

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A (IN) EFICÁCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS
(DIREITOS MÍNIMOS) PARA OS PAÍSES NÃO SIGNATÁRIOS**

Mariana Rolemberg Notário

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A (IN) EFICÁCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS
(DIREITOS MÍNIMOS) PARA OS PAÍSES NÃO SIGNATÁRIOS**

Mariana Rolemberg Notário

Monografia apresentada como
requisito parcial de Conclusão de
Curso para obtenção de grau de
Bacharel em Direito, sob orientação
do Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP

2017

**A (IN) EFICÁCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS
PARA OS PAÍSES NÃO SIGNATÁRIOS**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral

Prof. M.e Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

Prof. Wilton Boigues Corbalan Tebar

Presidente Prudente, 29 de novembro de 2017.

Let us not wallow in the valley of despair. I say to you today, my friends, though, even though we face the difficulties of today and tomorrow, I still have a dream.

Martin Luther King

Aceita a vida como aceitas essa taça, de sorriso nos lábios ainda que o coração esteja a sangrar. Não gemas como um alaúde; esconde as tuas chagas.

Hāfez

AGRADECIMENTOS

Dentre as coisas mais difíceis que encontrei ao longo deste trabalho, está o agradecimento. Não, é claro, pela falta de vontade em o fazer. Mas sim pelo fato de eu haver sido agraciada com tantas boas pessoas em minha vida, que têm de mim o mais alto respeito, carinho e admiração, e que me fizeram tamanho bem ao permanecerem ao meu lado, e a, direta ou indiretamente, me auxiliarem para que a conclusão, não só desta monografia, mas também do meu curso, viesse.

Não há, porém, como iniciar por outras pessoas, que não pela minha própria família.

À minha mãe, Marluce Rolemberg, agradeço por ter acreditado em mim desde a idade mais tenra, e ter me mostrado, quando as dificuldades dos últimos anos surgiram, que nada poderia ser maior do que a minha força de vontade e fé naquilo que eu acreditava. Você, mãe, sempre me guiou com o amor e com o amparo que apenas uma mãe, que verdadeiramente ama, incondicionalmente, poderia fazer;

Ao meu pai, Paulo Notário, por ter se demonstrado orgulhoso dos trilhos que segui ao longo da vida, em especial a acadêmica, me motivando a cada passo. Você, pai, sempre teve a minha admiração por ser pessoa tão correta e inteligentíssima, e sempre teve minha mais sincera gratidão por ter permanecido sempre comigo, com o carinho e o amor que eu jamais me atreveria a tentar descrever;

Ainda, é claro, ao meu irmão “Paulinho”, por ter me dado forças mesmo sem, muitas vezes, compreender a proporção daquilo que vinha se passando em minha vida, e por ser meu maior e melhor amigo.

A vocês, minha eterna gratidão, pois não fosse este alicerce que construímos em nosso lar, nada disso seria possível.

Ainda, e também com especial atenção, agradeço ao meu namorado e amigo, por não ter, em momento algum, duvidado de mim, questionado as horas dedicadas à pesquisa, e por ter me apoiado material e psicologicamente de forma inigualável, demonstrando-me apenas a paciência e o carinho em todos os instantes. A você, Caio do Vale, o meu mais sincero obrigada.

Não menos importante, agradeço imensamente ao meu orientador, Prof. Sérgio Tibiriçá, pessoa que eu respeito e admiro profundamente, e que

acompanhou de forma muito compreensiva as dificuldades que surgiram ao longo desta jornada, e que sempre foi, para mim, um verdadeiro pilar, demonstrando – de forma mais ou menos velada – os passos que eu deveria dar, não só na Academia, mas até mesmo na vida.

Atenho-me ainda à oportunidade que me fora concedida pela minha amada casa, a Toledo Prudente Centro Universitário, através – e, eu acredito, por esforço – do Prof. Sérgio, ao creditarem em meu desempenho e me permitirem viver um sonho que cultivei desde a infância, da melhor forma possível.

A realização do intercâmbio estudantil sempre esteve nos meus planos, mas bastante distante da minha realidade. Concretiza-lo por meio do Curso de Direito, que tanto me deleita, e na Universidade de Coimbra, que é *alma mater* das faculdades de Direito do Brasil, ainda não me permitiu assimilar tamanha alegria.

