

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ  
ESCOLA DE HUMANIDADES  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS**

**LETICIA LOPES JAHN**

**As exceções ao prévio esgotamento dos recursos internos  
no sistema interamericano de direitos humanos**

**CURITIBA**

**2018**

**LETICIA LOPES JAHN**

**AS EXCEÇÕES AO PRÉVIO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS  
NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas, Área de concentração: Teoria e História dos Direitos Humanos da Escola Humanidades da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas.

Orientadora: Prof. Dra. Amélia Sampaio Rossi

**CURITIBA**

**2018**

Dados da Catalogação na Publicação  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná  
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR  
Biblioteca Central  
Giovanna Carolina Massaneiro dos Santos – CRB 9/1911

J25e  
2018 Jahn, Leticia Lopes  
As exceções ao prévio esgotamento dos recursos internos no sistema interamericano de direitos humanos / Leticia Lopes Jahn; orientadora: Amélia Sampaio Rossi. – 2018.  
102 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018  
Bibliografia: f. 96-102

1. Direitos humanos. 2. Esgotamento de recursos internos (Direito internacional público). I. Rossi, Amélia Sampaio. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas. III. Título.

CDD 20. ed. – 323.4



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ  
ESCOLA DE EDUCAÇÃO E HUMANIDADES  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E  
POLÍTICAS PÚBLICAS

**ATA DA SESSÃO PÚBLICA DE EXAME DE DISSERTAÇÃO Nº. 025/2018**

**DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO DE**

**LETICIA LOPES JAHN**

Aos trinta dias, do mês de maio de dois mil e dezoito, às catorze horas e trinta minutos reuniu-se na Sala de Defesa - Segundo Andar da Escola de Educação e Humanidades da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, a banca examinadora constituída pelos professores: Amélia do Carmo Sampaio Rossi, Cezar Bueno de Lima, Eduardo Biacchi Gomes e Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, para examinar a dissertação da candidata, LETICIA LOPES JAHN, ingressante no Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas - Mestrado, no primeiro semestre de dois mil e dezesseis. Área de concentração: Direitos Humanos, Ética e Políticas Públicas. Linha de pesquisa: Teoria e História dos Direitos Humanos. A mestranda apresentou a dissertação intitulada: ÀS EXCEÇÕES AO PRÉVIO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: UM INSTRUMENTO A FAVOR DOS INDIVÍDUOS PARA A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. A Candidata fez uma exposição sumária da dissertação, em seguida procedeu-se à arguição pelos Membros da Banca e, após a defesa, a Candidata foi Aprovada pela Banca Examinadora. A sessão encerrou-se às 15 h 56 min. Para Constar, lavrou-se presente Ata, que vai assinada pelos Membros da Banca Examinadora.

Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup> Amélia do Carmo Sampaio Rossi

Presidente/Orientadora.

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes

Convidado Interno

Prof. Dr. Cezar Bueno de Lima

Convidado Interno

Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Estefânia Maria de Queiroz Barbosa

Convidada Externa

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria Cecília Barreto Amorim Pilla

Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas



**LETICIA LOPES JAHN**

**As exceções ao prévio esgotamento dos recursos internos  
no sistema interamericano de direitos humanos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas, Área de concentração: Teoria e História dos Direitos Humanos da Escola de Humanidades da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Professora Dra. Amélia Sampaio Rossi  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

---

Professor Dr. Cezar Bueno de Lima  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

---

Professor Dr. Eduardo Biacchi Gomes  
Centro Universitário Autônomo do Brasil

Curitiba, 16 de maio de 2018.

Aos meus pais: Vera e Antoninho (in memoriam)

E aos meus filhos: Eduardo e Pedro

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus e aos mentores espirituais, que me ajudaram nesta caminhada proporcionando conforto, força e esperança para a conclusão de mais esta etapa.

À minha mãe, por toda sua dedicação aos meus filhos, pois sem a referida ajuda nada disto seria possível. Ao meu pai que me deixou antes da conclusão deste mestrado, mas que está com certeza olhando e zelando por mim em outro plano espiritual.

Aos meus filhos Eduardo e Pedro, que me ensinaram o verdadeiro significado da palavra amor. E que relevem a falta da mãe, durante a confecção deste trabalho.

À minha orientadora, Professora Dra. Amélia Sampaio Rossi, por sua preciosa ajuda durante todo o desenvolvimento de minha pesquisa. Obrigada por sua dedicação e carinho.

Aos meus clientes, que mesmo não compreendendo bem o que seria o “mestrado”, foram pacientes em minhas horas de ausência.

A todos os professores do Programa de Direitos Humanos e Políticas Públicas, por todo conhecimento e atenção partilhados.

Ao professor Dr. Eduardo Biacchi Gomes do Programa de Mestrado em Direito da UNIBRASIL, que me acolheu em uma disciplina isolada. Obrigada por dividir seu conhecimento que foi de fundamental importância para a conclusão desta pesquisa.

Aos meus queridos amigos do Mestrado: Marcelo, Tatiana, Melissa, Amanda, Siloe, Talita e Milena, pois juntos aprendemos, rimos e dividimos nossas angústias e nossas lágrimas.

*“El derecho internacional americano de los derechos humanos resulta una vía apta para quienes intentan defender los espacios del Derecho frente a la amenaza del genocidio”.  
(Eugenio Raul Zaffaroni.)*

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo, analisar de que forma a aplicação das exceções ao prévio esgotamento dos recursos internos pela Comissão Interamericana e pela Corte Interamericana tornou-se um instrumento em prol do indivíduo, para o seu acesso, especificamente, ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Utilizando do método dedutivo, busca verificar como e em que medida, as exceções ao prévio esgotamento dos recursos internos têm auxiliado no acesso pleno dos indivíduos ao sistema interamericano. Parte-se do pressuposto que esta regra de direito internacional é utilizada pelos Estados como argumento na proteção de sua soberania, o que inviabilizaria o acesso ao sistema regional interamericano. De outro lado, como a Comissão e a Corte aplicam as exceções, como forma de dar prosseguimento às denúncias de violações de direitos humanos. Para tanto, utilizar-se-á a análise documental, incluindo a análise dos instrumentos internacionais da criação deste sistema regional de direitos humanos e a pesquisa bibliográfica, tanto em relação ao prévio esgotamento dos recursos internos como no aporte interdisciplinar da história, da filosofia e da sociologia. Utilizar-se-á, ainda, do estudo de casos para apurar como a Comissão e a Corte Interamericana vêm dando aplicação às exceções à regra do prévio esgotamento dos recursos internos. Assim, o trabalho foi dividido em três capítulos, sendo que, na primeira parte, foi necessária a contextualização histórica do acesso do indivíduo aos tribunais internacionais. Passando, primeiro, da sua condição como sujeito de direito internacional para, após, trazer alguns mecanismos históricos do sistema global de direitos humanos. Na segunda parte, procura-se descrever o indivíduo no sistema interamericano de direitos humanos e os seus instrumentos normativos, bem como o acesso deste indivíduo ao sistema regional, a partir da Comissão Interamericana e, posteriormente, na Corte Interamericana, não como parte ativa, mas possuindo participação em todas as etapas. Por fim, de como a exceção do prévio esgotamento dos recursos internos preconizado na Convenção Americana é importante para que o indivíduo acesse o sistema interamericano. Trata-se, assim, de uma condição de admissibilidade para que as denúncias sobre violações de direitos humanos cheguem à instância internacional. E, de outro lado, um instrumento para que se assegure um acesso pleno e efetivo com a realização da justiça no Tribunal Interamericano.

Palavras-chave: Indivíduo. Direitos Humanos. Sistema Interamericano. Prévio Esgotamento dos Recursos Internos.

## **ABSTRACT**

The aim of this paper is to analyze how the application of the exceptions to the previous exhaustion of domestic remedies by the Inter-American Commission and the Inter-American Court has become an instrument for the individual's access to, specifically, the Inter-American Human Rights System. Using the deductive method, it seeks to verify how and to what extent the exceptions to the previous exhaustion of domestic remedies have helped to the full access of individuals to the inter-American system. It is assumed that this rule of international law is used by the States as an argument to the protection of their sovereignty, what would make the access to the inter-American regional system impossible; on the other hand, it is also used as the Commission and the Court apply the exceptions as a way of proceeding allegations of human rights violations. For this purpose, the documentary analysis will be used, including the analysis of the international instruments for this regional human rights system creation and the bibliographic research both in relation to the previous exhaustion of internal resources and an interdisciplinary contribution of history, philosophy and of sociology. The case study is also used to determine how the Commission and the Inter-American Court are applying exceptions to the rule of previous exhaustion of domestic remedies. Thus, the work was divided in three chapters. In the first part it was necessary to do the historical contextualization of the individual's access to the international courts. Beginning with its condition as a subject of international law and after, showing some historical mechanisms of the global human rights system. The second part intends to describe the individual for the inter-American human rights system, and its normative instrument, as well as the individual's access to this regional system from the Inter-American Commission and later in the Inter-American Court, not as an active part, but possessing participation in all stages. Finally, how the exception of the previous exhaustion of domestic remedies recommended in the American Convention is important for the individual to access the inter-American system. It is therefore a condition of admissibility so the complaints under human rights violations can reach an international level. And, on the other hand, an instrument to ensure full and effective access to justice in the Inter-American Court.

**Keywords:** Individual. Human rights. Inter-American System. Prior Exhaustion of Domestic Remedies

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
<b>1 O PROCESSO DE HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL: O SURGIMENTO DO INDIVÍDUO COMO SUJEITO DE DIREITOS.....</b>	<b>19</b>
1.1 FUNDAMENTOS E ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DIREITO INTERNACIONAL.....	20
1.2 A FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	27
1.3 O ACESSO DO INDIVÍDUO ÀS JURISDIÇÕES INTERNACIONAIS: RELATO HISTÓRICO.....	30
<b>1.3.1 Corte de Justiça Centro Americana(1907-1918).....</b>	<b>35</b>
<b>1.3.2 Tribunal de Nuremberg e Tokio.....</b>	<b>36</b>
<b>1.3.3 Proteção Diplomática.....</b>	<b>37</b>
<b>1.3.4 Sistema de petições individuais no sistema ONU.....</b>	<b>38</b>
2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: DO CONTEXTO POLÍTICO E SOCIO-HISTÓRICO LATINO-AMERICANO À DECLARAÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	38
2.1 A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	43
2.2 A COMISSÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	53
<b>2.2.1 O procedimento perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....</b>	<b>58</b>
2.2.1.1 Competência <i>ratione personae</i> .....	58
2.2.1.2 Competência <i>ratione materiae</i> .....	60
2.2.1.3 Competência <i>ratione loci</i> .....	60
2.2.1.4 Competência <i>ratione temporis</i> .....	60
2.3 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	62
<b>2.3.1 O regulamento de 1980.....</b>	<b>66</b>
<b>2.3.2 O regulamento de 1991.....</b>	<b>67</b>
<b>2.3.3 O regulamento de 1996.....</b>	<b>67</b>
<b>2.3.4 O regulamento de 2000: a chegada do <i>locus standi in judicio</i> .....</b>	<b>67</b>

<b>3 O PRÉVIO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS NO SISTEMA INTERAMERICANO.....</b>	<b>71</b>
3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO PRÉVIO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS.....	72
3.2 O PRÉVIO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS NO SISTEMA INTERAMERICANO.....	74
3.3 O PRÉVIO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS NA COMISSAO INTERAMERICANA .....	77
3.3.1 O prazo de seis meses da decisão definitiva.....	82
3.4 CASOS GERAIS OU MACIÇAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS.....	84
3.5 O PRÉVIO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	86
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>92</b>

## INTRODUÇÃO

Vivemos em um mundo de transformações e apesar de todos os avanços científicos, tecnológicos e melhorias nas condições de vida, atravessamos um paradoxo civilizatório. Afinal, ainda não foi possível frear as grandes desigualdades sociais.

O fenômeno da globalização econômica, que significou a transnacionalização dos mercados, a reorganização dos mercados produtivos, além, dos avanços nas áreas da tecnologia e a explosão da informação, representou principalmente para os Estados Periféricos, com ênfase para a América Latina, ao invés de progresso, aumento nas desigualdades sociais, principalmente dos grupos mais vulneráveis.

Em termos normativos, vislumbra-se quantidade significativa de Tratados de proteção de direitos humanos, mas as guerras e as iniquidades crescem de forma alarmante. A humanidade pouco aprendeu com as duas grandes guerras que transformaram o ser humano em algo descartável, supérfluo ao Estado.

Com a criação da Organização das Nações Unidas seguindo os ideários da Liga das Nações, procurou-se promover e proteger os direitos humanos bem como o desenvolvimento dos povos.

Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Declaração Americana, de 1948, trouxeram a universalidade ao princípio da dignidade da pessoa humana. Os Pactos Internacionais e os sistemas regionais de direitos humanos, que vieram posteriormente, não só fixaram direitos, mas incluíram um sistema de proteção, para que assim, as vítimas ou seus representantes pudessem em âmbito internacional denunciar as arbitrariedades sofridas.

A partir desse momento, a lógica vestefaliana que preconizava os Estados Soberanos e independentes entre si, como únicos sujeitos do direito internacional, sofre um colapso, e os indivíduos podem, enfim, alcançar diretamente os órgãos de proteção e procurar pela efetivação da justiça.

Os indivíduos que antes ficavam adstritos à proteção do Estado em nível interno e sujeitos também as suas arbitrariedades, podem enfim alçar-se à esfera internacional, sem a interferência deste mesmo Estado violador, agora como sujeito de direitos.

O presente trabalho pretende, a partir de um princípio de direito internacional, a regra do prévio esgotamento dos recursos internos, analisar sob o enfoque do direito internacional dos direitos humanos, especificamente em relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos e mostrar como as exceções à regra preconizadas na Convenção Americana, foram importantes para a realização da justiça por um Tribunal Internacional.

Trata-se, no entanto, de um princípio do direito internacional clássico baseado na soberania estatal, no qual para que o Estado fosse demandado na esfera internacional, deveria antes esgotar os recursos na jurisdição interna.

A questão que circundará a pesquisa, qual seja: em que medida a interpretação das exceções do prévio esgotamento dos recursos internos, no sistema interamericano, contribuirá para que os indivíduos obtenham o acesso, não apenas formal, mas efetivo na proteção dos direitos humanos violados?

Como delimitação do tema, a análise das exceções ao prévio esgotamento dos recursos internos ficou adstrita ao Sistema Interamericano a partir da interpretação conferida à Comissão Interamericana e à Corte Interamericana sobre as exceções a regra, contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos.

A escolha para o estudo ser delimitado ao sistema interamericano de direitos humanos deriva da existência de problemas comuns que se relacionam às violações de direitos humanos nos países da América. Tais violações já nascem na colonialidade, com o genocídio dos povos indígenas, posteriormente três séculos de escravidão do povo africano e marcadamente pelas políticas de segurança nacional nas ditaduras militares.

Como fruto desta mesma história, a exploração econômica e as desigualdades sociais geram violações dos direitos humanos de forma mais sistemática aos grupos vulneráveis como povos indígenas, mulheres, crianças, idosos e deficientes.

Todo esse arcabouço que nos une, traz consigo, ainda, a herança de práticas autoritárias no ambiente de democracias ainda a serem consolidadas.

A emergência de Estados policialescos que praticam a tortura e descumprem preceitos fundamentais, encarceram por prazos indeterminados, praticam execuções sem julgamento, são alguns dos problemas enfrentados pelo Tribunal Interamericano.

Desse modo, as violações de direitos humanos ocorridos no sistema interamericano são sobremaneira diversas das violações de direitos humanos ocorridos em outros sistemas regionais, em decorrência das condições econômicas, sociais e culturais.

Os casos levados à Corte Interamericana desde seu funcionamento orbitam na violência do Estado - por ação ou omissão-contra os indivíduos. Em suma, os casos são, em sua maioria, penais, como massacres, desaparecimentos forçados e torturas ocorridas durante a ditadura militar, perpetrados por agentes estatais e também por mortes ocasionadas pela violência policial.

Portanto, as exceções ao prévio esgotamento dos recursos internos transformaram-se em importante ferramenta para que os indivíduos pudessem alçar ao Tribunal Interamericano, não apenas no seu aspecto formal, mas em uma dimensão material e concreta.

A ineficácia da prestação dos serviços jurídicos sobremaneira aos mais pobres e vulneráveis, os quais não possuem recursos para as demandas judiciais, acarreta maior exclusão e contribui para a reprodução das desigualdades. O acesso à justiça, como direito humano, infelizmente, ainda está adstrito a uma parcela da população que possui recursos para as disputas legais.

Para tanto, esta pesquisa propõe os seguintes objetivos específicos: (1) trilhar o caminho do indivíduo até a sua capacidade de vindicar os seus direitos na esfera internacional, (2) descrever o sistema interamericano de direitos humanos, com os seus instrumentos normativos e as possibilidades do indivíduo em acessar este sistema. (3) analisar o prévio esgotamento dos recursos internos e as suas exceções no sistema interamericano de direitos humanos bem como as decisões na Comissão Interamericana e na Corte Interamericana referentes ao acesso do indivíduo bem como a realização da justiça no caso concreto.

Para tal fim, o presente trabalho adotará a abordagem dedutiva, tendo em vista que a pesquisa busca examinar, por meio do estudo dos relatórios na etapa de admissibilidade, como a Comissão Interamericana estabelece a regra do esgotamento dos recursos internos. Já nos casos submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabelecer como prévio esgotamento dos recursos internos e a efetivação da justiça no plano internacional contribuem a partir de condenações dos Estados.

O fim precípua é a análise e a verificação dos entendimentos adotados, tanto em relação à posição do indivíduo como em relação ao prévio esgotamento dos recursos internos, demonstrando com isso, que o acesso aos tribunais internacionais e ao sistema interamericano, é possível, também, a partir das exceções ao prévio esgotamento dos recursos internos, quando se torna inviável a efetiva justiça na reparação e proteção de direitos humanos no âmbito interno.

Para tal fim, o presente trabalho adotará a abordagem qualitativa, porque não procurará mensurar em números, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos que serão utilizadas, sendo que o foco é justamente analisá-las e determinar de que forma as exceções ao prévio esgotamento dos recursos internos, contribuíram para que o indivíduo obtivesse o acesso ao Tribunal Interamericano.

A pesquisa é exploratória, uma vez que permite constituir maior familiaridade com o problema e proporciona ainda a realização de levantamentos bibliográficos e pesquisa eletrônica ao sítio da Corte Interamericana de Direitos Humanos ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

O desenvolvimento do assunto está proposto em três capítulos, procurando uma cadência lógica entre os mesmos, com enfoques históricos, filosóficos e jurídicos, assim como a utilização de estudos de casos, especificamente em relação ao prévio esgotamento dos recursos internos e ao acesso dos indivíduos na Comissão e na Corte Interamericana.

Assim, no primeiro capítulo, necessário se faz uma incursão histórica a fim de trilhar o caminho do indivíduo até tornar-se sujeito de direito internacional.

Nesse ponto, é importante o nascimento do Estado Moderno, a partir do Tratado de Vestefália, que constituiu, não só o nascimento do Direito Internacional, *stricto sensu*, mas também firmou as relações interestatais. Para sustentar a necessidade de Estados Soberanos, são fundamentais as ideias de Thomas Hobbes como um dos teóricos mais influentes do Estado Absoluto. Este primeiro momento é importante porque a relação do indivíduo com o Estado cinge-se apenas na relação de súditos, como dependentes e subordinados ao Estado.

Com a Revolução Francesa, de 1789, ocorre à primeira ruptura nessa visão estatocêntrica, os indivíduos tornam-se cidadãos do Estado e possuidores de direitos. Ela foi objeto de várias críticas no sentido de proclamar direitos apenas à uma parcela da população e não a todos os indivíduos. Representou uma ruptura

com o Antigo Regime e a criação dos Estados-Nações, dando início ao trinômio: Estado-indivíduo-território.

Esta nova relação existente também não foi capaz de proteger o indivíduo contra as arbitrariedades dos Estados, neste momento, desenvolvendo-se as expansões imperialistas da Europa, com as colonizações do continente Africano e reflexos nas Américas.

Ao atravessar esta evolução é necessário o resgate histórico dos antecedentes que marcaram o nascimento do indivíduo como sujeito do direito internacional. E com o término da Segunda Guerra Mundial ocorre a internacionalização dos direitos humanos. A criação da Carta da ONU de 1945 e a Declaração de Direitos Humanos de 1948 bem como os dois Pactos Internacionais vão formar a Carta Internacional dos Direitos Humanos que possibilitam o acesso dos indivíduos à instância internacional.

O resgate dos antecedentes históricos, neste momento também é necessário porque a legitimidade do indivíduo, no âmbito internacional, possui duas vertentes, uma, ativa, que corresponde ao direito do acesso direto aos tribunais internacionais, como por exemplo, o sistema de petições na Organização das Nações Unidas. A outra, passiva, quando o indivíduo passa a ser responsabilizado internacionalmente, por delitos como: crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, como ocorreu no Tribunal de Nuremberg e Tóquio.

No segundo capítulo, descreve-se o sistema interamericano, sendo que a escolha deste sistema regional de direitos humanos está na própria realidade vivenciada pelos países americanos, desde o seu descobrimento até sua independência, representando um contexto histórico diverso do continente Europeu.

Sustenta-se a diversidade da história dos direitos humanos na América, baseado na construção teórica experimentada pelo contexto social, histórico e cultural da América, diverso da visão eurocentrista dos direitos humanos.

Posteriormente, seguindo este enfoque interdisciplinar de história dos direitos humanos na América, os sistemas normativos que compõem o sistema interamericano, como a Declaração Americana de Direitos Humanos, de 1948, a criação da Organização dos Estados Americanos, ainda em 1948, assim como a criação e a ratificação da Convenção Americana e seus dois órgãos de monitoramento: a Comissão e a Corte Interamericana.

Neste passo, serão analisadas as condições de admissibilidade para o recebimento das denúncias de violações de direitos humanos na Comissão Interamericana, especificamente em relação às competências, já que as questões procedimentais serão analisadas no capítulo subsequente.

E por fim, ainda neste segundo capítulo, será abordada a natureza e competência da Corte Interamericana, que possui uma natureza consultiva e outra contenciosa, bem como, a mudança dos Regulamentos da Corte Interamericana que representaram a possibilidade de acesso ainda maior à Corte dos indivíduos que participam ativamente de todas as etapas do processo internacional.

Ressalta-se que esta igualdade processual em relação ao Estado demandado, reconhecido pelas mudanças do Regulamento da Corte, enfim, dota o ser humano de plena capacidade jurídico-processual como sujeito ativo de direitos internacionais de direitos humanos.

No terceiro e último capítulo desta pesquisa, será analisado o princípio do prévio esgotamento dos recursos internos, desde o seu nascimento até a atualidade, princípio costumeiro do Direito internacional que permite ao Estado-Parte resolver a nível doméstico suas obrigações, através da reparação do dano à vítima ou um processo criminal com a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa e sem demora que resulte em efetiva prestação jurisdicional.

E, a partir das exceções da regra do prévio esgotamento dos recursos internos, na própria Convenção Americana, o estudo de alguns casos e a importância da aplicação dessas exceções para que os casos fossem aceitos pela Comissão e depois julgados pela Corte com a condenação de diversos Países por violações maciças de direitos humanos.

Verificou-se, através dos estudos dos casos, que a maioria dos Estados Demandados utiliza esta regra como forma de abster-se das responsabilidades internacionais, desse modo, se as Comissões, bem como a Corte, não aceitassem o não-esgotamento das instâncias domésticas com base nas exceções, o acesso ao Sistema Interamericano seria meramente decorativo.

Cumprir informar que, os casos foram escolhidos a partir da relevância no tratamento da regra e na forma como repercutem para outras sentenças, firmando jurisprudência constante. Estes casos também são utilizados e confirmados pela literatura nacional e estrangeira.

Quanto aos procedimentos, a pesquisa caracteriza-se como experimental, pois tem como princípio a formulação do problema a ser pesquisado e suas hipóteses, que podem delimitar as variáveis presentes no fenômeno a ser estudado (TRIVIÑOS, 1987), neste caso as sentenças que serão analisadas na Corte Interamericana partiram de duas categorias específicas: do prévio esgotamento dos recursos internos e da efetividade para a realização da justiça.

Ademais, o aporte teórico será trazido pelas fontes bibliográficas notadamente os diversos artigos e livros escritos pelo Juiz Internacional Cançado Trindade, que dedicou o estudo ao requisito do prévio esgotamento dos recursos internos, e como ex Juiz da Corte Interamericana, trouxe em seus votos paradigmáticos tanto um entendimento quanto a regra, mas também na importância do indivíduo no acesso aos tribunais internacionais, como forma de vindicar os seus direitos e realizar a justiça, na maioria das vezes, negada pelo Estado violador dos direitos humanos.

Por fim, a pesquisa de artigos em periódicos além de diversos entendimentos doutrinários de ex-Juizes da Corte Interamericana, como Pedro Nikken, Thomas Burgenthal, Hector Espieell.

