

Proteção internacional dos direitos do homem nos sistemas regionais americano e europeu

Uma introdução ao estudo comparado dos direitos protegidos

CLÉMERSON MERLIN CLÈVE

Professor da UFPR. Procurador do Estado. Mestre em Direito pela UFSC. Ex-bolsista do CNPq. Doutorando da "Université Catholique de Louvain", Bélgica

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: § 1.º — O contexto; § 2.º — Tema e justificativa.

CAPÍTULO I: Comparação quanto às condições de proteção; § 1.º — A forma das convenções; § 2.º — Universo de aplicação; § 3.º — Mecanismos protetores.

CAPÍTULO II: Comparação quanto ao conteúdo protegido; § 1.º — Questão metodológica; § 2.º — Conteúdos regulados pela convenção americana e não regulados pela convenção européia; § 3.º — Conteúdos regulados pelas duas convenções.

CONCLUSÕES

ALGUMAS ABREVIACOES UTILIZADAS:

OEA: Organização dos Estados Americanos

CE: Conselho da Europa

CADH: Convenção Americana sobre os Direitos do Homem

CEDH: Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

INTRODUÇÃO

§ 1º O contexto

Depois dos anos quarenta, desenvolveu-se a idéia da necessidade de proteger os direitos do homem no plano internacional⁽¹⁾. Tal mo-

(1) Dizemos que desenvolveu-se tal idéia, não que ela nasceu a partir dos anos quarenta. Com efeito, foi a partir desse período que se intensificou uma prática orientada no sentido de garantir, internacionalmente, a proteção dos direitos do homem.

vimento coincidiu, no plano político, com a revalorização daqueles direitos enquanto signo de caracterização da democracia, e como barreira ideal ao nascimento de regimes ditatoriais como os derrotados ao final da Segunda Grande Guerra. Essa idéia iria concretizar-se, mais tarde, através da criação da ONU (cuja Carta já anuncia expressamente sua relação com os direitos do homem), bem como por meio dos diversos documentos internacionais, voltados para a defesa e promoção dos direitos da pessoa humana.

O que poderia ser apenas um movimento político teve como conseqüência, talvez a mais importante, a transformação do direito (além, é claro, de sua reavaliação)⁽²⁾, que passou a se caracterizar, a partir de então, quer no plano nacional, quer no plano internacional, como instrumento privilegiado de garantia das liberdades. Essa transformação traduziu-se por uma mudança em dois planos. No plano técnico-jurídico, a nível internacional, foram efetivados diversos documentos, criando para o direito internacional um novo espaço de ação, qual seja o relativo aos direitos fundamentais. A nova área de saber alterou substancialmente o direito das gentes, antes voltado, de modo geral, para a disciplina das relações entre Estados e organizações internacionais, não alcançando, pois, uma matéria praticamente monopolizada pelas disciplinas de direito público interno. Ainda no plano técnico-jurídico, mas agora no nível do direito interno, verificou-se a implementação de procedimentos novos voltados à garantia das liberdades⁽³⁾, alterando-se profundamente o direito constitucional, por ser

(2) Note-se que, especialmente, depois da Segunda Grande Guerra, verifica-se uma tendência dirigida à reavaliação do universo jurídico. Algumas correntes que encaravam o direito como mero reflexo de algo exterior começaram a rever posições teóricas, chegando, afinal, a descobrir na juridicidade uma especificidade dotada de valor positivo, e capaz de exercer um controle positivo sobre a conduta humana e sobre o poder. A palavra direito, a partir de então, mais e mais, vai se ligando ao valor democracia.

Sobre isso, consultar nosso artigo: "Sobre o direito e os direitos: o jurídico como espaço de luta". *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, Curitiba, pp. 119-150, 1984.

(3) É o caso da aceitação, por inúmeros países, do controle da constitucionalidade das leis, tido pela doutrina dominante, até há pouco, como incompatível com a democracia representativa. É o caso, ainda, da valorização crescente de mecanismos como o *habeas corpus* (Inglaterra, Brasil, Peru etc.), o "mandado de segurança" (Brasil), o "recurso de amparo" (México, Espanha), o "recurso constitucional" (Alemanha) etc., todos com a função de garantir diretamente os direitos (de modo simples e rápido). Percebe-se a importância desse fato quando se leva em conta que a princípio o Estado liberal preferia assegurar os direitos de modo indireto, ou seja, por meio de mecanismos de natureza civil ou penal destinados a indenizar a vítima ou punir o agressor.

este o que, nos Estados que adotam Constituição rígida, mais eficazmente pode proteger certos direitos tidos como fundamentais (4).

Mas a transformação do direito operou-se igualmente num segundo plano, naquele do saber. A ciência do direito reincorporou a esfera axiológica aos seus domínios (5), superando um cientificismo que aprisionava, quer ao formalismo neokantiano purificador (6), quer ainda ao sociologismo em débito com as fórmulas epistemológicas das ciências naturais (7). O saber jurídico se assumiu enquanto saber social, co-constitutivo do social, evidenciando que sua fala, seu discurso, embora tendendo ao distanciamento típico da atividade de conhecimento voltada para a descoberta da verdade, nem por isso emana de um lugar não-ideológico e não-político. A assunção dos valores, pois, é o ponto central do saber jurídico contemporâneo, o qual, não se contentando em operacionalizar a defesa dos direitos do homem já declarados, reclama um processo contínuo de criação de novos direitos. Estes não são apenas os conteúdos estudados pelo saber jurídico porquanto são expressos por meio de uma forma jurídica. Mais do que isso, são, antes de tudo, o valor primeiro a partir do qual deve ser construído todo o arcabouço jurídico, bem como o respectivo saber.

O direito internacional público não fugiu dessa tendência. Assim é que não hesitou em relativizar o alcance próprio de alguns conceitos tradicionais (como o relativo à soberania), conseguindo com isso alargar seu raio de influência e alcançar a regulação de uma matéria que, antes, era da exclusiva competência do direito interno de cada país.

(4) O direito constitucional, como se sabe, não se contentando em declarar os direitos fundamentais, tem, nas Constituições mais recentes, previsto igualmente mecanismos assecuratórios desses direitos, função antes monopolizada pela legislação processual.

(5) Quanto a isso veja-se, por exemplo, a "Teoria Tridimensional do Direito", de REALE, a "Teoria Ecológica", de CÔSSIO, e a "Teoria Raciocionalista", de SICHES. Veja-se, ainda, a produção teórica dos juristas vinculados à "Escola de Baden" (Widelband, Rickert, Lask e Radbruch). Sobre o assunto consultar REALE, Miguel. *Fundamentos de Direito*. São Paulo, RT/USP, 1972. Tb. do mesmo autor. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1980. Ainda, *Filosofia do Direito*. 3.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1978.

(6) O principal representante do formalismo jurídico foi HANS Kelsen (Cf. *Teoria Pura do Direito*, 4.ª ed., Coimbra, Arménio Amado Ed., 1979). Uma crítica epistemológica (igualmente semiológica) do seu pensamento pode ser vista em WARAT, Luís Alberto. *A Pureza do Poder*. Florianópolis, UFSC, 1983. Sobre Kelsen há uma extensa bibliografia. Dela citaremos apenas mais um texto: COELHO, Luiz Fernando. "Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen". *Revista Sequência*, Florianópolis, UFSC, n. 4, 1981.

(7) Sobre isso ver nossa dissertação de mestrado "O Direito e os Direitos: uma introdução à análise do direito contemporâneo", Florianópolis, Mimeo, 1983.

§ 2º Tema e justificativa

Se ao jurista-filósofo interessa ver, sob o prisma epistemológico, as modificações que se operaram na textura, assim como nos pilares conceituais da ciência jurídica; se ao filósofo importa verificar os fundamentos dos direitos do homem, revelados quer através da pesquisa de sua essência, seja por meio da análise de sua natureza enquanto matéria filosófica; se ao cientista político cabe analisar as possibilidades, bem como os obstáculos políticos, conjunturais ou estruturais, que se colocam impedindo ou favorecendo a constituição de uma sociedade (nacional ou internacional) voltada para tais significados; ao jurista (enquanto tal) cabe, antes de tudo, verificar quais direitos são protegidos, e de que maneira tal proteção se efetiva⁽⁸⁾. É nesta última perspectiva que se inclui o presente texto.

O que propomos, então, é uma releitura, sob a ótica do direito comparado, dos direitos protegidos pelas convenções americana e européia sobre direitos do homem. Qual a razão que nos leva a comparar esses dois instrumentos internacionais? A resposta dessa questão conduz à justificativa da escolha do tema.

Não há dúvida de que a solução ideal para o problema da proteção dos direitos humanos no plano internacional seja o aperfeiçoamento dos mecanismos de caráter universal, notadamente aqueles promovidos pela ONU.

Com efeito, não bastasse a declaração de princípios contida na "Carta de São Francisco" e a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, dezembro de 1948), a ONU vem se empenhando no sentido da realização de diversos tratados relativos à salvaguarda de categorias específicas de direitos e liberdades⁽⁹⁾. Ao lado destes,

(8) Isso não significa afirmar que o jurista deve se afastar das demais perspectivas. O que queremos dizer é que, embora voltado para a interdisciplinaridade, o jurista deve privilegiar o momento normativo da experiência jurídica.

(9) Cf. "Droits de l'homme, Recueil d'instruments internationaux des Nations Unies", New York, 1967 (Doc. A/Conf. 32/4). Consultar as convenções relativas à eliminação de todas as formas de discriminação racial (21 de dezembro de 1965), à discriminação em matéria de emprego e profissão (25 de junho de 1958), à igualdade de remuneração (29 de junho de 1951), à luta contra a discriminação no domínio do ensino (14 de dezembro de 1960, com protocolo de 10 de dezembro de 1962), à prevenção e à repressão do crime de genocídio (9 de dezembro de 1948), à escravidão (30 de abril de 1956), ao trabalho forçado (25 de junho de 1957), à nacionalidade da mulher casada (29 de janeiro de 1957), ao estatuto dos apátridas (28 de setembro de 1954) e dos refugiados (28 de julho de 1951), à liberdade sindical (9 de julho de 1948), e ao direito de organização e negociação coletiva (1.º de julho de 1949), à política de emprego (9 de julho de 1969), aos direitos da mulher (20 de dezembro de 1952) e ao direito ao casamento (7 de novembro de 1962).

outros dois novos pactos foram concluídos, igualmente sob o patrocínio das Nações Unidas, em 1966, um deles relativo aos direitos econômicos e sociais e o outro aos direitos civis e políticos. Ao último, seguiu-se um protocolo adicional ⁽¹⁰⁾.

Visando uma melhor garantia das liberdades, esses pactos têm seguido a técnica convencional, mais eficaz, no plano do direito internacional, que as simples declarações de direito. Não obstante a necessidade do prosseguimento dessa tendência, não se pode esquecer que ela se desenvolve vagarosamente em face da existência de não poucas dificuldades:

I — uma primeira dificuldade diz respeito aos direitos a serem protegidos. Sendo a ONU um organismo de caráter universal, os Estados ali representados nem sempre apresentam as mesmas ideologia, cultura e concepção sobre os direitos. Isso dificulta a definição das liberdades a serem protegidas;

II — uma segunda dificuldade, pelos mesmos motivos, diz respeito à forma pela qual os direitos serão definidos. Em termos globais e genéricos? Ou, antes, em termos precisos? Se o tratado é auto-aplicável, uma vez cumpridas as formalidades exigidas para tanto (ratificação ou adesão pelos Estados; lei de autorização para aplicação interna onde esta é necessária) ⁽¹¹⁾, suas normas não o serão neces-

(10) Pactos realizados em 16 de dezembro de 1966. O Protocolo Adicional que segue o Pacto de Direitos Civis e Políticos prevê, através do Comitê de Direitos Humanos, um certo controle sobre a aplicação, pelos Estados-Partes, dos direitos fundamentais. Mas tal controle não alcança a significação daquele proporcionado no seio das Convenções americana e européia. Sobre o assunto, consultar: DE MEYER, Jan. *La Convention Européenne de Droits de l'Homme et le Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques*. Bruxelles, Editions UGA Heule, 1968. O texto dos Pactos, bem como do Protocolo Adicional, podem ser estudados em: *Conseil de l'Europe, "Les Droits de l'Homme en Droit International"*, textos de base. Strasbourg, 1979.

(11) Se a ratificação de um tratado sempre acarreta a imediata aplicabilidade do documento no plano internacional (em relação aos Estados contratantes), o mesmo não ocorre, necessariamente, em relação ao direito interno. Com efeito, existem Estados, como a Itália, por exemplo, que, além da ratificação, exigem, para a aplicação interna do tratado, leis de aprovação. Situação análoga aparece no caso do Reino Unido, da Suécia, da Dinamarca e da Islândia. Aqui, mesmo ratificada, a Convenção somente valerá no plano interno uma vez incorporada ao direito nacional por ato especial do Parlamento. Já a Bélgica, a França e Holanda adotam técnica mais simples. Basta a ratificação, sendo suficiente este ato para somar o tratado ao direito interno, situando-o acima da Constituição (Holanda), ou abaixo desta, mas acima das leis ordinárias (França e Bélgica). A respeito conferir DE MEYER, Jan. *Op. cit.* No Brasil, além da ratificação, é necessária a promulgação, que se opera via decreto do Chefe do Executivo.

sariamente. Tudo depende da maneira como os direitos serão afirmados. Esta variável definirá o grau de aplicabilidade de cada artigo, de cada parágrafo, em suma, de cada norma. A eficácia plena⁽¹²⁾, caracterizada pela aplicabilidade direta e imediata das normas, será tanto mais difícil quanto mais universos culturais, ideológicos, econômicos, etc., estiverem envolvidos na realização do documento;

III — uma terceira dificuldade, uma vez acertado o conteúdo a ser protegido e a técnica de redação desse conteúdo, diz respeito à interpretação de cada direito. Os direitos da mulher no mundo árabe certamente terão um sentido diferente dos mesmos situados no universo da cultura ocidental;

IV — tendo em vista as dificuldades anunciadas, notadamente as duas anteriores, fica quase impossível a previsão de garantias instrumentais assecuratórias das liberdades fundamentais, especialmente através de órgãos de caráter jurisdicional⁽¹³⁾.

Diante dos obstáculos citados, ao lado de uma política universal dos direitos humanos, é importante incrementar uma segunda política (de caráter complementar à primeira), desta vez a nível regional. É o que tem ocorrido a partir dos anos cinquenta, concretizando-se tal política especialmente através da criação de organismos e da realização de tratados internacionais de alcance regional, os quais, de uma maneira geral, acompanham o espírito da Declaração Universal dos Direitos. Por outro lado, observando as coordenadas fixadas pela Carta das Nações Unidas, que reconhece a legitimidade desse processo, procuram compatibilizar suas atividades com os princípios da ONU.

A proteção dos direitos e liberdades fundamentais pelo direito internacional regional, embora apresentando uma função complementar, guarda algumas vantagens não negligenciáveis. A análise da Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e da Convenção Americana Sobre os Direitos do Homem, promovidas, respectivamente, pelo Conselho da Europa (CE)

(12) Falaremos no Capítulo I sobre a eficácia das normas convencionais, utilizando a tipologia criada por SILVA, José Afonso da, em *Aplicabilidade das Normas constitucionais* (2.^a ed., São Paulo, RT., 1962).

(13) Como veremos adiante, a efetividade das Convenções americana e européia é devida em parte à previsão de instrumentos assecuratórios de natureza jurisdicional. Este não é o caso do Pacto da ONU relativo aos direitos civis e políticos, cujo mecanismo de proteção dos direitos está longe de alcançar a significação daqueles previstos nas Convenções objeto do presente texto.

e pela Organização dos Estados Americanos (OEA) (14), ilustra a afirmação.

