 257-264.

relação a queixas alegando “medidas legislativas e práticas administrativas” supostamente incompatíveis com a Convenção. Assim, em uma petição relativa à Irlanda apresentada à Comissão já em 1957, em que o reclamante se queixava da legislação interna supostamente incompatível com os dispositivos de Convenção, observou a Comissão que só poderia receber com propriedade uma petição de indivíduo que reivindicasse ser vítima de uma violação, por uma das Altas Partes Contratantes, dos direitos consagrados na Convenção. Daí, poderia examinar a compatibilidade da legislação interna com a Convenção *somente* com respeito a sua aplicação a um indivíduo e *somente* na medida em que sua aplicação supostamente constituía uma violação da Convenção *em relação ao indivíduo reclamante*. A Comissão não era assim competente para examinar *in abstracto* a questão levantada em uma petição de indivíduo sob o artigo 25 da conformidade da legislação interna com os dispositivos da Convenção. Ademais, no presente caso, mesmo que o reclamante tivesse alegado ter sido vítima de violações da Convenção, como ele não se prevaleceu de seu direito de recorrer de sua condenação a um tribunal superior, sua petição tinha que ser rejeitada por não-esgotamento de recursos internos; com esse fundamento, a petição foi declarada inadmissível. Não deveria passar despercebido, no entanto, que a legislação de que se queixava no caso consistia em uma lei e sua emenda, e que em momento algum pareceu o reclamante queixar-se de um *padrão* de legislação, menos ainda de práticas administrativas. Mas o caso permanece útil por sua clarificação da noção de “vítima”, uma noção que subseqüentemente, como se verá, viria a assumir uma importância vital em casos apresentados por indivíduos reclamando de “medidas legislativas e práticas administrativas” como tais (223).

Uma reclamação desse gênero, questionando a compatibilidade com a Convenção de certas medidas legislativas, foi propriamente levantada no caso *Kjeldsen versus Dinamarca*. Os dois reclamantes queixaram-se de que, ao tornar a educação sexual compulsória em escolas públicas dinamarquesas, o governo dinamarquês deixou de respeitar o direito dos pais de assegurar que a educação de suas crianças deveria dar-se em conformidade com suas convicções religiosas e filosóficas (artigo 2 do Primeiro Protocolo à Convenção). Argumentaram ainda os reclamantes *inter alia* que o presente caso não versava sobre a autoridade da administração, mas sim sobre um Ato do Parlamento (estabelecendo a regra básica da educação sexual compulsória e autorizando o Ministro da Educação a emitir regulamentos para implementar esta regra). Em sua decisão de 1972 no caso *Kjeldsen versus Dinamarca* ponderou a Comissão *inter alia* que como o governo reclamado não contestou a asserção dos reclamantes de que não se poderia instaurar processo algum (sob o artigo 63 da Constituição) contra um Ato do Parlamento, e como não sugeriu

(223) *Ibid.*, p. 264.

que qualquer outro recurso específico pudesse estar à disposição, concluía ela por isso que "não havia recurso interno algum eficaz e disponível aos reclamantes com relação ao princípio da educação sexual compulsória tal como incorporado no Ato" [do Parlamento], e, portanto, a esse respeito, a petição não poderia ser rejeitada por não-esgotamento de recursos internos. A Comissão, desse modo, declarou a petição admissível na medida em que se queixava da lei de 1970 sobre educação sexual compulsória nas escolas públicas como violando o artigo 2 do Primeiro Protocolo, e declarou a petição inadmissível na medida em que se voltava a diretrizes emitidas e outras medidas administrativas tomadas pelas autoridades dinamarquesas relativas à maneira pela qual se deveria implementar tal educação sexual (224).

Esta decisão serviu de base à decisão (parcial) subsequente (de 1973) da Comissão no caso *Pedersen versus Dinamarca* (que comportou alegações e reclamações semelhantes), em que a petição foi declarada admissível na medida em que os reclamantes se queixavam de que o Ato do Parlamento (de 1970) dispoñdo sobre educação sexual compulsória em escolas públicas dinamarquesas constituía uma violação do artigo 2 do Primeiro Protocolo da Convenção (225).

Um dos casos mais ilustrativos do problema em estudo é o de *Donnelly e outros versus Reino Unido*, relativo a maus-tratos — enquanto sob custódia — pelas forças de segurança na Irlanda do Norte (em abril e maio de 1972) contrários ao artigo 3 da Convenção. Os sete reclamantes argumentaram conjuntamente que os procedimentos e práticas de maus-tratos a que haviam sido submetidos em violação do artigo 3 constituíam "parte de um padrão administrativo sistemático" que permitia e encorajava a violência, incompatível com a Convenção. Negando a aplicação da regra dos recursos internos no caso, solicitaram eles à Comissão que iniciasse uma investigação completa do caso tão cedo quanto possível a fim de determinar se aquelas práticas administrativas eram ou não incompatíveis com a Convenção.

O governo reclamado observou prontamente que como os sete reclamantes se queixavam "em seu próprio nome e no de todas as outras pessoas em situação semelhante", para o propósito de buscar uma investigação da compatibilidade de supostas práticas administrativas, ou da conformidade das leis internas (nacionais), com a Convenção, sua petição, sendo uma petição *individual* (sob o artigo 25), "era como um todo incompatível com a Convenção no sentido do artigo 27 (2)". Em apoio desse argumento o governo britânico referiu-se à jurisprudência da Comissão segundo a qual "a Comissão não era competente para examinar *in abstracto* a questão de se a legislação interna era incompatível com a Convenção, mas só pode-

(224) *Ibid.*, pp. 285-287.

(225) *Ibid.*, pp. 287-288.

ria examinar a compatibilidade de tal legislação enquanto ela afetasse o reclamante". O governo argumentou que esta jurisprudência era igualmente aplicável a uma petição que buscasse obter uma determinação da compatibilidade de certas práticas alegadas". Um indivíduo, no argumento do governo, "não poderia levantar perante a Comissão a questão da compatibilidade com a Convenção de legislação ou uma prática administrativa em geral. Tal reclamação geral só poderia ser considerada em uma petição sob o artigo 24 da Convenção" (petição interestatal). Em uma petição individual sob o artigo 25, "a Comissão só era competente para examinar a compatibilidade de legislação na medida em que ela tivesse efetivamente impingido sobre o reclamante. Se nenhuma aplicação de uma lei estivesse em questão, um indivíduo só poderia reclamar de uma determinada ação que o afetasse e a Comissão não tinha poder algum de considerar se havia outras ações que pudessem formar uma prática administrativa" (226).

