

FABRÍCIO FOSCOLO AMARAL

COMPLEMENTARIDADE E
SUBSIDIARIEDADE DA JURISDIÇÃO
INTERNACIONAL FRENTE AO PRINCÍPIO DA
SOBERANIA ESTATAL

COGEAE/PUC-SP - 2011

FABRÍCIO FOSCOLO AMARAL

COMPLEMENTARIDADE E
SUBSIDIARIEDADE DA JURISDIÇÃO
INTERNACIONAL FRENTE AO PRINCÍPIO DA
SOBERANIA ESTATAL

Apresentação de Tese de Conclusão de
Curso de Pós Graduação *lato sensu* na
disciplina de Direito Internacional sob a
orientação da Professora Consuelo Yatsuda
Yoshida

COGEAE/PUC-SP - 2011

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| I – INTRODUÇÃO | 01 |
| II – O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE DA JURISDIÇÃO DA CORTE PENAL INTERNACIONAL | 05 |
| II-A) A COMPLEMENTARIDADE PERANTE O PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS ESTADOS | 08 |
| II-B) DAS BALIZAS NORMATIVAS PREVISTAS PELO ESTATUTO DE ROMA COM VISTAS A SALVAGUARDAR O PRIMADO DA SOBERANIA DOS ESTADOS E A DISCRICIONARIEDADE CONFERIDA AO JULGADOR INTÉRPRETE PARA DELIMITAR AS HIPÓTESES ENSEJADORAS DE SUA ATUAÇÃO | 11 |
| II-C) A PRERROGATIVA DE CONTESTAÇÃO PRELIMINAR DA ADMISSIBILIDADE DE PROCESSAMENTO DA DEMANDA JUNTO À CORTE PELO RÉU | 15 |
| II-D) DA RELATIVIZAÇÃO E TRANSIGÊNCIA DOS ESTADOS SUBSCRITORES DO ESTATUTO QUANTO ÀS SUAS SOBERANIAS | 16 |
| II-E) DOS DEVERES IMPOSTOS AOS ESTADOS EM FUNÇÃO DA AVENÇA INTERNACIONAL E DOS DEMAIS PRINCÍPIOS DECORRENTES DA COMPLEMENTARIDADE | 17 |
| III) O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE DA ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS FRENTE AO PRINCÍPIO DA SOBERANIA | 22 |

| | |
|--|----|
| III-A) DA AMPLITUDE DA PROTEÇÃO CONFERIDA PELA CORTE AOS DIREITOS HUMANOS: RESTITUIÇÃO DA VÍTIMA AO ESTADO ANTERIOR À VIOLAÇÃO E COMPENSAÇÃO JUSTA PELO DANO SOFRIDO | 25 |
| III-B) DO PRINCÍPIO DA GARANTIA COLETIVA NA TUTELA DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO E DOS ENTES LEGITIMADOS PERANTE A CORTE | 27 |
| IV) DO PARALELO ENTRE COMPLEMENTARIDADE E SUBSIDIARIDADE DE JURISDIÇÕES DAS CORTES INTERNACIONAIS | 30 |
| IV-A) ELEMENTOS DE EQUIPARAÇÃO | 30 |
| IV-B) ELEMENTOS DE DISTINÇÃO | 32 |
| V) CONCLUSÃO | 36 |
| VI) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 40 |

I – INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo primordial o estabelecimento de um paralelo entre a atuação jurisdicional de duas das Cortes Internacionais de maior relevância para a instrumentalização da tendência contemporânea de internacionalização dos direitos humanos, quais sejam: A Corte Interamericana de Direitos Humanos, estatuída pela Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969 e a Corte Penal Internacional de Haia, cuja instituição ocorreu por via do Estatuto de Roma, adotado em 17 de julho de 1998 e em plena vigência desde 1º de julho de 2002, confrontando a atuação de ambas com uma das premissas basilares em matéria de direito internacional público: o princípio da soberania dos Estados, assim definido pelo Professor Carlos Roberto Husek¹:

“Em sua concepção clássica, a soberania tem os atributos da unidade, indivisibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.”

Diversas são as distinções havidas entre as jurisdições das duas cortes supramencionadas. A título meramente exemplificativo, impende-se mencionar o fato de ser a Corte de Haia dotada de competência penal, hábil a impor reprimendas privativas de liberdade aos indivíduos nacionais de seus Estados subscritores ou daqueles que se encontrem em tais territórios, que tenham levado a cabo os chamados “crimes contra a humanidade”, enquanto que a Corte Interamericana é uma aplicadora de sanções de ressarcimento aos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), que tenham se mostrado negligentes quanto ao cumprimento dos direitos humanos, os quais devem pagar indenizações aos seus nacionais, quando constatado que a via judicial interna se esgotou sem uma satisfatória reparação do dano.

¹ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ª Ed., São Paulo, LTR, 2003, p. 118.

Além das diferenciações pertinentes à competência *ratione materiae* dos órgãos internacionais em estudo, vislumbra-se igualmente discrepante a forma de peticionar a cada um deles.

Se, por um lado, a Corte de San José da Costa Rica tem na Comissão Americana de Direitos Humanos e nações pactuantes os entes intermediários a receber petições de nacionais dos países membros, alegando violações de direitos humanos de si próprios ou de terceiros, sendo, a partir daí, remetido o pleito à Corte e deflagrado o procedimento de apuração, o Tribunal de Haia só exercerá seus poderes mediante denúncia ao seu Promotor por parte de um Estado integrante ou do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, possuindo ainda a prerrogativa de agir de ofício na perquirição penal.

Não é demais ressaltar que a Corte Penal de Haia é órgão integrante da Organização das Nações Unidas (ONU).

Todavia, a distinção entre ambos os organismos, que será tratada minuciosamente no corpo deste estudo, diz respeito às circunstâncias fático-processuais hábeis a acionar a competência de cada uma das cortes, verificando-se, por intermédio de tal paralelo, se há ou não mácula ao Princípio da Soberania pela deflagração de ambos os procedimentos.

Enquanto a jurisdição de Haia é acionada em função da mais absoluta ausência de pronunciamento judicial do Estado no qual foi cometido o crime (uma vez seja este subscritor do Estatuto de Roma) ou, ainda que existente um pronunciamento, após devidamente formada a coisa julgada, tenha sido a reprimenda ineficaz, insuficiente ou branda por demais, a Corte Interamericana só dispõe seu aparato ao cidadão jurisdicionado que, uma vez vítima de violação de direitos humanos, tenha buscado a tutela de tais direitos perante o Poder Judiciário de seu Estado de origem, tendo havido o total exaurimento de todas as vias recursais internas possíveis, sem deslinde satisfatório à devida repressão da violação.