Essas duas convenções, por associarem Estados situados num mesmo universo geográfico, cultural e econômico (15), puderam superar aquelas dificuldades quase intranspassáveis no contexto universal. Tal aspecto permitiu, quer na Europa, quer no continente americano,

(14) A Convenção europeia entrou em vigor em 3 de setembro de 1953 após a obtenção de 10 ratificações. Em 31 de dezembro de 1982, os 21 Estados do Conselho da Europa (Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Espanha, Alemanha Ocidental, França, Grã-Bretanha, Grécia, Irlanda, Islândia, Itália, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Noruega, Holanda, Portugal, Suécia, Suíça, Turquia) haviam ratificado a Convenção. O Protocolo Adicional (1952) reconhecendo os direitos de propriedade, direitos à instrução e a eleições periódicas, liga todos os Estados, exceto a Espanha, a Suíça e Liechtenstein. O Protocolo n.º 2 concedendo competência para a Corte Europeia dar pareceres (resposta a consultas) foi ratificado por todos os Estados. Os Protocolos n.ºs 3 e 5, relativos a normas de procedimento, foram igualmente ratificados por todos os Estados. Entretanto, o Protocolo n.º 4, relativo à proibição de prisão por inexecução de obrigação contratual, à liberdade de circulação e residência e ao direito de toda pessoa deixar não importa qual país (1963) foi ratificado por apenas 13 Estados.

A Convenção americana entrou em vigor em 17 de julho de 1978, ao completar-se o número de onze ratificações exigido pelo documento. Assinada em São José da Costa Rica em 1969, levou nove anos para entrar em vigor. Atualmente são partes na Convenção dezessete Estados: Barbados (1981), Bolívia (1979), Colômbia (1973), Costa Rica (1970), República Dominicana (1978), El Salvador (1978), Equador (1977), Granada (1978), Guatemala (1978), Haiti (1977), Honduras (1977), Jamaica (1978), México (1981), Nicarágua (1979), Panamá (1978), Peru (1978) e Venezuela (1977). O Paraguai, o Chile e os E.U.A. apenas assinaram. Entre os que nem mesmo assinaram se encontram o Brasil e a Argentina.

Tais dados estão presentes em PINTO, Roger. *La Liberté d'Information et d'Opinion en Droit International*. Paris. Economica, 1984.

Quanto ao processo histórico de formação da Convenção americana, pode ser visto em GARCIA BAUER, Carlos. "La convención americana sobre derechos humanos" in: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*. Madrid, Editorial Tecnos, 1979. Tb. GROS ESPIELL, Hector. "Le système interaméricain comme système régional de protection internationale des Droits de l'homme", Tome II, La Haye, 1976, *Recueil des Cours*, Académie de Droit International. Ainda, VASAK, Karal. *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme*. Paris, 1978. No Brasil conferir BRITO MELLO BOSON, Gerson de. *Internacionalização dos Direitos do Homem*. São Paulo, Sugestões Literárias, 1972.

Uma análise geral do pacto europeu pode ser vista em VASAK, Karal. *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Paris. L.G.D.J., 1964. Para tanto podem-se consultar igualmente os manuais publicados pelo Conselho da Europa. A bibliografia sobre o tratado europeu é vastíssima.

(15) Exceção dos Estados Unidos para o Contexto da OEA (O Canadá não faz parte da OEA). Exceção ainda, talvez, para a Turquia, Grécia e Chipre no âmbito europeu. Mas essas exceções dizem respeito apenas a diferenças no nível econômico.

a instalação de mecanismos mais eficazes de proteção das liberdades. A proteção referida se caracteriza pelos seguintes elementos:

I — técnica convencional. Uma vez efetuados os procedimentos exigidos pelas legislações internas dos Estados-Contratantes e aqueles previstos pelo próprio instrumento convencional, o documento vale de pleno direito, podendo sofrer aplicação direta, no que for possível, tanto no plano interno como no externo das ordens jurídicas nacionais signatárias⁽¹⁶⁾. A aplicabilidade direta do documento não oferece, numa primeira análise, nenhuma inovação em face da atual política da ONU, como dissemos, seguindo a mesma técnica jurídica. A vantagem aparecerá quando somarmos a esse elemento os dois outros a seguir;

II — número menor de direitos protegidos em relação àqueles afirmados pelos vários documentos das Nações Unidas. Entretanto, os direitos são declarados de uma maneira mais precisa. Disso resulta que os direitos aparecem, em geral, com os seus contornos mais transparentes, revestindo-se, com isso, menos do caráter de princípios gerais, e mais do caráter de normas jurídicas com um grau significativo de eficácia;

III — criação de organismos regionais efetivos de proteção dos direitos. Trata-se da instituição de Comissão e de Corte encarregadas da proteção, a nível internacional, dos direitos protegidos⁽¹⁷⁾.

Os elementos referidos podem ser sintetizados nos seguintes itens:

- a) definição dos direitos a proteger;
- b) aplicabilidade direta do documento;
- c) maior grau de eficácia de suas normas; e
- d) mecanismos assecuratórios. Com essas variáveis, o direito internacional regional assume, em certos aspectos, o mesmo alcance das normas de direito público e privado internos.

Embora outros acordos regionais tenham sido concluídos⁽¹⁸⁾, no momento, apenas as convenções européia e americana dispõem de

(16) Salvo naqueles Estados que exigem leis de aprovação. Ver nota 11.

(17) É evidente que esses órgãos não são previstos por todos os sistemas regionais de proteção internacional das liberdades. Note-se que mesmo no contexto da OEA e do CE outros pactos foram estabelecidos sem essa variável. É o caso, por exemplo, da Carta Social Européia (Turim, 18 de outubro de 1961), da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Carta Internacional Americana de Garantias Sociais.

(18) Queremos chamar a atenção para a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, adotada pela Organização da Unidade Africana, quando da décima-oitava Assembléia dos Chefes de Estado e de Governo, passada em Nairóbi (Kênia) no mês de junho de 1981.

instrumentos jurídicos efetivos destinados à proteção dos direitos do homem. Por essa razão, cremos, justifica-se plenamente a comparação que ora propomos.

Quais direitos são protegidos pelas citadas convenções? Tal questão, objeto principal do presente texto, será tratada no capítulo II (comparação quanto ao conteúdo protegido). Mas antes de chegarmos ao mérito, cabe responder a outra questão, que merece ser tratada preliminarmente. Trata-se de evidenciar as condições gerais de proteção oferecidas pelos dois pactos internacionais. Desta questão cuidará o capítulo I, a seguir.

CAPÍTULO I — COMPARAÇÃO QUANTO AS CONDIÇÕES DE PROTEÇÃO

§ 1º A forma das convenções

Com objetivos comuns, as duas convenções diferem quanto à extensão do conteúdo protegido, o que veremos mais tarde, assim como quanto à forma de regulação do mesmo conteúdo.

HERAUD ⁽¹⁹⁾ enumera seis pontos que, segundo sua ótica, caracterizam a convenção européia:

I — nenhuma inovação em relação à legislação dos Estados-Partes;

II — limitação aos direitos e liberdades fundamentais;

III — perspectiva evolutiva;

IV — distinção entre os direitos civis e políticos, de uma parte, e os econômicos, sociais e culturais, de outra;

V — objetivo de incluir, no futuro, o conjunto de direitos civis e políticos reconhecidos pelo pacto de direitos civis e políticos das Nações Unidas; e

VI — redação em estilo concreto, marcado por uma vontade de precisão ⁽²⁰⁾.

São esses elementos tipificadores encontrados, também, no documento americano? Não cremos que o sejam todos, pelo menos, de modo integral. Note-se que, embora o tratado americano tenha, de algum modo, se inspirado na experiência européia, anterior em pelo menos 15 anos, ele incorporou, igualmente, toda uma herança

(19) HERAUD, Guy. "Les droits garantis par la convention", in "La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen", *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg*, Paris, Dalloz, 1961.

(20) Idem, pp. 107 a 110.

jurídica pan-americana que vem desde a Conferência de Catapultec, em 1945, a qual efetivamente marcou seu estilo. Não podemos esquecer, ainda, o pacto de direitos civis e políticos da ONU, anterior em apenas três anos, que muito o influenciou. Frente a isso, embora também se coloque numa linha evolutiva, o pacto americano não procurou se limitar a uma categoria específica de direitos, preferindo manifestar uma vocação que chamaríamos de totalizadora, direcionada ao reconhecimento de um conjunto maior de direitos, não importa de que natureza, essenciais ao desenvolvimento da personalidade humana ⁽²¹⁾.

Tal preferência é a matriz de algumas diferenças entre os textos americano e europeu. Aquele, englobando outros direitos além dos tradicionais, não distingue, no nível da **declaração**, os direitos civis daqueles de natureza econômico-social. Mas se não há distinção quanto ao modo de declaração, ela não pode deixar de aparecer quando se trata do **modo de enunciação** (redação) dos direitos. Note-se que, enquanto os direitos civis (e políticos) têm, de modo geral, suas fronteiras estabelecidas pelo documento, os direitos econômicos, sociais e culturais são (à exceção dos dirigidos à proteção da família e da criança) tratados num único artigo. Este, fixando uma matéria de modo não muito preciso, resta incompreensível sem a leitura da Carta da OEA (reestruturada pelo Protocolo de Buenos Aires de 1967). Ora, sabe-se que essa diferença de redação vai acarretar diferenças substanciais quanto ao regime de proteção dos direitos.

É possível, pois, afirmar-se que, enquanto o documento europeu tem como signo caracterizador uma vontade deliberada de precisão jurídica, o tratado americano manifesta o mesmo signo através de um sentido de extensão do conteúdo protegido. Esta orientação, como sabemos, pelas diferenças entre os níveis de desenvolvimento dos países americanos, guarda como conseqüência uma sensível diminuição do grau de eficácia da convenção ⁽²²⁾.

A análise de aplicabilidade das normas dos tratados poderá confirmar o que acima dissemos.

Normalmente a doutrina do direito internacional público tem tipificado as normas de um tratado, segundo sua eficácia jurídica, como

(21) Dessa filosofia nasce um sem-número de problemas, especialmente quanto à possibilidade de sanção internacional da violação de alguns desses direitos. Não obstante, a política jurídica de "vocação totalizadora" é a preferida dos juristas, especialmente latino-americanos.

(22) Notadamente em relação a uma categoria específica de direitos, como veremos adiante. Mas não se pode esquecer que as normas relativas aos direitos civis e políticos (única categoria de direitos a ser tratada pela CEDH) atingem, em geral, o mesmo grau de eficácia jurídica nos dois pactos.

self-executing e **not-self-executing** ⁽²³⁾. Ou seja, como auto-executáveis e não auto-executáveis. Tal dicotomia corresponde, de uma maneira geral, à tipologia das normas constitucionais fixada pela doutrina e jurisprudência constitucionais norte-americanas ⁽²⁴⁾. Quanto a nós, acreditamos que a riqueza e a complexidade das normas convencionais exigem uma tipologia mais completa. Diante disso, seguiremos o pensamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA para classificar as normas contidas nos tratados europeu e americano sobre direitos do homem. Da seguinte forma:

I — normas convencionais de eficácia plena;

II — normas convencionais de eficácia contida;

III — normas convencionais de eficácia limitada ou reduzida.

Essa classificação tripartite tenta dar conta de certas situações que a dicotomia anterior não ilumina. Senão vejamos. Segundo o autor citado, na primeira categoria (normas de eficácia plena) incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor do documento, “produzem todos seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los) . . .” ⁽²⁵⁾. Tal efeito se opera porque os elaboradores do tratado estabeleceram, desde logo, “uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto” ⁽²⁶⁾.

Quanto à segunda categoria, “também se constitui de normas que incidem imediatamente, e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, em certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais. . .” ⁽²⁷⁾. Neste caso, tais efeitos não se produzem porque o documento internacional não fixou uma “normatividade para isso bastante” ⁽²⁸⁾.

Em função do grau de eficácia, pode-se fixar o grau de aplicabilidade das normas internacionais. Aquelas de eficácia plena são de “aplicabilidade direta, imediata e integral”; as de eficácia contida também são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral,

(23) MARCUS-HELMONS, Sílvia. Notas de curso na disciplina de “Proteção Internacional dos Direitos do Homem”. Faculté de Droit de l’Université Catholique de Louvain (Belgique), 1985.

(24) Lembra JOSÉ AFONSO DA SILVA (op. cit. p. 63) que RUI BARBOSA, em *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo, v. II, 1933, pp. 475 e ss., expõe a doutrina e a jurisprudência americanas sobre o assunto.

(25) Op. cit., p. 73.

(26) Idem.

(27) Idem.

(28) Idem, *ibidem*.

isto é, elas estão sujeitas a “restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limita sua eficácia e aplicabilidade”⁽²⁹⁾. Já as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque normalmente sua incidência é dependente de uma regulação ulterior, sem o que sua eficácia restará limitada.

Como sabemos, os direitos serão tanto mais protegidos quanto mais normas de eficácia superior (plena ou contida) os declarem. Os dispositivos de eficácia limitada, porque inaplicáveis por si mesmos, não são o melhor instrumento para a defesa e proteção dos direitos do homem⁽³⁰⁾.

E neste aspecto a convenção europeia apresenta alguma vantagem em relação a sua similar americana. Enquanto esta contém um bom número de dispositivos normativos de eficácia limitada, o pacto europeu apresenta poucos casos⁽³¹⁾. Mas na situação europeia trata-se de normas de “princípio institutivo”, como o art. 13, que prevê a outorga de um recurso efetivo no caso de violação de direitos, ou o art. 39 do protocolo adicional, prevendo eleições livres para a composição dos corpos legislativos. A característica dessas normas é sua dependência, para adquirir eficácia, de medidas jurídicas complementares a serem tomadas pelos Estados contratantes⁽³²⁾. Mas, se a nível interno, enquanto tais medidas não forem tomadas, as normas permanecem inaplicáveis, o mesmo não ocorre quando se trata do âmbito internacional. Note-se que a inação dos Estados-Partes pode ser sancionada pelos órgãos de garantia da convenção, ou seja, a Comissão e Corte de salvaguarda dos direitos do homem.

O tratado americano também apresenta alguns casos de normas de eficácia limitada declaratórias de princípio institutivo⁽³³⁾. Mas, ao lado destas, outras normas do mesmo tipo geral (eficácia limitada) circunscrevem-se a declarar princípios programáticos. É o caso, por exemplo, do art. 17 relativo à proteção da família⁽³⁴⁾, ou do art. 19,

(29) *Idem*, *ibidem*.

(30) É evidente que em certas circunstâncias o consenso entre os Estados contratantes quanto a certos direitos não excede as fronteiras das fórmulas vagas. Todavia este é um primeiro passo para a realização de acordos sempre mais precisos.

(31) Em compensação apresenta um número maior de normas de eficácia contida.

(32) Essas normas implicam para os Estados-Partes obrigações de resultado, ou seja, aquelas que se manifestam pela realização de prestações de caráter positivo.

(33) Estas seriam aquelas normas que a doutrina convencionou chamar de normas de legislação. Elas anunciam um instituto ou declaram um princípio de organização ou regulação de uma matéria. Sobre isso conferir JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.* pp. 74/75.