Em suas observações escritas, os reclamantes afirmaram que cada um deles tinha sido vítima de violação do artigo 3 da Convenção, e referências a "pessoas em situação semelhante" diziam respeito a um pedido de uma "injunction temporária na pendência de uma audiência completa das alegações". Negaram eles que estivessem solicitando à Comissão que examinasse *in abstracto* uma prática administrativa supostamente incompatível com a Convenção; sua reclamação baseava-se em "experiências pessoais" e solicitaram eles uma decisão de que eles tinham sido submetidos a tratamento contrário ao artigo 3. Além disso, pretendiam que a Comissão os protegesse de "maior abuso de seus direitos" ao requererem que se pusesse fim a tais práticas em violação da Convenção. No propósito de assegurar esta proteção, procederam eles, "a Comissão deveria exigir que o governo reclamado a satisfizesse no sentido de que o direito interno não mais facilitava ou permitia tais práticas" (227).

Considerando-se a si próprios "plenamente capacitados" a requerer reparação à Comissão, indicaram eles que, para o propósito do presente processo, não tinham eles ligação alguma com o governo que iniciara a petição interestatal (cf. o caso irlandês, *supra*). Na audiência, os representantes dos reclamantes negaram que estivessem levantando, como alegado pelo governo reclamado, duas questões separadas e distintas perante a Comissão, quais sejam, a questão da violação de seus direitos individuais, e uma reclamação geral ou *in abstracto*. Embora concordassem que um indivíduo não era competente para levantar *in abstracto* uma questão geral perante a Comissão, eles procuravam, no entanto, pôr em questão a existência de uma prática administrativa de maus-tratos "somente em relação a sua reclamação de que a aplicação direta a cada um deles desta prática violara seus direitos sob o artigo 3" (228).

(226) *Ibid.*, pp. 268-269.

(227) *Ibid.*, p. 269.

(228) *Ibid.*, p. 269.

A esse respeito, referiram-se eles à decisão da Comissão no caso *Kjeldsen* (supra), em que a reclamação relativa a legislação sobre educação sexual compulsória tinha sido declarada admissível (em parte) embora “a legislação não tivesse ainda sido aplicada em particular aos reclamantes ou à sua filha”; em seu entender, esta era, em um sentido técnico, “uma reclamação sobre uma violação futura”, e eles alegaram que a esse respeito “não se deveria fazer distinção alguma entre legislação e práticas administrativas”. Os reclamantes argumentaram ademais que “a competência de um Estado parte à Convenção para levantar uma questão da compatibilidade de medidas legislativas e práticas administrativas não poderia prejudicar o poder de um indivíduo reclamante sob o artigo 25 de levantar a questão de uma prática administrativa que diretamente o afetasse como vítima. A distinção sob a Convenção entre os poderes de um Estado e um indivíduo seria ainda mantida porque uma petição individual estava sujeita aos requisitos do artigo 25 e artigo 27” (229).

Em suas observações escritas e orais, o governo britânico argumentou então que a petição era inadmissível porque cada um dos reclamantes deixara de esgotar os recursos disponíveis no direito interno. Além disso, em seu entender, as decisões da Comissão em casos anteriores (supra) de que a regra dos recursos internos não se aplicava em casos de “medidas legislativas e práticas administrativas” incompatíveis com a Convenção eram — em seu argumento — *inaplicáveis* a uma petição apresentada por um indivíduo sob o artigo 25 da Convenção. O governo aceitava que uma suposta prática administrativa pudesse ser considerada pela Comissão em relação à eficácia dos recursos internos, mas tal prática “só poderia ser relevante na medida em que se comprovasse que a prática em questão impedia a eficácia do recurso específico aberto ao reclamante”. No entender do governo, nenhum dos reclamantes demonstrara ter sido impedido no acesso aos recursos internos disponíveis, e portanto a asserção dos reclamantes de que o artigo 26 da Convenção não se aplicava ao caso era “equivocada e infundada” (230).

O argumento foi prontamente rejeitado pelos reclamantes: negando que o caso era inadmissível por não-esgotamento dos recursos internos, sustentavam eles que a exceção à regra dos recursos internos relativa a práticas administrativas (no contexto do artigo 3), previamente elaborada pela Comissão (supra), não se limitava a petições interestatais sob o artigo 24. Em uma petição de um indivíduo, poderia a Comissão examinar a existência de “práticas administrativas” como parte da determinação de se os direitos dos demandantes tinham sido negados, e a Comissão poderia a seu critério optar por adiar uma decisão sobre este ponto até um exame quanto ao mérito.

(229) *Ibid.*, pp. 269-270.

(230) *Ibid.*, p. 270.

Desde que fossem eles vítimas de violações do artigo 3 e reivindicassem que a violação resultaria diretamente da prática administrativa de que se queixavam, argumentaram os reclamantes, "não havia obstáculo algum que os impedisse de pôr em questão a existência de um padrão administrativo como parte de sua petição". Dada a existência de tal padrão de maus-tratos, argumentaram eles, o artigo 26 da Convenção era inaplicável e não poderia haver obstáculo algum a sua petição. O governo reclamado replicou que a exceção ao artigo 26 invocada pelos reclamantes não poderia aplicar-se a uma petição de indivíduos sob o artigo 25, que não poderia levantar qualquer questão geral de compatibilidade; e mesmo em uma petição interestatal sob o artigo 24 em que tal questão geral pudesse ser levantada, a regra dos recursos internos aplicava-se quando o Estado também se queixava de uma violação dos direitos de indivíduos. Por conseguinte, em uma petição sob o artigo 25 em que ao indivíduo reclamante só se facultava queixar-se de uma violação de seus direitos individuais, sua reclamação *a fortiori* "só poderia ser admitida se ele tivesse esgotado os recursos internos" (231).

Como em um caso anterior (*supra*), a questão atinente à relação apropriada entre o direito internacional e o direito interno (no tocante à questão do esgotamento de recursos internos) foi também suscitada e debatida. A asserção de Donnelly e outros de que os direitos humanos internacionais de uma pessoa "were not justiciable under internal British law" foi admitida como verdadeira pelo governo, mas com a observação adicional de que "embora os atos de que se queixavam os reclamantes bem poderiam infringir os direitos humanos internacionais, eles também constituiriam uma infração de direitos sob o direito interno para o que havia um recurso interno. Não poderia afetar a eficácia do recurso se o direito interno colocasse o ato na categoria de atos infringindo o direito interno ao invés de atos infringindo o direito internacional" (232).