Ao primeiro fenômeno processual evidenciado ao longo do parágrafo anterior, a doutrina internacionalista atribuiu o nome de “complementaridade da Justiça Penal Internacional”, sendo que, ao que ocorre junto à Corte Interamericana, a designação habitual é de “subsidiariedade”, posto que é provocada a agir unicamente quando constatado o trânsito em julgado de sentença civil ou penal perante o Estado de origem do cidadão, constituindo tal evento uma condição *sine qua non* para que possa o indivíduo então relatar o caso à Comissão Americana, a qual, por sua vez, peticionará ao Tribunal, já que é um dos entes legitimados para tanto.

Já em face do instituto da complementaridade, o Tribunal de Haia pode atuar mesmo quando inexistente um pronunciamento judicial no Estado de origem, sendo seu dever aguardar o trânsito em julgado apenas quando já deflagrado o procedimento criminal pela autoridade judiciária competente, sob pena de subtrair-lhe indevidamente a competência penal.

Ademais, as condenações impostas pela Corte Penal Internacional recaem sobre indivíduos nacionais dos Estados subscritores ou de cidadãos que nestes estavam quando cometidas as figuras penais típicas, enquanto que a Corte Interamericana aplica penalidades de ressarcimento às pessoas jurídicas de direito público internacional pela desídia ou negligência tocante às garantias dos direitos humanos em seus territórios.

Entretanto, a abordagem do tema não recairá apenas sobre a mera discrepância em abstrato entre complementaridade e subsidiariedade dos Tribunais em análise, avançando também sobre como tais elementos podem servir ao ideário de garantia coletiva e controle mútuo dos Estados quanto ao cumprimento dos direitos humanos na seara internacional.

A importância de demonstração da concreta aplicação dos elementos processuais internacionais não reside apenas na necessidade de exemplificar as preleções doutrinárias sobre o tema, mas também, principalmente, na comprovação incontestada de que há diversas formas de se

fazerem valer os direitos humanos na esfera jurídica internacional, sem que reste maculado um de seus princípios basilares, o da soberania nacional.

Desta feita, depreende-se que, ao agir o Tribunal de Haia em complementação à jurisdição inerte ou falha de seus Estados pactuantes, bem como a Corte Interamericana, ao disponibilizar seu aparato jurídico em caráter subsidiário ao Poder Judiciário do Estado violador, estão ambos, na realidade, a personificar e viabilizar a efetivação do contrato social hobbesiano, teoria segundo a qual os indivíduos transigem quanto a alguns de seus interesses individuais em prol de um bem da coletividade, comum, de equidade, sendo este interesse o da paz mundial, em se tratando de Estados pactuantes.

A construção do raciocínio a ser seguido, partindo da apresentação das premissas jurídicas internacionais de complementaridade e subsidiariedade, tem como escopo alcançar a conclusão científica de que, em hipótese alguma, há qualquer mácula à soberania estatal das nações, respectivamente, do Estatuto de Roma e da Convenção Americana, embora existente uma linha tênue a ser observada pelos aplicadores do direito internacional, hábil a gerar dúvidas sobre o real alcance da referida tutela.

II – O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE DA JURISDIÇÃO DA CORTE PENAL INTERNACIONAL:

O artigo 1º do Estatuto de Roma define expressamente que a competência do Tribunal Penal Internacional é de caráter complementar às justiças penais das pessoas jurídicas de direito internacional público, isto é, os Estados, as nações.

Considerada tal preleção, desarrazoada não é a afirmação de que a atuação da sobredita corte não possui o condão de subtrair a competência para processo e julgamento dos crimes contra a humanidade dos órgãos jurisdicionais nacionais, mas, ao contrário, requer a constatação de

eventual desídia, insuficiência ou inércia destes para que haja então a sua provocação, ou seja, a sua intimação a agir.

Vejamos a dicção normativa do artigo 1º do Estatuto de Roma, de 17 de julho de 1998:

“Art. 1º. 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 reger-se-ão pelo presente Estatuto.” (grifos nossos)

Pela simples leitura do dispositivo transcrito, resta evidenciado que inexistente é qualquer idéia de antecendência ou sobreposição da jurisdição do Tribunal Penal Internacional sobre as competências nacionais, de modo que essa não somente as complementa, quando alta for a probabilidade de que eventuais acusados das condutas típicas descritas em seu artigo 5º possam ficar impunes. Observemos quais são as condutas positivadas como ilícitas:

“Art. 5º. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;
- d) O crime de agressão.”

Acerca da temática da não usurpação da competência nacional, o Professor Francisco Rezek² nos ensina:

“(...) o Tribunal Penal Internacional não pretende esvaziar a competência processual penal dos tribunais nacionais, mas pretende ser competente apenas em hipóteses excepcionais, como a da falência das instituições nacionais. Considera que a preocupação com o Estatuto do Tribunal Penal Internacional deve voltar-se para o poder que esse Estatuto confere ao Conselho de Segurança das Nações Unidas para bloquear os processos no Tribunal.”

Justamente em função do elevado potencial ofensivo das condutas típicas descritas no artigo colacionado, a não punibilidade do agente agressor pode ocasionar um abalo à ordem internacional amplamente considerada, razão pela qual uma sentença criminal condenatória proferida por órgão judiciário do país, cuja reprimenda seja concebida como insuficiente a cumprir o caráter de retribuição da pena, é digna de reexame pela Corte de Haia.

Ademais, a tendência de politização do Poder Judiciário interno de muitas nações, sejam elas desenvolvidas ou em desenvolvimento, ocasiona com freqüência a inércia quanto ao exercício do *jus puniendi* quando o acusado do ilícito penal é indivíduo de alto poder aquisitivo ou ocupante de alto cargo na hierarquia executiva local.

² REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público – Curso Elementar**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 187.

O diplomata e doutrinador marroquino Mohamed Bennouna³ discorrera anteriormente sobre a importância da tutela de Haia ante a politização judiciária:

“(...) o fato de que o julgamento das autoridades Estatais, que muitas vezes estão envolvidas nos crimes previstos no Estatuto, está a cargo, na maior parte das legislações internas, de órgãos políticos ou Cortes de Justiça que são, geralmente, emanações desses órgãos. Essas razões, por si só, demonstram a necessidade do princípio de complementaridade.”

Já em muitas nações do continente africano, nas quais as freqüentes guerras civis dos anos de 1980 e 1990 impuseram uma desaceleração do processo democrático de tripartição do poder, a desídia quanto ao direito de punir não exime da responsabilização criminal tão somente os integrantes de oligarquias, mas gera também uma falta de estrutura para instituir cortes julgadoras, investigando e punindo os sujeitos ativos de delitos como genocídio, comumente praticado em regimes ditatoriais.

O magistério de Flávia Piovesan⁴ apresenta importante e didático ensinamento:

“A jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão dos sistema judicial interno. O Estado tem o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. O Estatuto

³ BENNOUNA, Mohamed. **La Création d'une Jurisdiction Pénale Internationale et la Souveraineté des états – Annuaire Français de Droit International**. Paris: 1990, p. 306.

⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6ª edição. São Paulo: Editora Max Limonad, 2004, p. 53.

consagra ainda o princípio da cooperação, pelo qual os Estados-partes devem cooperar totalmente com o Tribunal na investigação e no processamento de crimes que estejam sob a jurisdição desse. Desta forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade dos mais graves crimes internacionais e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementariedade.”

Não há que se falar então apenas no acionamento da competência do Tribunal Internacional face à insuficiência do aparato estatal da localidade onde ocorrido o ilícito, mas também em seu agir diante da inércia ou incapacidade de tal aparelho, com a ressalva de que, caso tenha de fato agido o órgão judiciário, necessário o aguardo do trânsito em julgado da competente decisão, para que não seja violado o princípio da soberania.

II-A) A COMPLEMENTARIDADE PERANTE O PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS ESTADOS:

A fim de encontrar o ponto de intersecção e coexistência entre os princípios da soberania e da complementaridade, necessária, primeiramente, é a análise da questão sob o prisma dos Estados que subscreveram o Estatuto de Roma e, ato contínuo, seja feita a mesma análise diante dos anseios da comunidade internacional.

Sob o ângulo dos Estados pactuantes, a jurisdição sobre os ilícitos insculpidos no Estatuto tem como fulcro o dever de exercício do *jus puniendi* em relação aos sujeitos ativos a quem são imputadas práticas de crimes na seara internacional.

Ademais, não se pode arredar o interesse que cada pessoa jurídica de direito público internacional possui em ver punido o autor de violações à sua legislação local.

Por outro lado, sob a perspectiva da comunidade internacional, há inspiração do princípio da justiça universal pela própria complementaridade frente aos crimes concebidos como graves, em função da crueldade e barbárie com a qual foram cometidos, pois, conforme dantes já mencionado, a Corte de Haia objetiva inviabilizar que acordos e alinhamentos políticos, poderio financeiro e problemas de estruturação jurisdicional internos dos países façam reinar a impunidade.

Celso Lafer⁵ apreciou a questão sob a égide da influência sofrida na época de instituição do Tribunal de Nuremberg ao final da Segunda Guerra Mundial:

“(...) a concepção de um Direito Internacional Penal que Nuremberg ensejou parte do pressuposto de que existem certas exigências fundamentais da vida na sociedade internacional e que a violação das regras relativas a tais exigências constituem crimes internacionais.”

De rigor é ainda a ressalva de que, perante a comunidade internacional, é de suma relevância o fortalecimento da adesão dos Estados aos denominados “Standards internacionais”, com o desenvolvimento dos aparatos judiciais internos de cada nação e melhora do processamento de demandas perante seus Tribunais.

⁵ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 216.

Logo, o estudado princípio da complementaridade constitui verdadeira ponte entre os direitos interno e internacional, a qual é nada mais que uma relação dialética definida nas palavras do Professor Miguel Reale⁶:

“(...) a dialética de complementaridade é aquela na qual há uma correlação permanente e progressiva entre dois ou mais fatores, os quais não se podem compreender separados um dos outros, sendo ao mesmo tempo cada um deles irreduzível aos outros, de tal modo que os elementos da trama só logram plenitude de significado na unidade concreta da relação que constituem, enquanto se correlacionam e daquela unidade participam (...)”

No cerne de tal relação entre Estados, comunidade internacional e Corte de Haia, insta verificar se eventual entendimento do Tribunal pela incapacidade ou falta de vontade do Poder Judiciário de determinada nação em deflagrar processo criminal contra um agente, chamando para si o dever de punir, pode ocasionar ou não indevida intervenção na esfera de soberania estatal.

II-B) DAS BALIZAS NORMATIVAS PREVISTAS PELO ESTATUTO DE ROMA COM VISTAS A SALVAGUARDAR O PRIMADO DA SOBERANIA DOS ESTADOS E A DISCRICIONARIEDADE CONFERIDA AO

⁶ REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 85.

JULGADOR INTÉRPRETE PARA DELIMITAR AS HIPÓTESES ENSEJADORAS DE SUA ATUAÇÃO:

A resposta ao questionamento sobre quais são os limites a serem respeitados pela atuação da Corte de Haia dá-se pela simples conjugação dos dispositivos normativos constantes do Estatuto de Roma, quais sejam, o já transcrito artigo 1º com o artigo 17º, cujo objeto é a admissibilidade de processamento da demanda perante o Tribunal. Vejamos:

“Art. 17º. Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se:

a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer;

b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer;

c) A pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3º do artigo 20;

d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

2. A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias:

a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no

Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5º;

b) Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça;

c) O processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça;

3. A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo.”

A redação do artigo 17 do diploma internacional nos apresenta as chamadas “normas de conteúdo variável”, cuja interpretação propicia problemas no tocante à delimitação concreta de seu real alcance, uma vez considerada a possível ambigüidade da descrição hipotética de algumas de suas alíneas, a exemplo do que ocorre em relação ao termo “gravidade da infração”. A definição exata de alcance dos termos é delegada ao poder discricionário do intérprete.

Entretanto, o princípio da complementaridade, embora não violador do princípio da soberania, possui linha tênue em relação a este, a ser observada pelos julgadores da Corte.

Unicamente por via da conjugação das aludidas “normas de conteúdo variável”, é possível aferir se houve abuso de função ou ingerência por parte do Órgão Internacional quanto à obediência aos princípios de direito internacional público, posto que, quanto maior é a indefinição do teor da norma jurídica, maior é o poder discricionário conferido ao seu intérprete.

Sob uma perspectiva objetiva, aponta-se que o Tribunal de Haia não leva a julgamento o indivíduo cujo Estado de origem negou seguimento ao procedimento criminal de forma bem fundamentada em consonância com sua legislação interna, a exemplo, por ausência de provas concretas da ocorrência do ilícito penal, tecnicamente conhecida como atipicidade da conduta.

Igualmente é impossibilitado o exercício da jurisdição penal internacional em face de cidadão já processado criminalmente perante o país de origem, tendo sido a penalidade suficientemente severa a cumprir a tríplice função da sanção privativa de liberdade: retribuição (punição), coerção (caráter de intimidação a novos infratores) e ressocialização do agente.

Valério de Oliveira Mazzuoli⁷ resume o tema nos seguintes termos:

“Sem muita dificuldade de interpretação, pode-se dizer que é também equívoco pensar que o Estatuto de Roma ofende a coisa julgada material (resguardada, no Brasil, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal), em virtude da permissibilidade de o TPI reexaminar as questões já decididas em

7 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro**. 1ª ed. atual. com a Emenda Constitucional 45/004 – Reforma do Judiciário. São Paulo: Premier Máxima, 2005.

último grau pelo judiciário nacional. Neste caso, sem dúvida, a norma constitucional brasileira deve ceder perante a jurisdição do TPI nos mesmos termos em que a norma do inc. XLVII, alínea b, do art. 5º, da Constituição (proibição das penas de caráter perpétuo) cede frente à possibilidade de prisão perpétua prevista pelo Estatuto de Roma de 1998.”

