

O ESGOTAMENTO DOS RECURSOS DA JURISDIÇÃO INTERNA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

PROF. CARLOS ALBERTO DUNSHEE DE ABRANCHES

SUMÁRIO: 1 — Proteção internacional dos direitos humanos; 2 — Pressupostos jurídicos da proteção; 3 — Caráter supletivo da proteção; 4 — O sistema interamericano de proteção; 5 — Conceito de esgotamento dos recursos internos; 6 — Ônus da prova do esgotamento; 7 — Determinação dos recursos de esgotamento obrigatório; 8 — Os recursos internos no Brasil; 9 — O Ato Institucional n.º 5 e o Art. 55 do Regulamento da CIDH.

PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

1. A Carta das Nações Unidas, superando uma controvérsia doutrinária quase secular, sobre o conceito de soberania e o indivíduo como sujeito de Direito Internacional, consagrou a obrigação dos Estados de respeitarem os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

2. Esta obrigação é um dos princípios básicos em que assentou a nova ordem jurídica internacional estabelecida em 1945 e foi repetida sete vezes nesse tratado de natureza constitucional, aprovado em São Francisco (preâmbulo, art. 1.º, n.º 3; art. 13, n.º 1, *b*; art. 55, *c*; art. 62, n.º 2; art. 68; e art. 76, *c*).

3. É certo que a Carta também contempla o princípio da não intervenção em “assuntos que dependam essencialmente da *jurisdição* (1) de qualquer Estado” (art. 2.º, n.º 7), mas este não pode ser interpretado de modo a anular os outros artigos que consagram o princípio do respeito aos direitos humanos. As resoluções dos órgãos da ONU e a doutrina internacional são

(1) O texto oficial brasileiro da Carta da ONU foi mal traduzido do texto autêntico inglês. A terminologia correta nos sistemas jurídicos de cultura românica é “competência”, como figura no texto autêntico francês.

pacíficas no sentido de que nenhum Estado membro pode invocar o princípio da não-intervenção para legitimar violação aos direitos humanos (2).

4. Por outro lado, o Estado não pode recorrer às disposições do seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. As regras do primado do Direito Internacional sobre o direito interno e do *pacta sunt servanda* foram reafirmadas pelo art. 27 da *Convenção sobre o Direito dos Tratados* (Viena, 1969).

PRESSUPOSTOS JURÍDICOS DESSA PROTEÇÃO

5. A Carta, ao consagrar a obrigação de respeitar, não definiu quais os direitos humanos e liberdades fundamentais protegidos internacionalmente, não estruturou os órgãos dessa proteção, nem estabeleceu os respectivos processos e sanções, deixando intencionalmente essas matérias para serem reguladas em tratados e convenções especiais.

6. Os passos iniciais para a definição de tais direitos e liberdades foram a *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem*, aprovada pela OEA em Bogotá, em 1948, e seguida, meses depois, pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, aprovada pela ONU em Paris. Ambas, porém, foram elaboradas expressamente como uma etapa preparatória de futuros instrumentos convencionais e por isso não requeriam ratificação, faltando-lhes, assim, a força obrigatória que têm os tratados.

7. O primeiro desses instrumentos foi a *Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais*, aprovada em Roma em 1950 e ratificada por 15 membros do Conselho da Europa, entrando em vigor em 1953. Dita convenção e seus 5 protocolos suplementares definiram os direitos protegidos, criaram uma Comissão e uma Corte, com sede em Estrasburgo, como órgãos de proteção e regularam o acesso a estes órgãos, a forma de processamento das queixas apresentadas pelos indivíduos contra os Governos e as sanções, em casos de violação. Todavia, a França e a Suíça ainda não são partes nesses tratados.

8. Finalmente, em 1966, as Nações Unidas aprovaram três instrumentos convencionais: o *Pacto de Direitos Cívicos e Políticos*, o *Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* e um protocolo adicional sobre medidas de execução. Todavia, esses pactos não estão em vigor e há dificuldades políticas quase insuperáveis para lograr uma proteção efetiva por meio de órgãos de âmbito mundial. Existe atualmente um sensível consenso no sentido de que a melhor forma de alcançar a proteção internacional será por meio de instrumentos regionais.

(2) A Carta da ONU foi subscrita e ratificada pelos seus 127 membros. O Brasil, depois de aprová-la e ratificá-la, promulgou-a pelo Decreto n.º 19.841, de 22 de outubro de 1945.