Os reclamantes retorquiram que não estavam obrigados a esgotar os recursos internos antes de buscar reparação perante a Comissão; estariam obrigados a fazê-lo em "circunstâncias normais" (e.g., um "incidente isolado" de maus-tratos, mas não no presente caso em que se estava queixando de uma prática sistemática de maus-tratos, em detenção e interrogatório. A exceção à regra dos recursos internos em relação a "medidas legislativas e práticas administrativas" se aplicava às reclamações (de indivíduos) sob o artigo 25 assim como às reclamações (de Estados) sob o artigo 24 da Convenção. No entender dos reclamantes, "não haveria apoio algum na jurisprudência da Comissão para o argumento de que esta exceção deveria confinar-se a petições sob o artigo 24, embora fosse verdade que a Comissão não sustentara anteriormente que ela se aplicava também a uma petição sob o artigo 25" (233). A aplicação da exceção ao

(231) *Ibid.*, pp. 270-271.

(232) *Ibid.*, pp. 271-272.

(233) *Ibid.*, p. 272.

artigo 26 a ambos os tipos de casos (interestaduais e individuais) não afetaria de modo algum o objeto e propósitos das limitações e condições (estabelecidas na Convenção) em relação ao direito de petição individual. Sustentar que a exceção não se aplicava seria "contrário ao propósito da Convenção que era *fornecer proteção não aos Estados mas aos indivíduos*" e seria também "contrário às regras normais de interpretação de tratados em geral". Seria assim "desarrazoado" se um "padrão administrativo" não pudesse ser questionado por um indivíduo reclamante. Argumentando que nas circunstâncias do caso "os recursos internos não eram adequados e eficazes", os reclamantes afirmaram que a existência da prática administrativa de que eles ofereceram "prova substancial" era o fator primário a tornar qualquer recurso interno "teoricamente disponível" ineficaz (234).

Tais foram os principais argumentos das duas partes perante a Comissão. Em sua decisão de 5 de abril de 1973 quanto à admissibilidade no caso *Donnelly*, a Comissão começou por observar que os dispositivos da Convenção não impediam que um indivíduo reclamante interpusesse perante ela uma reclamação em relação a uma suposta "prática administrativa" em violação da Convenção, desde que ele apresentasse "prova *prima facie* de tal prática e de ser ele uma vítima dela". Relembrando seus pareceres anteriores segundo os quais a regra dos recursos internos não se aplicava em casos levantando como uma questão geral a compatibilidade com a Convenção (artigo 3) de uma prática administrativa, a Comissão acrescentou em particular que quando houvesse "uma prática de não-observância de certos dispositivos da Convenção, os recursos prescritos serão necessariamente evitados ou tornados inadequados"; assim, se houvesse uma prática administrativa de maus-tratos, "os recursos judiciais prescritos tenderiam a tornar-se ineficazes pela dificuldade de assegurar elementos probatórios, e inquéritos administrativos não seriam instituídos, ou, se o fossem, provavelmente seriam desmotivados e incompletos" (235). Por um raciocínio semelhante, considerou a Comissão, "quando um reclamante sob o artigo 25 apresentar dados *prima facie* comprovando tanto a existência de uma prática administrativa [ ... contrária ao artigo 3 ], e sua alegação de ser uma vítima de atos componentes daquela prática, a regra dos recursos internos no artigo 26 não se aplica àquela parte de sua petição" (236).

A Comissão examinou as alegações avançadas no presente caso *Donnelly* à luz de sua decisão anterior de 1972 quanto à admissibilidade no caso *Irlanda versus Reino Unido* (cf. *supra*). Após traçar um paralelo entre questões envolvidas nos dois casos, a Comissão foi de parecer que

(234) *Ibid.*, p. 272.

(235) *Ibid.*, pp. 272-273.

(236) *Ibid.*, p. 273.

os atuais reclamantes “forneceram dados que *prima facie* comprovam suas alegações de uma prática administrativa em violação do artigo 3 e de serem eles vítimas daquela prática. Por conseguinte, a regra dos recursos internos não se aplica a esta parte das presentes petições e [...] a queixa dos reclamantes a esse respeito levanta questões de direito e de fato cuja determinação deveria depender de um exame do mérito do caso” (237).

A Comissão passou então à questão se cada reclamante era, ele próprio, uma vítima de atos específicos — distintamente de uma prática administrativa — em violação do artigo 3. Em princípio, observou a Comissão, os reclamantes devem cumprir com o requisito dos recursos internos antes de queixar-se de tais atos; entretanto, lembrou a Comissão a esse respeito sua própria jurisprudência no sentido de que “o esgotamento de um determinado recurso deixa de ser necessário se o reclamante puder demonstrar que, nas circunstâncias particulares de seu caso, esse recurso provavelmente haveria de ser ineficaz e inadequado em relação às queixas em questão”. No presente caso a questão da eficácia dos recursos disponíveis estava “intimamente ligada à suposta existência de uma prática administrativa em violação do artigo 3”. Em tais circunstâncias, a questão sob o artigo 26 não poderia ser considerada sem um exame das questões relativas ao mérito da queixa dos reclamantes com relação à suposta prática administrativa. Como quanto à parte anterior da presente petição, a Comissão julgou apropriado juntar ao mérito também a questão se cada indivíduo reclamante tinha sido, ele próprio, uma vítima de atos específicos em violação do artigo 3 e esgotado os recursos internos consoante o artigo 26 da Convenção. A Comissão, em conclusão, declarou admissível e reteve (sem prejuízo da decisão quanto ao mérito do caso) a questão levantada pelos reclamantes de uma “prática administrativa” em violação do artigo 3 da Convenção, e juntou ao mérito “qualquer questão relativa aos recursos a serem esgotados por parte de cada reclamante como a suposta vítima de atos específicos, distintos de uma prática administrativa, em violação do artigo 3” (238).

Só em período relativamente recente o problema do esgotamento dos recursos internos em relação a medidas legislativas e práticas administrativas passou por alguns de seus mais importantes desenvolvimentos sob a Convenção Européia. Em resumo, tem havido uma tendência consistente da Comissão de dispensar o requisito do esgotamento dos recursos internos quando uma petição (interestatal ou individual) levantar a compatibilidade com a Convenção de supostas “medidas legislativas e práticas administrativas”. O exame desse problema tem levado a Comissão a pronunciar-se mais detalhadamente sobre questões afins de relevância à interpretação do artigo 26 e mesmo da Convenção como um todo, como, e.g., a

(237) *Ibid.*, p. 273.

