

# COMPLEMENTARIDADE, COOPERAÇÃO E SUBSIDIARIEDADE COMO PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

**Edvaldo de Aguiar Portela Moita**

Professor, Advogado e Mestre em Direito  
edvaldo\_apm@hotmail.com

**RESUMO:** partindo da ideia de dignidade da pessoa humana, do surgimento da jurisdição constitucional e da relativização da soberania dos Estados pelo direito internacional dos direitos humanos, este trabalho tenta articular alguns princípios estruturantes dos sistemas de proteção dos direitos humanos, capazes de fornecer suas características básicas, suas tarefas e suas perspectivas de estruturação. Assim, buscar-se-á identificar esses princípios, nomeadamente complementaridade, cooperação e subsidiariedade, com vistas a uma proposta de integração desses sistemas que reflita todo o contexto de proteção desses direitos e que seja capaz de garantir um mínimo ético global, resguardando as tradições, histórias, autonomias e culturas locais.

**Palavras-Chave:** Sistemas de proteção dos direitos humanos. Princípios estruturantes. Complementaridade. Cooperação. Subsidiariedade.

**ABSTRACT:** from the idea of human dignity, the emergence of constitutional jurisdiction and the relativisation of state sovereignty by international human rights law, this paper attempts to articulate some of the structural principles of human rights protection systems, which are capable of providing their basic characteristics, their activities and their prospects. Therefore, it will proceed to the identification of these principles, namely complementarity, cooperation and subsidiarity, in order to propose an integration of these systems that reflects the entire protection context of those rights and that is capable to assure a minimum global ethics, safeguarding traditions, histories, autonomies and local cultures.

**Keywords:** Systems of human rights protection. Structural principles. Complementarity. Cooperation. Subsidiarity.

## INTRODUÇÃO

O direito contemporâneo é marcado pela crescente busca da proteção dos direitos humanos. Estes direitos procuram, cada vez mais, unificar o mundo em torno de um projeto ético que é o resguardo da dignidade da pessoa humana.

## THEMIS

Assim, principalmente depois da 2ª Guerra Mundial, foram criados vários sistemas de proteção dessas normas, na tentativa de, num plano internacional, estabelecer-se uma ordem que seja capaz de promover, controlar e garantir dentro dos Estados essa proteção.

É nessa perspectiva que surge a necessidade de se entender a formação e a estrutura desses sistemas, partindo da sua finalidade maior: a proteção da dignidade da pessoa humana. Entretanto, tendo em vista a novidade dessa nova onda de proteção mundial dos direitos humanos com a criação de organismos internacionais e com a insurgência de movimentos sociais como os que se viram na Tunísia, Líbia e Egito, pode-se perceber várias consequências, em face da tentativa de proteção desses direitos, nos mais diversos sistemas sociais, notadamente o direito.

Enquanto outrora a Constituição, no seu sentido moderno, foi a resposta para os problemas fundamentais que a sociedade enfrentava aos tempos das revoluções liberais do século XVIII na França e Estados Unidos, quais sejam

[...] de um lado, a emergência, em uma sociedade com crescente complexidade sistêmica e heterogeneidade social, das exigências de direitos fundamentais ou humanos; de outro, associado a isso, a questão organizacional da limitação e do controle interno e externo do poder (inclusive mediante a participação dos governados nos procedimentos, sobretudo nos de determinação da composição de órgão do governo), que também se relacionava com a questão da crescente especialização das funções, condição de maior eficiência do poder estatal (NEVES, 2009, p. XXI).

Hoje, porém, essa emergente sociedade multicêntrica se efetivou em maiores proporções, desenvolvendo, agora em face de uma maior integração mundial, outros problemas que se tornaram insuscetíveis de serem tratados por uma única Constituição dentro de um Estado. Prossegue Neves (2009, XXI):

Cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornaram-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a solução. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns.

Desse modo, exige-se hoje um diálogo entre as mais diversas ordens jurídicas a fim de responder a tais problemas, dentre os quais se destacam os direitos humanos, onde reside o palco de projeto ético mundial que é o resguardo dessas normas.

Com isso, esta pesquisa se propõe a lançar considerações iniciais sobre o questionamento: como conceber, dentro dos sistemas de proteção dos direitos humanos, um diálogo que possibilite a melhor proteção sistêmica desses direitos? A resposta se desenvolverá em torno de princípios estruturantes.

Ressalta-se, todavia, que os conceitos aqui trabalhados, na medida do possível, não representarão uma realidade fechada, delineada por fronteiras. Ao contrário, serão trabalhados a partir de seu núcleo, como forma de se criar uma ideia complexa sobre os fenômenos. Conforme Morin, "(...) devemos saber que, nas coisas mais importantes, os conceitos não se definem jamais por suas fronteiras, mas a partir de seu núcleo" (2011, p. 72). Com isso, alguns conceitos, por não terem um consenso geral quanto a sua significação, serão tomados tão somente a partir de um núcleo mais ou menos aceito pelo uso ou pelo sistema em que estão inseridos. É o caso, por exemplo, do que realmente seria um Estado Democrático de Direito.

Essa noção, trabalhada por Morin, no que ele chama de macroconceitos, será essencial quando da análise dos princípios estruturantes, tendo em vista que este trabalho procurará compreender esses princípios sem, contudo, criar uma fronteira bem definida quanto ao conteúdo entre os mesmos. E esta é uma das características marcantes desses princípios estruturantes: a relação de interdependência que os mesmos estabelecem entre si.

Será tomado, como pressuposto para o entendimento do tema, uma linha de raciocínio que tenta, a partir do surgimento da ideia de dignidade da pessoa humana, da jurisdição constitucional e da relativização da soberania dos Estados<sup>1</sup>, estabelecer os contornos em que nascem os sistemas de proteção dos direitos humanos e, conseqüentemente, das jurisdições internacionais dos direitos humanos, que será o contexto chave para entender o seu funcionamento e os princípios concernentes.

Destarte, considerar-se-ão direitos humanos normas cujo conteúdo ético está ligado, fundamentalmente, à ideia de dignidade da pessoa humana. A nomenclatura, portanto, será utilizada indistintamente entre o que seriam direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, salvo se houver necessidade, o que será prontamente esclarecido.

## THEMIS

Ademais, quando se fala de dignidade da pessoa humana nesse trabalho, tem-se a noção de tratamento do indivíduo a partir do que sua natureza tem de mais essencial, ou seja, como um projeto potencial de mudar o mundo. Cada sujeito sendo construtor de sua própria vida e colaborador, de algum modo, da comunidade do discurso das esferas em que participa.

Quando feita uma abordagem sobre os sistemas de proteção dos direitos humanos, mormente os internacionais, serão discutidas algumas problemáticas que envolvem a teoria dos princípios. A fim de definir quais e o que são princípios estruturantes dos sistemas de proteção dos direitos humanos, serão feitas algumas demarcações epistemológicas e diferenciações necessárias para se entender a situação normativa de um princípio e sua aplicação em casos concretos. Logo após, serão estabelecidos os critérios de investigação utilizados para tal definição, permitindo identificar, nos sistemas de proteção dos direitos humanos, esses princípios que lhe dão estrutura, inclusive na atuação das cortes internacionais.

