

MEMORIAL EM PROL DE UMA NOVA MENTALIDADE QUANTO À PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS PLANOS INTERNACIONAL E NACIONAL¹

Antônio Augusto Cançado Trindade

Vice-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos;
Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio-Branco;
Membro dos Conselhos Diretores do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo) e do Instituto Interamericano de Direitos Humanos (Costa Rica); Associado do Institut de Droit International

SUMÁRIO:

I. Introdução. **II.** O *Locus Standi* dos Indivíduos nos Procedimentos perante os Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. **1.** Desenvolvimentos no Sistema Europeu de Proteção. **2.** Desenvolvimentos no Sistema Interamericano de Proteção. **3.** O Direito Individual de Acesso Direto (*Jus Standi*) aos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. **III.** Compatibilização entre as Jurisdições Internacional e Nacional em Matéria de Direitos Humanos. **IV.** O Amplo Alcance das Obrigações Convencionais de Proteção: As Obrigações Executivas, Legislativas e Judiciais dos Estados. **1.** As Obrigações Executivas dos Estados Partes nos Tratados de Direitos Humanos. **2.** As Obrigações Legislativas dos Estados Partes nos Tratados de Direitos Humanos. **3.** As Obrigações Judiciais dos Estados Partes nos Tratados de Direitos Humanos. **V.** Conclusões.

¹ Texto da conferência proferida pelo Autor no painel inaugural da **III Conferência Nacional de Direitos Humanos**, realizada no Congresso Nacional (Auditório Nereu Ramos) em Brasília, no dia 13 de maio de 1998, sob o patrocínio da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados.

I INTRODUÇÃO.

Há pouco mais de cinco meses, na abertura do Encontro Internacional promovido pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados e realizado neste mesmo Auditório, que marcou o início em nosso país dos preparativos das comemorações do cinquentenário das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos, tive a ocasião de abordar, em longa exposição, no dia 03 de dezembro de 1997, o legado da Declaração Universal de 1948, desde seus trabalhos preparatórios até sua projeção normativa em numerosos e sucessivos tratados de direitos humanos nos planos global e regional, nas Constituições e legislações nacionais, e na prática dos tribunais internacionais e nacionais também de numerosos países. Ao voltar a esta Casa, o Congresso Nacional de meu país, para participar hoje nesta III Conferência Nacional de Direitos Humanos, o tema e o propósito de minha exposição são claramente distintos.

Permito-me, inicialmente, expressar meus agradecimentos pela distinção do convite e minha satisfação pela realização deste evento. Vejo um valor simbólico no fato de contar esta Conferência com a presença e participação de autoridades das instituições públicas e representantes e membros da sociedade civil brasileira, congregados em torno do tema central que nos une: o da proteção dos direitos humanos nos planos a um tempo internacional e nacional. O fato de estarmos aqui todos reunidos, para uma reflexão coletiva sobre a matéria, atesta o valor que todos atribuímos à referida temática. Não poderia haver melhor ocasião para um diálogo franco e respeitoso, sobre um tema que diz respeito ao cotidiano de todos os brasileiros e de todas as pessoas que vivem em nosso país.

O tema desta Conferência - a aplicação das normas de proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional - poderia consumir dias de debates, dada sua amplitude e complexidade. Em um esforço extremo de síntese, o abordarei no que mais diretamente possa interessar às conclusões e iniciativas que porventura emanem deste conclave. A questão da interrelação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos, cujo exame me tem consumido tantos anos de pesquisa, reflexão, e atuação nos planos nacional e internacional, permeia todas as etapas de operação dos mecanismos de proteção, desde o acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção até a execução de sentenças e decisões dos órgãos internacionais de proteção no plano do direito interno dos Estados.

Assim sendo, e premido pela pressão impiedosa do tempo, proponho-me analisar o tema segundo o seguinte plano de exposição: em primeiro lugar, examinarei a questão atinente ao acesso direto dos indivíduos aos tribunais internacionais de direitos humanos existentes (ou seja, as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos), causa esta à qual tenho pessoalmente me dedicado, não sem dificuldades, por mais de uma década; em segundo lugar, abordarei a questão dos meios previstos pelos próprios tratados de direitos humanos para a compatibilização entre as jurisdições internacional e nacional em matéria de direitos humanos (prévio esgotamento dos recursos de direito interno, cláusulas de derrogações e de reservas, execução das sentenças internacionais no direito interno); em terceiro lugar, examinarei o amplo alcance das obrigações convencionais internacionais de proteção no plano do direito interno, identificando as obrigações executivas, legislativas e judiciais dos Estados Partes nos tratados de direitos humanos; e, enfim, apresentarei minhas conclusões.

A tese que sustento, como o venho fazendo já por mais de vinte anos em meus escritos², é, em resumo, no sentido de que, - **primeiro**, os tratados de direitos humanos³, que se inspiram em valores comuns superiores (consubstanciados na proteção do ser humano) e são dotados de mecanismos próprios de supervisão que se aplicam consoante a noção de garantia coletiva, têm caráter especial, que os diferenciam dos demais tratados, que

2 Cf., *inter alia*: A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977/1978) pp. 333-370; A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 222-264, esp. pp. 247-248; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-440; A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, pp. 1-59, e cf. pp. 520-563 e 573-638; A.A. Cançado Trindade (ed.), *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspetivas Brasileiras*, San José da Costa Rica/Brasília, IIDH/FFN, 1992, pp. 43-68; A.A. Cançado Trindade (ed.), *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*, 2a. ed., San José da Costa Rica/Brasília, IIDH/CICV/ACNUR/CUE/ASDI, 1996, pp. 205-236; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 17-447.

3 Tomo aqui a expressão "direitos humanos" *lato sensu*, de modo a abarcar, a par dos tratados de direitos humanos, também os tratados de direito internacional humanitário e de direito internacional dos refugiados.

regulamentam interesses recíprocos entre os Estados Partes e são por estes próprios aplicados, - com todas as conseqüências jurídicas que daí advêm nos planos do direito internacional e do direito interno; **segundo**, o direito internacional e o direito interno mostram-se em constante interação no presente contexto de proteção, na realização do propósito convergente e comum da salvaguarda dos direitos do ser humano; e **terceiro**, na solução de casos concretos, a primazia é da norma que melhor proteja as vítimas de violações de direitos humanos, seja ela de origem internacional ou interna.

É esta, a meu ver, a tese que melhor reflete e fomenta a evolução contemporânea convergente sobre a matéria tanto do direito internacional quanto do direito público interno, e a única que, como assinalarei ao longo de minha exposição, logra desvencilhar-se e emancipar-se dos dogmas do passado, maximizando a proteção dos direitos humanos. Os ordenamentos internacional e nacional formam um todo harmônico, em benefício dos seres humanos protegidos, das vítimas de violações dos direitos humanos. Esta nova visão que venho sustentando há tantos anos, e cuja aplicação requer uma mudança fundamental de mentalidade, encontra expressão na jurisprudência internacional, começa a florescer de forma sistemática também na jurisprudência nacional de alguns países, - e espero sinceramente que venha a germinar de igual modo em terras brasileiras.

Assim sendo, o **Leitmotiv** de minha exposição é precisamente o da necessidade premente de uma **mudança fundamental de mentalidade** no tocante à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional, sem a qual pouco lograremos avançar em nosso país neste domínio. Por esta razão, permito-me dar à minha exposição o cunho de um **memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. Passo, pois, ao exame de cada um dos pontos de minha exposição.

II O LOCUS STANDI DOS INDIVÍDUOS NOS PROCEDIMENTOS PERANTE OS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

Uma das grandes prioridades da agenda contemporânea dos direitos humanos reside, a meu modo de ver, na garantia do acesso direto das supostas vítimas aos tribunais internacionais de direitos humanos. Em entrevista que tive a satisfação de conceder à Associação Juízes para a Democra-

cia, em São Paulo em outubro de 1995⁴, assinalei a importância desta questão⁵, que até então passava inteiramente despercebida em nosso país, inclusive dos que atuam no campo dos direitos humanos. Como há muito venho me empenhando por tal acesso direto no plano internacional, permito-me retomar o tema nesta Conferência, dada a importância da difusão, em nosso país, dos últimos desenvolvimentos a respeito.

Ao serem concebidos os sistemas de proteção das Convenções Européia e Americana sobre Direitos Humanos, os mecanismos enfim adotados não consagraram originalmente a representação direta dos indivíduos nos procedimentos perante os dois tribunais internacionais de direitos humanos criados pelas duas Convenções (as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos), - os únicos tribunais do gênero existentes sob tratados de direitos humanos até o presente. As resistências, então manifestadas, - próprias de outra época e sob o espectro da soberania estatal, - ao estabelecimento de uma nova jurisdição internacional para a salvaguarda dos direitos humanos, fizeram com que, pela intermediação das Comissões (Européia e Interamericana de Direitos Humanos), se buscasse evitar o acesso direto dos indivíduos aos dois tribunais regionais de direitos humanos (as Cortes Européia e Interamericana de Direitos).

Neste final de século, encontram-se definitivamente superadas as razões históricas que levaram à denegação - a nosso ver injustificável, desde o início, - de tal *locus standi* das supostas vítimas. Com efeito, nos sistemas europeu e interamericano de direitos humanos, como veremos a seguir, a própria prática cuidou de revelar as insuficiências, deficiências e distorções do mecanismo paternalista da intermediação das Comissões Européia e Interamericana entre os indivíduos e as respectivas Cortes - Européia e Interamericana - de Direitos Humanos.

1. Desenvolvimentos no Sistema Europeu de Proteção.

Já no exame de seus primeiros casos contenciosos, tanto a Corte Européia como a Corte Interamericana de Direitos Humanos se insurgiram contra a artificialidade do esquema da intermediação das respectivas Co-

4 Reproduzida no número 1 de sua Revista, **Justiça e Democracia** (primeiro semestre de 1996), pp. 7-17.

missões (**supra**). Recorde-se que, bem cedo, já desde o caso *Lawless versus Irlanda* (1960), a Corte Européia passou a receber, por meio dos delegados de la Comissão Européia, argumentos escritos dos próprios demandantes, que freqüentemente se mostravam bastante críticas no tocante à própria Comissão. Encarou-se esta providência com certa naturalidade, pois os argumentos das supostas vítimas não tinham que coincidir inteiramente com os dos delegados da Comissão. Uma década depois, durante o procedimento nos casos *Vagrancy*, relativos à Bélgica (1970), a Corte Européia aceitou a solicitação da Comissão de dar a palavra a um advogado dos três demandantes; ao tomar a palavra, este advogado criticou, em um determinado ponto, a opinião expressada pela Comissão em seu relatório.

Os desenvolvimentos seguintes são conhecidos: a concessão de *locus standi* aos representantes legais dos indivíduos demandantes perante a Corte (por meio da reforma do Regulamento de 1982, em vigor a partir de 01.01.1983) em casos a esta submetidos pela Comissão ou os Estados Partes, seguida da adoção do célebre Protocolo n. 9 (de 1990, já em vigor) à Convenção Européia. Como bem ressalta o **Relatório Explicativo** do Conselho da Europa sobre a matéria, o Protocolo n. 9 concedeu “um tipo de *locus standi*” aos indivíduos perante a Corte, indubitavelmente um avanço, mas que ainda não lhes assegurava a “*equality of arms/égalité des armes*” com os Estados demandados e o benefício pleno da utilização do mecanismo da Convenção Européia para a vindicação de seus direitos (cf. *infra*).

De todo modo, as relações da Corte Européia com os indivíduos demandantes passaram a ser, pois, diretas, sem contar necessariamente com a intermediação dos delegados da Comissão. Isto obedece a uma certa lógica, porquanto os papéis ou funções dos demandantes e da Comissão são distintos; como a Corte Européia assinalou já em seu **primeiro** caso (*Lawless*), a Comissão se configura antes como um órgão auxiliar da Corte. Têm sido freqüentes os casos de opiniões divergentes entre os delegados da Comissão e os representantes das vítimas nas audiências perante a Corte, e tem-se considerado isto como normal e, até mesmo, inevitável. Os governos se acomodaram, por assim dizer, à prática dos delegados da Comissão de recorrer quase sempre à assistência de um representante das vítimas, ou, pelo menos, a ela não objetaram.

5 *Ibid.*, p. 17.

Não há que passar despercebido que toda esta evolução tem-se desencadeado, no sistema europeu de proteção, gradualmente, mediante a reforma do Regulamento da Corte e a adoção do Protocolo n. 9 à Convenção. A Corte Europeia tem determinado o alcance de seus próprios poderes mediante a reforma de seu *interna corporis*, afetando inclusive a própria condição das partes no procedimento perante ela. Alguns casos já tem sido resolvidos sob o Protocolo n. 9, com relação aos Estados Partes na Convenção Europeia que ratificaram também este último. Daí a atual coexistência dos Regulamentos A e B da Corte Europeia⁶.