Não se verá assim processado perante Haia aquele que, após julgado em ânimo definitivo por seu país de origem, foi condenado à reprimenda de segregação perpétua ou de alta monta, pois é concebida como suficientemente hábil à repreensão do ilícito a pena aplicada.

Por fim, não há que se falar ainda em instauração de demanda acusatória perante a Corte Penal Internacional em casos não suficientemente graves a ensejar o pronunciamento do órgão, pois, além de ter competência *ratione materiae* fixada para os crimes do artigo 5º do Estatuto de Roma (contra a humanidade), de rigor que a gravidade abstrata do ilícito tenha potencial ofensivo aos direitos humanos em consideração universal.

Consoante explanação da Juíza brasileira integrante da Corte de Haia, Sylvia Helena Steiner⁸, a própria natureza mais gravosa dos crimes contra a humanidade já implicam na aplicação de sanção mais severa, digna de uma tutela mais ampla por parte das instituições penais:

“(…) para crimes de maior gravidade, pode-se aplicar pena muito mais grave que a prevista no Estatuto do TPI, que contém inclusive figuras penais semelhantes às previstas em nosso Código Penal Militar, e para as quais pode-se aplicar a pena capital.”

⁸ STEINER, Sylvia Helena. **Tribunal Penal Internacional**: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Tribunal+Penal+Internacional>

Se constatado, pois, que, por mais grave que tenha sido o delito, a repercussão do evento criminoso não alcança a esfera da tutela internacional dos direitos humanos, por não atingir diretamente grupo étnico ou minoritário específicos, mas tão somente a esfera dos crimes comuns do país no qual ocorreu, igualmente não deve agir uma corte que tem como uma de suas premissas fundamentais a não intervenção nos poderes nacionais dos Estados membros.

Em meio aos parágrafos transcritos do artigo 17 do Estatuto de Roma, impõe-se observar que os parágrafos segundo e terceiro apontam as preleções a serem seguidas pela Corte a fim de delimitar a ocorrência de incapacidade do Tribunal do país de origem do caso, ou ainda, a falta de disposição da referida autoridade para processar e julgar o caso, dando a tal uma solução satisfatória.

Desta feita, a discricionariedade do Tribunal Internacional tem sua margem adstrita às hipóteses dos parágrafos mencionados no corpo do artigo 17 transcrito.

III-C) A PRERROGATIVA DE CONTESTAÇÃO PRELIMINAR DA ADMISSIBILIDADE DE PROCESSAMENTO DA DEMANDA JUNTO À CORTE PELO RÉU:

O que é de fato delegado ao juiz intérprete é a definição do que constitui a “intenção do judiciário nacional de proteger um suspeito”, “atraso injustificável”, “colapso do sistema nacional” ou “situação gravosa”, todas elas situações hábeis a determinar o início da jurisdição penal internacional.

Leia-se:

“Artigo 19. Impugnação da Jurisdição do Tribunal ou da Admissibilidade do Caso

2. Poderão impugnar a admissibilidade do caso, por um dos motivos referidos no artigo 17, ou impugnar a jurisdição do Tribunal.”

Todavia, que não se cogite de uma incursão do Tribunal de Haia na análise do caso concreto sem que haja possibilidade de contestação pela parte acusada, pois pode a mesma impugnar o entendimento firmado pelos magistrados, nos moldes previstos no artigo 19 do diploma internacional instituidor.

Inconteste, pois, que a atuação de Haia não se verifica em caráter arbitrário, haja vista a própria previsão contida no Estatuto, de que o réu pode questionar a plausibilidade jurídica da intervenção da corte, como matéria preliminar no processo acusatório.

Logo, é justamente pela via do princípio da complementaridade que a ordem internacional atribuiu competência penal à Corte de Haia, contanto esteja seu exercício condicionado à estrita obediência dos requisitos previamente estabelecidos pela norma jurídica instituidora.

II-D) DA RELATIVIZAÇÃO E TRANSIGÊNCIA DOS ESTADOS SUBSCRITORES DO ESTATUTO QUANTO ÀS SUAS SOBERANIAS:

Trata-se, obviamente, de uma delegação de competência por parte de uma diversidade de nações subscritoras da avença, as quais, embora não tenham renunciado às suas respectivas soberanias, por certo transigem quanto a tal garantia com o fito de atingirem o bem comum da comunidade internacional, isto é, o de evitar a mácula da impunidade de crimes tidos como graves, cuja punibilidade tenha sido inviabilizada ou reduzida.

II-E) DOS DEVERES IMPOSTOS AOS ESTADOS EM FUNÇÃO DA AVENÇA INTERNACIONAL E DOS DEMAIS PRINCÍPIOS DECORRENTES DA COMPLEMENTARIDADE:

De outra sorte, não se há falar que os deveres de cautela e precaução são apenas da alçada da Corte, pois sobre os Estados subscritores recai também o ônus relativo à disposição de seu aparato judiciário com vistas a coibir e reprimir as práticas criminosas que se encontram descritas no Estatuto de Roma. Tal feito nada mais é senão a denominada *due diligence*, a *diligentia quam in suis*.

O francês Jean Salmon⁹ traz importante lição sobre a apontada diligência:

“(...) a *due diligence* significa que o Estado deve dotar-se do aparato jurídico necessário para respeitar as suas obrigações internacionais, não podendo eximir-se com a alegação de insuficiência do direito interno. No entanto, na verificação do cumprimento da *due diligence*, será levado em consideração que o aparato material necessário poderá variar segundo as circunstâncias e as possibilidades de cada Estado.”

⁹ SALMON, Jean. **Les Notions a Contenu Variable en Droit International Public** in Chaim Perelman e Raymond Vander Elst, pgs. 254-260.

Embora a nação não possa se eximir da função de promover a perquirição penal contra o agente praticante da conduta típica, a aferição da *due diligence* é feita de forma relativizada, levando-se em consideração se de fato o aparato estatal do qual dispõe possibilita a deflagração eficaz da persecução criminal.

Caso constatado que o aparelho estatal demonstrou ser insuficiente para o alcance da justiça, ainda que esse fato não implique necessariamente a responsabilização do Estado, outra saída não lhe resta a não ser o reconhecimento da competência internacional de Haia.

Outrossim, é incumbência do Estado pactuante efetuar a entrega de cidadão que se encontre em seu território, caso tenha sido contra ele decretada prisão preventiva pelo Tribunal ou tenha sido condenado à sanção privativa de liberdade.

Segue o teor do artigo 102 do diploma em análise:

“Artigo 102

Termos Usados

Para os fins do presente Estatuto:

a) Por "entrega", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.

b) Por "extradição", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.”

Não se cuida a dita exigência de um processo de extradição, sujeito a uma diversidade de normas que requerem correspondência entre a infração penal levada a cabo pelo agente e o delito praticado no território do país requerente, mas sim da simples entrega à corte do indivíduo acusado ou condenado que tenta se subtrair da atuação jurisdicional do Tribunal que tem sua competência reconhecida pelo país do qual é natural tal infrator.