### **1 OS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Diante dessa nova preocupação para com os direitos humanos, a proteção dessas normas acaba por se expandir por diversos feixes normativos, alcançando vários âmbitos de proteção tanto nos ordenamentos jurídicos nacionais como internacionais.

No plano nacional, a violação dessas normas pode ser combatida, em última instância, através do judiciário. Este, atuando em defesa dos direitos previstos na constituição ou em tratados e convenções internacionais, é o ente estatal capaz de dar a solução definitiva ao caso concreto. No plano internacional, essa proteção toma contornos diferentes, destacando-se a existência de um sistema global e de sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos.

Como explicita Piovesan (2009, p. 241), o sistema global se caracteriza pela representação de uma verdadeira comunidade internacional, em que a faixa de proteção da dignidade da pessoa humana transcende todos os Estados, independentemente de região ou do contexto social, cultural e econômico em que estão inseridos. Tendo por base normativa os instrumentos das Nações Unidas (Declaração Universal de Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, etc.), nesse sistema global, as normas tendem a ser mais genéricas, de

maneira a constituir um mínimo ético irreduzível, ou seja, são normas que visam uma proteção da dignidade da pessoa humana em nível mundial e independente de quaisquer especificidades culturais ou políticas de determinado país ou região.

Já os sistemas regionais, pela contextualização de uma determinada região, com a previsão de textos normativos mais específicos, são caracterizados por um maior consenso político devido à maior homogeneidade de cultura, línguas, tradições, envolvendo um número menor de países. Nesses sistemas, as normas tendem a um grau maior de especificidade, pois refletem uma concordância de valores que são, relativamente, mais comuns entre os Estados-Parte.

Hoje, pode-se identificar, basicamente, três sistemas regionais: o interamericano, o europeu e o africano<sup>2</sup>. Inspirados, respectivamente, pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (conhecida, também, como Pacto de São José da Costa Rica), pela Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 e pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, esses sistemas, ao refletirem com maior autenticidade os valores culturais, históricos e sociais dos seus integrantes, tendem a ser mais efetivos, seja pelo consenso, via de regra, existente ou seja pela apresentação de aparatos judiciais capazes de dar maior efetividade às suas normas.

Contudo, é importante esclarecer que:

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Nessa ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos (PIOVESAN, 2011, p. 42).

Assim, ambos os sistemas tendem a se complementar, de modo que o global deve conter um parâmetro normativo mínimo e o regional deve ir mais além, densificando, aperfeiçoando e criando novos direitos com base nas peculiaridades que envolvem a região abrangida.

A atuação desses sistemas de proteção pode ser entendida a partir da classificação, conforme Bobbio (1992, p. 39-40), das atividades internacionais na área dos direitos humanos: a promoção, o controle e a garantia desses direitos.

As atividades de promoção consistem no conjunto de ações cujo objetivo é estimular e desenvolver o regime de direitos humanos nos Estados. As atividades

## THEMIS

de controle visam à cobrança do cumprimento das obrigações assumidas internacionalmente. E as atividades de garantia se voltam, especificamente, para a criação de uma jurisdição internacional, que tem por finalidade precípua dar solução, no caso concreto, às violações dos direitos humanos não solucionadas internamente, ainda que isso implique a aplicação de mecanismos coercitivos para a vinculação de suas decisões<sup>3</sup>.

Enquanto as atividades de promoção e controle se voltam para o sistema de jurisdição nacional, na tentativa de desenvolver e cobrar compromissos na área dos direitos humanos, a atividade de garantia opera num sistema jurisdicional supraestatal, como um mecanismo autônomo e capaz de forçar a atuação de determinado Estado. Nas palavras de Bobbio (1992, p. 40):

A separação entre as duas primeiras formas de tutela dos direitos do homem [promoção e controle] e a terceira [garantia] é bastante nítida: enquanto a promoção e o controle se dirigem exclusivamente para as garantias existentes ou a instituir no interior do Estado, ou seja, tendem a reforçar ou a aperfeiçoar o sistema jurisdicional nacional, a terceira tem como meta a criação de uma nova e mais alta jurisdição, a substituição da garantia nacional pela internacional, quando aquela for insuficiente ou mesmo inexistente.

É nessa esteira que se pode compreender a estrutura dos sistemas de proteção dos direitos humanos. Enquanto as atividades de promoção e de controle são exercidas por órgãos de natureza política – em regra, denominados "Comitês" - sem caráter jurisdicional, em que suas decisões têm apenas natureza recomendatória, as atividades de garantias são exercidas por órgãos de natureza judicial – em regra, denominados "Cortes" -, os quais se caracterizam pela aplicação de procedimentos judiciais estritos e pela produção de decisões com eficácia vinculante.

Desse modo, quanto à atividade de garantia, entram em cena os tribunais internacionais, os quais são órgãos judiciais encaixados num sistema de proteção internacional de direitos humanos, global ou regional, responsáveis pela garantia do cumprimento das normas de direitos humanos, mas que, pelas suas especificidades, obedecem a princípios e regras de atuação diferenciados dos tribunais nacionais.

É assim que o próximo tópico procurará estabelecer, a partir da análise do contexto histórico que inaugura os sistemas de proteção dos direitos humanos,

dos instrumentos normativos correspondentes e de casos julgados por cortes internacionais, alguns princípios-chave para o entendimento dos contornos em que se enquadra o funcionamento desses sistemas, voltando-se, principalmente, para as atividades de garantia através das jurisdições internacionais de direitos humanos, a fim de atingir os objetivos pretendidos nesse trabalho.

## **2 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Antes que se passe à análise dos princípios estruturantes dos sistemas de proteção dos direitos humanos, são necessárias algumas observações.

É importante verificar, primeiramente, o que se pode entender como um princípio jurídico, partindo da noção de princípio como espécie do gênero norma. Para isso, será necessário identificar o consenso mais ou menos existente hoje sobre o que é uma norma jurídica, o que será feito a partir da distinção entre norma e texto normativo, apontando, inclusive, algumas consequências.

Superadas essas distinções, serão definidos os critérios utilizados para determinar os princípios específicos dos sistemas de proteção dos direitos humanos que estão vinculados, estritamente, à sua atuação e ao seu funcionamento.

Só então será possível identificar, a partir desses princípios, alguns valores buscados pela jurisdição internacional dos direitos humanos que atuarão, direta ou indiretamente, na formação do procedimento dessa jurisdição e que permitirão entender, com mais precisão, suas decisões.

Ressalva-se que não há unanimidade na sistematização desses princípios, sendo a nomenclatura, muitas vezes, utilizada indistintamente, a exemplo da complementaridade e da subsidiariedade, como o faz Piovesan (2003, p. 160-163). De igual modo, não há consenso quanto ao conteúdo, de maneira que alguns tendem a confundir um ou outro aspecto, sem fazer uma distinção criteriosa para tanto.