É certo que, a partir de 01 de novembro de 1998, dia da entrada em vigor do Protocolo n. 11 (de 1994) à Convenção Europeia (sobre a reforma do mecanismo desta Convenção e o estabelecimento de uma nova Corte Europeia como único órgão jurisdicional de supervisão da Convenção), o Protocolo n. 9 tornar-se-á anacrônico, de interesse somente histórico no âmbito do sistema europeu de proteção. Ao contrário do que previam os céticos, em relativamente pouco tempo todos os Estados Partes na Convenção Europeia de Direitos Humanos, em inequívoca demonstração de maturidade, se tornaram Partes também no Protocolo n. 11 à referida Convenção, possibilitando a entrada em vigor deste último ainda em 1998.

O início da vigência deste Protocolo, em 01 de novembro de 1998, representa um passo altamente gratificante para todos os que atuamos em prol do fortalecimento da proteção internacional dos direitos humanos. O indivíduo passa assim a ter, finalmente, **acesso direto** a um tribunal internacional (*jus standi*), como verdadeiro sujeito - e com plena capacidade jurídica - do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Isto só foi possível em razão de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional.

Superado, desse modo, o Protocolo n. 9 para o sistema europeu de proteção, não obstante retém sua grande utilidade para a atual consideração de eventuais aperfeiçoamentos do mecanismo de proteção do sistema

6 O Regulamento A aplicável a casos relativos a Estados Partes na Convenção Europeia que não ratificaram o Protocolo n. 9, e o Regulamento B aplicável a casos referentes a Estados Partes na Convenção que ratificaram o Protocolo n. 9.

7 Cf. texto *in*: "Government Legal Experts Meeting on the Question of the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights" (Cape Town, South Africa, September 1995), 8 *African Journal of International and Comparative Law* (1996) pp. 493-500.

interamericano de direitos humanos (cf. *infra*). Os sistemas regionais - situados todos na universalidade dos direitos humanos - vivem momentos históricos distintos. No sistema africano de proteção, por exemplo, só recentemente (setembro de 1995) se concluiu a elaboração do Projeto de Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos sobre o Estabelecimento de uma Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos⁷. E apenas um ano antes, em setembro de 1994, o Conselho da Liga dos Estados Árabes, a seu turno, adotou a Carta Árabe de Direitos Humanos⁸.

2. Desenvolvimentos no Sistema Interamericano de Proteção.

Os desenvolvimentos que hoje têm lugar no sistema interamericano de proteção são semelhantes aos do sistema europeu de proteção na última década, no tocante à matéria em exame. Na agenda atual de nosso sistema regional de proteção, ocupa hoje posição central a questão da condição das partes em casos de direitos humanos sob a Convenção Americana, e, em particular, da representação legal ou *locus standi in judicio* das vítimas (ou seus representantes legais) *diretamente* ante a Corte Interamericana, em casos que a ela já tenham sido enviados pela Comissão. Também aqui se faz sentir a importância de uma interpretação apropriada dos termos e do espírito da Convenção Americana.

É certo que a Convenção Americana determina que só os Estados Partes e a Comissão têm direito a “submeter um caso” à decisão da Corte (artigo 61(1)); mas a Convenção, por exemplo, ao dispor sobre reparações, também se refere à “parte lesada” (artigo 63(1)), i.e., as vítimas e não a Comissão. Com efeito, reconhecer o *locus standi in judicio* das vítimas (ou seus representantes) ante a Corte (em casos já submetidos a esta pela Comissão) contribui à “jurisdicionalização” do mecanismo de proteção (na qual deve recair toda a ênfase), pondo fim à ambiguidade da função da Comissão, a qual não é rigorosamente “parte” no processo, mas antes guardiã da aplicação correta da Convenção.

No procedimento perante a Corte Interamericana, por exemplo, os representantes legais das vítimas são integrados à delegação da Comissão com a designação eufemística de “assistentes” da mesma. Esta solução “prag-

8 Cf. texto in: 7 *Revue universelle des droits de l'homme* (1995) pp. 212-214.

mática” contou com o aval, com a melhor das intenções, da decisão tomada em uma reunião conjunta da Comissão e da Corte Interamericanas, realizada em Miami em janeiro de 1994. Em lugar de resolver o problema, criou, não obstante, ambigüidades que têm persistido até hoje. O mesmo ocorria no sistema europeu de proteção até 1982, quando a ficção dos “assistentes” da Comissão Européia foi finalmente superada pela reforma naquele ano do Regulamento da Corte Européia. É chegado o tempo de superar tais ambigüidades também em nosso sistema interamericano de proteção, dado que os papéis ou funções da Comissão (como guardião da Convenção assistindo à Corte) e dos indivíduos (como verdadeira parte demandante) são claramente distintos.

A evolução no sentido da consagração final destas funções distintas deve dar-se *pari passu* com a gradual jurisdicionalização do mecanismo de proteção. Desta forma se afastam definitivamente as tentações de politização da matéria, que passa a ser tratada exclusivamente à luz de regras do direito. Não há como negar que a proteção jurisdicional é a forma mais evoluída de salvaguarda dos direitos humanos, e a que melhor atende aos imperativos do direito e da justiça.

O Regulamento anterior da Corte Interamericana (de 1991) previa, em termos oblíquos, uma tímida participação das vítimas ou seus representantes no procedimento ante a Corte, sobretudo na etapa de reparações e quando convidados por esta⁹. Bem cedo, nos casos **Godínez Cruz** e **Velásquez Rodríguez** (reparações, 1989), relativos a Honduras, a Corte recebeu escritos dos familiares e advogados das vítimas, e tomou nota dos mesmos¹⁰.

Mas o passo realmente significativo foi dado mais recentemente, no caso *El Amparo* (reparações, 1996), relativo à Venezuela, verdadeiro “divisor de águas” nesta matéria. Na audiência pública sobre este caso celebrada pela Corte Interamericana em 27 de janeiro de 1996, um de seus magistrados, ao manifestar expressamente seu entendimento de que ao menos naquela etapa do processo não podia haver dúvida de que os representantes

⁹ Cf. Regulamento anterior da Corte Interamericana, de 1991, artigos 44(2) e 22(2), e cf. também artigos 34(1) e 43(1) e (2).

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos **Godínez Cruz** e **Velásquez Rodríguez** (Indemnización Compensatoria), Sentenças de 21.07.1989.

das vítimas eram “a verdadeira parte demandante ante a Corte”, em um determinado momento do interrogatório passou a dirigir perguntas a eles, aos representantes das vítimas (e não aos delegados da Comissão ou aos agentes do governo), que apresentaram suas respostas¹¹.

Pouco depois desta memorável audiência no caso *El Amparo*, os representantes das vítimas apresentaram dois escritos à Corte (datados de 13.05.1996 e 29.05.1996). Paralelamente, com relação ao cumprimento da sentença de interpretação de sentença prévia de indenização compensatória nos casos anteriores **Godínez Cruz** e **Velásquez Rodríguez**, os representantes das vítimas apresentaram igualmente dois escritos à Corte (datados de 29.03.1996 e 02.05.1996). A Corte, com sua composição de setembro de 1996, só determinou por término ao processo destes dois casos depois de constatado o cumprimento, por parte de Honduras, das sentenças de indenização compensatória e de interpretação desta, e depois de haver tomado nota dos pontos de vista não só da Comissão e do Estado demandado, mas também dos peticionários e dos representantes legais das famílias das vítimas¹².

O campo estava aberto à modificação, neste particular, das disposições pertinentes do Regulamento da Corte, sobretudo a partir dos desenvolvimentos no procedimento no caso *El Amparo*. O próximo passo, decisivo, foi dado no novo Regulamento da Corte¹³, adotado em 16.09.1996 e vigente a partir de 01.01.1997, cujo artigo 23 dispõe que “na etapa de reparações, os representantes das vítimas ou de seus familiares poderão apresentar seus próprios argumentos e provas de forma autônoma”. Este passo significativo abre o caminho para desenvolvimentos subseqüentes na mesma direção, ou seja, de modo a assegurar que no futuro previsível os indivíduos tenham *locus standi* no procedimento ante a Corte não só na etapa de

11 Cf. a intervenção do Juiz A.A. Cançado Trindade, e as respostas do Sr. Walter Márquez e da Sra. Ligia Bolívar, como representantes das vítimas, *in*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Transcripción de la Audiencia Pública Celebrada en la Sede de La Corte el Día 27 de Enero de 1996 sobre Reparaciones - Caso El Amparo, pp. 72-76 (mimeografado, circulação interna).

12 Cf. as duas resoluções da Corte, de 10.09.1996, sobre os casos *Velásquez Rodríguez* e *Godínez Cruz*, respectivamente, *in*: Corte I.D.H., Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1996, pp. 207-213.

13 De cujo projeto original tive a honra de ser o relator, por designação da Corte.

reparações como também na do mérito dos casos a ela submetidos pela Comissão.

Seria irrealista e impraticável pretender que este objetivo se logre por uma simples emenda a uma disposição da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como o artigo 61. A tarefa é bem mais complexa¹⁴. Como tal disposição está inexoravelmente ligada a tantas outras da Convenção (como os artigos 44 a 51 da Convenção), há que ir muito mais além, e modificar toda a estrutura do mecanismo da Convenção, - como se acaba de lograr no sistema europeu de proteção. É este o caminho a ser seguido, o qual requer uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional.

3. O Direito Individual de Acesso Direto (Jus Standi) aos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos.

São sólidos os argumentos que, em meu entendimento, militam em favor do pronto reconhecimento do *locus standi* das supostas vítimas no procedimento ante a Corte Interamericana em casos já enviados a esta pela Comissão. Tais argumentos encontram-se desenvolvidos no curso que ministrei na Sessão Externa (para a América Central) da Academia de Direito Internacional da Haia, realizada na Costa Rica em abril-maio de 1995¹⁵, e que resumimos a seguir.

Em primeiro lugar, ao reconhecimento de direitos, nos planos tanto nacional como internacional, corresponde a capacidade processual de vindicá-los ou exercê-los. A proteção de direitos deve ser dotada do *locus*

14 Como o demonstram os amplos debates correntes a respeito, com a participação de representantes dos órgãos internacionais de proteção, de governos, de organizações não-governamentais e de peritos. Cf., e.g., IIDH, *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (eds. J.E. Méndez e F. Cox), San José da Costa Rica, IIDH, 1998, pp. 17-603.

15 A.A. Cançado Trindade, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas", in *Derecho Internacional y Derechos Humanos / Droit international et droits de l'homme* (eds. D. Bardonnnet y A.A. Cançado Trindade), La Haye/San José de Costa Rica, Académie de Droit International de La Haye/IIDH, 1996, pp. 47-95, esp. pp. 81-89. Cf. os mesmos argumentos in A.A. Cançado Trindade, "Perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección: Reflexiones y Recomendaciones *De Lege Ferenda*", 4 *Journal of Latin American Affairs* (1996) pp.31-34.

standi in judicio das supostas vítimas (ou seus representantes legais), que contribui para melhor instruir o processo, e sem o qual estará este último desprovido em parte do elemento do contraditório (essencial na busca da verdade e da justiça), ademais de irremediavelmente mitigado e em flagrante desequilíbrio processual.

É da própria essência do contencioso internacional dos direitos humanos o contraditório entre as vítimas de violações e os Estados demandados. Tal *locus standi* é a consequência lógica, no plano processual, de um sistema de proteção que consagra direitos individuais no plano internacional, porquanto não é razoável conceber direitos sem a capacidade processual de vindicá-los. Ademais, o direito de livre expressão das supostas vítimas é elemento integrante do próprio devido processo legal, nos planos tanto nacional como internacional.

Em segundo lugar, o direito de acesso à justiça internacional deve fazer-se acompanhar da garantia da igualdade processual das partes (*equality of arms/égalité des armes*), essencial em todo sistema jurisdicional de proteção dos direitos humanos. Em terceiro lugar, em casos de comprovadas violações de direitos humanos, são as próprias vítimas - a verdadeira parte demandante ante a Corte - que recebem as reparações e indenizações. Estando as vítimas presentes no **início** e no **final** do processo, não há sentido em negar-lhes presença **durante** o mesmo.

A estas considerações de princípio se agregam outras, de ordem prática, igualmente em favor da representação direta das vítimas ante a Corte, em casos já a ela submetidos pela Comissão. Os avanços neste sentido convêm não só às supostas vítimas, mas a todos: aos Estados demandados, na medida em que contribui a afastar definitivamente as tentações de politização e a consolidar a jurisdicionalização do mecanismo de proteção¹⁶; à Corte, para ter melhor instruído o processo; e à Comissão, para por fim à ambigüi-

16 Recorde-se que, sob a Convenção Européia de Direitos Humanos, já há algum tempo todos os Estados Partes, sem exceção, reconhecem a competência obrigatória da Corte Européia de Direitos Humanos em matéria contenciosa (sob o artigo 46).