Constituindo, portanto, um estudo de especial relevância e complexidade no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao passo que, tal preliminar do esgotamento dos recursos internos vem sendo utilizada hodiernamente pelos Estados-Partes, como justificativa formal para que as denúncias formuladas não sejam aceitas perante a Comissão e na Corte de Direitos Humanos, num desiderato de eximir-se de responsabilidades no âmbito internacional, como violadores de direitos humanos.

Assim é uma ferramenta positiva a serviço do Estado para que este consiga solucionar os conflitos no âmbito interno, e por outro lado, limitadora nos casos em que o Estado é omissor ou ocorre à demora estatal em resolver a questão, havendo uma inversão benéfica ao indivíduo, sustentando uma reflexão sobre o direito internacional dos direitos humanos como ramo diferenciado do Direito Internacional Público.

Verifica-se, que em todos os casos envolvendo o Brasil e que ocasionaram condenações na Corte Interamericana, o Estado Brasileiro invocava a seu favor a exceção do prévio esgotamento dos recursos internos, sendo que em todos eles, tanto a Comissão como a Corte rechaçaram os argumentos do Estado Brasileiro.

Na pesquisa serão analisados os Casos Garibaldi vs Brasil, sentença de 23 de setembro de 2009, Gomes Lund vs Brasil, sentença de 24 de novembro de 2010, e por fim, Vladimir Herzog vs Brasil, no âmbito da Comissão Interamericana tendo em vista que a presente sentença na Corte Interamericana não foi proferida até a finalização do presente trabalho.

Por fim, conclui-se apontando algumas considerações sobre a importância do estudo do sistema interamericano de direitos humanos, nas universidades e concursos públicos a fim de se criar uma educação em direitos humanos que indague e questione os problemas enfrentados na América Latina, para que as violações do passado não se tornem presentes.

Necessário haver uma mudança de mentalidade quanto aos direitos humanos e suas normativas, para que o Estado Brasileiro cumpra, na sua totalidade, as decisões da Corte Interamericana e respeite os informes da Comissão Interamericana em todos os âmbitos, diminuindo com isso as diversas proposituras por violação dos direitos humanos na esfera internacional. Preconiza-se o reconhecimento da pessoa humana como sujeito de direito internacional, com reflexos no plano internacional e nacional.

## **1 O PROCESSO DE HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL: O SURGIMENTO DO INDIVÍDUO COMO SUJEITO DE DIREITOS NA DIMENSÃO INTERNACIONAL**

Para a compreensão do indivíduo no plano internacional e como este percorreu o caminho até a sua condição de sujeito na esfera internacional, necessário se faz, uma análise dos antecedentes que fomentaram os primeiros passos para o desenvolvimento do Direito Internacional Público. Esta construção histórica do direito internacional perpassa a criação do Estado Moderno a partir do Tratado de Vestefália. A criação dos Estados Modernos traz consigo algumas teorias filosóficas políticas sobre sua natureza e funcionamento.

Um de seus mais importantes filósofos foi sem dúvida, Thomas Hobbes que prescrevia que a gênese do Estado estava na outorga de uma parcela da liberdade do indivíduo para que assim realizado o contrato social, assegurasse o bem comum deste. Para ele o Estado entroniza o soberano absoluto.

Thomas Hobbes é considerado o principal teórico do Absolutismo (MAGNOLI, 2000, p. 27), sendo que este sistema foi predominante em toda a Europa, nos séculos XVI ao século XVIII. A primeira ruptura da visão de Estado e soberania ocorre com a Revolução Francesa que se funda na queda do Estado Absoluto para a criação do Estado-Nação. Vê-se nascerem os indivíduos detentores de direitos em detrimento aos súditos que se sujeitavam ao Estado, como objetos.

No entanto, a Declaração Francesa sofre diversas críticas ao passo que os direitos lá consagrados eram para uma parcela da população e não para uma totalidade de pessoas como o foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Em um segundo momento, serão analisados os precedentes históricos do direito internacional dos direitos humanos, quais sejam: a Liga das Nações, a OIT e o Direito Humanitário, que contribuíram para a formação do indivíduo como sujeito de direito internacional. Em seguida, como a Segunda Guerra Mundial transformou de vez o cenário mundial, especialmente a relação entre o indivíduo e o Estado

Soberano, já que as atrocidades cometidas especialmente na Alemanha Nazista demonstraram a necessidade de proteção e promoção do direito do ser humano em termos internacionais. Passa-se pela capacidade do indivíduo em acessar as esferas internacionais, especialmente a Corte Centroamericana e a proteção diplomática, após a criação dos dois Tribunais de Nuremberg e Tóquio, o que conferiu ao indivíduo uma sujeição passiva, ao transformar-se em réu, dos crimes cometidos contra a humanidade julgando os oficiais nazistas e também os oficiais do Japão, no caso do Tribunal de Tóquio.

E num terceiro momento, será analisada a criação da Organização das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal de 1948, que constituem o marco da efetivação do direito internacional dos direitos humanos, ao definir os direitos humanos e os dois Pactos Internacionais que atribuíram força jurídica aos direitos já consagrados na Declaração e formaram assim a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

## 1.1 FUNDAMENTOS E ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DIREITO INTERNACIONAL.

O direito internacional clássico tem como ponto de partida o Tratado de Paz de Vestefália de 1648, que assinala a queda do modelo de sociedade medieval articulado sob um equilíbrio entre Imperador/Papa para o nascimento do Estado Moderno.

Tal momento histórico é vivenciado no período medieval em que havia uma hegemonia da Igreja Católica, e em contrapartida, a ascensão de outras religiões consideradas protestantes, tais como os luteranos e os calvinistas.

Assim, em meio à disputa por territórios e conflitos de interesses regionais, somados às questões religiosas, houve o nascimento de uma sangrenta e nefasta Guerra, que se prolongou até o ano de 1648, conhecida como a Guerra dos Trinta Anos. Também, nesta época, via-se uma grande fragmentação dos territórios que governavam quase que de maneira independente ao Imperador.

O tratado de Vestefália, conforme Da Silva e Picinini demonstrou que

as balizas desenhadas por estes tratados, não só delimitaram os novos territórios europeus estabelecendo uma nova ordem de poder entre as nações, como também, ao afirmarem o poder temporal sobre o religioso, fomentaram o surgimento do Estado Nacional Moderno, consolidador do conceito clássico de soberania, concomitantemente do Direito Internacional Clássico, desenvolvido sob o paradigma realista das relações interestatais. (DA SILVA E PICININI, 2015, p. 134)

Este tratado foi edificado atendendo três princípios basilares para a época, tais como: a liberdade religiosa, a soberania interna e a igualdade dos Estados no cenário internacional. E como assevera Romano:

A Paz de Vestefália é avaliada como o primeiro passo mundial de uma cultura política autônoma diante das formações religiosas, política que inaugura o sistema europeu de Estados e posteriormente define a maioria dos poderes nacionais do Ocidente. Ela pode ser considerada o ato de nascimento do sistema estatal, porque nela se reconhece o princípio da soberania do Estado. (ROMANO, 2015, p.73):

Desse modo, os novos limites dos Estados Europeus foram delimitados e as relações de poder também, já que o poder religioso se transformou em poder temporal, o que contribuiu para o surgimento do conceito clássico de soberania. Nasce aqui também o sujeito do direito internacional, qual seja a figura do Estado Soberano que faz acordos seguindo a própria vontade.

Portanto, este novo Estado nasce como herdeiro do poder descentralizado feudal e sobretudo da Igreja Católica, e se constitui, neste momento, na figura do soberano como detentor do poder do Estado.

Para Hobbes como um dos maiores teóricos do Absolutismo, o Estado e Direito se confundem, destarte, o direito estatal não admite qualquer regra que seja fora do Estado. O direito é o instrumental da vontade soberana estatal, e não para a razão do indivíduo ou para a sociedade. Sobre este monopólio do Estado, escreve Bobbio:

De fato, por um lado o Estado possui o poder de por normas regulamentadoras das relações sociais porque surgiu para esta finalidade; por outro lado, somente as normas postas pelo Estado são normas jurídicas porque são as únicas que são respeitadas graças a coação do Estado. A partir do momento em que se constitui o Estado, deixa, portanto, de ter valor o direito natural que na realidade não era respeitado tampouco antes, no estado de natureza e o único direito que vale é o civil ou do Estado. (BOBBIO, 2006, p.35)

Na fundamentação da teoria de Thomas Hobbes, o estado de natureza nada mais é do que a guerra de todos contra todos. Assim, Foucault enuncia que:

No fundo da ordem, por trás da paz, abaixo da lei, no nascimento do grande autômato que constitui o Estado, o soberano, o Leviatã, não há somente, para Hobbes, a guerra, mas a mais geral de todas as guerras, aquela que se manifesta em todos os instantes e em todas as dimensões: "a guerra de todos contra todos". E essa guerra de todos contra todos, Hobbes não a situa simplesmente no nascimento do Estado - na manha real e fictícia do Leviatã -, ele a segue, ele a vê ameaçar e manar, depois mesmo da constituição do Estado, em seus interstícios, nos limites e nas fronteiras dos estados. (FOUCAULT, 2016, p. 73)

O estado de natureza precede um estado civil. Neste estado de natureza as pessoas são iguais e livres entre si; e por serem livres e iguais, estão em estado de insegurança que, segundo Foucault, é:

a guerra primitiva, a guerra de todos contra todos é uma guerra de igualdade, nascida da igualdade e que se desenrola no elemento dessa igualdade. A guerra é o efeito imediato de uma não diferença, ou em todo caso, de diferenças insuficientes. (FOUCAULT, 2016, p. 75)

Assim, para Hobbes, o Estado é uma condição para a existência da própria sociedade, um não nasce a partir do outro, e sim nascem juntos, para a convivência na paz, logo, este poder soberano precisa ser ilimitado, assevera Hobbes:

Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concorda e pactua cada um com cada um dos outros que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos, decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens. (HOBBS, 2003, p. 117)

Dessa maneira, o Estado assim fundado torna-se o depositário do consenso, que não pode mais ser contestado. O soberano corporifica o consenso. Não existe um direito legítimo contra ele. (MAGNOLI, 2000, p. 28)

Este poder absoluto que perdurou do século XVI ao século XVIII, conhecido também como Antigo Regime, foi derrubado pela Revolução Francesa.

Significou, portanto a queda do regime absolutista do Rei Luís XVI e a ascensão da República, pondo fim à Idade Moderna e iniciando-se a Idade Contemporânea.

O marco inicial foi a tomada da Bastilha, considerada um símbolo do poder absoluto do Rei, e a promulgação pela Assembleia Constituinte em 1789 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Inquestionavelmente, consagrou o direito do cidadão em detrimento ao direito do súdito, assinalou, como sustenta Bobbio (2004), o fim de uma época e o início de outra, uma virada no gênero humano.

Dessa maneira, como explica Hunt (2009), houve outros instrumentos que proclamavam direitos aos súditos como, por exemplo, a Magna Carta de 1215 que formalizou os direitos dos barões ingleses em relação ao rei inglês; a Petição de Direitos de 1628 confirmando os direitos e liberdades dos súditos, e a *Bill of Rights* inglesa de 1689 validando os verdadeiros, antigos direitos e liberdade do povo do reino. Todo este instrumental, como pondera a autora, eram na verdade concessões realizadas pelo Rei aos súditos.

Logo, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, tinha de aspirar a escrever para a posteridade que os direitos não fluíam de um acordo entre o governante e os cidadãos, menos ainda de uma petição a ele ou de uma carta concedida por ele, mas antes da natureza dos próprios seres humanos. (HUNT, 2009, p. 115).

BOBBIO (2004, p.78), citando o grande historiador da Revolução Francesa George Lefebvre, discorre que proclamando a liberdade, igualdade e a soberania popular, a declaração foi o atestado de óbito do Antigo Regime, destruído pela Revolução. A liberdade, nos dois sentidos do termo, assevera Bobbio (1991, p.132) é verificada na autodeterminação, como autonomia, como a capacidade de se dar legislação, como a antítese de toda forma de poder paternal ou patriarcal, que havia caracterizado os tradicionais governos despóticos.

No entanto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como a Revolução Francesa, sofreram algumas críticas, no ponto observado por Bragato, de que a preocupação não era exatamente a extensão de direitos a uma vida digna a todos os seres humanos, mas garantias de exercício da liberdade a quem, pelas próprias forças, fosse capaz de exercê-la. (BRAGATO, 2016, p. 4).

Porque, se de um lado, representou a ascensão da burguesia e a ajuda das classes menos favorecidas para a tomada do poder, por outro lado, verificou-se que na verdade estes direitos foram proclamados para a própria burguesia que possuía

na época capital econômico, mas não possuía o poder que estava nas mãos da nobreza e do Rei.

E seguindo este mesmo entendimento, Wolkner e Maldonado afirmam que

Essas clássicas declarações que projetavam direitos como universais e gerais para todos os homens (os homens são livres e iguais) representavam os interesses e os privilégios de segmentos sociais ascendentes economicamente que buscavam instrumentos de proteção ao livre mercado e garantia de sua propriedade privada. Por trás destas enunciações solenes, gerais e humanistas de direitos, ocultavam-se discursivamente conceituações estreitas, abstratas e contraditórias. Constituiu-se, assim, de direitos idealizados para um homem burguês, racional e individualista. (WOLKNER E MALDONADO, 2016, p. 46/47)

Um crítico deste universalismo dos direitos é Karl Marx, especialmente em seu livro intitulado a Questão Judaica, no qual discorre que a Revolução Francesa trouxe avanços, como por exemplo, em relação aos estamentos que separavam os homens, também criou um novo homem abstrato e cuja abstração é o homem burguês. (VIEIRA, 2010, p. 128).

Para Karl Marx,

Portanto, nenhum dos assim chamados direitos humanos transcende o homem egoísta, o homem como membro da sociedade burguesa, a saber, como indivíduo recolhido ao seu interesse privado e ao seu capricho privado e separado da comunidade. Muito longe de conceberem o homem como um ente genérico, esses direitos deixam transparecer a vida do gênero, a sociedade, antes como uma moldura exterior ao indivíduo, como limitação de sua autonomia original. O único laço que os une é a necessidade natural, a carência e o interesse privado, a conservação de sua propriedade e de sua pessoa egoísta. (MARX, 2010, p. 61).

Neste momento é salutar a pergunta: ao conquistar os direitos inerentes a sua condição de ser humano foi, *per si*, uma garantia para que os seus direitos humanos fossem protegidos? Tal assertiva é infelizmente negativa porque mesmo nestas condições o indivíduo continuou sendo vítima das maiores atrocidades.

Neste sentido, há a visão de Arendt (2012) sobre o que proclamava a Declaração dos Direitos dos Homens e a sua relação com os povos novos que surgiram na Europa, depois da 1ª Guerra Mundial, como os apátridas e os refugiados. Assim, para a autora, a Declaração dos Direitos do Homem enunciou que o homem era agora a fonte da lei e não mais Deus ou os costumes da história, e que esta, representava uma proteção ao indivíduo que não estava a salvo nos Estados em que havia nascido, nem seguros de sua igualdade perante Deus.

Dessa maneira, Arendt (2012), entende que ao proclamar os direitos como inalienáveis, irreduzíveis e inseduzíveis, proclamou-se que o Homem era o único soberano em relação à lei da mesma forma que o povo era o único soberano em questões de governo (ARENDR, 2012, p. 396).

O paradoxo, todavia, na visão arendtiana e que se coaduna com a crítica de Marx, sobre o homem abstrato, está justamente no fato, de que qualquer homem, até o selvagem, poderia ter os seus direitos humanos, no entanto, como não vive em uma ordem social, não estaria então protegido e não possuiria direitos humanos.

Logo não é a sua condição humana que lhe assegura os direitos humanos, mas a sua capacidade de pertencer a um Estado. Estava, portanto, anunciada a resposta dada pelos colonizadores para os massacres nas colônias e também um fundamento para a escravidão do povo africano.

Não obstante, Arendt não se referir aos colonizados e aos africanos escravizados, a premissa coincide com a condição dos apátridas e refugiados, que eram humanos, mas não possuíam Estado.

Desse modo, a questão dos direitos humanos estaria atrelada intrinsecamente à questão da emancipação nacional. Arendt explica que

Somente a soberania emancipada do povo parecia capaz de assegurar-lhe a soberania do povo a que o indivíduo pertencia. Como a humanidade, desde a Revolução Francesa, era concebida à margem de uma família de nações, tornou-se gradualmente evidente que o povo, e não o indivíduo, representava a imagem do homem. (ARENDR, 2012, p. 396)

Dessa feita, torna-se evidente que a simples condição de ser humano não o tornava uma pessoa titular de direitos, percurso conquistado apenas com a Declaração de Direitos Humanos de 1948, e a plena capacidade de vindicar os seus direitos na esfera internacional.

As normativas internacionais, da mesma forma, prescrevem que independentemente da condição política do indivíduo dentro de um Estado, os mesmos estão protegidos contra qualquer ingerência ou violação aos direitos humanos proclamados.

E neste ponto, a problematização de Arendt, com os apátridas, os desnacionalizados, os refugiados que não pertenciam a nenhum Estado - “eram o refugio na terra” - e sua condição humana não lhe dava qualquer direito humano.

Nas palavras de Arendt

A calamidade dos que não têm direito não decorre do fato de terem sido privados da vida, da liberdade, ou da procura da felicidade, nem da igualdade perante a lei ou da liberdade de opinião - fórmulas que se destinavam a resolver os problemas dentro de certas comunidades - mas do fato de não pertencerem a qualquer comunidade. (ARENDR, 2012, p. 402)

Corroborando o mesmo entendimento de Arendt, entre os direitos do homem e o Estado-Nação, na visão de pertencimento a um Estado, diz Agamben:

As Declarações dos Direitos são, então, vistas como o lugar no qual se atua a passagem da soberania real de origem divina à soberania nacional. Elas asseguram a inserção da vida na nova ordem estatal que deverá suceder à queda do Ancien Régime. Que, através delas, o súdito se transforme em cidadão significa que o nascimento - ou seja, a vida nua natural - torna-se aqui pela primeira vez (com uma transformação cujas consequências biopolíticas só podemos calcular) o portador imediato da soberania. O princípio da natividade e o princípio de soberania, separados no Ancien Régime, unem-se agora irrevogavelmente para constituir o fundamento do novo Estado-Nação. (AGAMBEN, 2015, p. 28/29)

O nascimento do Estado-Nação, para Agamben, entretanto, traz um inconveniente, pois se funda na relação entre indivíduo e Estado, ou seja: o sujeito tem direito enquanto pertencente a um determinado Estado-Nação, que o protege a partir das garantias e direitos estabelecidos em seus documentos jurídicos (derivados de sua soberania) (FONSECA, 2012, p. 286).

Estas ponderações filosófico-históricas foram importantes para contextualizar o indivíduo nesta relação com o Estado, seguindo a ótica estatocrênica, com a primeira ruptura dada pela Revolução Francesa.

Assim, a Declaração advinda da Revolução Francesa, que proclama um Estado de Direito, no qual o homem abstrato é portador de direitos e deste modo, protegido pelo Estado e contra o Estado, não se sustenta, sendo a resposta dada pelos regimes totalitários para aniquilá-los e mandá-los às câmeras de gás a partir da sua “*condição como não-pessoa*”.

Dessa maneira, os precedentes históricos como o direito humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho contribuíram para a internacionalização e universalização dos direitos humanos, ao passo que surgem

novos tratados internacionais pautados na proteção do indivíduo contra o próprio Estado.

Nesta esteira, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal e ainda redefinir o *status* do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de Direito Internacional. (PIOVESAN, 2013, p.188)

Passa-se por fim, na criação das Nações Unidas em 1945, após o término da Segunda Guerra Mundial e a universalização dos direitos humanos na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que elenca os direitos de primeira, segunda e terceira geração.

Com a criação e a ratificação dos Pactos de Direitos Civis e Políticos e Pacto de Direito Econômico, Social e Cultural, num mundo que vivencia a Guerra-Fria, forma-se o sistema internacional de direitos humanos, ou seja, a Carta Internacional de Direitos Humanos.

## 1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O Direito internacional dos direitos humanos consolidou-se com a Organização das Nações Unidas em 1945 e a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. No entanto, outras fontes históricas foram marcantes para a construção destes direitos, rompendo a tradição internacionalista de que apenas os Estados eram de fato sujeitos do direito internacional. Dentre eles é importante citar: o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho.

O Direito Humanitário fora criado no século XIX, aplicável aos conflitos armados estabelecendo limites aos Estados conflitantes em relação aos combatentes e também em relação à população civil.

Na definição de Carvalho Ramos

um conjunto de normas jurídicas internacionais de origem convencional ou consuetudinária, que disciplina os conflitos armados, internacionais ou não internacionais, restringindo os meios e os métodos utilizados na guerra, assegurando direitos aos não combatentes (feridos, prisioneiros de guerra e civil) e também punindo aqueles que cometem violações a suas regras. (CARVALHO RAMOS, 2016 p. 73)

Inicialmente, a partir das Convenções de Genebra, ao proteger os indivíduos em caso de conflitos armados, foram pioneiras ao reconhecer o indivíduo como destinatário direto das obrigações estatais. Conta com outros instrumentos normativos, que segundo Carvalho Ramos seriam:

Direito de Haia, que congrega os principais tratados e os costumes referentes à limitação dos meios e dos métodos da guerra, o Direito de Genebra, que diz respeito ao tratamento a pessoas e a bens nos conflitos armados, Direito de Nova York, voltado aos direitos humanos em situações de conflitos armados e, ainda, ao desarmamento e à limitação de proliferação de certas armas e o Direito de Roma sendo este último instrumento que deu início ao Tribunal Penal Internacional e sua busca pela punição aos que violam o direito internacional humanitário (criminosos de guerra). (CARVALHO RAMOS, 2016 p. 73)

Na concepção de Cançado Trindade o próprio Direito Internacional Humanitário gradualmente se desvencilha de uma ótica obsoleta puramente interestatal, passando a dar ênfase crescente à luz do princípio da humanidade a pessoas protegidas, e a responsabilidade pela violação de seus direitos. (CANÇADO TRINDADE, 2012, p. 96)

Um grande exemplo da aplicação do princípio da humanidade é a utilização da Cláusula Martens: uma norma prevista em tratados internacionais com base em um costume internacional humanitário, pelo qual, nos casos não previstos expressamente pelo direito internacional humanitário, o indivíduo fica sob a proteção dos princípios gerais de respeito ao ser humano. (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 82). Na utilização desta cláusula, o indivíduo estava protegido do Estado, já que este não poderia alegar que uma norma não constava expressamente em um tratado e por isso não precisaria cumpri-la. Em detrimento desta alegação, todo e qualquer ato deveria estar prescrito pelo princípio da humanidade.

Cançado Trindade, afirma que, a Cláusula Martens foi concebida em benefício de todo o gênero humano mantendo, assim, a sua grande atualidade, caracterizada, na verdade, como expressão da *razão de humanidade* impondo limites à razão de Estado. (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 462)

Por sua vez, A Liga das Nações foi uma organização internacional, criada ao final da 1ª Guerra Mundial, que continha segundo Lafer componentes do modelo grociano e kantiano, ao buscar constitucionalizar as relações internacionais e limitar a soberania mediante o direito. Lafer (1994, p. 143).

A Liga das Nações trouxe como novidade o sistema de mandatos, o sistema de minorias e tinha como objetivo a paz e segurança mundial, condições justas e dignas de trabalho dentre outros temas, além é claro da limitação da soberania, como explica Piovesan (2013, p. 185).

Infelizmente tal organismo falhou em seus objetivos de manter a paz e, portanto, de cumprir com as suas funções, como pontua Lafer:

a sociedade das nações não teve, como é sabido, condições de evitar os desmandos internos e internacionais de soberania autoritárias e totalitárias. Esses desmandos que levaram a gravíssimas violações de direitos humanos estão na raiz da Segunda Guerra Mundial, como não deixaram de apontar os realistas inspirados por Maquiavel e Hobbes - e o livro de Carr - neste sentido é exemplar. (LAFER, 1994, p. 143)

E o último antecedente histórico é a OIT – Organização Internacional do Trabalho, que foi criada também após a Primeira Guerra Mundial pelo Tratado de Versalhes com o objetivo de regulamentar as condições de trabalho na seara internacional, sendo que a edição de inúmeras convenções e resoluções internacionais promove a promoção e proteção da pessoa humana.

Esta organização internacional ao tratar das matérias referentes aos direitos sociais inova mesmo na presença da Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, saindo do foco da guerra e das relações diplomáticas, sendo um importante precedente para o direito internacional dos direitos humanos. Foi incorporada como agência especializada em 1946 pela Organização das Nações Unidas.

A sua inovação é relevante, visto que se trata da única organização Tripartite, composta de um representante do empregador, um representante dos empregados e um representante do País.