9. Dessa exposição introdutória deduzem-se claramente os 5 pressupostos jurídicos de uma efetiva proteção internacional dos direitos humanos:

- a) definição convencional dos direitos humanos protegidos;
- b) necessidade de ratificação e vigência dessa convenção em relação ao Estado em cujo território se encontra a pessoa a ser protegida;
- c) existência de órgãos de proteção competentes para receber queixas de violação, apurar a procedência do alegado e aplicar as sanções estabelecidas pela respectiva convenção;
- d) direito de acesso do indivíduo aos referidos órgãos de execução;
- e) prévio esgotamento dos recursos da jurisdição interna do Estado contra o qual é pedida a proteção.

CARÁTER SUPLETIVO DA PROTEÇÃO

10. A primeira consequência a extrair-se dessa teoria geral da proteção internacional dos direitos humanos (3) é o caráter supletivo dessa proteção interna de cada Estado.

11. Na verdade, tanto à luz da doutrina como do Direito Internacional Positivo, a proteção dos direitos fundamentais do homem é precipuamente uma obrigação do Estado em relação a todos os indivíduos que se encontram em seu território e conseqüentemente sujeitos à respectiva jurisdição. Tal obrigação está consagrada nas Constituições e na legislação ordinária de todos os países civilizados, que contemplam uma declaração de direitos individuais e especificam os meios de garantia contra os abusos de qualquer autoridade pública. (4)

12. Só quando o sujeito da violação não logra preveni-la, fazê-la cessar ou repará-la, conforme o caso, esgotando para isso os processos e recursos previstos na legislação nacional, ou quando o próprio Estado elimina, impede o acesso ou dilata injustificadamente tais processos e recursos internos, pode o aludido sujeito recorrer aos órgãos da proteção internacional.

(3) O autor deste artigo acredita que lhe cabe a prioridade na formulação dessa teoria geral, iniciada com a publicação do livro "*Proteção Internacional dos Direitos Humanos*" — Ed. Freitas Bastos — Rio de Janeiro, 1964 (premiado com o *Book Award* da Inter-American Bar Association em San José, 1967) e completada com outros trabalhos e votos na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, (cf. as publicações da OEA de 1966 a 1971).

(4) "La règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes a pour conséquence que la compétence de la Commission est essentiellement subsidiaire, l'Etat étant le premier organe chargé par la Convention d'assurer le respect des droits garantis." (KAREL VASAK — *La Convention Européenne des Droits de l'Homme* — Libr. Gen. de Droit et de Jurisprudence — Paris, 1964 pág. 115).

O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO

13. A Carta da OEA (Bogotá, 1948) consagra, entre os seus princípios, “os direitos fundamentais da pessoa humana sem distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo” (art. 3.º F) e dispõe que “... o Estado respeitará os direitos da pessoa humana...” (art. 16). Na mesma ocasião foi aprovada a *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem* acima referida.

14. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada pela 5.ª Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores (Santiago, 1959) e os seus Estatutos, aprovados pelo Conselho da OEA (Washington, 1960), dispõem que a Comissão se compõe de sete membros eleitos em caráter pessoal, por 4 anos, com atribuições para promover o respeito e estimular a consciência dos direitos humanos nos povos das Américas.

15. A competência originária da Comissão foi ampliada pela Resolução XXII da 2.ª Conferência Interamericana Extraordinária (Rio de Janeiro, 1965) e em consequência os Estatutos da Comissão dispõem atualmente:

“Artículo 9 bis — La Comisión deberá:

a) Prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los Artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;

b) Examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados americanos con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, con el fin de hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales;

c) Rendir un informe anual a la Conferencia Interamericana o a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, el que deberá incluir: i) Una exposición sobre el progreso alcanzado en la consecución de los objetivos señalados por la Declaración Americana; ii) Una relación sobre los campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos conforme lo prescribe la citada Declaración, y iii) Las observaciones que la Comisión considere apropiadas respecto de las comunicaciones que haya recibido y sobre cualquier otra información que tenga a su alcance;

d) Verificar, como *medida previa* al ejercicio de las atribuciones prescritas en los incisos b) y c) del presente Artículo, si los *procesos y recursos internos de cada Estado miembro fueron debidamente aplicados y agotados.*”

16. A Carta da OEA foi reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, 1967 (5) que, além de ampliar as suas normas sobre direitos econômicos, sociais e culturais, atribuiu torça convencional à Comissão Interamericana de Direitos Humanos nos seguintes termos:

“*Artigo 51* — A Organização dos Estados Americanos realiza os seus fins por intermédio:

- a) Da Assembléia Geral;
- b) Da Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores;
- c) Dos Conselhos;
- d) Da Comissão Jurídica Interamericana;
- e) *Da Comissão Interamericana de Direitos Humanos;*
- f) Da Secretaria Geral;
- g) Das Conferências Especializadas; e
- h) Dos Organismos Especializados.”