17 Nos casos contenciosos, enquanto que na etapa anterior ante a Comissão as partes são os indivíduos reclamantes e os Estados demandados, ante a Corte comparecem a Comissão e os Estados demandados. Vê-se, assim, a Comissão no papel ambíguo de ao mesmo tempo defender os interesses das supostas vítimas e defender igualmente os "interesses públicos" como uma espécie de **Ministério Público** do sistema interamericano de proteção. Cabe evitar esta ambigüidade.

dade de seu papel¹⁷, atendo-se à sua função própria de guardião da aplicação correta e justa da Convenção (e não mais com a função adicional de “intermediário” entre os indivíduos e a Corte). Os avanços nesta direção, na atual etapa de evolução do sistema interamericano de proteção, são responsabilidade **conjunta** da Corte e da Comissão.

Nos círculos jurídicos especializados em nosso continente ainda se expressam dúvidas ou preocupações de ordem prática, como, e.g., a possibilidade de divergências entre os argumentos dos representantes das vítimas e os delegados da Comissão no procedimento ante a Corte, e a falta de conhecimento especializado dos advogados em nossa região para assumir o papel e a responsabilidade de representantes legais das vítimas diretamente ante a Corte. O que me parece realmente importante, para a operação futura do mecanismo da Convenção Americana, é que tanto a Comissão como os representantes das vítimas manifestem seus pontos de vista, sejam eles coincidentes ou divergentes. A Comissão deve estar preparada para expressar sempre sua opinião ante a Corte, ainda que seja discordante da dos representantes das vítimas. A Corte deve estar preparada para receber e avaliar os argumentos dos delegados da Comissão e dos representantes das vítimas, ainda que sejam divergentes. Tudo isto ajudaria a Corte a melhor formular seu próprio entendimento e a formar sua convicção em relação a cada caso concreto.

Para gradualmente superar a outra preocupação, relativa à suposta falta de *expertise* dos advogados dos países de nosso continente no contencioso internacional dos direitos humanos, poder-se-iam preparar guias para orientação aos que participam nas audiências públicas ante a Corte Interamericana, divulgadas com a devida antecipação. *Ignorantia juris non curat*; como o Direito Internacional dos Direitos Humanos é dotado de especificidade própria, e de crescente complexidade, este problema só será superado gradualmente, na medida em que se dê uma mais ampla difusão aos procedimentos, e em que os advogados tenham mais oportunidades de familiarizar-se com os mecanismos de proteção. O que não me parece razoável é tentar obstaculizar toda a evolução corrente rumo à representação direta das vítimas em todo o procedimento perante a Corte Interamericana, com base em uma dificuldade que me parece perfeitamente remediável ou superável.

A isto há que agregar que os avanços neste sentido (da representação direta dos indivíduos), já consolidados no sistema europeu de proteção,

hãõ de se lograr em nossa região mediante critérios e regras prévia e claramente definidos, com as necessárias adaptações às realidades da operação de nosso sistema interamericano de proteção. Isto requereria, e.g., a previsão de assistência jurídica *ex officio* por parte da Comissão Interamericana, sempre que os indivíduos demandantes não estivessem em condições de contar com os serviços profissionais de um representante legal.

Enfim, e voltando às considerações de princípio, somente mediante o *locus standi in judicio* das supostas vítimas ante os tribunais internacionais de direitos humanos se logrará a consolidação da plena personalidade e capacidade jurídicas internacionais da pessoa humana (nos sistemas regionais de proteção), para fazer valer seus direitos, quando as instâncias nacionais se mostrarem incapazes de assegurar a realização da justiça. O aperfeiçoamento do mecanismo de nosso sistema regional de proteção deve ser objeto de considerações de ordem essencialmente jurídico-humanitária, inclusive como garantia adicional às partes - tanto os indivíduos demandantes como os Estados demandados - em casos contenciosos de direitos humanos. Como adverti já há uma década em curso ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia, na Holanda, todo jusinternacionalista, fiel às origens históricas de sua disciplina, saberá contribuir a resgatar a posição do ser humano no direito **das gentes** (*droit des gens*), e a sustentar o reconhecimento e a cristalização de sua personalidade e capacidade jurídicas internacionais¹⁸.

A mesma advertência voltei a formular, recentemente, em Explicações de Votos nos casos **Castillo Páez** e **Loayza Tamayo** (exceções preliminares, janeiro de 1996), relativos ao Peru, no sentido da necessidade de superar a *capitis diminutio* de que padecem os indivíduos peticionários no sistema interamericano de proteção, em razão de considerações dogmáticas próprias de outra época histórica que buscavam evitar seu acesso direto ao órgão judicial internacional. Tais considerações, agreguei, mostram-se inteiramente sem sentido, ainda mais em se tratando de um tribunal internacional **de direitos humanos**. Propugnei, nestes meus Votos, pela superação da concepção paternalista e anacrônica da total intermediação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos entre os indivíduos peticionários (a

18 A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 410-412.

verdadeira parte demandante) e a Corte, de modo a conceder a estes últimos acesso direto à Corte¹⁹.

O necessário reconhecimento do *locus standi in judicio* das supostas vítimas (ou seus representantes legais) ante a Corte Interamericana constitui, nesta linha de pensamento, um avanço dos mais importantes, mas não necessariamente a etapa final do aperfeiçoamento do sistema interamericano de proteção, pelo menos tal como concebemos tal aperfeiçoamento. Na continuação desta evolução, a partir de tal *locus standi*, estamos empenhados todos os que, no sistema interamericano, comungamos do mesmo ideal, para lograr o reconhecimento futuro do direito de **acesso direto** dos indivíduos à Corte (*jus standi*), para submeter um caso concreto diretamente a ela, prescindindo totalmente da Comissão para isto. O dia em que o logremos, que sinceramente espero seja o mais rápido possível, - a exemplo da entrada em vigor iminente, em 01 de novembro de 1998, do Protocolo n. 11 à Convenção Européia de Direitos Humanos (*supra*), - teremos alcançado o ponto culminante, também em nosso sistema interamericano de proteção, de um grande movimento de dimensão universal a lograr o resgate do ser humano como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade jurídica internacional.

III. COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE AS JURISDIÇÕES INTERNACIONAL E NACIONAL EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS.

Os próprios tratados de direitos humanos têm sempre cuidado de prevenir ou evitar conflitos entre as jurisdições internacional e interna, e de compatibilizar os dispositivos convencionais e de direito interno. No tocante à admissibilidade de comunicações ou denúncias de violações de direitos humanos, prevêm o requisito do prévio esgotamento dos recursos de direito interno. Na prática, o critério básico, na aplicação deste requisito, tem sido o da **eficácia** dos recursos internos. A jurisprudência internacional

¹⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso **Castillo Páez versus Peru** (exceções preliminares), Julgamento de 30.01.1996, Explicação de Voto do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafos 16-17; Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso **Loayza Tamayo versus Peru** (exceções preliminares), Julgamento de 31.01.1996, Explicação de Voto do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafos 16-17; textos in: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1996*, pp. 56-57 e 72-73, respectivamente.

tem, assim, dispensado a regra do esgotamento em casos, e.g., de prática estatal, ou de negligência ou tolerância do poder público, ante violações dos direitos humanos.

O requisito em apreço reveste-se de um *rationale* próprio no contexto da proteção dos direitos humanos, em que o direito internacional e o direito interno se mostram em constante interação. Os recursos de direito interno integram, assim, a própria proteção internacional, e a ênfase recai não em seu esgotamento mecânico pelos peticionários, mas na prevenção de violações e na pronta reparação dos danos. Ao dever dos peticionários de esgotar os recursos de direito interno corresponde o dever dos Estados de prover recursos internos eficazes, como duas faces da mesma moeda²⁰. A correta aplicação deste requisito vincula-se à questão básica do acesso direto dos indivíduos às instâncias legais internacionais para perante elas fazer valer os seus direitos, sempre que as instâncias nacionais se mostrarem incapazes de garantir a realização da justiça.

Outra modalidade de prevenção de conflitos entre as jurisdições internacional e nacional prevista pelos tratados de direitos humanos reside nas chamadas cláusulas de derrogações. Os termos gerais com que foram estas redigidas têm requerido consideráveis esforços doutrinários, desenvolvidos nos últimos anos, no sentido de dar-lhes maior precisão, estabelecendo controles do poder público, de modo a assim evitar abusos (como, e.g., o prolongamento indefinido e patológico dos chamados estados de exceção, ou a suspensão indeterminada ou crônica do exercício de direitos, entre outros). Os princípios afirmados na doutrina contemporânea são, em resumo, os seguintes: o princípio da notificação (das derrogações) a todos os Estados Partes (nos tratados de direitos humanos, o princípio da proporcionalidade às exigências da situação, a consistência das medidas tomadas com outras obrigações internacionais do Estado em questão, o princípio da não-discriminação, a não-derrogabilidade dos direitos fundamentais em estados de emergência, o ônus da prova a recair no Estado que busca justificar um estado de exceção.

Em quaisquer circunstâncias, subsiste a intangibilidade das garantias judiciais, tal como afirmado pela Corte Interamericana de Direitos Huma-

²⁰ Para um estudo, cf. A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 1-327.

nos em seus oitavo e nono Pareceres, ambos de 1987. Estes princípios já têm tido aplicação na prática internacional nos últimos anos, o que é alentador. Desse modo, com base tanto na doutrina como na jurisprudência contemporâneas sobre a questão, tem-se buscado um tratamento adequado da matéria, de modo a evitar a repetição, no futuro, de violações de direitos humanos resultantes da invocação indevida de cláusulas de derrogações, ocorridas na história recente de muitos países, inclusive de nossa região.

Outra modalidade de prevenção de conflitos entre as jurisdições internacional e nacional reside na possibilidade de recurso a reservas permitidas por alguns tratados de direitos humanos. Este é um dos pontos mais debatidos na doutrina contemporânea. Há mais de dez anos venho alertando para a inadequação²¹ do sistema de reservas consagrado nas duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986) para a aplicação dos tratados de direitos humanos, dotados de caráter especial e especificidade própria. Nos últimos anos, os próprios órgãos convencionais de proteção têm dado mostras de sua disposição de proceder à determinação da compatibilidade ou não de certas reservas formuladas por Estados Partes a disposições dos respectivos tratados de direitos humanos com o objeto e propósito dos mesmos.

A matéria encontra-se atualmente em exame na Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas. No meu entender, o presente sistema individualista, contratualista e fragmentador de reservas não se mostra em conformidade com a noção de garantia coletiva subjacente aos tratados de direitos humanos, que incorporam obrigações de caráter objetivo transcen-

21 Cf. A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International - The Hague* (1987) pp. 180-189; A.A. Cançado Trindade, "Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional", in *Assembléia Nacional Constituinte - Atas das Comissões*, vol. I, n. 66 (supl.), Brasília, 27.05.1987, p. 110; A.A. Cançado Trindade, "The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts", *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Hague Conference, July 1995), The Hague, ASIL/NVIR, 1996, pp. 157-162 e 166-167; A.A. Cançado Trindade, "La Protección de los Derechos Humanos en el Sistema de la Organización de los Estados Americanos y el Derecho Interno de los Estados", *Protección Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres* (Actas del I Curso Taller, San José de Costa Rica, Julio de 1996), San José de Costa Rica, IIDH, 1997, pp. 109-124, 129-139 e 140-147.

dendo os compromissos recíprocos entre as Partes, e se voltam ao interesse comum superior da salvaguarda dos direitos do ser humano e não dos direitos dos Estados. Impõe-se aqui, como sustentei em minhas Explicações de Voto no caso **Blake versus Guatemala** (Sentenças da Corte Interamericana de Direitos humanos sobre exceções preliminares, 1996, e sobre o mérito, 1998), a humanização do direito dos tratados.

Do exposto, vê-se que os próprios tratados de direitos humanos têm cuidado de compatibilizar as jurisdições internacional e nacional para lograr a realização de seu objeto e propósito. Enfim, no tocante às relações entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto, uma questão de grande atualidade, mormente em nosso continente, diz respeito à execução de sentenças dos tribunais internacionais de direitos humanos. A questão encontra-se diretamente relacionada à aplicação eficaz das Convenções Européia e Americana sobre Direitos Humanos, - os dois únicos tratados de direitos humanos dotados, até o presente (início de 1998), de tribunais internacionais (as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos), - no âmbito do direito interno dos Estados Partes.

A Convenção Européia conta com o concurso do Comitê de Ministros, que zela pela execução das sentenças da Corte Européia (artigo 54). A Convenção Americana, - que não conta com mecanismo semelhante, - dispõe que a parte das sentenças da Corte Interamericana atinente a indenizações pode ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado (artigo 68(2)). Acrescenta a Convenção Americana que os Estados Partes se comprometem a cumprir a decisão da Corte Interamericana em todo caso contencioso em que sejam partes (artigo 68(1) da Convenção). Por conseguinte, se um Estado Parte na Convenção Européia ou na Convenção Americana deixa de executar uma sentença da Corte Européia ou da Corte Interamericana, respectivamente, no âmbito de seu ordenamento jurídico interno, está incorrendo em uma violação adicional da Convenção regional respectiva. Acresce a obrigação geral (do artigo 2 da Convenção Americana) de adequação do direito interno à normativa de proteção da Convenção.