No entendimento de Lafer

o objetivo desta organização internacional especializada voltou-se para a padronização e harmonização, em nível adequado, das condições de trabalho, mediante a negociação e a celebração de convênios internacionais. São fontes materiais que levam a OIT e as suas atividades à

ideia do pacifismo social, a inquietação operária, a importância de dar uma resposta política ao desafio da revolução russa e o problema do assim chamado “dumping social” ou seja, o impacto das condições de trabalho no mundo e suas consequências para a concorrência entre os países, em matéria de comércio internacional. (LAFER, 2015, p.10)

Assim, pode-se afirmar que estes precedentes históricos serviram para demarcar o final de uma era fundamentada na soberania estatal e absoluta dos Estados, considerados até então como os únicos sujeitos de direito internacional, emergindo uma nova concepção de que os indivíduos não são apenas objetos, mas sujeitos de direito internacional.

Esta nova perspectiva para a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos ocorre de fato, após a Segunda Guerra Mundial com a criação da Organização das Nações Unidas em 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

### 1.3 A FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Das muitas teorias que procuram entender as causas que deflagraram a Segunda Guerra Mundial, sem dúvida a mais unânime fundamenta-se na assinatura do Tratado de Versalhes, após a 1ª Guerra Mundial. O Tratado de Versalhes que criou a Liga das Nações e o preceito da paz entre os povos, também trouxe à Alemanha derrotada, muitas restrições, desde a perda de territórios até cobrança de valores pela derrota na 1ª Guerra Mundial.

Ao analisar as causas da Segunda Guerra Mundial, Hobsbawm evidencia que há um processo de continuidade entre 1914 e 1945.

Sobre o Tratado de Versalhes o historiador Eric Hobsbawm alerta:

Na República de Weimar, virtualmente todos os alemães, inclusive os comunistas, estavam totalmente convencidos da injustiça intolerável do Tratado de Versalhes, e a luta contra esse tratado foi uma das maiores forças de mobilização de massa em todos os partidos, de direita ou de esquerda. (HOBSBAWN, 2008, p. 172)

Havia, portanto, um consenso do povo alemão de que todos os problemas políticos e econômicos sentidos principalmente na Alemanha eram oriundos da assinatura do Tratado de Versalhes. Este ambiente foi propício para a propagação da superioridade da raça alemã, baseada no ultranacionalismo e que se concretizou com a ascensão de Adolf Hitler ao poder na Alemanha e a formação do Estado Totalitário.

No curso da Segunda Guerra Mundial, são realizadas como verdadeiro plano de governo-Razão de Estado, leis baseadas na superioridade ariana, processos de higienização consistente na morte de deficientes físicos e mentais, e o aniquilamento de raças consideradas inferiores - judia - em nome de uma raça pura/ariana, assim nas palavras de Todorov:

seu cientificismo já não invoca as leis da história, mas da biologia, que os nazistas descobrem numa versão do darwinismo social adaptada a suas necessidades. Baseando-se em suas supostas conquistas, eles podem tranquilamente visar ao desaparecimento das “raças inferiores”.  
(TODOROV, 2012, p.52):

As leis e as políticas de Estado consideradas totalitárias são marcas indeléveis da caracterização dos seres humanos neste regime - “supérfluos e descartáveis”, representam uma constatação frontal à ideia do valor da pessoa humana enquanto valor-fonte de todos os valores políticos, sociais e econômicos e destarte, o fundamento último da legitimidade da ordem jurídica. Lafer (1988, p. 19)

Em termos étnicos, o Holocausto foi um dos piores massacres da humanidade, na máxima de uma razão de Estado demonstrando com isso que mesmo os Estados soberanos não são capazes de proteger os indivíduos de sua própria barbárie. Para Bauman:

o Holocausto foi um acontecimento sem precedentes. Em praticamente cada um dos aspectos ele é único e não permite comparação com outros massacres, não importa quão sangrentos, praticados contra grupos previamente classificados como estranhos, hostis ou perigosos. (BAUMAN, 1998, p. 52)

Assim, ao final da Segunda Guerra Mundial o mundo ficou conhecendo os horrores perpetrados pelos nazistas nos campos de concentração, e como adverte Hobsbawn:

a catástrofe humana desencadeada pela Segunda Guerra Mundial é quase certamente a maior da história humana. O aspecto menos importante dessa

catástrofe é que a humanidade aprendeu a viver num mundo em que a matança, a tortura e o exílio em massa se tornaram experiências do dia-a-dia que não mais notamos. ( HOBBSAWN, 1996, p. 57)

Fruto desta forma de conceber o mundo, no qual os indivíduos eram excluídos como sujeitos de direitos, não passando de simples objeto de Estado, e diante das barbaridades cometidas por esta concepção, é fundada a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945. Segundo Ferrajoli:

A Carta da ONU assinala, em suma, o nascimento de um novo direito internacional e o fim do velho paradigma - o modelo Vestefália -, que se firmaram três séculos antes com o término de outra guerra europeia de trinta anos. Tal carta equivale a um verdadeiro contrato social internacional-histórico e não metafórico efetivo ato constituinte e não simples hipótese teórica ou filosófica-, com o qual o direito internacional muda estruturalmente, transformando-se de sistema pactício, baseado em tratados bilaterais inter pares (entre partes homogêneas), num verdadeiro ordenamento jurídico supra-estatal, não mais um simples *pactum associationis* (pacto associativo), mas também *pactum subjectionis* (pacto de sujeição). (FERRAJOLI, 2002, p.40-41)

Surge, enfim, o princípio de que todo ser humano possui direitos inerentes à condição de pessoa humana, assinalando que o tratamento dado às pessoas no âmbito do Estado não era mais um problema de jurisdição interna e sim, uma questão de obrigação internacional e de respeito à comunidade internacional.

Como se vê a Carta da ONU de 1945 objetivou como sugere Lafer (1995, p.169), “a civilizar o anárquico estado de natureza da guerra de todos contra todos, que o realismo da visão maquiavélico-hobbesiana identifica como sendo a característica definidora da vida internacional”.

A Carta da ONU de 1945 em que pese prescrever a importância do respeito aos direitos humanos, não os definia. Assim, a necessidade de elaboração de um documento que definisse tais conceitos e, quais seriam os limites e as possíveis restrições a que poderia estar sujeito no exercício dos seus direitos humanos.

Tampouco, como assinala Ledesma, indicava quais os recursos que tem o indivíduo no caso de violações desses direitos e nem as instâncias internacionais, ou em que condições. (LEDESMA, p.109, tradução em português).

Neste caso para cobrir a lacuna deixada pela Carta da ONU de 1945, foi elaborada a Carta de São Francisco de 1948. A elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 ocorreu após a realização de três sessões na

Comissão dos Direitos Humanos na ONU, com a aprovação pela III Sessão da Assembleia Geral, em 10 de dezembro de 1948.

Foram 48 países a favor e oito abstenções (África do Sul, Arábia Saudita, Bielorrússia, Iugoslávia, Polônia, Tchecoslováquia Ucrânia e União Soviética) sem nenhum voto contrário.

A promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 definia e proclamava os direitos e as liberdades fundamentais, enunciando o caráter de universalidade para todos os povos, com o princípio da dignidade da pessoa humana. Assentado, como princípio vetor de todos os outros princípios, reafirmava a flexibilização da soberania, posto que foi este o argumento utilizado pelos Estados para a perpetração da barbárie contra os seus nacionais ou estrangeiros.

#### Na visão de Comparato

a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, conforme assinala seu artigo II. (COMPARATO, 2005, p.225)

A verdade é que a declaração trouxe a afirmação do ser humano para todos os países do Globo e a proteção contra qualquer violência estatal. Neste sentido as palavras magistrais de Bobbio:

Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade - toda a humanidade - partilha alguns valores comuns; e podemos finalmente crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens. (BOBBIO, 2004, p.28):

Desse modo, para Bobbio (2004), a Declaração de 1948 foi uma terceira e última fase para a afirmação dos direitos como universais e positivados. Na concepção de universalidade, os destinatários destes princípios não são mais apenas os cidadãos desse ou aquele Estado, mas todos os homens.

E positivados, porque os direitos humanos não seriam só proclamados ou reconhecidos de forma ideal, mas efetivamente protegidos mesmo contra o próprio Estado que os viola.

Neste mesmo sentido, a ONU e a Declaração de 1948 operam uma grande mudança, o ser humano que era problema reservado ao Estado passou a ser protegido internacionalmente. Assinala Piovesan que:

a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida e que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos – isto é transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania, centrada no Estado, para uma concepção “kantiana” de soberania, centrada na cidadania universal, e 2º) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos. (PIOVESAN, 2015, p. 48)

É desencadeado o processo de humanização da ordem internacional, com o direito internacional dos direitos humanos. É um direito ideológico, no sentido que parte da noção de superioridade dos atributos inerentes à dignidade humana, cuja inviolabilidade deve ser respeitada a todo o momento pelo Estado. (Nikken, p. 22)

No entendimento de Carillo Salcedo, o direito internacional dos direitos humanos representa um encontro com os clássicos do direito das gentes, em especial, com o pensamento de Francisco de Vitória, na medida em que:

A referência à pessoa e à comunidade internacional tem que substituir o conceito clássico de sociedade internacional (como grupo social atomizado e fragmentado, composto por umas relações bilaterais dominadas pelos interesses nacionais, pela visão de uma comunidade interdependente, unida e solidária, que começa a ser uma realidade histórica, ou ao menor uma ordem em potência, e deixa de ser um mito ou uma mera aspiração entre os espíritos dos homens. (CARILLO SALCEDO, p. 79/80).

No entanto, não bastava a Declaração Universal de 1948, já que a mesma possuía natureza principiológica, sendo necessária a criação de Tratados Internacionais, para garantia internacional dos direitos humanos. Esta garantia ocorreu a partir da adoção e entrada em vigor dos tratados através dos quais as partes obrigam-se a respeitar os direitos assim proclamados, e estabeleciam ao mesmo tempo os meios internacionais para a sua tutela. (NIKKEN, 1989, p.74)

Nesta ótica, para Bobbio, o problema não é mais em relação à fundamentação dos direitos humanos, já que este seria universal, o problema residiria em

saber o quê e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e fundamento, sejam eles direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas qual é a forma mais segura de garantir-lhes, para evitar que declarações solenes, sejam continuamente violadas. (BOBBIO, p. 64)

Em consequência disso, não bastaria à titularidade dos direitos e deveres no plano internacional do indivíduo, mas a capacidade processual para fazer valer estes direitos e participar diretamente nos procedimentos perante os tribunais internacionais.

#### 1.4 O INDIVÍDUO COMO TITULAR DA CAPACIDADE PROCESSUAL INTERNACIONAL: ASPECTOS HISTÓRICOS.

O direito internacional clássico caracterizou-se num cenário de relações interestatais constituída de comunidades internacionais. Assim, os únicos sujeitos de direito internacional eram os Estados. Desse modo para Accioly: “no direito internacional clássico, o sujeito por excelência do direito internacional, embora não mais se possa sustentar ser o único, era o Estado, tal como se definia a partir de seu ordenamento interno”. (ACCIOLY, 2002. p. 234).

Ao passo que, o indivíduo neste cenário tradicional existia por meio do Estado, condicionado pela própria noção de Estado e pela posição de relações interestatais, sendo um exemplo desta situação, a figura de proteção diplomática.(PEREZ-LEON, 2008, p.601)

A capacidade processual tem alguns antecedentes no Direito Internacional os quais serão analisados por sua importância histórica bem como a relação com o prévio esgotamento dos recursos internos que a partir do direito internacional dos direitos humanos, encontra uma maior flexibilização em prol da defesa do indivíduo na esfera internacional.

##### **1.4.1 Corte Centroamericana de Justiça (1907-1917).**

A Corte Centroamericana de Justiça foi o primeiro tribunal com jurisdição internacional de que se tem conhecimento. Foi constituído por cinco países centro-americanos (Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicarágua e Costa Rica), no início do século XX, em 1907, durante a Conferência de Washington. (SORTO, 1999, p. 275).

A grande importância deste tribunal para a história do indivíduo na esfera internacional foi justamente aceitar o acesso direto do mesmo à justiça internacional, sem, contudo, a interferência do Estado. De acordo com Burelli:

constituiu o primeiro precedente mundial sobre o acesso de indivíduos perante um tribunal internacional. Também poderia conhecer de questões colocadas por particulares de um país centro-americano contra um dos outros Governos Contratantes por violação de tratados ou convenções e com outros casos internacionais, independentemente de seu governo apoiar ou não esse pedido, o que pode ser interpretado como um importante antecedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (BURELLI, p. 98)

Os indivíduos, para acessar o tribunal, deveriam antes esgotar os recursos internos, demonstrando com isso o caráter subsidiário do sistema internacional de justiça.

A Corte Centroamericana de Justiça funcionou por aproximadamente 10 anos, entre os anos de 1907 e 1917, e possibilitou ao indivíduo o acesso a esta Corte, em uma época que vigorava apenas relações interestatais, assim para Seara Vasquez, apesar de sua curta duração demonstrou claramente o seu caráter audaz, por um tempo que ainda não estava pronto para aceitá-los. (SEARA VASQUEZ, 1962, p. 223).

#### **1.4.2 Tribunal de Nuremberg e de Tóquio (1945-1947)**

Com o término da 2ª Guerra Mundial, os países aliados (EUA, Inglaterra França e União Soviética) reuniram-se para criar um tribunal que julgasse os oficiais nazistas do 3º Reich, por crimes contra a humanidade e de guerra.

A partir do Acordo de Londres, em 08 de agosto de 1945, foi instituído o Ato Constitutivo do Tribunal Militar Internacional concernente ao processo e punição dos grandes criminosos de guerra das Potências Europeias do Eixo e o Estatuto do Tribunal Militar Internacional. (ACCIOLY, 2002, p. 554).

Para tanto, a grande crítica em relação à constituição deste tribunal foi o fato de ter sido adotado após a prática das condutas incriminadoras, assim os fatos praticados são anteriores a constituição deste tribunal. Neste sentido Piovesan:

Esse Tribunal, voltado à responsabilização criminal de indivíduos, tinha jurisdição para processar crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes

contra a humanidade (art. 6), alcançando até mesmo indivíduos anteriormente respaldados por imunidades, como os Chefes de Estado (art. 8). O Tribunal de Nuremberg foi criticado por ter sido constituído após o cometimento dos crimes, por ter aplicado, retroativamente, leis penais. E por ter se caracterizado como um “tribunal dos vencedores”, voltado à retribuição. (PIOVESAN, 2009, p. 157)

E na região do Pacífico, após a rendição dos japoneses, e seguindo os princípios análogos aos de Nuremberg, foi adotado pelo Estatuto da Corte Militar Internacional o Tribunal de Tóquio, encarregado de julgar os grandes criminosos de guerra no Extremo Oriente (promulgado em Tóquio, em 19 de janeiro de 1946). (ACCIOLY, 2002, p. 555).

Diversamente de outros tribunais internacionais este julgaria indivíduos, na condição de sujeito passivo, logo, como responsáveis diretos por violações aos direitos humanos. Conforme Seara Vasquez:

O Tribunal Militar Internacional de Nuremberg mais tarde se tornaria o primeiro exemplo de um Tribunal Penal Internacional que tratava diretamente de indivíduos. No entanto, para este Tribunal, os indivíduos não apareceram no papel dos demandantes, mas no papel dos réus. (SEARA VASQUEZ, 1962, p. 223)

O grande paradigma trazido pelo Tribunal de Nuremberg na visão de Perez-Leon foi a mudança de mentalidade quando afirmava que o direito internacional só era aplicado aos Estados. Demonstrou que ao contrário desta assertiva, os indivíduos podiam ser encontrados culpados por crimes sob o direito internacional e podiam ser sancionados de acordo com a sua capacidade pessoal. (PEREZ-LEON, 2008, p. 603)

### **1.4.3 Proteção Diplomática**

O conceito e o objeto da proteção diplomática são definidos por Rezek, como:

Seu objeto é o particular— indivíduo ou empresa — que, no exterior, seja vítima de um procedimento estatal arbitrário, e que, em desigualdade de condições frente ao governo estrangeiro responsável pelo ilícito que lhe causou dano, pede ao seu Estado de origem que lhe tome as dores, fazendo da reclamação uma autêntica demanda entre personalidades de direito internacional público. (REZEK, 2008, p. 322)

Para tanto, a proteção diplomática pode ser considerada uma manifestação do surgimento do indivíduo no plano internacional, em que pese ainda não existir uma titularidade direta que só ocorre com a Carta da ONU e posteriormente com a Declaração Universal de 1948. A proteção diplomática, nos dizeres de Burgenthal, é quando um Estado violou a obrigação de tratar os estrangeiros de acordo com os padrões internacionais do padrão mínimo, o Estado da nacionalidade dos afetados poderia recorrer ao direito internacional para obter satisfação e reparação por parte do Estado que o cometeu. (BURGENTHAL, 1990, p. 14).

No entanto, o mesmo autor faz uma ressalva de que a referida proteção diplomática só é válida para os estrangeiros, ficando excluídos desta proteção os apátridas e os nacionais do Estado ofensor.

No âmbito do continente americano, por outro lado, a doutrina formula o princípio da não discriminação, na qual os estrangeiros deveriam receber o mesmo tratamento dos nacionais, e mais de acordo com a Cláusula Calvo, os estrangeiros poderiam renunciar expressamente ou tacitamente à proteção diplomática ao Estado de sua nacionalidade. (BURGENTHAL, 1990, p. 15)

Assim sendo, na proteção diplomática ocorre uma interferência do Estado na defesa do estrangeiro, evidenciando com isso que somente os Estados poderiam ser sujeitos do direito internacional.

Por outro lado, no sistema das petições individuais no direito internacional dos direitos humanos, as mesmas são encaminhadas diretamente pelos indivíduos, não há intervenção do Estado, sendo esta, parte do procedimento, e não como outrora, verdadeiros representantes das vítimas e sujeitos internacionais exclusivos.

#### **1.4.4 O sistema de petições na ONU.**

Os sistemas de justiça internacionais anteriormente relatados demonstram ainda uma embrionária possibilidade de acesso do indivíduo ao sistema de justiça internacional, ora como sujeitos ativos, no caso da Corte Centroamericana, ora como sujeitos passivos, como nos Tribunais de Nuremberg e Tóquio só para citar alguns exemplos.

O sistema global de direitos humanos compreende a Carta da ONU de 1945, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, os Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e os seus

protocolos, bem como as Convenções Internacionais. Na lição de Piovesan, sobre a natureza dos mecanismos de proteção:

Este sistema normativo, por sua vez, é integrado por instrumentos de alcance geral (como os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966) e por instrumentos de alcance específico, como as Convenções internacionais que buscam responder a determinadas violações de direitos humanos, como a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, dentre outras formas de violação. (PIOVESAN, 2017, p.92)

Ainda no âmbito da ONU, a capacidade processual do indivíduo ocorreu efetivamente na elaboração de dois Tratados Internacionais que não só positivaram os direitos esculpidos na Declaração Universal de 1948, mas trouxeram novos direitos a serem protegidos, sendo o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

Em relação à sistemática para assegurar a observância dos direitos assegurados no Pacto, institui-se um Comitê de Direitos Humanos como principal órgão de monitoramento. Os Estados-Partes ao ratificarem o Pacto estariam sujeitos a encaminhar relatórios do que está sendo feito em termos legislativos, administrativos e judiciários para implementar esses direitos na esfera interna.

Também estabelece as comunicações interestatais através de uma declaração dos Estados reconhecendo esta competência do Comitê, assim, um Estado-Parte pode alegar haver outro Estado-Parte incorrido em violação aos direitos humanos enunciados no tratado (PIOVESAN, 2013, p. 75), no entanto os mesmos estão previstos como cláusula facultativa, isto é, as comunicações interestatais só podem ser admitidas se os Estados envolvidos, ambos ("denunciador" e "denunciado"), reconhecerem e aceitarem tal sistemática. (PIOVESAN, 2013, p. 75)

Foi, portanto, na criação do Comitê de Direitos Humanos que as denúncias feitas por particulares e presumivelmente vítimas puderam ser aceitas, sendo instituídas a partir do Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos, com a necessidade de ratificação pelos Estados-Partes.

Para Perez-Leon, os sistemas de petições individuais constituem o mecanismo mais inovador dado para a garantia no cumprimento do regime de proteção dos tratados de direitos humanos. (PEREZ-LEON, 2008, p. 618/619).

Destaca-se que no sistema universal de direitos humanos, além do Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos, outras cinco convenções contêm dispositivos para que sejam aceitas as petições individuais: o Protocolo Facultativo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção contra a Tortura, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, a Convenção de Proteção das Pessoas com Deficiência.

Foram citadas as normativas internacionais para apresentar um panorama geral dos mecanismos de proteção de direitos humanos no âmbito do sistema ONU e para demonstrar a ocorrência deste sistema de petições individuais que encontra amparo nestes Tratados Internacionais e Convenções.

As petições individuais são para o indivíduo, uma última tentativa para a busca da realização da justiça, posto que, as violações de direitos humanos já ocorreram e o Estado com seus mecanismos internos não conseguiram prever ou punir tais violações, e nos dizeres de Villán Durán:

se trata de um procedimento internacional concebido como subsidiário dos procedimentos judiciais nacionais próprios de um país democrático, regido pelo Estado de Direito. Esgotados sem êxito os recursos internos, a vítima poderá acudir um Comitê determinado para solicitar a tutela de seus direitos violados. (VILLÁN DURAN, p. 48, tradução em português)

Ao atestar o caráter subsidiário do sistema internacional, demonstra-se a necessidade em todos os procedimentos de se esgotar os recursos internos, sendo esta uma condição para que as denúncias sejam aceitas. A respeito do prévio esgotamento dos recursos internos, comenta Cançado Trindade:

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 petionários, mas na prevenção de violações e na pronta reparação dos danos. Ao dever dos petionários de esgotar os recursos de direito interno corresponde o dever dos Estados de prover recursos internos eficazes, como duas faces da mesma moeda. (CANÇADO TRINDADE, 2000, p.20)

Os Comitês de Direitos Humanos criados a partir dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos bem como aqueles criados a partir das Convenções Internacionais, em que pese receber as petições individuais contendo violações de direitos humanos, não possuem um caráter judicial em seu sentido estrito.

Isto quer dizer que a sentença emitida pelo Comitê não é vinculante e oponível ao Estado, mas a prática revela que os Estados tendem a respeitar os pareceres do Comitê e, como regra geral, eles tentam cumprir as medidas de reparação prescritas. (VILLAN DURAN, 2004, p. 51)

No âmbito da ONU, o principal órgão judicial, a Corte Internacional de Justiça, com sede em Haia, não possibilita o acesso direto do indivíduo, apenas dos Estados. Na sua função contenciosa, restringe por uma limitação de sua competência, o *ratione personae*: somente os Estados podem apresentar casos contenciosos à Corte (artigo 34(1) do seu Estatuto). Trata-se de um mecanismo rigidamente interestatal. (CANÇADO TRINDADE, 2013, p.21/22)

Entretanto, um dos grandes defensores do acesso direto do indivíduo nos órgãos jurisdicionais internacionais, o jurista Cançado Trindade, que é juiz desta Corte de Justiça, discorre que o fato do mecanismo ser interestatal (em meu entender inadequado em nossos dias) não significa que o raciocínio da Corte na fundamentação de uma Sentença tenha que ter presentes tão só nos Estados e seus interesses. (CANÇADO TRINDADE, 2013, p.23).

Analisando a capacidade processual do indivíduo no cenário internacional foi possível verificar que se encontra superada a tensão acerca da condição do indivíduo como sujeito do direito internacional. Conforme ensina Cançado Trindade:

A consolidação da personalidade jurídica internacional dos indivíduos, seja como sujeito passivo ou ativo do direito internacional, melhora a prestação de contas no direito internacional em relação aos abusos perpetrados contra a humanidade. Assim, os indivíduos também são portadores de deveres para a luz do Direito Internacional, o que reflete a consolidação de sua personalidade jurídica internacional. (CANÇADO TRINDADE, 2012, p.32)

A evolução do direito internacional dos direitos humanos deve ser compreendida a partir de processos históricos de lutas por estes direitos e que culminaram com as normativas internacionais de proteção e promoção dos direitos humanos. Desse modo, para Escrivão Filho e Souza Junior, esta evolução acarretou uma mudança da perspectiva da titularidade dos direitos supra estatal. Registram esses autores que

De um lado, a afirmação desta titularidade supra estatal rompe com as rígidas fronteiras da soberania, sobretudo no que diz respeito ao monopólio do direito e da força que o Estado possuía em relação a sua população. De outro lado, institui-se também uma alteração no âmbito da política internacional, na medida em que agora o indivíduo, os sujeitos coletivos de

direito e as organizações da sociedade civil passam a constituir-se enquanto agentes que atuam e são protegidos no cenário internacional, para além e até mesmo contra os Estados, que eram conhecidos como os únicos atores reconhecidos no âmbito das relações internacionais. (ESCRIVAO FILHO E SOUZA JUNIOR, 2016, p.55)

Os contextos históricos apresentados demonstraram os avanços nos mecanismos de proteção de direitos humanos, tanto no âmbito global da ONU como pela criação de mecanismos regionais de proteção de direitos humanos que foram um marco de proteção para a Europa, América e África.