Diante está-se, pois, de hipótese de *due diligence* pelo Estado membro.

Ainda sob a égide das relações internacionais, a premissa geral de complementaridade possui implicações em áreas como a de manutenção da paz e segurança mundiais, em função do princípio da ingerência humanitária, harmonizando-se assim as jurisdições interna e externa dos países.

Evidente que a linha de intersecção entre os princípios de complementaridade e soberania até aqui abordada revela uma tendência do mundo contemporâneo, qual seja, o princípio do aumento da interdependência entre os Estados, sucedido por novas obrigações a serem por eles cumpridas, contraposto à redução das competências nacionais, as quais sofrem relativização em benefício de uma maior integração entre os membros da comunidade alienígena.

O ideário do denominado “domínio reservado”, mais conhecido como “competência exclusiva dos Estados”, predominante até a

segunda metade do decênio de noventa no século XX, sucumbe e abre caminho a uma flexibilização da exegese preliminar de exaurimento das vias recursais para determinação o início da ação perante a Corte de Haia.

A noção de distribuição de competências entre as nações, em prol da manutenção da paz e segurança mundiais, ganha maior dimensão frente à criação do Tribunal Penal Internacional, pois a justiça penal é objeto de comunhão, sendo partilhada pelos diversos integrantes da ordem internacional, sem que haja desrespeito ou menoscabo algum às suas Constituições pátrias ou práticas jurídicas internas.

A internacionalização do direito penal, atinente aos chamados crimes contra a humanidade, pode ser verificada não apenas no campo processual, de criação de instrumentos e mecanismos a fim de responsabilizar o infrator, mas também em virtude do constante incremento de normas no plano do ordenamento jurídico, tais como as Convenções Internacionais, objetivando resolver a problemática da falta de institucionalização de tais matérias no corpo estatal interno dos países, com prestação de auxílio para incremento das competentes áreas.

Conforme sábia mensagem do mestre Fábio Konder Comparato¹⁰:

“De minha parte, penso que as garantias institucionais podem e devem, hoje, ser analisadas como princípios fundamentais do ordenamento constitucional. Nessa condição, apresentam elas as três características essenciais de todo princípio jurídico: 1) supremacia normativa; 2) ilimitado âmbito de aplicação e 3) ilimitado grau de aplicação.”

10 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 577.

Com o intento de melhor esclarecer o tema supramencionado, da falta de institucionalização da proteção penal internacional, faz-se necessária a transcrição da lição de Norberto Bobbio¹¹ sobre a adesão ao pensamento de que tríplice é a natureza das atividades relacionadas aos direitos humanos, cujas características devem ser de garantia, promoção e controle. Segue o ensinamento do autor citado:

“(...) só será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia dentro do Estado – que é uma garantia predominante na atual fase – para a garantia contra o Estado (...)”

Consoante o ensinamento de Bobbio, a promoção de direitos humanos consiste na convergência de ações com o escopo de orientar Estados carentes quanto a tal disciplina, com aperfeiçoamento dos que já se encontram em estágio mais avançado de orientação.

De outra feita, o controle nada mais é senão a tomada de providências para fiscalizar o atendimento das nações às exigências básicas de proteção aos direitos humanos, datadas da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, ampliando-se então a comunhão de esforços nacional e mundial.

Já a “garantia” encontra lastro na idéia de que a meta das nações é a instituição de uma justiça universal, a qual deve ter plenos poderes de substituição das garantias nacionais quando forem estas insuficientes ou eivadas de precariedade.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 39.

É possível então a conclusão de que, estatuído o Tribunal Penal Internacional, na condição de um verdadeiro bem público internacional, combinando tal fato à sua atuação complementar às jurisdições dos Estados, constitui-se não em uma ameaça às soberanias ou à segurança jurídica, mas sim um forte elemento de proteção dos direitos humanos em esfera supranacional.

III - O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE DA ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS FRENTE AO PRINCÍPIO DA SOBERANIA:

Em contraste ao ideário de complementação jurisdicional esboçada ao longo do capítulo anterior quanto à Corte de Haia, passa-se agora à apresentação dos patamares de atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pautada, sobretudo, pelo princípio da subsidiariedade.

O controle internacional dos direitos do homem e do cidadão, concretizado pela atuação da Corte Interamericana, reverencia o princípio da soberania, em vez de contrariá-lo, pois a premissa de subsidiariedade consiste no entendimento inscrito no artigo 46 da Convenção Americana, de que apenas o esgotamento das vias recursais ordinárias previstas pelo ordenamento jurídico nacional pode ensejar a submissão do caso concreto à análise da Corte Interamericana.

Dispõe o artigo 46 da Convenção Americana:

“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;

b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;

c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e

d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

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.”

Note-se que, na presente hipótese, não há que se falar na atribuição de agir da corte antes do total exaurimento do aparato jurídico estatal, consubstanciado na utilização de todos os recursos possíveis e cabíveis a arredar a falta de reparação do dano perante o Estado no qual ocorreu a violação.

De outra sorte, só será acolhido o direito de peticionar perante a Corte se a solução atribuída pelo judiciário nacional ao caso foi

insuficiente à reparação do dano e restituição da vítima ao estado anterior à lesão.

Assim, depreende-se que, a mera rejeição de uma denúncia criminal contra o agente agressor por um magistrado de 1º grau de determinado país não faz emergir, por si só, o direito de peticionar a parte ofendida à Corte Interamericana, caso a referida decisão seja passível da interposição do recurso competente, sendo este previsto pelo ordenamento jurídico.

André de Carvalho Ramos¹² assim leciona:

“(...) subsidiariedade significa apenas que o próprio Estado, primeiramente por meio de seus recursos internos, deve assegurar o respeito aos direitos humanos (...) no fracasso de tais meios internos, pode a vítima acender aos mecanismos internacionais (...)”

Todavia, uma vez interposto o devido apelo e mantido o pronunciamento injusto de rejeição do Estado quanto ao processamento do autor da violação, gerando sensação de impunidade e não mais sendo cabíveis novos recursos, há sujeição então da matéria à apreciação do Tribunal americano com o fito de responsabilizar o Estado desidioso e ineficaz quanto ao dever de cumprir os ditames do Pacto de San José. Deve a provocação ser levada a cabo pela Comissão Interamericana ou por outro Estado membro.

Por outro lado, não se diga que a inexistência de previsão normativa de recursos pelas legislações nacionais ou a arbitrária recusa de acesso do jurisdicionado a tal aparato são questões alheias à competência interamericana, apenas em razão do “não esgotamento da seara recursal do Estado”, pois o aludido entendimento implicaria a negativa de uma das vertentes primordiais do princípio da subsidiariedade, que é a viabilização de

12 RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pgs. 118-119.

uma nova forma de proteção ao direito do homem lesado, sempre que ineficaz a persecução ordinária, qualquer tenha sido a causa do vício (ausência de previsão legislativa, desídia, morosidade, burocracia).