(238) *Ibid.*, pp. 273-274.

relação apropriada entre o direito internacional e o direito interno (em conexão com a aplicação da regra dos recursos internos), freqüentemente envolvendo exame de questões de direito constitucional (como nos casos *Kjeldsen e Donnelly*), e o desenvolvimento pela Comissão da noção de "vítima". Isto pode a longo prazo mostrar-se benéfico à jurisprudência dos órgãos da Convenção como um todo.

A consideração da noção de "vítima" não se restringiu de modo algum a petições de indivíduos; embora fosse no caso *Donnelly* que a Comissão teve possivelmente a melhor oportunidade até o presente de desenvolver aquela noção em relação a uma prática administrativa, a questão tem atraído a atenção da Comissão em uma série de decisões no decorrer de diversos anos. Anteriormente, em 1961, no caso *Áustria versus Itália*, a Comissão afirmou que o requisito dos recursos internos da Convenção "aparecia de modo bem diferente no caso de petições individuais e no caso de petições de Estados": os indivíduos só poderiam recorrer à Comissão (sob o artigo 25) se alegassem ser vítimas de uma violação de seus direitos tais como consagrados na Convenção e se tivessem eles esgotado todos os recursos internos, ao passo que os Estados poderiam recorrer à Comissão (sob o artigo 24) "sem terem sofrido qualquer dano e mesmo sem que qualquer indivíduo tivesse sido lesado" (238). Assim um Estado parte à Convenção poderia reclamar que uma outra Alta Parte Contratante cometera alguma violação dos dispositivos da Convenção, e.g., ao promulgar uma lei ou decreto. Isto tinha a implicação necessária de tornar o requisito do esgotamento de recursos internos sob a Convenção aparentemente irrelevante à admissibilidade de petições de Estados baseadas em "conceitos de garantia coletiva e interesse geral" (240).

Como observado pela Comissão no primeiro caso grego, enquanto sob o artigo 25 da Convenção "somente os indivíduos que alegaram ser 'vítimas' de uma violação da Convenção podem recorrer à Comissão", a condição de "vítima" não foi no entanto mencionada no artigo 24 sobre petições interestatais; conseqüentemente, acrescentou a Comissão, "uma Alta Parte Contratante, ao alegar uma violação da Convenção sob o artigo 24, não está obrigada a demonstrar a existência de uma vítima de tal violação, como um incidente particular ou, por exemplo, como formando parte de uma prática administrativa". A seu turno, os indivíduos reclamantes devem alegar ser vítimas de uma violação da Convenção como condição de admissibilidade de suas petições (cf. casos *X versus Irlanda* e *X versus Noruega*, supra). A Comissão desenvolveu a noção de "vítima individual" em sua decisão de 13 de julho de 1970 no caso *X versus República Federal da Alemanha*, em que afirmou que o termo "vítima" significava "não apenas a vítima ou vítimas diretas da suposta violação mas também qualquer pessoa que indiretamente sofresse dano resultante de

(238) *Ibid.*, pp. 274-275.

(240) *Ibid.*, p. 275.

tal violação ou que tivesse um interesse pessoal válido em assegurar a cessação de tal violação” (241). Esta noção de *vítima indireta* também serviu de base ou foi sustentada pela Comissão em pelo menos duas outras decisões (242).

Este novo elemento deu mais precisão à concepção de “vítima” sob a Convenção que, no entanto, permaneceu não obstante construída em termos um tanto quanto estritos. Daí a grande significação de decisões tais como as nos casos *Kjeldsen* e *Donnelly*. No caso *Kjeldsen* a Comissão permitiu que os dois reclamantes, vítimas *prospectivas ou futuras*, levantassem a questão geral da compatibilidade com a Convenção (e Protocolo) da introdução de educação sexual compulsória em escolas públicas. Quando a Comissão declarou sua petição admissível na medida em que se dirigia contra a lei dinamarquesa dispoendo sobre a referida educação compulsória, a Comissão estava implicitamente, mas claramente, reconhecendo — pode-se argumentar — que indivíduos poderiam levantar a questão da compatibilidade de medidas legislativas com a Convenção, medidas cujos efeitos gerais e vastos (tais como os de práticas administrativas) bem poderiam ir muito além dos pedidos e interesses imediatos dos indivíduos reclamantes em particular. O caminho estaria aberto, desta maneira, para que a Comissão se ocupasse não apenas da proteção de vítimas de violações passadas da Convenção, mas também daquelas que possam no futuro, em circunstâncias tais como as descritas nos casos *Kjeldsen* e *Pedersen*, ser objeto de prováveis violações de direitos.

Uma reclamação impugnando uma prática administrativa não difere de uma reclamação de ineficácia de recursos internos, cabendo à Comissão e não a interpretação subjetiva do reclamante em última análise o seu exame para rejeitá-la ou retê-la para maior investigação. A exclusão, pela Comissão, da regra do esgotamento em casos de medidas legislativas e práticas administrativas pode bem prestar um valioso serviço à causa dos direitos humanos no contexto regional europeu. Ademais, as decisões da Comissão, e.g., nos casos *Kjeldsen* e *Donnelly* (supra), podem ter o efeito de fortalecer o *status* dos indivíduos reclamantes sob a Convenção. Enfim, a tendência da Comissão de atribuir o que parece ser um sentido cada vez mais amplo à noção de “vítima” (de medidas legislativas e práticas administrativas) — como visto no caso *Kjeldsen* — parece estar bem de acordo com a experiência e os desenvolvimentos paralelos nas Nações Unidas (infra). Desse modo, ao atribuir à noção de “vítima” uma interpretação cada vez mais ampla e ao excluir a aplicação da regra do esgotamento de recursos internos em casos de comprovadas medidas legislativas e práticas administrativas incompatíveis com os dispositivos da Convenção, a Comissão Européia parece estar se movendo vagarosa mas

---

(241) *Ibid.*, p. 275.

(242) *Ibid.*, p. 275.

firmemente na direção correta, rumo à realização eficaz dos fins últimos do sistema europeu de proteção dos direitos humanos (243).