Também, é importante notar que há quem defenda a existência de outras espécies de normas, como postulados, máximas, metanormas, etc.<sup>4</sup> Seria o caso, por exemplo, da proporcionalidade, a qual se apresentaria como um "a priori" lógico, decorrente da própria estrutura do conceito de princípios, quando da sua aplicação. Entretanto, por não convergir com os fins aqui almejados, essas espécies de normas não serão trabalhadas.

## THEMIS

Por último, esclarece-se que não será objetivo da presente investigação exaurir os critérios de densificação dos princípios estruturantes, mas se preocupar, principalmente, com o estado ideal de coisas a ser buscado por eles, ou seja, o destaque ficará por conta da finalidade da norma e não pelos meios adequados ao seu alcance.

### 2.1 Distinção entre norma e texto normativo

Por muito tempo, tinha-se a impressão que a interpretação de um determinado enunciado normativo feito pelo operador do Direito deveria se restringir ao mero movimento de descrição da norma, no sentido de expressar, tal qual, o sentido literal ou, quando muito, o sentido a que visava o legislador quando da elaboração da norma. Isso, entretanto, vai de encontro à ideia de que a norma não se confunde com o texto normativo, ou seja, não se pode construir um significado de um dispositivo normativo sem levar em conta o fato de que o intérprete é o responsável pelo significado. É o que se observa, nessa linha de entendimento, com Ducrot (1987, p. 13):

Quando um linguista declara que um determinado enunciado da língua que ele estuda possui tal significação (descrita com o auxílio de um enunciado sinônimo desta mesma língua ou de uma outra), ele frequentemente tem a impressão de registrar um dado, de constatar um fato. Na realidade, os únicos dados que a experiência lhe fornece concernem, não ao próprio enunciado, mas às múltiplas ocorrências possíveis deste enunciado, nas diversas situações em que é utilizado: à medida que compreendo uma língua, sou capaz de atribuir significados produzidos *hit et nunc*. Mas, decidir qual é a significação do enunciado, fora de suas ocorrências possíveis, implica ultrapassar o terreno da experiência e da constatação [...]

O fato é que todo e qualquer enunciado, normativo ou não, para ser compreendido, não o pode ser fora de determinado contexto e do sujeito que, porventura, venha a apreciar esse contexto. A linguagem, por si só, não pode ensejar uma compreensão em abstrato de um enunciado sem levar em consideração todas as circunstâncias em que esse enunciado tenha sido construído e, eventualmente, venha a ser utilizado, isto é, as suas múltiplas ocorrências possíveis.

Por outro lado, também não se pretende que toda comunicação seja reflexo de um subjetivismo radicalmente arbitrário, sem limites capazes de criar



núcleos mínimos de sentido para as palavras. Seguindo o exemplo de Ávila (2011, p. 33), é perfeitamente possível, a despeito do conhecimento do contexto específico de enunciação, entender que “*provisória* não será aquela medida que produz efeitos ininterruptos no tempo; *ampla* não será aquela defesa que não dispõe de todos os instrumentos indispensáveis à sua mínima realização”.

Logo, pode-se inferir que a interpretação, como fenômeno necessário para a extração do conteúdo de sentido de todo e qualquer enunciado, ou seja, sua significação, envolve, pelo menos, duas categorias distintas na formação do significado: um componente linguístico, onde se pode extrair um significado preliminar dado pelo uso, mais ou menos consensual, das palavras que formam o enunciado, atribuindo “[...] a cada enunciado, independentemente de qualquer contexto, uma certa significação” (DUCROT, 1987, p.15); e um componente retórico, constituído pelas circunstâncias específicas da enunciação, as quais permitem explicar o sentido real de uma ocorrência particular do enunciado.

Por mais indeterminada que seja a linguagem quanto à significação de enunciados, “a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação” (ÁVILA, 2011, p. 32). Assim, tem-se (1) que o componente linguístico na formação do significado é responsável por dar condições mínimas de entendimento que podem gerar um significado preliminar, consistente numa compreensão anterior ao próprio processo de interpretação (o que acaba por limitar o intérprete no sentido de não criar significados que sejam totalmente desconexos com a realidade da comunidade do discurso em que ocorre a enunciação); e (2) que o componente retórico é responsável pela contextualização específica das circunstâncias que envolvem o intérprete no processo de interpretação, as quais serão capazes de produzir a significação efetiva do enunciado na situação em que venha a se encontrar o intérprete.

Um dos resultados desse processo de interpretação é a produção de significados muitas vezes divergentes do próprio sentido preliminar obtido do enunciado, seja estendendo-o, reduzindo-o ou mesmo o contradizendo.

A título ilustrativo, pode-se citar um exemplo da realidade brasileira. A Constituição Federal, no seu art. 5º, XI, prevê que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Aqui, a significação de casa pode atingir

## THEMIS

conceitos bem diferenciados. No uso comum da palavra, é o edifício destinado à habitação. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, no HC 93050, entendeu que casa “também compreende os espaços privados não abertos ao público, onde alguém exerce atividade profissional”, abrangendo, por exemplo, escritórios de empresas comerciais. Como ressalta Bullos (2010, p. 559-560), entram ainda nesse conceito pousadas, hotéis, motéis, complementos de uma moradia como pátios, jardins, quintais, etc.

Essa noção conceitual jurídica demonstra bem que, no processo de interpretação de textos normativos, o componente retórico envolve, dentre outras circunstâncias, o caso concreto em que a interpretação foi conferida e o sistema jurídico em que o dispositivo estava inserido. No caso citado, vê-se que a interpretação do dispositivo relevou, consideravelmente, a proteção da liberdade individual e de privacidade pessoal para determinar a significação do que seria casa.

A norma, conseqüentemente, vem a ser o resultado construído a partir da interpretação dos textos normativos, sempre levando em consideração, entre outras variantes, todo o sistema formado pelo conjunto de dispositivos do ordenamento. Essa distinção entre norma e texto normativo acaba por acarretar, com isso, algumas conseqüências: podem existir (a) mais de uma norma proveniente de um único dispositivo (como é o caso do art. 5º, XI, da CF/88, que dá azo tanto a uma regra que dispõe sobre a inviolabilidade do domicílio como aos princípios da proteção à intimidade, à vida privada, à reserva de jurisdição), (b) vários dispositivos que dão ensejo a apenas uma norma (o conceito de crime no direito penal brasileiro, o qual nasce a partir da conjugação dos dispositivos que versam sobre os elementos do crime), (c) uma norma proveniente não de dispositivos específicos, mas do sistema considerado globalmente (o consentimento da vítima, quando se tratar de bens jurídicos disponíveis, como causa supralegal de exclusão da ilicitude), e (d) um dispositivo cuja interpretação não resulta em norma alguma (caso do preâmbulo da constituição no que tange a proteção de Deus).

Tendo por base essas considerações, procurar-se-á vislumbrar as normas a partir da interpretação de dispositivos e do sistema criado pelos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, que podem ser caracterizadas como princípios estruturantes do sistema de proteção dos direitos humanos e norteadores de atuação, a fim de entender, de maneira mais contextualizada, o seu funcionamento, principalmente no que diz respeito às jurisdições internacionais dos direitos humanos.

