

## **A REGRA DO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS REVISITADA:**

### **DESENVOLVIMENTOS JURISPRUDENCIAIS RECENTES NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>(\*)</sup>

**SUMÁRIO:** I. Introdução. II. O *Rationale* da Regra do Esgotamento no Contexto da Proteção dos Direitos Humanos. III. O Critério da Eficácia dos Recursos Internos. IV. Flexibilidade da Regra do Esgotamento na Proteção dos Direitos Humanos. V. Dever dos Estados de Prover Recursos Internos Eficazes. VI. Renúncia Tácita à Objeção de Não-Esgotamento e *Estoppel*. VII. Não-Aplicação da Regra do Esgotamento em “Casos Gerais”. VIII. Alcance das Exceções à Regra do Esgotamento. IX. O Ônus da Prova quanto ao Esgotamento. X. Observações Finais.

#### **I. INTRODUÇÃO**

A escolha do tema deste ensaio destinado ao livro homenagem ao Professor Héctor Fix-Zamudio se prende a raízes afetivas. Em primeiro lugar, trata-se de um tema que tenho cultivado ao longo dos últimos 26 anos, desde que comecei a estudá-lo a fundo na Universidade de

---

<sup>(\*)</sup> Ph.D. (Cambridge); Vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Titular de la Universidad de Brasilia, y Profesor Visitante en la Universidad de Columbia en Nueva York; Miembro de los Consejos Directivos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo); *Associé de l'Institut de Droit International*.

Cambridge, no Reino Unido, em 1972. Em segundo lugar, faz-me lembrar de experiência compartilhada com Don Héctor Fix-Zamudio há seis anos atrás: dentre os muitos momentos em que trabalhamos e estivemos juntos, sobretudo nos últimos anos na Corte Interamericana de Direitos Humanos, apraz-me sobretudo lembrar da semana significativa que Don Héctor e eu, em companhia de Diego Uribe Vargas, passamos juntos, -os três representando a América Latina,- no Encontro Internacional sobre “Os Direitos Humanos na América -Uma Perspectiva de Cinco Séculos”, celebrado em Valladolid, Espanha, de 11 a 16 de maio de 1992, e organizado pelas Cortes de Castilla y León,- ocasião em que pude apreciar o gosto e o cultivo de Don Héctor não só pela Ciência Jurídica como pelas Humanidades em geral.

Naquele evento memorável, a contribuição de Don Héctor Fix-Zamudio versou sobre “La Protección Jurídica y Procesal de los Derechos Humanos en los Regímenes Constitucionales Latinoamericanos”, a de Diego Uribe Vargas sobre “Las Nuevas Leyes de 1542 y Su Actualidad en la América Hispana”, e a minha sobre o tema da “Evolución y Desarrollos Recientes en el Agotamiento de los Recursos Internos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”.<sup>1</sup> Considero, na presente ocasião, de todo apropriado retomar o mesmo tema de minha contribuição ao Encontro de Valladolid para uma reavaliação, ampliada e atualizada, neste *Liber Amicorum* de Don Héctor Fix-Zamudio, à luz da mais recente jurisprudência internacional sobre a matéria.

De início, não poderia deixar de expressar minha satisfação em fazê-lo, em se tratando de uma justa homenagem ao Professor Fix-Zamudio, homem de diálogo e compreensão, que sabe como poucos, com espírito de conciliação, ouvir e respeitar a opinião alheia, ainda que discordante da sua, como tive ocasião de testemunhar em mais de uma vez nos debates da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos últimos anos, e que sabe, igualmente como poucos, valorizar o trabalho verdadeiramente acadêmico e a produção intelectual. Estas raras qualidades pessoais se unem às do jurista, na pessoa de Don Héctor Fix-Zamudio, a quem a homenagem do presente *Festschrift* se presta em boa hora, por todos os que o conhecemos e temos tido a grata ocasião de com ele trabalhar e conviver.

Nos últimos anos, vem-se desenvolvendo uma jurisprudência internacional considerável que tem dado contornos definidos às condições de aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos *no contexto específico da proteção internacional dos direitos humanos*. Para nossa satisfação, estes desenvolvimentos jurisprudenciais têm endossado clara e inteiramente as

---

1 As três contribuições latino-americanas encontram-se hoje reproduzidas no tomo de Atas do referido Encontro de Valladolid: *Los Derechos Humanos en América - Una Perspectiva de Cinco Siglos* (coord. A.A. Herrero de la Fuente - Encuentro Internacional Celebrado en Valladolid del 11 al 16 de mayo de 1992), Valladolid, Ed. Cortes de Castilla y León, 1994, pp. 277-319, 123-136 e 321-352, respectivamente.

2 Os desenvolvimentos jurisprudenciais até meados dos anos oitenta encontram-se examinados em nossa obra *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional* (1a. edição, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 1-285, e 2a. edição atualizada, 1997, pp. 1-327). A primeira edição brasileira, de 1984, versão resumida de nossa tese doutoral de Cambridge, é complementada pela edição

teses que sobre a matéria vimos preconizando e sustentando ao longo de mais de duas décadas.<sup>2</sup> Os mesmos pontos de vista que defendíamos há mais de vinte anos, os sustentamos hoje, com a mesma ou ainda maior convicção, porquanto consideramos que o tempo nos tem dado razão no sentido de que, no contexto da salvaguarda internacional dos direitos humanos, dotado de especificidade própria, a regra do esgotamento dos recursos internos aplica-se de modo distinto de sua operação no contencioso interestatal clássico, tendo presentes os imperativos de proteção do ser humano.

É o que indica a *jurisprudence constante* sobre a matéria, ampliada, sedimentada e enriquecida na última década, e apontando clara e inequivocamente nesta direção. A contribuição da jurisprudência dos órgãos de supervisão dos tratados de direitos humanos, atuantes nos planos tanto global (Nações Unidas) como regional (continentes europeu, americano e africano), que reavaliaremos a seguir, à luz de seus últimos desenvolvimentos, tem, até o presente, versado sobre alguns pontos centrais. A partir do próprio *rationale* da regra do esgotamento no contexto da proteção dos direitos humanos, tais pontos têm sido o teste ou critério da eficácia dos recursos internos, a flexibilidade da regra do esgotamento na proteção dos direitos humanos, o dever dos Estados de prover recursos internos eficazes, a renúncia tácita ao requisito do esgotamento e o *estoppel* daí resultante, a não-aplicação de tal requisito nos chamados “casos gerais”, o amplo alcance das exceções à regra do esgotamento, e a distribuição (*shifting*) entre as partes do ônus da prova quanto ao esgotamento dos recursos internos (com maior ônus recaindo nos Estados demandados). Passemos a um exame de cada um destes pontos, revisitando a velha regra do esgotamento nos desenvolvimentos jurisprudenciais recentes no domínio específico da proteção internacional dos direitos humanos.

## II. O *RATIONALE* DA REGRA DO ESGOTAMENTO NO CONTEXTO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O *rationale* da regra do esgotamento, próprio de sua incidência na proteção dos direitos humanos, tem sido tema de construção jurisprudencial, à qual têm contribuído decisões recentes de órgãos de supervisão internacional dos direitos humanos. Em dois julgamentos proferi-

---

inglesa de nossa obra, intitulada *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, pp. 1-443, publicada um ano antes pela Cambridge University Press. Enquanto esta se concentra nas condições e problemas processuais de aplicação da regra do esgotamento de recursos internos no Direito Internacional, aquela se dedica em grande parte aos fundamentos teórico-conceituais da matéria. Às edições inglesa e brasileira de nossa obra seguiu-se a edição castelhana, em 1991, em forma de monografia cobrindo em particular nosso sistema regional de proteção, intitulada *El Agotamiento de los Recursos Internos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, a qual marcou o lançamento (primeiro tomo) da série de estudos para organizações não-governamentais publicada pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos. A obra completa, no entanto, é a constante dos originais (de 1728 páginas) em dois volumes, depositados, desde 1977, na Biblioteca Central da Universidade de Cambridge no Reino Unido. Hoje nos sentimos recompensados pelo enorme esforço e total dedicação que nos exigiu esta obra, cujo tema nos tem gratamente acompanhado ao longo dos anos; nunca nos perdemos de vista.

dos em 1996, por exemplo, nos casos *Akdivar versus Turquia* e *Aksoy versus Turquia*, a Corte Européia de Direitos Humanos expôs expressamente e em termos inequívocos o seu entendimento de que a aplicação da regra do esgotamento deve levar em conta o contexto específico do mecanismo de proteção dos direitos humanos em que opera. Por conseguinte, acrescentou a Corte na sentença de 16 de setembro de 1996 no caso *Akdivar versus Turquia*, deve a referida regra ser aqui aplicada com “um certo grau de flexibilidade e sem formalismo excessivo”, por não ser absoluta e de aplicação automática, e por requerer atenção às “circunstâncias particulares” de cada caso concreto (*cf.* também *infra*).<sup>3</sup>

Pouco após, na sentença de 18 de dezembro de 1996 no caso *Aksoy versus Turquia*, a Corte Européia voltou a assinalar que, no contexto da proteção internacional dos direitos humanos, a regra do esgotamento reveste-se de um *rationale* próprio, que requer seja aplicada com flexibilidade e “sem excessivo formalismo”, tomando em conta não só a existência formal dos recursos internos mas o contexto em que se aplicam, e as “circunstâncias particulares” de cada caso.<sup>4</sup> Nos dois casos a Corte Européia entendeu que havia circunstâncias especiais que eximiam os reclamantes do dever de esgotar recursos internos, e por conseguinte descartou a exceção preliminar de não-esgotamento interposta pelo Estado demandado.<sup>5</sup> Ainda em 1996, no caso *Ahmet Sadik versus Grécia* (julgamento de 15 de novembro de 1996), a Corte Européia voltou a insistir no *rationale* da regra do esgotamento no âmbito específico da proteção internacional dos direitos humanos, mas desta feita chegou a outra conclusão quanto às circunstâncias do caso concreto, que, a seu ver, não eximiam o demandante do dever de esgotar os recursos internos.<sup>6</sup>

A seu turno, a Comissão Européia de Direitos Humanos, no caso *Andronicou e Constantinou versus Chipre* (decisão de 05 de julho de 1995), declarou a petição admissível, ao considerar que os familiares das vítimas tinham esgotado os recursos internos, porquanto o Procurador-Geral cipriota se recusou, à luz das conclusões de uma comissão de investigação, a proce-

3 European Court of Human Rights, *Akdivar versus Turkey case*, Julgamento de 16.09.1996, p. 17 (parágrafo 69).

4 European Court of Human Rights, *Aksoy versus Turkey case*, Julgamento de 18.12.1996, p. 15 (parágrafo 53).

5 *Ibid.*, pp. 16 (parágrafo 57) e 31; e, para comentários sobre o primeiro destes dois casos, *cf.* Leo Zwaak, “The European Court of Human Rights Has the Turkish Security Forces Held Responsible for Violations of Human Rights: The Case of Akdivar and Others”, 10 *Leiden Journal of International Law* (1997) pp. 99-110.

6 Decisão esta tomada por 6 votos contra 3; *cf.* European Court of Human Rights, *Ahmet Sadik versus Greece case*, Julgamento de 15.11.1996, pp. 18-19 (parágrafos 30 e 34). - À mesma conclusão chegou a Comissão Européia de Direitos Humanos no caso *A. Ribitsch versus Áustria* (appl. n. 17544/90, decisão de 04.05.1993), em que igualmente debruçou-se sobre a *ratio legis* da regra do esgotamento; ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 74, Strasbourg, C.E., 1993, pp. 129-134.

7 ECHR, application n. 25052/94, in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 82-B, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 102-116. No correto entendimento da Comissão Européia, os familiares das vítimas principais também eram vítimas sob o artigo 25 da Convenção Européia de Direitos Humanos, porquanto a noção de vítima sob esta última independe dos critérios nacionais atinentes ao *locus standi* em um procedimento ju-

der às ações penais que correspondiam.<sup>7</sup> No caso *Dello Preite versus Itália* (decisão de 27 de fevereiro de 1995), ponderou a Comissão Européia que o artigo 26 da Convenção Européia de Direitos Humanos requer o esgotamento tão somente dos recursos internos capazes de fornecer um “effective and efficient redress”, ou seja, de fornecer “proteção direta” do direito cuja alegação se alega, e remediar diretamente a situação impugnada.<sup>8</sup> Do mesmo modo, no caso *Pau-ger versus Áustria* (decisão de 09 de janeiro de 1995), a Comissão Européia insistiu em que a obrigação de esgotar os recursos internos se limita a fazer uso dos recursos aptos a remediar eficazmente as violações alegadas da Convenção Européia.<sup>9</sup>

Tais pronunciamentos recentes sobre a matéria em apreço ressaltam a importância de se dedicar atenção especial às necessidades de proteção do ser humano e às particularidades do presente contexto da proteção internacional dos direitos humanos. Como vimos insistindo com firmeza por muitos anos, a incidência da regra do esgotamento dos recursos internos na proteção dos direitos humanos é certamente distinta de sua aplicação na prática da proteção diplomática de nacionais no exterior (no direito internacional consuetudinário), estando a regra em questão longe de revestir-se das dimensões de um princípio imutável ou sacrossanto do direito internacional.<sup>10</sup> A regra dos recursos internos dá testemunho da interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto de proteção; os recursos internos formam parte integral da própria proteção internacional dos direitos humanos, recaindo a ênfase na capacidade de tais recursos de remediar a situação impugnada e reparar os danos causados, e não no processo mecânico de esgotamento. Intimamente ligado ao próprio *rationale* da regra em exame no presente contexto de proteção encontra-se o teste ou critério da *eficácia* dos recursos internos, particularmente enfatizado também na jurisprudência internacional recente sobre a matéria, a cujo exame passamos a seguir.