A experiência da Corte Européia registra numerosos casos de execução de suas sentenças pelos Estados Partes na Convenção Européia, ao longo de muitos anos, para o que tem contado com o concurso da supervisão do Comitê de Ministros (artigo 54 da Convenção), um órgão de composição política. A experiência da Corte Interamericana - que não conta com o

concurso de órgão congênere - é ainda relativamente recente, e também positiva, porquanto suas sentenças têm sido normalmente cumpridas. As dificuldades temporárias surgidas em quatro casos até o presente, que levaram à aplicação pela Corte, em seus **Relatórios Anuais**, da sanção prevista no artigo 65 da Convenção Americana²², encontram-se já todas remediadas e superadas. Não obstante, urge que os Estados Partes na Convenção Americana se equipem devidamente, no âmbito de seu direito interno, para dar fiel e pleno cumprimento às sentenças da Corte Interamericana à luz do artigo 68(1) da Convenção. Não creio que um órgão de composição política - como o Comitê de Ministros no sistema europeu de proteção - seja o mais adequado para zelar pela execução das sentenças da Corte Interamericana. Daí a importância crescente, em nosso sistema regional, das medidas que neste propósito venham a adotar os Estados Partes na Convenção Americana.

Entre estes, há os que, como Colômbia e Peru, adotaram instrumentos legislativos naquele propósito. Assim, e.g., na Colômbia, a Lei 288 de 1996 estabelece um mecanismo para as indenizações às vítimas de violações de direitos humanos consoante o disposto por dois órgãos de proteção internacional, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Humanos sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos. Inexplicavelmente, a referida lei colombiana se refere expressamente somente a estes dois órgãos (que, aliás, não proferem sentenças), e se omite em relação às sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A questão permanece, assim, em aberto. A mencionada lei cria um Comitê de Ministros²³, encarregado de determinar o cumprimento das decisões dos órgãos supracitados de proteção internacional²⁴.

O outro exemplo é fornecido pela Lei de *Habeas Corpus e Amparo* do Peru, de 1982, que atribui ao órgão judiciário supremo do ordenamento interno (a Corte Suprema de Justiça) a faculdade de dispor sobre a execução e o cumprimento das decisões de órgãos de proteção internacional a

22 Casos *Velásquez Rodríguez*, *Godínez Cruz*, *Gangaram Panday* e *Neira Alegría*.

23 Composto, segundo o artigo 2, pelos Ministros do Interior, das Relações Exteriores, da Justiça e da Defesa Nacional.

24 Cf. texto da Lei 288 de 1996 in: República de Colombia, *Diario Oficial*, Santa Fé de Bogotá, 09.07.1996, pp. 1-2; o Regulamento Interno do Comitê de Ministros foi adotado pelo *Acuerdo* n. 01, de 09.09.1996.

cuja jurisdição se tiver submetido o Peru, “de conformidade com as normas e procedimentos internos vigentes sobre execução de sentenças” (artigo 40). O artigo 39 da referida Lei menciona alguns destes órgãos, mas não se trata de uma cláusula fechada, pois agrega “outros que se constituam no futuro”; a Corte Interamericana encontra-se, pois, aí incluída, ainda que não expressamente mencionada²⁵. O artigo 40 acrescenta significativamente que a Corte Suprema de Justiça recepcionará as decisões dos órgãos de proteção internacional, sem que se requeira reconhecimento, revisão e tampouco exame prévio algum para sua validade e eficácia.

Recentemente, na Argentina, concluiu-se um Projeto de Lei, já submetido à consideração do Congresso Nacional, no propósito de “regular a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, como o indica a Exposição de Motivos²⁶. O Projeto de Lei argentino, que se inspira no modelo colombiano, também cria um Comitê de Ministros (artigo 2(b)), que determina sobre o cumprimento de uma recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso haja alguma divergência na consideração da matéria, esta deve ser submetida à Corte Interamericana de Direitos Humanos, para a “decisão definitiva da mesma” (artigo 4).

Estes são exemplos de passos legislativos iniciais, tomados por poucos Estados Partes na Convenção Americana até o presente, no propósito de assegurar o seu fiel cumprimento no plano do direito interno. É de se esperar que todos os Estados Partes busquem equipar-se para assegurar a fiel execução das sentenças da Corte Interamericana. Por enquanto, o alentador índice de cumprimento - caso por caso - de todas as sentenças da Corte Interamericana até o presente se deve sobretudo à boa fé e lealdade processual com que neste particular os Estados demandados têm acatado as referidas sentenças, também contribuindo desse modo à consolidação do sistema regional de proteção.

25 A presente disposição, igual que a colombiana equivalente (*supra*), menciona expressamente o Comitê de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a título de exemplos. Cf. texto da Lei peruana de *Habeas Corpus* e *Amparo* (de 1982), in: *Diario Oficial El Peruano - Normas Legales*, Lima, 08.12.1982, pp. 11889-11893.

26 Reproduzida, juntamente com o Projeto de Lei, in: O.L. Fappiano, “La Ejecución de las Decisiones de Tribunales Internacionales por Parte de los Órganos Locales”, in *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales* (eds. M. Abregú e Ch. Curtis), Buenos Aires, CELS, 1997, pp. 153-157.

Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos Direitos Humanos...

Mas não se pode daí inferir que a execução de tais sentenças esteja legalmente assegurada, no âmbito de seu ordenamento jurídico interno. Exceto as raras iniciativas acima mencionadas, a grande maioria dos Estados Partes na Convenção Americana ainda não tomou qualquer providência, legislativa ou de outra natureza, nesse sentido. Por conseguinte, as vítimas de violações de direitos humanos, em cujo favor tenha a Corte Interamericana declarado um direito - quanto ao mérito do caso, ou reparações *lato sensu*, - ainda não têm inteira e legalmente assegurada a execução das sentenças respectivas no âmbito do direito interno dos Estados demandados. Cumpre remediar prontamente esta situação.

IV. O AMPLO ALCANCE DAS OBRIGAÇÕES CONVENCIONAIS DE PROTEÇÃO: AS OBRIGAÇÕES EXECUTIVAS, LEGISLATIVAS E JUDICIAIS DOS ESTADOS.

Apesar de toda a atenção dispensada pelos próprios órgãos de supervisão internacional de direitos humanos à questão central das relações entre os ordenamentos jurídicos internacional e interno na proteção dos direitos humanos, persistem aqui curiosamente incertezas e uma falta de clareza conceitual. Como neste final de século o que se requer mais que tudo é uma mudança de mentalidade, cabe, neste propósito, ter sempre presente que as disposições dos tratados de direitos humanos vinculam não só os governos (como equivocada e comumente se supõe), mas, mais do que isto, os **Estados** (todos os seus poderes, órgãos e agentes); é chegado o tempo de precisar, por conseguinte, o alcance não só das **obrigações executivas**, mas também das **obrigações legislativas e judiciais**, dos Estados Partes nos tratados de direitos humanos.

Há muito venho chamando a atenção para este ponto básico, não só em minha atuação no plano internacional, como também em conferências recentes que tenho proferido em nosso país (e.g., na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)²⁷, no Superior Tribunal de Justiça²⁸, no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)²⁹, no Instituto

27 Na abertura do VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), no Auditório da UERJ, no Rio de Janeiro, em 20 de outubro de 1997.

28 Por ocasião do I Encontro Brasília-Lisboa, no Auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, em 24 de outubro de 1997.

Brasileiro de Direitos Humanos³⁰, na Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)³¹, e nesta mesma Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados³²). Há que ter sempre presente que a operação dos mecanismos internacionais de proteção não pode prescindir da adoção e do aperfeiçoamento das medidas **nacionais** de implementação, porquanto destas últimas - estou convencido - depende em grande parte a evolução futura da própria proteção **internacional** dos direitos humanos. A ênfase em tais medidas nacionais se dá, não obstante, sem prejuízo da preservação dos padrões internacionais de proteção.

Seria incorreto, por exemplo, visualizar os órgãos convencionais internacionais de proteção dos direitos humanos como instâncias de revisão, por exemplo, de decisões de tribunais nacionais; disto não se trata. No entanto, tais órgãos internacionais **podem, e devem**, no contexto de casos concretos de violações de direitos humanos, determinar a compatibilidade ou não com os respectivos tratados de direitos humanos, de qualquer ato ou omissão por parte de qualquer poder ou órgão ou agente do Estado, - **inclusive leis nacionais e sentenças de tribunais nacionais**. Trata-se de um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, aplicado no presente domínio de proteção dos direitos humanos.

A questão se situa em um problema de maior dimensão, no qual me permito insistir: o da falta de uma clara compreensão, que a meu ver continua a existir, neste final de século, na maioria dos países, quanto ao alcance das obrigações convencionais de proteção. O recurso a doutrinas ou fórmulas que na realidade não servem ao propósito de fortalecer a proteção dos direitos humanos, e que se mostram desprovidas de conteúdo, tem contribuído à perpetuação de uma falta de clareza quanto ao amplo alcance dos deveres convencionais de proteção dos direitos humanos. Uma nova men-

29 Na abertura da sessão solene do Conselho Federal da OAB, em sua sede em Brasília, em 09 de dezembro de 1997, em comemoração do Dia Mundial dos Direitos Humanos.

30 Na abertura da sessão solene da instalação do Instituto, em Fortaleza, em 11 de agosto de 1997.

31 Por ocasião do I Seminário sobre o Poder Judiciário e os Direitos Humanos no Rio Grande do Sul, no Auditório da UNISINOS, em São Leopoldo (RGS), em 25 de abril de 1997.

32 Na abertura do já mencionado Encontro Internacional preparatório das comemorações do cinquentenário das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos no Brasil, realizado em Brasília, no Auditório Nereu Ramos da Câmara dos Deputados, em 03 de dezembro de 1997.

talidade é o de que mais se necessita. Temos que proteger nosso labor de proteção dos efeitos negativos do recurso a palavras ou conceitos vazios.

No dia em que prevalecer uma clara compreensão do amplo alcance das obrigações internacionais de proteção, haverá uma mudança de mentalidade, que, por sua vez, fomentará novos avanços neste domínio de proteção. Enquanto perdurar a atual mentalidade, conceitualmente confusa e portanto defensiva e insegura, persistirão as deferências indevidas ao direito interno, cujas insuficiências e deficiências ironicamente requerem a operação dos mecanismos de proteção internacional. A aplicação da normativa internacional tem o propósito de aperfeiçoar, e não de desafiar, a normativa interna, em benefício dos seres humanos protegidos.

1. As Obrigações Executivas dos Estados Partes nos Tratados de Direitos Humanos.

Voltemos nossas reflexões, por alguns momentos, às obrigações executivas, legislativas e judiciais dos Estados Partes nos tratados de direitos humanos. De início, cabe ter presente que, a par das obrigações específicas em relação a cada um dos direitos protegidos, os Estados Partes contraem a obrigação geral de organizar o poder público para garantir a todas as pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício de tais direitos. A aceitação dos tratados de proteção internacional pelos Estados Partes implica o reconhecimento da premissa básica, subjacente a estes últimos, de que a tarefa de proteção dos direitos humanos não se esgota - não pode se esgotar - na ação do Estado.

No tocante a nosso país, no final da década passada o Brasil já se tornara Parte em diversos tratados de proteção "setorial" ou particularizada dos direitos humanos, mas persistia uma lacuna quanto a três tratados gerais de proteção, - os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, - a despeito da decisão de adesão a esses instrumentos tomada já em 1985³³ (*supra*). Tal decisão veio a ser consumada, sete anos depois, em 1992.

33 Com base em extenso Parecer, de 16.08.1985, do então Consultor Jurídico do Itamaraty. Tal como assinalado naquele Parecer, tal decisão poderia ter sido tomada inclusive anos antes, porquanto não havia, como nunca houve, impedimentos ou argumentos de cunho verdadeiramente jurídico que pudessem justificar ou explicar a posição estática e mecânica de não-adesão do Brasil àqueles tratados gerais de direitos humanos.

A demora em efetuar a adesão do Brasil àqueles três tratados gerais de proteção levou o então Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores a emitir um extenso Parecer, de 18 de outubro de 1989, sobre a forma ou modalidade de tal adesão, no qual acrescentou outros dados, - que continuam a revestir-se de atualidade, - a título de providências adicionais que recomendava fossem prontamente tomadas pelo Brasil, relativas a instrumentos e cláusulas facultativos, com vistas à plenitude do alinhamento à causa da proteção internacional dos direitos humanos.