Caso o trânsito em julgado de sentença perante o Tribunal de origem não tenha sido verificado face à morosidade injustificada do órgão julgador, por certo que poderá ser acionada a Corte Interamericana, pois fica comprovada a absoluta falta de idoneidade organizacional do país a conferir a proteção esperada, com igual responsabilização do Estado desidioso.

Novamente, está-se diante de uma atuação jurisdicional que faz vênua ao primado da soberania estatal, de forma incontestada, sendo que a exegese de comprovação de total esgotamento das vias recursais ordinárias nacionais representa a cautela necessária à prevenção de todos os pactuantes contra a ofensa à máxima da supremacia dos Estados sobre seus ordenamentos jurídicos e sobre seus territórios.

III-A) DA AMPLITUDE DA PROTEÇÃO CONFERIDA PELA CORTE AOS DIREITOS HUMANOS: RESTITUIÇÃO DA VÍTIMA AO ESTADO ANTERIOR À VIOLAÇÃO E COMPENSAÇÃO JUSTA PELO DANO SOFRIDO:

Assevera-se ainda que, conforme constante do preâmbulo da Convenção Americana que deu origem à Corte, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (1969), os direitos fundamentais do homem e do cidadão não são provenientes do Estado do qual são nacionais, mas pura e simplesmente de sua condição de pessoa humana.

Assim, nada mais justo que a proteção à dignidade do homem transcenda as barreiras fronteiriças do Estado, alcançando um *standard* mínimo e inarredável, positivado pela via de uma Convenção, sendo observada por todos os subscritores da avença internacional.

O instrumento criado para cumprir a aludida função é justamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual, pela faculdade conferida pelo artigo 58 da Convenção Americana, pode reunir seus julgadores no território de qualquer dos Estados membros, com a finalidade de investigar e punir possíveis violações aos direitos humanos pelos Estados integrantes.

Novamente invocada, Flávia Piovesan¹³ bem discorre sobre a não restrição à multiplicação dos elementos para tutela dos direitos humanos:

“(...) a proteção dos direitos humanos 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”.

Em consonância com o artigo 62 do Pacto, não é suficiente que o Estado ratifique a Convenção para estar sujeito à jurisdição da Corte Interamericana, mas também que reconheça expressamente a legitimidade desse órgão, garantindo assim que a submissão do ente nacional aos desígnios dele ocorra de forma insofismável.

A atuação desse órgão americano de jurisdição supranacional é pautada em dois predicados: da garantia coletiva de proteção aos direitos universais do homem e do cidadão e da subsidiariedade em relação às jurisdições nacionais, de modo que não se está a fazer as vezes da autoridade judiciária do país de origem da violação, pois não é imposta condenação ao agente infrator, mas sim ao Estado soberano que, mesmo após formada a coisa julgada sobre a decisão do caso concreto pelas vias ordinárias internas, não foi capaz de restituir o cidadão ofendido à situação em que se encontrava anteriormente à circunstância lesiva.

13 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, pg. 97.

Logo, de rigor é a conversão dessa impossibilidade de restauração do estado pretérito indene em uma indenização de natureza compensatória, a ser paga pelo Estado responsável pela ineficácia, o que só desponta como possível ante a perquirição do caso por um organismo internacional legitimado a vincular os seus membros à reparação do dano.

O autor Héctor Faúdez Lesdema¹⁴ apresenta elucidativo raciocínio sobre a amplitude da proteção conferida pelas sentenças da corte:

“Assim, a natureza das sentenças não é revestida somente do caráter declaratório da infração perpetrada pelo Estado, pois exige do Tribunal a indicação das medidas concretas que este está obrigado a adotar nos casos em que se concluir que houve a violação da Convenção.”

Entretanto, o ideal é que a proteção conferida pela corte seja realizada em suas duas vertentes, tanto de reparação do dano, restituindo a vítima ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do evento danoso, bem como o custeio, pelo Estado responsabilizado, de uma justa indenização ao indivíduo lesado.

III-B) DO PRINCÍPIO DA GARANTIA COLETIVA NA TUTELA DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO E DOS ENTES LEGITIMADOS PERANTE A CORTE:

A garantia coletiva consiste justamente no mútuo controle entre os Estados, o qual é centralizado na figura da corte, pois parte-se da premissa de que a violação aos direitos humanos sensibiliza toda a comunidade internacional. Tal controle é efetivado pela ampla possibilidade de quaisquer dos membros peticionarem ao Tribunal americano,

14 LESDEMA, Héctor Faúdez. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales**. 2ª. ed. San José, CR.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 235.

em face dos demais, a responsabilização destes pelo não cumprimento das prerrogativas e garantias com as quais se comprometeram.

Trata-se exatamente do tema da legitimidade ativa para acionar a jurisdição da referida corte, insculpida no artigo 61 do Pacto de San José da Costa Rica, de atribuição dos Estados integrantes e da própria Comissão Americana, inserida no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A legitimação unicamente de pessoas jurídicas de direito internacional público não deve conduzir à falaciosa idéia de que o indivíduo encontra-se excluído do referido processo, pois embora não possa ele peticionar diretamente à corte, é perfeitamente admissível a representação do caso por ele à Comissão Americana que, por sua vez, exercerá sua atribuição pela denúncia do caso ao Tribunal, caso entenda plausível a medida.

A cultura de legitimar primordialmente os Estados como sujeitos ativos do ato de peticionar aos órgãos internacionais deriva de uma concepção clássica de que as relações jurídicas supranacionais são firmadas entre as nações soberanas, tendência que sucumbe discretamente na atualidade, frente à ampliação da proteção aos direitos humanos.

A superação da tendência acima mencionada mostra-se evidente quando constatado que, ultrapassada a fase de instauração do litígio perante a corte, o indivíduo lesado possui participação ativa na formação do arcabouço probatório dos autos, pois conquistou o chamado *locus standi in judicio*, a partir de uma alteração do Regulamento Interno do Tribunal, promovida em junho do ano de 2001.

Desse modo, a outorga de posterior acesso direto do indivíduo ao processo como agente na produção de provas, vencida a fase preliminar de admissibilidade da intervenção da corte, não impõe gravame algum à coletividade do controle do órgão quanto às violações, já que o cidadão só está a estimular o estrito cumprimento do compromisso pactuado

entre os Estados membros, afiançando perante os demais a junção de esforços para atingir a finalidade de tutela dos direitos humanos.

Feita a apresentação de ambos os institutos, pode-se adentrar agora à comparação entre complementaridade e subsidiariedade, com o destaque para as discrepâncias havidas.

IV – DO PARALELO ENTRE COMPLEMENTARIDADE E SUBSIDIARIEDADE DE JURISDIÇÕES DAS CORTES INTERNACIONAIS:

IV-A) ELEMENTOS DE EQUIPARAÇÃO:

Perfunctoriamente, é possível afirmar que há um grande liame conectivo entre a complementaridade da jurisdição penal de Haia e a subsidiariedade da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois os princípios trazidos à baila revelam-se faces da mesma moeda, à medida que ambos respeitam a preexistência de procedimento de apuração da violação de direitos humanos perante o ordenamento jurídico nacional, não aceitando qualquer provocação de suas competências antes do deslinde meritório do processo de origem.