O sistema interamericano de direitos humanos que será investigado no próximo capítulo procura analisar a América Latina, em nossa experiência histórica, sociopolítica e jurídica, que perpassa um passado de dominação e de exclusão, mas que possui neste sistema regional, um importante instrumento de proteção dos direitos humanos.

Nas vivências dos países latino-americanos, com os regimes ditatoriais que hodiernamente cometerem maciças violações de direitos humanos, os indivíduos contavam apenas com a Comissão Interamericana para proteger tais direitos. A criação da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, na cidade de São José na Costa Rica, conduz ao principal instrumento regional de proteção.

Em relação à Convenção serão analisados os seus dois mecanismos de monitoramento: a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana bem como os requisitos de admissibilidade para que uma denúncia de violação dos direitos humanos seja recebida pela Comissão Interamericana. Nos requisitos de admissibilidade o trabalho vai se pautar quase que exclusivamente no prévio esgotamento dos recursos internos, ao final deste segundo capítulo, na Corte Interamericana e nas suas duas funções: consultiva e contenciosa.

E como as mudanças nos regulamentos da Corte possibilitaram o acesso aos indivíduos em todas as etapas do procedimento, mormente, a sua titularidade como sujeito de direito internacional.

No caso do Brasil, a ratificação da Convenção só ocorreu em 1992, e a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, transformando o Brasil num país que ratifica quase todos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

## 2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: DO CONTEXTO POLÍTICO E SOCIO-HISTÓRICO LATINO-AMERICANO À DECLARAÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

Neste momento, para a compreensão do sistema interamericano de direitos humanos, necessário se faz, a partir de uma perspectiva histórica, política e social, explorar as fontes latino-americanas tanto da história dos direitos humanos quanto da criação do sistema de proteção e promoção dos direitos humanos.

O ponto decisivo para muitos historiadores e filósofos, para a história das Américas, é a sua invasão em 1492, aonde se forma a ideia da modernidade e da colonialidade. E parte-se desta premissa, porque significou

genocídio físico, material e espiritual de uma diversidade de cosmovisões e modelos de organização alternativos ao vigente na atualidade, e principalmente direta e indiretamente o extermínio de milhões de seres humanos. No plano econômico, significou o saque incansável das nossas riquezas naturais por meio da exploração do trabalho, seja escravocrata e/ou servil de grandes massas populacionais subjugadas aos interesses de uma pequena casta de proprietários. (WOLKNER E MALDONADO, 2016, p. 47)

Os povos recém-descobertos na visão europeia eram bárbaros, já que falavam um idioma desconhecido; havia uma relação muito estreita com a natureza e seus elementos, e não possuíam um Estado, nos moldes eurocêntricos hegemônicos. Desse modo, a negação da humanidade de certas “raças”, na objetivação do conceito de bárbaro tem servido ao longo da história para justificar uma série de opressões e injustiças (WOLKNER E MALDONADO, 2016, p. 47).

No plano histórico é facilmente verificável na memorável Controvérsia de Valadoid, protagonizado por dois grandes homens de seu tempo, Juan-Ginés de Sepúlveda, historiador oficial de Carlos V, rei da Espanha, e Bartolomeu de las Casas. Para Sepúlveda, os índios não seriam pessoas do mesmo modo que os civilizados, mas representariam uma forma inferior de humanidade. Posto isso,

A primeira razão (da justiça desta guerra e conquista) é que, sendo por natureza servos, os homens bárbaros (índios), incultos e inumanos, se negam a admitir o império dos que são mais prudentes, poderosos e perfeitos do que eles; império que lhes traria grandíssimas utilidades (*magnas commoditates*), sendo, além disto, coisa justa por direito natural que a matéria obedeça à forma, o corpo à alma, o apetite à razão, os brutos

ao homem, a mulher ao marido, o imperfeito ao perfeito, o pior ao melhor, para o bem de todos (DUSSEL, 1993, p. 75).

Contudo para Bartolomeu de las Casas, os índios são seres humanos, não animais e não há hierarquias entre um e outro: todos são iguais. (RANGEL, 2009 p.23 ). Dessa maneira, suplicava a Coroa Espanhola que rompesse com estas condutas:

A causa (final), porque os cristãos mataram e destruíram tantas e tais e tão infinito número de almas foi somente por terem como seu fim último o ouro e se encher de riqueza em pouquíssimos dias e subir a estados muito altos e sem proporção a suas pessoas. (A causa foi) pela insaciável cobiça e ambição que tiveram.... Devo suplicar a Sua Majestade com insistência importuna, que não conceda nem permita aquela que os tiranos inventaram, prosseguiram e cometeram, e que chamam conquista (DUSSEL, 1993, p. 42).

Assim, conforme observa Ruiz, não há dúvida de que Francisco de Vitória assim como Bartolomeu de las Casas influenciaram na construção de um discurso de direitos humanos baseado na interpelação da alteridade das vítimas com uma finalidade estritamente política: desconstruir o discurso legitimador da dominação européia sobre os povos indígenas. (RUIZ, 2008, p. 2)

Partindo deste período histórico como da exploração e genocídio dos povos originários, forma-se uma relação umbilical entre modernidade-colonialidade e a formação capitalista nos países dependentes. (WOLKNER-MALDONADO, 2016, p.47).

De outro modo e em fase distinta, a independência dos países latino-americanos é na visão de Zafaroni

a luta latino-americana pela realização dos direitos humanos que não podem ser outra coisa que a luta contra o colonialismo em sua fase superior, e que adquire a prioridade pela luta por direito ao desenvolvimento humanos cuja premissa é a independência. (ZAFARONI, 2015, p. 84, tradução em português)

Nos dizeres de Zaffaroni, atravessamos três fases do colonialismo em nosso continente. Um primeiro colonialismo originário, que terminou com o desaparecimento da exploração escravocrata, posto que a nova hegemonia britânica necessitava de mercado para exportar a sua produção excedente e manter a competitividade dos mercados. A segunda fase proposta pelo autor é a do neocolonialismo, sendo uma fase bem longa que foi dividida em:

a primeira, desde o fim das guerras civis e consolidação dos estados até 1910 (as repúblicas oligárquicas); o segundo, desde aquela data até os anos sessenta (confronto de populismos e antipopulismos); o último, desde então até os anos oitenta (decadência genocida e segurança nacional). (ZAFARONI, 2015, p. 35, tradução em português)

Nossa história latino-americana e o sistema interamericano de direitos humanos possuem uma relação intrínseca, pois conforme assinalado, os direitos humanos são processos de lutas baseados na sujeição/dominação do poder.

Desse modo, o sistema interamericano de direitos humanos constitui-se de uma gama de instrumentos que possibilitam a defesa e a promoção dos direitos humanos nas Américas. Para Cançado Trindade (1996) o sistema interamericano passou por cinco etapas, sendo importantes neste tópico, as quatro primeiras, a saber:

O primeiro, o dos antecedentes do sistema, foi marcado pela mistura de instrumentos de efeitos jurídicos variáveis (convenções e resoluções voltadas para certas situações ou categorias de direitos). O segundo, o da formação do sistema interamericano de proteção, caracterizou-se pelo papel solitário protagonista da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela expansão gradual de seus poderes. A terceira, a institucionalização convencional do sistema, evoluiu a partir da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A quarta etapa, que se desenvolve desde o início dos anos oitenta, é a consolidação do sistema, através da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (CANÇADO TRINDADE, 1996, p. 47-48, tradução em português)

Inicialmente as conferências e as reuniões interamericanas foram importantes antecedentes históricos e cruciais para a efetivação dos instrumentos de promoção e proteção dos direitos humanos na América, fomentando discussões especificamente para a criação de uma declaração de direitos dos homens e de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A importância do sistema interamericano para os povos que aqui habitam é demonstrada por Piovesan:

Considerando o contexto latino-americano — marcado por graves e sistemáticas violações de direitos humanos, por profundas desigualdades sociais e por democracias ainda em fase de consolidação, que intentam romper com o denso legado dos regimes autoritários — pode-se concluir que o sistema interamericano salvou e continua salvando muitas vidas, tem contribuído de forma decisiva para a consolidação do Estado de Direito e das democracias na região, tem combatido a impunidade e tem assegurado às vítimas o direito à esperança de que a justiça seja feita e os direitos humanos respeitados. (PIOVESAN, 2008, p. 78)

A partir destas resoluções é aprovado um dos mais importantes instrumentos jurídicos, qual seja: a Declaração Americana de Direitos Humanos, promulgada em abril de 1948. A sua importância é facilmente verificada a partir dos Casos levados a Comissão Interamericana, a Opinião Consultiva 10/89 no qual a Corte Interamericana sustenta que “a Declaração Americana é uma fonte de obrigações internacionais para os Estados Membros da OEA de acordo com a Carta Constitutiva”, bem como dos julgados na Corte Interamericana além, é claro, de sua influência nas Constituições dos países americanos.

No ano de sua criação também é fundada a Organização dos Estados Americanos, o mais antigo Órgão Regional, que possui correspondente na Carta de ONU de 1945, sendo integrada por 35 Estados-Membros.

Ainda assim faltava ao sistema interamericano um tratado internacional, com força jurídica, sendo que em 1969 é editada a Convenção Americana de Direitos Humanos, na cidade de São José da Costa Rica, que entra em vigor no ano de 1978, considerado o mais importante instrumento normativo do sistema interamericano de direitos humanos.

Nos seus dispositivos tem-se, além dos direitos e deveres dos indivíduos, a obrigação dos Estados no cumprimento de seus preceitos. Na sua normativa traz dois instrumentos de monitoramento e consulta: A Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana ao contrário da Corte é um órgão tanto da OEA como da Convenção Americana e sua criação é anterior a esta. Na sua constituição foi um importante instrumento de promoção e proteção de direitos humanos, tendo inclusive atuado em diversos países que passaram por guerra civil como Honduras e nos regimes ditatoriais, com visitas in loco, como por exemplo, na Argentina e no Chile. A Comissão tem sido um relevante ator no processo de democratização nas Américas. (PIOVESAN, 2009, p. 49)

No âmbito de vigência da Convenção Americana, trata-se do local onde o indivíduo (ou grupo de indivíduos) ou ONGs realizam as denúncias de violações de direitos humanos. Assim, para que as denúncias sejam aceitas, deverão primeiro ser analisadas as competências para que a Comissão conheça o caso em fase preliminar, bem como cumprir os pressupostos de admissibilidade, dentre eles o do esgotamento dos recursos internos.

Por fim, a Corte Interamericana, órgão judicial da Convenção Americana, que possui duas competências: uma consultiva e outra contenciosa. Na função consultiva, é responsável pela emissão de pareceres sobre a legislação interna dos países acerca da compatibilidade destas com a Convenção Americana e também sobre os dispositivos da Convenção.

Na competência contenciosa, o Estado-Parte precisa aceitar a sua jurisdição para que assim possa ser demandado perante a Corte, como órgão judicial *strictu sensu*; as sentenças são inapeláveis e de cumprimento obrigatório pelos Estados sob pena de serem novamente demandadas pelo seu descumprimento.

Os sistemas regionais de proteção foram construídos a partir de lutas e acontecimentos nefastos, que levaram a criação de mecanismos normativos de proteção aos direitos humanos, como forma de proteger os indivíduos do arbítrio do próprio Estado, sendo eles nacionais ou estrangeiros.

Na atualidade, existem três sistemas regionais consolidados, sendo eles: o Europeu, o Interamericano e o Africano, e ainda incipiente, o Árabe e o Asiático.

Na sua constituição levam-se em conta os aspectos históricos vivenciados por cada continente. Assim, na Europa, o sistema regional foi erigido nos escombros das vítimas dos regimes totalitários e dos campos de concentração. E na África, a partir das colonizações e explorações com divisões de povos e etnias bem como o problema do apartheid.

Na América, tal panorama não seria diferente, seguido por uma identidade histórica e política com pontos convergentes, que perpassam desde a colonização até a independência dos Estados, sejam eles da América espanhola ou portuguesa. Como afirma Piovesan:

Trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico. (PIOVESAN, 2009, p. 42)

Durante a Nona Conferência Interamericana, realizada em 1948, na cidade de Bogotá, Colômbia, é fundada a Organização dos Estados Americanos, com base principiológica na identidade comum dos povos e no desenvolvimento do direito

internacional das Américas. A Carta de Bogotá como é também conhecida, escreve Nikken:

Incluía o respeito e a garantia dos direitos humanos entre os princípios básicos da nova entidade regional. De quem os membros declararam que a solidariedade humana só é concebível dentro das instituições democráticas e "um regime de liberdade individual e justiça social, baseado no respeito pelos direitos fundamentais do homem." (NIKKEN, 1989, p.51, tradução em português)

No preâmbulo da Carta de Bogotá expressa-se

o verdadeiro sentido da solidariedade americana e de boa vizinhança não se pode conceber senão consolidando, no continente e no quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social baseado no respeito aos direitos fundamentais do homem. (OEA, 1948, preâmbulo)

Para além das garantias das liberdades individuais advindas da revolução burguesa, Ramos prescreve os seguintes objetivos:

garantia da paz e segurança internacionais, cooperação e ação solidária, promoção da democracia representativa, promoção dos direitos humanos e erradicação da pobreza, desenvolvimento econômico e social e prevenção de conflitos e busca de solução pacífica de controvérsias. (CARVALHO RAMOS, 2013, p.200)

Na ocasião de sua criação, não contemplava nenhum mecanismo de proteção e promoção dos direitos humanos e nenhuma instância de supervisão. Apesar disso, nesta mesma Conferência foi encomendado ao Comitê Jurídico Interamericano, um projeto de estatuto para desenvolver um tribunal internacional que garantisse a proteção dos direitos humanos.

Como observa Nikken, há no plano normativo uma diversidade de fontes e destinatários claramente identificada na Carta da OEA, principalmente em seus artigos 112 e 150:

O primeiro, que constitui o contexto dos outros, é a proclamação do respeito pelos direitos humanos entre os objetivos e o alcance da ação da Organização. O segundo é a determinação de preparar, através de uma Convenção Americana sobre Direitos Humanos, um regime de promoção e proteção desses direitos. O terceiro, a adoção de um mecanismo transitório, encarregado da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a fim de assegurar o respeito do mesmo, enquanto a Convenção não entra em vigor, ou mesmo mais tarde, em relação aos Estados membros da OEA que não eram partes dela. (NIKKEN, 1989, p.56, tradução em português)

Uma de suas mais importantes alterações ocorreu com o Protocolo de Buenos Aires de 1967, quando estabeleceu a Comissão Interamericana como órgão oficial da Organização dos Estados Americanos.

Como bem assinala Ledesma (2008), a Comissão Interamericana foi criada a partir de uma Resolução, para resolver problemas pontuais na região do Caribe.

Dessa forma, carecia de base jurídica sólida, constituindo um entrave para o seu funcionamento, como órgão de promoção dos direitos humanos, mas não de proteção desses direitos. Ao ser erigido a Órgão da OEA, saiu do limbo jurídico que se encontrava passando assim a órgão de proteção dos direitos humanos.

A Declaração Americana de Direitos Humanos de 1948, por sua vez, também foi adotada na Nona Conferência dos Estados Americanos que se reuniu em Bogotá, na Colômbia, em 1948.

As barbáries perpetradas pelos regimes totalitários, especialmente na Europa e trazidos à tona no final da 2ª Guerra Mundial trouxeram impactos também neste continente. Em maio de 1945 ocorreu a XL Resolução da Conferência Interamericana sobre Problemas da Guerra e da Paz, no México, e os Estados Americanos expressaram a necessidade de se formular um projeto de uma declaração de princípios em prol do estabelecimento de um sistema regional de direitos humanos.

Conhecida como Conferência de Chapultepec ficou estabelecido que:

O fim do Estado é a felicidade do homem dentro da sociedade. Os interesses da sociedade devem ser harmonizados com os direitos do indivíduo. O homem americano não concebe viver sem justiça. Nem ele consegue viver sem liberdade. (ESPIELL, 1988, p.44, tradução em português).

Esse novo paradigma, traz o primado da pessoa humana em detrimento da razão de Estado e tem como corolário a efetiva proteção dos direitos humanos, a partir da garantia de direitos e deveres dos indivíduos, e do Estado para com eles.

Atenta-se que em seu projeto original a mesma era definida como a Declaração Internacional de Direitos e Deveres dos Homens, e modificou-se com a inclusão da palavra Americana, já que para Espiell:

É uma Declaração Regional, aplicável a um sistema regional de promoção e proteção dos Direitos Humanos, compatível e coordenado com o sistema universal, que também é especificado, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos. (ESPIEEL, 1988, p. 49, tradução em português)

Assim como a Declaração Universal, a Declaração Americana não possui normativa de tratado, mas o seu respeito pelos Estados-Membros está institucionalizado tanto na Carta da OEA como na Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José de 1969. Para Ledesma

No entanto, o fato de que a Declaração não tem, por si só, uma natureza obrigatória não significa que o conteúdo da Declaração tenha as mesmas características e força jurídica. Nesse sentido, argumentou que muitos dos direitos reconhecidos têm o status de costume internacional ou que enuncia princípios fundamentais reconhecidos pelos Estados Americanos. (LEDESMA, 2004, p.32, tradução em português)

Na Convenção Americana, está expressa a obrigação dos Estados que não a ratificaram em cumprir os preceitos enumerados pela Declaração Americana, como sustenta Cançado Trindade:

a Declaração Americana formou a base normativa da matéria no período anterior à adoção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1969 e continua a ser a base normativa em relação aos Estados não Partes da Convenção Americana. (CANÇADO TRINDADE, 1996, p.49, tradução em português)

Em suma, a Declaração Americana possui importância na promoção e proteção dos direitos humanos servindo durante décadas como instrumento normativo até a entrada em vigor da Convenção.

E mais, exerce um valor histórico e consuetudinário no direito internacional dos direitos humanos, ou seja, é entendida como uma prática reiterada (elemento material) geralmente aceita como um direito (elemento psicológico - *opinio juris sive necessitatis* - a consciência de que o que é praticado é uma obrigação legal). (NAVIA, p.392, tradução em português)

Como realça Espieel:

A Declaração, concebida como um primeiro passo, por sua vez, iniciou um processo, possibilitou iniciar o caminho para a Convenção, já com precedentes a serem utilizados e com o benefício da evolução política realizada. Mas, além disso, a Declaração, aplicável a todos os países americanos - qualquer que seja o valor legal que lhe foi atribuído - permitiu citá-lo e encaminhá-lo a todas as violações dos direitos humanos na

América, algo que, como tratado, teria sido impossível e levá-lo como enunciação do direito de uso da Comissão Interamericana de Direitos Humanos após a sua criação em 1959. (ESPIEEL, 1988, p.63, tradução em português)

Na visão de Burgenthal, a Declaração possui um caráter dual, no sentido de manifestar-se como instrumento político e legal. Assim:

como manifesto político, a Declaração Americana estabelece um vínculo de solidariedade entre todos os povos da região, independentemente da sua nacionalidade. Graças a isso, a luta pelos direitos humanos adquiriu uma dimensão internacional; não é mais uma luta local ou nacional. (BURGENTHAL, 1989, p. 112, tradução em português).

Logo, na sua visão legal,

indica muito claramente que o propósito da Declaração Americana é servir como principal fonte normativa na interpretação e implementação da Convenção e que pode ser usado para preencher as lacunas regulamentares da Convenção. (BURGENTHAL, 1989, p. 115, tradução em português).

Destarte, consoante se observa, a Declaração Americana demonstra a importância do indivíduo para o continente americano, sendo inclusive, anterior a Declaração Universal em oito meses, e por mais que não conceba mecanismos para que os indivíduos sejam protegidos na esfera internacional, caminha historicamente para a sua realização.

A primeira premissa é determinar quais são os direitos dos indivíduos e os deveres do Estado para com eles; e, por conseguinte, no caso de violações ou omissões dos direitos, como isto poderá ser cobrado no âmbito interno e internacional.

Esta possibilidade, no âmbito regional interamericano surge inicialmente com a Comissão Interamericana e sedimenta-se com a Convenção Americana de Direitos Humanos, verdadeiro tratado internacional de direitos humanos no sistema interamericano.

## 2.1 A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS OU PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA DE 1969.

A Convenção Americana foi aprovada na Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos em São José na Costa Rica em 1969, no qual participaram o Conselho Interamericano de Jurisconsultos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão de Assuntos Jurídico-Políticos da OEA.

O seu antecedente histórico remete à 5ª Reunião de Consulta de Ministros em Santiago do Chile em 1959, quando é criada a Comissão Interamericana, com a função de promover e respeitar os direitos humanos, e adota-se a decisão de preparar uma Corte ou um Tribunal.

Finalmente, em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana é aprovada, entrando em vigor em 1978. Nesta época muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras. (PIOVESAN, 2014, p. 61).

O contexto político na época era guiado ideologicamente por uma doutrina de segurança nacional, vários Estados da América Latina deram início a uma luta contra a subversão que gerou cruéis e sistemáticas violações de direitos humanos. (MALARINO, 2009, p. 416)

Como bem recordou Piovesan:

o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado. (PIOVESAN, 2014, p. 61)

Nesta mesma esteira, Ramirez enfatiza:

Em 1969, as condições prevalecentes em grande parte do continente não parecem ser o mais propício para o desenvolvimento de uma jurisdição internacional efetiva no campo dos direitos humanos. No entanto, a Convenção foi assinada, a Comissão Interamericana foi reforçada, a Corte foi instalada, começou a funcionar - gradualmente, é verdade - a jurisdição interamericana.

Em que pese o momento histórico, vivenciado tanto pela aprovação como pela sua entrada em vigor, a Convenção trouxe diversos mecanismos tanto para a proteção do indivíduo como para o Estado, enunciando o seu caráter complementar e subsidiário ao direito interno, razão pela qual se justifica uma proteção internacional de natureza convencional, coadjuvante ou complementar àquela que oferece o direito interno dos Estados Americanos.

O caráter subsidiário e complementar deve ser analisado sob o prisma da responsabilidade do Estado, que deverá adequar as suas leis na forma de um controle de convencionalidade, demonstrando com isso que se os direitos internos dos Estados-Partes se mostrarem ineficientes ou incapazes de promover a proteção das vítimas de violações de direitos humanos, os mecanismos internacionais devem realizar este papel.

Para assegurar a defesa dos direitos humanos e as obrigações assumidas pelos Estados, concebem-se dois instrumentos de monitoramento: a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana.

## 2.2 A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada a partir de uma Resolução e não de um Tratado. Foi impulsionada por uma tentativa de golpe na República Dominicana que obrigou a uma Reunião de Ministros das Relações Exteriores, com o objetivo de analisar as tensões internacionais na região do Caribe e também o efetivo exercício da democracia representativa para a promoção dos direitos humanos.

Dessa maneira, na Resolução VIII da 5ª reunião de consulta dos Ministros de Relações Exteriores, em Santiago, no ano de 1959, é criada a Comissão Interamericana para a promoção dos direitos humanos.

Através desta Resolução, definiu-se a composição da Comissão, formada por sete membros, eleitos a título pessoal, por candidatos representados pelos governos que faziam parte da Organização dos Estados Americanos (OEA), com alta autoridade e reconhecida competência em matéria de direitos humanos, não podendo ser composta de dois nacionais do mesmo país.

Em maio de 1960, o Conselho da OEA aprova o seu Estatuto e também a eleição de seus membros dando início às suas atividades. A sua natureza inicial, segundo Ledesma,

era uma entidade autônoma da Organização dos Estados Americanos - de natureza não convencional - cujo mandato era estritamente limitado a promover entre os Estados-Partes o respeito pelos direitos humanos, entendendo como tal os direitos consagrados na Declaração Americana de

Direitos e Deveres do Homem, mas com competições explícitas para garantir sua proteção. (LEDESMA, 2004, p. 35, tradução em português)

Não obstante, desde a sua criação procurou ampliar os seus poderes para o recebimento de petições individuais que contivessem denúncias de violações de direitos humanos para uma melhor efetivação e proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal. E nas palavras de Quiroga (2009), as vítimas de violações perceberam a sua existência e viram a oportunidade de pedir proteção, assim a Comissão tomou em suas mãos a tarefa de defendê-las.

Aqueles que sofrem e recorrem a ele, o fazem muitas vezes sem assistência jurídica, sem maior capacidade de expressar o que aconteceu e de articular uma história coerente. (QUIROGA, 2009, p. 17, tradução em português)

O agravamento da situação política no Caribe e a invasão das forças armadas pelos Estados Unidos na República Dominicana contribuíram para acelerar a ementa do Estatuto da Comissão e o assunto foi submetido a II Conferência Interamericana Extraordinária na cidade do Rio de Janeiro em 1965.