## 2.2 Princípios x regras

Superada a noção de norma, sobrevém a necessidade de se entender, dentre suas espécies, o que vem a ser um princípio. Em que pese a nomenclatura ser usual nos ramos do Direito, a conceituação não é unânime, e o uso dessa nomenclatura acaba, por vezes, sendo utilizada de maneira arbitrária e sem critérios concretos para uma distinção mais precisa sobre as espécies de normas.

Como bem demonstra Ávila (2011, p. 84-87), alguns autores, defendendo uma distinção fraca (todas as normas têm a mesma propriedade, mas em graus diferentes) entre princípios e regras como espécies de norma, dizem que princípios são normas de elevado grau de abstração e generalidade, exigindo elevado grau de subjetividade do aplicador quando da aplicação da norma; enquanto que regras, contrariamente, seriam as normas que apresentariam pouco ou nenhum grau de abstração e generalidade, exigindo pouca ou nenhuma influência da subjetividade do aplicador.

Outros já defendem uma distinção forte (os princípios e regras não têm as mesmas propriedades e gozam de qualidades diferentes). Nessa linha de argumentação, os princípios seriam as normas que apresentariam uma dimensão de peso e que poderiam ser realizadas em diferentes graus, enquanto que as regras estabelecem apenas uma dimensão de validade, ensejando uma hipótese de incidência obrigatória e exigindo uma aplicação por mera subsunção. É o caso de Dworkin (2010, p. 42 e 43):

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que não faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

## THEMIS

E de Alexy (2008, p. 64):

Segundo a definição padrão da teoria dos princípios, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus diferentes. [...] O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação.

Em que pese toda a discussão e críticas que envolvem a conceituação do que seriam princípios, sejam algumas teorias mais clássicas e outras mais modernas, bem esclarecedor é o conceito desenvolvido por Ávila (2011, p. 78):

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.

É desse modo que os princípios se caracterizam pelo dever imediato de promoção de um estado ideal de coisas, que será um fim que se convencionou como algo que deve ser buscado à medida que o princípio exige a adoção de condutas necessárias à promoção gradual desse estado ideal de coisas, mas que, mediante as devidas justificações e a concorrência com outros princípios, poderá não ser, eventualmente, aplicado.

No que tange às justificações no âmbito de aplicação das normas, princípios e regras seguem, também, caminhos bem diversos. Enquanto os princípios encerram uma razão complementar a outras razões para decidir (como a coordenação com outros princípios), as regras são a própria *ratio decidendi*, ou seja, a razão de decidir, oferecendo uma justificativa por si só capaz de fundamentar uma decisão.

Essa distinção se faz importante na medida em que cria critérios dissociativos para essas espécies de normas, tornando, de certo modo, mais fácil identificar, através de um processo de interpretação consistente, quais valores um determinado sistema jurídico pretende estabelecer como um estado ideal de coisas a ser promovido.

Nesse espeque, quando os valores representam os contornos que delineiam um determinado sistema, tem-se uma indicação do formato da estrutura desse sistema, de maneira que, considerando-se esses valores em uma relação de interdependência, o sistema adquire uma identidade e características próprias. A título ilustrativo, pode-se dizer que são princípios como o democrático (representação da maioria, respeito às minorias, garantia dos direitos e liberdades públicas) e o da segurança jurídica (legalidade, devido processo legal, irretroatividade) que dão estrutura ao Estado Democrático de Direito.

Quando se tem em tela, por exemplo, a jurisdição internacional dos direitos humanos, a identificação desses valores torna mais fácil entender qual o papel que as cortes internacionais exercem no sistema de proteção internacional dos direitos humanos, de modo que seja possível precisar a relação contingente com as jurisdições nacionais. Por via de consequência, uma investigação desse tipo dá ferramentas discursivas capazes de definir soluções para as tensões que, porventura, venham a ocorrer entre jurisdições nacionais e internacionais, as quais, muitas vezes, fornecem soluções opostas para o mesmo problema<sup>5</sup>.

### 2.3 Critérios de investigação

A investigação seguinte terá como objetivo a identificação do que aqui será chamado de princípios estruturantes. Estes surgem em face da necessidade de se constituir o núcleo essencial que define uma estrutura ideal de organização dos sistemas de proteção dos direitos humanos e, conseqüentemente, de uma jurisdição internacional que lhe dê garantia. O alcance desse objetivo, por conseguinte, permite conferir uma maior fundamentação teórica que proporcione uma implementação mais efetiva de seus postulados.

Essa categoria de princípio, como demonstra Canotilho (2003, p. 1184), apresenta dupla dimensionalidade:

[...] (1) uma *dimensão constitutiva*, dado que os princípios, eles mesmos, na sua <<fundamentalidade principal>>, exprimem, indiciam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional; (2) uma *dimensão declarativa*, pois estes princípios assuem, muitas vezes, a natureza de <<superconceitos>>, de <<vocábulos designantes>>, utilizados para exprimir a soma de outros <<subprincípios>> e de concretizações normativas constitucionalmente plasmadas.

## THEMIS

Estendendo a noção de Canotilho, que se restringe a ordem constitucional para uma ordem constitucional internacional, são esses princípios que estabelecem os contornos e as características básicas, tarefas e perspectivas dos sistemas de proteção dos direitos humanos (internacionais e nacionais), garantindo-lhes uma determinada identidade e estrutura.

Nesse espeque, esses princípios são aplicados em todos os níveis de proteção dos direitos humanos (global, regional e local), numa tentativa de conferir a melhor proteção possível aos direitos humanos, ao menos sistemicamente, isto é, uma proteção que permite encarar os direitos humanos como um projeto que transcende as particularidades locais, alcançando, também, uma proteção mundial, como forma de manter uma coerência entre o que pode ser universalizado e o que pode ser relativizado, incluindo-se os graus em que isso ocorre.

Ademais, é necessário notar que, no que tange às cortes internacionais, também há verdadeiros procedimentos judiciais, cujo grande princípio-chave é o devido processo legal. Assim, sempre estão previstos, como corolário da existência de um procedimento judicial, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação das decisões, da imparcialidade. Essa existência, por conseguinte, decorre da mera condição de jurisdição. Entretanto, reitera-se que os princípios a serem a seguir perquiridos são os específicos de uma estrutura que se volte para a proteção dos direitos humanos, numa perspectiva sistêmica de proteção.

Essa especificidade a ser trabalhada, portanto, é pautada na resultante do contexto histórico, entendido a partir dos pressupostos filosóficos, jurídicos e políticos em que se inserem os sistemas de proteção dos direitos humanos: a promoção da dignidade da pessoa humana em nível internacional, a preservação do Estado Democrático de Direito como modelo a ser seguido, o nascimento da jurisdição constitucional elevando o judiciário ao papel de último intérprete das normas constitucionais e a relativização da soberania dos Estados com o surgimento do direito internacional dos direitos humanos. Sendo esses pressupostos os principais fatores que convergiram para a produção de sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, os princípios daí decorrentes permitirão delinear a estrutura normativa desses sistemas, fazendo-se incluir, também, os nacionais e as respectivas jurisdições.