“*Artigo 112* — Haverá uma *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria.

Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.”

“*Artigo 150* — Enquanto não entrar em vigor a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos a que se refere o capítulo XVIII, a atual *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* velará pela observância de tais direitos.”

17. Finalmente, em 1969 foi aprovada em San José, Costa Rica, a *Convenção Americana de Direitos Humanos*, que define os direitos humanos protegidos (ampliando os mencionados na *Declaração Americana*), mantém a atual Comissão, cria uma Corte, garante ao indivíduo o direito de acesso aos órgãos de proteção e estipula, como requisito de admissão de qualquer petição, o esgotamento dos recursos da jurisdição interna. (6)

18. Do exame desses instrumentos verifica-se que a proteção dos direitos humanos no Sistema Interamericano:

- a) Atualmente abrange apenas as matérias, o mecanismo e os processos estabelecidos na Resolução XXII da 2.^a Conferência Interame-

(5) O Brasil ratificou dito protocolo, que foi promulgado e publicado pelo Decreto n.º 66.774, de 24 de junho de 1970.

(6) A Convenção foi assinada por 12 países americanos, mas só entrada em vigor depois de ratificada por onze governos.

ricana e nos arts. 51, 112 e 150 do Protocolo de Buenos Aires, acima transcritos;

- b) Futuramente, quando entrar em vigor a Convenção Americana de Direitos Humanos, a proteção interamericana atingirá o mesmo nível já alcançado no âmbito do Conselho da Europa.

CONCEITO DE ESGOTAMENTO DOS RECURSOS DA JURISDIÇÃO INTERNA

19. Reza a Convenção Européia de 1950:

“La Commission ne peut être saisie qu’après l’épuisement des voies de recours internes, tel qu’il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus et dans le délai de six mois, à partir de la date de la décision interne définitive.”

20. Essa disposição influenciou não só a alínea *d* do art. 9 bis do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos acima transcrita (que incorporou como ficou dito o item 5 da citada Resolução XXII), como também a Convenção Americana de 1969, ao dispor:

“*Artigo 46* — 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;”

.....

2. As disposições das alíneas *a* e *b* do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;

b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e

c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.”

21. Apesar da Convenção Americana ainda não estar em vigor, mas com base nos textos do n.º 5 da Resolução n.º XXII, do art. 9 bis do seu Estatuto e do art. 150 do Protocolo de Buenos Aires, o Regulamento da

Comissão Interamericana de Direitos humanos incorporou a maioria daqueles elementos conceituais sobre esgotamento dos recursos da jurisdição interna, como se verá das disposições abaixo:

“Artículo 54 — En el ejercicio de las atribuciones previstas en el Artículo 53 de este Reglamento, se deberá verificar, como medida previa, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro fueron debidamente aplicados y agotados.” (7)

“Artículo 55 — Las comunicaciones en que se denuncie la violación de los derechos humanos comprendidos en el Artículo 53 tendrán que ser dirigidas a la Comisión dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que, según el caso, se haya dictado la decisión interna definitiva o cuando el signatario de la comunicación haya tenido conocimiento de que se haya impedido arbitrariamente el ejercicio de los recursos de jurisdicción interna o se haya retardado injustificadamente la decisión interna definitiva.”

22. Assim, até que entre em vigor a Convenção Americana, o único ponto que permanece em aberto, no Sistema Interamericano, quanto à conceituação do esgotamento dos recursos da jurisdição interna, é a cláusula “de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecido”. (“tel qu’il est entenyd selon les principes de droit international généralement reconnus”). A Comissão Européia firmou a doutrina de que “ce sont les principes généraux du droit international qui déterminent la question de savoir si un recours interne particulier doit être épuisé avant que la Commission puisse être saisie” (8). A Comissão Interamericana de Direitos Humanos até agora ainda não se pronunciou sobre esse problema.