(34) Art. 17, § 1.º: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade; ela deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

relativo à proteção da criança ⁽³⁵⁾. É o caso, ainda, do art. 26, que proclama os direitos econômicos, sociais e culturais ⁽³⁶⁾. De que modo tais normas terão sua aplicação garantida? A questão dificilmente poderá ser respondida. Perceba-se que a eficácia destas normas depende menos de medidas jurídicas e mais da atuação material e positiva dos Estados, o que, por uma série de razões, notadamente de ordem política e econômica, nem sempre ocorre. A natureza programática desses dispositivos, orientados menos no sentido de conceder direitos subjetivos aos indivíduos e mais no sentido de orientar a ação governamental dos Estados, faz com que sua violação dificilmente possa sofrer sanção. Afinal, as medidas positivas referidas, antes de serem definidas pelo direito aplicável, pertencem ao domínio discricionário dos governos.

O que se pode dizer, numa primeira análise, é que tais normas (de eficácia limitada declaratórias de princípios programáticos) ⁽³⁷⁾, por sua especificidade, fogem à possibilidade de controle, quer por órgãos assecuratórios nacionais, quer por aqueles internacionais. Diante disso, a preocupação dos juristas americanos de condensar todos os direitos num mesmo documento guarda como mérito apenas o fato da economia jurídica em si. Porém, o desejo de não se operar distinção entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os econômico-sociais, de outro, resulta, na prática, frustrado. Que dizer, de uma não-distinção que acaba distinguindo em face da sujeição por uma categoria, e a não-sujeição pela outra, ao controle operado pelos mecanismos assecuratórios? Ora, o mesmo efeito teria ocorrido caso se optasse pela técnica adotada na Europa ⁽³⁸⁾.

Para concluir, pode-se afirmar que o tratado europeu é mais homogêneo que o americano, quer sob o aspecto dos direitos protegidos, quer sob o aspecto do grau de eficácia de suas normas. Entretanto, a convenção americana, a despeito de uma falta de homogeneidade, por um lado, e da eficácia reduzida de algumas de suas normas, por outro, agrupa um conjunto mais amplo de direitos protegidos.

(35) Art. 19: "Toda criança tem o direito às medidas de proteção que exige sua condição de menor, da parte da família, da sociedade e do Estado".

(36) Sobre isso, conferir no capítulo II, item específico.

(37) Ainda, mais uma vez, emprestamos categoria desenvolvida por JOSÉ AFONSO DA SILVA. Convém lembrar que as normas de eficácia limitada correspondem àquelas, chamadas, por CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES DE BRITO, de (quanto ao modo de incidência) normas de integração completáveis, e de (quanto à produção de efeitos) normas de eficácia parcial completáveis. Cf. os autores referidos, *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo, Saraiva, 1982.

(38) O Conselho da Europa, como sabemos, preferiu tratar de direitos de natureza distinta por meio de distintos tratados. Note-se que, no contexto do Conselho da Europa, os direitos econômicos e sociais são afirmados na Carta Social Européia (Turim, 18 de outubro de 1961).

§ 2º O universo de aplicação

O segundo aspecto ao qual queremos chamar a atenção é o relativo ao universo de aplicação dos direitos declarados. Trata-se, neste particular, de verificar os limites (e, portanto, o alcance) da proteção outorgada pelos dois pactos. Os limites são de três ordens:

I — quanto aos destinatários;

II — quanto ao tempo; e

III — quanto à matéria⁽³⁹⁾.

I — quanto aos destinatários;

1. Pode-se discutir se a proteção que acordam os dois instrumentos internacionais dirige-se às pessoas em geral, incluindo entre elas as pessoas jurídicas ou morais, ou se é dirigida apenas à pessoa humana, isto é, à pessoa física.

A questão tem algum sentido quando se admite a importância que a doutrina lhe dá. Afinal, nada impede que alguns direitos sejam exercidos pelo homem através da pessoa moral.

Aqui convém citar HERAUD, para quem os destinatários da convenção européia são as pessoas físicas. Ela apenas se dirige às pessoas jurídicas, por meio de certos efeitos⁽⁴⁰⁾. É o caso, por exemplo, do reconhecimento do direito de associação, o que pode implicar no reconhecimento da personalidade jurídica dela. Opinião oposta manifesta M. EISSEN⁽⁴¹⁾, para quem o art. 1º do protocolo adicional "confirma que os direitos e liberdades garantidos valem, em princípio, para as pessoas morais como para as pessoas físicas"⁽⁴²⁾.

Se esta posição é acertada para a situação do instrumento europeu, quer nos parecer que uma ótica similar à de HERAUD, desde que relativizada, parece ser mais condizente com a filosofia da convenção americana. Com efeito, o próprio art. 1º, § 2º, faz uma ligação entre a pessoa e o ser humano⁽⁴³⁾. Essa operação legítima o entendimento segundo o qual a convenção volta-se, a princípio, para o ser humano. Isso não impede, porém, que possa, no que for possível, ser aproveitada igualmente pelas pessoas jurídicas ou morais.

(39) Neste assunto seguimos, de algum modo, o raciocínio de GUY HERAUD (op. cit., pp. 111-119). Segundo este, o campo de aplicação da Convenção européia se desenvolve segundo quatro dimensões: 1. *ratione personae*, 2. *ratione loci*, 3. *ratione temporis* e 4. *ratione materiae*.

(40) Op. cit., p. 111.

(41) "Colloque organisé par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg sur la protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen." *Annales ... op. cit.*, p. 199.

(42) Idem.

(43) Art. 1º, § 2º, da Convenção americana: "Aos efeitos da presente Convenção, todo ser humano é uma pessoa."

2. Uma outra questão refere-se à qualidade das pessoas protegidas. Os tratados internacionais normais acompanham a regra da reciprocidade. Diante disso, o universo das pessoas protegidas limita-se aos nacionais dos Estados-Partes. Não é este o caso das duas convenções. Estas, seguindo a filosofia da declaração universal, e atendendo ao verdadeiro sentido de uma política de direitos do homem (com a amplitude que este termo — homem — carrega), dirigem-se a todas as pessoas, de qualquer país ou continente, que se encontrem, definitiva ou temporariamente, no território compreendido pelos Estados a elas comprometidos.

Não é outro o sentido do artigo 1º dos dois pactos. O europeu afirma que "les hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente convention". No mesmo sentido dispõe o pacto americano: "Les Etats parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente convention et à garantir le libre et pleine exercice à toute personne relevant de leur compétence". Tais direitos, segundo o mesmo art. 1º do texto americano e o art. 14 do seu similar europeu, serão respeitados sem nenhuma distinção fundada sobre a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião, a origem nacional ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição social.

Mas essa regra não deixa de sofrer exceção. O artigo 16 da CEDH autoriza as partes contratantes a impor restrições à atividade política dos estrangeiros, de tal modo que os direitos de expressão, reunião, associação (sindicalização) e de não-discriminação acabam por sofrer limitações quando se trata do exercício por não-nacionais (44). Tal possibilidade também é aberta pelo tratado americano no que se refere ao exercício dos direitos de associação e de reunião. Esses direitos poderão ser restringidos no interesse da segurança nacional (45). Ora, o tópico **segurança nacional** (46) abre a perspectiva de exclusão de estrangeiros no que se refere ao exercício dos direitos definidos nos arts. 15 e 16 quando em ligação com atividades de cunho político. Entretanto, as medidas restritivas devem ser necessárias e justificáveis.

(44) Segundo o art. 16 da Convenção européia, "nenhuma das disposições dos arts. 10, 11 e 14 pode ser considerada como interditando as partes contratantes de impor restrições à atividade política de estrangeiros".

(45) Como se vê, a Convenção americana autoriza apenas indiretamente a imposição de restrições à atividade política de estrangeiros. Tal se opera por meio da noção (tópico) de "segurança nacional", uma das noções previstas nos arts. 15, 16, (relativos aos direitos de reunião e associação) e 13, § 2b (relativo à liberdade de pensamento e expressão) que autorizam a contenção da eficácia jurídica de algumas normas da convenção.

(46) Utilizamos a expressão **tópico** no sentido dado por VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

II — universo de aplicação quanto ao tempo

1. As duas convenções regulam apenas situações posteriores à sua entrada em vigor. Lembra HERAUD que, se “pour des faits antérieurs, une procédure est encore en cours au moment de l'entrée en vigueur de la convention, la procédure elle-même tombe dans son champ d'application” (47). cremos que essa colocação, dirigida ao pacto europeu, pode ser transferida sem prejuízo para o pacto americano.

2. Quanto à denúncia dos documentos, os arts. 65 e 78, respectivamente, da CEDH e da CADH prevêem sua possibilidade desde que expirado um prazo mínimo de cinco anos após a entrada em vigor. Devem ser operadas mediante um pré-aviso de 6 (seis) meses no primeiro caso e 1 (um) ano, no segundo. Não obstante a denúncia, nos dois tratados, os Estados contratantes continuam responsáveis pelos atos (podendo constituir uma violação de suas obrigações) praticados anteriormente à data a partir da qual a denúncia produziu efeito (48).

3. Continuemos na análise das condições de aplicação quanto ao tempo. Os dois tratados prevêem medidas derogatórias que podem ser tomadas, unilateralmente, pelos Estados em período de crise. Tais medidas são disciplinadas pelo art. 15 da CEDH e pelo art. 27 da CADH. O recurso pelos Estados contratantes à suspensão ou derrogação deve operar-se por tempo limitado. A convenção americana, neste particular, é mais rigorosa que a européia. Além de exigir que tais medidas sejam tomadas apenas em caso de guerra, de perigo público ou outra situação de crise que ameace a independência ou segurança do Estado, exige, ainda, a imediata comunicação aos demais Estados-Partes (via Secretário-Geral da OEA), bem como a informação das disposições cuja aplicação foi suspensa, e a data fixada para o fim de tais medidas. O pacto europeu, ainda que exigindo, como o precedente, a informação das medidas tomadas e dos motivos que as inspiraram, prevê apenas a comunicação da data a partir da qual as medidas cessaram. Não reclama, pois, no ato da comunicação da suspensão, a previsão do seu tempo de duração.

Em ambos os casos o recurso derogatório das garantias não toca todos os dispositivos convencionados. Os arts. 2º, 3º, 4º (§ 1º) e 7º da CEDH, relativos aos direitos à vida, proibição de tortura e de penas ou tratamentos degradantes, interdição de escravidão e de servidão e ao princípio “nulla poena sine lege”, não podem ser derogados.

(47) *Op. cit.*, p. 113.

(48) Dispõe o § 2.º do art. 65 da Convenção européia:

“Cette dénonciation ne peut avoir pour effet de délier la Haute Partie Contractante intéressée des obligations contenues dans la présente Convention en ce qui concerne tout fait qui, pouvant constituer une violation de ces obligations, aurait été accompli par elle antérieurement à la date à laquelle la dénonciation produit effet”. A Convenção americana disciplina o assunto no § 2.º do art. 78, praticamente repetindo o conteúdo expresso acima.

A CADH não autoriza a suspensão de um número maior de direitos, entre os quais aqueles não derogáveis segundo o documento anterior. Certos desses direitos, como veremos adiante, nem mesmo figuram entre aqueles reconhecidos pela convenção europeia. É claro, então, que em face desses dados, o tratado americano oferece, no aspecto em análise, uma proteção mais completa que a convenção europeia.

Entre os direitos que não podem ser derogados temporariamente pelos Estados-Partes à CADH figuram: o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; o direito à vida; o direito à integridade da pessoa; a proibição de escravidão e servidão; o princípio da legalidade e retroatividade em matéria penal; o direito à liberdade de consciência e de religião; o direito à proteção da família; o direito ao nome; o direito à proteção da criança; o direito à nacionalidade; os direitos políticos; e mais as garantias indispensáveis à proteção de tais direitos⁽⁴⁹⁾.

III — universo de aplicação quanto à matéria

O terceiro elemento definidor dos limites da proteção vincula-se à matéria objeto dos tratados, a qual pode ter seu alcance reduzido em função de quatro fatores:

1. das reservas formuladas pelos Estados contratantes;
2. da interdição de atos ou atividades contrárias aos direitos garantidos;
3. da interdição de "détournement de pouvoir" na aplicação da convenção⁽⁵⁰⁾;
4. das regras de interpretação formuladas pela própria convenção.

1. Os dois primeiros fatores são comuns às duas convenções⁽⁵¹⁾. Mas a europeia é mais cuidadosa, num particular, que a americana. Esta dispõe que as reservas devem ser formuladas em conformidade com a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, subscrita em 23 de maio de 1969. Nada dispõe, porém, quanto à amplitude das reservas. A convenção europeia, por seu turno, dispõe que "as reservas de caráter geral não são autorizadas"⁽⁵²⁾.

(49) Art. 27, § 2.º

(50) Utilizamos a expressão "détournement de pouvoir" para definir a proibição expressa no art. 18 da Convenção europeia: "Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues". Acompanhamos nesse sentido o raciocínio de M. HEUMANN ("Les Droits Garantis par la Convention européenne des droits de l'homme: étude des limitations de ces droits") in: *Annales* ..., *op. cit.*, pp. 143-161.

(51) Cf. os arts. 64 e 75, respectivamente, dos pactos europeu e americano.

(52) Art. 64, § 1.º

2. O segundo dos fatores, por si só, pode significar uma garantia contra certas atividades que usam os direitos e liberdades para, enfim, combatê-los ou suprimi-los. Os arts. 17 e 29, respectivamente das convenções européia e americana, interditam toda interpretação autorizando um Estado-Parte, um grupo ou um indivíduo, a suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos, ou a restringi-los mais que o previsto. Os termos, dos dois artigos, são praticamente idênticos.

3. Também o terceiro dos fatores, qual seja a proibição de "détournement de pouvoir" na aplicação da convenção, também é uma garantia significativa dos direitos protegidos. Sua previsão localiza-se no art. 18 do pacto europeu, segundo o qual as restrições que são dirigidas aos direitos e liberdades "não podem ser aplicadas senão para a finalidade para a qual foram previstas". Essa previsão resulta, segundo alguns autores, da influência que a doutrina francesa do direito público exerceu sobre os redatores da convenção⁽⁵³⁾. Tal influência não se fez sentir, diretamente, no pacto americano. Não obstante, o sistema americano também prevê uma garantia contra o excesso de poder na aplicação dos dispositivos convencionados. Trata-se de regra segundo a qual as restrições autorizadas pela convenção devem seguir certos princípios de (a) forma e de (b) fundo. Nesse sentido, aquelas restrições apenas podem ser incorporadas por meio (a) de "leis editadas no interesse geral", visando, unicamente, (b) "aos fins para os quais essas leis foram previstas", ou seja, a proteção dos direitos e liberdades fundamentais.

4. A fixação de algumas regras de interpretação pelos próprios documentos internacionais (art. 29 da CADH e art. 60 da CEDH) constitui o quarto dos fatores a ilustrar o alcance da proteção proporcionada pelos sistemas regionais europeu e americano. As disposições do tratado americano não podem ser interpretadas como "restringindo o gozo ou exercício de todo direito e de toda liberdade reconhecidos pela legislação de um Estado-Parte"⁽⁵⁴⁾, ou como "excluindo outros direitos e garantias inerentes à pessoa humana e que derivam da forma democrática representativa de governo"⁽⁵⁵⁾, ou como, ainda, "suprimindo ou limitando os efeitos que podem ter a declaração americana dos direitos e deveres do homem e todos os outros atos internacionais da mesma natureza"⁽⁵⁶⁾.

A CEDH, neste aspecto menos completa que a CADH, prescreve que nenhuma das suas disposições poderá ser "interpretada como limitando ou trazendo prejuízo aos direitos do homem e às liberdades

(53) Cf. HEUMANN, *op. cit.*

(54) Art. 29, b.