Ao senhor, Professor, não há palavras capazes de traduzir a gratidão que sinto; espero poder recompensar a fé que fora em mim depositada com uma evolução constante nos estudos acadêmicos e fomentação de debates, como o que se pretendeu abordar neste trabalho.

Agradeço ainda à minha psicóloga, Thays Alli, exemplo de profissional e que me motiva, não só pelo apoio e paciência ao longo dessa jornada, mas por se mostrar verdadeira amante da sua profissão, mesmo tão jovem, fazendo refletir os meus anseios para meu próprio futuro.

Agradeço imensamente a todos aqueles amigos que me apoiaram com palavras de carinho, com auxílio imensurável na pesquisa, e que tanto amo. Sob o risco de deixar de citar, injustamente, importantes nomes, detenho-me a mencionar os amigos Isabella Antunes, Jordane Dantas, Wilton Tebar, e Carlos Eduardo Nunes; este último, a propósito, meu irmão de coração, que é meu exemplo máximo de ser humano, de estudioso e de profissional, e que me motiva a trilhar os seus passos, quem sabe, um dia, com tamanha maestria.

Vocês todos são pessoas iluminadas. Muito obrigada!

RESUMO

O objetivo principal desta pesquisa é expor a (in)eficácia da sistemática jurídico-normativa atual em nível de Direito Internacional, dando especial atenção aos tratados internacionais, relativamente à proteção dos Direitos Humanos, considerados, aqui, como aqueles minimamente necessários à dignidade humana. O método que se utiliza é essencialmente o de pesquisa bibliográfica. A princípio, buscou-se analisar, ainda que sumariamente, a internacionalização dos Direitos Humanos com o término dos conflitos mundiais – em especial a Segunda Guerra – e a alteração Ordem Internacional, fundamentalmente para incluir o indivíduo como verdadeiro sujeito de direitos internacionais, embora sendo um sujeito-destinatário, em que o surgimento das organizações internacionais, representado em especial pelas Nações Unidas, fez promover a difusão de ideias como aquelas veiculadas na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948. Após, ingressa-se ao estudo dos tratados internacionais, por serem verificados como instrumentos de igual hierarquia aos demais institutos internacionais, porém de maior relevo atual, especialmente por questões probatórias, o que se traduz, em partes, pela codificação do direito internacional. Isso porque, como também se afere, os tratados internacionais são verdadeiros contratos, que criam cláusulas que veiculam direitos e obrigações dessa seara, apesar de serem exclusivos desse Direito em razão da característica da autonomia – decorrente da soberania – estatal. Não obstante, delimita-se que os tratados são também fonte normativa internacional, apesar de revestidos de todas as características contratuais inerentes. Verificadas a proteção e as incertezas relativas às normas de *jus cogens* em Direito Internacional, percebe-se que os tratados internacionais denominados “normativos”, por veicularem normas gerais do Direito Internacional, devem ser de aplicação inescusável aos Estados, em que pese essa aplicação coercitiva confronte a soberania estatal classicamente entendida e justificada, inclusive, no *pacta sunt servanda*. Propôs-se, então, a compreensão e delimitação do conceito de *jus cogens*, em que, entendidos pelas normas decorrentes da dignidade humana, seriam direitos *mínimos*, e, desta forma, efetivamente inerentes à vontade estatal, a despeito da concepção tradicional de soberania. Isto posto, por fim, propôs-se solucionar o conflito da coercitividade dos direitos mínimos frente à soberania estatal por meio de ideias provenientes do transconstitucionalismo, promovendo o diálogo entre as ordens internas e as normas basilares de Direitos Humanos, com lastro e com o intuito de se promover os anseios atuais da sociedade global.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direitos Internacionais. Direitos Mínimos. Dignidade Humana. *Jus Cogens*. Transconstitucionalismo.