### III. O CRITÉRIO DA EFICÁCIA DOS RECURSOS INTERNOS

Nos últimos anos, o teste ou critério da *eficácia* dos recursos internos na aplicação da regra do esgotamento tem sido consistentemente aplicado nos três sistemas regionais vigentes de proteção dos direitos humanos (o interamericano, o europeu e o africano). No sistema interamericano de proteção, na última década, o referido critério tem sido constantemente endossado pela prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Tem esta procedido ao exame da

---

dicial. Sobre este ponto, cf. A. A. Cançado Trindade, “O Esgotamento dos Recursos Internos e a Evolução da Noção de ‘Vítima’ no Direito Internacional”, 3 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1986) pp. 5-78.

8 ECHR, application n. 15488/89, in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 80-B, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 22 e 14.

9 ECHR, application n. 16717/90, in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 80-B, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 33 e 25.

10 Ademais, os dois contextos -proteção dos direitos humanos e proteção diplomática- são também claramente distintos, e nada há que impeça a aplicação da regra com maior ou menor rigor em tais situações diferentes.

eficácia dos recursos internos nas circunstâncias do *cas d'espèce*, o que a tem levado a dispensar a regra do esgotamento -ou a abrandá-la- em diversos casos. Assim como em alguns casos (relativos à Jamaica<sup>11</sup> e a outros países<sup>12</sup>) a Comissão opinou que os recursos internos tinham sido esgotados, em outros determinou que não havia quaisquer recursos internos que esgotar,<sup>13</sup> ou que não havia outros recursos internos que utilizar.<sup>14</sup> Em numerosos outros casos decidiu a Comissão solicitar informações adicionais sobre a matéria,<sup>15</sup> ou concluiu que nas circunstâncias dos casos não havia necessidade de esgotar os recursos internos,<sup>16</sup> ou que eram estes inacessíveis<sup>17</sup> ou “inúteis”.<sup>18</sup>

Ainda na aplicação do teste ou critério da *eficácia* dos recursos internos, a Comissão Interamericana, em um caso relativo à República Dominicana (de 1989), realçou os deveres complementares - do indivíduo demandante, de esgotar, e do Estado Parte, de fornecer, “recursos

11 Casos ns. 3102 and 3115 (Jamaica), IACHR, *Annual Report - 1981-1982*, pp. 89-93; caso n. 7604 (Jamaica), IACHR, *Annual Report - 1983-1984*, pp. 55-57; caso n. 9054 (Jamaica), IACHR, *Annual Report - 1984-1985*, pp. 111-113; casos ns. 7505 e 9190 (Jamaica), IACHR, *Annual Report - 1985-1986*, pp. 51-57.

12 Casos ns. 9144, 9233, 9284, 9285, 9289, 9295, 9296, 9341, 9344 e 9367 (Nicarágua), IACHR, *Annual Report - 1985-1985*, pp. 99-100 e 105-126; casos ns. 9466 e 9468 (Peru), IACHR, *Annual Report - 1986-1987*, pp. 136 e 143-144, respectivamente; casos ns. 9777 e 9718, e 10.109 (Argentina), IACHR, *Annual Report - 1987-1988*, pp. 74 e 107, respectivamente; caso n. 9597 (Grenada), CIDH, *Informe Anual - 1988-1989*, p. 31; caso n. 10.037 (Argentina), CIDH, *Informe Anual - 1988-1989*, pp. 61, 69 e 39, e *cf.* pp. 52 e 54.

13 *Cf.* caso n. 2141 (Estados Unidos), IACHR, *Annual Report - 1980-1981*, p. 35; casos ns. 7481, 7530, 7823 e 7824 (Bolívia), IACHR, *Annual Report - 1981-1982*, pp. 39, 41, 43 e 46, respectivamente; casos ns. 3405, 7861 e 9040 (Haiti), IACHR, *Annual Report - 1983-1984*, pp. 48, 50 e 53, respectivamente; caso n. 9274 (Uruguai), IACHR, *Annual Report - 1984-1985*, p. 124; caso n. 9213 (Estados Unidos), IACHR, *Annual Report - 1986-1987*, pp. 185-192.

14 *Cf.* casos ns. 2646, 2647, 2648, 2650, 2652, 2653, 2973, 3096, 3519 e 6586 (Haiti), IACHR, *Annual Report - 1982-1983*, pp. 68, 72, 75, 78, 81, 83, 85, 87 e 92, respectivamente; caso n. 9647 (Estados Unidos), IACHR, *Annual Report - 1986-1987*, p. 160.

15 *Cf.* casos ns. 7458 e 7472 (Bolívia), IACHR, *Annual Report - 1980-1981*, pp. 57-60; casos ns. 2931 e 4288 (Chile), IACHR, *Annual Report - 1981-1982*, pp. 47-49 e 58, respectivamente; casos ns. 6808, 7913 e 7970 (Argentina), IACHR, *Annual Report - 1983-1984*, pp. 28, 31 e 34, respectivamente; caso n. 6724 (El Salvador), IACHR, *Annual Report - 1984-1985*, p. 80; caso n. 7956 (Honduras), IACHR, *Annual Report - 1984-1985*, p. 105; caso n. 7920 (Honduras) IACHR, *Annual Report - 1985-1986*, pp. 44 e 46; caso n. 9170 (Nicarágua), IACHR, *Annual Report - 1985-1986*, pp. 103-105; casos ns. 9504, 9502, 9501, 9512, 9509, 9508, 9507, 9433, 9506, 9503, 9505 e 9511 (Peru), IACHR, *Annual Report - 1987-1988*, pp. 235-274; casos ns. 9748 e 9786 (Peru), CIDH, *Informe Anual - 1988-1989*, pp. 32-27; casos ns. 10.118, 10.119 e 10.124, CIDH, *Informe Anual - 1988-1989*, pp. 137-158.

16 Caso n. 7951 (Honduras), IACHR, *Annual Report - 1984-1985*, p. 103.

17 Casos ns. 7951 e 8097 (Honduras), IACHR, *Annual Report - 1985-1986*, pp. 47-51; casos ns. 9755 (Chile) e 9855 (Haiti), IACHR, *Annual Report - 1987-1988*, pp. 137-138 (também para irregularidades processuais no processo legal e atrasos indevidos) e pp. 150-153, respectivamente; caso n. 10.124 (Suriname), CIDH, *Informe Anual - 1988-1989*, p. 158.

18 Caso n. 2976 (Haiti), IACHR, *Annual Report - 1982-1983*, p. 97.

19 Caso n. 10.208 (República Dominicana), CIDH, *Informe Anual 1988-1989*, pp. 122-123.

20 Caso n. 10.124 (Suriname), CIDH, *Informe Anual - 1988-1989*, p. 158.

judiciais eficazes”.<sup>19</sup> Em outros casos, relativos ao Suriname (em 1989),<sup>20</sup> e à Guatemala (em 1984),<sup>21</sup> a Comissão demonstrou que os recursos internos eram inteiramente ineficazes. Ainda em outros casos, atinentes à Venezuela, Guatemala e Chile, sustentou a Comissão o dever estatal de prover uma expedita administração da justiça, para assegurar a vigência dos direitos protegidos (como, *inter alia*, o direito ao devido processo legal) e evitar a repetição das violações dos direitos humanos.<sup>22</sup>

No sistema europeu de proteção, do mesmo modo, a Comissão Européia de Direitos Humanos também tem aplicado consistentemente o teste ou critério da eficácia dos recursos internos em relação ao requisito do esgotamento, o que por vezes tem levado à rejeição da exceção preliminar correspondente.<sup>23</sup> Em um caso relativo à França, por exemplo, ponderou a Comissão Européia que, “consoante sua jurisprudência, o recurso a um órgão de controle da administração, como é o caso do mediador, não constitui uma via ordinária de recurso interno eficaz e suficiente, no sentido dos princípios de direito internacional geralmente reconhecidos”.<sup>24</sup> Por outro lado, em outro caso atinente à França, concluiu a Comissão que um *recours contentieux en annulation* (de decretos, capaz de anulá-los retroativamente), tradicionalmente interposto ante o *Conseil d’État*, constituía um recurso adequado e eficaz à luz do disposto no artigo 26 da Convenção Européia.<sup>25</sup>

Em diversos casos decididos nos últimos anos (*e.g.*, *Raif versus Grécia*, *L.C.B. versus Reino Unido*, *Isiltan versus Turquia*, e *Travers versus Itália*, em 1995; *Whiteside versus Reino Unido*, e *Wingrove versus Reino Unido*, em 1994; e *Spandre e Fabri versus Bégica*, em 1993)<sup>26</sup>, a Comissão Européia tem reiterado seu entendimento constante no sentido de que a obrigação

21 Casos ns. 8094, 9038 e 9080 (Guatemala), IACHR, *Annual Report -1984-1985*, p. 83. - A Comissão ademais condenou “as execuções efetuadas em cumprimento de sentenças ditadas por (...) cortes de jurisdição especial como constituindo atos contrários à justiça e ao direito que violam o direito à vida”, e recomendou uma “justa reparação” aos parentes das vítimas de tais execuções; *ibid.*, pp. 83-84.

22 Caso n. 9058 (Venezuela), IACHR, *Annual Report - 1984-1985*, p. 133; caso n. 8078 (Guatemala), IACHR, *Annual Report - 1983-1984*, p. 45; casos ns. 9437 e 9474 (Chile), IACHR, *Annual Report - 1984-1985*, pp. 45 e 50, respectivamente.

23 *Cf.*, *e.g.*, CEDH, petição n. 17262, *O.A. versus França*, Decisão de 27.02.1991, p. 9 (mimeografado).

24 CEDH, petição n. 11192/84, *M.M. versus França*, Decisão de 14.05.1987, p. 5 (mimeografado).

25 CEDH, petição n. 10267/83, *J.A. et alii versus França*, Decisão de 10.12.1987, pp. 16-17 (mimeografado).

26 ECHR, application n. 21782/93 (*Raif v. Grécia*), in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 82-B, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 10 e 5; ECHR, application n. 23413/94 (*L.C.B. versus Reino Unido*), in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 83-A, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 42 e 31; ECHR, application n. 20948/92 (*Isiltan versus Turquia*), in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 81-B, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 38 e 35; ECHR, application n. 15117/89 (*Travers versus Itália*), in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 80-B, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 10 e 5; ECHR, application n. 20357/92 (*Whiteside versus Reino Unido*), in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 76-A, Strasbourg, C.E., 1994, pp. 87 e 80; ECHR, application n. 17419/90 (*Wingrove versus Reino Unido*), in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 76-A, Strasbourg, C.E., 1994, pp. 26-28; ECHR, applications ns. 18926/91 e 19777/92 (*Spandre e Fabri versus Bégica*), in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 75, Strasbourg, C.E., 1993, pp. 179, 184 e 189.

de esgotar recursos internos se limita a *fazer uso normal* de recursos que possam ser eficazes e adequados. No caso *Gibas versus Polônia* (decisão de 06 de setembro de 1995), a Comissão Europeia explicou que a eficácia de um recurso interno residia na aptidão deste último para assegurar ao demandante uma “proteção direta e rápida” assim como uma “reparação concreta” pelos danos sofridos;<sup>27</sup> como, no caso concreto, os recursos invocados pelo governo polonês não tinham tal aptidão, e um “recours hiérarchique” não constituía um recurso eficaz no sentido do artigo 26 da Convenção Europeia, a Comissão descartou a objeção de não-esgotamento de recursos internos e declarou a petição admissível.<sup>28</sup> A prática recente da Corte Europeia registra igualmente casos de rejeição da exceção de não-esgotamento de recursos internos.<sup>29</sup>

Igualmente no sistema africano de proteção, o teste ou critério da *eficácia* dos recursos internos tem tido aplicação. Assim, na prática da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, a par de uma série de decisões de inadmissibilidade de petições ou comunicações por não-esgotamento de recursos internos à luz do disposto no artigo 56(5) da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos,<sup>30</sup> também se pode constatar a atenção da Comissão Africana ao requisito da eficácia dos recursos internos a ser utilizados.