(55) Art. 29, c.

(56) Art. 29, d.

fundamentais que poderiam ser reconhecidos conforme as leis de toda parte contratante ou toda outra convenção da qual esta parte contratante é parte”.

Uma última nota quanto ao universo de aplicação, relativamente à matéria. A convenção americana faz uma correlação entre os direitos do homem e os seus deveres, admitindo que aqueles possam ser limitados em função destes, notadamente em função dos deveres para com a sociedade. Este princípio é enunciado de tal modo que as liberdades de uns são limitadas pelos direitos e liberdades de outros, pela segurança de todos e pelas “justas exigências do bem comum” (57). É certo que tais limitações não podem ser vistas como suprimindo os conteúdos protegidos, mas apenas adaptando-os à convivência numa sociedade democrática. De qualquer modo não se pode esquecer que tal princípio pode representar, além de outros, mais um canal escapatório para governos que, sob a capa de uma pseudodemocracia, violam ou restringem o exercício dos direitos humanos. Cremos, pois, que a afirmação da vinculação entre direitos e deveres é plenamente dispensável. Ademais, sua função-motor não é outra senão expressar e ratificar um princípio que, implicitamente, já estava presente em toda a extensão do tratado. Afinal, faz parte da própria essência do direito que tal correlação exista. Quer nos parecer, então, que o relativo silêncio da convenção européia talvez seja mais significativo.

§ 3º Os mecanismos protetores

O último elemento caracterizador do alcance da proteção é aquele definido pelas garantias assecuratórias. Elas são de duas ordens:

I — o recurso interno (58) e

II — o recurso aos órgãos constituídos pelas convenções.

Ao lado deste controle direto, as duas convenções prevêem um outro controle, desta feita sem caráter recursal, e destituído de poder sancionatório. Referimo-nos àquele controle operado pela comissão de direitos do homem, na convenção americana, a partir dos relatórios obrigatoriamente para ela remetidos (59), a cada ano, ou a partir daquelas informações requeridas pela comissão no exercício de sua competência, quando ela achar desejável fazê-lo (60). Referimo-nos, ainda, às explicações que os Estados-Partes devem fornecer ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, em face da exigência do tratado, a cada demanda. Este procedimento é previsto no art. 57 e tem por finalidade

(57) Art. 32, §§ 1.º e 2.º

(58) Arts. 13 e 25, respectivamente, dos tratados europeu e americano.

(59) Art. 42 do pacto americano.

(60) Art. 41, d.

informar sobre a maneira através da qual os Estados contratantes em seus ordenamentos jurídicos asseguram a aplicação efetiva das disposições contratadas.

Mas, se essa forma de controle pode funcionar como uma técnica de prevenção da violação dos direitos por parte dos Estados, o mecanismo recursal é mais eficaz, podendo sancionar e, portanto, reprimir diretamente a eventual violação.

O recurso interno, antes de mais nada, é aquele oferecido pelas instâncias nacionais. Ele, segundo o artigo 13 do pacto europeu, deve ser efetivo. O pacto americano (art. 25) prevê recurso com o mesmo sentido: que seja simples e rápido ou efetivo. Normalmente os Estados, quer americanos, quer europeus, prevêm, em suas legislações, recursos contra o arbitrário estatal. É o caso, por exemplo, do "recurso por excesso de poder" na Bélgica e França, do *habeas corpus* e "recurso de amparo" nos Estados latino-americanos, além de tantas outras vias ⁽⁶¹⁾.

Entretanto, como as convenções têm a vocação para se impor a toda atividade governamental, quer seja judiciária, administrativa ou legislativa, elas podem criar dificuldades naqueles países que não admitem o controle da constitucionalidade das leis. Com efeito, neste caso, uma série de atos que poderiam ser controlados deixam de sê-lo. Para transpor situações como esta, bem como aquela na qual o recurso interno manifesta-se insuficiente, as convenções previram um segundo mecanismo, desta vez internacional, operado por seus próprios órgãos. Referimo-nos, pois, aos recursos interpostos junto à comissão e, indiretamente, cortes européias e americanas de proteção dos direitos do homem.

O recurso pode ser interposto pelos Estados assim como por particulares, grupos deles e organismos não governamentais, desde que esgotadas as vias nacionais compatíveis ⁽⁶²⁾. Há um distanciamento entre as duas convenções a respeito disso. A européia admite, automaticamente, o recurso estatal. Porém, o recurso individual somente

(61) É o caso, ainda, do Recurso Constitucional na Alemanha (Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre, S.A. Fabris Editor, 1984) e do Mandado de Segurança, no Brasil (art. 153, § 21, da Constituição brasileira).

(62) Evidente que, para os Estados contratantes, o princípio "do esgotamento das vias nacionais compatíveis" não se aplica. Tal princípio dirige-se apenas aos particulares. Quanto a essa regra há uma distinção entre os pactos americano (de um lado) e europeu (de outro). O tratado europeu fixa simplesmente (art. 26) que a comissão deve ser provocada após o esgotamento das vias de recurso internas. Quanto ao tratado americano, essa regra é relativizada em função: 1) da inexistência na legislação do Estado considerado de procedimento judiciário para a proteção do direito cuja violação é alegada (art. 46, § 2.º, a); 2) do impedimento do acesso ao recurso interno e, finalmente, em função de 3) um atraso injustificado na decisão das instâncias provocadas.

será admitido diante de declaração expressa do Estado reclamado aceitando tal recurso. Com o tratado americano se dá exatamente o oposto⁽⁶³⁾. Os recursos individuais são admitidos desde logo. Entretanto, para que a comissão possa examinar recursos dos Estados contratantes (evidentemente contra outros Estados contratantes), é mister que estes declarem expressamente reconhecer essa competência.

O distanciamento referido diminui quando se trata de analisar os poderes dos órgãos responsáveis pela solução dos recursos.

Frente ao pacto europeu, o recurso pode acabar de três maneiras:

1 — por meio de acordo amigável patrocinado pela comissão, nos termos do arts. 28 e 30. Se isso não for possível, a questão é levada ao comitê de ministros⁽⁶⁴⁾;

2 — por meio da manifestação do comitê de ministros do conselho da Europa, tomada à maioria de dois terços, decidindo se houve ou não, da parte do Estado denunciado, violação da convenção. A decisão é tomada caso, decorridos três meses da transmissão do relatório da comissão, a corte não tenha sido provocada. A decisão do comitê de ministros tem caráter obrigatório;

3 — mas, uma vez reconhecida a jurisdição, ou consentida sua intervenção, o processo pode finalizar por decisão da corte européia de direitos do homem⁽⁶⁵⁾. Esta verificará sobre a existência, ou não, parcial ou integral, de violação, por parte de um ou mais Estados contratantes, às obrigações estabelecidas pela convenção⁽⁶⁶⁾. As decisões da corte são irrecorríveis⁽⁶⁷⁾ e definitivas. Deverão ser motivadas⁽⁶⁸⁾ e têm, como as decisões do comitê de ministros, caráter obrigatório.

Os países-membros devem, nos termos do art. 53, se conformar às decisões da corte. A execução de suas decisões, por outra, é vigiada pelo comitê de ministros, conforme indica o art. 54.

Três, igualmente, são os modos através dos quais pode um recurso ser resolvido em face da CADH:

1 — através de conciliação, isto é, de acordo amigável promovido pela comissão (art. 49);

2 — através de parecer da comissão, desde que, passados três meses da entrega aos Estados interessados do relatório previsto no art. 50, não tenha sido interposto recurso à corte americana de direi-

(63) É o que se depreende da leitura do art. 45 do pacto americano comparado ao art. 25 do seu similar europeu.

(64) Convenção européia, art. 32.

(65) O art. 44 da Convenção européia prevê que apenas as partes contratantes e a comissão podem provocar a corte. O reconhecimento da jurisdição da corte deve ser formalizado mediante declaração (art. 46).

(66) Cf. art. 50 do tratado europeu.

(67) Cf. art. 52 do mesmo tratado.

(68) Cf. art. 51, § 1.º

tos do homem. Neste caso a competência da comissão é apenas de **parecer** ("avis") e não de **decisão** ("arrêt"). O parecer, embora devendo ser observado, não dispõe da força da decisão, e a única sanção prevista para os Estados que não o acatam é a publicação do relatório retro-referido. Como se vê, esta via de solução poderá ser menos eficaz do que aquela prevista no art. 46 da CEDH. Cremos que, neste ponto, os juristas que redigiram o texto americano foram menos felizes do que seus colegas europeus;

3 — o terceiro modo opera-se por meio de decisão da corte de direitos do homem. Mas esta solução somente ocorrerá em relação àqueles Estados que reconheçam como obrigatória sua competência (art. 62). Uma vez reconhecida a competência da corte, esta pode decidir soberanamente. Sua deliberação é motivada, definitiva e obrigatória.

Não é nosso objetivo discutir longamente se o sistema adotado na Europa é mais eficaz que o americano, ou vice-versa. Teoricamente, em relação às causas que não chegam à Corte, parece que há uma ligeira superioridade daquele sistema sobre este. Mas a prática poderá inverter a hipótese (baseada nos puros fatos normativos). Afinal não são poucos os órgãos que, detendo apenas uma competência de "parecer", não vinculador das decisões posteriores, conferem, em face de sua autoridade moral, verdadeira força obrigatória às suas intervenções. O início da história do "Conseil d'État" francês, bem como a competência inicial da "Seção de Administração do Conselho de Estado" belga em matéria vinculada ao contencioso de indenização, ilustram esta tese⁽⁶⁹⁾. No momento, o que se pode afirmar é que, no sistema interamericano, a comissão, desde sua criação e através de suas sucessivas modificações⁽⁷⁰⁾, vem realizando um trabalho que em muito

(69) Esses dois órgãos da administração pública, embora guardando apenas uma competência consultativa, adquiriram uma autoridade moral suficiente para impedir qualquer decisão posterior não vinculada aos seus pareceres.

Ver HUBERLANT, Charles, "Notes du Cours de Contentieux Administratif", Faculté de Droit, Université Catholique de Louvain, Belgique, 1964.

(70) Como se sabe, a comissão é anterior à convenção. Ela foi criada em 1958, por ocasião da quinta reunião de consulta, realizada em Santiago do Chile (Resolução VIII). Sua competência num primeiro momento era diminuta. Mas já em novembro de 1965, por ocasião da segunda conferência interamericana extraordinária, a comissão teve alargados seus poderes. Mas foi somente por meio do Protocolo de Buenos Aires que revisou a Carta da OEA, em 1967, que a Comissão teve regularizada definitivamente sua existência. Ela, de "entidade autônoma da OEA", dotada de modestas atribuições, transforma-se em órgão definitivo, um daqueles por intermédio dos quais a OEA realiza seus fins (art. 51, § 3.º, da Carta). Atualmente a comissão realiza duas funções: uma primeira como órgão da OEA; uma segunda como órgão da Convenção americana. Tais funções restam amalgamadas quando se trata daqueles Estados que, membros da OEA, são igualmente partes à Convenção americana sobre direitos do homem.

Sobre isso ver GROS ESPIELL, Hector, "Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme", in: *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, 1975, pp. 2-55.

contribui para a consolidação de sua autoridade moral. Quanto às cortes, elas parecem corresponder, a princípio, nas duas convenções, a uma mesma arquitetura. Mas apenas o exercício de suas funções nos dirá se a corte americana gozará, na prática, da autoridade que lhe accorda a previsão normativa. O exemplo europeu, quanto a isto, deve ser seguido.

Verificadas, em traços largos, as condições gerais de aplicabilidade dos instrumentos internacionais europeu e americano (e, portanto, o alcance da proteção que tais instrumentos acordam regionalmente aos direitos do homem), cabe empreendermos uma segunda comparação. Desta vez, igualmente sem maiores pretensões, tentaremos dar conta dos direitos protegidos, por uma e outra convenções. A comparação quanto ao conteúdo protegido será objeto do próximo capítulo.

CAPÍTULO II — COMPARAÇÃO QUANTO AO CONTEÚDO PROTEGIDO

§ 1º Questão metodológica

A exposição do conteúdo protegido coloca alguns problemas ligados à técnica de apresentação dos direitos. Tais questões ficam ainda mais complexas quando, pela forma mesma de redação das convenções, cria-se uma espécie de sinonímia (relativa) entre os direitos e suas garantias normativas⁽⁷¹⁾. Esta variável impede o emergir de uma exposição que se basearia no agrupamento dos direitos, de um lado, e de suas garantias, de outro.

Poderíamos voltar-nos para um segundo método, mais empírico, que exploraria cada artigo comparado ao seu similar da segunda convenção. O objetivo final seria a construção de um quadro comparativo geral. Essa técnica não é a mais adequada por uma razão essencial: a comparação seria empobrecida pelo seu caráter de precária elaboração. Ademais, exigiria um espaço que não cabe nos limites do presente texto. Não obstante, apresenta uma vantagem: consegue dar conta da comparação, não deixando de lado nenhum elemento. Mas nem por isso iremos adotá-la.

Uma variante mais elaborada desse mesmo método tentaria dar conta dos direitos. Seu objetivo seria fazer o inventário dos direitos

(71) RUI BARBOSA (*República: Teoria e Prática*, Petrópolis/Brasília, Vozes — Câmara dos Deputados, 1978, p. 121) chama os direitos de medidas declaratórias, e as garantias, de medidas assecuratórias. Mas a distinção entre as duas noções nem sempre é transparente.

protegidos num e noutro documentos, ver a extensão da proteção assegurada a cada um pelos dois textos, e concluir elaborando uma síntese comparativa que elucidasse a economia geral de cada convenção, assim como as lacunas de uma em relação à extensão da outra. Esta técnica apresenta a vantagem da simplicidade. Entretanto, não deixa, igualmente, de apresentar algumas dificuldades. A primeira (e mais significativa) delas é relativa a uma questão preliminar. Como falar em direitos sem, antes mesmo, definir essa categoria? Os dois pactos, como já afirmamos, distribuem, por entre seus artigos e parágrafos, direitos (conteúdo *stricto sensu*) e garantias normativas (conteúdo *lato sensu*). Estas, não poucas vezes, são enunciadas como direitos, num texto e como garantias (constituindo mero parágrafo num artigo destinado a afirmar outro conteúdo), no outro. Ora, qualquer definição *a priori*, necessariamente abstrata, poderá ser arbitrária, não cobrindo as especificidades relativas a cada convenção. Por essa razão, o método referido não é o mais adequado aos nossos propósitos.

Um terceiro método tentaria referir-se não a direitos, mas a domínios jurídicos protegidos. Esta técnica de exposição tem a vantagem de, no contexto de uma mesma atividade humana, referir-se a um tempo aos direitos e garantias, sem a necessidade de uma prévia delimitação conceitual destes termos. Depois, apresenta a vantagem da síntese, aglomerando vários artigos e parágrafos (relativos a vários direitos e garantias) sob um mesmo título. Este é o método que adotaremos.

Da análise das duas convenções resulta que sete domínios jurídicos principais restam protegidos. São os domínios relativos a: I — integridade corporal; II — liberdade individual; III — atividade intelectual; IV — intimidade; V — atividade social e política; VI — propriedade; e VII — liberdade de locomoção e residência.

Alguns domínios são melhor protegidos por uma das convenções. Outros alcançam, nos dois pactos, uma mesma significação. Mas, de um modo geral, sempre existirão diferenças entre os dois textos quanto a aspectos parciais de cada domínio jurídico. Esta análise caberá ao § 3º do presente capítulo.