## 2. As soluções interamericana e das Nações Unidas

Já observamos que há elementos que permitem deduzir ter-se dado à regra dos recursos internos um sentido próprio, no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o que equivaleria a uma aplicação especial da regra nesse contexto regional (supra). Assim, por exemplo, o tratamento da presente questão no sistema interamericano não há de passar despercebido. Simplificou-se a fórmula ali consagrada, de modo a evitar problemas de interpretação. Assim, o direito de petição individual no sistema interamericano é amplamente conferido, a "peticionários", "presuntos lesionados", "personas denunciantes" (244) — artigo 9(bis) do antigo Estatuto da Comissão Interamericana, artigo 38 de seu antigo Regulamento, artigos 29, 34 e sobretudo 38(2)(b) ("peticionario" terceira pessoa, sem mandato da presumida vítima ou sua família) artigos 44 e 46 da Convenção Americana — e não apenas, como no experimento congênere europeu, a vítimas individuais das violações de que se queixa, muito embora sob a Convenção Européia o conceito de "vítima" tenha nos últimos anos expandido de uma interpretação inicialmente estrita a uma crescentemente mais ampla (supra). O novo Regulamento da Comissão Interamericana mantém-se na mesma linha, ao referir-se a "peticionario", "persona o personas denunciante", e "cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida", "presunto lesionado" (artigos 23, 24, 29, 30, 34, 35, 36 e 38). A Comissão se reserva inclusive a faculdade de, *motu proprio*, levar em conta "cualquier información disponible" (artigo 23(2)) aparentemente idônea e contendo os elementos necessários para iniciar a tramitação de um caso que contenha os requisitos para tal fim.

No plano global (Nações Unidas), consoante a resolução 1.503 de 1970 do ECOSOC (supra), a Subcomissão da ONU de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, em sua resolução 1 (XXIV) de 1971, estabeleceu procedimentos sobre a admissibilidade de petições relativas a violações de direitos humanos dirigidas ao Secretário-Geral da ONU: estes procedimentos não apenas expressamente excluem a aplicação da regra dos recursos internos quando estes forem "ineficazes ou protelados desarrazoadamente" (artigo 4(b)) mas também dispõem *inter alia* que, em casos fornecendo "bases razoáveis para acreditar que possam revelar

(243) *Ibid.*, pp. 276 e 278-280.

(244) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Aplicação da Regra do Esgotamento dos Recursos Internos no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos", *Derechos Humanos en las Américas -- Homenaje a la Memoria de C. A. Dunshee de Abranches*, Washington, Comisión Interamericana de Derechos Humanos / OEA, 1984, p. 229, n. 85

um padrão consistente de violações graves e seguramente comprovadas de direitos humanos”, as petições admissíveis podem provir não apenas de indivíduos que “se presume razoavelmente” serem vítimas daquelas violações mas também de indivíduos e organizações não-governamentais tendo “conhecimento direto e seguro de tais violações” (artigos 1 (b) e 2 (a)) (245). Fica assim assegurada uma acepção ampla da noção de vítima no presente sistema das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos.

A questão da evolução da noção de “vítima” em relação à aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos tem sido objeto de atenção também sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos (e Protocolo Facultativo) das Nações Unidas. Em *leading case* sobre a matéria, apresentaram a petição 18 signatários, em nome de 1.194 supostas vítimas, inclusive 14 dos signatários. O Comitê de Direitos Humanos observou de início que, embora a reclamação se voltasse à situação do país nos últimos anos (não tendo as supostas vítimas “liberdade” para agir por si próprias), o Protocolo Facultativo do Pacto não visava lidar com tais situações, mas com reclamações individuais. Explicou o Comitê que “naturalmente há circunstâncias em que se deve considerar um indivíduo como tendo a necessária capacidade para agir em nome do outro”; no presente caso, no entanto, o Comitê não considerou que havia “um vínculo suficiente a permitir que os signatários da petição ajam em nome das supostas vítimas que não são signatários da petição. O Protocolo concede a todos os indivíduos interessados o direito de interpor petições, mas, por outro lado, não permite uma *actio popularis*” (246). O Comitê considerou como “supostas vítimas” três dos signatários da petição, declarando esta inadmissível com relação aos demais. Acrescentou o Comitê que, na ausência de informações mais detalhadas por parte do Estado sobre os recursos eficazes disponíveis às três “supostas vítimas”, não se poderia dizer que estas deixaram de esgotar os recursos internos (teste da eficácia dos recursos e ônus da prova incidindo sobre o Estado reclamado) (247).

Um dos casos mais significativos para a conceituação de “vítima” sob o Pacto foi o caso de *S. Aumeeruddy-Cziffra e 19 outras versus Maurício* (1981). As reclamantes alegaram ser vítimas de violações de seus direitos sob o Pacto, e sustentaram ter esgotado todos os recursos internos; por outro lado, o Estado reclamado argumentou que as reclamantes não demonstraram que qualquer indivíduo tivesse sido vítima de violação dos dispositivos do Pacto, e sua petição visava antes a obter uma declaração do Comitê de que as leis (emendadas) de deportação e imigração poderiam ser aplicadas de forma discriminatória de modo a violar os arts. 2, 3, 4, 17, 23, 25 e 26 do Pacto.

(245) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. 222, p. 280.

(246) Petição n.º 1/1976, *A et alii versus S* (1978), International Covenant on Civil and Political Rights. *Human Rights Committee — Selected Decisions under the Optional Protocol*, N.Y., United Nations, 1985, p. 17.

(247) *Ibid.*, p. 18.

Em sua decisão, lembrou o Comitê que só poderia considerar petições relativas a indivíduos que se considerassem vítimas, eles próprios, de uma violação de qualquer dos direitos consagrados no Pacto. Uma pessoa só poderia considerar-se vítima — no sentido do art. 1º do Protocolo Facultativo — se tivesse efetivamente sido afetada. No entender do Comitê, o modo de se encarar este requisito era uma questão de grau; é certo que nenhum indivíduo poderia, *in abstracto*, por meio de uma *actio popularis*, desafiar uma lei ou prática tida como inconstitucional. No entanto, acrescentou o Comitê significativamente, “se a lei ou prática não tiver ainda sido aplicada concretamente em detrimento daquele indivíduo, deve de qualquer modo ser aplicável de tal forma que o risco de a suposta vítima ser afetada é maior do que uma possibilidade teórica” (248).

Assim, julgou o Comitê que deveria examinar a alegação das reclamantes de que eram “vítimas” no sentido do Protocolo Facultativo do Pacto. Após investigar caso por caso, concluiu o Comitê que 17 das 20 reclamantes, solteiras, não poderiam considerar-se vítimas de qualquer violação de seus direitos sob o Pacto; com relação às três outras reclamantes, casadas com cidadãos estrangeiros, concluiu que ocorreram violações do Pacto (particularmente dos arts. 2 (1), 3 e 26 em relação aos arts. 17 (1) e 23 (1)), uma vez que elas “sem dúvida alguma” se viram efetivamente afetadas pelas leis (supracitadas), “mesmo na ausência de qualquer medida individual de implementação (por exemplo, por meio de uma denegação de permissão de residência, ou uma ordem de deportação, relativa a um dos maridos)”. Concluiu, por conseguinte, o Comitê, no tocante às três reclamantes, que “o Estado-parte deveria ajustar os dispositivos da Lei (emendada) de Imigração de 1977 e da Lei (emendada) de Deportação de 1977 a fim de implementar suas obrigações sob o Pacto, e deveria fornecer recursos imediatos para as vítimas das violações encontradas acima” (249).