Desta Resolução XXII foram ampliados os poderes da Comissão e tornou-se possível o recebimento de petições ou comunicações individuais de violações de direitos humanos e também as observações *in loco*.

Interpretando extensivamente o seu Estatuto a Comissão começou a realizar estudos sobre os direitos humanos em Cuba no Haiti e na República Dominicana (1965-1966) inclusive com recomendações aos seus governos.

Para Ledesma: “Mesmo com essa limitação, isso transformou a Comissão no primeiro órgão internacional autorizado a processar petições individuais, independentemente de um tratado que conferisse tal competência sobre isso”. (2004, p. 47, tradução em português)

Realizou, ainda, atuações *in loco* também nos conflitos armados de Honduras e em El Salvador, em 1969, consolidando o seu papel de ação na proteção contra as violações de direitos humanos. Para ilustrar melhor estes acontecimentos, Cançado Trindade:

Até 1975, por exemplo, tinha a Comissão examinado mais de 1.800 comunicações sobre direitos humanos, obra considerável para um órgão até então operando sem que a Convenção tivesse entrado em vigor. Em fins de 1978 já chegavam a 3.200 os casos, examinados pela Comissão (compreendendo mais de 10 mil vítimas, de 18 e 19 países); isto significa que a Comissão considerou 20% dos casos em seus primeiros quinze anos de atuação, e aproximadamente 80% dos casos no período de cinco anos, entre 1973 e 1978. (CANÇADO TRINDADE, 1986, p. 245)

Por ocasião do caso na República Dominicana (1965-1966) a Comissão foi mais além, já como órgão de proteção dos direitos humanos, operou ostensivamente naquele país por mais de um ano, ultrapassando em muito suas atribuições de simples órgão de observação e recomendação. Tal ação, sem precedentes, ampliou ainda mais sua competência, mediante um processo de interpretação liberal e extensiva de seus poderes.

Neste sentido, a partir do Informe sobre a sua situação na República Dominicana, de 15 de outubro de 1965, constatou-se a violação dos seguintes direitos humanos: direito a vida, direito a liberdade e a segurança, direito contra a prisão arbitrária e a inviolabilidade do domicílio, além disso, garantiu que fosse dado um tratamento humano a todos os presos políticos, que cessassem as torturas e as penas cruéis a que eram submetidos alguns deles e para que fossem postas em liberdade aquelas pessoas, em cujos casos não havia denúncias concretas. (INFORME, CIDH, República Dominicana, 1965)

No mesmo Informe houve a denúncia de que 124 pessoas se encontravam desaparecidas.

Durante um conflito armado entre Honduras e El Salvador em 1969, foi solicitada pelo Governo de El Salvador que a Comissão Interamericana fosse realizar uma visita *in loco* para verificar vários atos que violam os direitos humanos perpetrados contra cidadãos salvadorenhos em Honduras, bem como a expulsão em massa de cidadãos salvadorenhos deste país (Informe sobre a situação dos direitos humanos em El Salvador e Honduras-CIDH- 29/04/1970).

A Comissão redigiu um Informe fazendo algumas recomendações aos dois países, neste sentido.

Recomendar aos governos de El Salvador e Honduras que exijam que a imprensa e a radiodifusão cessem toda a propaganda que induza a atos de perseguição ou gerem o temor de que tais atos possam ocorrer. No caso em que espontaneamente tais meios de comunicação não cessem sua propaganda, estimulando a desordem, ambos os governos terão que adotar as medidas conducentes a esse fim que sejam autorizadas pelas provisões constitucionais que as governam.

2. Recomendar ao Governo de Honduras que ordene uma investigação sobre as responsabilidades que incumbem às autoridades, seja por crimes ou omissões positivas, nas violações contra residentes salvadorenhos, que determinaram o êxodo de milhares delas.

3. Recomendar ao Governo de El Salvador que ordene uma investigação sobre as responsabilidades das autoridades, seja por atos ou omissões

positivas, por atos de violência contra os visitantes hondurenhos e por agressão contra os símbolos nacionais de Honduras, ocorridos entre os mesmos, em 14 e 16 de junho de 1969.

4. Informar aos Governos de Honduras e El Salvador que os fatos que determinaram as ações da Subcomissão constituem graves violações dos direitos humanos; e solicitar a esses governos que adotem todas as medidas necessárias, a fim de assegurar remédios efetivos para reparar tais violações, bem como proteção adequada contra futuras violações de direitos humanos.

Com efeito, o trabalho realizado pela Comissão Interamericana na proteção dos direitos humanos e do indivíduo como vítimas destas violações e as razões para as realizações de visitas *in loco* pela Comissão, denotam para Ledesma

informações valiosas sobre a situação geral dos direitos humanos no território de um dos Estados membros da OEA, facilitando a elaboração de relatórios por país, ou pode fazer parte dos passos indispensáveis para estabelecer os fatos no exame de uma queixa individual, permitindo à Comissão um acesso direto às fontes. De qualquer forma, graças à ampla divulgação que geralmente recebem antes da sua realização, não é incomum que essas visitas contribuam para reduzir a repressão e promover um clima de diálogo entre as diferentes forças sociais. (LEDESMA, 2004, p.42, tradução em português)

Neste diapasão, a Comissão Interamericana, com as visitas *in loco* e as denúncias de vítimas e familiares de vítimas, possibilitaram antes mesmo da entrada em vigor da Convenção Americana, que só ocorre em 1978, servir como protetora inclusive dos preceitos democráticos na América.

Em 1967 na cidade de Buenos Aires, no Protocolo de Reformas da Carta da OEA foi enfim erigida a órgão principal da Organização dos Estados Americanos com a função de promover a observância e proteção dos direitos humanos e servir como órgão consultivo.

Nascida de uma resolução, enfim possuía a força jurídica necessária para exigir e cobrar a proteção dos direitos humanos. Neste momento, para Cançado Trindade (1996), a Comissão passava assim a ser dotada finalmente, de base convencional, com um mandato não mais apenas de promoção, mas também de controle e supervisão da proteção de direitos humanos.

Com a entrada em vigor da Convenção Americana em 1978, a Comissão Interamericana passa a possuir diversas funções estabelecidas pelo artigo 41, precipuamente, para esta pesquisa, a alínea f), sendo ela:

f. atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta

Convenção; e g. apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

No presente estudo das funções definidas pela Convenção Americana, há a competência de receber as petições individuais de pessoas ou grupos de pessoas que contenham denúncias de violações de direitos humanos. Este é um importante passo para que o indivíduo através de seu direito de petição individual possa acessar o sistema interamericano através, inicialmente, da Comissão e reclamar seus direitos na busca da efetivação da justiça.

Esta capacidade postulatória e amplamente fundamentada no voto do Eminentíssimo Juiz Cançado Trindade, no voto concorrente no Caso Castillo Petrucci versus Peru, de 4 de setembro de 1998, número 27 e 28:

Devemos sempre ter em mente a autonomia do direito de petição individual em relação ao direito interno dos Estados. A sua relevância não pode ser minimizada, porque pode acontecer que, em um determinado sistema jurídico interno, um indivíduo não possa, devido às circunstâncias de uma situação legal, tomar decisões judiciais sozinho. Isso não significa que ele seria privado de fazê-lo no exercício do direito de petição individual sob a Convenção Americana, ou outro tratado de direitos humanos. Mas a Convenção Americana vai mais longe: a legitimidade *ad causam* que se estende a todos e qualquer peticionário, ainda pode fazer sem manifestação por parte da própria vítima. O direito de petição individual, assim amplamente concebido, tem o efeito imediato de ampliar o alcance da proteção, especialmente nos casos em que as vítimas (por exemplo, presos incommunicáveis, desaparecidas, entre outras situações) são incapazes de agir por conta própria, e eles precisam da iniciativa de um terceiro como peticionário em sua defesa.

Desse modo, a importância dos procedimentos na Comissão Interamericana, desde a sua análise inicial das competências até a análise das questões de admissibilidade, como o objeto do presente estudo: o prévio esgotamento dos recursos internos e o prazo de seis meses para a apresentação das denúncias que possuem relação direta com o prévio esgotamento dos recursos internos.

### **2.2.1 O procedimento perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.**

A Comissão Interamericana, como órgão que representa um papel fundamental para o desenvolvimento da capacidade processual do indivíduo,

reconhece o mecanismo da petição individual. Esta capacidade processual é conferida pelo artigo 44, no qual enfatiza que:

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-Parte (Artigo 44 da CIDH)

Inicialmente, para que a petição inicial seja recebida e processada, deverá conter alguns critérios que segundo Ledesma são:

a natureza das pessoas envolvidas no procedimento, quer como queixosa ou como denunciado; II) o assunto da petição ou comunicação; III) o lugar – a jurisdição - na qual os eventos que são objeto da reclamação ocorreram; e IV) o no momento em que a alegada violação do direito humano tinha sido cometida protegido pela Convenção, em relação à sua entrada em vigor em relação ao Estado denunciado. (LEDESMA, 2004, p. 239, tradução em português)

Portanto, ao receber uma petição que contenha denúncias de violações de direitos humanos, a Comissão Interamericana precisa inicialmente atender alguns critérios, os quais serão analisados a seguir.

#### 2.2.1.1 Competência *ratione personae*

A competência *ratione personae*, ou seja, em razão da pessoa, deverá ser analisada sob três critérios diferenciados: a pessoa do demandado, a pessoa do demandante e a natureza da pessoa que está denunciando a violação de direitos humanos.

Assim precisa verificar inicialmente se o Estado-Parte demandado ratificou ou não a Convenção, isto é primordial para que a Comissão verifique se é caso de conhecer as petições por violação à Convenção ou à Declaração Americana.

Tal preceito decorre do princípio da boa fé internacional no qual os tratados internacionais só se aplicam aos Estados-Partes, ou seja, aos Estados que expressamente consentiram com sua adoção.

A Convenção de Viena estabelece que: "Todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser observado por elas de boa fé." Neste sentido também o artigo 27 da Convenção: "Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado."

Para Piovesan (2009), a importância do princípio da boa fé na esfera internacional está atrelada ao cumprimento das disposições do tratado, com o qual o Estado livremente consentiu, e não pode posteriormente obstar seu cumprimento, sob pena de responsabilização internacional.

Exemplos de não ratificação da Convenção Americana estão nos Estados Unidos da América e Canadá, mas como Estados pertencentes à Organização dos Estados Americanos, devem estar sujeitos aos preceitos da Declaração Americana de Direitos Humanos de 1948.

Com isso, esta primeira competência está atrelada à competência do Estado Demandado bem como à pessoa que está demandando.

As pessoas ou grupos de pessoas estão sujeitos à legitimidade ativa, sendo que esta competência ganhou uma grande amplitude, decorrente do artigo 44 da Convenção, sendo assim possível a apresentação da petição por qualquer pessoa, seja ela nacional do Estado-Parte, estrangeira, apátrida, refugiada, independente, portanto, de seu estatuto jurídico de direito interno, bem como organismos não governamentais. Sobre esta condição, afirma Ledesma:

Portanto, seu *locus standi*, isto é, sua legitimidade para recorrer à Comissão e ser ouvido por ele, não está condicionado, ou sujeito a qualificações especiais, ou limitado de qualquer forma, tornando possível proteção dos direitos humanos de forma mais eficaz do que no sistema de Convenção Europeia, que exige que o peticionário seja aquele que afirma ser a vítima da alegada violação. (LEDESMA, 2004, p. 245, tradução em português)

O peticionário não precisa ser necessariamente vítima da violação alegada podendo ser representado por outra pessoa ou organismo.

#### 2.2.1.2 Competência *ratione materiae*

Na competência *ratione materiae*, ou em razão da matéria, a Comissão em princípio é competente para receber as petições que contenham denúncias de violações de direitos humanos consagrados na Declaração Americana, na Convenção Americana e outros tratados de direitos humanos (artigo 44 da CADH).

A Comissão não faz uma análise do mérito da petição, tarefa esta realizada pela Corte, pronunciando-se, apenas, nas questões de fundo da controvérsia (art. 51 da CIDH).

### 2.2.1.3 Competência *ratione loci*

A competência *ratione loci*, ou em razão do lugar, é interpretada em uma alusão ao artigo primeiro da Convenção que estabelece que os direitos a serem conhecidos neste instrumento normativo dizem respeito às pessoas que estão sob sua jurisdição.

Desse modo, não importa a nacionalidade da pessoa ou a sua condição jurídica em relação ao local onde ocorreu a violação, mas simplesmente sua condição de pessoa humana.

O direito de petição individual é, portanto, a consolidação do indivíduo como sujeito do direito internacional, mediante o acesso direto na jurisdição internacional sem a necessidade da intermediação do Estado.

### 2.2.1.4 Competência *ratione temporis*

A última competência a ser analisada é a competência *ratione temporis*, ou seja, quanto ao tempo em que ocorreu a violação.

Dessa forma, as petições individuais deverão conter fatos ocorridos posteriormente à vigência da Convenção Americana e à ratificação pelo Estado-Parte.

Entretanto, com as maciças violações de direitos humanos ocorridas nos regimes ditatoriais nas Américas, entendia-se que estas violações não poderiam ser recebidas e processadas já que as referidas ratificações só ocorreram após uma transição democrática destes países.

Ainda assim, a Comissão e a Corte procederam a análise e a condenação de diversos Estados sob o fundamento de que tais violações se protraem no tempo, inclusive declarando sem eficácia diversas Leis de Anistia, promulgadas nos países americanos, dentre eles o Brasil.

No relatório de admissibilidade número 80/12 no Caso Herzog vs Brasil, a Comissão assim se pronunciou sobre esta competência:

a CIDH observa que a suposta detenção arbitrária, tortura e morte da presumida vítima teriam ocorrido em 25 de outubro de 1975, antes que o Brasil ratificasse a Convenção Americana e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Em virtude disso, a fonte de direito aplicável inicialmente é a Declaração Americana. Apesar disso, a CIDH toma nota de

que, para os fatos ocorridos a partir de 20 de julho de 1989 e de 25 de setembro de 1992, conforme as datas de ratificação mencionadas anteriormente, ou para aqueles que pudessem considerar oportunamente como uma situação de violação continuada de direitos que continuasse a existir após aquelas datas, a Comissão Interamericana tem competência *ratione temporis* para examinar a petição, de acordo com a Convenção Americana e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. (Seção IV, A, n. 25)

Após o cumprimento destas competências estabelecidas para conhecer uma petição ou comunicação perante a Comissão, é necessário examinar agora, se esta petição preenche os requisitos e as condições de admissibilidade expressas no artigo 46 da Convenção Americana.

Os pressupostos são: o prévio esgotamento de recursos internos, exceto em casos de injustificada demora processual, ou quando a legislação doméstica não prover o devido processo legal; quando não existir qualquer tipo de litispendência internacional, ou seja, essa mesma questão não pode estar pendente em outra esfera internacional; e o prazo de seis meses da notificação da sentença definitiva.

Assim, sendo cumpridos os requisitos referentes à competência dos pressupostos de admissibilidade e não havendo uma solução amistosa, pode-se ainda cumprir as recomendações da Comissão Interamericana.

Não o fazendo, a Comissão enviará o caso à Corte Interamericana, verdadeiro órgão judicial que entendendo poderá analisar a procedência da denúncia e condenar o Estado demandado.

### 2.3 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana foi criada a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969 e entrou em vigor na data de 1978 após a ratificação de onze membros da OEA. De acordo com a Convenção em seu artigo 33, trata-se de um órgão competente juntamente com a Comissão Interamericana para conhecer sobre as violações de direitos humanos.

Em relação ao conceito da Corte, o seu Estatuto a define como “*uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.*”

Sobre a autonomia da Corte Interamericana, a lição de Espiell:

Quanto ao uso do adjetivo “autônoma”, acreditamos que seu uso é correto e que esta comunicação deve ser *entendida*, no sentido de que o Tribunal

exerça seus poderes contenciosos e consultivos, de forma absolutamente autônoma e independente. (ESPIELL, 1988,p. 149 tradução em português)

Trata-se de um órgão genuíno da Convenção Americana, ao contrário da Comissão que é órgão tanto da OEA como da Convenção Americana.

Ou seja, com efeito, é a Corte Interamericana de Direitos Humanos um órgão jurisdicional do sistema interamericano que resolve os casos de violação de direitos humanos perpetrados pelos Estado-Partes da OEA e que tenham ratificado a Convenção Americana. (MAZZUOLI, 2011, p. 31)

A Corte é composta por sete juízes nacionais de Estados membros da OEA, eleitos a título pessoal pelos Estado-Partes da Convenção, com reconhecida competência em matéria de direitos humanos, não sendo possível a existência de dois juízes da mesma nacionalidade.

São definidas duas competências concebidas pela Convenção Americana: uma função consultiva e também uma função contenciosa.

No tocante ao exercício da sua função consultiva, nos termos do artigo 64 da Convenção, a Corte poderá emitir parecer aos países membros da OEA, que tenham ou não ratificado a Convenção, inclusive, podendo emitir pareceres aos Órgãos enumerados no capítulo X da Carta da OEA, são eles: a Assembleia Geral, o Conselho Permanente e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Quanto à matéria, a Corte poderá opinar em relação à interpretação da Convenção Americana ou de outros tratados de direitos humanos, bem como em relação à Convenção e à legislação interna dos países, efetuando um controle de convencionalidade.

A respeito da função consultiva da Corte Interamericana, leciona Fix-Zamudio:

A jurisdição consultiva da Corte Interamericana, embora possa ser descrita como judicial no sentido amplo, não é de natureza judicial, como um setor do judiciário a considera, uma vez que não implica a resolução de uma controvérsia por um órgão público imparcial, mas apenas a emissão de opinião ou opinião sobre os preceitos cuja interpretação é solicitada. É neste setor em que a Convenção Americana concedeu um grande alcance às funções da Corte, levando em consideração a situação especial do continente americano, especialmente a América Latina, na qual, devido a uma experiência histórica dolorosa, há uma desconfiança tradicional na submissão de controvérsia às organizações internacionais. (FIX-ZAMUDIO, p.45, tradução em português)

Dentre as opiniões consultivas emitidas pela Corte, destaca-se a Opinião nº 11/90 que versa sobre o esgotamento dos recursos internos, estabelecido no artigo

46.1, 46.2.a y 46.2.b da Convenção Americana de Direitos Humanos. A Comissão havia solicitado tal opinião consultiva baseada em três premissas, quais sejam:

Aplica-se o requisito de esgotar os recursos jurídicos internos a um indigente, que devido às circunstâncias econômicas, não é capaz de fazer uso dos recursos jurídicos no país?

2. No caso de se eximir os indigentes deste requisito, quais critérios devem ser considerados pela Comissão ao dar o seu parecer sobre a admissibilidade em tais casos?

3. Aplica-se o requisito de esgotar os recursos jurídicos internos a um reclamante individual, que por não poder obter representação legal devido a um temor generalizado nos círculos jurídicos, não pode fazer uso dos recursos oferecidos pela lei no país?

4. No caso de se eximir deste requisito a tais pessoas, quais critérios deverão ser considerados pela Comissão ao dar o seu parecer de admissibilidade em tais casos?

Como se vê, a Comissão Interamericana verificou que em diversas denúncias formuladas, as vítimas alegavam que não podiam esgotar os recursos internos porque não possuíam condições de contratar um advogado ou mesmo arcar com os custos dos processos. Apurou-se que em vários Estados-Partes, não há uma advocacia gratuita para estas pessoas, e quando ela existe, é ineficiente, tendo em vista que a maioria se concentra nas cidades.

E, em outro sentido, as vítimas alegam que também não puderam esgotar os recursos internos, tendo em vista que, muitos advogados amedrontados pelas violações, não aceitam atuar nas causas com medo de represálias contra si e seus familiares. A Corte decidiu da seguinte maneira:

Diante disso, a resposta a esta pergunta é que se um indivíduo efetivamente requer assistência jurídica para proteger um direito garantido pela Convenção e sua indigência o impede de obtê-lo, ele é dispensado de remédios domésticos exaustivos. Este é o significado do artigo 46.2, lido em função do disposto nos artigos 1.1, 24 e 8.

E continua:

Em geral, os mesmos princípios básicos que têm a ver com a primeira questão já respondida são aplicáveis a este segundo. Ou seja, se uma pessoa é impedida, por uma razão como a proposta, de usar os remédios internos necessários para proteger um direito garantido pela Convenção, sem exaustão não pode ser exigido, sem prejuízo, é claro, da obrigação do Estado de garantir-lhes.

Como se depreende, as perguntas formuladas a Corte foram respondidas positivamente e, por unanimidade, concluiu-se que a situação econômica não pode ser um empecilho para a promoção das garantias judiciais, com base no respeito aos direitos e deveres e na igualdade das pessoas perante a lei.

Terminou salientando que os Estados-Partes não estão apenas vinculados ao cumprimento dos preceitos da Convenção, mas também, atrelados a assegurar os direitos humanos, através de obrigações positivas do Poder Público na implantação destes direitos e sua proteção.

A análise desta opinião consultiva é sobremaneira importante porque estendeu as exceções do prévio esgotamento dos recursos internos, no caso concreto, sendo possível assegurar a efetividade dos direitos garantidos na Convenção. Por fim reforça Cançado Trindade:

Neste último, a Corte abordou aspectos das exceções à regra dos recursos internos não cobertos pelo artigo 46(2) da Convenção Americana. Sustentou, em primeiro lugar, que a regra do esgotamento não se aplicava se o indivíduo peticionário, em razão de sua indigência, era incapaz de fazer uso dos recursos internos. Em segundo lugar, manteve a Corte que tampouco se aplicava a regra do esgotamento se o indivíduo peticionário não conseguia contar com representação ou assistência judiciária (necessária para a proteção de um direito garantido pela Convenção) em razão do clima de temor generalizado entre os advogados (temerosos de por em risco suas vidas e as de seus parentes). Enfim, depois de recordar o dever geral de respeitar e garantir os direitos humanos - consagrado no artigo 1(1) da Convenção - a Corte endossou a distribuição (shifting) do ônus da prova quanto ao esgotamento entre o indivíduo de mandante e o Estado demandado. (CANÇADO TRINDADE, 1998, p.36)

Merece também destaque a Opinião Consultiva número 16, sobre a participação dos indivíduos no procedimento perante a Corte seja como pessoas físicas ou como representantes de organizações não governamentais (ONG). A participação dos indivíduos no âmbito consultivo se mostra relevante para demonstrar a sua condição de sujeito que vindica os seus direitos no âmbito internacional.

Além da competência consultiva, a Convenção confere à Corte a sua função contenciosa, na qual os Estados-Partes devem reconhecer expressamente esta competência para conhecer e julgar os casos de violações de direitos humanos. O reconhecimento é realizado a partir da cláusula facultativa.

Piovesan destaca:

No plano contencioso, a competência da Corte para o julgamento de casos e, por sua vez, limitada aos Estados-Partes da Convenção que reconheçam tal jurisdição expressamente, nos termos do artigo 62 da Convenção. Apenas a Comissão Interamericana e os Estados-Partes podem submeter um caso à Corte Interamericana, não estando prevista a legitimação do indivíduo, nos termos do artigo 61 da Convenção Americana. A Corte tem jurisdição para examinar casos que envolvam a denúncia de que um Estado-Parte violou direito protegido pela Convenção. Se reconhecer que efetivamente ocorreu a violação à Convenção, determinará a adoção de

medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado. A Corte pode ainda condenar o Estado a pagar uma justa compensação à vítima. Note-se que a decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valera como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos a execução de sentença desfavorável ao Estado. (PIOVESAN, 2009, pag. 75-76)

A função é considerada essencialmente judicial, sendo uma antinomia com o sistema europeu, haja vista que, no sistema americano não há possibilidade de petições individuais diretas das vítimas ou de ONG, sendo estas direcionadas primeiramente à Comissão Interamericana que encaminha ou não as denúncias à Corte ou ainda, esta denúncia poderá ser feita pelo Estado-Parte que reconheça a sua competência.

No entanto, para que um caso seja submetido à Corte, ele deverá ter completado todas as etapas do procedimento perante a Comissão Interamericana.

O Brasil, em 03 de dezembro de 1998, reconheceu a competência contenciosa da Corte através do Decreto Legislativo número 89/98. Sobre a importância deste reconhecimento Mazzoli e Gomes:

A decisão brasileira de aceitar a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos alinha o País, plena e definitivamente, com o movimento universal de proteção dos Direitos Humanos, o qual adveio da grande evolução ocorrida nas últimas cinco décadas, dos instrumentos internacionais de proteção. Tal decisão, de outro lado, está em consonância com o disposto no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que já propugnava pela formação de um “tribunal internacional de Direitos Humanos”, o qual, aliás, está operando há quase 20 anos. (MAZZOLI E GOMES, 2011, p.43)

Atualmente, tramita perante a Corte apenas um caso contencioso em etapa de sentença: Caso Herzog y otros Vs. Brasil. O caso foi submetido à Corte Interamericana pela Comissão Interamericana ao entender como responsabilidade do Estado Brasileiro a ausência de investigação e de punição dos responsáveis pela tortura e execução de Vladimir Herzog, no ano de 1975, nas dependências do DOI-CODI na cidade de São Paulo.