Ao lado desse patrimônio comum, há outras dimensões da atividade humana que são objeto de regulação pela convenção americana, não o sendo pela europeia. Tais dimensões serão expostas no § 2º, a seguir:

§ 2º Conteúdos regulados pela convenção americana e não regulados pela convenção europeia

Entre os conteúdos regulados pelo texto americano e não regulados pelo pacto europeu encontramos: I — direito à proteção da honra

e dignidade humana; II — direito ao nome; III — direito de igualdade em face da lei; IV — direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; e V — alguns direitos econômicos, sociais e culturais (72).

A. Proteção da honra e dignidade humana

O art. 11 da convenção americana apresenta um duplo conteúdo. De uma parte (§§ 1º e 2º), um conteúdo relativo à proteção da dignidade. Este conteúdo assume o mesmo significado da proteção da intimidade no documento europeu. Falaremos dele mais tarde. Mas o § 1º extrapola um pouco essa significação. Ele se propõe a assegurar o reconhecimento da dignidade humana. Quer nos parecer que sua inclusão no texto convencional seja supérflua. Ora, a criação de um documento jurídico internacional e a atuação dos mecanismos de garantia por ele criados não têm outro objetivo que o de reconhecer, e mais do que isso, de promover e proteger a dignidade humana.

O segundo conteúdo apresentado pelo art. 11 refere-se à proteção da honra e da reputação da pessoa humana. Se, em relação ao primeiro conteúdo, o documento americano não apresenta grande inovação em face do disciplinado pelo tratado europeu, a novidade aparece quando se trata do segundo conteúdo. Mas uma possível superioridade do documento americano sobre o europeu, neste particular, deve ser relativizada. Com efeito, tratando-se de norma de eficácia limitada, que se contenta em afirmar o direito ao respeito da honra e ao reconhecimento da dignidade humana, seu alcance resta restrito, identificando-se com um programa de ação a ser observado pelas partes contratantes (assim como pelos órgãos competentes para aplicar a convenção). Somente a jurisprudência da comissão e da corte de direitos do homem poderá nos dizer, mais tarde, se tais normas merecem uma interpretação mais ampla.

B. Direito ao nome

Conforme o art. 18 da convenção americana, “toda pessoa tem direito a um prenome próprio e ao nome de seus pais ou de um entre eles”. Cabe à lei regular sobre os meios empregados para assegurar esse direito. O mesmo artigo chega a prever ainda, como meio para garantir esse direito, um recurso dirigido à sua satisfação, ou seja, à adoção de um nome.

(72) Note-se que aqui os domínios jurídicos a serem analisados identificam-se, à exceção do domínio, com certos direitos (direito ao nome, direito de igualdade etc.), contrariando, de algum modo, o que dissemos no § 1º do capítulo II. Mas isso não trará prejuízo à técnica de exposição adotada (comparação de domínios jurídicos e não de direitos), porque no § 2º, antes de operar-se uma verdadeira comparação, se inventariam os direitos afirmados pelo pacto americano, e que não são declarados pelo tratado europeu.

C. **Direito a uma nacionalidade** ⁽⁷³⁾

Esse direito assume três faces:

- 1) direito a uma nacionalidade;
- 2) direito a não ser privado de sua nacionalidade; e
- 3) direito a mudar de nacionalidade.

Uma quarta face não deixa de ser, igualmente, significativa. Disposta no § 2º do art 20, manifesta-se como o direito que tem qualquer pessoa de adquirir a nacionalidade do Estado em cujo território nasceu, no caso de não ter direito a outra nacionalidade.

O reiterado uso desse direito pode conduzir ao desaparecimento da injusta condição de apátrida. Sua aplicação sobre o território americano não parece ser difícil, vez que o critério qualificador da nacionalidade, na maior parte dos Estados daquele continente, é o *jus soli*. A aplicação, entretanto, seria difícil para aqueles países que, como a maioria dos europeus, adotam o critério *jus sanguinis*. Talvez por essa razão, não foi adotado esse direito pela convenção européia.

D. **Direito de igualdade em face da lei**

A convenção européia se limita a assegurar, nos termos do art. 14, o gozo dos direitos por ela garantidos, sem distinção alguma. Não há, então, o reconhecimento da igualdade perante a lei com o alcance de princípio geral ⁽⁷⁴⁾. O projeto do segundo protocolo adicional compreendia essa garantia ⁽⁷⁵⁾. Entretanto, o protocolo acabou sendo assinado sem ela. Diante disso, permanece a situação segundo a qual, frente à comissão européia, "toda diferenciação não constitui forçosamente uma discriminação" ⁽⁷⁶⁾.

Tudo se passa diferentemente com o tratado americano. Aqui, no art. 24, encontra-se enunciado o direito à igualdade, em termos largos e generosos:

"Todas as pessoas são iguais perante a lei; por consequência, elas têm todas direito a uma proteção igual da lei, sem discriminação alguma."

(73) Veja-se a importância que assume esse direito no sentido de evitar situações inadmissíveis como aquelas a que assistimos na África do Sul. Sobre isso ver BRAECICMAN, Colette. "L'Afrique du Sud au tournant.", jornal *Le Soir*, 12-6-85.

(74) VASAK, Karal. *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 75.

(75) HERAUD, Guy, op. cit., p. 121.

(76) Idem, p. 122. Sobre isso veja-se, ainda, a decisão rendida sobre o pedido ("requête") n.º 104/55 (decisão de 17 de dezembro de 1955). *Annuaire I*, p. 723, apud VASAK, K., op. cit., p. 75.

Não há dúvida, porém, que a aplicação desse dispositivo poderá gerar alguns problemas. Se há possibilidade, desde logo, de se assegurar uma igualdade de todos diante dos tribunais, a situação muda quando se fala de outras esferas da atividade humana. Salários diferenciados, carreiras públicas hierarquizadas, diferenciação da carga tributária etc., como serão vistos estes fatores de desigualdade incorporados, hoje, à própria condição de juridicidade? Não seriam estes fatores de diferenciação a própria matriz de não poucos conceitos caros ao direito público contemporâneo? A ação da comissão e corte será preciosa no sentido de elucidar os limites possíveis de tal conteúdo protegido. O que resta ver é se a interpretação que tais órgãos darão ao direito de igualdade será tão corajosa quanto o fato mesmo de se admitir tal direito, com tal extensão, num documento internacional.

E. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica

O primeiro direito enunciado no capítulo II, relativo aos direitos civis e políticos, é aquele voltado ao reconhecimento, a toda pessoa, de sua personalidade jurídica. Esse enunciado normativo repete, de algum modo, preocupação já acentuada no pacto das Nações Unidas (art. 16) e ausente do texto internacional europeu.

Aventou-se a hipótese de inscrever este direito na convenção europeia, por ocasião dos estudos dirigidos à conclusão do quarto protocolo adicional. Porém, a proposição não chegou a ser aceita (77).

O problema do direito à personalidade jurídica se manifesta como uma questão preliminar: a condição de possuidor (titular) de direitos exige uma condição anterior, qual seja a de ter a qualidade de sujeito de direito. Daí a relativa desnecessidade de proclamação daquela garantia. Tal hipótese se vê fortalecida quando se percebe que a noção de personalidade jurídica é a própria idéia mestra do direito moderno (78). O Estado moderno exige a racionalidade de um direito que não pode subsistir sem a noção de personalidade. Eis por que se pode demandar da utilidade de um tal reconhecimento num texto internacional. Cremos que melhor seria se, nos contextos americano e europeu, se fixassem alguns limites mínimos de capacidade jurídica.

(77) A proposição de inclusão foi feita pela assembléia consultiva do Conselho da Europa. O texto da regra seria o seguinte: "Tout individu a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique". *Apud* DE MEYER, Jan., *op. cit.*, p. 25.

(78) POULANTZAS, Nicos (Hegemonía y dominación en el estado moderno", Córdoba, Cuadernos de Pasado y Presente, 1968) demonstra, sob a perspectiva marxista, a ligação direta entre a categoria de sujeito de direito e a de direito (capitalista) moderno.

Tal questão tocaria num ponto delicado, principalmente nas Américas; aquele vinculado ao estatuto jurídico dos indígenas⁽⁷⁹⁾.

O que acima foi dito, porém, não se aplica quando se trata de um texto internacional de caráter universal, como o pacto de direitos civis e políticos da ONU. Com efeito, aqui aparece claramente a importância do reconhecimento a cada pessoa do direito à personalidade jurídica. Ainda há regiões no mundo não integradas à modernidade, onde imperam relações de produção próximas àquelas escravistas. Ora, sabe-se que o escravo é aquele ser humano destituído, em face do direito, do caráter de pessoa. É, pois, tratado (juridicamente) como coisa, podendo ser objeto de compra, de venda etc., faltando-lhe a liberdade, atributo que, junto à vontade, é o elemento-chave da noção de sujeito de direito. Quem não é livre não tem vontade, não podendo, pois, nem contratar, nem ser titular de direitos⁽⁸⁰⁾. Ora acabar com essa situação injusta para qualquer ser humano, este parece ser o objetivo principal do art. 16 do pacto das Nações Unidas.

O que se pode concluir é que o reconhecimento do direito à personalidade assume uma importância consideravelmente maior no âmbito universal do que nos contextos regionais europeu e americano.

F. Direitos econômicos, sociais e culturais

A presença desse conjunto de direitos na convenção americana, como já tivemos oportunidade de anunciar, a distancia enormemente daquela promovida pelo *Conseil de l'Europe*. A última se limita apenas a afirmar os direitos civis e políticos, seguindo uma política específica igualmente adotada pela ONU, ao que nos parece.

A maioria dos direitos econômicos, sociais e culturais⁽⁸¹⁾ são regulados pelo art. 26, que monopoliza o capítulo dedicado ao tema. A redação final da convenção alterou a forma através da qual, anteriormente, o conselho interamericano de juristas desenvolveu o assunto. Com efeito, o capítulo III do então projeto elaborado em 1959, em Santiago do Chile, compreendia:

I — o direito ao trabalho;

(79) Só um exemplo: os indígenas, segundo a legislação brasileira, são equiparados aos menores. Não se incluem, pois, em face do direito, entre aquelas pessoas absolutamente capazes.

(80) Exemplo típico é o estatuto jurídico dos escravos durante o Brasil-Ímpério (1822-1888) — ano da abolição da escravatura.

(81) Embora alguns dos direitos econômicos, sociais e culturais impliquem para os Estados uma obrigação de prestação negativa (abstenção; exemplo: liberdade sindical), outros implicam em obrigações positivas, caracterizando o que RIVERO, Jean (*Les Libertés Publiques. 1 — Les Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 1973) chama de direitos-crédito, por oposição aos direitos-liberdade.

- II — o direito dos povos à livre determinação;
- III — o direito à sindicalização;
- IV — o direito à previdência social;
- V — o direito a condições dignas de trabalho;
- VI — o direito a constituir uma família;
- VII — o direito de receber educação;
- VIII — o direito a tomar livremente parte na vida cultural; e
- IX — o direito à propriedade privada, sujeitando seu uso ao interesse social ⁽⁸²⁾.

A técnica afinal adotada em São José da Costa Rica, em 1969, se distancia daquele projeto. Assim é que os direitos à propriedade privada ⁽⁸³⁾, à proteção da família ⁽⁸⁴⁾ e da criança ⁽⁸⁵⁾ foram dispostos entre os direitos civis e políticos. Quanto aos outros direitos econômicos, sociais e culturais, eles são regulados pelo art. 26 já referido, da seguinte forma:

“Artigo 26. Desenvolvimento progressivo.”

“Os Estados-Partes se comprometem a adotar as providências, tanto a nível interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, para lograr progressivamente a plena efetividade dos direitos que derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, contidas na Carta de Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, pela adoção de disposições legislativas ou por outros meios apropriados.”

Como se vê, o artigo não é bastante por si mesmo, fazendo referência expressa à carta da OEA. Este documento, como sabemos, incluiu, por meio do protocolo de Buenos Aires, um conjunto de novas disposições concernentes à proteção da vida social ⁽⁸⁶⁾, econômica ⁽⁸⁷⁾ e cultural ⁽⁸⁸⁾, criando, praticamente, uma verdadeira declaração de direitos de natureza econômico-social ⁽⁸⁹⁾.

(82) BAUER, Carlos García, *op. cit.*, p. 539.

(83) Art. 21 da CADH.

(84) Art. 17 da CADH.

(85) Art. 19 da CADH.

(86) Art. 43 da Carta da OEA.

(87) Art. 31 da Carta da OEA.

(88) Arts. 47 e 48 da Carta da OEA.

(89) GROS ESPIELL, Hector, *op. cit.* p. 19.

Entretanto, o modo de redação desses direitos, como afirma BAUER, "deixa um tanto vaga, e até de certa forma inoperante, a obrigação dos Estados de promover e de proteger os referidos direitos..."⁽⁹⁰⁾. Essa tese é reforçada pelo fato de que os próprios dispositivos normativos ~~desculpam~~ — melhor, legitimam até — o não-cumprimento das obrigações estatais, em função de falta de recursos, ou outras razões. O que se percebe, pois, é que tais direitos, sendo de eficácia limitada, não são de aplicabilidade direta e imediata. Não poderão, destarte, a Comissão e Corte de direitos humanos garanti-los. Daí por que, a nível da eficácia jurídica, os direitos económico-sociais têm o mesmo alcance e a mesma garantia, quer no sistema europeu (Carta Social Européia), quer no sistema interamericano, não obstante a diferença de técnicas utilizadas. A natureza das normas (técnica de redação) assim como a natureza especial da matéria, em menor grau, não permitirão uma intervenção pronta dos mecanismos institucionais de controle (embora a previsão da atuação destes se estenda até o controle da matéria em análise). O que se tem que desejar, portanto, é que novos protocolos precisem com mais vontade as normas dirigidas à proteção dos direitos económico-sociais. Faltando isso, tais direitos poderão restar letra morta, não justificando sua presença num documento internacional que se quer como o aglomerador de normas dotadas de um mínimo de eficácia.

G. Outros direitos

A comparação entre os textos americano e europeu pode se estender ainda sobre outros domínios jurídicos. É o caso, por exemplo, de certas garantias relativas à liberdade individual presentes no documento europeu, mas não no americano.⁽⁹¹⁾ É o caso, ainda, de certos aspectos dos direitos políticos, do direito de asilo e do direito de retificação ou resposta presentes no texto americano, mas não no europeu. Tratando-se de direitos e garantias que podem se situar, sem dificuldade, nos domínios gerais que analisaremos a seguir, eles serão tratados, junto com estes, na próxima seção.

§ 3º Conteúdos regulados pelas duas convenções

Trata-se aqui não somente de expor os domínios regulados, ao mesmo tempo, pelos dois instrumentos internacionais, mas de, também, analisar a amplitude com a qual tais domínios são regulados num e noutro documentos

(90) BAUER, Carlos Garcia, *op. cit.*, p. 542.

(91) Leia-se, quanto a isso, o que dizemos, mais tarde, sobre a proteção da segurança e liberdade individuais.

A. Proteção da vida e integridade pessoal

A proteção da vida e integridade pessoal compreende três dimensões distintas:

I — uma primeira relativa ao direito à vida;

II — uma segunda ligada à integridade da pessoa; e

III — uma terceira identificada com a interdição de escravidão, servidão e trabalho forçado.