ÔNUS DA PROVA DO ESGOTAMENTO

23. Questão relevante é a de saber a quem incumbe o ônus da prova do esgotamento dos recursos da jurisdição interna: — Ao queixoso ou denunciante da violação perante o órgão internacional ou ao Governo que argui, em sua defesa, a falta de tal requisito?

24. A Comissão Européia inicialmente exigia que a parte queixosa ou denunciante apresentasse a prova do esgotamento dos recursos internos. Depois, em virtude da modificação do art. 42, n.º 2 do Regimento Interno da mesma Comissão, ficou estabelecido que dita parte deveria fornecer apenas

(7) As atribuições previstas no art. 51 à competência para velar pela observância dos direitos humanos mencionados nos artigos I, II, III, IV, XXVIII, XXV e XXVI da Declaração Americana (cf. art. 9 bis alínea do Estatuto transcrito no item 15 deste trabalho).

(8) Decision du 8 janvier 1959 requête n.º 222/56, *Annuaire*, vol. II, pág. 344.

“elementos que permitam estabelecer que as *condições* do art. 26 da Convenção foram preenchidas. Finalmente, a jurisprudência da Comissão firmou-se no sentido de que:

“Si, soit la partie défenderesse, soit la Commission, d’office, soulève l’exception de non-épuisement, il appartient alors à la partie requérante d’apporter la preuve qu’elle a épuisé les voies de recours internes mises à sa disposition ou qu’elle n’est pas tenue de le faire “selon les principes de droit international généralement reconnus” (VASAK — op. cit., pág. 117).

25. Essa é a solução que, a nosso ver, deve prevalecer no Sistema Interamericano. Em reiterados votos na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o autor deste artigo sempre sustentou que a interpretação sistemática e teleológica do art. 9 bis do Estatuto, combinado com os arts. 53 e 54 do Regulamento impõe, como regra geral, que o ônus da prova do esgotamento dos recursos internos deve caber ao autor da queixa ou denúncia, entre outras razões, porque:

- a) Dado o caráter supletivo da proteção internacional, em matéria de direitos humanos, a própria competência da Comissão para conhecer de qualquer queixa, denúncia ou simples comunicação de uma presumida violação está sujeita à *condição* estabelecida, isto é, ao “esgotamento dos recursos internos”.
- b) Os Estatutos e o Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao determinarem que no exercício de suas atribuições, a Comissão “*deve*” verificar “*como medida*” o preenchimento daquela condição, estabeleceram inequivocamente que o esgotamento dos recursos internos é um dos requisitos da *admissibilidade* da queixa, denúncia ou comunicação, cabendo assim ao autor destas, o ônus da prova de tal requisito.
- c) O acerto de tal interpretação veio a ser confirmado pela Convenção Americana que inclui expressamente o esgotamento dos recursos internos entre os requisitos necessários para que a petição ou comunicação “*seja admitida* pela Comissão” (art. 46 n.º 1).

26. As exceções a essa regra geral foram consignadas expressamente no art. 54 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, isto é, o impedimento ao exercício dos recursos internos e o retardamento injustificado da decisão definitiva. Essas hipóteses foram desdobradas em três pela Convenção Americana (art. 46 n.º 2), mas na verdade, a inexistência de recursos e a proibição de acesso a tais recursos (alíneas *a* e *b* do n.º 2 do art. 46) estão compreendidas no caso de impedimento ao exercício dos recursos internos.

27. Resta o problema da *oportunidade* da apresentação da prova do esgotamento dos recursos internos ou da ocorrência de uma das exceções

acima indicadas. O momento da produção de tal prova deve ser normalmente o da apresentação da queixa, denúncia ou comunicação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Todavia, em casos especiais, quando seja justificada a impossibilidade ou dificuldade do oferecimento de prova inicial daquele requisito de admissibilidade, por causa de urgência, a Comissão poderá, em nossa opinião, tramitar o caso e solicitar informações ao Governo de que se trata, sem que tal importe em inversão do ônus da prova.

DETERMINAÇÃO DOS RECURSOS DE ESGOTAMENTO OBRIGATÓRIO

28. Outra questão relevante é saber quais são os processos e recursos internos que devem ser aplicados e esgotados, antes que possa haver apelo à jurisdição internacional. Os vocábulos “processos e recursos” empregados no art. 9 bis do Estatuto e art. 54 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, são apenas os de natureza *judiciária* ou abrangem também os da instância *administrativa*? Qual o conceito da “decisão interna definitiva”, aludida pelo art. 55 do mesmo Regulamento?