Assim, no caso de *Free Legal Assistance Group, Lawyers' Committee for Human Rights, Union Interafricaine des Droits de l'Homme e Testemunhas de Jeová versus Zaire* (1996), a Comissão Africana assinalou que o Estado demandado tivera a oportunidade de remediar as violações de direitos humanos no âmbito de seu direito interno (tal como requerido pelo *rationale* da regra do esgotamento), da qual não se valera. Nas circunstâncias, agregou a Comissão, dados “a situação geral prevalecente no Zaire” e o “escopo variado das violações alegadas”, era “impraticável” aos reclamantes recorrer aos tribunais nacionais; declaradas as comunicações admissíveis, concluiu a Comissão que os fatos revelavam “violações sérias e maciças” dos artigos 4 a 8 e 16-17 da Carta Africana.<sup>31</sup>

Da mesma forma, no caso da *Civil Liberties Organization versus Nigéria* (1995/1996),

27 ECHR, application n. 24559/94 (*Gibas v. Polônia*), in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 82-B, Strasbourg, C.E., 1995, p. 81.

28 Cf. *ibid.*, pp. 82-84.

29 Cf. referências *cit. supra*, e *cf.*, ademais: CtEDH, *B. versus France case*, Julgamento de 25.03.1992, pp. 16-17 (parágrafos 37-39); CtEDH, *A. versus France case*, Julgamento de 23.11.1993, p. 12 (parágrafos 31-32); CtEDH, *Burghartz versus Switzerland case*, Julgamento de 22.02.1994, p. 6 (parágrafos 19-20).

30 Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), caso de *Kenya Human Rights Commission versus Quênia* (1996), comm. n. 135/94, caso relatado in: 10 *Interights Bulletin* (1996) n. 2, p. 62; CADHP, caso de *Capitao versus Tanzânia* (1995), comm. n. 53/91, caso relatado in: 10 *Interights Bulletin* (1996) n. 1, p. 15; CADHP, caso de *Diawara versus Benin* (1995), comm. n. 18/88, caso relatado in *ibid.*, p. 15; CADHP, caso de *Dumbaya versus Gâmbia* (1995), comm. n. 127/94, caso relatado in *ibid.*, p. 15; CADHP, caso de *Haye versus Gâmbia* (1995), comm. n. 90/93, caso relatado in *ibid.*, p. 14; CADHP, caso de *International Pen (a respeito de Al-Jazouli) versus Sudão* (1995), comm. n. 92/93, caso relatado in *ibid.*, p. 15; CADHP, caso de *International Pen (a respeito de Senn e Sangare) versus Côte d'Ivoire* (1995), comm. n. 138/94, caso relatado in *ibid.*, p. 41.

31 Communications ns. 25/89, 47/90, 100/93 e 56/91, caso reproduzido in: 4 *International Human Rights Reports* (1997) pp. 92-93, e *cf.* pp. 89-93.

em que se denunciou que decretos do governo militar nigeriano impediam que os tribunais nacionais examinassem qualquer decreto promulgado após dezembro de 1983, a Comissão Africana decidiu que a regra do esgotamento estipulada no artigo 56(5) da Carta Africana não se aplicava ao presente caso, porquanto era “razoável presumir que os recursos internos não só serão prolongados mas certamente não produzirão quaisquer resultados”.<sup>32</sup> A Comissão declarou admissível a comunicação (n. 129/94), e foi mais além: advertiu que o Estado demandado não podia negar os efeitos de sua ratificação da Carta Africana por tais atos internos, que constituíam *per se* uma violação dos direitos humanos consagrados na Carta que permitia que outras violações “ficassem sem reparação”.<sup>33</sup> Concluiu a Comissão que os decretos em questão violavam os artigos 7 e 26 da Carta, e que os atos do governo nigeriano no sentido de “anular” os efeitos da Carta no direito interno nigeriano constituíam “uma afronta à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos”.<sup>34</sup>

#### IV. FLEXIBILIDADE DA REGRA DO ESGOTAMENTO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Em nada surpreende que, no contexto da proteção dos direitos humanos, a jurisprudência internacional tenha se inclinado em favor da flexibilidade na aplicação da regra do esgotamento. Em algumas ocasiões nos últimos anos a Corte Européia de Direitos Humanos houve efetivamente por bem advertir que no sistema de proteção sob a Convenção Européia de Direitos Humanos a regra dos recursos internos (sob o artigo 26 da Convenção) deve ser aplicada com flexibilidade e sem apego excessivo a questões de forma.<sup>35</sup> Não é difícil detectar as razões desta postura, assumida pela Corte reiteradas vezes: seria injusto exigir demasiado da parte mais fraca, as supostas vítimas. A flexibilidade na aplicação da regra do esgotamento almeja precisamente reverter a balança em favor da parte ostensivamente mais fraca, as supostas vítimas, e buscar um maior equilíbrio processual entre as partes, para lograr soluções mais equitativas e justas aos casos de direitos humanos.

Em uma de suas decisões mais recentes (julgamento de 16 de setembro de 1996), no já

32 CADHP, communication n. 129/94, caso reproduzido in: 2 *International Human Rights Reports* (1995) n. 3, p. 617; caso também relatado in: 10 *Interights Bulletin* (1996) n. 2, pp. 65-66.

33 *Cit. in*: 2 *International Human Rights Reports* (1995) n. 3, p. 617.

34 *Cit. in ibid.*, p. 618.

35 CtEDH, *Deweer case*, Julgamento de 27.02.1980, pp. 12-13 (parágrafo 19); CtEDH, *Guzzardi case*, Julgamento de 06.11.1980, pp. 21, 24 e 35 (parágrafos 72, 80 e 113). No entanto, a decisão da Corte no caso *Van Oosterwijck* (Julgamento de 06.11.1980, pp. 8-9, 12 e 14, parágrafos 25-27, 33-34, 39 e 41) contrasta com sua *jurisprudence constante* a respeito, e tem recebido reparos na doutrina; cf. G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence/Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille/Economica, 1989, pp. 122-123, e cf. pp. 116-117. Mas não há que passar despercebido que, mesmo no referido caso *Van Oosterwijck*, a Corte em determinada altura afirmou que a regra dos recursos internos “não é absoluta e tampouco capaz de ser aplicada automaticamente; ao rever se a regra foi observada, é essencial tomar em conta às circunstâncias particulares do caso concreto” (*loc. cit. supra*, Julgamento de 06.11.1980, p. 13, parágrafo 35).

citado caso *Akdivar versus Turquia*, a Corte Européia afirmou expressamente que a aplicação da regra do esgotamento deve levar em conta o contexto específico do mecanismo de proteção dos direitos humanos em que opera; deve, por conseguinte ser aqui aplicada com “um certo grau de flexibilidade e sem formalismo excessivo”.<sup>36</sup> A regra do esgotamento, continuou a Corte, não é absoluta e não deve ser de aplicação automática, sendo essencial tomar em consideração as “circunstâncias particulares” de cada caso concreto. Isto significa, agregou a Corte, que deve-se levar realisticamente em conta não só a existência formal de recursos no ordenamento jurídico interno do Estado em questão, mas também o “contexto geral jurídico e político” em que tais recursos operam e as “circunstâncias pessoais” dos demandantes.<sup>37</sup> Anteriormente, no caso *Cardot versus França* (1991), a Corte já havia igualmente advertido que a regra do esgotamento devia aplicar-se, no presente contexto de proteção, com flexibilidade e sem excessivo formalismo.<sup>38</sup>

A referência às “regras geralmente reconhecidas do direito internacional” na formulação da regra dos recursos internos sob a Convenção Européia e outros tratados de direitos humanos certamente não pretendeu acarretar uma uniformidade absoluta na aplicação da regra independentemente do contexto em que é invocada. Se a regra se aplicasse sempre com flexibilidade, também no direito internacional geral, dificilmente haveria necessidade de advertir que ela deveria assim ser aplicada na proteção dos direitos humanos. Mas não é o que ocorre no contencioso interestatal da intervenção diplomática. Assim, no contexto distinto da proteção dos direitos humanos, a Corte Européia de Direitos Humanos, por exemplo, como vimos, houve por bem advertir e certificar-se de que, ao menos no presente contexto de proteção, a regra em questão deve ser aplicada com flexibilidade, e com atenção aos imperativos de salvaguarda dos direitos da pessoa humana.

No plano global, alguns desenvolvimentos normativos correntes, se concretizados, poderão no futuro gerar ou fomentar uma evolução jurisprudencial ainda mais ampla sobre a ma-

36 European Court of Human Rights, *Akdivar versus Turkey case*, Julgamento de 16.09.1996, p. 17 (parágrafo 69).

37 *Ibid.*, p. 17 (parágrafo 69). Ademais, acrescentou a Corte, o ônus da prova quanto ao esgotamento se distribui (*shifts*) entre as partes, cabendo, pois, ao governo demandado demonstrar as providências tomadas em resposta às matérias que formam objeto da reclamação; *ibid.*, pp. 16-17 (parágrafos 68-69).

38 European Court of Human Rights, *Cardot case*, Julgamento de 19.03.1991, p. 16 (parágrafo 34). - Recentemente, no âmbito do Conselho da Europa, no *Caso Russo (Convenção de Minsk de Direitos Humanos da Comunidade de Estados Independentes (CEI))* (1995), levantou-se a questão do esgotamento dos recursos internos como um ponto doutrinário: em atenção a uma consulta que nos formulou a respeito o Secretário-Geral do Conselho da Europa, tivemos a ocasião de preparar, em outubro de 1995, um Parecer em que reiteramos nossas teses sobre a matéria, e, em particular, *inter alia* demonstramos a falta de fundamento de uma tentativa de propor uma falsa analogia entre o requisito do esgotamento de recursos de direito interno e de supostos “recursos regionais”, que minaria o mecanismo de proteção da Convenção Européia de Direitos Humanos. Cf. A. A. Cançado Trindade, *Analysis of the Legal Implications for States that Intend to Ratify Both the European Convention on Human Rights and Its Protocols and the Convention on Human Rights of the Commonwealth of Independent States (CIS)*, Council of Europe doc. SG/INF(95)17, de 20.12.1995, Strasbourg, pp. 1-33, esp. pp. 5-8 e 28, Parecer reproduzido in: *17 Human Rights Law Journal* (1996) pp. 164-180.

téria. Em atendimento a uma recomendação da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), encontram-se já preparados os Projetos de Protocolos ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assim como à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher,<sup>39</sup> visando dotar estas duas Convenções de direitos humanos de um sistema de petições individuais. Ambos os Projetos incluem a regra do esgotamento entre as condições de admissibilidade de petições, mas buscando ambos assegurar-lhe uma aplicação a mais flexível possível no futuro.

Assim, o Projeto de [primeiro] Protocolo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas situa a regra do esgotamento em perspectiva adequada, ao dispor que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais só declarará uma petição ou comunicação admissível depois de verificar que todos os recursos internos foram esgotados, “a não ser que o Comitê considere que a aplicação desse requisito não seria razoável” (artigo III(3)(a)).<sup>40</sup> Da mesma forma, o Projeto de Protocolo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) prevê a aplicação do mesmo requisito de admissibilidade, salvo se o Comitê da CEDAW considerar que os recursos internos não são eficazes ou razoáveis, ou são de “tramitação excessivamente prolongada” (artigo 4, em suas duas alternativas atuais).<sup>41</sup> Se, como esperamos, estes dois Projetos de Protocolos vierem a ser adotados, contendo estas indicações, a regra do esgotamento haverá de ter uma aplicação necessariamente flexível sob os mesmos, tendo sempre presentes as necessidades de proteção.