Vejamos como cada dimensão se apresenta:

A.1. Direito à vida

Art. 1º do pacto de direitos civis e políticos da ONU; arts. 2º da convenção europeia e 4º da americana. O direito à vida no contexto do conselho da Europa é reconhecido com limites mais precisos. Tal limitação de conteúdo se operou, certamente, com o sentido de adequar-se a legislação dos Estados-Partes àquela norma presente no tratado. Diante disso o alcance desse direito, sem o qual os demais perdem a razão de existir, foi diminuído. Segundo o pacto europeu, o direito à vida deve ser protegido pela lei, não podendo a morte ser infligida intencionalmente. Entretanto, admite-se a pena de morte, desde que pronunciada por tribunal.

O texto americano é mais generoso, exigindo não só a proteção do direito à vida, mas igualmente o respeito à vida, ela mesma, de cada pessoa. Por outro lado, se no instrumento europeu a questão do aborto não é resolvida (até que ponto o aborto contraria o direito à vida?), o mesmo não se passa com o tratado da OEA. Aqui, com efeito, prescreve-se que a vida deve ser protegida, "em geral, a partir da concepção". Percebe-se, igualmente, no texto americano um desejo de restringir, ao máximo, a pena de morte no solo americano, chegando-se mesmo a proibir sua aplicação àqueles crimes que ela não sanciona no momento⁽⁹²⁾, bem como a sua adoção por aqueles Estados que a aboliram⁽⁹³⁾. Proíbe-se, ainda, a sua aplicação a crimes políticos e aos de direito comum a estes conexos (§ 4º do art. 4º), norma que assume uma importância considerável nas Américas. Além disso, a pena de morte não pode ser aplicada àquelas pessoas que no momento do crime estiverem com menos de 18 ou mais de 70 anos. Não poderá igualmente ser aplicada às mulheres grávidas⁽⁹⁴⁾.

Apenas no espaço (reduzido) exterior àquelas limitações poderá a pena de morte ser infligida. Entretanto deve ela ser circunscrita aos

(92) § 2.º do art. 4.º da CADH.

(93) § 3.º do art. 4.º da CADH.

(94) § 5.º do art. 4.º da CADH.

crimes mais graves e ser pronunciada por tribunal competente⁽⁸⁶⁾. Não obstante isso, toda pessoa condenada à morte poderá, em qualquer caso, pedir a comutação da pena, a graça ou a anistia, não podendo ser a sentença executada enquanto tal pedido se encontrar pendente de resolução, segundo o § 6º do art. 4º da CADH.

Como se vê, a pena de morte chega a ser praticamente abolida do solo americano, o que não se passa em território europeu.

Mas, se neste aspecto o tratado da OEA é mais generoso que o do CE, o mesmo não se passa em relação à previsão da privação do direito à vida. Com efeito, o primeiro pacto afirma que ninguém pode ser privado de sua vida "arbitrariamente". Ora, o arbitrário, no direito moderno, recobre uma área de atividade identificada com a ilegalidade. Por essa via, desde que a lei o admita, ou que a jurisprudência assim entenda, poderá o direito aceitar, fora dos casos de aplicação da pena de morte, a privação do direito à vida, não sancionando (ou punindo) quem a patrocinou. O acordo europeu, ao invés de empregar a fórmula vaga "arbitrariedade", preferiu indicar os casos em que a morte infligida a alguém não pode ser considerada como violando o direito à vida⁽⁸⁷⁾. Cremos que esta fórmula, embora menos dinâmica que a outra, é por vezes a mais segura.

A.2. Direito à integridade da pessoa

A convenção europeia (art. 3º da CEDH) não admite que o ser humano seja submetido à tortura, nem a penas desumanas ou degradantes. O mesmo ocorre com o tratado americano. Este, mais amplo, prevê o direito ao respeito da integridade física, psíquica e moral⁽⁸⁷⁾.

O art. 5º do acordo da OEA relativo ao direito à integridade da pessoa contém, ainda, outras disposições que serão vistas quando tratarmos da proteção da liberdade e segurança pessoais. Quanto às proibições enunciadas no parágrafo precedente, elas são absolutas, não contendo nenhuma exceção. As normas que as prevêem são inintegráveis⁽⁸⁸⁾, de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.

(86) § 2º do art. 4º da CADH

(86) Art. 2º, § 2º, a, b e c, da CEDH.

(87) Art. 5º da Convenção americana sobre direitos humanos.

(88) O alcance dessas normas não pode ser, pois, nem completado (ou reforçado), nem restringido. Utilizamos aqui conceitos desenvolvidos por CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES DE BRITO in: *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, op. cit.

A.3. Interdição de escravidão, servidão e trabalho forçado

O acordo americano, de certa forma, repete o conteúdo protegido pelo acordo europeu. Mas completa-o, de algum modo, com algumas disposições ausentes naquele. Assim é que ninguém será mantido em escravidão ou servidão⁽⁹⁹⁾, nem será obrigado a executar trabalho forçado ou obrigatório⁽¹⁰⁰⁾. O pacto do CE indica (art. 4º, § 3º) os casos em que certos trabalhos legalmente obrigatórios não serão tidos como forçados (no sentido do tratado), o mesmo ocorrendo com o tratado da organização americana. É o caso do trabalho de caráter militar, daquele requisitado em caso de perigo e calamidades que ameaçam a vida em comunidade, e aquele decorrente das obrigações cívicas normais⁽¹⁰¹⁾. É o caso, ainda, do trabalho exigido de pessoas submetidas a detenção.

Quanto ao último aspecto, o acordo americano é mais estrito e rigoroso que o europeu. Seguindo a filosofia do pacto da ONU (direitos civis e políticos, 1966), o primeiro autoriza o trabalho obrigatório apenas para aquelas pessoas detidas em "execução de sentença ou decisão formal de autoridade judiciária competente"⁽¹⁰²⁾. Essa exceção é mais precisa (e portanto menos perigosa) que aquela adotada pelo pacto do CE. Aqui, tal trabalho poderá ser exigido de pessoas detidas "nas condições previstas pelo art. 5º . . .". Ora, como lembra oportunamente DE MEYER, "certas categorias de pessoas privadas de sua liberdade em razão do art. 5º não devem necessariamente estar detidas em razão de uma decisão da justiça"⁽¹⁰³⁾. Tal ocorre, por exemplo, com os menores, com os doentes contagiosos, com os bêbados, com os tóxicômanos, com os alienados, bem como com os vagabundos.

O tratado americano precisa, ainda, as condições limitativas do trabalho forçado: ele não deve prejudicar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do detido. Tal restrição não é encontrada no texto europeu. Pode-se, porém, suprir-se esta lacuna, aplicando-se à situação o disposto no art. 3º, que proíbe tratamentos ou penas degradantes ou desumanos. De qualquer modo este dispositivo também é afirmado pela convenção da OEA. Uma vontade de rigor e zelo para com a dignidade humana orientou este pacto no sentido de enfatizar o contido no art. 6º, § 2º

(99) Art. 6º, § 1º, da Convenção americana sobre direitos do homem.

(100) Art. 6º, § 2º e § 3º do mesmo tratado.

(101) Compare-se o disposto no § 3º da CADH com o disposto no § 3º do art. 4º da CEDH.

(102) Art. 6º, § 3º, a.

(103) DE MEYER, Jan., *op. cit.*, p. 38.

B. Proteção da liberdade e segurança individuais

B.1. Princípio

Os arts. 7º e 5º, respectivamente, dos acordos americano e europeu, com maior ou menor intensidade, proclamam o direito à liberdade e segurança individuais. O mesmo direito é objeto do art. 9º do pacto da ONU.

A convenção do CE estabelece, ela mesma, as situações em que, juridicamente, a privação da liberdade é legítima. O pacto americano deixa a disciplina dessa matéria às Constituições dos Estados contratantes, bem como às leis promulgadas conforme as disposições daquelas. Esta fórmula, sendo mais aberta, pode dar lugar a um número maior de situações excepcionais que autorizam a privação da liberdade de alguém. Essa mesma técnica foi, igualmente, adotada pelo pacto da ONU. Seu inconveniente é que abandona à lei o poder de definir os motivos das privações do direito de liberdade, acordando, em consequência, aos Estados contratantes uma enorme liberdade de apreciação ⁽¹⁰⁴⁾.

O texto europeu exige, ainda, para as arrestações e detenções, que elas, além de se limitarem aos casos previstos no art. 5º, sejam regulares, isto é, que obedeçam às prescrições fixadas pela lei para que aqueles procedimentos tenham lugar. O pacto americano se limita a desautorizar as detenções e arrestações "arbitrárias" ⁽¹⁰⁵⁾. A redação não atinge o grau de precisão do instrumento da CE. Afinal, o que é arbitrário? O ilegal ou o injusto? Quer nos parecer que, para o direito moderno, como antes dissemos, legalista por excelência ⁽¹⁰⁶⁾, o arbitrário corresponde à esfera da ilegalidade. Assim considerando, a linguagem usada pela CADH corresponde ao adjetivo *regular* preferido pelos europeus. Neste sentido, nos casos prescritos em lei (lei ou Constituição dos Estados contratantes), a prisão de qualquer pessoa somente ocorrerá se de acordo com as regras de forma e de fundo previamente estabelecidas para a execução daquele ato.

Um último aspecto a ser ressaltado a nível do princípio é o relativo à proibição da privação da liberdade por "dívida" ⁽¹⁰⁷⁾ (exceto no caso de inexecução de obrigações alimentares). O texto americano assim disposto é mais generoso que o tratado europeu. Este interdita a privação do direito de liberdade no caso de "inexecução de obrigação contra-

(104) *Idem*, p. 40.

(105) Art. 7º, § 3º, da CADH.

(106) SALDANHA, Nelson. *Legalismo e Ciência do Direito*. São Paulo. Atlas, 1977.

(107) Art. 7º, § 7º, da CADH.

tual" (108). Quer nos parecer que a palavra "dívida" compreende toda sorte de dívidas civis, inclusive aquelas relativas a obrigações públicas como, por exemplo, as fiscais. Não é esse o sentido da expressão utilizada pelo pacto europeu, a nosso ver, com conteúdo mais limitado, já que não engloba aquelas dívidas não resultantes de contrato (109). Mas uma possível superioridade do sistema americano, concernente ao assunto em análise, deve ser relativizada. Note-se que nesta proíbe-se a prisão de alguém por motivo de dívida; no pacto europeu proíbe-se que alguém seja "privado de sua liberdade". Esta redação oferece mais ampla proteção neste aspecto, pois a interdição prevista diz respeito a "toda forma de privação, momentânea ou durável da liberdade. . ." (110), e não simplesmente à prisão.

Como se vê, aqui, enquanto o tratado europeu é mais favorável à proteção da liberdade sob um aspecto determinado, o tratado americano o é, igualmente, mas em relação a aspecto diverso.

B.2. Garantias da pessoa privada da liberdade

a) direito de ser informado das razões da arresação

A informação deve ser dada no prazo mais curto possível. Tal garantia é assegurada pelos arts. 5º, § 2º, e 7º, § 4º, das Convenções européia e americana, respectivamente.

b) direito de ser logo levado à frente do juiz

Quer nos parecer que o art. 7º, § 5º, da Convenção americana tem sua origem no art. 5º, § 3º, do pacto europeu. Não obstante, não apresentam alcance idêntico. A disposição da segunda Convenção diz respeito apenas às detenções previstas no § 1º, C, do mesmo artigo (111). Quanto à primeira, esta dispõe sobre o assunto em termos mais largos. Neste caso, toda pessoa detida deve ser levada à presença do juiz, ou autoridade habilitada pela lei para exercer atribuições judiciárias. Isso, sem exceção alguma.

(108) Art. 1.º do Protocolo n.º 4 à Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

(109) Não podemos nos esquecer, porém, de que há teorias que defendem a natureza bilateral do lançamento tributário, o que seria suficiente para caracterizar as dívidas fiscais como, igualmente, contratuais.

(110) DE MEYER, Jan., *op. cit.*, p. 49.

(111) Isto é, aquelas detenções efetivadas em vista de levar o detido à autoridade judiciária. Não se refere, então, aos demais casos de privação de liberdade previstos pelo § 1.º do art. 5.º (detenção por insubmissão a ordem rendida por tribunal; detenção de menor; de doente portador de doença contagiosa; de alienado, alcoólatra, toxicômano ou vagabundo etc.)

Os dois instrumentos reconhecem, ainda, o direito de todo acusado ser julgado sem demora injustificada, ou de aguardar o julgamento em liberdade.

c) direito de um recurso

Trata-se de um recurso de natureza judiciária, a fim de que se decida sobre a legalidade da prisão, e sobre a liberação do detido, se a prisão é ilegal. O recurso deve ser decidido em "curto prazo", segundo a CEDH, e "sem demora", segundo o contrato americano⁽¹¹²⁾. Este prevê, ainda, recurso similar que objetive proteger a liberdade em face da ameaça de privação ilegal. Porém, o mais interessante é a disposição segundo a qual qualquer pessoa pode exercer o direito, não necessitando ser, obrigatoriamente, aquela que se encontra privada do exercício da liberdade individual. Esses aspectos todos chegam a delinear a arquitetura do *habeas corpus*, recurso originário da experiência jurídica inglesa, e adotado, hoje, por não poucos Estados americanos⁽¹¹³⁾.

d) direito de obter uma reparação em caso de arresação ou de detenção arbitrária

Segundo K. VASAK, a reparação prevista pelo art. 5º, § 5º, do pacto europeu somente será outorgada no caso de arresação ou detenção contrárias às condições estabelecidas no art. 5º "Será assim, por exemplo, quando a privação da liberdade não entra em nenhum dos seis casos limitativos enumerados, ou quando o detido não foi julgado num prazo razoável. Uma pessoa mantida em prisão preventiva e liberada em seguida não será indenizada senão no caso em que a duração de sua detenção foi julgada excessiva em comparação às acusações que pesavam sobre ela"⁽¹¹⁴⁾.

Esse direito não é previsto pela CADH.

e) direito de reparação em caso de condenação ou erro judiciário

Em compensação esta convenção (CADH) prevê, nos termos do art. 10, indenização em caso de condenação por julgamento definitivo

(112) Art. 5º, § 4º da CEDH e art. 7º, § 6º, da CADH.

(113) Sobre o *habeas corpus* há uma extensa bibliografia. Limitar-nos-emos a citar MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus: Direito Constitucional e Processual Comparado*. 8.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1979.

(114) VASAK, K., *op. cit.*, p. 26. Cf. decisão de 3-6-60 relativa ao pedido n.º 653/59. Também decisão de 19-12-61 relativo ao pedido n.º 920/60. *Recueil* n.º 8, p. 46.

fundado em erro judiciário. Esse direito não figura entre os acordados pelo tratado europeu.

f) direitos relativos ao regime penitenciário

Essas garantias são asseguradas unicamente pelo pacto americano. Referimo-nos ao direito de ser tratado com dignidade (art. 5º, § 2º), e às garantias relativas à separação dos detidos preventivamente daqueles condenados (art. 5º, § 4º), à separação do menor dos adultos (art. 5º, § 5º), e à finalidade educativa da pena (art. 5º, § 6º).