Em outro caso, o de *Erkki Hartikainen e outros Membros da União de Livres Pensadores versus Finlândia* (1981), o autor (Hartikainen) argumentou que de nada valeria instaurar processo nos tribunais finlandeses, uma vez que no caso se queixava de “uma lei que cria a situação de que ele e outros são vítimas” (educação religiosa). Curiosamente, o governo finlandês admitiu, em resposta a uma solicitação do Comitê, que o ordenamento jurídico finlandês não continha qualquer método obrigatório para resolver um possível conflito entre a legislação nacional (relativa ao sistema escolar) e o Pacto da ONU, podendo-se assim dizer que “não havia quaisquer recursos internos obrigatórios para tal caso”. Levando em conta tal admissão de que não havia recursos internos disponíveis, o Comitê entendeu que a petição não poderia ser considerada inadmissível

(248) Petição n.º 35/1978, *S. Aumeeruddy-Cziffra e 19 Outras versus Maurício* (1981), H. R. Committee — Selected Decisions, . . . cit. supra n. 246, p. 63, e cf. pp. 67-69.

(249) *Ibid.*, pp. 70-71.

com base na regra do esgotamento <sup>(250)</sup>. Acrescentou o Comitê que as informações recebidas não clarificavam “suficientemente” até que ponto precisamente se poderia dizer que o autor e outras supostas vítimas tinham sido com efeito “pessoalmente afetadas”, como pais ou guardiães (sob o art. 1 do Protocolo Facultativo), mas como já se havia declarado o presente caso admissível sem objeção sobre este ponto, o Comitê não considerou necessário reabrir a questão <sup>(251)</sup>.

Em outro caso, decidido em 1982, o Comitê *inter alia* voltou a ponderar que não podia examinar *in abstracto* se a legislação nacional conflitava ou não com o Pacto, mas somente se um indivíduo sofreu ou não uma violação real de seus direitos; no entanto, admitiu que a legislação nacional podia, “em determinadas circunstâncias, produzir efeitos adversos que afetam diretamente o indivíduo, tornando-o assim vítima no sentido contemplado pelos arts. 1 e 2 do Protocolo Facultativo” <sup>(252)</sup>. Em um caso concernente ao Uruguai, o Comitê aceitou que a autora inicial da petição (A. M. García Lanza de Netto) agisse em nome das supostas vítimas, seus tios, que haviam sido detidos e não conseguiam assim agir em causa própria; entendeu o Comitê que a reclamante “estava justificada a agir em nome das supostas vítimas em razão de laço familiar próximo” <sup>(253)</sup>; quanto à incidência da regra do esgotamento, o Comitê novamente aplicou o teste da eficácia dos recursos internos, levando em conta as alegações das supostas vítimas de que “não tiveram contato efetivo com advogados para consultas quanto a seus direitos ou para dar-lhes assistência em seu exercício” <sup>(254)</sup>. Em outro caso (petição de M. H. Valentini de Bazzano), decidido em 1979, o Comitê entendeu da mesma forma que a autora da petição “estava justificada em razão de vínculo familiar próximo a agir em nome das outras supostas vítimas”, e acrescentou que o Estado reclamado tinha a obrigação de “fornecer recursos eficazes às vítimas” <sup>(255)</sup>. Precisou o Comitê, em outro caso, que o reclamante “estava justificado, em razão de vínculo familiar próximo, a agir em nome de seu irmão”, mas não em nome de três outras pessoas; em relação ao primeiro, o Comitê levou em conta que se havia tentado

(250) Petição n.º 40/1978, *E. Hartikainen e Outros Membros da União de Livres Pensadores versus Finlândia* (1981), *H. R. Committee — Selected Decisions ...*, cit. supra n. 246, p. 74.

(251) *Ibid.*, p. 76.

(252) Petição n.º 61/1979, *L. R. Hertzberg et alii versus Finlândia* (1982), *H. R. Committee — Selected Decisions ...*, cit. supra n. 246, p. 126; no caso, o governo finlandês confirmou que não havia mais recursos internos disponíveis às supostas vítimas (*ibid.*, p. 125). — Em outra ocasião, o Comitê advertiu que “os indivíduos não podem criticar as leis nacionais *in abstracto*, dado que o Protocolo Facultativo lhes dá o direito de trazer a matéria perante o Comitê somente quando eles alevarem ser vítimas de uma violação do Pacto”. Petição n.º 91/1981, *A. R. S. versus Canadá* (1981), *H. R. Committee — Selected Decisions ...*, cit. supra n. 246, p. 30.

(253) Petição n.º 8/1977, *A. M. García Lanza de Netto et alii versus Uruguai* (1980), *H. R. Committee — Selected Decisions ...*, cit. supra n. 246, pp. 45-46.

(254) *Ibid.*, p. 48.

(255) Petição n.º 5/1977, *M. H. Valentini de Bazzano et alii versus Uruguai* (1979), *H. R. Committee — Selected Decisions ...*, cit. supra n. 246, pp. 41 e 43.

impetrar um recurso em favor da suposta vítima e que seus três advogados foram aprisionados ou desapareceram; conseqüentemente, a petição não poderia ser tida como inadmissível por não-esgotamento de recursos internos (256).

No caso *S. Lovelace versus Canadá* (1981), o Comitê teve ocasião de esclarecer que não podia um reclamante, que se julgasse vítima de uma violação, expressar sua opinião sobre a lei *in abstracto*, sem levar em conta a data da aplicação de tal lei à suposta vítima. Contudo, acrescentou o Comitê, eventos anteriores à entrada em vigor do Pacto (e Protocolo Facultativo) que continuassem, ou tivessem efeitos que constituíssem, eles próprios, violações, após a data da entrada em vigor, poderiam ser considerados pelo Comitê; era o que ocorria no *casus d'espece*, dado que a presente reclamação dizia respeito ao "efeito continuado" da legislação (interna), que persistia após a entrada em vigor do Pacto, e que deveria assim "ser examinado, independentemente de sua causa original" (257). A decisão encontra paralelo na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos em casos relativos a "situação continuada" (258).