A assertiva acima exposta nada mais é que a ampla reverência e subordinação que os caracteres de complementaridade e subsidiariedade mantêm em relação ao primado da soberania estatal.

Seja no corpo do Estatuto de Roma ou no inteiro teor do Pacto de San José da Costa Rica, expressas são as previsões de elementos de conexão e garantia da não usurpação, pelas cortes, da competência interna de seus Estados subscritores, a exemplo, respectivamente, dos já citados artigo 17 e 46 de cada um dos diplomas internacionais, embora se cuidem de dicções com grande margem de discricionariedade de interpretação aos julgadores dos órgãos, a quem é atribuído o poder-dever de valorar tais regras, acolhendo ou não a provocação de agir por parte do ente legitimado, deflagrando ou não o procedimento de apuração da violação.

Isso porque algumas das hipóteses contidas no Estatuto de Roma dão margem a uma exacerbada discricionariedade, como as inscritas no artigo 17º, 2, alíneas “a”, “b” e “c”, já transcritas anteriormente.

Os pontos de comunhão entre os dois institutos nos apresentam balizas limítrofes a serem consideradas para fins de separação do campo de incidência de jurisdições internas dos países da restrita esfera de atuação das cortes internacionais.

Segundo o Professor Dalmo de Abreu Dallari¹⁵, eis a real natureza dos direitos humanos:

“Direitos humanos são uma forma abreviada de mencionar direitos fundamentais da pessoa humana. Esses Direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida.”

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p. 117.

Complementaridade e subsidiariedade são, na prática, nada mais que as atividades de promoção e controle da efetivação dos direitos humanos perante as nações, com a instituição de órgãos de controle mútuo, tendência de **internacionalização da proteção aos direitos humanos**, exacerbada após a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, introdutora da idéia de que as atuações jurisdicionais nacionais e mundiais **se complementam**, com fulcro no princípio da garantia coletiva de proteção dos direitos humanos.

Segundo Flávia Piovesan¹⁶, poucas não são as semelhanças entre as atuações das cortes:

“(...) o Estatuto estabelece um mecanismo internacional de proteção a direitos humanos não totalmente diverso daquele previsto para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição já foi reconhecida pelo Brasil, em 3 de dezembro de 1998. Estipula ainda um mecanismo semelhante àquele dos Tribunais *ad hoc*, cujas decisões possuem força jurídica vinculante em relação a todos os Estados membros das Nações Unidas, inclusive o Brasil.”

Todavia, cediço é o reconhecimento do **caráter subsidiário** da incidência dos aludidos mecanismos de controle mútuo entre os Estados, pois, acima da garantia coletiva, está ainda o princípio de não intervenção na soberania estatal.

Assim, o binômio formado por garantia coletiva de defesa e caráter subsidiário do controle mútuo entre as nações são os pilares de equiparação entre os dois princípios, os quais, de outra sorte, guardam entre si diferenças quanto ao processamento, a seguir tratadas.

IV-B) ELEMENTOS DE DISTINÇÃO:

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6ª edição. São Paulo: Editora Max. Revista ampliada e atualizada, 2007, p. 112.

Embora seja o mesmo o objetivo inserido no teor das premissas estudadas (internacionalização da tutela aos direitos humanos), vislumbra-se que, quando da aplicação prática, os institutos (complementar e subsidiário) despontam como distintos quanto a algumas das exegeses processuais a fazerem incidir a competência das Cortes de Haia e Interamericana.

No tocante à Corte Penal de Haia, só é exigido por seu Estatuto o esgotamento da via recursal do país de origem em sede de procedimentos criminais já instaurados, ou seja, quando ainda se está no aguardo de formação da coisa julgada material, de modo que, quanto àqueles cuja deflagração não foi possível por insuficiência do aparato estatal ou por ausência de vontade política, perfeitamente cabível é o acionamento da corte internacional por seu *Parquet*, sem aguardar o deslinde de todos os meios de combate disponibilizados, pois diversas vezes são inexistentes tais meios.

Isso porque, o que de fato está em jogo junto à Haia, é o receio de que crimes contra a humanidade fiquem impunes ou sem uma justa reprimenda.

Em suma, perante o Tribunal de Haia, para submissão de conflitos, só é exigível o preliminar trânsito em julgado de sentença penal condenatória em virtude de processos criminais já iniciados pela autoridade nacional competente.

No tangente aos procedimentos cuja iniciação era dever *ex officio* do Estado Juiz, não tendo sido alavancados por morosidade, desídia, falta de vontade política ou ainda, cujo encerramento ocorreu sem justo motivo, plenamente admissível é a representação do caso à Promotoria de Haia, com o fito de que a acusação promova a denúncia.

Pelo exposto, ainda que existente a aplicação de pena ao criminoso em seu país, se foi esta absolutamente incompatível com a gravidade abstrata do delito e suas repercussões, o caso é passível de

remessa à Corte Criminal holandesa para melhor valoração do *quantum* de sanção justa a ser imposta, caso a matéria já não seja mais passível de apreciação perante o tribunal pátrio.

Já diante da Corte Interamericana, por exegese expressa do artigo 46 da Convenção Americana, o requisito da extinção anterior de todo e qualquer apelo possível faz-se presente até mesmo ante a recusa ou morosidade estatal para processamento da demanda, uma vez que o dispositivo não faz qualquer ressalva, sendo o seu teor cogente e irreduzível.

Assim sendo, caso tenha ocorrido rejeição de denúncia ministerial pelo julgador por razões aparentemente arbitrárias, desprovidas de base jurídica idônea, deve a parte vitimada lançar mão de todas as ferramentas disponíveis pelo aparato estatal a arredar a ilegalidade, seja por intermédio de recursos, seja pela apresentação da hipótese concreta ao órgão competente para controle do judiciário do país.

Uma vez infrutíferas as medidas adotadas, aí sim se encontra o cidadão diante de situação admissível da propositura de ação perante a Corte Interamericana, com a ressalva de que deverá ele, a princípio, representar à Comissão Americana de Direitos Humanos, pois pessoas físicas não são dotadas de legitimidade de agir junto à corte.

Em caráter excepcional, a admissibilidade de contenda perante a Corte de San José pode transigir quanto ao necessário trânsito em julgado quando verificada e devidamente comprovada a morosidade do aparelho estatal de origem, sem justo motivo para tanto.

Qualquer seja a hipótese de incidência da competência da corte, o ente responsabilizado pelos seus julgados será sempre o Estado descumpridor do dever de proteção aos direitos humanos, sendo dado como incurso em uma das violações previstas na Convenção Americana de 1969, com conseqüente condenação de ressarcimento à vítima pela via da

indenização, além da adoção de medidas necessárias à restauração do vitimado ao *status* anterior.