Os princípios aqui trabalhados, com isso, procuram estabelecer uma linha de atuação das jurisdições que tratam de direitos humanos de maneira coerente com a tensão existente entre as esferas internacionais e nacionais de proteção aos direitos humanos, respeitando, na medida do possível, a capacidade do Estado de cumprir suas obrigações para com esses direitos. A ingerência da jurisdição internacional, nessa linha de raciocínio, deve ser entendida, em regra, como medida excepcional, mas, dependendo de determinadas circunstâncias, como medida necessária.

Nesse diapasão, o estudo desses princípios terá como suporte dispositivos normativos específicos consagrados em tratados e convenções internacionais, o próprio sistema de proteção internacional dos direitos humanos e os estudos realizados por alguns teóricos da área. Daí a importância, para entendimento do tema, da dissociação entre norma e texto normativo e de princípios e regras, já que, enquanto alguns princípios advêm de dispositivos específicos, outros não possuem dispositivo algum, sendo abstraídos do sistema como um todo. Do mesmo modo, enquanto alguns princípios encerram, de maneira mais visível, regras para a consecução do seu fim, outros deixam um caminho ainda a ser trilhado para a sua realização.

Por isso, a metodologia aqui consistirá numa análise que procurará entender qual o dever imediato extraído pelo conteúdo do princípio, ou seja, o estado ideal de coisas que ele tenta estabelecer, esclarecendo algumas condutas-meio que realizam esse princípio. A fundamentação, ainda, voltar-se-á para os estatutos de cortes internacionais, decisões e doutrinas que, embora digam diretamente respeito a um sistema de proteção ou a um caso específicos, podem ser estendidos, perfeitamente, a qualquer atuação de uma jurisdição de direitos humanos.

Assim, os princípios que serão abordados dizem respeito, estritamente, ao modo como se desenvolve um sistema de proteção de direitos humanos, englobando desde a criação até a aplicação das normas de direitos humanos. Por conseguinte, o trabalho restringir-se-á a analisar estes princípios estruturantes: complementaridade, cooperação e subsidiariedade.

Com isso, a proposta maior será estabelecer o conteúdo e as implicações desses princípios, na tentativa de melhor sistematizar a estrutura de atuação dos sistemas de proteção, principalmente por meio das atividades de garantia (representadas pelas jurisdições), sem se ater, com muitas preocupações, ao nome que será dado ou mesmo se o conteúdo, de algum modo, reflete ou se

## THEMIS

assemelha com o de outro princípio, até porque todos têm, como principal fonte, a proteção da dignidade da pessoa humana, ressaltando que esse é o valor chave que encadeia, de algum modo, todos os princípios estruturantes, os quais, por isso, vão guardar alguma relação de sentido e imbricação.

### 2.4 Espécies

#### 2.4.1 Complementaridade

Quando se percebe a relativização da soberania dos Estados em face, dentre outras circunstâncias, do surgimento do direito internacional dos direitos humanos, um dos grandes reflexos dessa relativização foi a ideia de que os direitos humanos seriam normas que ultrapassariam o âmbito de proteção meramente estatal, estendendo-se para uma esfera muito maior: a comunidade internacional. Nessa visão, dispõe Piovesan (*on line*, 2000a):

Fortalece-se, assim, a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado. Não deve se restringir, confinar-se às muralhas, à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse da comunidade internacional.

A soberania dos Estados, com isso, passa a ser entendida apenas quando o próprio Estado atua em consonância com a comunidade internacional, ou seja, só há soberania se, e somente se, há participação do Estado como membro dessa comunidade internacional, no sentido de respeitar valores que lhe são muito maiores em detrimento da condução arbitrária e tirana do seu governo.

Uma consequência imediata dessa lógica é a estruturação dos sistemas de proteção dos direitos humanos em torno de um objetivo comum: a criação de um sistema de normas que visa à proteção através da promoção, do controle e da garantia da dignidade da pessoa humana, tanto no âmbito interno como externo dos Estados.

Obviamente, esse grande sistema de normas acaba encontrando densificações diferentes a depender do nível em que as normas são criadas, qual seja internacional global, internacional regional ou nacional. Como as normas visam, em última instância, à proteção dos direitos humanos, nasce, nesse contexto, uma ideia de que a proteção que é deferida a essas normas não



pode ser considerada um máximo, mas um mínimo. Assim, procura-se garantir um mínimo ético irredutível de proteção dos direitos humanos, configurando, a partir dessa concepção, o conteúdo do princípio da complementaridade, o qual remete a um estado ideal onde a proteção dos direitos humanos, nos mais variados níveis, tende a se complementar e não a se excluir.

Dentro dessa mesma tendência de complementação, há de se observar uma linha de construção desse mínimo ético irredutível, de modo que, tanto maior o nível em que se pretende criar ou aplicar a norma, mais global deve ser o consenso entre os Estados e menos específicas as circunstâncias em que os mesmos se enquadram (cultura, história, interesses, tradições, etc.); de maneira inversa, tanto menor o nível em que se pretende criar ou aplicar a norma, menos global e mais regional deve ser o consenso e mais específicas as circunstâncias em que os mesmos se enquadram.

Assim, o princípio da complementaridade procura estabelecer uma proposta de sistematização dos direitos humanos que respeite, ao mesmo tempo, o interesse da comunidade internacional e o interesse do Estado, enquanto ente soberano e representante de um povo com costumes e interesses semelhantes, história e tradições comuns.

A consequência é a existência de diversos sistemas e subsistemas que coexistem entre si, produzindo alcances diferenciados quanto à proteção que ensejam. Desse modo, tem-se um sistema global de alcance geral (por exemplo, os pactos da ONU de 1966), cuja proteção é endereçada a toda e qualquer pessoa, em sua abstração e generalidade; um sistema global de alcance específico (por exemplo, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965, a Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989), cuja proteção é endereçada a grupos de pessoas específicas, como minorias étnicas, vulneráveis, crianças, mulheres; e vários sistemas regionais, caracterizados pela internacionalização dos direitos humanos no plano regional (América, Europa, África, Ásia) e pela criação de mecanismos de proteção mais adequados à realidade dos seus membros (por exemplo, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981 previu, de maneira inédita, o reconhecimento de direitos econômicos e sociais, dando especial atenção às tradições históricas e aos valores da civilização africana<sup>6</sup>). Corroborando os exemplos, aduz Piovesan (online, 2000b, p. 96-97):

## THEMIS

Forma-se o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas. Este sistema normativo, por sua vez, é integrado por instrumentos de alcance geral (como os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966) e por instrumentos de alcance específico, como as Convenções internacionais que buscam responder a determinadas violações de direitos humanos, como a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, dentre outras formas de violação. [...]