29. A resposta a tais questões deve levar em conta que o requisito “esgotamento dos recursos internos” resulta do caráter supletivo da proteção internacional dos direitos humanos, cujo respeito é dever primário do Estado. Não se justifica assim, recurso a uma jurisdição externa, quando quem alega a violação de determinado direito humano ou liberdade fundamental dispõe ainda de algum processo ou recurso no âmbito nacional, seja judiciário ou administrativo, para postular a cessação ou reparação da violação alegada. (9) Conseqüentemente, enquanto houver tal possibilidade não se poderá afirmar haver sido proferida uma decisão interna definitiva.

30. Nos Estados Americanos, como nos demais países civilizados, as Constituições e a legislação ordinária especificam os direitos individuais que o Governo deve respeitar e fazer respeitar, no interior do seu território, bem como os meios de proteção a que o indivíduo pode recorrer em caso de abuso ou de ameaça por parte dos agentes do poder público, para prevenir que se consuma ou para fazer cessar a violação. Além disso, na grande maioria desses países, o abuso de poder é sancionado como infração penal e à vítima desse abuso é atribuída a faculdade de reclamar a reparação do dano sofrido, pelo qual respondem solidariamente o seu autor e o próprio Estado.

31. Desse modo, se o órgão encarregado da proteção internacional se dispuser a atuar antes de esgotados os recursos da jurisdição interna, ele

(9) No famoso caso LAWLESS, a Comissão Européia decidiu: “Les principes de droit international généralement reconnus obligeaient le requérant à épuiser non seulement les recours devant les tribunaux ordinaires, mais aussi tout le système de recours légaux (legal remedies) disponibles dans la République”. (*Annuaire*, vol. II, pág. 309).

não só estará excedendo a sua competência, como colocará em risco a sobrevivência da proteção internacional em um mundo em que ainda subsistem os partidários do conceito de soberania absoluta e dos direitos de seus nacionais como assunto da exclusiva competência de cada Estado. Além disso, os órgãos da proteção internacional não estão aparelhados, de direito e de fato, para aceitar o encargo de substituir os tribunais e órgãos administrativos, aos quais cabe, em cada país, a responsabilidade de assegurar o respeito dos direitos individuais e a reparação do dano no caso de violação.

32. Uma das formas mais eficazes de assegurar o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais é velar para que o autor de uma violação comprovada sofra a sanção penal correspondente ao abuso de poder praticado. Cada vez que o agente do poder público, responsável por determinada violação injustificada de um dos direitos e liberdades tutelados internacionalmente, permanece impune, maior será a probabilidade de uma violação futura por parte dos autores potenciais de novos abusos do poder.

33. Assim, a proteção internacional não se resume à prevenção e cessão da violação, cuja ameaça ou prática subsiste depois de esgotados todos os recursos internos. Ela alcança também a reparação do ato violador que abrange tanto a composição do dano material (indenização pecuniária), como a reparação moral consistente na repressão penal do delito cometido pelo autor da violação.

34. Em conclusão, o esgotamento dos recursos internos é um fato a ser verificado em cada caso concreto e de acordo com a natureza da violação arguida. Assim, o critério básico a aplicar para tal verificação será o da adequação e eficácia do processo ou recurso facultado pela legislação interna para proteção do direito em causa, de modo a possibilitar a efetiva cessação ou reparação da violação ocorrida.

OS RECURSOS INTERNOS NO BRASIL

35. A Constituição em vigor no Brasil é a Emenda n.º 1, de 17 de outubro de 1969, que introduziu algumas modificações à Constituição de 1967. O seu Capítulo IV é dedicado aos "Direitos e Garantias Individuais". O artigo 153 dispõe que a Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos estipulados nos 36 parágrafos do referido artigo. O texto desses parágrafos manteve substancialmente os direitos e garantias assegurados desde a proclamação da República em 1889, especialmente a Constituição de 1946. Os arts. 155 a 159 regulam a suspensão das garantias nos casos de emergência (Estado de sítio).

36. Os direitos políticos são tratados nos arts. 147 a 152 e os direitos econômicos, sociais e culturais estão contemplados nos arts. 160 a 180 da mesma Constituição.