Suas recomendações, fundamentadas no citado Parecer, foram as seguintes: além da adesão aos três tratados gerais de proteção supracitados, a adesão ao [primeiro] Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (reconhecimento do Comitê de Direitos Humanos para receber e examinar petições ou comunicações individuais), aos dois Protocolos Adicionais de 1977 às Convenções de Genebra de 1949 sobre Direito Internacional Humanitário, às duas Convenções da Nações Unidas contra o *Apartheid* (de 1973 e 1985), à Convenção (n. 87) da OIT sobre a Liberdade Sindical de 1948 (a Convenção básica da OIT de garantia de um dos direitos humanos fundamentais, pendente de aprovação parlamentar desde 1949), ao Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988; além disso, as declarações de reconhecimento das competências do Comitê de Direitos Humanos para receber e examinar petições ou comunicações interestatais (artigo 41 do Pacto de Direitos Civis e Políticos), do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD) para receber e examinar comunicações individuais (artigo 14 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial), da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para receber e examinar petições ou comunicações interestatais (artigo 45 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), da Corte Interamericana de Direitos Humanos (reconhecimento de sua competência obrigatória em matéria contenciosa, sob o artigo 62 da Convenção Americana), do Comitê contra a Tortura para receber e examinar petições ou comunicações individuais (artigo 22 da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura) e interestatais (artigo 21 da mesma Convenção); e, enfim, o levantamento das reservas a alguns artigos (15(4); 16(1)(a),(c), (g) e (h); e 29(1)) da Convenção da Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979; e o levantamento da reserva geográfica sob o artigo 1(B)(1) da

Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos Direitos Humanos...

Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados³⁴ (reiterando o recomendado em Parecer anterior, de 19.05.1986) .

Como observou o Parecer supracitado de 18.10.1989, a aceitação pelo Brasil de instrumentos e cláusulas facultativos de tratados de direitos humanos havia que se dar “necessariamente de forma integral”: as providências supracitadas correspondiam ao “reconhecimento da anterioridade dos direitos humanos face ao direito estatal, e da **confluência e identidade de objetivos do direito internacional e do direito público interno quanto à proteção da pessoa humana (...)**”³⁵ . À medida em que o Brasil tomasse estas providências, estaria dando mostras de que continuava se orientando no sentido de buscar a plenitude da proteção internacional como garantia adicional dos direitos humanos. Adviriam por certo obrigações que se somariam às já contraídas, particularmente no tocante à elaboração de relatórios periódicos e de respostas a eventuais denúncias sob os instrumentos internacionais de proteção. Haveria certamente que voltar as atenções às medidas nacionais de implementação dos instrumentos internacionais, - preocupação corrente também nos foros internacionais.

Tais medidas passariam a requerer por vezes a adoção, ou a reforma, da legislação nacional, com vistas a compatibilizá-la ou harmonizá-la com as obrigações convencionais. Persistia, neste particular, uma diversidade de situações, ilustrada pelos tratados de proteção recém-ratificados, uns já regulamentados em nível do direito interno (como a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989), e outros que continuariam a aguardar regulamentação no país (como as duas Convenções - a das Nações Unidas e a Interamericana -contra a Tortura) até o ano de 1997.

Nos últimos oito anos, algumas das recomendações contidas no mencionado Parecer de 18.10.1989 foram acatadas, outras ainda não. Tivessem sido seguidas plenamente todas aquelas recomendações, as adesões do Brasil a tratados gerais de proteção como a Convenção Americana sobre Direitos

34 Parecer MRE-CJ/185, de 18.10.1989, reproduzido in: A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, pp. 573-638.

35 *Ibid.*, p. 638 (ênfase acrescentada).

Humanos e o Pacto de Direitos Civis e Políticos teriam abarcado igualmente a aceitação, pelo Brasil, respectivamente, da competência obrigatória em matéria contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) assim como da competência do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas para receber e examinar petições ou comunicações individuais (sob o [primeiro] Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos de Direitos Civis e Políticos). Além disso, Estado Parte também na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e na Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, teria o Brasil já aceito, sob a primeira (artigo 14) e a segunda (artigo 22) Convenções, as competências do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD) e do Comitê contra a Tortura (CAT), respectivamente, para receber e examinar petições ou comunicações individuais.

Surpreende que, decorrido todo este tempo, não tenha ainda o Brasil aceito tais cláusulas ou instrumentos facultativos. Isto significa que, no tocante, por exemplo, aos quatro importantes tratados de direitos humanos supracitados, nos planos global e regional, **o Brasil aceita as obrigações convencionais substantivas contraídas em relação aos direitos protegidos, mas não se submete integralmente, até o presente, aos mecanismos de supervisão ou controle internacional do cumprimento de tais obrigações.**

Urge que o Brasil reconsidere sua atual posição acerca das competências dos órgãos internacionais convencionais de proteção dos direitos humanos, aceitando-as integralmente, e dando assim outro salto qualitativo, no sentido de proporcionar desse modo uma garantia adicional de proteção a todas as pessoas sob sua jurisdição. Não há forma mais concreta de o país demonstrar seu compromisso sincero com a causa da proteção internacional do que a aceitação das mencionadas competências. Assim agindo, imbuído de nova mentalidade, estará dando mostras do sentimento de solidariedade humana que a livre aceitação de tais mecanismos de proteção requer, e sem o qual pouco se poderá continuar a avançar na salvaguarda internacional dos direitos humanos.

Apesar de todos os percalços, e sem prejuízo de iniciativas como as acima propostas, que ainda há que tomar, têm-se registrado avanços na postura do Brasil nos últimos anos, sobretudo em relação aos instrumentos

internacionais de proteção particularizada³⁶. No plano regional, em 27.11.1995, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (adotada na Assembléia Geral da OEA, realizada em Belém do Pará, em 1994)³⁷. Em agosto de 1996, tomou o Brasil a decisão positiva de tornar-se Parte nos dois Protocolos à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o primeiro (de 1988) sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e o segundo (de 1990) referente à Abolição da Pena de Morte. E cabe ressaltar que o Brasil encontra-se hoje vinculado por todo o *corpus juris* tanto do Direito Internacional Humanitário como do Direito Internacional dos Refugiados, o que é alentador. Há igualmente que se fazer referência, no plano interno, à ação de coordenação, sem precedentes, hoje empreendida pela Secretaria Nacional de Direitos Humanos, e à mobilização e concerto, intensificados nos últimos anos, das organizações não-governamentais, muitas das quais hoje aqui presentes, nesta III Conferência Nacional de Direitos Humanos.

A grande lacuna a ser suprida refere-se, pois, à aceitação pelo Brasil das competências em matéria contenciosa dos órgãos convencionais de proteção estabelecidos pelos tratados de direitos humanos em que é Parte. No tocante à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em particular, sua posição reticente é ainda mais surpreendente, porquanto a criação da Corte foi originalmente proposta na Conferência de Bogotá de 1948, precisamente pela Delegação do Brasil. Permito-me, a seguir, resumir os argumentos que, em tantas outras ocasiões, tenho avançado, em favor da aceitação incondicional pelo Brasil da competência obrigatória da Corte Interamericana (sob o artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos):

36 Não é mera casualidade que, às vésperas da Conferência Mundial de Viena, a Exposição de Motivos n. 180 do MRE, de 31.05.1993, tomou a iniciativa positiva de propor ao Presidente da República o levantamento de reservas formuladas pelo Brasil à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Quando de sua ratificação, em 01.02.1984; cf. a anterior Exposição de Motivos do MRE de 09.07.1982, pp. 1-3), em particular, as reservas aos artigos 15(4) e 16(1)(a)(c)(g) e (h) da Convenção (tal como preconizado pelo então Parecer de 18.10.1989 - cit. supra).

37 A outra Convenção adotada na mesma Assembléia Geral da OEA de 1994, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (assinada pelo Brasil em 10.06.1994), ainda não teve a mesma sorte, no sentido de sua ratificação pelo Brasil: continua em lenta tramitação no Congresso Nacional, aguardando a aprovação deste para a posterior ratificação pelo Executivo.

primeiro, o reconhecimento da jurisdição em matéria contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos constituiria uma garantia adicional pelo Brasil, a todas as pessoas sujeitas a sua jurisdição, da proteção de seus direitos, tais como consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, quando as instâncias nacionais não se mostrarem capazes de garanti-los e de assegurar com isto a realização da justiça;

segundo, tal reconhecimento projetaria no plano internacional o compromisso sincero do Brasil com a causa da salvaguarda dos direitos humanos, e em muito fortaleceria a posição da própria Corte Interamericana, ao passar a contar esta com o apoio de um país de dimensão continental e com uma vasta população, necessitada de maior proteção de seus direitos;

terceiro, a Constituição Brasileira vigente, de 1988, curiosamente propugna (artigo 7 das disposições transitórias finais) pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos, - tribunal este que, por sinal, já existe e opera regularmente há quase vinte anos: a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, - cuja criação foi proposta na IX Conferência Internacional Americana (em Bogotá, 1948) precisamente pela Delegação do Brasil;

quarto, o Brasil participou efetivamente dos trabalhos preparatórios da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e apoiou a sua adoção - na Conferência de San José de 1969, - de forma integral, inclusive quanto a seus instrumentos e cláusulas facultativos (como a do artigo 62, sobre a aceitação pelos Estados Partes da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana em matéria contenciosa);

quinto, o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana estaria de acordo com a mais lúcida doutrina publicista e jusinternacionalista brasileira;

sexto, tal reconhecimento geraria um interesse bem maior, em particular por parte das novas gerações, pelo estudo e difusão da jurisprudência da Corte Interamericana (e de

outros órgãos de proteção internacional dos direitos humanos), que continua virtualmente desconhecida em nosso país; **sétimo**, ao longo dos anos, o Brasil adquiriu experiência no diálogo com outros órgãos de supervisão internacional dos direitos humanos, de base tanto convencional como extra-convencional, que pode ser-lhe de valia no contencioso de direitos humanos perante a Corte Interamericana;

oitavo, os órgãos de base convencional, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, têm um mandato concreto, fundamentado no próprio tratado de direitos humanos em questão, e baseiam suas decisões em regras de direito (distintamente dos órgãos de composição política); a via jurisdicional representa a forma mais evoluída de proteção internacional dos direitos humanos;

nono, não é razoável aceitar tão somente as normas substantivas dos tratados de direitos humanos, e deixar de aceitar os mecanismos processuais para a vindicação e proteção dos direitos consagrados nestes mesmos tratados;

e **décimo**, há uma interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto de proteção, e as jurisdições internacional e nacional, motivadas pelo propósito convergente e comum de proteção do ser humano, são aqui co-partícipes na luta contra as manifestações do poder arbitrário e contra a impunidade.

Sobre este último ponto me permito acrescentar uma reflexão: pode perfeitamente ocorrer, como na prática tem efetivamente ocorrido, que as instâncias nacionais necessitem a cooperação das instâncias internacionais para os problemas de direitos humanos que não conseguem resolver. Ilustram-no dois importantes casos decididos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano passado. Um mês depois da sentença desta (de 17.09.1997) no caso *Loayza Tamayo*, o Peru acatou a ordem da Corte Interamericana de libertar a prisioneira María Elena Loayza Tamayo, detida sob a legislação anti-terrorista; pouco depois, anunciou sua decisão de extinguir os chamados “tribunais sem rosto” no país. Este é um caso sem precedentes, em que uma prisioneira com base na legislação anti-terrorista

foi libertada por determinação de um tribunal internacional de direitos humanos. Igualmente, pouco mais de um mês após a sentença da Corte Interamericana (de 12.11.1997) no caso *Suárez Rosero*, a Corte Suprema do Equador decidiu declarar a inconstitucionalidade de uma disposição da legislação penal anti-drogas, para tal invocando a referida sentença da Corte Interamericana. Este é outro caso sem precedentes na América Latina, em que a Corte Suprema de um país se respalda na sentença de um tribunal internacional de direitos humanos.

Os julgamentos da Corte Interamericana nos citados casos *Loayza Tamayo versus Peru* e *Suárez Rosero versus Equador* prenunciam a chegada de novos tempos na América Latina, no tocante à proteção dos direitos humanos nos planos a um tempo internacional e nacional; pelo imediato impacto que tiveram no direito interno dos respectivos países, já fazem parte da história contemporânea da proteção internacional dos direitos humanos em nosso continente. Com base em minha própria experiência, posso afirmar que as instâncias internacionais de proteção têm se mostrado valiosas na luta contra a impunidade, verdadeira chaga que corrói a crença nas instituições públicas e gera a anomia e apatia sociais. Muitos casos de direitos humanos, na verdade, só têm sido resolvidos graças ao concurso das instâncias internacionais de proteção, e este é um argumento de particular importância e grande peso, que vem ao encontro da realização dos propósitos das próprias instituições públicas de todos os países.

Seria auspicioso se, por ocasião deste cinquentenário das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos, e de suas comemorações que já se multiplicam em nosso país, assim como do cinquentenário da proposta do Brasil na Conferência de Bogotá de 1948 de criação de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos, viesse o Brasil, - como já há tempos vivamente espero, - imbuído de nova mentalidade, a dar o salto qualitativo de reconhecer incondicionalmente a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana em matéria contenciosa (artigo 62 da Convenção Americana). As gerações presentes e futuras de brasileiros não de ficar reconhecidas por esta decisão.