Ao lado do sistema normativo global, surge o sistema normativo regional de proteção, que busca internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, América e África. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global (integrado pelos instrumentos das Nações Unidas) com instrumentos do sistema regional, por sua vez, integrado pelo sistema americano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Destarte, a noção de complementaridade procura estabelecer uma maior efetividade na proteção dos direitos humanos na medida em que se compreende que a concretização desses direitos deve levar em consideração não só a universalidade da dignidade da pessoa humana, considerada na abstração teórica do conceito, mas também as especificidades locais e regionais que são peculiares a determinadas regiões do globo. Por conseguinte, o princípio da complementaridade deve ser concretizado na perspectiva de produção de um mínimo ético irredutível no plano global e de uma densificação contingente desse mínimo ético no plano regional e local, não se olvidando o caráter complementar e não excludente dessa densificação.

Isso garante que os direitos humanos sejam, em determinado grau, uma pretensão universal e, em outro, uma particularidade local. Contudo, sempre haverá o mínimo ético irredutível, o qual, algumas vezes, pode ser representado por um *jus cogens*<sup>7</sup> dos direitos humanos.

Exemplificando, a fim de tornar mais clara a atuação desse princípio, pode-se citar o direito à liberdade. Numa pretensão universal, pode ser entendido como o conjunto de liberdades básicas conferidas ao indivíduo a fim de que o mesmo, com razão, realize suas vontades. Contudo, em contextos diferentes, é perfeitamente possível que esse direito ganhe densificações diferentes. Assim, no Brasil, a maioridade, que permite a prática de todos os atos da vida civil, é adquirida, em regra, com 18 anos de idade (v.g., art. 5º do Código Civil brasileiro).

Por outro lado, essa condição de exercício de uma das formas de liberdade pode ser tratada de maneira diferente a depender das especificidades de outros países, como o Irã, que estabelece a maioridade aos 15 anos<sup>8</sup>.

Como corolário dessa noção de complementaridade, vê-se que é necessário encarar uma visão mais complexa dos direitos humanos, de maneira que os mesmos possam ser vislumbrados em diversos alcances e graus, respeitando cultura, tradição, história, religião, e, ao mesmo tempo, garantindo ao indivíduo um patamar essencial de proteção, independentemente dessas especificidades.

#### 2.4.2 Cooperação

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a composição dos sistemas de proteção dos direitos humanos, além de complementares entre si, encerra uma outra perspectiva dos sistemas de proteção dos direitos humanos: a cooperação.

Quando se tem a relativização da soberania dos Estados pelo direito internacional dos direitos humanos, a instauração desse limite invoca uma pretensão de atuação do Estado consentânea com a comunidade internacional, de modo que ambos tendam a atingir uma finalidade comum: a proteção da dignidade da pessoa humana. Isso resvala, conforme aponta Piovesan (*on line*, 2000a), no entendimento de que “soberania hoje consiste, sim, numa cooperação internacional em prol de finalidades comuns”.

Essa finalidade comum enseja um objetivo uno: resguardar os direitos humanos. Como consequência, isso faz desaparecer, num primeiro momento, a controvérsia a respeito das relações entre o direito interno e o direito internacional, pelo menos no que tange, especificamente, aos direitos humanos. As concepções monistas, seja pela supremacia de um direito ou de outro, perdem o sentido quando o sistema de proteção dos direitos humanos imbrica uma atuação convergente entre ambas as ordens jurídicas. Quanto a um possível dualismo de ordens, a discussão, também, perde seu objeto, tendo em vista que não se trata de ordens distintas, mas de alcance específico; sempre complementar, portanto.

Logo, pode-se ver que o importante não é discutir uma primazia entre jurisdições, mas transpor o plano de atuação dos sistemas de proteção para outro plano, como uma extensão de jurisdições, compreendida essa extensão a partir da cooperação. Para entender melhor, citam-se algumas disposições do Estatuto de Roma (BRASIL, *on line*, 2002), cuja interpretação configura bem alguns contornos da cooperação:

### Artigo 57

#### Funções e Poderes do Juízo de Instrução

[....]

3. Independentemente das outras funções conferidas pelo presente Estatuto, o Juízo de Instrução poderá:

[....]

d) Autorizar o Procurador a adotar medidas específicas no âmbito de um inquérito, no território de um Estado Parte sem ter obtido a cooperação deste nos termos do disposto na Parte IX, caso o Juízo de Instrução determine que, tendo em consideração, na medida do possível, a posição do referido Estado, este último não está manifestamente em condições de satisfazer um pedido de cooperação face à incapacidade de todas as autoridades ou órgãos do seu sistema judiciário com competência para dar seguimento a um pedido de cooperação formulado nos termos do disposto na Parte IX.

Pelo dispositivo acima, os moldes da cooperação devem ser buscados a partir do direito interno do Estado. Este deve estipular quais as medidas a serem tomadas para satisfazer um pedido do Tribunal Internacional, na resolução de suas investigações. Contudo, em demonstrando uma incapacidade do Estado em realizar a medida, é perfeitamente possível que o juízo de instrução do tribunal autorize que o procurador o faça no próprio território do país, respeitando, obviamente, as garantias e os direitos locais.

Assim, o estado ideal de coisas buscado por esse princípio é a atuação conjunta entre os diversos sistemas de proteção e, conseqüentemente, das respectivas jurisdições, a fim de garantir, na medida do possível, a defesa dos direitos humanos. Obviamente, por questões estruturais de Estado, deve-se buscar o preenchimento gradual, de modo que as estruturas comportem a integração, na relação direito interno e externo, dos atos e decisões das cortes internacionais.

Uma forma de compreender essa integração, a título ilustrativo, preenchendo esse princípio, é a desnecessidade de homologação das sentenças proferidas pelas cortes internacionais ou mesmo de *exequatur* para o cumprimento de atos e diligências processuais, para que os mesmos venham a surtir efeito no território nacional. Isso é perfeitamente possível quando se observa que não há, propriamente, decisão estrangeira ou carta rogatória para realização de diligências, mas de medidas tomadas por uma jurisdição que se apresenta como

uma extensão da jurisdição interna. Não há conflito de soberania entre Estados (o que ocorre em relação a decisões e atos estrangeiros), mas a atuação de uma justiça supraestatal cuja legitimidade reside no compromisso internacional de proteção dos direitos humanos.

O Pacto de São Jose da Costa Rica (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *on line*, 1969), nessa linha, considera as decisões proferidas no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos como títulos executivos, capazes de ensejar, de plano, uma execução no âmbito interno dos Estados participantes desse sistema:

Artigo 68

1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.
2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

É assim que os sistemas de proteção têm atuado até agora, criando no direito interno uma verdadeira cultura de cumprimento de decisões proferidas pelas cortes internacionais.

Desse modo, o princípio da cooperação apresenta-se como uma tentativa de maximizar a efetividade, aqui entendida como a soma da eficácia (alcançar resultados) e da eficiência (conseguir o melhor rendimento com o mínimo de erros ou dispêndios), de todos os procedimentos que estejam inseridos nos sistemas de proteção dos direitos humanos, mormente nas atividades de garantia, em que as cortes internacionais desempenham papel fundamental.