Da mesma maneira, o papel da vítima na Corte Interamericana tem sofrido algumas mudanças bastante significativas até o seu último Regulamento de 2009, com a plena participação (*locus standi*) dos indivíduos em todas as etapas do procedimento perante a Corte.

### **2.3.1 Regulamento de 1980**

O primeiro regulamento da Corte Interamericana inspirou-se no Regulamento então vigente no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o qual, por sua vez, tomou como modelo o Regulamento da Corte Internacional de Justiça (CIJ) (TRINDADE,2003). A sua aprovação ocorreu no ano de 1980 e permitia através da Comissão Interamericana o envio de uma pessoa designada para acompanhar o caso perante a Corte.

Os primeiros casos contenciosos que chegaram à Corte foram no ano de 1986, *Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz y Fairén Garbi y Solís Corrales* contra Honduras, e a Comissão designou um dos representantes das vítimas como conselheiro para formar parte de sua delegação. (ROBLES, p. 263, tradução em português). Na sua vigência também foram emitidas doze opiniões consultivas, dentre elas, a Opinião Consultiva 10/89 sobre a natureza da Declaração Americana e a Opinião Consultiva 11/90 sobre o prévio esgotamento dos recursos internos.

### **2.3.2 Regulamento de 1991**

O Segundo Regulamento da Corte Interamericana foi aprovado no ano de 1991, e trouxe pequenas, mas significativas mudanças, permitindo especificamente incluir entre os delegados da Comissão, um ou mais representantes das vítimas, o que permitia um começo de participação ante a Corte, no entanto, sempre dependente da Comissão. (QUIROGA, p. 118, tradução em português)

### **2.3.3 Regulamento de 1996.**

O terceiro Regulamento da Corte Interamericana foi o que de fato possibilitou no âmbito de seus procedimentos a participação das vítimas ou de seus representantes. O Regulamento de 1996 (artigo 23) introduziu a faculdade das vítimas apresentarem automaticamente argumentos e provas durante a etapa de reparações. (PATINO, p.156)

Tal entendimento foi sustentado pelo então Juiz da Corte Interamericana Cançado Trindade, no voto paradigmático sobre o tema - caso El Amparo vs Venezuela de 1996 - no qual entendia que a verdadeira parte demandante ante a Corte eram as vítimas, assim:

este passo significativo abre o caminho para desenvolvimentos subsequentes 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 reparações como também na do mérito dos casos a ela submetidos pela Comissão”. (CANÇADO TRINDADE, 2016, p. 14)

### 2.3.4 Regulamento de 2000

O Regulamento de novembro de 2000, na verdade um complemento do Regulamento de 1996, passa a incluir os indivíduos em todas as etapas do procedimento perante a Corte, conforme preceitua o artigo 23 do Regulamento que dispõe:

Depois de notificado o escrito de submissão do caso, conforme o artigo 39 deste Regulamento, as supostas vítimas ou seus representantes poderão apresentar de forma autônoma o seu escrito de petições, argumentos e provas e continuarão atuando dessa forma durante todo o processo.

1. Depois de notificado o escrito de submissão do caso, conforme o artigo 39 deste Regulamento, as supostas vítimas ou seus representantes poderão apresentar de forma autônoma o seu escrito de petições, argumentos e provas e continuarão atuando dessa forma durante todo o processo.
2. Se existir pluralidade de supostas vítimas ou representantes, deverá ser designado um interveniente comum, que será o único autorizado para a apresentação de petições, argumentos e provas no curso do processo, incluindo nas audiências públicas. Se não houver acordo na designação de um interveniente comum em um caso, a Corte ou sua Presidência poderá, se o considerar pertinente, outorgar um prazo às partes para a designação de um máximo de três representantes que atuem como intervenientes comuns. Nessa última circunstância, os prazos para a contestação do Estado demandado, assim como os prazos de participação nas audiências públicas do Estado demandado, das supostas vítimas ou de seus representantes e, dependendo do caso, do Estado demandante, serão determinados pela Presidência.
3. No caso de eventual discordância entre as supostas vítimas no que tange ao inciso anterior, a Corte decidirá sobre o pertinente.

### 2.3.5 Regulamento de 2001

Na data de 1º de junho de 2001, entra em vigor na Corte Interamericana o seu quarto regulamento, trazendo uma das maiores mudanças no âmbito jurídico-

processual, para a melhora efetiva dos mecanismos de proteção de direitos humanos preconizados na Convenção Americana. Nos dizeres de Cançado Trindade:

para a concessão de *locus standi in judicio* aos petionários, em todas as fases do procedimento perante o Tribunal. Através desta iniciativa histórica da Corte, os indivíduos alcançaram o reconhecimento de sua condição de sujeitos do direito internacional dos direitos humanos, dotados de capacidade jurídico-processual internacional. (CANÇADO TRINDADE, p.70)

Esta possibilidade de acesso dos indivíduos à Corte Interamericana, com as inovações trazidas pelos novos regulamentos, trouxe inúmeras conquistas ao indivíduo, vítima de violações de direitos humanos.

Para Robles (2011), este regulamento representa uma reforma histórica ao reconhecer o ser humano como sujeito do direito internacional e outorgando sua plena capacidade de atuar em todas as fases do processo perante a Corte, demonstrando com isso, que as verdadeiras partes no contencioso, são de fato as vítimas.

No caso Cinco Pensionistas vs Peru, o Tribunal Interamericano, já sob a vigência deste novo Regulamento, confirmou o reconhecimento do *locus standi* das vítimas e, como o juiz Sergio Ramirez aponta em seu voto concorrente, a Corte passou a regulamentar a atual atuação processual da suposta vítima, que é, sem dúvida, detentora dos direitos legais e dos direitos violados.

Para o magistrado, esta titularidade converte a vítima em sujeito da relação material, isto significaria que a Comissão seria uma parte em sentido formal, como detentora da ação processual para reivindicar os direitos em juízo.

Posto isso, neste capítulo, foi salutar o contexto histórico, no qual se desenvolveu o sistema interamericano de direitos humanos, para que com isso fosse possível delimitar-se o papel do sujeito.

Os direitos fundamentais dos indivíduos independente do credo, raça, cor e sexo são enumerados na criação da Carta da OEA de 1948, sendo os mesmos efetivamente descritos com a Declaração Americana. Neste primeiro momento o indivíduo é protegido contra violações dos Estados e na salvaguarda dos direitos e deveres.

Registra-se, neste contexto, a ausência de um órgão responsável para receber as denúncias de violação de direitos humanos, o qual se estabelece após conflitos no Caribe na Comissão Interamericana.

Com a entrada em vigor da Convenção Americana, a Comissão Interamericana torna-se um órgão desta e também da OEA. Possui a competência de receber as comunicações interestatais e as petições dos indivíduos, denunciando violações de direitos humanos, os quais devem preencher requisitos atinentes à competência e as condições de admissibilidade. Após toda a tramitação na Comissão, caso não seja solucionado, o mesmo é remetido à Corte para o processamento, devendo cumprir outros requisitos que se encontram no Regulamento da mesma.

Neste próximo capítulo, será feita uma inter-relação entre o surgimento do indivíduo como sujeito de direito internacional e os instrumentos normativos internacionais que, para além de proteção, também se notabilizam por atribuírem aos cidadãos do mundo a capacidade postulatória internacional (COMPARATO,2007), bem como o estudo específico do sistema interamericano de direitos humanos.

Demonstra-se, com isso, um sistema com particularidades não só em relação à sua constituição, mas às violações de direitos humanos preponderantes em países periféricos, caracterizada por uma afirmação histórica das vicissitudes de seus povos através da conquista, colonização, expressões neocoloniais, a Doutrina da Segurança Nacional, sequelas de dívidas externas. (PRADO, p. 11, tradução em português)

É neste contexto regional interamericano que o prévio esgotamento dos recursos internos será analisado, desde o seu nascimento, nas relações interestatais, até a sua utilização nos tratados de direitos humanos.

Ocorreu então, a sua implementação na Convenção Americana, que ao contrário da Convenção Europeia de Direitos Humanos, trouxe algumas exceções para que uma denúncia seja admitida, mesmo sem o prévio esgotamento das vias jurisdicionais internas do Estado na qual ocorreu à violação.

Por fim, a posição da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana ao aplicar as exceções do prévio esgotamento dos recursos internos, nas suas decisões a partir dos estudos de casos, demonstrando que quando há uma

deficiência na ordem jurídica interna, a jurisdição internacional é aquela na qual se realiza a justiça de forma concreta.

Assim, as decisões tomadas pela Corte Interamericana ao longo de sua existência, no caso concreto, viabilizaram mudanças legislativas, tornaram as leis de anistia sem efeito e incentivaram políticas de ações afirmativas nos países americanos.

### **3 O PRÉVIO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.**

O prévio esgotamento dos recursos internos é um princípio de direito internacional e também um dos requisitos de admissibilidade, existente para que uma pessoa ou grupo de pessoas, bem como o Estado-Parte, demandem na esfera internacional. Assim, é muito mais do que uma condição de admissibilidade; é uma forma de interação entre o direito interno e o direito internacional, na proteção dos direitos humanos.

Neste capítulo será abordado o contexto histórico de seu nascimento, que remonta às antigas represálias, ou seja, as cartas encaminhadas pelos soberanos, autorizando os súditos a tomar medidas de ressarcimento em território estrangeiro, e a evolução até a sua aplicação na Convenção Americana.

Posteriormente, será analisado, como o prévio esgotamento foi regulamentado na Convenção Americana, como requisito de admissibilidade, e o seu processamento perante a Comissão Interamericana, a partir, inclusive, de casos brasileiros submetidos à Comissão Interamericana, não de uma forma exaustiva, mas sim exemplificativa da matéria.

Não obstante, tratar-se de uma defesa do Estado no âmbito internacional, no qual o direito interno deverá ser esgotado, tornou-se um importante instrumento de defesa para que as vítimas de violações de direitos humanos exerçam a sua capacidade internacional plena.

Neste sentido, a importância da abordagem dos aspectos relacionados à realização da justiça no sistema interamericano de direitos humanos, notadamente sua relação com o prévio esgotamento dos recursos internos e suas exceções.

As exceções ao prévio esgotamento, que se estabelecem no sistema interamericano, demonstram, mais uma vez, que além de faculdade do Estado, são de suma importância para a defesa das vítimas frente ao Estado violador de direitos humanos, visto que é a partir destas exceções, que conseguem acessar a esfera internacional quando os meios são inidôneos na esfera interna.

E por fim, no âmbito da Corte Interamericana, tomando-se como base alguns casos paradigmáticos contenciosos com sentença de mérito, no tocante ao prévio esgotamento dos recursos internos, de que forma posiciona-se a Corte quanto à regra e a efetivação da justiça.

### 3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO PRÉVIO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS.

O prévio esgotamento dos recursos internos, cuja origem remonta ao século IX, com a prática das represálias, que eram cartas encaminhadas pelos soberanos, autorizando os súditos a tomar as medidas de ressarcimento em território estrangeiro, aplicadas somente a seus cidadãos ou súditos no exterior, e depois de terem estes esgotados todos os meios de solucionar a controvérsia no país de residência. (CANÇADO TRINDADE, 1980, p. 154).

No entanto, a utilização desta regra nas cartas de represálias auxiliou para a consagração deste princípio no direito internacional sendo progressivamente substituídas pelas intervenções diplomáticas.

A importância de sua evolução histórica, para Cançado Trindade, está no seu caráter preventivo, como *conditio sine qua non* para o exercício das represálias (em passado mais distante) e para o exercício da proteção diplomática (nos tempos modernos), não raro, a referida regra impediu a intervenção, em épocas em que os soberanos e Estados mostravam-se menos relutantes para recorrer à força física do que parecem ser hoje. (1986,p.330)

Para o jurista Cançado Trindade, o ponto mais marcante sobre o tema da regra do prévio esgotamento dos recursos internos ocorreu no encontro da Codificação de Haia de 1930, no período entre-guerras. Para o autor, este momento foi importante porque existiram diversos debates a respeito da natureza da regra como também da matéria atinente à responsabilidade dos Estados. Nesta Conferência as delegações dos Estados discutiam sobre a natureza ora substantiva ora processual. Sobre os impasses, Cançado Trindade:

Como posteriormente confessou um de seus ativos participantes, as incertezas em que incorreram muitas delegações entre as questões distintas do nascimento e da implementação da responsabilidade dos Estados, e a polarização das delegações nos dois campos opostos da regra

do esgotamento dos recursos internos, — um mantendo que a responsabilidade internacional dos Estados surgia somente após o esgotamento de tais recursos, outro sustentando que a responsabilidade tinha início no momento da concretização do ato ilícito, — constituíram “indubitavelmente” as principais razões do “fracasso” da Conferência de Codificação de Haia de 1930. (CANÇADO TRINDADE, 1986, p. 173)

A discussão acerca da natureza do prévio esgotamento dos recursos internos é importante, pois significa o momento em que o Estado torna-se responsável no âmbito internacional.

Dessa forma, a natureza substantiva foi consolidada na segunda metade do século XIX e primeira metade do século XX pela jurisprudência internacional. Sobre o conceito da natureza substantiva, discorre Robledo-Verduzco:

antes de uma decisão final não ter interposto, o Estado não pode ser considerado legalmente responsável, ou, em outras palavras, se for solicitado, o Estado, antes da intervenção de uma decisão final, não seria, em qualquer caso, mais do que de o ponto de vista do direito interno, mas nunca do ponto de vista do direito internacional (ROBLEDO-VERDUZCO, 2008, p.211, tradução em português)

E, para demonstrar como este entendimento era aplicado, a opinião dissidente do Juiz Manley O. Hudson, no caso *Estrada de Ferro Panevezys-Saldutiskis* (1939), levado ante a Corte Permanente de Justiça Internacional:

Esta regra não é uma regra processual... Se o indivíduo que sofreu o dano encontrar um remédio adequado à sua disposição, se essa pessoa não tiver mais do que se envolver em uma administração para tirar proveito desse recurso, então não há base para a apresentação de uma reivindicação que pode ser levada para as mãos do Estado do qual o indivíduo é seu nacional. Enquanto os recursos internos disponíveis não tiverem sido esgotados, nenhuma responsabilidade poderá ser gerada.

No caso *Interdehl vs. EUA* decidiu-se que o esgotamento serviria como forma de acautelar a soberania estatal antes de acionar a esfera internacional. Assim, a Corte Internacional de Justiça sustentou que a norma, segundo a qual os recursos locais devem ser esgotados antes que se iniciem procedimentos internacionais, é uma regra também estabelecida no direito consuetudinário.

Com o transcurso do tempo, a regra do esgotamento dos recursos internos também foi estendida à proteção dos direitos humanos. Apareceu, pela primeira vez, codificada na Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada em Roma na data de 4 de novembro de 1950, e surge como uma das condições de admissibilidade para o recebimento de denúncias, conforme prescreve o artigo 35:

O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.

E novamente como condição de admissibilidade surge, no âmbito global, no Protocolo de Direitos Civis e Políticos, adotado em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966, constando em seu artigo 2<sup>a</sup>:

Ressalvado o disposto no artigo 1º os indivíduos que se considerem vítimas da violação de qualquer dos direitos enunciados no Pacto e que tenham esgotado todos os recursos internos disponíveis podem apresentar uma comunicação escrita ao Comitê para que este a examine.

No sistema interamericano a regra do esgotamento dos recursos internos também aparece como condição de admissibilidade para as denúncias perante a Comissão, demonstrando, *contrario sensu*, tratar-se de uma norma processual. No sentido que a partir dos instrumentos normativos de proteção dos direitos humanos a sua natureza processual, já que é requisito para que uma petição seja aceita na esfera internacional.

Seguindo este entendimento na visão da proteção do indivíduo e também da proteção internacional dos direitos humanos analisar-se-á o requisito no âmbito geral no sistema interamericano. Posteriormente, será analisado na Comissão Interamericana e também na Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como sua jurisprudência sobre a matéria, sem pretender, no entanto, fazer uma revisão exaustiva da matéria.

### 3.2 O PRÉVIO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

No sistema interamericano de direitos humanos, a regra do prévio esgotamento dos recursos internos surge no contexto da Convenção Americana de

Direitos Humanos, de acordo com o artigo 46.1 a) “para que uma petição seja admitida pela Comissão se requer: ...que sejam interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, conforme os princípios de direitos internacional geralmente reconhecidos”. (artigo 46.1 a) CADH, 1969)

Assevera o caráter de subsidiariedade e complementaridade para os Estados-Partes que ratificaram a Convenção. Sobre esta complementaridade aduz Cançado Trindade:

Ao contrário do que muitos ainda supõem em tantos países, as jurisdições nacional e internacional, neste início do século XXI, não são concorrentes ou conflitivas, mas sim complementares, em constante interação na proteção dos direitos da pessoa humana e na luta contra a impunidade dos violadores de tais direitos (CANÇADO TRINDADE, 2010, p. 61)

O significado mais claro do caráter subsidiário e complementar da Convenção é a obrigação dos Estados-Partes. De um lado, a obrigação positiva, no sentido de criar medidas que assegurem os direitos humanos dos indivíduos. De outro modo, na obrigação negativa, o Estado deverá fornecer meios judiciários ou legislativos para a promoção e efetivação dos direitos humanos e da própria fiscalização e coerção de práticas contrárias aos direitos humanos. Sobre as obrigações positivas do Estado, discorre Abramovich:

A imposição dessas obrigações positivas é precedida, em geral, do exame nos padrões legais das políticas implementadas, ou pela falta de ação (omissão) do Estado. Essas obrigações podem consistir em mudanças nas políticas existentes, em reformas legais, na implementação de processos participativos para formular novas políticas públicas. (ABRAMOVICH, 2009, p.23, tradução em português)

Desse modo, mantém-se a autonomia dos Estados e graus menores de intervenção do sistema interamericano, já que o próprio Estado procurará atender o indivíduo na sua esfera interna. No entendimento de Abramovich, a regra do prévio esgotamento dos recursos serviria a este propósito, posto que

embora tenha natureza processual, funciona como um elemento chave para compreender a dinâmica de funcionamento de todo o sistema interamericano e em especial sua função subsidiária. Ao obrigar a apresentar e esgotar o sistema de ações e recursos disponíveis no sistema judicial do Estado nacional oferece-se a cada Estado a possibilidade de solucionar o conflito e reparar as violações antes que o assunto seja examinado na esfera internacional.

Assim, a exigência de esgotar os recursos está ligada nesta premissa de subsidiariedade do sistema interamericano, sendo, portanto, um corolário do próprio preâmbulo da Convenção que indica que a proteção dos direitos humanos deve ser "coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados-Partes". (CADH, 1969, preâmbulo).

No caso *Gargaram Panday vs Suriname* a Corte sustentou que a aplicação da regra tem relação direta com o princípio da subsidiariedade,

permite ao Estado resolver o problema de acordo com sua legislação interna, antes de enfrentar um processo internacional, especialmente válido na jurisdição internacional dos direitos humanos, como é "Coadjuvante ou complementar" à interna (Convenção Americana, Preâmbulo) (Caso *Velásquez Rodríguez*, sentença de 29 de julho de 1988. Série C No. 4, par. 61; Caso de *Godínez Cruz*, sentença de 20 de janeiro de 1989. Série C No. 5, par. 64 e *Fairén Garbi e Solís Case Corrales*, Sentença de 15 de março de 1989. Série C No. 6, par. 85)

Essas disposições, referidas em conjunto com o artigo 25 da Convenção Americana, no qual devem existir na legislação interna recursos rápidos e eficazes, tratam da "proteção judicial" e também do "direito a um recurso efetivo", contendo desta forma o direito de acesso à justiça.

O artigo 25 da Convenção Americana afirma:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. (CADH, 1969, artigo 25).

A leitura do citado artigo, decorre da necessidade dos ordenamentos jurídicos dos Estados que ratificaram a Convenção Americana, de serem dotados de recursos para a proteção e promoção dos direitos humanos, sendo assim, o critério que aqui prevalece é o da eficácia dos recursos internos: não basta que estejam formalmente disponíveis, tem o Estado de demonstrar que são, na prática, adequados e eficazes. (TRINDADE, 1999, p. 113)

Trata-se, também de uma obrigação positiva do Estado em defesa do indivíduo. No caso brasileiro isto efetivamente ocorreu com a ratificação da Convenção Americana em 1992, e a jurisdição da Corte em 1998.

Assim como adverte RAMOS:

Já não há lugar para a tradicional postura do Estado na matéria: ratificar os tratados internacionais de direitos humanos e continuar permitindo violações dos direitos protegidos em seu território ou, ainda, postergar medidas duras de reforma de legislações e de instituições para promover e garantir os direitos de sua população.

Não obstante, a regra do prévio esgotamento de todas as instâncias domésticas não é aplicada nos casos das medidas cautelares ou provisionais, posto que não constitui uma atuação na sua competência contenciosa.

Desta maneira, o exercício de uma competência preventiva ou cautelar, como registra Ledesma, cuja função não é determinar se o Estado incorreu em responsabilidade internacional por violação aos direitos humanos que estão comprometidos em respeitar e garantir, senão evitar um dano irreparável. (LEDESMA, 2007, p. 89)

Desse modo, será analisado o prévio esgotamento dos recursos internos nas suas dimensões: perante a Comissão e perante a Corte Interamericana.

### **3.3 O PRÉVIO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.**

No sistema interamericano, o direito de petição individual é dirigido à Comissão Interamericana, posto que, o indivíduo não possui acesso direto à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, para que uma denúncia que contenha violações de direitos humanos seja admitida na Comissão Interamericana, deve-se preencher os requisitos de admissibilidade estabelecidos no artigo 46 da Convenção Americana.

Dentre estes requisitos está a regra do prévio esgotamento dos recursos internos, que adotou exceções, para que a mesma se tornasse mais flexível no contexto da proteção internacional dos direitos humanos.

Para tanto, consoante destaca Savioli

A regra do esgotamento dos recursos internos, como requisito de acesso ao Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos, não pode nem deve ser usada como uma ferramenta que promove a impunidade, por violações dos direitos que os Estados comprometeram, livre e soberanamente, a proteger e respeitar. (SAVIOLI, 1997, p. 27, tradução em português)

Comporta três exceções, são elas: a) a falta de legislação interna do Estado, que promova o devido processo legal com a proteção do direito que se alegue violado; b) não ser permitido o acesso aos recursos da jurisdição interna e for impedido de esgotá-los, e c) a demora injustificada na decisão destes recursos.

Além das exceções encontradas no artigo 46.2 da Convenção, a Comissão Interamericana em seu Estatuto também prevê no seu artigo 31.3:

Quando o peticionário alegar a impossibilidade de comprovar o requisito indicado neste artigo, caberá ao Estado em questão demonstrar que os recursos internos não foram previamente esgotados, a menos que isso se deduza claramente do expediente. (Estatuto da Comissão Interamericana).

As exceções existentes apenas reforçam a preocupação com o indivíduo em face do Estado, já que todas elas dizem respeito a uma ineficiência do aparato jurídico interno para resolver os seus conflitos, sendo que estes indivíduos são enfim, socorridos na esfera internacional.

Desse modo, não apenas a ausência de uma legislação interna, mas também obstáculos à efetivação da justiça, ligadas a recursos ineficientes e ineficazes, bem como a demora injustificada para que se tenha uma decisão, são exceções tidas como válidas para aplicar-se estas exceções.

Em relação aos Estados-Partes que não ratificaram a Convenção Americana, como por exemplo, os Estados Unidos da América e o Canadá, estes também estão sujeitos ao prévio esgotamento dos recursos internos, decorrência do próprio Estatuto da Comissão que dispõe em seu artigo 20 c) “verificar, como medida prévia ao exercício da atribuição da "alínea b", anterior, se os processos e recursos internos de cada Estado-Membro não Parte da Convenção, foram devidamente aplicados e esgotados”. (Estatuto da CIDH)

Portanto, a natureza e aplicação destas exceções são facilmente verificadas nos casos levados à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Os presentes casos serão analisados sob o enfoque do prévio esgotamento dos recursos internos e suas exceções, de forma exemplificativa, através de pesquisa realizada na página da Comissão Interamericana em relação ao Brasil, no quesito da admissibilidade, sendo este, momento da qual a denúncia é admitida ou não para o seu processamento. Procura-se analisar alguns casos de 2010 a 2016; apenas como formas de delimitação espaço-temporal.

Feitas estas necessárias considerações, o caso analisado no relatório 78/16-Petição 1170/09, onde figura como vítima o Sr. Almir Muniz da Silva, trata da admissibilidade desta denúncia pelo cumprimento dos requisitos do artigo 44 e 45 da Convenção Americana, entre outros, no preenchimento do esgotamento dos recursos internos, cumprindo com isto o requisito 46.1.a da Convenção Americana.