A exemplo da dita restituição à condição anterior, pode-se mencionar os casos das vítimas do crime de redução do trabalhador à condição análoga de escravo, tão freqüente em meio aos centros urbanos, situações em que, além do ressarcimento pecuniário ao trabalhador, o Estado é obrigado a inserir a vítima em programa de recuperação, incluindo tratamento psicológico e de adaptação a um novo emprego.

Em caráter resumido, ressalta-se que o requisito de exaurimento da via judicial recursal perante o país de origem é princípio regente das atuações tanto da Corte Interamericana como do Tribunal de Haia.

Entretanto, a relativização da premissa perante o Tribunal de Haia é bem maior que junto à Corte Interamericana, pois a própria dicção do artigo 17 do Estatuto de Roma e seus incisos determinam que há circunstâncias justificadoras de submissão direta a Haia, tais como as já citadas incapacidade de agir da autoridade competente, ausência de vontade de exercício do *jus puniendi*, injustificada morosidade.

V – CONCLUSÃO:

Ao final, partindo-se do conhecimento de que todo e qualquer princípio geral na esfera internacional é sujeito à relativização com

vistas à sua harmonização com os demais princípios, depreende-se que tal fenômeno é verificado igualmente quanto à complementaridade e subsidiariedade da atuação das cortes internacionais.

A sobredita relativização não implica o reconhecimento de que há situações autorizadas da violação da premissa, mas sim que, em benefício do atendimento do ideal do bem comum entre as nações, os Estados optam por transigir em relação às suas soberanias, feito que se dá pela via do Tratado internacional.

A flexibilização do princípio da soberania consubstancia-se pelas normas de conteúdo variável constantes da redação dos tratados, que, no caso estudado na presente monografia, são os requisitos preliminares de admissibilidade de processamento de contendas junto à Corte Penal Internacional e à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em suma, a complementaridade da atuação do Tribunal de Haia consiste na prerrogativa de que os julgados proferidos pelas autoridades competentes nacionais sejam revistos por um órgão supranacional quando a reprimenda penal imposta seja insuficiente ao cumprimento do caráter retributivo da sanção.

Salvo as hipóteses em que já existe procedimento criminal junto ao Estado de origem, pode o *Parquet* da corte promover a demanda de acusação sem a satisfação da exigência de esgotamento das vias ordinárias de perquirição da nação subscritora, caso comprove de antemão que a autoridade legitimada internamente não adotou as medidas de sua atribuição por ausência de vontade de punir ou incapacidade do aparato público disponível.

A margem de discricionariedade do julgador quanto à delimitação dos critérios a ensejar a atuação do Tribunal Penal é mais restrita sob o diapasão da Corte Interamericana, pois junto a este órgão, via máxima

de regra, é aplicável a exigência de utilização total de todos os recursos hábeis a desconstituir a decisão desfavorável à reparação do dano.

A máxima da subsidiariedade da Corte Interamericana só é flexibilizada ante a demonstração incontestada, pela parte interessada, de que houve injustificada morosidade no processamento da lide, impedindo assim o trânsito em julgado da decisão.

Se existentes distinções notáveis entre complementaridade e subsidiariedade, consideráveis são as semelhanças entre os institutos, já que ambos, cada qual com suas características e peculiaridades, revelam-se eficazes alternativas à viabilização da internacionalização dos direitos humanos.

Conforme dantes mencionado no item “B” do Capítulo III, o interesse de garantia coletiva na proteção dos direitos humanos é corolário da atuação dos dois princípios, pois desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, tal esfera de direitos divide-se em três vertentes de atividades: promoção, controle mútuo entre os Estados e garantia de aplicação coletiva.

A junção das três funções (promoção, mútuo controle e garantia) tem como escopo majorar a tutela de direitos humanos mundialmente, resultando na criação de uma elevada jurisdição de resguardo das matérias relacionadas ao tema, feito que, infelizmente, ainda não é possível na atualidade, em razão da falta de propagação de sua importância a muitas nações.

Logo, se uma larga gama de países se recusa à subscrição de tratados e convenções internacionais veiculadores de direitos humanos, outra alternativa não resta aos órgãos de proteção senão a busca por formas de sancionar administrativamente os Estados descompromissados.

É nesta conjuntura que se afigura possível a compreensão do porquê da existência de várias cortes internacionais cujas matérias são ligadas aos direitos fundamentais do homem, pois ainda não foi possível a instituição de um único órgão máximo, supremo e soberano em função da falta de avença coletiva entre os povos.

Consideradas as diferentes concepções de cultura jurídica dos povos, é perfeitamente compreensível que haja igualmente distintas formas de concretizar tal proteção aos direitos humanos, seja pela assunção de que os julgados proferidos pelo Estado Juiz são passíveis de complementação em algumas hipóteses, nas quais a não intervenção de uma corte supranacional a reforçar a sanção representaria a inocuidade da condenação imposta, seja pela adoção de extrema cautela ao se aguardar o mais absoluto trânsito em julgado da sentença nacional na maioria dos casos.

Pelo exposto, depreende-se que, uma vez seguidos rigorosamente os ditames de admissibilidade de processamento da lide perante o Tribunal de Haia e junto à Corte Interamericana, impossível incorrerem os magistrados de tais órgãos em mácula ao princípio da soberania estatal.

Se já existente previsão normativa interna dos Estados, cediço é que os institutos complementar e subsidiário despontam como elementos de aprimoramento de tais garantias, suprimindo suas lacunas e incrementando sua eficácia.

Por fim, o respeito à soberania pode ser traduzido no caráter preventivo e profilático da deflagração de atuação das Cortes Penal Internacional e Interamericana apenas em caso de efetiva necessidade, em função da insuficiência de julgados proferidos pelos países no exercício jurisdicional interno, sem qualquer usurpação originária de competência.

Em todas as premissas aqui citadas, sustenta-se o raciocínio de plena harmonia entre os princípios da complementaridade e subsidiariedade com o princípio da soberania estatal.

VI – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HUSEK, Carlos Roberto. Curso de Direito Internacional Público. 4ª Ed., São Paulo, LTR, 2003.

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público – Curso Elementar. São Paulo: Saraiva, 2005.

BENNOUNA, Mohamed. La Création d'une Jurisdiction Pénale Internationale et la Souveraineté des états – Annuaire Français de Droit Internacional. Paris: 1990.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 6ª edição. São Paulo: Editora Max Limonad, 2004.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

REALE, Miguel. Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro. 1ª ed. atual. com a Emenda Constitucional 45/004 – Reforma do Judiciário. São Paulo: Premier Máxima, 2005.

STEINER, Sylvia Helena. Tribunal Penal Internacional:
www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Tribunal+Penal+Internacional

SALMON, Jean. Les Notions a Contenu Variable en Droit International Public in Chaïm Perelman e Raymond Vander Elst.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 6^a. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 2^a. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

LESDEMA, Héctor Faúdez. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales. 2^a. ed. San José, CR.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e Cidadania. São Paulo: Moderna, 1998.