## V. DEVER DOS ESTADOS DE PROVER RECURSOS INTERNOS EFICAZES

O dever dos Estados de prover recursos internos eficazes, expressamente consagrado nos tratados de direitos humanos, tem sido objeto de uma ampla jurisprudência dos órgãos convencionais de proteção, vinculada à aplicação do critério da eficácia dos recursos de direito interno (*supra*). A esta jurisprudência vêm de somar-se novas indicações por parte dos órgãos de supervisão sob os tratados de direitos humanos das Nações Unidas, à medida em que entraram em vigor, nos últimos anos, cláusulas facultativas dispondo sobre o direito de petição individual. Assim, *e.g.*, em dezembro de 1982 o artigo 14 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (cláusula facultativa sobre comunicações individuais) entrou enfim em vigor,<sup>42</sup> possibilitando ao Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD) começar a receber e examinar comunicações individuais sob aquela

39 Cf. parágrafos 75 e 40, respectivamente, da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993.

40 Texto *in*: ONU, documento E/C.12/1994/12, de 09.11.1994, p. 8.

41 Texto *in*: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Protocolo Facultativo -Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer- Documento de Trabajo*, San José de Costa Rica, IIDH, 1998, pp. 51-52; como precedente deste mesmo enfoque, recordou-se, *e.g.*, a disposição correspondente da Convenção sobre a Proteção de Trabalhadores Migrantes e Seus Familiares (artigo 77(3)); *ibid.*, p. 58.

42 Cf. U.N., *Report of the Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, G.A.O.R. - XXXVIII Session (1983), suppl. no. 18 (A/38/18), p. 7.

Convenção.

Em 1990, por exemplo, o CERD considerou admissível a comunicação relativa ao caso *D.T.D. versus França*.<sup>43</sup> Em sua primeira decisão, de 1988, sobre uma comunicação sob o artigo 14 da Convenção, no caso *Yilmaz-Dogan versus Holanda* (em que o peticionário alegou que o Estado não tinha fornecido proteção adequada, recursos judiciais de revisão e devido processo legal), o CERD, embora não acatando o argumento de que ao Estado caberia instituir determinados recursos de revisão, não obstante recomendou ao demandado exercer bons ofícios no sentido de assegurar emprego (ou alguma assistência equitativa) à demandante.<sup>44</sup>

Em 1987 entrou em vigor a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (de 1984), e, com ela, também seu artigo 22 (cláusula facultativa sobre comunicações individuais). O Comitê das Nações Unidas contra a Tortura (CAT) passou, assim, a receber petições ou comunicações individuais.<sup>45</sup> Em sua decisão de admissibilidade (de 1988) relativa às três primeiras comunicações (juntadas), relativas à Argentina, o CAT, embora rejeitando as petições por inadmissíveis *ratione temporis* (por denunciarem atos de tortura seguida de morte perpetrados por autoridades militares antes da entrada em vigor da Convenção), não obstante recapitulou o alcance das obrigações convencionais.<sup>46</sup>

Quanto à alegação do Estado demandado de que os indivíduos em questão não tinham esgotado os recursos internos (para obter compensação), -argumento contestado pelos demandantes, para quem não havia recursos eficazes, - ponderou o CAT que, mesmo antes da entrada em vigor da Convenção contra a Tortura, “havia uma regra geral de direito internacional que obrigava todos os Estados a tomar medidas eficazes para prevenir a tortura e punir os atos de tortura”.<sup>47</sup> Recordou o CAT o direito das vítimas de tortura a um recurso rápido e eficaz (artigo 13) e seu “direito implementável a uma compensação justa e adequada” (artigo 14). A esta consideração *ex officio*, o CAT agregou, no entanto, que sua competência só se estendia a violações da Convenção resultantes de eventos subseqüentes à entrada em vigor desta última (26 de junho de 1987).<sup>48</sup>

O Comitê de Direitos Humanos, órgão de supervisão do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, a seu turno, em um caso relativo ao Zaire, determinou (em 1983) que

---

43 Comunicação n. 2/1989; cf. U.N., *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, doc. A/45/18, de 28.09.1990, p. 78, e cf. p. 89.

44 Comunicação n. 1/1984; cf. U.N., *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, G.A.O.R. - XLIII (1988), suppl. no. 18 (A/43/18), pp. 61-64.

45 Cf. U. N., *Report of the Committee against Torture*, G.A.O.R. - XLV Session (1990), suppl. n. 44 (A/45/44), pp. 97-98.

46 *Ibid.*, pp. 98 e 111-113.

47 *Ibid.*, p. 111.

48 *Ibid.*, pp. 111-112. - Em sua decisão (de 1990) sobre a quarta comunicação, relativa à Turquia, entendeu o CAT que não podia concluir que o recurso interno em questão seria *a priori* ineficaz; ONU, documento CAT/C/6/D/1990, Anexo, pp. 1-2.

o Estado demandado tinha a obrigação de prover recursos internos eficazes e de tomar providências para assegurar que novas violações semelhantes dos direitos humanos não ocorressem no futuro.<sup>49</sup> Posteriormente, em um caso referente a Madagascar, sustentou o Comitê (em 1987) que o autor da comunicação não dispôs de um recurso interno eficaz para impugnar a ordem de sua expulsão do país, e o Estado demandado não provara que havia “razões cogentes de segurança nacional” para privá-lo de tal recurso.<sup>50</sup> Em outro caso, concernente à Colômbia, concluiu o Comitê que os direitos à vida e à liberdade e segurança da pessoa não haviam sido protegidos eficazmente pelo Estado demandado.<sup>51</sup>

O dever dos Estados de prover recursos internos eficazes tem encontrado expressão jurisprudencial não só no plano global (Nações Unidas) mas também regional. Sob a Convenção Européia de Direitos Humanos, por exemplo, recentemente, no caso *Isiltan versus Turquia* (decisão de 22 de maio de 1995), a Comissão Européia de Direitos Humanos afirmou categoricamente que as “obrigações positivas” de um Estado Parte na Convenção incluem “a obrigação de estabelecer um sistema judicial eficaz”.<sup>52</sup> Ponderou ainda a Comissão que, quando há uma opção entre distintos recursos internos abertos ao demandante, o artigo 26 da Convenção Européia deve se aplicar de modo a “refletir a realidade prática da situação do demandante a fim de assegurar que ele ou ela possa contar com uma proteção eficaz dos direitos e liberdades consagrados na Convenção”.<sup>53</sup>

Sob a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, a preocupação com o descumprimento do dever estatal de prover recursos internos eficazes se depreende das decisões recentes (de 1995) da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos nos casos de *Constitutional Rights Project (a respeito de Akamu, Adegba e Outros) versus Nigéria*, e de *Constitutional Rights Project (a respeito de Lakwot e Outros) versus Nigéria*, em que a Comissão declarou as petições ou comunicações admissíveis, e estabeleceu violações do artigo 7(1) da Carta Africana.<sup>54</sup> Na mesma linha de pensamento, a Comissão Africana, no caso *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés versus Chade* (1996), ponderou que um Estado Parte que negligenciasse a obrigação geral de proteção do artigo 1 da Carta Africana violava esta

49 Communication n. 90/1981, Adoption of Views of 21.07.1983, in U.N./International Covenant on Civil and Political Rights, *Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol*, vol. 2, N.Y., U.N., 1990, p. 126.

50 Communication n. 155/1983, Adoption of Views of 03.04.1987, in *ibid.*, p. 182.

51 Communication n. 181/1984, Adoption of Views of 03.11.1989, doc. CCPR/C/37/D/181/1984, de 22.11.1989, p. 7 (mimeografado). - Também têm havido casos em que o Comitê tem insistido na necessidade de esgotamento dos recursos internos; *cf.*, e.g., communication n. 220/1987 (França), Adoption of Views of 08.11.1989, doc. CCPR/C/37/D/220/1987, de 08.12.1989, p. 5 (mimeografado); communication n. 164/1984 (Holanda), Adoption of Views of 07.11.1988, doc. CCPR/C/37/D/164/1984, de 16.11.1988, p. 8 (mimeografado); communication n. 296/1988 (Costa Rica), Adoption of Views of 30.03.1989, doc. CCPR/C/35/D/296/1988, de 03.04.1989, p. 5 (mimeografado).

52 ECHR, application n. 20948/92, *Decisions and Reports*, vol. 81-B, Strasbourg, C.E., 1995, p. 40.

53 *Ibid.*, p. 38, e *cf.* p. 35.

54 CADHP, communications ns. 60/91 e 87/93 (decisões de outubro de 1995), casos relatados in: 10 *Interights Bulletin* (1996) n. 1, p. 18.

última, mesmo se os abusos de direitos humanos não tivessem sido perpetrados por agentes estatais. Declarada admissível a comunicação, concluiu a Comissão que nem mesmo a situação de guerra civil no Chade poderia servir de desculpa ao Estado demandado, que permitiu a ocorrência de “violações sérias e maciças de direitos humanos” em contravenção dos artigos 4 a 7 da Carta Africana.<sup>55</sup>

À luz do exposto, resulta claro que o dever dos demandantes de esgotar os recursos internos eficazes, não pode ser apreciado em isolamento, porquanto encontra-se íntima e inelutavelmente vinculado ao dever dos Estados demandados de prover recursos internos eficazes. Esta visão, que vimos sustentando há mais de vinte anos,<sup>56</sup> vem sendo amplamente corroborada pela jurisprudência internacional nos últimos anos, nos planos global e regional. E não poderia ser de outra forma, porquanto, se não existisse o dever dos Estados demandados de prover recursos internos eficazes, a regra do esgotamento simplesmente não teria qualquer lugar no domínio da proteção dos direitos humanos. A complementaridade dos deveres das partes (o do demandante de buscar previamente reparação pelos recursos internos eficazes na vindicação de seus direitos, e o do Estado demandado de assegurar em sua jurisdição uma eficaz administração da justiça e pronta reparação dos danos) vem realçar a função-chave de proteção reservada pelos próprios tratados de direitos humanos aos tribunais nacionais e fomentar o aperfeiçoamento dos sistemas nacionais de proteção judicial.

## VI. RENÚNCIA TÁCITA À OBJEÇÃO DE NÃO-ESGOTAMENTO E *ESTOPPEL*

Um dos aspectos da aplicação da regra do esgotamento como condição de admissibilidade de petições sob os tratados de direitos humanos diz respeito à estrutura interna do mecanismo de supervisão internacional de tais tratados. A questão tem gerado uma importante jurisprudência, sobretudo sob as Convenções Européia e Americana sobre Direitos Humanos, dada a existência de mais de um órgão de supervisão sob cada uma delas. No tocante ao sistema europeu de proteção, no entanto, tal jurisprudência se revestirá de interesse tão somente histórico dentro de muito breve, a partir de 01 de novembro de 1998, quando entrar em vigor o Protocolo XI à Convenção Européia de Direitos Humanos, reformando inteiramente seu mecanismo de controle e estabelecendo a nova Corte Européia de Direitos Humanos como seu único órgão jurisdicional de supervisão internacional.

Já no tocante ao sistema interamericano de proteção, distintamente, dada a continuada coexistência da Corte e Comissão Interamericanas de Direitos Humanos, a matéria continuará a revestir-se de permanente interesse e atualidade no futuro próximo. E no sistema africano de proteção, a seu turno, a questão se levantará no dia em que se vier a estabelecer a projetada Cor-

---

55 Communication n. 74/92, caso reproduzido in: 4 *International Human Rights Reports* (1997) pp. 95-96, e *cf.* p. 94.

56 A. A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts”, 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977/1978) pp. 333-370.

57 *Cf.* texto do Projeto de Protocolo à Carta Africana sobre o Estabelecimento de uma Corte Africana.

te Africana de Direitos Humanos e dos Povos.<sup>57</sup> Passemos, pois, ao exame dos desenvolvimentos jurisprudenciais recentes, a esse respeito, nos sistemas regionais europeu e interamericano de proteção.

Nos últimos anos, a Corte Européia de Direitos Humanos tem esclarecido que *não* lhe cabe, e tampouco à Comissão Européia, tomar a iniciativa de identificar *ex officio* recursos internos adicionais a esgotar,<sup>58</sup> ou de remediar quaisquer imprecisões ou deficiências nos argumentos dos Estados demandados.<sup>59</sup> Com efeito, em reiteradas vezes a Corte Européia tem decidido que o Estado demandado está impedido (*estopped*) de estribar-se na regra do esgotamento por não tê-la invocado inicialmente perante a Comissão.<sup>60</sup> A Corte tem-se referido a sua própria *jurisprudence constante* (*established case-law*) no sentido de que, em tal circunstância, o Estado demandado está “impedido de invocar o não-esgotamento”.<sup>61</sup> A posição consistente da Corte Européia sobre o ponto em questão tem sido invariavelmente no sentido de estabelecer uma clara qualificação ou condicionamento *ratione temporis* da invocação da regra dos recursos internos no que tange à atual estrutura orgânica da Convenção Européia:<sup>62</sup> a Corte só tomará conhecimento de uma objeção de não-esgotamento se o Estado demandado a tiver interposto perante a Comissão no estágio inicial de admissibilidade da petição.