A denúncia foi apresentada pela Comissão Pastoral da Terra da Paraíba (CPT/PB), Dignitatis – Assessoria Técnica Popular, Justiça Global e James L. Cavallaro, alegando o desaparecimento forçado do Sr. Amir Muniz da Silva em 29/06/2002, em função de sua atividade como defensor de direitos humanos em defesa dos trabalhadores rurais, numa ação policial em conflito agrário no Estado da Paraíba/PA.

Após o recebimento da denúncia pela Comissão Interamericana foi aberto prazo para que o Estado Brasileiro apresentasse defesa em três meses.

Em sua defesa o Estado Brasileiro alegou, entre outras, que não haviam sido esgotados todos os recursos internos, tendo em vista que os peticionários não comprovaram ter processado judicialmente os agentes estatais pelas violações que atribuem ao Estado brasileiro (Seção III, b, n. 19), argumentando que o arquivamento da investigação policial sobre o desaparecimento da suposta vítima versava sobre a determinação do crime e a identificação da autoria, e não sobre a responsabilidade estatal pela violação das disposições estabelecidas na Convenção (Seção III, b, n. 19, parte final).

Versando sobre este mesmo requisito salienta que, haveriam outros recursos adequados e eficazes no âmbito interno, impossibilitando o Estado de resolver internamente os seus conflitos, bem como reconhecendo que no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, há o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado em determinados casos de morte, destacando como exemplo o recurso de *agravo regimental no agravo em recurso especial* da jurisdição administrativa e processual civil sobre a responsabilidade civil do Estado. (Seção III, b, n. 20, parte final).

A Comissão Interamericana, a seu turno, entendeu que não assistia razão ao Estado Brasileiro e que todas as vias ordinárias haviam sido esgotadas, já que o processo penal é um meio idôneo para casos de desaparecimento forçado de pessoas, não havendo a devida diligência para a investigação e posterior ajuizamento da ação penal, já que o presente processo havia sido arquivado por

falta de um autor da prática delitiva. Assim, admitiu a petição por preenchimento do artigo 46.1 a da Convenção Americana. Neste exemplo citado, a Comissão recebeu a denúncia por cumprimento do prévio esgotamento dos recursos internos, sem, no entanto, utilizar as exceções a esta regra.

A primeira hipótese a ser analisada, da exceção ao prévio esgotamento das instâncias nacionais, a qual decorre da inexistência de uma legislação interna do Estado ao se tratar do devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alega terem sido violados.

Esta exceção à regra do prévio esgotamento dos recursos internos foi muito utilizada nos casos analisados pela Comissão, nas denúncias envolvendo desaparecimentos forçados na época dos regimes ditatoriais em nosso continente latino americano. Para exemplificar esta exceção à regra do esgotamento dos recursos internos, com supedâneo no artigo 46.2. a) da Convenção Americana, há o relatório número 80/12 e petição número 859-09, que tem como vítima o jornalista Vladimir Herzog, detido arbitrariamente, torturado e posteriormente morto nas dependências do Exército, em 25 de outubro de 1975, onde as vítimas alegam que em decorrência da Lei de Anistia, os responsáveis por estes crimes não puderam ser punidos criminalmente.

Dentre as várias alegações apresentadas pelo Estado Brasileiro está justamente a de que as vítimas não esgotaram todos os recursos internos. Neste sentido o presente argumento apresentado pelo Estado Brasileiro:

caso a CIDH decida não considerar a promulgação da Lei de Anistia como a data de esgotamento dos recursos internos, o Estado alega que compete à CIDH determinar que a Lei 6.683/79 efetivamente impede o acesso aos recursos da jurisdição interna, conforme a exceção disposta no artigo 46.2.b da Convenção Americana. Portanto, conforme o artigo 32.2 do Regulamento da CIDH, a petição deve ser apresentada dentro de um prazo razoável. Nesse sentido, o Estado sustenta que a CIDH deve considerar a data em que tenha ocorrido a suposta violação e as circunstâncias do caso. No presente caso, conclui o Estado, a petição não foi apresentada dentro de um prazo razoável, ou seja, foi interposta 30 anos após a promulgação da Lei de Anistia e quase 34 anos após a morte da suposta vítima.

21. Alternativamente, o Estado observa que a CIDH deve considerar que os recursos de jurisdição interna foram esgotados mediante a decisão do Superior Tribunal de Justiça, de 18 de agosto de 1993, que em segunda instância confirmou a decisão de arquivar a investigação policial sobre a morte da suposta vítima, emitida pelo Tribunal de Justiça Estadual de São Paulo em 13 de outubro de 1992. Essa decisão confirma, conforme o Estado, que a Lei de Anistia efetivamente constitui um obstáculo à persecução criminal dos responsáveis pelas violações praticadas contra a suposta vítima. Sobre esse ponto, o Estado alega, ademais, que a intenção do Ministério Público Federal de instaurar uma nova investigação perante a

Justiça Federal não possibilita a abertura de novo prazo para o acesso dos petionários ao Sistema Interamericano e que, conseqüentemente, não é razoável que os petionários tivessem apresentado esta petição recentemente, em 10 de julho de 2009. (Seção III, B, n. 20 e 21).

Por outro lado, a Comissão não acolheu a defesa apresentada pelo Estado com fundamento no artigo 46.2.b e, conforme havia decidido em outros informes que tratavam de leis de anistia, citando aqui, o caso do Peru, da Argentina e do Uruguai, declarou que:

31. Conseqüentemente, tal como decidiu a respeito de leis de anistia com relação à Argentina, Uruguai e Peru, entre outros, a CIDH determina que esta petição é admissível porque a legislação interna do Brasil não contempla o devido processo legal para a proteção dos direitos que se alega terem sido violados. A essa petição, portanto, aplica-se a exceção à regra do prévio esgotamento dos recursos internos disposta no artigo 46.2.a da Convenção Americana. (Seção III, B, n. 31)

O Caso Vladimir Herzog vs Brasil encontra-se pendente de sentença na Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme consulta no sítio eletrônico da Corte Interamericana realizada em data de 07 de fevereiro de 2018.

A segunda hipótese da exceção ocorre quando houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Esta exceção está intimamente ligada à exigência de recursos efetivos e eficazes e na condução pelo Poder Judiciário, conquanto, viola-se o acesso à tutela jurisdicional quando não é permitida ao indivíduo uma resposta justa e dentro de um prazo razoável. Estes recursos se tornam inversamente proporcionais já que uma resolução de um conflito demorado é muito menos efetiva. Por outro lado, a Comissão não estipula os prazos que seriam considerados razoáveis o fazendo apenas no caso em concreto.

No âmbito da Convenção de Direitos Humanos a garantia de ser julgado em um prazo razoável já está integrada em seu artigo 8.1:

toda a pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável”, também prevê em seu artigo 7.5 no qual: “toda pessoa presa ou detida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem direito de ser julgada em um prazo razoável ou ser posta em liberdade.

Segundo GIACOMOLLI (2015, p.80):

é indubitável a tensão jurídica existente entre a necessidade de um processo rápido (speedy trial) e o tempo necessário na busca da melhor solução para o caso concreto. Entre essas duas extremidades há de ser mantido o equilíbrio, determinável em cada caso e em cada situação penal, pois a duração razoável não significa dar ao caso penal uma solução instantânea (fast food). O norte desse ponto de equilíbrio há de estar previsto em lei, para que a dialética processual possa confrontar a situação fática e jurídica na busca da melhor solução para o caso. A duração razoável não se aplica somente ao término do processo, mas à prática de todos os atos processuais e das decisões interlocutórias, numa perspectiva de “espaço-tempo” racionalizada.

Exemplo desta posição da razoabilidade das decisões na Comissão está no Caso Maria da Penha (2001) e também no Caso Garibaldi (2009), a qual entendeu que:

acerca do esgotamento das vias legais internas, consignou-se que, realmente, não houve o esgotamento das vias internas. Contudo, isso ocorreu por ter o inquérito tramitado por quatro anos e cinco meses, sem conclusão. Também foi explicitado ter sido extrapolado o prazo de 30 dias à conclusão do inquérito. Segundo a Corte, ainda, o Estado não demonstrou ter disponibilizado os recursos que alegou não terem sido esgotados e nem que eram adequados, idôneos e efetivos.

No Caso Julia Gomes Lund vs Brasil, conhecido como Guerrilha do Araguaia, a Comissão Interamericana entendeu que havia demora injustificada para a tramitação do processo que estava 18 anos, ainda, sem uma decisão final, assim o pronunciamento da Comissão:

50. A Comissão entende que, no caso em apreço, o atraso de mais de 18 anos sem uma decisão final de mérito não pode ser considerado razoável. Embora o caso possa ser complexo e muitos recursos foram utilizados, o fato de que não há decisão em primeira instância em relação à origem ou não do pedido e que, desde 1994, os recursos interpostos pelo Governo não são meritórios, mas apenas a interpretação de um acórdão em segunda instância, levam a Comissão a entender que a exigência de esgotamento dos recursos internos não pode ser exigida. Por estas razões, o artigo 46 (2) (c) se aplica e o esgotamento dos recursos internos é exceção (Seção III, B, a.50)

### **3.3.1 O prazo de seis meses da decisão definitiva**

Outra condição de admissibilidade dos casos perante a Comissão é de que a petição seja encaminhada no prazo de seis meses, a partir da data da notificação da

decisão definitiva. Quanto à necessidade deste prazo leciona González (2014, p. 62),

A Comissão Interamericana estabeleceu que o prazo de seis meses tem a função de garantir aos petionários e agentes estaduais certeza e estabilidade jurídica e credibilidade no sistema de petições individuais e interestatais perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. (GONZÁLEZ, 2014, p. 62),

Como ocorre com o prévio esgotamentos dos recursos internos, esta condição está regulada na Convenção Americana e no Regulamento da Comissão Interamericana, em seu artigo 32, numero 1 e .2 :

1. A Comissão considerará as petições apresentadas dentro dos seis meses contados a partir da data em que a presumida vítima haja sido notificada da decisão que esgota os recursos internos.
2. Nos casos em que sejam aplicáveis as exceções ao requisito de esgotamento prévio dos recursos internos, a petição deverá ser apresentada dentro de um prazo razoável, a critério da Comissão. Para tanto, a Comissão considerará a data em que haja ocorrido a presumida violação dos direitos e as circunstâncias de cada caso.

Denota-se da leitura do presente artigo, a interação entre o esgotamento dos recursos e o prazo de apresentação da denúncia perante a Comissão. Haveria um prazo de seis meses da decisão definitiva e outra definida como prazo razoável quando houver sido declarada uma das exceções ao prévio esgotamento dos recursos. De todo modo afirma ainda Gonzalez:

Um elemento inter-relacionado com o termo convencional, e que é de grande importância para estabelecer o cumprimento ou não, é o esgotamento do remédio apropriado, caso contrário, a Comissão pode declarar que a petição é inadmissível e não examinar se a denúncia foi arquivada em tempo Mas se a vítima esgotar a jurisdição doméstica de acordo com suas obrigações nacionais e internacionais, a Comissão começará a analisar se a petição é admissível ou não, verificando se foi submetida no prazo de seis meses.

Em outras palavras, a vítima tem a obrigação de esgotar o remédio que a jurisdição doméstica fornece como adequado ou com possibilidades de eficácia, ou seja, aquele que tem a função de proteger o direito humano presumivelmente violado e que tem a capacidade de reverter a situação jurídica violada. E é a partir da sua notificação à vítima presumida que começa a contar o prazo de seis meses.

(GONZÁLEZ, 2014, p. 73),

No caso Herzog vs Brasil, a Comissão assim se pronunciou sobre a relação entre o prazo definido pela Convenção e a exceção do prévio esgotamento dos

recursos internos no qual a petição deverá ser apresentada num prazo razoável.

Para a Comissão:

os peticionários denunciam a incompatibilidade da Lei 6.683/79 com a Convenção Americana, bem como a contínua impunidade a respeito das violações praticadas contra a suposta vítima, que presumidamente persiste até esta data em virtude da referida Lei de Anistia, a CIDH conclui que a petição foi apresentada dentro de um prazo razoável e que atende ao requisito disposto no artigo 32.2 do Regulamento da CIDH. (Seção C, n. 38)

### 3.4 CASOS GERAIS OU MACIÇAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS.

As situações de maciças violações de direitos humanos foram objeto de debates na II Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, entendendo que o prévio esgotamento dos recursos de direito interno não se aplicava a tais situações.

Nas décadas de setenta e oitenta, foram implantadas várias ditaduras militares latino-americanas baseadas num plano de Estado que ocasionou diversas e maciças violações de direitos humanos. Nesta época ainda que a Convenção Americana estivesse em vigor, muito dos países só a ratificariam após a redemocratização em seus países.

Desse modo, a Comissão Interamericana era o único órgão que funcionava para a promoção e proteção aos direitos humanos neste período, pautado pela ausência de recursos de defesa a vítima ou a seus familiares. Portanto, é neste contexto que ocorrem as maciças denegações de justiça e violências perpetradas por agentes de Estado.

Aduz neste sentido ABRAMOVICH:

Em seus inícios, o Sistema Interamericano de direitos humanos teve que enfrentar violações maciças e sistemáticas cometidas sob sistemas de terrorismo de Estado, ou no âmbito da violência de conflitos armados internos lentos. Seu papel foi, em suma, o de um último remédio da justiça para as vítimas dessas violações, que não poderiam ir a sistemas internos de justiça devastados ou manipulados. Nesses tempos iniciais de asfixia política dentro dos estados nacionais, os relatórios sobre os países da Comissão serviram para documentar com rigor técnico, para legitimar as queixas das vítimas e suas organizações, e para expor e erodir a imagem de ditadores em esfera local e internacional.

Tais acontecimentos impactaram quando enfim entrou em vigor a Comissão Interamericana, como órgão que recebia as petições individuais e a Corte

Interamericana, como órgão judicial que julgava as denúncias de violações de direitos humanos. Desse modo, ocorre a flexibilização do prévio esgotamento dos recursos internos, que passa de um princípio de defesa estatal para a proteção do indivíduo. Neste sentido para FERNANDES y PADILHA, os casos gerais significam:

que não há Estado de Direito, quer que não haja um devido processo legal ou que os remédios da jurisdição nacional não sejam adequados nem efetivos, de modo a exigir que seu esgotamento seja um procedimento meramente dilatador. (FERNANDES y PADILHA, 2013, p. 228/229).

A questão específica atinente aos casos gerais, em que se dispensa o esgotamento dos recursos internos, está mais uma vez atrelada ao respeito ao indivíduo, como verdadeiro sujeito de direito internacional, já que especificamente nesta época que vivenciou os regimes ditatórios, o Estado era responsável, na maioria das vezes, pelas violações de direitos humanos. Tal entendimento reside na responsabilidade internacional dos Estados em respeitar e assegurar o respeito dos direitos humanos.

### 3.5 O PRÉVIO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

Após o processamento da denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e não havendo uma solução amistosa entre as Partes, esta poderá em conformidade com o artigo 45 do seu novo Regulamento, submeter o caso à Corte Interamericana. Neste sentido o citado artigo, *ex vi*:

Se o Estado de que se trate houver aceitado a jurisdição da Corte Interamericana em conformidade com o artigo 62 da Convenção Americana, e se a Comissão considerar que este não deu cumprimento às recomendações contidas no relatório aprovado de acordo com o artigo 50 do citado instrumento, a Comissão submeterá o caso à Corte, salvo por decisão fundamentada da maioria absoluta dos seus membros.

#### Como explica Piovesan

o novo regulamento introduz, assim, a justicialização do sistema interamericano. Se, anteriormente, cabia à Comissão Interamericana, a partir de uma avaliação discricionária, sem parâmetros objetivos, submeter à apreciação da Corte Interamericana caso em que não se obteve solução amistosa, como o novo regulamento, o encaminhamento à Corte se faz de forma direta e automática. O sistema ganha mais tônica de “juridicidade”, reduzindo a seletividade política, que, até então, era realizada pela Comissão Interamericana. (PIOVESAN, 2013, p. 341)

Uma vez recebido o caso na Corte Interamericana, o prévio esgotamento dos recursos é novamente analisado. Neste momento poderão ocorrer duas situações: ou a Corte analisa o prévio esgotamento dos recursos internos como uma exceção preliminar ou deixa para fazer as suas considerações na etapa de fundo quando da prolação da sentença.

Isto se deve, segundo Ledesma, à necessidade de proteção das vítimas do exercício arbitrário do poder público. Para tanto, a exceção do não esgotamento dos recursos internos geralmente está relacionada ao mérito da disputa, o que exige um exame conjunto de ambos os aspectos. (LEDESMA, p.148).

No entanto, antes da análise do prévio esgotamento dos recursos internos no âmbito da Corte e de quais são os critérios utilizados para a flexibilização deste princípio, é necessário uma análise da conjuntura política e social vivenciada nas Américas.

Esta análise parte do período da entrada em vigor da Convenção, em 1978 e de como estes fatos impactaram posteriormente estas decisões.

O primeiro caso contencioso levado à Corte foi proposto pela Costa Rica e levado diretamente à mesma, no qual o Estado renunciava ao procedimento perante a Comissão Interamericana, bem como a regra do prévio esgotamento dos recursos internos. Trata-se do Caso Viviane Gallardo vs Costa Rica. A Corte se pronuncia no seguinte sentido:

De acordo com princípios geralmente reconhecidos de direito internacional e prática internacional, a regra que exige o esgotamento prévio dos recursos internos é concebida no interesse do Estado, uma vez que procura dispensá-lo de responder perante um órgão internacional por atos imputados a ele, antes de ter tido a oportunidade de remediá-los com seus próprios meios. Foi considerado como um meio de defesa [do Estado] e, como tal, renunciou, mesmo tacitamente.

Os casos contenciosos seguintes ficaram conhecidos como “Casos Hondurenhos”, sendo: Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, sentença de 26 de junho de 1987, Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, sentença de 26 de junho de 1987 e Caso Godínez Cruz, sentença 26 de junho de 1987.

Na conjuntura política hondurenha, consoante Torres e Maurano (2011), Honduras sofre um golpe militar em 1956, uma nova Constituição é promulgada, e muito embora os civis retornem ao poder em 1957, os militares desde então passam a desempenhar um papel relevante no cenário político do país. Entretanto, o Coronel

Oswaldo López Arrellano lidera um novo golpe militar em 1963 e governa Honduras até 1975. (TORRES, MAURANO, 2011, p. 8)

Todos estes casos apresentados à Corte tratavam de pessoas que haviam desaparecido, levados a cabo pelo governo hondurenho.

O desaparecimento forçado, especialmente em função de motivações políticas, foi uma das principais práticas de repressão dos países latino-americanos na segunda metade do século XX. (QUADRAT, 2008, p. 375.) E segundo dados da Anistia Internacional, as cifras alcançam o número de 90 mil pessoas desaparecidas.

Para Cançado Trindade:

os casos de desaparecimentos forçados de pessoas, como uma “prática estatal” ou de negligência ou tolerância por parte das autoridades públicas, há uma presunção em favor das vítimas, não fazendo sentido insistir na aplicação da regra do esgotamento (porquanto não há recursos a que esgotar). (CANÇADO TRINDADE, p. 34)

Assim, a Corte Interamericana como órgão judicial, representou de certa forma, a realização de justiça não conseguida no âmbito interno. Tais casos considerados paradigmáticos serviram para fundamentar a jurisprudência constante tanto em relação ao prévio esgotamento dos recursos internos como na proteção do indivíduo na seara internacional.

Segundo Ledesma:

a regra do esgotamento dos recursos internos implica uma obrigação paralela para os Estados, na medida em que pressupõe a existência de um aparelho judicial em funcionamento e que inclua recursos adequados para proteger as pessoas no exercício de seus direitos humanos; é a inexistência de remédios internos efetivos que colocam a vítima em estado de indefesa e o que justifica a proteção internacional. (LEDESMA, p. 1, tradução em português)

Outro caso contencioso que possui relevância são os relativos aos povos indígenas. Neste modo será analisado o Massacre de Plan de Sánchez contra Guatemala (2004), sentença de 19 de novembro de 2004.

O Informe intitulado Guatemala - Memoria del Silencio, realizado pela Comissão de Esclarecimento Histórico (CEH) visou, através de um exame e de um esclarecimento das violações, sobretudo, concluir que durante o confronto armado, a violência foi essencialmente dirigida pelo Estado contra os pobres e, acima de tudo, contra a população maia, e contra àqueles que lutaram em favor da justiça e por uma maior igualdade social.

Neste período histórico que ocorreu o Massacre de Plan de Sanchez, onde:

O massacre de Plan de Sánchez foi perpetrado no marco de uma política genocida do Estado de Guatemala, com a intenção de destruir, total ou parcialmente, o povo indígena maia. As violações ocorreram em tal escala que representam violações maciças e múltiplas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (...)

A [Comissão de Esclarecimento Histórico] CEH registrou 626 massacres cometidos por forças do Estado durante o conflito armado, principalmente o Exército, apoiados por estruturas paramilitares (...). 95% foram perpetrados entre 1978 e 1984 e neste período 90% foram executados em áreas habitadas predominantemente pelo povo maia. (...) Entre as características dos massacres durante o conflito armado na Guatemala está o fato de terem sido executados por meio de atos de crueldade excessiva destinados a eliminar as pessoas ou grupos de pessoas anteriormente identificadas como alvos de operações militares e a provocar o terror como mecanismo de controle social. (...)

os massacres e operações de terra queimada significaram o extermínio de comunidades maias completas, bem como a destruição de suas casas, gado, plantações e outros elementos de sobrevivência, que transgrediram o direito à vida, à identidade étnica ou cultural do povo Maya e o direito de expressar e divulgar a cultura, entre outros. (...)

(...) O massacre do Plano de Sánchez foi enquadrado dentro de uma estratégia estatal destinada a destruir um grupo étnico através de operações militares, o que significou o massacre de milhares de membros do povo indígena maia, a fuga dos sobreviventes, a destruição de suas economias de subsistência e, finalmente, a sujeição intencional de milhares de indígenas maias a condições de existência de dependência da estrutura militar. "(...)(Sentença, Corte IDH, voto razonado- Juiz Antonio Cançado Trindade, n. 2)

Quando o caso foi submetido à Comissão Interamericana, foi alegada, na fase de admissibilidade, a falta do esgotamento dos recursos internos. O presente caso foi submetido à Corte, sendo que o Estado da Guatemala retirou esta questão do prévio esgotamento dos recursos internos e outras questões que foram alegadas reconhecendo a sua responsabilidade por graves violações de direitos humanos.

Nesta decisão, o magistrado Cançado Trindade reiterou que este caso foi conhecido e resolvido por um tribunal internacional. Assim se manifestou a respeito:

Embora os eventos tenham ocorrido 22 anos atrás, eles certamente estão vivos na memória dos sobreviventes. Os anos de silêncio e humilhação, diante das dificuldades de localizar os cemitérios clandestinos e a exumação dos cadáveres do massacre, e da prolongada negação da justiça, não conseguiram apagar a memória dos sobreviventes do que aconteceu em Plan de Sánchez. 18 de julho de 1982.

A escolha deste caso tem como razão metodológica o fato que a Corte fundamentou a existência de um genocídio praticado pelas forças do Estado contra

o povo maia, advertindo, no entanto, que se tratava de um Tribunal de Direitos Humanos e não de um Tribunal Penal. A diferença precípua entre os dois tribunais está no fato de que os Tribunais de Direitos julgam essencialmente os Estados conquanto os Tribunais penais julguem os indivíduos por crimes contra a humanidade, como o delito de genocídio.

Outra razão está na decisão de um Tribunal Internacional de resolver um conflito interno a partir da decisão do próprio país demandado, em reconhecer na esfera internacional a sua responsabilidade nestas violações de direitos humanos. Nos casos levados à Corte no qual figuram como vítimas os povos indígenas é salutar o reconhecimento destas comunidades como verdadeiros sujeitos de direitos humanos, fundamentando, em termos de marco histórico, ao holocausto das guerras justas e à colonização, que provocaram não só o extermínio físico, mas também o extermínio da identidade cultural dos povos indígenas ameríndios. (SILVEIRA LOUREIRO, 2012, p.395).

Outros casos que foram importantes para a modificação e que tornaram sem efeito as leis de anistia nos países latino-americanos, e no qual, as exceções ao prévio esgotamento dos recursos internos foram salutares, são os chamados casos peruanos, especificamente os de *La Cantuta vs Peru*, sentença de 29 de novembro de 2006, e *Barrios Altos vs Peru*, sentença de 14 de março de 2001.

A razão da aplicação destas exceções à regra do esgotamento dos recursos internos está justamente na impossibilidade da efetivação da justiça nesta seara, tendo em vista a falta de recursos disponíveis e também na competência da Corte para receber os casos. Os países só aceitaram de fato a competência contenciosa da Corte após a redemocratização, logo, se não houvesse estas exceções, os casos ocorridos antes da ratificação e depósito ficariam sem uma solução.