B.3. Direito a uma boa administração da justiça

a) direitos garantidos a toda pessoa

a.1) direito a um recurso efetivo

Esse direito é acordado por ambas as convenções (arts. 13 da CEDH e 25 da CADH), embora de modo distinto. Na sistemática europeia há uma ligação estreita entre os direitos protegidos pela convenção e o recurso efetivo. Este não tem existência autônoma, só vivendo em função da convenção⁽¹¹⁵⁾. Tudo se passa diferentemente no sistema interamericano. Lá, o recurso tem por função não apenas garantir os direitos reconhecidos pelo pacto americano, mas todos os direitos fundamentais reconhecidos pela lei ou Constituição dos Estados contratantes. Por outro lado, além da efetividade, a convenção de 1969 exige que o recurso seja simples e rápido. Diante dessas disposições, no âmbito da OEA, o recurso referido deixa de ser mero mecanismo assecuratório da convenção, para se transformar em garantia instrumental de todos os direitos e liberdades fundamentais reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos dos países-partes.

a.2) direito a um processo eqüitativo

Nos termos do art. 8º, § 1º, da CADH, "toda pessoa tem direito a que sua causa seja atendida com as garantias desejadas, em um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente pela lei, que decidirá do fundamento de toda acusação dirigida contra ela em matéria penal, ou determinará seus direitos e obrigações em matéria civil, assim como nos domínios do trabalho, da fiscalidade e em todo outro domínio". Esta regra não

(115) De fato, a Convenção exige um recurso efetivo frente às instâncias nacionais, tendo em vista unicamente os direitos por ela garantidos. Sobre isso ver VASAK, K, *op. cit.*, pp. 27-29.

se separa radicalmente do estabelecido no art. 6º, § 1º, do documento europeu, segundo o qual "toda pessoa tem direito a que sua causa seja atendida eqüitativa e publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei..."

b) direitos garantidos a todo acusado

b.1) legalidade dos delitos e das penas

Talvez o mais importante dos direitos a serem considerados sob a rubrica "direitos a serem garantidos a todo acusado" seja o relativo à legalidade (e retroatividade) em matéria penal. E aqui, mais uma vez, as concepções que informam uma e outra convenções se apartam. Não obstante isso, adotam um mesmo princípio inicial:

— não há crime, ou infração penal, sem que o direito anteriormente tenha definido tal ação ou omissão como tal (arts. 7º, § 1º, da CEDH e 9º da CADH);

— não pode ser infringida pena mais forte que aquela cominada no momento da ação ou omissão qualificada como delituosa (arts. 7º, § 2º, da CEDH e 9º da CADH).

A diferença aparece em função do direito à retroatividade da lei penal mais favorável. Segundo o pacto americano, a pena posterior mais leve, cominada para a infração, deve retroagir. Esse princípio não é mencionado pelo tratado da CE.

Radicaliza-se a diferença anunciada quando se observam as concepções de legalidade penal que presidem às formulações dos dois documentos. Segundo a convenção americana, só há infração penal quando, no momento da ação ou omissão, estas eram tidas como antijurídicas em face do direito aplicável, isto é, em face da norma penal anterior de caráter legislativo. Não se passa assim no tratado europeu. Segundo este, é admissível "o julgamento e a punição de uma pessoa culpada de uma ação ou de uma omissão que, ao momento em que ela foi cometida, era criminal diante dos princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas" (116).

Explica-se este dispositivo como um meio de não se condenar, e mesmo de se legitimar, a ação do Tribunal de Nuremberg após a Segunda Grande Guerra. Entretanto, a elasticidade inerente à noção utilizada (tópico) não deixa de carregar um certo perigo mesmo para

(116) Art. 7º, § 2º, da CEDH.

os direitos do homem, razão pela qual o texto americano, posterior ao europeu, não quis seguir, neste particular, a mesma filosofia jurídica.

b.2) outros direitos e garantias

(I) matérias comuns:

1. direito a presunção de inocência (arts. 6º, § 1º, da CEDH e 8º, § 2º, da CADH);
2. direito de ser informado sobre a natureza da acusação (arts. 8º, § 3º, da CEDH e 8º, § 2º, b, da CADH);
3. direito de dispor do tempo e facilidades necessárias à preparação da defesa (arts. 6º, § 3º, b, da CEDH e 8º, § 2º, c, da CADH);
4. direito de defesa, compreendido direito de ser assistido por defensor, inclusive, advogado dativo, se for o caso (arts. 6º, § 3º, c, da CEDH e 8º, § 2º, d, e e, da CADH);
5. direito de se fazer assistir, gratuitamente, por um intérprete, se necessário (arts. 6º, § 3º, e, da CEDH e 8º, § 2º, a, da CADH);
6. direito de obter a convocação de testemunhas (arts. 6º, § 3º, d, da CEDH e 8º, § 2º, f, da CADH).

(II) matérias protegidas unicamente pela convenção americana:

1. direito de se comunicar livremente com o defensor, sem testemunha (art. 8º, § 2º, d);
2. direito de o acusado não ser obrigado a testemunhar contra si mesmo, ou a se declarar culpado (art. 8º, § 2º, g);
3. direito de interpor apelação junto a tribunal superior (art. 8º, § 2º, h);
4. interdição de *bis in idem* em matéria penal (art. 8º, § 4º);
5. garantia relativa à publicidade do processo penal (salvo exceções no interesse da justiça) (art. 8º, § 5º).

Ao lado dos direitos acima, todos ligados à matéria de natureza penal, podemos citar um último, previsto apenas pelo contrato americano. Trata-se da garantia relativa não apenas aos acusados, mas a toda pessoa, de que a pena será individual, não tocando senão o condenado (art. 5º, § 3º, da CADH).

C. Proteção da intimidade

C.1. Princípio

Os dois pactos garantem, de uma maneira não muito diferente, o respeito à vida privada e familiar, ao domicílio e correspondência. O art. 11, § 2º, do tratado americano dispõe que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na vida de sua família, no seu domicílio ou em sua correspondência...” A convenção européia protege um mesmo conteúdo, mas em termos positivos: “toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência” (117).

C.2. Delimitação do conteúdo protegido

Como se pode verificar, tal princípio pode se desdobrar em dois domínios jurídicos protegidos. Um primeiro domínio relativo à vida familiar (direito ao respeito da vida familiar) e um segundo domínio, relativo à proteção da vida privada (proteção do domicílio e da correspondência).

Uma terceira dimensão da proteção da intimidade é assegurada pelo direito de se casar e fundar uma família, anunciado pelos arts. 12 e 17 das Convenções, respectivamente, européia e americana. O alcance dos dois artigos parece ser o mesmo. Há que se verificar, entretanto, se o mesmo pode ser dito dos dois domínios citados no parágrafo anterior.

Dois elementos são reveladores da extensão da garantia, em cada documento. Um primeiro, apto a dizer quem é titular da obrigação de respeitar a intimidade do ser humano. Quanto ao segundo, ele se dirige a dizer quais são os casos em que os direitos derivados da proteção à intimidade podem sofrer restrição, e quem pode operar tais restrições.

Em relação à primeira questão, as duas Convenções se identificam. Qualquer pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada, familiar e de seu domicílio e correspondência. O direito é oponível *erga omnes*, sendo, também, toda e qualquer pessoa titular da obriga-

(117) Art. 8.º, § 1.º, da CEDH.

(118) Como demonstra EISSEN, Marc-André, (“La Convention et les Devoirs de l'individu”, *Annales de la Faculté* ..., op. cit. 187-194), a Convenção européia (e este é igualmente o caso da americana) impõe obrigações aos Estados, assim como aos particulares. O problema é que ela não prevê nenhuma sanção internacional direta à inobservância daquelas obrigações dos indivíduos.

ção negativa vinculada a tal direito. Mas essa afirmação deve, entretanto, ser aceita com reservas. É que os particulares não são responsáveis em face das Convenções⁽¹¹⁸⁾. Diante disso, esse direito não é, via convenção, diretamente oponível a particulares. Mas o é contra o Estado. Resta que, pela natureza mesma do direito à intimidade, a obrigação de respeitá-lo cabe, antes de tudo, ao Estado. Este deve, aos olhos das Convenções, desempenhar duas funções: uma primeira voltada para a organização da proteção ao nível interno, punindo as ingerências ilegais dos particulares. Uma segunda função diz respeito à obrigação de prestação negativa por ele mesmo devida, ou seja, ao *dever de abstenção* em face da intimidade de seus cidadãos⁽¹¹⁹⁾.

Em face do segundo elemento (ou, antes, questão) a Convenção européia é mais precisa. A redação do artigo parece indicar que são permitidas apenas ingerências da autoridade pública. Este não é o caso do acordo americano, que silencia a respeito. Nos dois casos, porém, as ingerências devem se dar apenas em certos casos. Mais uma vez aqui, a garantia acordada pelo instrumento europeu é mais precisa. A autoridade pública não pode se imitir no exercício, por qualquer pessoa, dos direitos relativos à proteção da vida privada, familiar etc., senão quando autorizada pela lei. Mas o domínio de discricionariedade do legislador não é absoluto. A atividade do poder público deve se limitar às medidas admitidas numa sociedade democrática (o que diminui a intensidade da ingerência), e apenas com o objetivo de perseguir uma das seguintes finalidades: 1. segurança nacional; 2. segurança pública; 3. bem-estar econômico do país; 4. defesa da ordem; 5. prevenção de infrações penais; 6. proteção da saúde ou da moral; e 7. proteção dos direitos e liberdades dos outros⁽¹²⁰⁾.

Já o tratado americano se limita a interditar "ingerências arbitrárias ou abusivas". A fórmula adotada é ampla, permitindo a concomitância de não poucas interpretações diferentes. Entretanto, o art. 11, § 3º, prevê que os direitos relativos à vida privada, familiar etc. devem ser protegidos pela lei. Quer nos parecer que, no texto da OEA, o caráter **arbitrário** da ingerência poderá ser definido em função de sua legalidade ou ilegalidade. Quanto ao caráter **abusivo**, ele poderá ser medido pela intensidade da ingerência estatal. Exige-se que ela, em face do **senso comum teórico dos juristas**⁽¹²¹⁾, seja razoável, ou que não escape à razoabilidade, ponto a partir do qual será ilegítima por abusiva. Tal interpretação encontra seu fundamento na disjun-

(119) Isto é, em face da vida privada e familiar dos seus cidadãos.

(120) Art. 8.º, § 2.º

(121) Categoria desenvolvida por WARAT, Luis Alberto in: *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre, Síntese, 1979.

ção ou que acompanha, segundo a redação do § 2º do art. 11, os conceitos "arbitrária" (ou) "abusiva" (122). Diante do exposto, a ação estatal deverá ser legal (nada de arbitrariedade), e mais do que isso, razoável (não abusiva). Se esta for a interpretação adotada pela Comissão e Corte de direitos do homem, então a proteção acordada pelo tratado americano poderá chegar próxima daquela oferecida, na mesma área, pela Convenção europeia.

D. Proteção da atividade intelectual

A atividade intelectual é assegurada pelo art. 9º do tratado europeu e pelos arts. 12 e 13 do tratado americano. Os direitos relativos ao exercício de tal atividade podem ser vistos sob três ângulos. Um primeiro ângulo (D.1.) diz respeito à liberdade de pensamento, consciência e religião; um segundo (D.2.) refere-se à liberdade de expressão desses direitos e um terceiro aspecto (D.3.) refere-se à liberdade dos pais concernente à educação de seus filhos (123).

D.1. No que se refere ao primeiro ângulo, uma comparação entre as Convenções permitirá ver que os direitos derivados da atividade intelectual assumem, em todas as duas, um mesmo princípio-mestre, com mesmo alcance. Esses direitos referem-se à liberdade de guardar uma religião (ou uma crença) e, ainda, de mudar de religião ou de crença, assim como à liberdade absoluta de pensamento (124).

D.2. O segundo ângulo anunciado exige mais atenção e será analisado por último.

D.3. Quanto ao terceiro aspecto referido, também as duas Convenções se orientam num mesmo sentido. Assim é que, tanto em um caso, como no outro, os pais poderão exigir que seus filhos recebam educação religiosa e moral conforme suas próprias convicções. A única diferença é que tal direito é assegurado, de igual modo, nas Américas, aos tutores em face de seus pupilos. Aqui, o tratado europeu silencia (125).

(122) Note-se a diferença de sentido: "arbitrária e abusiva": "arbitrária ou abusiva". A segunda fórmula favorece uma proteção mais precisa do direito à intimidade.

(123) Art. 2º do Facto Adicional à Convenção europeia. Art. 12, § 4º, da Convenção americana.

(124) Esses direitos não são submetidos a restrições de qualquer ordem.

(125) De qualquer modo, uma interpretação extensiva do art. 2º do protocolo adicional seria suficiente para incluir os tutores no universo de significação compreendido pelo termo "pais".

D.2. Liberdade de manifestação e expressão

a) Liberdade de manifestação religiosa

A liberdade de cada um manifestar sua religião e suas convicções (ou crenças) é protegida pelos dois pactos⁽¹²⁶⁾. Sob o prisma das restrições aplicadas a essa liberdade, o art. 12, § 3º, do contrato interamericano se limitou a adaptar o art. 9º, § 2º, do tratado europeu. Segundo este, a garantia de tal liberdade não impede que certas restrições ao seu exercício sejam impostas. Tais restrições, sempre previstas pela lei, devem assumir uma função de **necessidade**. Este tópico é temperado com a noção de democracia, de tal forma que a **necessidade** deve ser interpretada no contexto de uma sociedade democrática. Além desta limitação de oportunidade, outras se impõem, desta vez limitando a finalidade das restrições. A finalidade não pode ser outra que assegurar aquelas situações previstas no final do § 2º do art. 9º A Convenção americana, entretanto, não formula a relação **necessidade-democracia**. Esta é a única diferença, no aqui estudado, entre os acordos.

Quanto ao conteúdo, propriamente dito, da referida liberdade, em ambas as Convenções, é assegurada a manifestação de religião e de crenças, individualmente ou coletivamente, em público ou não. Entretanto, o pacto americano nada diz quanto às modalidades de exercício desse direito. Não é o que ocorre com o acordo europeu, o qual assegura que tal liberdade se manifeste quer através de culto e da prática de ritos, quer ainda por meio do ensino.

b) Liberdade de manifestação e expressão do pensamento

b.1) Princípio

Existem diferenças entre os arts. 13 do tratado americano e 10 daquele europeu. Note-se que o primeiro texto protege os direitos de "procurar", de "receber" e de "divulgar" informação, enquanto o europeu garante apenas os direitos de "receber e divulgar" informações⁽¹²⁷⁾. Por outro lado, a generalidade com a qual este pacto afirmou tal liberdade e a maneira exemplificativa através da qual o tratado americano relacionou os meios de exercício dessa liberdade permitem afirmar que, tanto na Europa como no contexto da OEA,

(126) Art. 9º, § 1º, da CEDH e art. 12, § 1º, da CADH.

(127) A liberdade de "procurar" informações dá uma amplitude ao exercício do direito de expressão de pensamento, não admitida pelo documento europeu.

esse direito pode se exteriorizar sob qualquer modalidade, seja ela escrita, artística etc.

b.2) Restrições admitidas pela CEDH

Esta Convenção interdita a “ingerência das autoridades públicas” no exercício da liberdade de expressão do pensamento e opinião. Não obstante, admite que as empresas de radiodifusão, de cinema e de televisão possam ser submetidas a um regime de autorização imposto pelos Estados-Partes. Por outro lado, o exercício da liberdade pode ainda ser submetido a “certas formalidades, condições, restrições ou sanções previstas pela lei”, sempre, na forma do § 2º do art. 10. Essas medidas concedem um campo considerável de ação discricionária aos poderes públicos dos Estados contratantes.

b.3) Restrições admitidas pela CADH

A proteção outorgada por este pacto é mais extensa. Com efeito, ela não admite censura prévia, a não ser nos casos dos espetáculos públicos, mas desde que prevista pela lei e, unicamente, em função da proteção da moral das crianças e dos adolescentes ⁽¹²⁸⁾. A liberdade de expressão pode ser submetida a um regime de responsabilidade, desde que fixado pela lei ⁽¹²⁹⁾. Esse regime deve visar, unicamente, “ao respeito dos direitos e a reputação dos outros” e “à salvaguarda da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas ⁽¹³⁰⁾”.