A par deste reconhecimento, é de se esperar que o Brasil, paralela e **adicionalmente**, faça o mais amplo uso da via consultiva, sob o artigo 64 da Convenção Americana. A base jurisdicional consultiva da Corte Interamericana é particularmente ampla; sua amplitude, na verdade, não tem precedentes, bastando compará-la com as correspondentes de outros

tribunais internacionais. A da Corte Interamericana se encontra aberta, como sempre esteve, a todos os Estados membros assim como aos órgãos principais da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Tentar mesclar ou confundir as funções contenciosa e consultiva da Corte Interamericana seria revelar pouca familiaridade com a matéria: uma e outra repousam em bases jurisdicionais inteiramente distintas. Tanto é assim que a via consultiva está aberta a todos os Estados membros da OEA, sejam ou não Partes na Convenção Americana, e aos órgãos da OEA enumerados no capítulo X de sua Carta, - sendo pois dotada de uma amplitude sem paralelo. A Corte Interamericana vem de esclarecer a diferença básica entre suas funções contenciosa e consultiva em seu décimo-quinto Parecer sobre os **Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, de 14.11.1997, com o sólido respaldo de ampla jurisprudência internacional sobre a matéria, como o demonstrei em meu longo Voto Concordante neste recente Parecer da Corte Interamericana.

Pode perfeitamente o Brasil, portanto, a qualquer momento, paralela e adicionalmente à aceitação da jurisdição contenciosa da Corte, formular a esta pedidos de Pareceres sobre a interpretação da Convenção Americana ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. É o que, a meu ver, deveria prontamente fazer, ou inclusive já ter feito, porquanto tais Pareceres podem inclusive ajudar o país nos esforços empreendidos em prol da proteção dos direitos humanos no âmbito de seu ordenamento jurídico interno.

2. As Obrigações Legislativas dos Estados Partes nos Tratados de Direitos Humanos.

Ao ratificar os tratados de direitos humanos, os Estados Partes contraem, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos, a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno às normas internacionais de proteção. As duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986, respectivamente) proíbem (artigo 27) que uma Parte invoque disposições de seu direito interno para tentar justificar o descumprimento de um tratado. É este um preceito, mais do que do direito dos tratados, do direito da responsabilidade internacional do Estado, firmemente cristalizado na jurisprudência internacional. Segundo esta, as supostas ou alegadas dificuldades de ordem interna são um simples fato,

e não eximem os Estados Partes em tratados de direitos humanos da responsabilidade internacional pelo não-cumprimento das obrigações internacionais contraídas.

A interpretação das leis nacionais de modo a que não entrem em conflito com a normativa internacional de proteção seria um meio de evitar o descumprimento daquelas obrigações internacionais. Os tratados, uma vez ratificados e incorporados ao direito interno, obrigam a todos, inclusive aos legisladores, podendo-se, pois, presumir o propósito de cumprimento de tais obrigações de proteção por parte do Poder Legislativo (da mesma forma que dos Poderes Executivo e Judiciário). Em matéria de direitos humanos, isto implica o dever geral de adequação do direito interno à normativa internacional de proteção (seja regulamentando os tratados para assegurar-lhes eficácia no direito interno, seja alterando as leis nacionais para harmonizá-las com as disposições convencionais internacionais), - dever este que se encontra expressamente consignado nos tratados de direitos humanos (a exemplo do artigo 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Em virtude do caráter especial dos tratados de direitos humanos, impõe-se, com ainda maior força, a adequação do ordenamento jurídico interno às disposições convencionais.

Uma das formas mais concretas de medição da eficácia de um tratado de direitos humanos reside em seu impacto no direito interno dos Estados Partes, constatado através de reformas legislativas resultantes das decisões dos órgãos internacionais de proteção, e conducentes à adequação das leis nacionais às obrigações convencionais internacionais relativas à salvaguarda dos direitos humanos. A aplicação da Convenção Européia de Direitos Humanos pela Corte Européia de Direitos Humanos oferece uma pertinente ilustração a esse respeito.

No tocante a leis nacionais, recorde-se, por exemplo, para citar alguns casos dentre muitos outros, que, no caso *Abdulaziz, Cabales e Balkandali* (sentença de 28.05.1985), a Corte Européia concluiu que as três demandantes - que denunciaram estar privadas ou ameaçadas de ver-se privadas da companhia de seus familiares no Reino Unido, em virtude das normas de imigração (que visavam proteger o mercado nacional de trabalho), - eram efetivamente vítimas de discriminação com base no sexo e em violação do artigo 14 em combinação com o artigo 8 da Convenção; ademais, como o Reino Unido não havia incorporado a Convenção Européia em seu direito interno, as demandantes não dispunham de um recurso inter-

no eficaz ante uma autoridade nacional para remediar a discriminação sexual de que eram vítimas, o que, no entender da Corte, configurava ademais uma violação do artigo 13 da Convenção. E, no caso *Dudgeon* (sentença de 22.10.1981), a Corte Européia concluiu que a própria existência da legislação penal na Irlanda do Norte (proibindo as relações homossexuais masculinas) atentava contra o direito ao respeito da vida privada (que compreende a vida sexual) consagrado no artigo 8 da Convenção.

Em decorrência da sentença da Corte Européia no caso *Marckx* (1979), uma nova lei belga (de 31.03.1987) modificou a legislação relativa à filiação. Cerca de quatro anos após a sentença da Corte Européia no caso *Campbell e Cosans* (1982), uma lei britânica (de 07.11.1986) aboliu os castigos corporais nas escolas públicas daquele país. E, no mesmo ano da decisão da Corte Européia no caso *X e Y versus Holanda* (1985), foi adotada uma lei holandesa (de 27.02.1985) emendando o Código Penal, de modo a permitir a um portador de deficiência mental interpor uma queixa por meio de seu representante legal. Várias outras sentenças da Corte Européia tiveram igual impacto no direito interno dos Estados Partes, no sentido de adequar as leis nacionais à normativa da Convenção Européia.

Em nosso continente, tanto a Comissão como a Corte Interamericanas têm dado mostras de sua disposição de embarcar decididamente nesta rota. Nos últimos anos, a Comissão Interamericana, nos **casos das leis de anistia** (1992), relativos ao Uruguai e à Argentina, por exemplo, concluiu que as referidas leis eram incompatíveis com os artigos 8, 25 e 1(1) da Convenção Americana, por acarretarem uma denegação de justiça. No caso **Verbitsky versus Argentina** (1994), a Comissão ressaltou expressamente o alcance do dever geral do artigo 2 da Convenção Americana para tornar efetivos os direitos por ela garantidos, e expressou sua satisfação pela culminação de um processo de solução amistosa, com a derrogação, pelo Estado demandado, da figura do desacato da legislação nacional.

A Corte Interamericana, por sua vez, em sua já citada sentença de 17.09.1997 no caso **Loayza Tamayo versus Peru**, determinou a incompatibilidade dos decretos-leis de tipificação dos delitos de “traição à pátria” e “terrorismo” - aplicados no caso - com o artigo 8(4) da Convenção Americana (princípio do *non bis in idem*). E, na também citada sentença de 12.11.1997, no caso **Suárez Rosero versus Equador**, foi mais além, ao declarar que o artigo 114 *bis* do Código Penal equatoriano, que privava a todas as pessoas detidas sob a lei anti-drogas de certas garantias judiciais

(quanto à duração da detenção), violava *per se* o artigo 2, em combinação com o artigo 7(5), da Convenção, **independentemente de sua aplicação no caso concreto**. Esta conclusão da Corte é, a meu ver, de extraordinária importância para a evolução futura da matéria.

Pode inclusive ocorrer que, em um determinado caso, uma lei nacional constitua a base ou a origem de uma violação comprovada de direitos humanos; assim sendo, não basta, a meu ver - como tenho assinalado em meus reiterados Votos em decisões da Corte Interamericana - que o Estado demandado indenize as vítimas, porquanto também deve **fazer cessar a violação da obrigação convencional**, e só pode lograr isto mediante a revogação daquela lei e a conseqüente adequação de seu direito interno à normativa internacional de proteção. Para a fundamentação jurídica desta tese, permito-me referir-me a meus Votos Dissidentes nos casos *El Amparo* (1996-1997)³⁸, relativo à Venezuela, **Caballero Delgado e Santana versus Colômbia** (1997)³⁹, e **Genie Lacayo versus Nicarágua** (1997)⁴⁰. No seio da Corte Interamericana, minha posição a respeito, - inicialmente solitária e minoritária, e a partir dos casos *Loayza Tamayo* e *Suárez Rosero* (*supra*), majoritária, - tem sido no sentido de que, tais como invocadas em casos concretos, as leis de exceção - a exemplo das que privilegiam foros militares especiais - são incompatíveis com as garantias do devido processo legal consagradas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Entendo que a adequação do direito interno às normas internacionais de proteção é, ademais, da própria essência do **dever de prevenção**, para evitar a repetição de violações de direitos humanos derivadas de uma determinada lei nacional. Pode também ocorrer que, em algum outro caso, seja a própria *vacatio legis* a fonte de uma violação comprovada de direitos humanos; nesta hipótese, o dever do Estado demandado consiste na adoção de uma lei (e.g., estabelecendo garantias de proteção), de conformidade com os preceitos dos tratados de direitos humanos que vinculam o Estado em questão. O dever de prevenção é um componente básico das obrigações gerais, consagradas nos tratados de direitos humanos (a exemplo das consignadas nos artigos 1(1) e 2 da Convenção Americana), de assegurar a

38 Sentença (de reparações) de 14.09.1996, e Resolução (de interpretação de sentença) de 16.04.1997.

39 Sentença (de reparações) de 29.01.1997.

40 Resolução (de revisão de sentença) de 13.09.1997.

todos o pleno exercício dos direitos consagrados e de adequar o direito interno às normas internacionais de proteção.

É de se lamentar que dificuldades práticas tenham surgido no cumprimento pelos Estados Partes de suas obrigações legislativas impostas pelos tratados de direitos humanos, sobretudo em razão da falta de uma compreensão clara do alcance de tais obrigações, que infelizmente parece ainda prevalecer em muitos países, em particular em nossa região. Não obstante, nem por isso deixam estas obrigações de impor-se, sem atrasos indevidos. Não é razoável, por exemplo, que se tenham consumido quase oito anos, como ocorreu no Brasil, para suprir uma lacuna, com a tipificação - em abril de 1997 - do crime da tortura, e ainda assim guardando um paralelismo apenas imperfeito com as duas Convenções sobre a matéria ratificadas pelo Brasil em 1989, - a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

O problema dos atrasos nas providências legislativas - e.g., adoção ou modificação de uma lei - para compatibilizar o ordenamento jurídico interno com a normativa dos tratados de direitos humanos não tem passado despercebido no sistema europeu de proteção. Ao contrário, tem nele tido conseqüências para os Estados Partes na Convenção Européia. No caso *Vermeire versus Bélgica* (1991), por exemplo, advertiu a Corte Européia que o atraso de oito anos do Estado belga em proceder à modificação da legislação nacional sancionada por sua sentença no caso *Marckx (supra)* não estava em conformidade com suas obrigações convencionais (sob o artigo 53 da Convenção Européia); por conseguinte, conclamou o Estado belga a efetuar a adequação legislativa sem maior atraso.

Com efeito, durante os oito anos que se seguiram à sentença da Corte Européia no já citado caso *Marckx (supra)*, sem que a Bélgica modificasse a legislação impugnada, apresentaram-se duas outras denúncias com base no mesmo motivo. A Corte, nestes dois casos, em lugar de ordenar novamente a reforma da legislação (o que já havia feito no caso *Marckx*), determinou ao Estado demandado o pagamento de uma indenização pelos danos ocasionados pela omissão do Estado em questão de reformar a legislação impugnada no contexto do caso concreto.

Os Estados Partes nos tratados de direitos humanos obrigam-se não só a não violar os direitos protegidos, mas também a tomar todas as **medidas positivas** para assegurar a todas as pessoas sob sua jurisdição o exercí-

cio livre e pleno de todos os direitos protegidos, - o que implica a obrigação geral de adequação de seu direito interno à normativa internacional de proteção. Tais medidas positivas têm importância direta para a aplicação devida dos tratados de direitos humanos em múltiplos aspectos.

Por exemplo, se um Estado cumpriu efetivamente com esta obrigação geral de adequação do direito interno, muito dificilmente, por exemplo, poderia efetuar a denúncia de um tratado de direitos humanos (a exemplo do que ocorreu no Brasil, em novembro de 1996, com a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, e em junho de 1971 com a Convenção n. 81 da OIT sobre a Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio, - esta última re-ratificada pelo Executivo em dezembro de 1987)⁴¹, em razão de controles do próprio direito interno em um Estado democrático. Por que a ratificação de um tratado de direitos humanos pelo Executivo - como de todos os tratados - está condicionada à prévia aprovação do mesmo pelo Legislativo e sua denúncia não? Não atentaria isto contra o equilíbrio de poderes e a salvaguarda dos direitos humanos em um Estado de Direito?