ABSTRACT

The main objective of this research was to expose the (in)efficacy of current legal and normative systematics of International Law, paying particular attention to international treaties regarding the protection of Human Rights, considered here as those minimally necessary to promote the human dignity. The method used was essentially bibliographical research. At first, an attempt was made to analyze, albeit summarily, the internationalization of Human Rights with the end of world conflicts – especially the Second World War – and the amendment of the International Order, fundamentally to include the individual as a true subject of international rights, as a subject-addressee of them, in which the emergence of international organizations, represented in particular by United Nations, which promoted the dissemination of ideas such as those contained in the Universal Declaration of Human Rights of 1948. Afterwards, was joined in the study of international treaties, once they were verified as instruments of equal hierarchy to the other international institutes, but of greater importance today, especially for probationary matters, which may be accepted, in parts, by the codification of International Law. This is because international treaties are real contracts, which create clauses that convey the rights and obligations of this area, even though they are exclusive of International Law, because of the characteristic of autonomy – derived from state sovereignty. Nevertheless, it was pointed out that treaties are also an international normative source, although they have all the inherent contractual characteristics. Having verified the protection and uncertainties related to the norms of *jus cogens* in International Law, it was realized that the international treaties called "normative", in view of the general norms of International Law, should be inexcusable for States, even that this coercive application confronts State sovereignty classically understood and justified even by *pacta sunt servanda*. It was then proposed to understand and delimit the concept of *jus cogens*, in which, understood by the norms derived from human dignity, would be minimum rights, and thus effectively inherent to the will of the State, despite the traditional conception of sovereignty. Finally, it was proposed to solve the conflict of coercivity of the minimum rights to state sovereignty through ideas derived from the transconstitutionalism, promoting the dialogue between the internal orders and the basic norms of Human Rights, with ballast and with the intention to promote the current yearnings of global society.

Keywords: Human Rights. International Law. Minimum Rights. Human Dignity. *Jus Cogens*. Transconstitutionalism.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

a.C.	Antes de Cristo
Art.	Artigo
Cf.	Confira, confronte
CIJ	Corte Internacional de Justiça
d.C.	Depois de Cristo
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> , e outros, refere-se à obra com múltiplos autores
loc. cit.	(no) local citado, mesmas páginas referenciadas na citação anterior
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
op. cit.	Obra citada
p.	Página(s)
s.n.t.	Sem notas tipográficas
ss.	Seguintes
<i>v.g.</i>	<i>verbi gratia</i> , como tal, por exemplo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 BREVE HISTÓRICO DA TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO INTERNACIONAL	15
2.1 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	16
3 DOS TRATADOS INTERNACIONAIS	26
3.1 DOS (DEMAIS) ANTECEDENTES RELEVANTES AOS TRATADOS INTERNACIONAIS HODIERNOS.....	27
3.2 DA NATUREZA JURÍDICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS.....	30
3.2.1 ANÁLISE DO CONCEITO DE TRATADO: PONTUANDO ELEMENTOS E CARACTERÍSTICAS RELEVANTES	31
3.2.2 DO TRATADO-CONTRATO: A NATUREZA JURÍDICA NEGOCIAL DO INSTRUMENTO	37
3.2.3 DA NATUREZA SEGUNDA DO TRATADO: O “INSTRUMENTO NEGOCIAL” ENQUANTO FONTE DE DIREITOS	38
3.2.4 DOS TRATADOS-NORMATIVOS: ABRANGÊNCIA, FINALIDADE E APLICABILIDADE – HÁ COERCITIVIDADE EM SUA APLICAÇÃO?.....	41
4 A (IN) EFICÁCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS: O EMBATE ENTRE OS VALORES DA SOBERANIA E DOS DIREITOS MÍNIMOS	48
4.1 DIREITOS MÍNIMOS – DIGNIDADE HUMANA COMO POSTULADO GLOBAL	49
4.2 SOBERANIA ESTATAL SOB A ÓTICA MODERNA.....	58
4.3 TORNANDO EFICAZ O DIREITO: O TRANSCONSTITUCIONALISMO NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS MÍNIMOS.....	61
5 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, a relevância dos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos exige o reconhecimento de sua abrangência e aplicação. O interesse pelo tema, nesses termos, surgiu na medida em que há uma evidente desigualdade quanto à definição e tutela desses direitos, considerados fundamentais para a condição de vida digna dos cidadãos, quando analisada a ordem interna dos sujeitos clássicos de Direito Internacional – os Estados.

As relações internacionais hodiernamente demonstram iminentes casos de violações desses direitos, seja pela constante iminência de uma terceira guerra mundial, da possibilidade do uso de ataques biológicos ou nucleares, seja pelo desrespeito às questões ambientais, pelos conflitos internos em países que vivem verdadeiras guerras civis, dentre outros.