Retomando os fatos anteriormente referidos, a segunda metade do século XX foi marcada por diversos regimes ditatoriais, sobretudo no Cone Sul. Como aponta Sampaio e Lemos (2014), no Brasil, em 1964; na Argentina, em 1966 e em 1976, no Chile em 1973 e no mesmo ano no Uruguai, sendo o Paraguai, o primeiro país a sucumbir o seu regime democrático, em 1954.

Um dos pontos convergentes entre estes regimes decorreu da política de segurança nacional que tinha como fundamentação teórica, a proteção da sociedade nacional a partir de um Estado que precisava esconder sua essência

antidemocrática, configurando um “estado de guerra permanente” contra o suposto e difuso “inimigo interno”. (PADROS, 2007, p.2)

Seguindo as orientações da política de segurança nacional, aplicava-se o terror de Estado como forma de uma guerra contra insurgente, dirigido pelo poder estatal com a premissa nestes casos de salvaguardar os indivíduos de uma ameaça comunista.

Para fomentar este terror do Estado, Padros (2008) observa a necessidade deste regime na proliferação de esquadrões da morte e de organizações paramilitares em difundir o medo, impactar a sociedade mediante o uso da violência, realizando o “trabalho sujo”. Estas organizações, ainda segundo Padros, criaram e contribuíram para a criação de fatos desestabilizadores. Organizações secretas que sequestraram, torturaram e eliminaram os “inimigos de Estado” – a partir dos anos 60, nos primeiros países - com ações na República Dominicana, Brasil e Guatemala. (PADROS, 2008, p.156)

Neste contexto delineado, os Casos La Cantuta vs Peru e Barrios Altos vs Peru desenrolaram-se e chegaram à Corte Interamericana para julgamento.

O Caso Barrios Altos vs Peru versa resumidamente, sobre a execução de 15 pessoas e mais quatro feridos em um local chamado Barrios Altos, na cidade de Lima/Peru, onde algumas investigações foram feitas, e identificaram os autores da execução como sendo integrantes de um grupo de extermínio intitulado Grupo Colina. A motivação para esta execução seria uma represália a alguns integrantes do Grupo Sendero Luminoso, considerado subversivo.

Quando iniciadas as investigações, ainda que tardias, os tribunais militares exigiam a sua competência para analisar o caso, sob o fundamento de que as pessoas integrantes deste esquadrão da morte eram oficiais do Exército.

Antes do término das investigações foi sancionada pelo Congresso Peruano, uma lei de anistia N°26479, que exonerada a responsabilidade dos militares, polícias e também dos civis que haviam cometido, entre o ano de 1980 e 1995, violações de direitos humanos. Neste período estava no poder o General Alberto Fujimori.

Em sua observação, a Corte observou que:

A adoção e aplicação de leis que concedem anistia a crimes contra a humanidade impede o cumprimento das obrigações indicadas. Secretário Geral das Nações Unidas, em seu relatório sobre o estabelecimento Tribunal Especial para a Serra Leoa, afirmou que [a] reconhece que anistia é um conceito legal aceito e um sinal de paz e reconciliação no final de uma guerra civil ou um conflito armado interno,

As Nações Unidas mantêm sistematicamente a posição de que a anistia não pode ser concedida em relação a crimes internacionais como genocídio, crimes contra a humanidade ou graves infrações ao direito internacional humanitário. [...] leis de anistia com as características descritas levam ao desamparo das vítimas e à perpetuação da impunidade por crimes contra a humanidade, pelo que são manifestamente incompatível com a letra e o espírito da Convenção Americana e, sem dúvida, afetam os direitos nela consagrados. Ele constitui, por si só, uma violação da Convenção e gera responsabilidade (CORTE, 2014a, pp. 49-52).

Também neste caso o Estado peruano renunciou às exceções preliminares, inclusive do prévio esgotamento dos recursos internos e reconheceu a sua responsabilidade internacional pelas violações dos direitos humanos.

A emblemática decisão da Corte no Caso Gomes Lund vs Brasil merece destaque principalmente por estabelecer parâmetros bem definidos quanto a necessidade de declarar a Lei de Anistia (Lei número 6.683/79) sem efeito jurídico e por conseguinte, determinar a identificação e punição pelos responsáveis por graves violações de direitos humanos.

Nos casos analisados, atinentes à justiça de transição nos Estados Americanos, não se pode negar o papel fundamental das exceções ao princípio do prévio esgotamento dos recursos internos, sem o qual, estes casos não chegariam até o Tribunal Interamericano.

De igual forma, está pendente na Corte Interamericana para sentença, o Caso Herzog vs Brasil, tendo a Comissão Interamericana enfrentado o tema do prévio esgotamento dos recursos internos, conforme analisado.

Os casos apresentados são exemplos claros das dificuldades enfrentadas pelas vítimas em acessar a justiça no ordenamento jurídico interno, ou por sua ineficiência, ou pela falta de recursos para a efetivação da justiça no caso concreto.

Outro problema recorre da vulnerabilidade das pessoas para um acesso aos sistemas de justiça, como os exemplos dos indígenas, dos deficientes mentais, dos mais pobres. Afinal, o Estado não é somente responsável por promover os direitos humanos, mas também pela sua omissão, isto é, por não tomar as medidas cabíveis de proteção ou deixar de garantir certo direito de forma plena (TRINDADE, 1991, p. 74).

Desse modo, o sistema de justiça internacional, tanto no plano de suas normativas como de suas decisões, deve realizar a prestação jurisdicional.

A importância das exceções do prévio esgotamento dos recursos internos é demonstração patente deste instrumento do direito internacional clássico aplicado aos direitos internacionais dos direitos humanos. Sobre o tema, Cançado Trindade, explica que:

A realização da justiça passa a ser uma meta comum, e convergente, dos ordenamentos jurídicos, interno e internacional. E ambos passam a dar testemunho da unidade do direito na realização da justiça, um sinal dos novos tempos. Na grande maioria dos casos, a jurisdição internacional é acionada quando já não há possibilidade de se encontrar justiça no plano do direito interno. Mas tem havido ocasiões em que a jurisdição internacional veio ao amparo da jurisdição nacional, para assegurar também nesta última o primado do direito (*préeminence du droit, rule of law*). (CANÇADO TRINDADE, 2010, p. 58)

Verifica-se, ainda, a resistência dos Estados, nas suas manifestações acerca do cumprimento do esgotamento dos recursos internos. Por outro lado, alguns Estados estão renunciando a esta regra e aceitando a sentença emitida pela Corte Interamericana e dando cumprimento integral às mesmas.

E nestes casos, estão ainda antecipando mudanças legislativas; Cançado Trindade cita duas decisões no qual a sentença da Corte Interamericana operou esta mudança interna. Na sentença do caso *Loaya Tamayo vs Peru*, após a condenação sofrida, o Peru acatou a ordem da Corte Interamericana de libertar a prisioneira Maria Elena Loya Tamayo, detida sob a legislação antiterrorista, e pouco depois, anunciou sua decisão de extinguir os chamados ‘tribunais sem rosto’ no país. (CANÇADO TRINDADE, 2000, p. 33).

No outro caso citado pelo jurista, caso *Suarez Rosero vs Equador*, a Corte Suprema do Equador decidiu declarar a inconstitucionalidade de uma disposição da legislação penal antidrogas, para tal invocando a referida sentença da Corte Interamericana. (CANÇADO TRINDADE, 2000, p. 33).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta dissertação teve como objetivo analisar as exceções ao prévio esgotamento dos recursos internos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e como as decisões emanadas na Comissão e na Corte Interamericana contribuíram para o acesso pleno do indivíduo no sistema internacional.

Constatou-se no primeiro capítulo, a importância da análise histórica do nascimento do Estado Moderno que assinalou o nascimento do direito internacional clássico. As relações interestatais foram delimitadas neste período, a partir de um sistema de governo imposto como o Absolutismo e que experimentou a sua primeira ruptura com a Revolução Francesa, transformando os súditos em cidadãos, logo, portadores de direitos. Em que pese esta qualidade de cidadão ser essencial para que se possa lutar pelos seus direitos, esta não foi sobremaneira decisiva para que o indivíduo obtivesse a proteção necessária contra o arbítrio do próprio Estado. Configurou-se uma nova noção de Estado, o Estado-Nação, precipuamente baseado na tríade de Estado-território-indivíduo, mas que deixava de fora qualquer proteção àqueles que não possuíam Estados, como os apátridas.

Os antecedentes históricos dos direitos humanos, como o direito humanitário, a liga das nações, a Organização Internacional do Trabalho, coadunavam em certa medida este pensamento de Estado-Nação. O direito humanitário foi criado especificamente para vítimas e combatentes nos conflitos armados. A liga das nações, que nasce a partir do final da 1ª Guerra Mundial, traz consigo o problema dos apátridas, dos refugiados de guerra, e mesmo com a criação dos Tratados de Minorias, este não foi suficiente para a proteção destas pessoas, que na visão arendtiana, possuíam direitos humanos por sua condição inerente como ser humano, mas que isto não bastava, já que não possuíam os outros direitos necessários, já que não pertenciam a nenhum Estado.

Os horrores praticados pelo nazismo na Segunda Guerra Mundial demonstraram que o Estado era na verdade o grande violador dos direitos humanos, ao transformar indivíduos em “quase-indivíduos”, como por exemplo, as Leis de Nuremberg, que enviaram estas pessoas a campos de concentração e extermínio, constituindo um dos maiores genocídios da história.

Na verdade, foi esta dinâmica o que mais estarreceu a humanidade, posto que eram leis de Estado, na forma totalmente legal, mas em seu conteúdo, eram um verdadeiro tratado racista e genocida, na premissa de que as pessoas indesejáveis deveriam ser exterminadas ou trancafiadas.

Com o término da Segunda Guerra instituem-se dois tribunais internacionais, Nuremberg e Tóquio, para julgar os criminosos de guerra, sendo que pela primeira vez o indivíduo tornou-se réu, num cenário no qual apenas os Estados poderiam ser respectivamente autores e réus.

Com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, o indivíduo passa a ser plenamente um sujeito de direito internacional, revertendo a lógica da soberania absoluta dos Estados, demonstrando a necessidade de um órgão internacional que pregasse a paz, mas que cobrasse os Estados por abusos cometidos contra o ser humano, bastando apenas a condição de ser humano. Nos momentos anteriores, verificou-se que tal premissa não era possível.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o indivíduo passa claramente a tomar consciência dos seus direitos que congregam tanto direitos políticos e civis como direitos econômicos, sociais e culturais.

Ainda faltava um tratado internacional que protegesse o indivíduo contra as violações dos direitos humanos, sendo criada a partir do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, a Comissão de Direitos Humanos, que recebia no âmbito global, ONU, as denúncias de violações de direitos humanos. Este é sem dúvida o grande caminho de luta percorrido pelo indivíduo na procura de ver os seus direitos violados com uma resposta que na maioria das vezes não é possível no âmbito interno.

No entanto, o sistema global em especial da Comissão de Direitos Humanos por sua natureza, não possuía característica de um tribunal. Desse modo, tem-se a criação de duas Cortes Internacionais, a Corte Europeia e a Corte Interamericana, organismos que de fato julgam e condenam os Estados por violações de direitos humanos.

Por esta razão é que se objetivou realizar um estudo interdisciplinar histórico do caminho percorrido pelo indivíduo até a sua afirmação como sujeito do direito

internacional e, por conseguinte, a sua capacidade de vindicar os seus direitos na esfera internacional.

No segundo capítulo buscou-se realizar um estudo do sistema interamericano de direitos humanos, sobretudo na América Latina, através da valorização das construções históricas e sociais ocorridas neste continente que possuem particularidades em relação aos direitos humanos violados.

A importância do desenvolvimento deste percurso histórico não poderia ficar adstrita a aspectos meramente jurídico-formais, sendo necessário levar-se em conta outras abordagens para o aprofundamento da discussão, como os aspectos históricos e sociológicos na verificação da situação concreta da América Latina.

Verifica-se um desconhecimento dos latinos com sua própria história da colonialidade e de como estas vicissitudes influenciam em nossa história atual.

Os bancos escolares pouco ou nada falam de nossa história e quando a tratam falam de uma maneira acrítica, demonstrando ainda certa bondade do colonizador com o indefeso e inocente índio. Quedam-se inertes a um dos maiores genocídios da história da humanidade. Somos muito mais condicionados a estudar exaustivamente a história da Europa do que a nossa própria.

Com o sistema interamericano de direitos humanos e da mesma forma, nas universidades, a matéria é vista como um subtítulo dentro da disciplina de direito internacional público. Os estudantes e os profissionais do direito, incluindo advogados, promotores e juízes pouco ou nada sabem do sistema interamericano, ainda vinculado a uma dogmática de monistas ou dualistas do sistema internacional. Não se dão conta da necessidade de incorporação em petições, pareceres e decisões dos princípios insculpidos na Convenção Americana e muitos não têm a menor ideia de como acessar o sistema internacional.

Não são poucos os casos levados à Comissão Interamericana, e daí surge a importância dos movimentos sociais, das ONGs, da vindicação dos direitos que são negados no âmbito interno.

No terceiro e último capítulo, a inquietação surge a partir de um requisito de admissibilidade para que uma denúncia de violação de direitos humanos seja levada ao conhecimento no âmbito internacional. O esgotamento dos recursos internos surge neste cenário primeiramente como uma defesa do Estado para que este não

seja demandado internacionalmente, facultando-lhe resolver os conflitos primeiramente na esfera interna.

De um requisito eminentemente do direito internacional clássico, passa também a ser aplicado nos Tratados de Direitos Humanos, e no objeto deste estudo, no sistema interamericano de direitos humanos.

Ademais, o Tribunal Interamericano está realizando a justiça às vítimas, inclusive nos casos de violência maciça de direitos humanos e demonstrando que ninguém está acima da lei, sejam, Estados, governantes ou governados.

Têm, neste ponto, fortalecido as ações positivas nos Estados para a positivação de preceitos favoráveis ao indivíduo, tomando como exemplo, o caso Maria da Penha, que levado à Comissão Interamericana, contribuiu para a criação da Lei com mesmo nome, na proteção das mulheres contra a violência doméstica.

Outro exemplo positivo foi a primeira condenação brasileira na Corte Interamericana, conhecido como caso Ximenes Lopes vs Brasil, que tratava da morte de um doente psiquiátrico em uma clínica. Com esta condenação impulsionou-se políticas públicas de atenção a pessoas com transtornos psiquiátricos, e no trato dos profissionais de saúde, assim como a Lei 10.216/2001, conhecida como Lei Antimanicomial, influenciada pelo processo de responsabilização que se desenrolou no plano internacional.

Sendo assim, no tocante, aos resultados da pesquisa, foi encontrada uma resposta positiva de que as exceções ao prévio esgotamento dos recursos internos são de fato, um importante instrumento no acesso e na realização da justiça na jurisdição internacional com reflexos positivos no sistema interno dos Estados.

Num cenário como o latino-americano impregnado de desigualdades, com o acesso precário aos sistemas de justiça, sem dúvida, a aplicação das exceções demonstra a importância do indivíduo para o sistema internacional de justiça.

Por isso, resta claro, como resultado da pesquisa, que as exceções ao prévio esgotamento dos recursos internos são viabilizadoras de uma relação de complementaridade entre o ordenamento jurídico interno e a jurisdição internacional.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fim: notas sobre a política**. Autêntica, 2015
- ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Companhia das Letras, 2012
- BAUMAN, Zigmunt. Modernidade e Holocausto. trad. **Marcus Penchel, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed**, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro, Campus, 1991
- \_\_\_\_\_. **El tiempo de los derechos**, trad. R. de Asís Roig. Madrid: Sistema, 1991.
- \_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- \_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Ícone, 2006.
- BUERGENTHAL, Thomas. **La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Revista Instituto Interamericano de DD. HH, p. 111, 1989.
- BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio; NIKKEN, Pedro. **Manual internacional de derechos humanos**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teóricas latino-americanas para a universalização dos direitos humanos. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 13, n. 99, p. 11-31, 2011
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI**. Rio de Janeiro: XXXIII Curso de Direitos Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA, 2006.
- \_\_\_\_\_. **A humanização do direito internacional**. Editora del Rey, 2006.
- \_\_\_\_\_. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): evolución, estado actual y perspectivas**. Derecho Internacional y Derechos Humanos/Droit international et droits de l'homme, p. 47-95, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. Direito e Democracia, v. 1, n. 1, 2016.

\_\_\_\_\_. **O esgotamento de recursos internos no direito internacional.** 2. ed. atual. Brasília: Ed. UnB, 1997.

\_\_\_\_\_. **O esgotamento dos recursos internos e a noção de vítima no direito internacional: com atenção especial aos Estados da América Latina.** Instituto Interamericano de Direito Humanos. Costa Rica: 1986. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181685/000421292.pdf>

\_\_\_\_\_. **Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional.** Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 57, 2010.

\_\_\_\_\_. Os indivíduos como sujeitos do direito internacional. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 12, n. 12, p. 23-58, 2012.

\_\_\_\_\_. **Os tribunais internacionais contemporâneos.** Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informes 22/94, Caso 11.012, deliberação de 20 de setembro de 1994, § 1º. Justicia y Inclusión Social: los Desafíos de la Democracia en Guatemala. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, Serie L/V/II.118, de 29 de dezembro de 2003, doc. 5.*

\_\_\_\_\_. *Informe obre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, Serie L/V/II.66, de 3 de outubro de 1985, doc. 16.*

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** Saraiva, 2001.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos, 1969. *Pacto de San José da Costa Rica.* San José, Costa Rica: OEA, 1969.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997.* San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1997.

\_\_\_\_\_. *Caso de Loayza Tamayo, sentencia del 17 de septiembre de 1997.* San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1997.

\_\_\_\_\_. *Caso de Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001.* San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

\_\_\_\_\_. *Caso de Massacre de Plan de Sanchez, sentencia del 19 de noviembre de 2004*. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004.

\_\_\_\_\_. *Caso de Castillo Petruzzi, sentencia del 4 de setembro de 1998*. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.

\_\_\_\_\_. *Opinião Consultiva, n. 11 de 06 de outubro de 1990*. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1987.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Site oficial. Disponível em: <[www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)>.

\_\_\_\_\_. *Caso Gomes Lund vs Brasil, sentença de 5 de julho de 2006, Série C, n. 150*.

\_\_\_\_\_. *Caso Ximenes Lopes Vs Brasil. Sentencia de 4 de Julio de 2005, Serie C n. 149, voto em separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafos 30 a 32. Também disponível em:*  
<[www.corteidh.or.cr/docs/casos/vsc\\_cancado\\_149\\_por.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/vsc_cancado_149_por.doc)>.

\_\_\_\_\_. *Caso Gangaram Panday, sentença de 21 de janeiro de 1994, Série C, n. 16*.

\_\_\_\_\_. *Caso Velasquez Rodriguez-Reparações, sentença de 27 de julho de 1988, Série C, n. 7*.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Site oficial. Disponível em: <[www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)>.

DA SILVA, Caíque Tomaz Leite; PICININI, Guilherme Lélis. Paz de Vestefália & soberania absoluta. **Revista do Direito Público**, v. 10, n. 1, p. 127-150, 2015.

DE CARVALHO RAMOS, André. **Processo internacional de direitos humanos**. Editora Saraiva, 2016.

DO NASCIMENTO SILVA, Geraldo Eulálio; ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. Saraiva, 2002.

DUSSEL, Enrique D. 1492 [mil quatrocentos noventa e dois]: o encobrimento do outro; a origem do Mito da modernidade; conferências de Frankfurt. Vozes, 1993.

ESPIELL, Hector Gros. **Estudios sobre Derechos Humanos II**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, u. Editorial Civitas, S.A. nn. 4, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. Tradução de Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Para uma possível teoria da história dos direitos humanos. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 16, n. 1, p. 273-291, 2012.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

GOMES, Luís Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. **Acesso em**, v. 22, 2011.

GÓMEZ Fernández, Itziar y Montesinos Padilla, Carmen. **Agotamiento de los recursos internos y otras exigencias de admisibilidad. Protección Multinivel de Derechos Humanos**. Manual. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, v. 1, pp. 213-240, 2013.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro; Maria Beatriz Nizza da Silva. Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2003.

HOBBS, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1995.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Editora Companhia das Letras, 2009.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. Editora Companhia das Letras, 1988.

\_\_\_\_\_. **A soberania e os direitos humanos**. Brasília: XV conferência nacional da OAB, 1994.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos: um percurso no Direito do século XXI**, 1. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. **A ONU e os direitos humanos**. Estudos avançados, v. 9, n. 25, p. 169-185, 1995.

LEDESMA, Hector Faundez. **El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos**. Caracas: Ex Libris, 2007.

Disponível: [http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD\\_1020951901/Faundez.pdf](http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1020951901/Faundez.pdf)

\_\_\_\_\_. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, aspectos institucionales y procesales.** 1996.

LOUREIRO, Silvia Maria Da Silveira. A remissão do pensamento humanista da Escola Ibérica da Paz em prol da actual proteção internacional dos direitos humanos. **Revista de Hispanismo Filosófico**, n. 20, p. 27-46, 2015.

MAGNOLI, Demétrio. **Relações Internacionais: teoria e história.** São Paulo: Saraiva, 2000.

MAURANO, Adriana; TORRES, Vivian de Almeida Gregori. I. A CRISE INSTITUCIONAL DE HONDURAS. **TENDÊNCIAS E DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO**, v. 1005, p. 7, 2011.

MARX, Karl. **SOBRE A QUESTÃO JUDAICA.** São Paulo: Boitempo, 2010. <file:///C:/Users/andrea/Downloads/17295-92977-1-PB.pdf>.

NIKKEN, Pedro. **La declaración universal y la declaración americana. La formación del moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos.** Revista IIDH, Número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de derechos y deberes del hombre, p. 65-99, 1989.

NOGUEIRA, Humberto Alcalá, **Las Constituciones y los tratados em matéria de derechos humanos: AMÉRICA LATINA Y CHILE** *Ius et Praxis* [en línea] 2000, 6 ( ) : [Fecha de consulta: 17 de septiembre de 2017] Disponible en ISSN 0717-2877

QUADRAT, Samantha Viz. A emergência do tema dos direitos humanos na América Latina. **C. FICO et al., Ditadura e Democracia na América Latina. Rio de Janeiro, FGV**, p. 361-395, 2008

PADRÓS, Enrique Serra. Repressão e violência: segurança nacional e terror de Estado nas ditaduras latino-americanas. **FICO, C.; FERREIRA, M. et al**, p. 143-178, 2008.

\_\_\_\_\_. Terrorismo de estado e luta de classes: repressão e poder na América Latina sob a doutrina de segurança nacional. **Anais do XXIV SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA–2007: Associação Nacional de História–ANPUH**, 2007.

PÉREZ-LEÓN, Juan Pablo. El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo. **Anuario mexicano de derecho internacional**, v. 8, p. 599-642, 2008

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e justiça internacional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. **O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. Dossiê CIDH, [2008], p. 154-191. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33247.pdf>>. Acesso em: 10 jan 2018

\_\_\_\_\_. **A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. In: A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil: Workshop. 2017. p. 87.

QUIROGA, Cecilia Medina. Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana. **Anuario de derechos humanos**, n. 5, p. ág. 15-34, 2009.

REZEK, José Francisco. Manual de Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 2008.

RUIZ, Castor MM. Bartolomé. Os direitos humanos no descobrimento da América: verdades e falácias de um discurso. *Revista Estudos Jurídicos*, p. 60-65, 2007.

ROMANO, Roberto. Paz da Westfália (1640). **História da paz**. São Paulo: **Contexto**, p. 69-91, 2008.

SALVIOLI, Fabián. DERECHOS, ACCESO, Y ROL DE LAS VICTIMAS, EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCION A LOS DERECHOS HUMANOS. **El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos**, p. 293 citation\_lastpage= 342, 1997.

SEARA VÁZQUEZ, Modesto, “**El individuo ante las jurisdicciones internacionales en la práctica actual**”, en Comunicaciones Mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Instituto de Derecho Comparado, México, 1962.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. Manual de direito internacional público. **São Paulo: Saraiva**, p. 01-26, 2002.

SILVEIRA, Denise Tolfo e GERHARDT, Tatiana Engel. **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

SILVEIRA LOUREIRO, Silvia Maria da. O reconhecimento pela Corte Interamericana de direitos humanos das vítimas coletivas como sujeitos do direito internacional: análise da evolução jurisprudencial em casos de reclamos territoriais dos povos indígenas. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], n. 12, p. 383-400, jul. 2016. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/224>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

VIEIRA, Wilson. Estado-Nação e Direitos: uma relação conflituosa. **Cadernos de Direito**, v. 10, n. 18, p. 121-137, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo. Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, v. 7, n. 2, 2015.

ZAMUDIO, Héctor Fix-, **Liber Amicorum** / Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por César Gaviria -Volumen II. – San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.

WOLKNER, Antonio Carlos, MALDONADO, Efendy Emiliano Bravo. Direitos humanos na América Latina [recurso eletrônico] / organização Jackson da Silva Leal, Lucas Machado Fagundes - Curitiba: Multideia, 2016.