Quando não expressamente prevista em um tratado, para se efetuar tem a denúncia que poder inferir-se da natureza do tratado em questão (tendo presente o disposto no artigo 56 das duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados); o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas vem de advertir oportunamente - em outubro de 1997 - que, em razão de sua própria natureza jurídica, o Pacto de Direitos Civis e Políticos, por exemplo, não admite a possibilidade de denúncia. Até mesmo em relação às condições em que uma violação de um tratado pode acarretar sua terminação ou a suspensão de sua aplicação, as duas referidas Convenções de Viena excetam expressa e especificamente “as disposições relativas à proteção da pessoa humana contidas em tratados de caráter humanitário” (artigo 60(5), - em uma verdadeira cláusula de salvaguarda em defesa do ser humano. Os controles tanto do direito internacional como do direito interno devem aqui operar conjuntamente em prol da preservação e continuidade das obrigações convencionais internacionais de proteção dos direitos humanos.

A adequação das leis nacionais à normativa dos tratados de direitos humanos constitui uma obrigação - de tomar medidas positivas - a ser prontamente cumprida pelos Estados Partes. O fato de ser às vezes considerada uma obrigação “de resultado” (para fazermos uso de uma expressão

reminiscente do linguajar da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas) não significa que possa ser seu cumprimento adiado indefinidamente. Toda a construção doutrinária e jurisprudencial das “obrigações positivas” dos Estados representa uma reação contra as omissões legislativas - entre outras - e a inércia dos órgãos do poder público no presente domínio de proteção: contribui ela a explicar e fundamentar as obrigações legislativas dos Estados Partes em tratados de direitos humanos.

Estas últimas correspondem a um dever geral - paralelamente aos deveres específicos relativos a cada um dos direitos protegidos, - de cujo cumprimento cabal depende a **cessação** de uma violação da Convenção (quando derivada de uma lei nacional). A pronta adequação ou harmonização das legislações nacionais à normativa dos tratados de direitos humanos constitui uma obrigação geral que se impõe de modo uniforme a todos os Estados Partes nos tratados de direitos humanos, complementando suas obrigações específicas atinentes a cada um dos direitos garantidos. O que urge, em nossos dias, mais do que tudo, é uma nova mentalidade, um melhor entendimento das obrigações convencionais de proteção, que abarcam todo e qualquer ato ou omissão do Estado Parte, de quaisquer de seus órgãos ou agentes, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, ou do Judiciário. É este princípio fundamental do direito da responsabilidade do Estado que deve nos orientar.

3. As Obrigações Judiciais dos Estados Partes nos Tratados de Direitos Humanos.

No tocante às relações entre os ordenamentos jurídicos internacional e nacional na proteção dos direitos humanos, um ponto recorrente é o do *status*, no direito interno, da normativa internacional de proteção. Como a posição hierárquica dos tratados no ordenamento jurídico interno obedece ao critério do direito constitucional de cada país, as soluções variam de país a país. Como muitos Estados continuam - com variações - a equiparar os tratados - inclusive, equivocadamente, os de direitos humanos - à legislação ordinária infraconstitucional, têm surgido problemas na prática.

O mais grave deles configura-se em virtude da aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*: se aos tratados é dada a mesma hierarquia das leis, poderiam teoricamente uns e outras revogar-se mutuamente (e.g., uma lei posterior alterando uma disposição convencional), por força do

simples critério cronológico. Trata-se de uma posição insustentável, e, sem sombra de dúvida, absurda, no campo da proteção internacional dos direitos humanos. Como assinala a jurisprudência internacional, os tratados de direitos humanos, diferentemente dos tratados clássicos que regulamentam interesses recíprocos entre as Partes, consagram interesses comuns superiores, consubstanciados em última análise na proteção do ser humano. Como tais, requerem interpretação e aplicação próprias, dotados que são, ademais, de mecanismos de supervisão próprios.

Assim sendo, como sustentar que a um Estado Parte seria dado “derrogar” ou “revogar” por uma lei um tratado de direitos humanos? Tal entendimento se chocaria frontalmente com a própria noção de garantia coletiva, subjacente a todos os tratados de direitos humanos. Neste contexto de proteção, já não mais se justifica que o direito internacional e o direito interno continuem sendo abordados de forma estanque ou compartimentalizada, como o foram no passado. Ao criarem obrigações para os Estados *vis-à-vis* os seres humanos sob sua jurisdição, as normas dos tratados de direitos humanos aplicam-se não só na ação conjunta (exercício da garantia coletiva) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento jurídico interno de cada um deles.

O cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o **concurso dos órgãos internos dos Estados**, e estes são chamados a aplicar as normas internacionais. É este o traço distintivo e talvez o mais marcante dos tratados de direitos humanos, dotados de especificidade própria e, permito-me insistir neste ponto, a requererem uma interpretação própria guiada pelos valores comuns superiores que abrigam, diferentemente dos tratados clássicos que se limitam a regulamentar os interesses recíprocos entre as Partes. Com a interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas. Resulta, assim, claríssimo que leis posteriores não podem revogar normas convencionais que vinculam o Estado, sobretudo no presente domínio de proteção.

As sentenças dos tribunais nacionais devem tomar em devida conta as disposições convencionais dos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão. No sistema europeu de proteção, por exemplo, no tocante à determinação da compatibilidade ou não de decisões de tribunais nacionais com a normativa internacional dos derechos humanos, é históri-

ca a sentença da Corte Européia de Direitos Humanos de 26.04.1979 no caso *Sunday Times versus Reino Unido*, célebre *locus classicus* da liberdade de expressão e do direito à informação sob a Convenção Européia; em decisão até então sem precedentes, a Corte Européia de fato “reverteu”, por assim dizer, uma decisão em sentido contrário da *House of Lords* britânica. Para recordar outro exemplo, as sentenças da Corte Européia nos casos *Le Compte, Van Leuven e De Meyere versus Bélgica* (1981) e *Albert e Le Compte versus Bélgica* (1983), sobre procedimento disciplinar da “*Ordre des médecins*” belga, tiveram o efeito de reverter inteiramente a *jurisprudence constante* da *Cour de cassation* belga.

A persistência de lacunas ou obstáculos ou insuficiências do direito interno implica descumprimento das obrigações convencionais de proteção. Por exemplo, por força dos artigos 25, 1(1) e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os Estados Partes estão obrigados a estabelecer um sistema de recursos simples e rápidos, e a dar aplicação efetiva aos mesmos. O direito a um recurso simples, rápido e efetivo ante os juízes ou tribunais nacionais competentes (artigo 25 da Convenção Americana) representa um dos pilares básicos do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática (no sentido da Convenção), - como assinalado pela Corte Interamericana em casos recentes⁴².

41 Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*, Brasília, Editora Universidade de Brasília (Ed. Humanidades), 1998, pp. 121-125.

42 Este *obiter dictum* da Corte se encontra em suas recentes sentenças quanto ao mérito nos casos *Castillo Páez versus Peru* (1997), *Suárez Rosero versus Equador* (1997), *Paniagua Morales e Outros versus Guatemala* (1998), e *Blake versus Guatemala* (1998); a origem deste *obiter dictum* na jurisprudência recente da Corte se encontra no Voto Dissidente do Juiz A.A. Cançado Trindade no caso *Genie Lacayo versus Nicarágua* (resolução sobre recurso de revisão de sentença, de 13.09.1997), em que a maioria da Corte tomou posição distinta da seguida nos casos supracitados, sobre o ponto em apreço.

43 Tal garantia foi originalmente consagrada na Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem (de abril de 1948), no momento em que, paralelamente, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas ainda preparava o Projeto de Declaração Universal (de maio de 1947 até junho de 1948). É o que relata, em um fragmento de memória, o *rapporteur* da Comissão (René Cassin), agregando que a inserção da disposição sobre o direito a um recurso efetivo ante as jurisdições nacionais na Declaração Universal (artigo 8), inspirado na disposição correspondente da Declaração Americana (artigo XVIII), efectuou-se nos debates subseqüentes (de 1948) da III Comissão da Assembléia Geral das

Esta garantia judicial - de origem latino-americana⁴³ - não pode ser minimizada, porquanto sua correta aplicação tem o sentido de aperfeiçoar a administração da justiça em nível nacional. Tal garantia no âmbito da proteção judicial (artigos 25 e 8 da Convenção Americana) é muito mais importante do que parece haver-se imaginado até o presente, e requer considerável desenvolvimento jurisprudencial. Em matéria de proteção e garantias judiciais, o direito interno dos Estados se aperfeiçoará na medida em que incorporar os padrões de proteção requeridos pelos tratados de direitos humanos. Para a realização deste propósito - a plena vigência dos direitos humanos - foram concebidos os instrumentos internacionais de proteção. As jurisdições internacional e nacional são co-partícipes nesse labor, e, *a fortiori*, na construção de um meio social mais justo e melhor para todos. A clara compreensão desta identidade fundamental de propósito, e de suas conseqüências jurídicas, requer, não obstante, uma mudança fundamental de mentalidade.

A disposição do artigo 5(2) da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nesta expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é Parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se *ipso jure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por força do artigo 5(1) da Constituição, têm **aplicação imediata**. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (artigo 60(4)(IV)). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente.

Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos

Nações Unidas. Cf. R. Cassin, "Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948", 15 *Revue de droit contemporain* (1968) n. 1, p. 10.

em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica - ainda seguida em nossa prática constitucional - da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional.

Foi esta a motivação que me levou a propor à Assembléia Nacional Constituinte, na condição de então Consultor Jurídico do Itamaraty, na audiência pública de 29 de abril de 1987 da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a inserção em nossa Constituição Federal - como veio a ocorrer no ano seguinte - da cláusula que hoje é o artigo 5(2)⁴⁴. Minha esperança, na época, era no sentido de que esta disposição constitucional fosse consagrada concomitantemente com a pronta adesão do Brasil aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que só se concretizou em 1992.

É esta a interpretação correta do artigo 5(2) da Constituição Brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, ainda lamentavelmente e em grande parte desperdiçado. Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos, - que na verdade não existem, - mas antes da falta de compreensão da matéria e da vontade de dar real efetividade àqueles tratados no plano do direito interno.

O propósito do disposto nos parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional. Os juízes e tribunais nacionais que assim o têm entendido têm, a

meu ver, atuado conforme o direito. Infelizmente, tem-se tentado circundar de incertezas tais disposições tão claras, e condicionar a aplicação direta das normas internacionais de proteção, elevadas a nível constitucional, a uma emenda constitucional, alterando o disposto no artigo 5(2). Como a Constituição de um país não é um menu, de onde se possa escolher que disposições aplicar e que disposições deixar de lado e ignorar, tal atitude implica em descumprimento da disposição constitucional em questão por omissão, na medida em que adia a um amanhã indefinido a aplicação direta, em nosso direito interno, da normas internacionais de proteção dos direitos humanos que vinculam o Brasil.

Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte tem efetivamente nível constitucional, e entendimento em contrário requer demonstração. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional - tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária, - não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo 5(2) da Constituição Federal Brasileira.

Se se encontrar uma formulação mais adequada - e com o mesmo propósito - do disposto no artigo 5(2) da Constituição Federal, tanto melhor. Mas enquanto não for encontrada, nem por isso está o Poder Judiciário eximido de aplicar o artigo 5(2) de nossa Constituição. Muito ao contrário, se alguma incerteza houver, está no dever de dar-lhe a interpretação correta, para assegurar sua aplicação imediata. Não se pode deixar de aplicar uma disposição constitucional sob o pretexto de que não parece clara. O problema - permito-me insistir - não reside na referida disposição constitucional, a meu ver claríssima em seu texto e propósito, mas sim na falta de vontade de setores do Poder Judiciário de dar aplicação direta, no plano de nosso direito interno, às normas internacionais de proteção dos direitos humanos que vinculam o Brasil. Não se trata de problema de direito, senão de vontade (*animus*).

Ademais, o artigo 5(2) da Constituição Brasileira tem o grande mérito de não se restringir expressamente a determinados tratados de direitos

44 Cf. A.A. Cançado Trindade, "Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional", in *Assembléia Nacional Constituinte - Atas das Comissões*, vol. I, n. 66 (supl.), Brasília, 27.05.1987, pp. 108-116.

humanos, como o faz, por exemplo, o artigo 75(22) da Constituição Argentina vigente após a reforma constitucional de 1994, - lembrado como possível modelo para uma eventual reforma do artigo 5(2) de nossa Constituição. Entendo que a fórmula do artigo 5(2) da Constituição Brasileira é bem mais abrangente, e assegura, - ou deve assegurar, - em combinação com o artigo 5(1), a pronta aplicação direta, por nossos juízes e tribunais, de toda a normativa internacional de proteção que vincula o país, elevada que se encontra a nível constitucional.

Não surpreende que os próprios juristas argentinos venham recentemente apontando as insuficiências do disposto no artigo 75(22) de sua Constituição⁴⁵, nela inserido naturalmente com a melhor das intenções. Têm observado, por exemplo, que há uma certa incoerência em reconhecer a alguns tratados hierarquia constitucional e a outros tão somente nível infraconstitucional.