Do acima exposto pode-se depreender que, na medida do que lhe parece possível, o Comitê tem se esforçado por propiciar uma evolução da noção de "vítima" — em relação à aplicação da regra do esgotamento — sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos (e Protocolo Facultativo) consoante os propósitos últimos de proteção dos direitos humanos, i.e., guiada por uma interpretação cautelosamente extensiva daquela noção. Esta evolução certamente milita em favor do gradual fortalecimento da posição do indivíduo no plano internacional, a exemplo da decisão do Comitê no caso da petição apresentada por Violeta Setelich, em nome de seu marido Raúl Sedic Antonaccio, concernente ao Uruguai (1981); após rejeitar uma objeção de não-esgotamento de recursos internos e o argumento do Estado-parte de que o "direito da vítima de contactar diretamente o Comitê é inválido no caso de pessoas aprisionadas no Uruguai", ponderou o Comitê judiciosamente: — "Se os governos tivessem o direito de erigir obstáculos aos contatos entre as vítimas e o Comitê, o procedimento estabelecido pelo Protocolo Facultativo se tornaria, em muitos casos, sem sentido. É um pré-requisito para a aplicação eficaz do Protocolo Facul-

(256) Petição n.º 29/1973, *E e B et alii versus S* (1979), H. R. Committee — Selected Decisions..., cit. supra n. 246, pp. 11-12.

(257) Petição n.º 24/1971, *S. Lovelace versus Canadá* (1981), H. R. Committee — Selected Decisions..., cit. supra n. 246, p. 86. Cf., no mesmo sentido, petição n.º 1/1976, *A et alii versus S* (1978), in *ibid.*, p. 17.

(258) Nos casos de uma "situação continuada" em período de detenção excedendo um tempo razoável, a Corte Europeia descartou o requisito do esgotamento dos recursos internos no período de detenção subsequente à interposição da petição, pois se se exigisse do reclamante uma nova petição à Comissão, tal atitude formalista só poderia levar a uma multiplicação, sem sentido, de procedimentos, que tenderia a paralisar o funcionamento dos órgãos da Convenção. Cf. A. A. OANÇADO TRENDADE, "Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: An Appraisal", 10 *Revue des Droits de l'Homme / Human Rights Journal* (1977) pp. 158-166, 170-171 p 181-183.

tativo que os detidos sejam capazes de comunicar-se diretamente com o Comitê. A alegação de que o Pacto Internacional e o Protocolo se aplicam apenas a Estados, como sujeitos do direito internacional, e que, em consequência, estes instrumentos não se aplicam diretamente aos indivíduos, é desprovida de fundamento jurídico em casos em que um Estado reconheceu a competência do Comitê para receber e considerar petições de indivíduos sob o Protocolo Facultativo. Assim sendo, negar aos indivíduos, que são vítimas de uma suposta violação, seus direitos de levar a matéria perante o Comitê, equivale a negar a natureza mandatária do Protocolo Facultativo” (259).

### IX. Considerações finais

No plano do direito internacional geral, teve e tem a regra do esgotamento dos recursos internos um caráter nitidamente preventivo, constituindo-se em *conditio sine qua non* ao exercício da proteção diplomática (supra). Nesse contexto, a regra, não raro impedindo a intervenção, minimizou tensões nas relações internacionais, e assegurou, no contencioso diplomático, uma certa medida de respeito pela soberania dos Estados. A contribuição da prática dos Estados da América Latina nesse particular foi considerável, no sentido da consagração da natureza ou caráter substantivo da regra do esgotamento no âmbito da proteção diplomática interestatal discricionária, o que equivaleu no presente contexto a uma visão restritiva da configuração da condição de “vítimas”.

No contencioso interestatal judicial internacional, tem a referida regra enfatizado o caráter subsidiário da jurisdição internacional; de modo distinto, experimentos pioneiros outorgando capacidade processual aos indivíduos no plano internacional — com exceção da Corte Centro-Americana de Justiça — simplesmente não aplicaram a regra do esgotamento ou então a aplicaram com um grau marcante e variável de flexibilidade. A incorporação da regra do esgotamento em virtualmente todos os instrumentos e procedimentos contemporâneos de proteção internacional dos direitos humanos requer uma reavaliação cuidadosa. Com efeito, historicamente os nacionais situaram-se fora do âmbito de aplicação da regra do esgotamento, e no contexto da proteção dos direitos humanos o vínculo da nacionalidade é irrelevante ao exercício da proteção (distintamente do tratamento de estrangeiros).

É esta uma significativa distinção que não deveria passar despercebida, dado que parece haver muito mais razão para a aplicação da regra em casos em que os próprios Estados patrocinam a causa de seus nacionais (reclamantes) do que em casos em que os Estados concordam voluntariamente — no exercício pleno de sua soberania — em conceder acesso direto à jurisdição internacional aos próprios indivíduos (sejam

(259) Petição n.º 63/1979, V. *Setelich (R. Sendic Antonaccio) versus Uruguai* (1981), H. R. Committee — *Selected Decisions*... cit. supra n. 246, pp. 102 e 104.

ou não sens nacionais). A diferença de contextos é clara, e tem — ou poderia ou deveria ter — relevância para uma aplicação distinta da regra do esgotamento dos recursos internos.

Por outro lado, pode-se indagar se o fortalecimento do *status* processual dos indivíduos sob os sistemas contemporâneos de proteção internacional dos direitos humanos teria efetivamente se tomado possível sem a limitação paralela e concomitante da aplicação da regra do esgotamento... Tem-se, assim, uma situação bastante paradoxal, em que os Estados tomam com uma das mãos o que haviam dado com a outra...

Diferentemente da Comissão Européia de Direitos Humanos, que no estágio da admissibilidade de petições profere decisões de natureza judicial, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem logrado adotar um abordamento mais flexível da aplicação do princípio da reparação interna ou local, uma vez que, de qualquer modo, suas decisões mais se assemelham a atos administrativos do que a decisões judiciais *stricto sensu*. O enfoque da matéria seguido pelos mecanismos das Nações Unidas (revisitos supra) tem propiciado igualmente uma aplicação mais flexível da regra do esgotamento. Qualquer que seja, no entanto, o órgão encarregado da proteção dos direitos humanos no plano internacional, o contexto da proteção é fundamentalmente diferente do da responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros, implementada esta em base estritamente interestatal discricionária. Em experimentos internacionais de proteção de direitos humanos persiste a possibilidade de regulamentação da questão do esgotamento dos recursos internos mais por meio de regras e procedimentos detalhados (e.g., prevendo as exceções de atrasos indevidos e outras irregularidades processuais graves na administração da justiça local, para não falar da denegação de justiça propriamente dita) do que por uma referência ambígua e enganosa a "princípios do direito internacional geralmente reconhecidos", como se faz hoje. *Inclusio unius est exclusio alterius*.