Na perspectiva de eficácia, a concretização desse princípio, associada à complementaridade, implica, por conseguinte, uma gradual efetivação dos direitos humanos, tanto em âmbito local como internacional, alcançando soluções que, muitas vezes, um Estado não é capaz de alcançar, seja pela qualidade da infração aos direitos humanos que se apresenta (por exemplo, um ato infracional que é territorialmente complexo, abrangendo mais de um Estado), seja pela incapacidade de repressão pelos mecanismos internos (o aparato estatal é insuficiente para o alcance da reprimenda e para a consecução da proteção). No plano da eficiência, visa tornar a atividade de garantia, quando exercida, mais célere e menos custosa, principalmente quando há injustificada demora na prestação jurisdicional interna.

## THEMIS

Com isso, passa-se, a partir dessas perspectivas, ao estudo do princípio da subsidiariedade, cujo objeto de análise será a delimitação do âmbito dos sistemas de proteção, ganhando especial destaque na atuação das jurisdições (internacionais e nacionais) no que tange à garantia dos direitos humanos.

### 2.4.3 *Subsidiariedade*

O princípio da subsidiariedade é outro pilar da estrutura dos sistemas de proteção dos direitos humanos. Também dentro do contexto da tensão entre sistemas, esse princípio remete à ideia de que os sistemas internacionais devem atuar tão somente quando os nacionais se mostrarem insuficientes em garantir os direitos humanos em determinado caso concreto.

Ao lado do princípio da complementaridade e da cooperação, afastando-se da ideia de monopólio e se aproximando da ideia de participação, o princípio da subsidiariedade visa um equilíbrio entre as instâncias internacionais e nacionais. Assim, busca guardar, na medida do possível, a capacidade de os Estados resolverem, internamente, os problemas que lhe dizem respeito, desde que mantenha uma coerência com a comunidade internacional (regional e global) no que tange à proteção dos direitos humanos.

Como bem sintetiza Andrade (*on line*, 2006):

Em sequência, o princípio da subsidiariedade, que ilustra o controle internacional dos direitos do homem, guarda em sua lógica igual deferência à soberania do Estado, porquanto não se pode substituir ao Poder do Estado em resolver seus conflitos internos. A jurisdição internacional só está licenciada a seu mister se a doméstica não se mostrar apta a solucionar a contento provável violação aos direitos essenciais do homem.

Nessa linha, vê-se que não há necessidade de mover a máquina internacional para garantir o que já foi garantido no plano interno. Se há uma proteção efetiva da dignidade da pessoa humana dentro de um Estado, esvazia-se a razão para atuação internacional. Na mesma linha, estipula Canotilho (2003, p. 362-363), quando fala desse princípio na União Européia, formulando-o da seguinte maneira: “[...] as comunidades ou esquemas organizatórios-políticos superiores só deverão assumir as funções que as comunidades mais pequenas não podem cumprir da mesma forma ou de forma mais eficiente”.

Da mesma maneira, pode-se observar que, nos sistemas internacionais, a regra é que, antes da atuação da corte, age a comissão, a qual busca uma solução amistosa entre as partes, como forma de, na medida do possível, fazer com que o Estado, através de seus próprios mecanismos, efetue a proteção devida dos direitos humanos.

No que diz respeito, especificamente, à atuação das cortes internacionais de direitos humanos, é necessário, contudo, fazer uma distinção a fim de identificar o grau de subsidiariedade incidente na relação entre a jurisdição nacional e internacional.

De um lado, a jurisdição internacional se apresenta com o caráter de exclusividade. São os casos em que, pela própria natureza do conflito em demanda, exige-se a máquina internacional como a única capaz de promover uma reprimenda adequada. Vislumbra-se essa competência, por exemplo, em crimes territorialmente complexos, ou seja, crimes que acometem territórios de Estados diferentes, sendo inviável a competência nacional para reprimir a infração. Nesse ponto, operacionaliza-se a ideia de eficácia nos moldes pretendidos pelo princípio da cooperação na proteção dos direitos humanos.

Por outro lado, a jurisdição internacional se apresenta com um caráter recursal, de modo que só poderá ser utilizada quando esgotados os meios internos de garantia, ressaltando-se os casos em que se constata uma falha na prestação dada (divergência da atuação do Estado com a proteção exigida pela comunidade internacional) ou uma demora injustificada na própria prestação. Prossegue Andrade (*on line*, 2006) quando fala desse princípio na Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A subsidiariedade da jurisdição torna-se evidente na mais importante condição de admissibilidade da queixa individual perante a Comissão Interamericana. O indivíduo precisa esgotar todos os recursos disponíveis de sua jurisdição interna antes de socorrer ao intermédio da Comissão Interamericana, como dispõe o art. 46 do Pacto de São José da Costa Rica.

De se ponderar, no entanto, que se os recursos internos não existirem; se não forem disponibilizados à presumida vítima ou de outra forma lhe for impedido o acesso e, por fim, se houver demora injustificada no julgamento da causa, torna-se lícito o recurso direto à Comissão, diante da comprovada falta de idoneidade dos tribunais nacionais em conferir proteção esperada.

## THEMIS

Desse modo, o princípio da subsidiariedade enseja uma característica própria da jurisdição internacional dos direitos humanos: em um ponto de vista (exclusividade), é tida como uma jurisdição necessária e complementar à jurisdição interna; e de outro (funcionando como instância recursal), apresenta-se como mais um grau de proteção além das decisões internas de um Estado, atuando aqui como uma jurisdição contingente e suplementar. Neste caso, ressalta-se que não se trata, propriamente, de mais um grau de revisão das decisões internas (as quais, por si mesmas, têm sua definitividade auferida no âmbito interno), mas de análise de fatos que violem direitos humanos que, porventura, podem ensejar revisão de uma decisão interna, com base em um controle de convencionalidade, isto é, de conformação da atuação interna com convenções internacionais.

A propósito, apresentando a jurisdição internacional dos direitos humanos como via recursal, visualiza-se o que diz a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*on line*, 1969) no seu preâmbulo:

**Reconhecendo** que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar<sup>1</sup> da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

A respeito dessa garantia adicional de proteção aos direitos humanos no plano internacional, dispõe Piovesan (*on line*, 2000b, p.98):

A sistemática internacional, como garantia adicional de proteção, institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissos na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais. Ao acolher o aparato internacional de proteção, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa a aceitar o monitoramento internacional no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território. O Estado passa, assim, a consentir no controle e na fiscalização da comunidade internacional quando, em casos de violação a direitos fundamentais, a resposta das instituições nacionais se mostra insuficiente e falha, ou, por vezes, inexistente. Enfatize-se, contudo, que a ação internacional é sempre uma ação suplementar, constituindo uma garantia adicional de proteção dos direitos humanos.



Já no esteio da exclusividade, vê-se o exemplo do Tribunal Penal Internacional, o qual possui jurisdição exclusiva para apreciação de crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão. Nesses casos, a jurisdição internacional dos direitos humanos se apresenta não como uma via recursal, opcional ao direito interno, mas como a única via capaz de reprimir à altura a violação praticada, tendo em vista a natureza do fato a ser apreciado, que envolve, muitas vezes, interesses de vários Estados:

Capítulo I

Criação do Tribunal

Artigo 1o

O Tribunal

É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal rege-se-ão pelo presente Estatuto.