Não há qualquer explicação, e tampouco indicação de qualquer critério, por que certos tratados de direitos humanos foram, por assim dizer, “constitucionalizados” e outros não. O esquema continua sendo hermético, intra-hierárquico, deixando de impedir que futuras reformas constitucionais venham a contrariar os tratados de proteção. A seguir-se a mesma lógica, nada obstará a que se tivesse elevado tais tratados a nível supraconstitucional.

Como se o anterior não bastasse, outro inconveniente ou limitação reside na necessidade de prever um determinado procedimento legislativo para atribuir hierarquia constitucional a outros tratados de direitos humanos, que não tenham encontrado expressão na Constituição. É o que teve que prever a Constituição Argentina, requerendo para tal a aprovação congressual (de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara). Que ocorreria se o Congresso, por qualquer razão, ainda que de força maior, não tomasse esta providência? Assim, a Argentina é hoje Parte em diversos tratados de direitos humanos, inclusive outros que os que foram “constitucionalizados”, e que estão a requerer o procedimento previsto em sua Constituição reformada.

45 Cf., *inter alia*: [Vários Autores,] La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales (eds. M. Abregú e Ch. Courtis), Buenos Aires, CELS, 1997, pp. 3-649.

Por que então buscar inspiração nas formulações constitucionais de outros países, se a nossa - o artigo 5(2) da Constituição Brasileira - é mais abrangente e não apresenta os inconvenientes apontados? O disposto no artigo 5(2) da Constituição Brasileira concede um tratamento especial ou diferenciado aos tratados de direitos humanos, do que não pode restar dúvida, situada que se encontra aquela disposição constitucional no capítulo I, "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", do título II, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", da Constituição. Ademais, o disposto no artigo 5(2) da Constituição Brasileira não padece dos riscos da invocação indevida do *inclusio unius est exclusio alterius*: ao contrário, encontra-se aberto a **todos** os tratados de direitos humanos que vinculam o Brasil, abarcando-os todos. Mais do que isto, o disposto no artigo 5(2) da Constituição Brasileira tampouco se limita aos tratados de direitos humanos *stricto sensu*, alcançando igualmente os tratados de direito internacional humanitário e de direito internacional dos refugiados que vinculam o Brasil⁴⁶. Modificá-lo, para adaptá-lo - melhor dizendo, aprisioná-lo - à tese hermética e positivista da "constitucionalização" dos tratados, implicaria a meu ver um retrocesso conceitual em nosso país neste particular. Há que ir mais além da "constitucionalização" estática dos tratados de direitos humanos.

Aqui, novamente, se impõe uma mudança fundamental de mentalidade, uma melhor compreensão da matéria. Não se pode continuar pensando dentro de categorias e esquemas jurídicos construídos há várias décadas, ante a realidade de um mundo que já não existe. A ociosa polêmica secular entre monistas e dualistas continua a fascinar muitos de nossos círculos jurídicos ainda hoje. De suas amarras ainda não conseguiu se liberar grande parte do pensamento jurídico e da jurisprudência nacionais. O mesmo ocorre com a fantasia desagregadora das chamadas gerações de direitos, historicamente incorreta e juridicamente infundada, que tem prestado um desserviço à promoção da visão holística dos direitos humanos, da interrelação e integralidade necessárias de to-

46 Cf., a respeito: A.A. Cançado Trindade, G. Peytrignet e J. Ruiz de Santiago, *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana (Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados)*, San José da Costa Rica/Brasília, IIDH/CICV/ACNUR, 1996, pp. 13-286.

Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos Direitos Humanos...

dos os direitos humanos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais).

Recorde-se que, **antes** mesmo da reforma constitucional argentina de 1994, a jurisprudência argentina deu uma guinada em favor da hierarquia superior das normas de direitos humanos em relação às leis internas (a partir da decisão da Corte Suprema de Justiça no caso *Ekmedjian* em 1992⁴⁷); lá, a mudança jurisprudencial precedeu a reforma constitucional nesse sentido. Por que razão no Brasil setores do Poder Judiciário resistem a avançar no mesmo sentido, ainda mais quando a Constituição de nosso país o permite expressamente e, mais do que isto, o determina? O problema não é de direito, mas sim de vontade, e, para resolvê-lo, requer-se sobretudo uma nova mentalidade.

V. CONCLUSÕES.

À luz do anteriormente exposto, permito-me passar a minhas conclusões:

Primeira: Nas últimas décadas, a operação regular dos tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos tem demonstrado sobejamente que podem estes beneficiar diretamente os indivíduos. Na verdade, é este o seu propósito último; ao criarem obrigações para os Estados Partes vis-à-vis os seres humanos sob sua jurisdição, as normas dos tratados de direitos humanos aplicam-se não só na ação conjunta (exercício de garantia coletiva) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento interno de cada um deles (nas relações entre o poder público e os indivíduos), onde devem produzir efeitos.

Segunda: Os tratados de direitos humanos são dotados de especificidade própria e requerem uma interpretação guiada pelos valores comuns superiores que abrigam e em que se inspiram, no que se diferenciam dos tratados clássicos

⁴⁷ Relativo à aplicabilidade direta, no direito interno (argentino), do artigo 14(1) (direito de retificação ou resposta) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

que se limitam a regulamentar os interesses recíprocos entre as Partes. O caráter especial dos tratados de direitos humanos acarreta conseqüências jurídicas nos planos tanto do direito internacional quanto do direito público interno. Os tratados de direitos humanos partem das premissas da anterioridade dos direitos que precedem a toda organização política e social (inerentes que são ao ser humano) e de que a ação de proteção de tais direitos não se esgota - não pode se esgotar - na ação do Estado. A noção de garantia coletiva é subjacente à aplicação dos tratados de direitos humanos, e o cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, chamados que são a aplicar as normas internacionais.

Terceira: Decorridas cinco décadas de experiência acumulada desde a adoção das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos, não mais se justifica que não se aceitem as cláusulas e instrumentos facultativos dos tratados de direitos humanos. Por conseguinte, deve ser integral a aceitação dos tratados de direitos humanos, incluindo a aceitação da competência obrigatória dos órgãos de proteção internacional. Não é razoável aceitar somente as normas convencionais substantivas, sem os correspondentes mecanismos processuais para a vindicação e proteção dos direitos consagrados. No tocante a um órgão judicial internacional como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a par da aceitação incondicional de sua jurisdição em matéria contenciosa, cabe adicionalmente fazer amplo uso de sua função consultiva.

Quarta: Decorridas cinco décadas de experiência acumulada desde a adoção das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos, não mais se justifica que se busque evitar ou negar o acesso direto das supostas vítimas aos tribunais internacionais de direitos humanos (Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos). Cabe afastar definitivamente as tentações de politização dos procedimentos de proteção; a jurisdicionalização destes últimos equi-

vale à forma mais evoluída de proteção dos direitos humanos. A representação direta (*locus standi*) das supostas vítimas deve conduzir a seu acesso direto (*jus standi*) aos tribunais internacionais (Cortes Européia e Interamericana) de direitos humanos. Só assim se logrará o reconhecimento e a cristalização da personalidade e capacidade jurídicas internacionais plenas do ser humano.

Quinta: Diversas Constituições nacionais contemporâneas, referindo-se expressamente aos tratados de direitos humanos, concedem um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos humanos internacionalmente consagrados, alçando-os a nível constitucional. Os tratados de direitos humanos indicam vias de compatibilização dos dispositivos convencionais e dos de direito interno de modo a prevenir conflitos entre as jurisdições internacional e nacional no presente domínio de proteção; impõem aos Estados Partes o dever de provimento de recursos de direito interno eficazes, e por vezes o compromisso de desenvolvimento das “possibilidades de recurso judicial”; prevêm a adoção pelos Estados Partes de medidas legislativas, judiciais, administrativas ou outras, para a realização de seu objeto e propósito. Em suma, contam com o concurso dos órgãos e procedimentos do direito público interno. Há, assim, uma interpenetração entre as jurisdições internacional e nacional no âmbito da proteção dos direitos humanos. Com a interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas.

Sexta: O chamado princípio da subsidiariedade dos instrumentos internacionais diz respeito tão somente à operação dos procedimentos ou mecanismos de proteção, porquanto

48 Tomo por **sistema**, no presente contexto, um conjunto coerente de princípios e normas, metodicamente organizados, formando o substratum de um pensamento, dotado de um propósito comum de proteção do ser humano, e operando sob uma determinada forma de controle exercido por órgãos próprios de supervisão, constituindo um todo integral e orgânico

o corpus juris substantivo do direito internacional e do direito interno no tocante à proteção dos direitos humanos forma um todo harmônico, um verdadeiro sistema de proteção⁴⁸. Assim, na solução de casos concretos, aplica-se, como o indicam expressamente os próprios tratados de direitos humanos, o critério da **primazia da norma mais favorável às supostas vítimas**, seja ela norma de origem internacional ou de origem nacional.

Sétima: Afastada em nossos dias a compartimentalização estática da doutrina clássica entre o direito internacional e o direito interno, com a interação dinâmica entre um e outro no presente domínio de proteção é o próprio Direito que se enriquece - e se justifica, - na medida em que cumpre a sua missão última de fazer justiça. No presente contexto, o direito internacional e o direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano. É alentador constatar, nestes anos derradeiros a conduzir-nos ao final do século, que o direito internacional e o direito interno caminham juntos e apontam na mesma direção, coincidindo no propósito básico comum e último da proteção do ser humano.

Oitava: Os tratados de direitos humanos vinculam não só os Governos, mas os próprios Estados (Partes). Em um sistema integrado e coeso como o da proteção dos direitos humanos, aos órgãos convencionais de proteção cabe determinar a compatibilidade ou não com os respectivos tratados de direitos humanos de atos ou omissões de quaisquer poderes, órgãos ou agentes do Estado, independentemente do nível hierárquico. As normas internacionais, ao consagrarem e definirem claramente um direito individual, passível de vindicação ante um tribunal ou juiz nacional, são diretamente aplicáveis no plano do direito interno.

Nona: As obrigações internacionais de proteção, ao vincularem conjuntamente todos os poderes do Estado, têm um

amplo alcance. A par das obrigações atinentes especificamente a cada um dos direitos protegidos, os tratados de direitos humanos consagram as obrigações gerais de assegurar o livre e pleno exercício desses direitos, e de adequar o direito interno às normas convencionais de proteção. O descumprimento dessas obrigações engaja prontamente a responsabilidade internacional do Estado, por atos ou omissões, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos, - que na verdade não existem, - mas antes da falta de vontade do poder público de promover e assegurar uma proteção mais eficaz dos direitos humanos.

Décima: Para lograr avanços no presente domínio de proteção, requer-se hoje, sobretudo, uma mudança fundamental de mentalidade. Não se pode continuar a pensar no universo conceitual dos dogmas e das categorias jurídicas do passado. É pouco o que os órgãos internacionais e nacionais de proteção podem fazer em prol da plena vigência dos direitos humanos sem uma nova mentalidade. As necessidades continuadas e novas de proteção do ser humano requerem uma renovação do pensamento jurídico.

Uma nova mentalidade emergirá, sobretudo nas novas gerações, a partir da compreensão das novas realidades: no tocante ao Poder Executivo, a partir da compreensão de que a aceitação da jurisdição obrigatória de um tribunal internacional como a Corte Interamericana de Direitos Humanos é algo bom para o país, e sobretudo para seus habitantes, que passam a contar, a par das instâncias nacionais, com o concurso de uma instância internacional para a proteção de seus direitos; no tocante ao Poder Legislativo, a partir da compreensão de que a harmonização do direito interno com a normativa internacional de proteção dos direitos humanos é algo bom para o país, e sobretudo para seus habitantes, porquanto vem atender à identidade de propósito entre o direito internacional e o direito público interno quanto à proteção daqueles direitos; e no tocante ao Poder Judiciário, a partir da compreensão de que a aplicação direta das normas

internacionais de proteção dos direitos humanos é algo bom para o país, e sobretudo para seus habitantes, e que, ao invés de se apegar a construções e silogismos jurídico-formais e a um normativismo hermético, o que verdadeiramente se impõe é proceder à correta **interpretação** das normas internacionais e nacionais de modo a realizar a proteção do ser humano (*pro victima*), sejam tais normas de origem internacional ou nacional.

A nova mentalidade que daí surgirá, haverá de manifestar-se, com maior vigor, no seio de uma sociedade mais integrada e imbuída de um forte sentimento de solidariedade humana, sem a qual pouco logra avançar o Direito. Este o memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional, que me permito apresentar a esta III Conferência Nacional de Direitos Humanos, como contribuição, de um brasileiro preocupado com o futuro de seu país, ao debate nacional sobre a matéria. Confio em que, imbuídos de uma nova mentalidade, continuaremos, todos juntos, nas instituições públicas nacionais e no seio da sociedade civil brasileira, assim como nos órgãos internacionais de supervisão, a buscar a plenitude da proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. O que todos almejamos, em última análise, é deixar um Brasil mais justo a nossos filhos. Que esta III Conferência Nacional de Direitos Humanos se converta em uma data marcante, em um divisor de águas, na realização deste singelo propósito.