No caso *Van der Sluijs, Zuiderveld e Klappe versus Holanda* (1984), a Corte foi mais além: o Estado tinha inicialmente interposto uma objeção de não-esgotamento perante a Comissão, mas, posteriormente, em uma audiência perante a Corte (em novembro de 1983), deixou de mencioná-la, o que levou a Corte a concluir que o Estado havia retirado a referida objeção (*withdrawal*).<sup>63</sup> Cabe recordar que, já nos casos *Vagrancy* relativos à Bélgica (1971), a Corte indicara que as objeções de admissibilidade deveriam ser interpostas ante a Comissão, *in limine litis*, sem o que se configuraria uma renúncia tácita à regra do esgotamento.<sup>64</sup> A posição, cons-

na de Direitos Humanos e dos Povos, reproduzido in: 8 *African Journal of International and Comparative Law/Revue Africaine de Droit International et Comparé* (1996) n. 2, pp. 493-500.

58 CtEDH, *Foti Case*, Julgamento de 10.12.1982, pp. 13-14 e 21 (parágrafos 46, 48-49 e 80); CtEDH, *Deweere Case*, Julgamento de 27.02.1980, pp. 11-14 (parágrafos 19, 26 e 32); CtEDH, *De Jong, Baljet and van den Brink case*, Julgamento de 22.05.1984, pp. 13-14 e 25 (parágrafos 34-38 e 65). Cf. também CtEDH, *Englert case*, Julgamento de 25.08.1987, p. 11 (parágrafo 31).

59 CtEDH, *Bozano case*, Julgamento de 18.12.1986, pp. 14-15 e 24 (parágrafos 44, 47 e 66).

60 Cf., *inter alia*, os casos supracitados *Bozano* (1986), *Foti* (1986), e *De Jong, Baljet e van der Brink* (1984) (*cit. supra* n. (58-59)); cf. também, no mesmo sentido: CtEDH, *Bricmont case*, Julgamento de 07.07.1989, pp. 21 e 27 (parágrafos 73 e 104); CtEDH, *Artico case*, Julgamento de 13.05.1980, pp. 8-10 e 17 (parágrafos 24-25, 28 e 48); CtEDH, *Corigliano case*, Julgamento de 10.12.1982, pp. 8-9 e 15 (parágrafos 29 e 53); CtEDH, *Ciulla case*, Julgamento de 22.02.1989, pp. 9 e 13 (parágrafos 33 e 48).

61 CtEDH, *Granger case*, Julgamento de 28.03.1990, pp. 10-11 e 16 (parágrafos 38, 41 e 56).

62 Ou seja, antes da entrada em vigor do Protocolo XI à Convenção.

63 CtEDH, *Van der Sluijs, Zuiderveld and Klappe versus The Netherlands case*, Julgamento de 22.05.1984, pp. 12-13 e 18 (parágrafos 38-39 e 52).

64 CtEDH, *Vagrancy cases*, Julgamento de 18.06.1971, pp. 30-31 (parágrafos 53-55).

65 Em claro contraste com esta posição constante da Corte Européia de Direitos Humanos encontra-se o tratamento da matéria por parte da Corte Internacional de Justiça em seu julgamento de 1989 no caso *Elettronica Sicula (ELSI)* (Estados Unidos versus Itália), em que a alegada renúncia tácita à regra do esgotamento no contexto da proteção diplomática foi desconsiderada por uma Câmara da Corte da Haia. A insistência, por parte desta, no requisito do esgotamento (cf. *ICJ Reports* (1989) pp. 42-44, 46-48 e 81,

tante e claríssima, da Corte Europeia, no tocante a este ponto específico, é, pois, de longa data.<sup>65</sup>

Com efeito, desde os casos *Vagrancy* (1971), a Corte Europeia de Direitos Humanos tem se reservado a faculdade de examinar “todas as questões de fato e de direito” levantadas no decorrer do processo de casos contenciosos, inclusive questões de admissibilidade de petições como a do prévio esgotamento dos recursos internos. Isto tem acarretado a reabertura de decisões de admissibilidade da Comissão Europeia perante a Corte Europeia. Não surpreendentemente, tal postura foi cedo criticada na doutrina.<sup>66</sup> Já nos *leading cases* mencionados, os chamados casos *Vagrancy*, quatro Juízes da Corte Europeia (Ross, Sigurjonsson, Bilge e Wold) questionaram-na, sobretudo pelo desequilíbrio processual que gera e pelo prejuízo que causa às supostas vítimas.<sup>67</sup>

Apesar de ainda mantida até o presente, tal jurisprudência não tem passado sem críticas. No caso *Brozicek versus Itália* (1989), perante a Corte Europeia, foi contestada pelo Juiz Martens,<sup>68</sup> que voltou a atacá-la no caso *Cardot versus França* (1991),<sup>69</sup> no que foi desta feita acompanhado pelo Juiz Morenilla.<sup>70</sup> No recente caso *Ahmet Sadik versus Grécia* (1996), a Corte, depois de recordar o *rationale* da regra dos recursos internos na proteção dos direitos humanos, concluiu, não obstante, que não poderia considerar o mérito do caso em razão do não-es-

---

parágrafos 50, 52-56, 58-59, 62-63 e 137, e cf. comentários in M.H. Adler, “The Exhaustion of the Local Remedies Rule after the International Court of Justice’s Decision in *ELSI*”, 39 *International and Comparative Law Quarterly* (1990) pp. 652-653), fornece uma ilustração recente dos diferentes enfoques da regra dos recursos internos nos contextos distintos da proteção dos direitos humanos e da proteção diplomática. O rígido apego da Corte da Haia ao requisito formal do esgotamento (no caso *ELSI*) no contexto da proteção diplomática de nacionais no exterior contrasta de modo marcante com a disposição dos órgãos de supervisão internacional dos direitos humanos de examinar mais de perto a eficácia dos recursos internos para estabelecer exceções à regra do esgotamento. Em nada surpreende que em um sistema de *garantia coletiva*, como o da proteção dos direitos humanos -fundamentalmente distinto da proteção diplomática discricionária,- tais órgãos de supervisão têm se mostrado dispostos a proceder a um exame cuidadoso da eficácia dos recursos internos e a aplicar presunções mais a favor das supostas vítimas. Enquanto que, no contexto da proteção diplomática discricionária no contencioso interestatal, a regra dos recursos internos tem se afigurado como uma pré-condição da interposição internacional, voltada a *preveni-la*, no contexto da proteção dos direitos humanos, ao contrário, os recursos internos são tidos como parte componente do próprio sistema da proteção internacional, recaindo a ênfase na reparação e não no esgotamento formal; A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 283 e 287.

66 A. A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: An Appraisal”, 10 *Revue des droits de l’homme/Human Rights Journal* - Paris (1977) pp. 144-150.

67 Cf. *ibid.*, pp. 146-150.

68 Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH), *Brozicek case*, Julgamento de 19.12.1989, Separate Opinion of Judge Martens, pp. 17-21.

69 CtEDH, *Cardot case*, Julgamento de 19.03.1991, Dissenting Opinion of Judge Martens, p. 20.

70 *Ibid.*, Dissenting Opinion of Judge Morenilla, pp. 21-22. Também o Juiz MacDonald apresentou um Voto Dissidente (*ibid.*, p. 19), e, juntamente com seus dois colegas, recordaram o Julgamento de 1980 da própria Corte Europeia no caso *Guzzardi*, em que esta propugnou por uma aplicação da regra dos recursos internos “com certo grau de flexibilidade e sem formalismo excessivo”. - Para comentários sobre este caso, cf. J.-F. Flauss, “La condition de l’épuisement des griefs au sens de l’article 26 CEDH: les enseignements de l’arrêt *Cardot*”, 3 *Revue universelle des droits de l’homme* (1991) n. 12, pp. 529-536.

71 CtEDH, *Case of Ahmet Sadik v. Greece*, Julgamento de 15.11.1996, pp. 17-19.

gotamento de tais recursos, revertendo uma decisão anterior de admissibilidade da Comissão (que havia rechaçado a mesma objeção de não-esgotamento);<sup>71</sup> em voto parcialmente dissidente o Juiz Martens (acompanhado pelo Juiz Foighel) reprovou, além do inconveniente destas decisões divergentes (da Corte e Comissão), a consequência da posição seguida pela Corte, que era a de deixar *sem decisão*, depois de anos de procedimentos em Estrasburgo, importantes questões substantivas quanto ao mérito do caso.<sup>72</sup> Em outro caso, *Oberschlick versus Áustria* (1991), no entanto, a Corte Européia rejeitou por unanimidade uma exceção preliminar de não-esgotamento (atinente ao período de seis meses), tendo sido esta a primeira vez desde os casos *Vagrancy* em que a Corte baseou-se no *estoppel* no tocante a este ponto.<sup>73</sup>

Este aspecto da aplicação da regra do esgotamento vem de passar por uma evolução notável precisamente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, a interpretação extensiva de suas próprias faculdades pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tal como por ela propugnada em suas sentenças de 1987 sobre exceções preliminares nos casos *Velásquez Rodríguez*, *Godínez Cruz* e *Fairén Garbi e Solís Corrales*, relativos a Honduras,<sup>74</sup> de modo a abarcar também questões atinentes a exceções preliminares de admissibilidade (baseadas em uma questão de fato), a contrário do que se supunha e do que talvez ainda se possa inferir, nem sempre contribui necessariamente a uma proteção mais eficaz dos direitos humanos protegidos sob a Convenção Americana. Tal posição permitia uma reabertura e um reexame pela Corte de uma objeção de pura admissibilidade, favorecendo a parte demandada, que deveria ter sido definitivamente resolvida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Assim como as decisões de inadmissibilidade da Comissão eram finais, igualmente o deveriam ser suas decisões de admissibilidade: ou se permitiria que todas as decisões -de admissibilidade ou não- pudessem ser reabertas perante a Corte, ou se haveria de mantê-las todas privativas da Comissão.

Permitir uma reabertura ou revisão pela Corte de uma decisão de admissibilidade da Comissão, como a Corte Interamericana -seguindo o enfoque da Corte Européia desde os casos *Vagrancy*- sustentou nos referidos *Casos Hondurenhos*, gerava um desequilíbrio entre as partes, favorecendo os Estados demandados. Não obstante, a posição original da Corte Interamericana sobre este ponto, que pretendia afirmar o amplo escopo de suas faculdades, prevaleceu por uma década, até seus julgamentos recentes, de 1996, sobre exceções preliminares nos casos *Loayza Tamayo* e *Castillo Páez*, relativos ao Peru.

Nesse meio tempo, a posição original da Corte Interamericana nos *Casos Hondurenhos*,

72 Cf. *ibid.*, p. 21; em outro voto parcialmente dissidente, também o Juiz Morenilla sustentou uma interpretação *pro victima* da questão em apreço (cf. *ibid.*, p. 31).

73 CtEDH, *Oberschlick case*, Julgamento de 23.05.1991, pp. 14-15 e 24, e cf. Concurring Opinion of Judge Martens, p. 28, e Concurring Opinion of Judge Morenilla, pp. 29-30.

74 Cf. os julgamentos de 1987 da Corte Interamericana sobre exceções preliminares, nos casos de *Velásquez Rodríguez*, parágrafo 29; *Godínez Cruz*, parágrafo 32; e *Fairén Garbi e Solís Corrales*, parágrafo 34; para um exame, cf., e.g., A. A. Cançado Trindade, *El Agotamiento de los Recursos Internos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, IIDH (Série para ONGs, vol. 1), 1991, pp. 37-41, e cf. pp. 35-36 para o caso *Viviana Gallardo* (1981).

inspirada na decisão da maioria da Corte Européia de Direitos Humanos nos casos *De Wilde, Ooms e Versyp (Vagrancy)* (1971), foi por nós questionada em duas ocasiões, no caso *Gangaram Panday versus Suriname* (1991, exceções preliminares)<sup>75</sup> e no caso *Genie Lacayo versus Nicarágua* (resolução de 18.05.1995).<sup>76</sup> No caso *Gangaram Panday*, por exemplo, a Corte chegou a admitir que, se uma exceção de não-esgotamento de recursos internos não é interposta *in limine litis*, há uma renúncia tácita à mesma.<sup>77</sup> Mas era necessário ir mais além, porquanto, se o Estado demandado renunciava à objeção de não-esgotamento de recursos internos por não a haver interposto *in limine litis no procedimento prévio ante a Comissão*, seria inconcebível que pudesse livremente retirar tal renúncia no procedimento subsequente ante a Corte (*estoppel/forclusion*) ao novamente interpor a objeção.

Foi precisamente isto o que ocorreu nos referidos casos *Loayza Tamayo* e *Castillo Páez* (julgamentos de 1996 sobre exceções preliminares), em que a Corte Interamericana, pela primeira vez, descartou as exceções preliminares de não-esgotamento por extemporâneas; ao dar o importante passo de reorientar neste particular sua jurisprudência, a Corte Interamericana corretamente determinou que, se o Estado demandado deixou de invocar a exceção preliminar de não-esgotamento de recursos internos *in limite litis*, no procedimento anterior sobre admissibilidade ante a Comissão Interamericana, estava impedido de invocá-la subsequentemente perante a Corte (*estoppel*),<sup>78</sup> configurando-se deste modo uma renúncia tácita (*tacit waiver*) à regra do esgotamento.