Garantia importante é a proibição da restrição indireta da liberdade, quer ela se dê por meio de monopólio, público ou privado, dos meios necessários ao seu exercício, quer ela se dê por outro veículo qualquer ⁽¹³¹⁾.

Uma última restrição à liberdade de expressão que, na verdade funciona, como verdadeira garantia a essa liberdade, é aquela também objeto de regulação pelo pacto das Nações Unidas, segundo a qual deve ser interdita pela lei “toda propaganda em favor da guerra, ou todo apelo ao ódio nacional, racial ou religioso que constituem incitações à violência...” ⁽¹³²⁾. Esta restrição à livre manifestação do pensamento é exigida em favor da realização da paz entre os homens.

(128) Art. 13, § 4.º, da CADH.

(129) Art. 13, § 2.º, da CADH.

(130) Idem, letras a e b.

(131) Art. 13, § 3.º

(132) Art. 13, § 5.º

c) Direito de retificação ou de resposta

Para assegurar a liberdade de expressão, o pacto americano não se limita a proibir os monopólios e a censura prévia e mesmo a restringir a interferência do poder público. Ele vai mais adiante, prevendo, inclusive, o direito de retificação ou de resposta, ignorado pelo tratado europeu. O art. 14 daquele instrumento serve não apenas para assegurar a liberdade em análise, mas também para garantir o direito à honra e à reputação por ele afirmados. Em princípio, o direito de retificação ou de resposta identifica-se com a possibilidade, dada a toda pessoa, de exigir a publicação da retificação ou resposta pelo mesmo órgão que a ofendeu através de dados inexatos ou de imputações difamatórias emitidas a seu respeito.

Diante dos dados estudados, a proteção da liberdade de expressão do pensamento parece ser mais ampla e sensivelmente mais significativa no território regulado pelo pacto americano.

E. Proteção da atividade social e política

Através desta rubrica queremos chamar a atenção à garantia dos direitos de reunião e associação (E.1) e dos direitos políticos propriamente ditos (E.2).

E.1. Direitos de reunião e de associação

Estes direitos são previstos em termos generosos pelos arts. 11 da Convenção europeia e 15 e 16 do pacto interamericano. Nos dois casos as restrições que podem ser feitas ao exercício desses direitos são aquelas previstas pela lei, mas desde que constituam medidas necessárias, em uma sociedade democrática, “à segurança nacional, à segurança pública, à proteção da saúde ou da moral — o tratado americano se refere à saúde e moralidade públicas — ou à proteção dos direitos e liberdades dos outros”. Seguindo a redação oferecida por artigo análogo do pacto das Nações Unidas, a Convenção americana se refere ainda à “ordem pública”, enquanto o contrato europeu prefere utilizar a expressão “defesa da ordem e prevenção do crime”. Esta distinção pode não significar, entretanto, uma diferença.

Outra vez acompanhando o pacto da ONU, a Convenção americana permite a imposição de “restrições legais” ao exercício desses direitos quando se trata de membros das forças armadas e da polícia. O tratado europeu admite restrições igualmente (além das forças armadas e da polícia) aos funcionários da administração do Estado, desde que “legítimas”. Frente ao exposto, parece que os direitos de reunião e de associação se encontram melhor protegidos pela Convenção americana. Num

aspecto, entretanto, essa afirmação pode não ser verdadeira. O documento interamericano não se refere expressamente — como o europeu — à liberdade sindical, como uma das modalidades de exercício da liberdade de associação. Preferiu falar em “associações de fins econômicos, profissionais . . .”, o que pode compreender, ou não, a liberdade sindical. Esta questão tem importância considerável: se o art. 16 compreende a liberdade sindical, então esta liberdade encontrará proteção mais eficaz aqui do que no art. 26 relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais.

E.2. Direitos políticos propriamente ditos

a) Tratado europeu

No âmbito do Conselho da Europa esse direito é regulado unicamente pelo art. 3º do protocolo adicional. Segundo ele as partes contratantes se comprometem a organizar, em intervalos razoáveis, eleições livres em condições que assegurem a livre expressão da opinião do povo sobre a escolha do corpo legislativo.

O interessante é notar a timidez com a qual o pacto europeu afirma um direito que é, mesmo, um dos pilares de sustentação dos regimes políticos (e jurídicos) consagrados na Europa ocidental. Note-se que tal direito se limita à expressão (por meio do voto, em intervalos razoáveis) da opinião popular sobre a escolha, não de todos os governantes, mas apenas dos membros do Poder Legislativo. A Convenção não concede um verdadeiro direito subjetivo de voto, como querem alguns. O direito tem como contrapartida apenas a obrigação de que os Estados tomem medidas de direito interno necessárias a que tal manifestação de opinião, segundo o escrutínio secreto, se concretize de tempos em tempos. Essa interpretação, como lembra VASAK, é aquela expressa pela comissão por ocasião de decisão relativa ao pedido (*requête*) nº 1.065/61⁽¹³³⁾. Segundo essa decisão resulta que por meio do art. 3º do protocolo adicional os Estados contratantes não “reconhecem a toda pessoa o direito de participar das eleições”, ou seja, que “o direito de voto não é, enquanto tal, consagrado pelo art. 3º como a comissão já constatou, em sua decisão de 4 de janeiro de 1960, sobre a admissibilidade do pedido nº 530/59”. Diante disso, “os Estados contratantes podem excluir do escrutínio certas categorias de cidadãos, por exemplo aqueles que residem além-mar, pelo tempo que esta exclusão não impeça a livre expressão do povo sobre a escolha do corpo legislativo . . .”⁽¹³⁴⁾.

(133) Decisão de 30 de maio de 1961. Cf. *Annuaire*, IV, p. 261. Apud VASAK, *op. cit.*, p. 63.

(134) *Idem*.

b) Tratado americano

Este instrumento internacional, por meio do art. 23, concede a todos os cidadãos verdadeiros direitos subjetivos oponíveis ao Estado, relativos à:

- participação na “direção dos negócios públicos, diretamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos”;
- possibilidade “de eleger ou de ser eleito através de consultas periódicas e autênticas, segundo o sufrágio universal e igual, e por escrutínio secreto, garantindo a livre expressão da vontade dos eleitores”; e
- a possibilidade de “aceder, em igualdade de condições gerais, às funções públicas de seu país”.

A CADH prevê a regulamentação desses direitos por meio de lei. Entretanto, a lei somente pode restringi-los em função de idade, nacionalidade, residência, língua, capacidade de ler e escrever, capacidade civil ou mental, ou no caso de condenação penal por juiz competente” (135).

Como se vê, os direitos políticos no continente americano assumem uma significação que o tratado europeu está longe de conceder. Naquele afirmam-se os direitos à participação nos negócios públicos, de acesso às funções públicas e de ser eleito, direitos estes não consagrados pelo tratado do CE. Quanto ao direito à realização de eleições periódicas, os dois textos acompanham filosofias radicalmente distintas. Bastam três exemplos:

— A CADH exige que o sufrágio seja universal e igual; a generalidade da CEDH a respeito permite supor que ela não proíbe o voto censitário;

— a CADH não admite discriminação, quanto ao voto, por motivo de sexo; a CEDH silencia a respeito;

— as eleições segundo a CADH não se limitam à composição do corpo legislativo; este é o caso das eleições preconizadas pela CEDH.

Conclui-se, então, que a atividade política é protegida com mais intensidade (diríamos, vontade) no âmbito da Organização dos Estados Americanos. A Convenção, neste particular, demonstra que quer desempenhar uma função pedagógica (e, portanto, política) nas Américas, traduzindo-se como verdadeiro obstáculo, dentro de seus limites, à consolidação de regimes autoritários, os quais, desgraçadamente, com tanta frequência se manifestam, notadamente, na América Latina.

(135) Art. 23, § 2.º

F. Proteção da propriedade privada

Os dois pactos afirmam o direito de toda pessoa ao respeito (art. 1º do protocolo adicional da Convenção européia) ou ao gozo e posse (art. 21 da Convenção americana) de seus bens.

Entretanto — admite o documento americano —, a lei pode subordinar tal gozo e posse ao interesse social. Mas a possibilidade de regulamentação e, portanto, de restrição, é mais ampla no contexto do Conselho da Europa. Segundo este, restrições podem ser impostas em função do “interesse geral”, assim como para assegurar o pagamento de impostos ou de outras contribuições ou multas. Perceba-se que a noção de “interesse geral” é sensivelmente mais ampla que a relativa a “interesse social”.

A possibilidade de privação do direito de propriedade, em certos casos, é admitida por ambos os documentos. Para que tal ocorra, o pacto europeu exige que o procedimento se opere em função de “utilidade pública” e nas “condições previstas em lei ou pelos princípios gerais de direito internacional”. O americano admite privação em função do “interesse público” ou do “interesse social”, mas sempre nos “casos e segundo as formas previstas em lei”.

A noção de “utilidade pública” é mais ou menos ampla que as noções somadas, de “interesse público” ou “interesse social”? Esta questão apenas poderá ser respondida a partir das interpretações dadas pelas comissões e cortes das duas Convenções. Mas se já se tem uma resposta para ela em função de decisões dos órgãos europeus⁽¹³⁶⁾, o mesmo não pode ser dito em função dos órgãos americanos. A comparação, então, sob este ponto, fica prejudicada.

Uma última questão vincula-se ao tópico “princípios gerais de direito internacional”. Esta referência se relaciona com os limites da intervenção estatal sobre a propriedade de particulares? Quer nos parecer que sim, já que “os princípios gerais de direito internacional” anunciados pela Convenção européia identificam-se com as regras estabelecidas pelo direito internacional para, em geral, interditar a confiscação de bens de estrangeiros⁽¹³⁷⁾. São, pois, uma garantia aos estrangeiros (quanto à indenização pela privação de seus bens) que pode não estar prevista pelas leis nacionais. Conclui-se, pois, que aqui o documento europeu é mais completo que o americano.

(136) Segundo o Manual da Convenção Européia dos Direitos do Homem (Publicação do “Conseil de l'Europe”, s.d. Prefácio de Lodovico Benvenuti, Secretário-Geral, p. 61). “o art. 1.º do Protocolo foi invocado mais de uma vez em face da Comissão como apoio de pedidos visando certas medidas de ordem financeira tomadas pelos Estados-Partes à Convenção”. Veja-se, por exemplo, Comm. 31 maio 1959, Ann. III, page 245, n.º 551. Ainda, Comm. 18 septembre 1961, Rec. n.º 8, page 1, n.º 1.017. Nos dois casos a noção de “utilidade pública” foi utilizada com razoável amplitude.

(137) Manual, op. cit., p. 60.

G. Proteção da liberdade de locomoção e residência

G.1. Princípio

Essa esfera da liberdade humana é garantida pelos arts. 1º, 2º, 3º e 4º do quarto protocolo adicional à Convenção européia e pelo art. 22 da Convenção americana. Nas duas situações, de modo muito próximo⁽¹³⁸⁾, assegura-se a toda pessoa que se encontra regularmente sobre o território de um Estado o direito de circular livremente e de escolher o local de sua residência. Reconhece-se, ainda, a qualquer pessoa o direito de deixar qualquer país, inclusive o seu.

Esses direitos podem se submeter a certas restrições. Nos dois casos essas restrições devem ser previstas pela lei e satisfazer a certas condições. Estas são, salvo diferenças menores⁽¹³⁹⁾, as mesmas nos dois instrumentos, e dizem respeito às medidas necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde e a moralidade públicas, os direitos e liberdades dos outros, bem como a prevenção das infrações penais. Permite-se, ainda, quer na Europa, quer na América, que a liberdade de locomoção e residência seja objeto, em certas zonas determinadas, de outras restrições previstas pela lei e "justificadas pelo interesse público"⁽¹⁴⁰⁾.

Por outro lado, ambos os tratados precisam que ninguém pode ser privado do direito de entrar no território do Estado do qual é jurisdicionado.

G.2. Expulsões

O texto europeu precisa que "ninguém pode ser expulso, por via de medida individual ou coletiva, do território do Estado do qual é jurisdicionado"⁽¹⁴¹⁾. Essa interdição também alcança os estrangeiros quanto às expulsões coletivas⁽¹⁴²⁾. O tratado americano prevê, igualmente, essas garantias; entretanto, as reveste de alcance maior. Veja-se que, aqui, o estrangeiro não poderá ser expulso senão em virtude

(138) O art. 2º do quarto protocolo adicional dispõe que: "Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence". A fórmula adotada pela Convenção americana é a seguinte: "Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y résider en conformité des lois régissant la matière".

(139) O texto europeu fala em "saúde e moral", enquanto a Convenção americana prefere utilizar a expressão "moralidade e saúde públicas".

(140) Art. 2º, § 4º, da CEDH e art. 22, § 4º da CADH.

(141) Art. 3º, § 1º, do quarto protocolo adicional.

(142) Art. 4º, do quarto protocolo adicional.

de decisão conforme a lei ⁽¹⁴³⁾. O tratado do conselho da Europa silencia quanto a isto. Garantia igualmente ausente no contrato europeu é aquela segundo a qual o estrangeiro não poderá ser enviado a outro país, quer seja o seu ou não, caso "seu direito à vida ou à liberdade individual corra risco de se fazer objeto de violação em razão de sua raça, de sua nacionalidade, de sua religião, de sua condição social ou em razão de suas opiniões políticas" ⁽¹⁴⁴⁾.

Finalmente, uma terceira garantia, ainda outra vez esquecida pelo tratado europeu, refere-se ao direito de asilo ⁽¹⁴⁵⁾, tão caro ao continente americano.

Resta concluir que a proteção dos direitos de locomoção e residência é melhor assegurada pelo pacto da OEA.

CONCLUSÕES

Como concluir? Os trabalhos de direito comparado geralmente terminam por meio de um balanço final que sintetiza as diferentes facetas dos temas investigados. Não fecharemos assim o nosso trabalho. Afinal, a cada domínio jurídico investigado, o estudo terminava com uma conclusão parcial, mostrando o alcance deste ou daquele domínio em cada Convenção. O balanço, portanto, embora parcial, já foi feito. Quanto ao balanço definitivo ele não cabe num trabalho que se quer como uma simples **introdução** (ao estudo comparado dos direitos protegidos nas Convenções americana e européia).

Depois, ao contrário dos juristas que se querem como técnicos, coroados suas pesquisas com uma síntese final de suas investigações, pretendemos concluir nosso texto com um manifesto. Um manifesto de natureza política (e por que não também jurídica?) reclamando a absorção da Convenção americana pela experiência cotidiana dos governantes, dos homens políticos, dos juristas e juizes, dos advogados, dos professores etc. Absorção que consiga trazer para o continente americano o mesmo prestígio que a Convenção européia goza entre os europeus. Mas, para isso, precisamos de um compromisso das classes dirigentes com os direitos do homem. Isso não parece ser impossível agora, no momento em que a América Latina como um todo vem se voltando para a construção de sociedades democráticas.

Este é o tempo, então, de se exigir que o Brasil, em face das responsabilidades que guarda, pelo fato de exercer uma influência não negligenciável sobre o continente americano, formalize sua adesão à Convenção americana sobre direitos do homem.

(143) Art. 22, § 6.º

(144) Art. 22, § 8.º

(145) Art. 22, § 7.º