Mesmo a referência corrente ao direito internacional geral, encontrada em cláusulas consagrando a regra do esgotamento dos recursos internos em instrumentos de proteção dos direitos humanos, não justifica uma rejeição sistemática, com base naquele requisito, de petições alegando violações de direitos humanos: ela chama antes a atenção para as limitações da regra do esgotamento, limitações estas reconhecidas pelo próprio direito internacional, particularmente quando direitos fundamentais estão em risco. Assim, a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial não apenas reconhece expressamente uma limitação ou exceção à regra do esgotamento dos recursos internos, a saber, quando a aplicação dos recursos é indevidamente prolongada, mas também seu art. 14 (7) (a) — sobre reclamações de indivíduos — omite qualquer referência a "princípios do direito internacional geralmente reconhecidos".

No mesmo sentido, sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU e seu Protocolo Facultativo, fica claro que o dever do indivíduo reclamante de esgotar os recursos internos é sempre complementar ao dever do Estado — parte de fornecer recursos internos eficazes —, o que equivale a uma nova visão da matéria que, na prática, tem aberto o caminho a uma aplicação equilibrada da regra do esgotamento dos recursos internos.

Também pela aplicação de certas técnicas processuais se tem logrado atenuação ou maior flexibilidade na aplicação da regra dos recursos internos: é o caso, por exemplo, do teste da eficácia dos recursos, do reconhecimento de exceções àquela regra, da divisão ou distribuição do ônus da prova quanto ao esgotamento. Diversos outros expedientes do gênero têm sido utilizados particularmente pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (supra), que é um órgão que tem avançado consideravelmente no sentido do abrandamento na aplicação da regra. Cabe aqui assinalar que é realmente surpreendente continuar encontrando, no sistema da resolução 1.503 do ECOSOC sobre petições de direitos humanos enviadas às Nações Unidas, o requisito do esgotamento dos recursos internos, dado que o sistema em questão dirige-se a situações que revelam um padrão consistente de violações flagrantes de direitos humanos, em que bem se pode presumir que os recursos internos muito provavelmente se tornarão inócuos e ineficazes, perdendo aquele requisito sua razão de ser. Tem-se, no entanto, que admitir que a consagração inicial da regra do esgotamento dos recursos internos ajudou ao menos a fazer com que aquele experimento viesse a funcionar.

A evolução da regra há de ser apreciada com atenção aos contextos específicos de sua incidência e aplicação. No contexto da *proteção diplomática* a regra operou como uma objeção substantiva impedindo a intervenção. Nos experimentos internacionais contemporâneos de *proteção dos direitos humanos*, a regra do esgotamento dos recursos internos tem operado como uma objeção dilatória ou temporal de natureza processual. Mas a evolução da regra não termina aqui: tendo em mente a mudança corrente de ênfase, voltada à função e prática dos próprios tribunais nacionais na aplicação da regra em conformidade com dispositivos de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, e a atual tendência no sentido do aperfeiçoamento dos sistemas nacionais de proteção judicial, é possível que a presente natureza “processual” da regra no contexto da proteção internacional dos direitos humanos possa levar a uma caracterização distinta da mesma em futuro próximo.

Enfim, ponto dos mais significativos, e que tem passado despercebido até o presente, é o da evolução da noção de “vítima” em relação à aplicação da regra dos recursos internos. Como vimos, a construção jurisprudencial européia (sob a Convenção Européia de Direitos Humanos), ao inclinar-se pela dispensa do requisito do esgotamento dos recursos internos em casos de “medidas legislativas e práticas administrativas”, tem atribuído à noção de “vítima” uma interpretação cada vez mais

ampla, abrangendo não mais apenas as vítimas "diretas" como também as "indiretas" assim como as vítimas "futuras ou prospectivas" (supra). No sistema interamericano de proteção, em que se pode traçar um paralelo com os chamados "casos gerais" perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o direito de petição individual é amplamente conferido aos "peticionários" ou denunciante em geral. Assim, no continente americano, em contraste com a proteção diplomática interestatal<sup>(260)</sup> (supra), o sistema interamericano de proteção de direitos humanos tem propiciado uma aceção das mais amplas e liberais da caracterização de "vítima" (capacidade para agir).

Também no âmbito das Nações Unidas as presunções têm operado em favor das vítimas (sistema da resolução 1.503 do ECOSOC), o que tem favorecido um gradual fortalecimento da capacidade processual do indivíduo no plano internacional (prática do Comitê de Direitos Humanos sob o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e Protocolo Facultativo). Não resta dúvida de que os atuais mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos têm beneficiado um número muito maior de indivíduos do que o dos próprios reclamantes<sup>(261)</sup>, o que reflete a evolução e ampliação do conceito de "vítima" na proteção internacional dos direitos humanos. Particularmente em casos em que se reclama de uma "situação continuada", de efeitos prolongados, ou de legislação que pode vir a lesar direitos (antes mesmo de qualquer medida específica de implementação), notam-se a presença e influência do fator *tempo* na solução jurídica, — neste como em outros domínios do direito internacional (e.g., meio-ambiente). Assim, celebram-se tratados a serem implementados por etapas, e reconhecem-se certas categorias de direitos a se realizarem gradual e progressivamente.

Se no passado os princípios e regras (como a do esgotamento dos recursos internos) do direito da responsabilidade internacional dos Estados evoluíram em uma dimensão essencialmente interespaçial, revelando acentuados ingredientes territoriais, começa-se hoje a repensar os postulados básicos daquele direito também em uma nova dimensão, a dimensão intertemporal, presente no campo da proteção dos direitos humanos. A evolução, neste contexto de proteção, da regra dos recursos internos se tem dado *pari passu* com a tendência no sentido do aperfeiçoamento dos sistemas nacionais de proteção judicial à ampliação da noção de "vítima" no direito internacional. E para esta evolução tem contribuído significativamente a prática internacional referente aos Estados latino-americanos.

(260) Para o desenvolvimento do argumento da incompatibilidade ou ausência de paralelismo entre os dois sistemas de proteção, o da proteção diplomática e o da proteção dos direitos humanos, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 6-56 e 290-322.

(261) Nesse sentido, e.g., Council of Europe / European Commission of Human Rights, *Stock-Taking on the European Convention on Human Rights — A Periodic Note on the Concrete Results Achieved under the Convention (The First Thirty Years: 1954 until 1984)*, Strasbourg, C. E., 1984, p. 308.