É efetivamente do *rationale* do mecanismo da Convenção Americana que as decisões

75 Julgamento de 04 de dezembro de 1991; em seu Voto Separado, o Juiz A. A. Cançado Trindade sustentou que a Corte Interamericana deveria considerar a questão de admissibilidade como uma e indivisível, e privativa da Comissão, desse modo reduzindo a desigualdade factual entre as partes e propiciando uma maior atenção por parte da Corte às questões substantivas, assegurando assim uma proteção mais eficaz dos direitos humanos.

76 Em Voto Dissidente, o Juiz A. A. Cançado Trindade *inter alia* insistiu em sua tese (*supra*), não para “restringir” as faculdades da Corte, mas, muito ao contrário, para fortalecer o atual mecanismo de proteção da Convenção Americana como um todo.

77 Julgamento de 1991 sobre exceções preliminares, caso *Gangaram Panday*, parágrafos 39-40; *cf.* também o julgamento sobre exceções preliminares, caso *Neira Alegria et al.*, relativo ao Peru, do mesmo ano, parágrafos 30-31; e os julgamentos (*cit. supra*) dos três casos relativos a Honduras, parágrafos 88-90 (*Velásquez Rodríguez*), 90-92 (*Godínez Cruz*), e 87-89 (*Fairén Garbí e Solís Corrales*); e, anteriormente, a decisão da Corte de 1981 no assunto de *Viviana Gallardo et al.*, parágrafo 26.

78 Corte Interamericana de Direitos Humanos, casos de *Castillo Páez versus Peru* e *Loayza Tamayo versus Peru*, Julgamentos sobre exceções preliminares de 30 e 31 de janeiro de 1996, respectivamente, e Votos Separados (em ambos) do Juiz A. A. Cançado Trindade; *cf.* textos destes Julgamentos (e dos referidos Votos), reproduzidos in: OAS, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights - 1996*, pp. 43-73. Em seus Votos Separados em ambos os casos, o Juiz Cançado Trindade sustentou que a constatação do *estoppel* bastava para rejeitar as referidas exceções de não-esgotamento, e que a nova postura da Corte atendia aos imperativos da justiça e corretamente buscava a igualdade das partes, ao não permitir a reabertura de questões de pura admissibilidade (privativas da Comissão) perante a Corte. Ademais, defendeu o Juiz Cançado Trindade o *locus standi in judicio* dos indivíduos demandantes perante a Corte (em casos já remetidos a ela pela Comissão), de modo a dotar o ser humano de personalidade e plena capacidade jurídicas internacionais no presente domínio de proteção.

quanto à admissibilidade ou não de comunicações ou petições submetidas à Comissão Interamericana sejam proferidas -com sólidos fundamentos- pela Comissão *in limine litis*, de modo a não serem reabertas no procedimento subsequente perante a Corte a fim de evitar um desequilíbrio maior entre os indivíduos demandantes e os Estados demandados, em claro detrimento dos primeiros.<sup>79</sup> A Corte Interamericana deu assim um passo significativo, neste particular, em seus julgamentos de 1996 sobre exceções preliminares nos dois *Casos Peruanos* supracitados, para resolver um problema que, no sistema europeu de proteção, com a iminente entrada em vigor (em 01 de novembro de 1998) do Protocolo XI à Convenção Européia de Direitos Humanos, estará definitivamente superado.

No sistema interamericano de proteção, este ponto específico tem incidência direta na questão da condição das partes perante a Corte Interamericana. Com efeito, permitir uma reabertura ante a Corte da rejeição pela Comissão de uma objeção de não-esgotamento de recursos internos -como ocorria no passado- criava um desequilíbrio entre as partes, em favor dos Estados demandados, agravado pelo de que os indivíduos reclamantes ainda não têm *locus standi* (representação direta) no procedimento ante a Corte, exceto na etapa de reparações (por força do artigo 23 do Regulamento vigente da Corte Interamericana<sup>80</sup>).

A reabertura de questões de admissibilidade perante a Corte, já decididas pela Comissão, sem a presença de uma das partes, os indivíduos reclamantes (que são a verdadeira parte demandante), militava contra o princípio da igualdade das partes (*equality of arms/égalité des armes*). Sem o *locus standi in iudicio* de *ambas as partes* qualquer sistema de proteção encontra-se irremediavelmente mitigado. Como tal *locus standi* infelizmente ainda não é assegurado às supostas vítimas em todas as etapas do procedimento perante a Corte Interamericana, a significativa mudança de posição da Corte sobre a questão em apreço nos casos *Loayza Tamayo* e *Castillo Páez* contribuiu a remediar aquele desequilíbrio, orientando assim a jurisprudência da Corte a respeito na direção correta.

## VII. NÃO-APLICAÇÃO DA REGRA DO ESGOTAMENTO EM “CASOS GERAIS”

Nos últimos anos, no âmbito do sistema europeu de proteção, a Comissão Européia de Direitos Humanos tem mantido sua posição no sentido de que a regra do esgotamento dos re-

<sup>79</sup> Ademais, a reabertura perante a Corte de questões de admissibilidade já decididas pela Comissão gera a possibilidade de decisões divergentes ou conflitivas sobre a matéria pelos dois órgãos de supervisão sob a Convenção Americana (como vem de ocorrer recentemente, sob a Convenção Européia, no caso *Ahmet Sadik*, com decisões divergentes a respeito por parte da Corte e Comissão Européias - *supra*), fragmentando assim a unidade inerente a uma decisão de admissibilidade. Ao invés de proceder à revisão de decisões de admissibilidade da Comissão, a Corte deveria poder concentrar-se mais no exame de questões substantivas a fim de exercer com maior eficácia sua função de interpretar e aplicar a Convenção Americana, determinando a ocorrência ou não de violações da Convenção e suas conseqüências jurídicas.

<sup>80</sup> Segundo esta disposição do novo Regulamento da Corte, “na etapa de reparações, os representantes das vítimas ou de seus familiares poderão apresentar seus próprios argumentos e provas em forma autônoma”.

curso interno não se aplica a petições que levantem a questão da compatibilidade com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de medidas legislativas ou de uma prática estatal em violação dos direitos humanos. Assim, em um caso de uma prática estatal imputável ao Reino Unido, a Comissão não hesitou em declarar a petição admissível, considerando inaplicável no caso a regra do esgotamento.<sup>81</sup> O ponto tornou-se central no caso da *França, Noruega, Dinamarca, Suécia e Holanda versus Turquia* (1983), em que os Estados demandantes invocaram como precedente o caso da *Irlanda do Norte (Irlanda versus Reino Unido, 1978)*, a fim de impugnar medidas legislativas e práticas administrativas supostamente incompatíveis com a Convenção Europeia.<sup>82</sup>

A Comissão Europeia decidiu enfaticamente que a constatação *prima facie* da existência de uma prática administrativa (mesmo na ausência de legislação) gerando vítimas era suficiente para excluir a aplicação da regra do esgotamento.<sup>83</sup> Era o que ocorria no caso, em que tal prática contava com a “tolerância” oficial, e os esforços governamentais para impedir violações do artigo 3 da Convenção eram insuficientes; assim sendo, concluiu a Comissão, não se aplicava a regra do esgotamento, pelo que as petições foram declaradas admissíveis.<sup>84</sup> Recorde-se que, em outro caso, interestatal, o de *Chipre versus Turquia* (1978), a conclusão da Comissão Europeia foi inequívoca, não deixando margem a dúvidas: a regra do esgotamento “não se aplica a reclamações cujo objeto seja o de determinar a compatibilidade com a Convenção de medidas legislativas e práticas administrativas”.<sup>85</sup>

Esta jurisprudência encontra paralelo, no âmbito do sistema interamericano de proteção, por exemplo, na prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação a “casos gerais” (em contraposição a “casos individuais”), que remonta aos anos setenta.<sup>86</sup> Posteriormente, nos chamados *Casos Hondurenhos (Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz e Fairén Garbi e Solís Corrales)*, em fins da década de oitenta, prevaleceu o correto entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de que, em casos de desaparecimentos força-

81 Application n. 9471/81, *Mrs. X e Miss X versus United Kingdom case* (1984), Comissão Europeia de Direitos Humanos (CEDH), *Decisions and Reports*, vol. 36, pp. 49 e 58-59, e *cf.* pp. 61-63.

82 ECHR, applications ns. 9940-9944/82 (joined), *France, Norway, Denmark, Sweden and Netherlands versus Turkey case*, *Decisions and Reports*, vol. 35, Strasbourg, C.E., pp. 152-153, 158-159 e 162-163.

83 *Ibid.*, pp. 163-165.

84 *Ibid.*, pp. 167-168 e 170.

85 Application n. 8007/77, CEDH, *Decisions and Reports*, vol. 13, 1979, p. 152. - A jurisprudência anterior da Comissão Europeia, sobre este ponto em particular, orientou-se no mesmo sentido; *cf.* A. A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in Relation to Legislative Measures and Administrative Practices - the European Experience”, 18 *Malaya Law Review* - University of Singapore (1976) pp. 257-280; *cf.* também A. A. Cançado Trindade, “L'épuisement des recours internes dans des affaires inter-étatiques”, 14 *Cahiers de droit européen* - Bruxelles (1978) pp. 139-157; A. A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in Inter-State Cases: the European Practice”, 3 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1978) pp. 211-231.

86 *Cf.*, a respeito, *e.g.*, A. A. Cançado Trindade, “Cuestiones Especiales de Operación del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, 24 *Verfassung und Recht in Übersee* (1991) pp. 162-163, e *cf.* pp. 153-174.

dos 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 que esgotar).<sup>87</sup>

A caracterização dos “casos gerais”, a requererem um tratamento especial no tocante às condições de admissibilidade, tem sua razão de ser, e uma clara compreensão da questão se impõe por situar-se aquele tratamento no contexto mais amplo da luta contra a impunidade. A própria Corte Interamericana teve ocasião de formular uma clara advertência quanto ao dever do Estado de combater a impunidade, em sua sentença recente (de 08 de março de 1998) quanto ao mérito no caso *Paniagua Morales e Outros versus Guatemala* (também conhecido como caso da “Panel Blanca”).<sup>88</sup> No plano global, cabe recordar a respeito que a Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993), ao enfatizar a importância de uma correta administração da justiça, conclamou todos os Estados a proverem um conjunto eficaz de recursos internos para remediar as violações de direitos humanos.<sup>89</sup>

## VIII. ALCANCE DAS EXCEÇÕES À REGRA DO ESGOTAMENTO

Um dos traços mais salientes da jurisprudência internacional recente sobre a matéria em exame reside em seus esclarecimentos sobre o amplo alcance das *exceções* à regra do esgotamento, tendo presente a especificidade da proteção dos direitos humanos. A própria referência, na formulação de tal requisito, às “regras geralmente reconhecidas do direito internacional”, visou chamar atenção às limitações da aplicação do requisito, como evidenciado desde o início pela prática dos órgãos de supervisão sob os tratados de direitos humanos, incluídos, no plano global, os das Nações Unidas (a exemplo dos do Pacto de Direitos Civis e Políticos,<sup>90</sup> e da Con-

87 Cf. relato recente in A. A. Cançado Trindade, “The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-1997): Evolution, Current State and Perspectives”, in *Institut International des Droits de l'Homme, Recueil des Cours - XXVIII Session d'Enseignement (1997)*, Strasbourg, IIDH, 1997, pp. 423-425.

88 Nesta sentença, a Corte Interamericana conceituou como *impunidade* “a falta em seu conjunto de investigação, perseguição, captura, julgamento e condenação dos responsáveis pelas violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana, toda vez que o Estado tem a obrigação de combater tal situação por todos os meios legais disponíveis já que a impunidade propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos e a total vulnerabilidade (*indefensión*) das vítimas e de seus familiares” (parágrafo 173). Afirmou a Corte, a seguir, o dever do Estado, sob o artigo 1(1) da Convenção Americana, de “organizar o poder público para garantir às pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício dos direitos humanos”, dever este que “se impõe independentemente de que os responsáveis pelas violações destes direitos sejam agentes do poder público, particulares, ou grupos deles” (parágrafo 174).

89 Parágrafo 27 da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993.

90 Cf. A. A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies under the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights and Its Optional Protocol”, 28 *International and Comparative Law Quarterly* (1979) pp. 734-765.