37. Assim, os arts. 153 a 180 cobrem extensivamente as matérias tratadas na Carta da OEA, na Declaração Americana e no Protocolo de Buenos Aires, 1967 (normas econômicas, sociais e culturais). Todos os direitos definidos nos artigos da Declaração Americana e especificados no art. 9 bis alínea *b* do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao atribuir a esta competência para receber e examinar as denúncias individuais sobre violação dos referidos direitos, estão também previstos na legislação brasileira.

38. Os recursos previstos na Constituição para garantia do respeito aos direitos assegurados a todas as pessoas que se encontrem no território da República ou sob sua jurisdição onde quer que seja, são os seguintes:

a) “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. (art. 153 § 4.º). Será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei (art. 153 § 32).

b) “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas corpus*”. (art. 153 § 20).

c) “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”. (art. 153 § 21).

d) “É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou contra abusos de autoridade”. (art. 153 § 30).

“A lei assegurará a expedição de certidões requeridas às repartições administrativas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações”. (artigo 153 § 35).

39. Os processos e recursos destinados a promover a apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão de direito individual são regulados no Código Civil, no Código de Processo Civil, no Código Penal, no Código de Processo Penal e em diversas leis complementares. Aos crimes militares e aos civis, nos casos expressos em lei, para repressão de crime contra a segurança nacional ou as instituições militares, aplica-se o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar (art. 129 § 1.º da Constituição).

40. Sendo o Brasil uma federação, o direito substantivo e adjetivo é da competência legislativa da União (art. 8.º, XVII, *b*). Compete, porém, aos estados membros da federação, organizar-se e reger-se pelas Constituições que adotarem (art. 13). Entre esses poderes está o de legislar sobre a sua organização judiciária e administrar a respectiva justiça em seus territórios, em todas as matérias que não sejam da competência privativa da União (art. 144). Para administrar a Justiça nas matérias da sua competência exclusiva, a União dispõe dos tribunais e juizes federais, militares, eleitorais e do trabalho (artigo 112).

41. Para assegurar a independência dos tribunais e juizes, inclusive dos estaduais, eles devem ser organizados de forma a gozar de vitaliciedade, de inamovibilidade e de irredutibilidade de vencimentos (art. 113). As decisões da Justiça Estadual são soberanas e definitivas, salvo nas matérias para as quais a Constituição prevê expressamente recurso para o Supremo Tribunal. Compete a este:

I — “julgar em recurso ordinário os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos tribunais federais ou tribunais de justiça dos Estados, se denegatória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário”. (art. 119 n.º II).

II — “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou

d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal”. (art. 119 n.º III).

42. Assim, de acordo com a Constituição e a legislação ordinária do Brasil, qualquer lesão de direito individual é passível de ser apreciada em um processo civil, penal, militar, trabalhista ou eleitoral, presidido por um juiz federal ou estadual, de cuja decisão final em primeira instância cabe recurso ordinário para uma segunda instância e, em certos casos, admite-se ainda um recurso ordinário ou extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

43. A apreciação pelo Poder Judiciário não dispensa ou exclui, conforme o caso, a via administrativa no uso do direito de petição e representação aos Poderes Públicos, assegurado pelo citado art. 153 § 30. O processo administrativo é regulado por leis especiais e em regra contempla a faculdade de recurso hierárquico até o Presidente da República ou o Governador do Estado, segundo a matéria de que se trata.

O AI-5 E O ART. 55 DO REGULAMENTO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

44. Entre as disposições transitórias constantes da Constituição de 1969 (Emenda n.º 1) figura a seguinte:

“ Art. 182 — Continuam em vigor o Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais Atos posteriormente baixados. Parágrafo único. O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá decretar a cessação da vigência de

qualquer desses Atos ou dos seus dispositivos que forem considerados desnecessários”.

45. Por força dessa disposição, permanece vigente a norma excepcional introduzida pelo art. 10 do citado Ato Institucional n.º 5, que reza:

“Fica suspensa a garantia do *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, à ordem econômica e social e à economia popular”.

46. Os instrumentos que regulam a proteção internacional dos direitos humanos previram a suspensão de certas garantias durante o estado de guerra ou outra emergência. Dispõe, por exemplo, a Convenção Européia:

“Art. 15 — 1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie Contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (§ 1) et 7.