No Brasil, o art. 5º, § 4º, da Constituição Federal prevê tal hipótese de submissão à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Com isso, destaca-se um dos grandes impactos nas teorias dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Não só há uma reformulação do conceito de soberania dos Estados, o qual se relativiza em face do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como uma reformulação na estruturação dos ordenamentos jurídicos, em que, ao lado da constituição, os pactos internacionais sobre direitos humanos passam a ocupar, também, o ápice do ordenamento. Por conseguinte, também se reestruturam as formas de controle das normas, sendo aqui onde entra em cena, ao lado do controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade<sup>9</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tomando como pressupostos a noção de dignidade da pessoa humana, do surgimento da jurisdição constitucional e da relativização da soberania dos Estados pelo direito internacional dos direitos humanos, foram identificadas as

## THEMIS

perspectivas em que se estruturam os sistemas de proteção dos direitos humanos e, conseqüentemente, das jurisdições internacionais.

Dentro dessas perspectivas, foram estabelecidos os princípios decorrentes desse contexto, que buscam estruturar esses sistemas e o funcionamento das cortes internacionais. Entretanto, antes de iniciar a análise propriamente dita dos princípios, foram destacadas algumas considerações para se entender como se apresentam essas normas na qualidade de princípios. Assim, chegou-se à conclusão de que princípios são normas que se caracterizam pelo dever de promoção de um estado ideal de coisas, ensejando justificações em sua aplicação, conjunta e coordenadamente, com outros princípios.

Dentro dos critérios de investigação propostos, chegou-se a identificação de três princípios estruturantes: complementaridade, cooperação e subsidiariedade, os quais, dentro da categoria de princípios, seriam estruturantes porque estabelecem as características básicas, tarefas e perspectivas de um determinado sistema, *in casu*, o de proteção dos direitos humanos e das suas respectivas jurisdições.

A partir da análise individual desses princípios, foi possível vislumbrar uma proposta de integração dos sistemas de proteção dos direitos humanos que reflete todo o contexto de proteção sistêmica a essas normas, na tentativa de se construir um modelo de proteção suficientemente complexo para garantir um mínimo ético global e, ao mesmo tempo, preservar as tradições, histórias, autonomias e culturas locais, possibilitando, com isso, uma maior efetividade na proteção desses direitos em todo o globo.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Ed. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ANDRADE, Enéas Setúbal. Notas introdutórias à Corte Interamericana dos Direitos do Homem. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1007, 4 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8203>>. Acesso em: 6 out. 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade: o guardião da constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 164, p. 87-103, out./dez., 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2011.

\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 93050. Medida cautelar. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 06 set. 2000. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 01 ago. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347505>>. Acesso em: 20 set. 2010.

\_\_\_\_. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 25 set. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 13 out. 2011.

BULLOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, Joaquim José. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. São José da Costa Rica: 22 nov. 1969. Disponível em: <[http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm)>. Acesso em: 13 out. 2011.

DUCROT, Oswald. **O dizer e o dito**. Campinas: Pontes, 1987.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

## THEMIS

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de direito do estado**. Ano 4, nº 14, abr./jun. 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MOITA, Edvaldo de Aguiar Portela e VASCONCELOS, Renato Barbosa de. Sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos: pressupostos teóricos. *In*: ANNONI, Danielle et. al. (org.). **III Semana de Direitos Humanos da UFSC: A influência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789)**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 395-414. Disponível em: <[http://www.multideiaeditora.com.br/flip/anais\\_3\\_sem\\_dir\\_hum\\_html/anais\\_terceira\\_semana\\_dir\\_humanos.html](http://www.multideiaeditora.com.br/flip/anais_3_sem_dir_hum_html/anais_terceira_semana_dir_humanos.html)>. Acesso em: 07 set. 2014.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_. Princípio da complementariedade e soberania. **Revista CEJ**, v. 4, n. 11, mai./ago. 2000(a). Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/349/551>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

\_\_\_\_. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, Ano 8, v. 15, p. 93-110, jan./jun. 2000(b). Disponível em: <[http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15\\_07.pdf](http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15_07.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2011.

\_\_\_\_. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

## NOTAS DE FIM

<sup>1</sup> Cumpre observar, de acordo com o emprego das terminologias utilizadas nesse trabalho, que a convenção, quando diz que a proteção internacional é “complementar”, melhor seria entender como “suplementar”, já que remete ao uso da proteção internacional como via recursal e contingente.

<sup>1</sup> Para um melhor detalhamento desses pressupostos, cf. MOITA e VASCONCELOS (2013, p. 395-414).

<sup>2</sup> Vale ressaltar as tentativas de criação de um sistema regional árabe, com a Liga dos Estados Árabes de 1945 e com a adoção, por essa liga, de uma Carta Árabe de Direitos Humanos em 1994; e de um sistema regional asiático, com a declaração, por várias ONGs, de uma Carta Asiática de Direitos Humanos em 1997. Entretanto, por serem ainda muito incipientes e não constituírem foco desse trabalho, não serão aqui, especificamente, tratados.

<sup>3</sup> Nota-se que até o advento do Tribunal Penal Internacional com o Estatuto de Roma de 1998, a atividade de garantia era exercida através de tribunais de exceção. São exemplos o de Nuremberg para julgar os alemães em face da 2ª Guerra Mundial, os tribunais ad hoc para julgamento das violações aos direitos humanos na antiga Iugoslávia desde 1991 e às violações cometidas durante a guerra civil em Ruanda em 1994.

<sup>4</sup> Essa categoria pode ser encontrada, por exemplo, em Ávila (2011, p. 133 e ss.)

<sup>5</sup> Um exemplo de decisões opostas pode ser visto entre o Supremo Tribunal Federal (ADPF 153) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Gomes Lund e outros - “Guerrilha do Araguaia” - vs. Brasil).

<sup>6</sup> Esse ineditismo advém das circunstâncias históricas que envolvem o processo de criação do sistema africano de proteção dos direitos humanos. A realidade dessa região do globo é caracterizada por um processo de libertação, relativamente, recente na história, numa “luta por independência e dignidade dos povos africanos, o combate ao colonialismo e neocolonialismo, a erradicação do apartheid, do sionismo e de todas as formas de discriminação.” (PIOVESAN, 2011, p. 163)

<sup>7</sup> Classe especial de normas que, produzidas pelos costumes internacionais, ganham força especial, possuindo um status superior às demais normas internacionais. Assim, gozam de uma aceitabilidade histórica que condiciona os demais ordenamentos.

<sup>8</sup> Para outros exemplos, cf. <[http://en.wikipedia.org/wiki/Age\\_of\\_majority#Countries\\_and\\_subdivisions](http://en.wikipedia.org/wiki/Age_of_majority#Countries_and_subdivisions)>. Acesso em: 15 nov. 11.

<sup>9</sup> Cf. a tese do controle de convencionalidade em Mazzuoli (2009).