91 Cf. A. A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies under the United Nations International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, 22 *German Yearbook of International Law* (1979) pp. 374-383.

venção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial<sup>91</sup>).

No plano regional, uma ilustração significativa da construção jurisprudencial a respeito reside precisamente na dispensa do requisito do esgotamento em “casos gerais” (prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e casos atinentes a medidas legislativas e práticas administrativas (incompatíveis com a Convenção Européia, consoante a prática da Comissão Européia de Direitos Humanos - *cf. supra*). No sistema interamericano de proteção, nos já citados *Casos Hondurenhos (Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz e Fairén Garbi e Solís Corrales)*, por exemplo, argumentou a Comissão Interamericana perante a Corte Interamericana que, como se tratava de casos de “práticas estatais” constitutivas de “violações maciças e sistemáticas” de direitos humanos, em que se comprovava a ineficácia do Poder Judiciário, tornava-se assim desnecessário insistir na regra do esgotamento dos recursos internos, e o ônus da prova recaía no Estado que invocava aquela objeção. Em suas sentenças (de 26 de junho de 1987) sobre exceções preliminares, decidiu a Corte juntar aquela objeção específica ao mérito, para decidí-la juntamente com a questão substantiva da violação denunciada dos direitos humanos invocados nos casos.

Em dois dos três casos supracitados (*Velásquez Rodríguez e Godínez Cruz*), concluiu a Corte Interamericana, em seus julgamentos quanto ao mérito (de 29 de julho de 1988), ter havido violação dos artigos 7, 5 e 4, em combinação com o artigo 1(1) da Convenção Americana. Sustentou a Corte que o ônus da prova acerca do suposto não-esgotamento de recursos internos recaía efetivamente no Estado demandado, sendo um dever jurídico dos Estados o de fornecer recursos internos eficazes (*cf. supra*, sobre este ponto). O fato de, nos referidos casos de desaparecimentos forçados, ter-se tentado o *habeas corpus* ou o recurso de *amparo* em vão, foi tido como suficiente para se dar por esgotados os recursos internos.<sup>92</sup> A natureza e gravidade de tais violações comprovadas dos direitos humanos foram, assim, corretamente levadas em conta para assegurar uma aplicação necessariamente flexível, e por conseguinte mais justa, da regra dos recursos internos no presente contexto de proteção.

A questão específica do alcance das exceções à regra do esgotamento tem sido amplamente debatida em numerosos casos perante a Comissão Interamericana<sup>93</sup> (*infra*), além de ter sido objeto do décimo-primeiro Parecer da Corte Interamericana, de 10 de agosto de 1990. 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

92 A. A. Cançado Trindade, “A Regra do Esgotamento dos Recursos de Direito Interno na Jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos”, in *As Garantias do Cidadão na Justiça* (ed. Sálvio de Figueiredo Teixeira), São Paulo, Saraiva, 1993, pp. 382-383.

93 Para um estudo geral, *cf.* A. A. Cançado Trindade, “A Aplicação da Regra do Esgotamento dos Recursos Internos no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos”, in *Derechos Humanos en las Américas - Libro Homenaje a la Memoria de C.A. Dunshee de Abranches*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1984, pp. 217-229; e, anteriormente, A. A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in the Inter-American System”, 18 *Indian Journal of International Law* - Nova Délhi (1978) pp. 345-351.

94 Neste particular, a Corte Interamericana foi mais além do que a Corte Européia (a qual não aceita

fazer uso dos recursos internos.<sup>94</sup> 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 demandante e o Estado demandado (com um maior ônus sobre este último).<sup>95</sup>

Outras decisões proferidas nos últimos anos são dignas de registro. Em um caso relativo ao Peru, por exemplo, a Comissão Interamericana sustentou que, como havia ocorrido “um atraso injustificado na administração da justiça”, não era necessário esgotar os recursos internos; por conseguinte, presumiu verdadeiros os fatos relatados na petição, e declarou que os eventos denunciados constituíam “violações bastante sérias” dos direitos à vida e à liberdade pessoal (artigos 4 e 7 da Convenção Americana).<sup>96</sup> Em outro caso, também atinente ao Peru, a Comissão aceitou do mesmo modo os argumentos do peticionário de que havia ocorrido uma denegação de acesso aos recursos internos e um atraso indevido na administração da justiça, - o que levou a Comissão a presumir verdadeiros os fatos denunciados e declarar que constituíam uma “violação muito séria” dos direitos à vida e à liberdade pessoal (artigos 4 e 7 da Convenção Americana).<sup>97</sup>

Em um caso relativo à Argentina, a Comissão presumiu verdadeiras as violações denunciadas do direito a garantias judiciais -na base do devido processo legal,- e aplicou o disposto no artigo 46(2)(c) da Convenção Americana sobre as exceções à regra dos recursos internos.<sup>98</sup> Em outro caso, concernente à Nicarágua, a questão das exceções à regra do esgotamento foi extensamente debatida ante a Comissão. Em longo argumento, o demandante alegou que tais exceções incluíam os seguintes elementos (aos quais não se limitavam): a) ausência total de justiça pelos tribunais locais; b) dano causado pelas “ações arbitrárias e injustas dos mais altos funcionários do governo”, não parecendo haver razão adequada para crer que os procedimentos judiciais fornecessem um recurso suficiente; c) coação sobre os tribunais locais por parte de autoridades executivas ou militares; d) ameaças aos tribunais locais, ou controle dos mesmos, por “turbas hostis”.<sup>99</sup> Sustentando as “exceções reconhecidas” à regra do esgotamento no presente caso, afirmou a Comissão que o reclamante não conseguiu esgotar os recursos internos “porque

---

a falta de recursos materiais como constituindo *per se* uma circunstância a dispensar o requisito do esgotamento), ao vincular com realismo a condição de indigência comprovada com a proteção eficaz dos direitos humanos.

95 CtIADH, Opinión Consultiva OC-11/90, de 10.08.1990, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos*, pp. 3-17.

96 Caso n. 9449 (Peru), IACHR, *Annual Report - 1986-1987*, pp. 129-130.

97 Caso n. 9467 (Peru), IACHR, *Annual Report - 1986-1987*, pp. 140-141.

98 Caso n. 9635 (Argentina), IACHR, *Annual Report - 1986-1987*, pp. 59-60 e 62.

99 Caso n. 9102 (Nicarágua), IACHR, *Annual Report - 1985-1986*, pp. 64-74, e cf. pp. 75-77, 85 e 89-95.

100 *Ibid.*, pp. 74 e 96-97.

se viu na situação contemplada no artigo 46(2)(b) e (c)” da Convenção.<sup>100</sup>

No chamado *caso “La Pólvara”*, também relativo à Nicarágua, a Comissão rejeitou a objeção do Estado demandado de não-esgotamento dos recursos internos, afirmando que tal requisito deixava de aplicar-se na ocorrência de um “atraso injustificado” do caso. Era o que acontecera no *cas d’espèce*, acrescentou a Comissão, uma vez que, depois de transcorrido um lapso de tempo, “não havia uma vontade firme por parte das autoridades nicaraguenses de concluir sua investigação e punir os responsáveis pelos crimes em questão”.<sup>101</sup> A Comissão, por conseguinte, deplorou o atraso em conduzir a investigação judicial, e concluiu que ocorreu no caso “uma violação extremamente séria” dos artigos 4 (direito à vida), 7 (direito a liberdade pessoal) e 8 (garantias judiciais) da Convenção Americana.<sup>102</sup>

## IX. O ÔNUS DA PROVA QUANTO AO ESGOTAMENTO

Um dos aspectos da aplicação da regra dos recursos internos de maior desenvolvimento jurisprudencial nos últimos anos, nos planos tanto global quanto regional, tem sido o atinente ao ônus da prova quanto ao esgotamento daqueles recursos. No plano global (Nações Unidas), talvez a contribuição mais significativa da prática recente do Comitê de Direitos Humanos (sob o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos) sobre a matéria em exame resida precisamente em seu tratamento desta questão. O Comitê tem feito recair tal ônus sobretudo nos Estados demandados. Assim, em um caso relativo ao Zaire, em que recebera informações apenas parciais e incompletas sobre os recursos internos, determinou o Comitê que o Estado demandado não havia demonstrado de que modo os autores das comunicações poderiam ter utilizado um determinado recurso nas circunstâncias do caso, e que cabia, pois, ao Estado fornecer detalhes sobre os recursos internos supostamente disponíveis aos demandantes, indicando a probabilidade de êxito no uso de tais recursos.<sup>103</sup> Nas circunstância, agregou o Comitê, cabia dar mais peso aos argumentos dos demandantes, estando o Estado na obrigação de prover recursos eficazes perante seus tribunais para remediar as violações de direitos humanos e assegurar que não voltem a ocorrer no futuro.<sup>104</sup>

Em dois outros casos, relativos ao Uruguai e Madagascar, respectivamente, explicou o Comitê a razão de sua postura: o ônus da prova não poderia recair apenas no autor da comunicação, especialmente ao se considerar que “o autor e o Estado Parte nem sempre têm igual acesso às provas”, e que “frequentemente somente o Estado Parte tem acesso às informações relevantes”, devendo, pois, “investigar de boa fé” todas as alegações de violações do Pacto de Di-

101 Caso “*La Pólvara*” (Nicarágua), IACHR, *Annual Report - 1982-1983*, p. 133, e *cf.* p. 131.

102 *Ibid.*, pp. 133-134.

103 Communications ns. 241 and 242/1987, Adoption of Views of 02.11.1989, doc. CCPR/C/37/D/241/1987 and 242/1987, de 29.11.1989, p. 7 (mimeografado).

104 *Ibid.*, pp. 8-9 (mimeografado).

105 Communication n. 84/1981 (Uruguai), Adoption of Views of 21.10.1982, in U.N./International Covenant on Civil and Political Rights, *Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol*, vol. 2, N.Y., U.N., 1990, p. 116; communication n. 49/1979 (Madagascar), Adoption of Views of 24.03.1983, in *ibid.*, p. 86.

reitos Cíveis e Políticos feitas contra ele e suas autoridades,<sup>105</sup> além de prover recursos internos eficazes. Em outros casos, em que os Estados demandados deixaram de provar a eficácia de determinados recursos internos, deixou o Comitê de insistir no requisito do esgotamento.<sup>106</sup> Em um desses casos, *e.g.*, atinente ao Uruguai, observou o Comitê que, como nenhum detalhe foi a ele fornecido que comprovasse a eficácia dos recursos internos nas circunstâncias particulares do caso concreto, não poderia concluir que era a demanda inadmissível.<sup>107</sup>

No plano regional, o mesmo enfoque tem sido seguido sob as Convenções Européia e Americana sobre Direitos Humanos. No sistema europeu de proteção, em um caso relativo à Bélgica, a Comissão Européia de Direitos Humanos afirmou que recai no Estado que invoca o não-esgotamento “o ônus de provar a existência de recursos eficazes e adequados”.<sup>108</sup> Em outro caso, relativo à Turquia, ao rechaçar uma objeção de não-esgotamento, reiterou a Comissão Européia que o Estado que invoca tal objeção deve “provar a existência de recursos internos disponíveis e adequados”.<sup>109</sup> Mesmo quando entendeu que havia um recurso interno que esgotar (dada a pendência de um procedimento penal, que não poderia considerar como ineficaz), a Comissão, em ainda outro caso contra a Turquia, insistiu no princípio segundo o qual o Estado que alega o não-esgotamento deve demonstrar “a existência de um recurso acessível e suficiente”.<sup>110</sup>

Em sua prática nos últimos anos, a Comissão Européia tem inequivocamente feito recair um *maior* ônus quanto ao esgotamento nos Estados demandados. Assim, inspirando-se em um *obiter dictum* da Corte Européia de Direitos Humanos no caso *Deweer* (julgamento de 27.02.1980), a Comissão Européia afirmou, em dois casos recentes relativos ao Reino Unido, que “o ônus de provar a existência de recursos internos disponíveis e suficientes recai no Estado que invoca a regra” do esgotamento.<sup>111</sup> Em outros casos recentes, a Comissão Européia sustentou a mesma posição a respeito.<sup>112</sup>

No sistema interamericano de proteção, do mesmo modo, em vários casos recentes, a

106 *Cf.*, *e.g.*, communication n. 138/1983 (Zaire), Adoption of Views of 26.03.1986, *in ibid.*, p. 167; e communication n. 109/1981 (Uruguai), Adoption of Views of 10.04.1984, *in ibid.*, p. 147.

107 Communication n. 83/1981, Adoption of Views of 04.11.1983, *in ibid.*, pp. 110-111.

108 ECHR, applications ns. 18926/91 e 19777/92 (caso *Spandre e Fabri versus Bélgica*, decisão de 30.08.1993), *Decisions and Reports*, vol. 75, Strasbourg, C.E., 1993, p. 189.