3. Toute Haute Partie Contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application”.

47. A Convenção Americana contém, por sua vez, uma disposição similar:

“Art. 27 — 1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (Direito à vida), 5 (Direito à integridade pessoal), 6 (proibição da escravidão e servidão), 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (Liberdade de consciência e de religião), 17 (Proteção da família), 18 (Direito ao nome), 19 (Direitos da criança), 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

3. Todo Estado Parte que fizer uso do direito de suspensão deverá informar imediatamente os outros Estados Partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, das disposições cuja aplicação haja suspenso, dos motivos determinantes da suspensão e da data em que haja dado por terminada tal suspensão”.

48. A suspensão de garantias decorrentes do Ato Institucional n.º 5 foi ditada com invocação de uma emergência desse gênero, qual a ameaça à segurança do Estado. A medida vem sendo mantida sob o fundamento de que ainda persistem as atividades subversivas da guerrilha urbana e da ação terrorista, que ameaçam a segurança nacional. Não estando em vigor a Convenção Americana, inútil discutir se o art. 10 do Ato Institucional n.º 5 seria compatível com o art. 26 daquela Convenção e se as exigências da situação interna brasileira justificariam a subsistência da suspensão daquela garantia, desde 1968 até a presente data. Seria, porém, paradoxal que, antes da vigência da Convenção, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pretendesse aplicar um sistema de proteção internacional dos direitos humanos mais rigoroso do que o que decorrerá daquela Convenção.

49. Todavia, o art. 182 da Constituição, que manteve a suspensão do recurso de *habeas corpus* em determinadas matérias, decorrentes do ato Institucional n.º 5, suscita outro problema, relacionado com uma das exceções à regra da obrigatoriedade do esgotamento dos recursos internos, em relação às queixas por privação injustificada da liberdade pessoal (art. I da Declaração Americana e art. 9 bis, a, do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos). Como acima ficou dito, quando haja impedimento injustificado ao exercício dos recursos da jurisdição interna não vigora o requisito do esgotamento desses recursos (art. 55 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos).

50. Inicialmente, é preciso distinguir entre suspensão do direito à liberdade pessoal e suspensão do recurso de *habeas corpus*, que não se confunde com aquele, sendo apenas um meio para a proteção de tal direito fundamental.

51. De fato, no sistema constitucional brasileiro, o direito à liberdade pessoal e o recurso do *habeas corpus* são tratados em parágrafos distintos.

Dito recurso vem regulado no § 20 do art. 153 acima transcrito, enquanto o direito à liberdade pessoal é definido em outro parágrafo do art. 153, nestes termos:

“§ 12 — Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal.”

52. Do cotejo entre os § 12, 20 e 30 do art. 153 da Constituição com o Ato Institucional n.º 5, verifica-se que:

- a) O direito à liberdade pessoal, definido no § 12 do art. 153, não está suspenso pelo art. 10 do Ato Institucional n.º 5, mas apenas o uso do recurso de *habeas corpus* quando a ameaça de violência ou a coação à liberdade de locomoção, contra o qual seja requerido tal recurso, tenha relação com a segurança nacional etc.
- b) O *habeas corpus* não é o único meio para proteção do direito à liberdade pessoal, subsistindo a obrigação da autoridade de fazer imediata comunicação da prisão ou detenção ao juiz competente, bem como o poder deste de mandar relaxá-la se verificar que o ato não foi legal, ainda quando haja imputação de crime relacionado com a segurança nacional.
- c) Mesmo quando a prisão ou a detenção tenha sido feita com alegação de fato relacionado com a segurança nacional, subsiste o direito de representação assegurado pelo art. 153, § 30, contra o responsável pelo ato, se ocorrer abuso de autoridade.
- d) O art. 322 do Código Penal define como abuso de autoridade “praticar violência, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la.”

53. Em conclusão, em caso de denúncia ou queixa por violação do art. I da Declaração Americana (direito à liberdade pessoal) formulada contra o Governo do Brasil, durante a vigência do art. 182 da Constituição combinado com o art. 10 do Ato Institucional n.º 5, subsistiria o requisito do esgotamento dos recursos internos, não bastando para justificar a exceção prevista no art. 55 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (impedimento ao exercício injustificado dos recursos internos), a simples alegação de achar-se suspenso o recurso do *habeas corpus* no caso de prisão ou detenção justificada com a invocação da segurança nacional, porque, quando o ato foi ilegal, subsistem os meios previstos nos §§ 12 e 30 do art. 153 da Constituição e no art. 322 do Código Penal para fazer cessar a coação e reprimir o abuso de autoridade.