109 ECHR, application n. 22497/93 (caso *Aslan versus Turquia*, decisão de 20.02.1995), *Decisions and Reports*, vol. 80-B, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 144-145.

110 ECHR, application n. 22276/93 (caso *Karadeniz versus Turquia*, decisão de 03.04.1995), *Decisions and Reports*, vol. 81-B, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 59 e 53.

111 ECHR, application n. 17579/90 (caso *Kelly versus Reino Unido*, decisão de 13.01.1993), *Decisions and Reports*, vol. 74, Strasbourg, C.E., 1993, pp. 144 e 139; ECHR, application n. 20357/92 (caso *Whiteside versus Reino Unido*, decisão de 07.03.1994), *Decisions and Reports*, vol. 76-A, Strasbourg, C.E., 1994, pp. 87 e 80.

112 *Cf.*, no mesmo sentido, *e.g.*: ECHR, application n. 23413/94 (caso *L.C.B. versus Reino Unido*, decisão de 28.11.1995), *Decisions and Reports*, vol. 83-A, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 42 e 32; ECHR, application n. 15117/89 (caso *Travers versus Itália*, decisão de 16.01.1995), *Decisions and Reports*, vol. 80-B, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 10 e 5.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem feito recair o ônus da prova quanto ao esgotamento nos Estados demandados.<sup>113</sup> Em um caso relativo ao Uruguai, por exemplo, observou a Comissão que, como o governo não tinha fornecido as informações solicitadas sobre a matéria, era levada a crer que não havia recursos internos que esgotar.<sup>114</sup> Em uma série de casos concernentes à Nicarágua, a Comissão observou do mesmo modo que o governo não tinha respondido a seus pedidos de informações sobre a questão, e determinou por conseguinte que “os requisitos de direito interno foram esgotados”.<sup>115</sup> Em outro caso, atinente à Jamaica, a Comissão notou que o governo não a informara sobre a “eficácia do recurso constitucional disponível”, e sustentou que no caso todos os recursos internos tinham sido esgotados; além disso, esclareceu que sua função não era agir como uma “quarta instância quase-judicial” e revisar as decisões dos tribunais internos dos Estados membros da OEA, mas sim agir -em relação aos Estados Partes na Convenção Americana- consoante as petições ou comunicações a ela submetidas para investigar se um determinado ato governamental violara um direito humano protegido pela Convenção Americana.<sup>116</sup>

Não há dúvida de que, em sua prática a respeito, nos últimos anos, a Comissão Interamericana tem feito recair o *maior* ônus quanto ao esgotamento nos Estados demandados. Assim o tem feito corretamente, porquanto, não raro, em casos de direitos humanos, as provas se encontram nas mãos do Estado, que as controla. Há, assim, maior razão para fazer recair, -como os órgãos de supervisão de direitos humanos o têm corretamente feito nos últimos anos,- um maior ônus da prova quanto ao esgotamento nos Estados demandados. Isto vem a refletir a especificidade do domínio da proteção dos direitos humanos, com uma incidência direta na operação da regra dos recursos internos, pois tal solução dificilmente seria possível, *e.g.*, no contencioso interestatal da proteção diplomática discricionária.

A mesma postura foi assumida pela Corte Interamericana, em seu Parecer (de 1990) so-

---

113 Cf. caso n. 1954 (Uruguai), IACHR, *Annual Report - 1981-1982*, pp. 94-95; caso n. 2711 (Uruguai), IACHR, *Annual Report 1982-1983*, p. 134; caso n. 9726 (Panamá), IACHR, *Annual Report - 1987-1988*, pp. 229-234, e cf. pp. 185, 190, 193, 211 e 213-229; caso n. 9620 (Colômbia), IACHR, *Annual Report - 1987-1988*, pp. 127-128 (informação governamental considerada como “não suficiente”), e cf. pp. 118, 125, 127, e 130-131.

114 Caso n. 9274 (Uruguai), IACHR, *Annual Report - 1984-1985*, p. 124. Em outro caso, relativo ao Chile, afirmou a Comissão que o ônus da prova recaía no governo demandado (quanto a suas alegações), “de acordo com os princípios gerais do direito”; caso n. 8095 (Chile), IACHR, *Annual Report - 1984-1985*, p. 35.

115 Casos ns. 9144, 9233, 9285, 9289, 9284, 9295, 9296, 9341, 9344 e 9367 (Nicarágua), IACHR, *Annual Report - 1985-1986*, pp. 100, 107, 109, 111-113, 115, 117, 119, 122 e 125, respectivamente.

116 Caso n. 9260 (Jamaica), IACHR, *Annual Report - 1987-1988*, pp. 161-162, e cf. pp. 159-160. - Em outro caso recente, concernente à República Dominicana, a Comissão recordou as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos *Casos Hondurenhos*, no sentido da distribuição (*shifting*) do ônus da prova quanto ao esgotamento entre o(s) demandante(s) e o governo demandado; caso n. 10.208 (República Dominicana), CIDH, *Informe Annual - 1988-1989*, p. 123; depois de considerar a questão do esgotamento (pp. 99-104 e 116-118), determinou a Comissão que a reclamação era inadmissível, sem prejuízo de reconsiderá-la se o demandante subsequente provasse seu esgotamento dos recursos internos (pp. 124-126).

bre as *Exceções ao Esgotamento dos Recursos Internos*. A exemplo da Comissão, também a Corte prestou apoio expresso e inequívoco à distribuição (*shifting*) do ônus da prova entre demandante e demandado (com maior ônus sobre este último). Na opinião da Corte, sob o artigo 46(1)(a) da Convenção Americana, “cabe ao Estado que interpôs a exceção de não-esgotamento provar que em seu sistema interno existem recursos cujo exercício não foi esgotado”.<sup>117</sup> E acrescentou que, “uma vez que um Estado Parte provou a disponibilidade de recursos internos para o exercício de um direito protegido pela Convenção, o ônus da prova se transfere (*shifts*) ao reclamante, que deverá, então, demonstrar que as exceções contempladas no artigo 46(2) são aplicáveis (...)”.<sup>118</sup> Em suma, *onus probandi incumbit actori*.<sup>119</sup>

A especificidade dos tratados de direitos humanos tem acarretado uma interpretação e aplicação próprias aos mesmos; a regra dos recursos internos, neles incorporada, tem sido objeto de decisões orientadas às vítimas e às necessidades de sua proteção, que de outro modo não teriam sido possíveis em outros contextos do direito internacional. Estamos aqui diante de um novo domínio da ciência jurídica, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, cuja especificidade própria tem tornado possível uma aplicação mais flexível e equitativa da regra dos recursos internos, com incidência direta na questão do ônus da prova quanto ao esgotamento, sistematicamente a par de outras questões anteriormente examinadas. Com estas considerações em mente, passemos a nossas derradeiras observações sobre a matéria em apreço.

## X. OBSERVAÇÕES FINAIS

Como se depreende do exame acima, a jurisprudência dos órgãos internacionais de salvaguarda dos direitos humanos tem nos últimos anos fornecido esclarecimentos significativos sobre pontos centrais atinentes às condições de aplicação da regra dos recursos internos no presente contexto específico de proteção. Tais pontos residem, basicamente, a partir do próprio *rationale* da regra no domínio da proteção dos direitos humanos, no teste ou critério da eficácia dos recursos internos, na flexibilidade da regra do esgotamento no presente contexto de proteção, no dever estatal de prover recursos internos eficazes, na renúncia tácita ao requisito do esgotamento e conseqüente *estoppel*, na não-aplicação de tal requisito nos chamados “casos gerais”, no amplo alcance das exceções à regra do esgotamento, e na distribuição (*shifting*) entre as partes do ônus da prova quanto ao esgotamento dos recursos internos (com maior ônus recaído sobre o Estados demandados).

Ao insistir no critério básico da eficácia dos recursos internos, -cuja determinação tem

117 CtIADH, Opinión Consultiva OC-11/90, de 10.08.1990, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos*, p. 16 (parágrafo 41).

118 *Ibid.*, p. 16 (parágrafo 41).

119 Para a formulação da tese da distribuição (*shifting*) do ônus da prova quanto ao esgotamento dos recursos internos no contexto da proteção internacional dos direitos humanos, cf. A. A. Cançado Trindade, “The Burden of Proof with Regard to Exhaustion of Local Remedies in International Law”, 9 *Revue des droits de l’homme/Human Rights Journal* - Paris (1976) pp. 81-121.

se efetuado mediante um cuidadoso exame das circunstâncias particulares de cada caso concreto,- esta jurisprudência tem, por exemplo, dispensado a regra do esgotamento em casos, *e.g.*, de prática estatal, ou de negligência ou tolerância do poder público, ante violações dos direitos humanos. Tais indicações, avançadas nos últimos anos, e que para nossa satisfação têm endossado clara e inteiramente as teses que vimos preconizando e sustentando a respeito ao longo de mais de duas décadas, contribuem a abrir caminho a uma aplicação adequada e mais equitativa do requisito do esgotamento, à luz do objeto e propósito dos tratados de direitos humanos e das necessidades de proteção do ser humano. Contribuem, em suma, a uma aplicação daquele requisito adaptada às particularidades do presente contexto de proteção internacional dos direitos humanos.

Nas últimas décadas, temos testemunhado a gradual expansão do presente domínio de proteção, cujos instrumentos são claramente voltados à salvaguarda das *vítimas*. Tem-se logrado o fortalecimento e o aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção graças em grande parte ao tratamento adequado de questões processuais como a do esgotamento dos recursos de direito interno. Urge, pois, continuar a desenvolver a jurisprudência internacional contemporânea neste espírito, com vistas em última análise à realização fiel e plena do objeto e propósito dos tratados e instrumentos de proteção do ser humano.<sup>120</sup> Em particular, há que continuar buscando uma flexibilização cada vez maior do requisito do esgotamento no presente contexto de proteção, tomados os recursos internos como elemento integrante do próprio sistema de salvaguarda internacional dos direitos humanos, e deslocada a ênfase do processo de esgotamento ao elemento da reparação propriamente dita.<sup>121</sup>

Desse modo, estaremos contribuindo a gradualmente assegurar o acesso direto dos indivíduos às instâncias legais internacionais, para perante elas fazer valer os seus direitos, sempre que as instâncias nacionais se mostrarem incapazes de garantir a realização da justiça. Estaremos assim, em última análise, contribuindo a lograr o resgate histórico da posição central do ser humano como sujeito do direito internacional -o direito *das gentes* (*droit des gens*),- dotado de *jus standi* e plena capacidade jurídica internacional.

120 A. A. Cançado Trindade, “A Regra do Esgotamento dos Recursos de Direito Interno na Jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos”, in *As Garantias do Cidadão na Justiça* (ed. S. de Figueiredo Teixeira), São Paulo, Saraiva, 1993, pp. 369-391; A. A. Cançado Trindade, “Evolución y Desarrollos Recientes en el Agotamiento de los Recursos Internos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, in *Los Derechos Humanos en América - Una Perspectiva de Cinco Siglos* (Encuentro Internacional de Valladolid de 1992), Salamanca, Ed. Cortes de Castilla y León, 1994, pp. 321-352.

121 A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-443. - No último Congresso do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional (IHLADI), realizado em Lisboa em setembro de 1996, no qual atuamos como relator geral da temática dos Direitos Humanos, houve por bem o IHLADI endossar os pontos de vista que há tantos anos vimos sustentando sobre a questão do esgotamento dos recursos internos; *cf.* IHLADI, *Conclusiones y Acuerdos del XIX Congreso* (Lisboa, Portugal, 1996), p. 13, documento também reproduzido in *13 Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* (1997) pp. 609-610.

Em resumo e conclusão, estamos diante de um *direito de proteção*, dotado de especificidade própria e baseado em premissas fundamentalmente distintas das que têm norteado a aplicação (mais rígida) do requisito do esgotamento em outros contextos (como, *e.g.*, o da proteção diplomática discricionária no contencioso interestatal). Este *direito de proteção*, no qual o direito internacional e o direito interno se mostram em constante interação, se inspira em valores comuns superiores ou de *ordre public* com respeito à proteção da pessoa humana. As regras geralmente reconhecidas do direito internacional -às quais se refere a formulação daquele requisito nos tratados de direitos humanos,- ademais de seguirem uma evolução própria nos distintos contextos em que se aplicam, necessariamente sofrem, quando inseridas nos tratados de direitos humanos, um certo grau de ajustamento ou adaptação, ditado pelo caráter especial do objeto e propósito destes tratados e pela especificidade<sup>122</sup> amplamente reconhecida do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

---

<sup>122</sup> Cf., a respeito, A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 1-486.