Por outro lado, é cediço o entendimento de haver a soberania como elemento indissolúvel da própria natureza do Estado, o que, partindo da ótica de não haver uma Ordem Internacional suficientemente organizada, mas sim por haver o nascimento de uma ordem descentralizada de poderes, se acabar por confrontarem algumas vertentes como a aplicação inescusável – quer seja, coercitiva – de determinadas normas internacionais a eles.

Visto isso, esse trabalho se lastreou na existência dos tratados internacionais de Direitos Humanos como instrumentos veiculadores e estabelecadores de proteção, para que, então, fosse possível analisar a situação hodierna da eficácia – ou ineficácia – da aplicabilidade dessa proteção por meio, nesse aspecto, da própria eficácia do tratado internacional.

Ressaltou-se, desde logo, a questão terminológica em *sociedade* internacional. Em que pese a doutrina debata haver uma comunidade ou sociedade, que levam a conclusões distintas sob o ponto de vista antropológico e social, parece mais adequado entender o conjunto de entes do Direito Internacional como assim sendo, como sociedade. Não obstante a isso, ressalta-se também que, em razão de coesão textual e estética, em muitos momentos referiu-se ao Direito Internacional Público apenas como Direito Internacional, mas, a não ser em momento que o texto se refira expressamente ao Direito Internacional Público frente o Privado, ele sempre deverá ser entendido como o seu viés Público.

Nesse sentido, utilizou-se de pesquisa bibliográfica fundamentada nos métodos hipotético-dedutivo e indutivo, buscou-se analisar esse Ordenamento Internacional, confrontando-o com as problemáticas elencadas por esses Estados, pela construção das Relações Internacionais, pelo Direito Internacional Público propriamente dito, bem como pela doutrina, como questões a serem enfrentadas e a serem superadas para que, só então, exista aplicabilidade de determinadas normas em caráter coercitivo em face dessa autonomia da qual gozam os Estados soberanos.

Pautou-se, desta forma, na necessidade de tutela da humanidade e dignidade do cidadão, enquanto ente particular e, a princípio não imediatamente submetido às normas de Direito Internacional, expôs-se os motivos fundamentais que se desenvolveram na construção dessa essencial tutela.

No primeiro momento, portanto, alguns elementos como a soberania estatal e a sua mitigação em favor da dignidade foram abordados, mas o principal enfoque foi dado à internacionalização dos Direitos Humanos, fenômeno que fez com que determinados direitos que atribuísem humanidade ao indivíduo fossem revelados no plano internacional após o término dos conflitos mundiais do Século XX.

Isso porque, a sociedade internacional se formou, naturalmente, da relação entre Estados que, soberanos num entendimento tradicional, não poderiam ter, contra si, sucessivas imposições, exclusive quando num caso de vontade própria. Ou seja, vislumbrando especificadamente os institutos do costume internacional e do tratado internacional, a não ser em casos de consolidação de uma conduta por meio do costume, ou da inequívoca manifestação, por escrito, da vontade de um Estado soberano, outra conduta não lhe poderia ser imposta.

Assim, verificou-se o início no panorama desse fenômeno de internacionalização quando do surgimento do Direito Humanitário, da criação de uma instituição internacional destinada à proteção de direitos sociais de caráter trabalhistas – a Organização Internacional do Trabalho – e, até mesmo, da criação da Liga das Nações. Esses marcos demonstraram, por meio da realidade em que sobrevieram, a necessidade de mitigação da soberania estatal em sua acepção tradicional.

Todavia, a realidade da soberania entendida como conceito mais fechado culminou nos horrores assistidos pelo mundo, especialmente ao longo da

Segunda Guerra Mundial, em que o Estado, a despeito do seu dever de garantia que naquele momento já havia se estabelecido, passou a ser o principal violador da dignidade humana.

No efeito pós-Guerra, o ambiente internacional já devidamente amparado por institutos anteriores de início de mitigação de soberania estatal e de proteção ao homem, percebeu a necessidade de criar um instrumento efetivo de garantia e proteção de Direitos Humanos, pautados na dignidade humana, de modo a fazer refletir nas ordens internas os mandamentos básicos entendidos de observância necessária pelo conceito moderno do Direito Internacional.

Revelada a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, o panorama internacional ficou marcado por esse fenômeno que elevou os Direitos Humanos a uma categoria anteriormente não vista, ao menos em teoria.

Ocorre que, conforme passou a ser analisado no Capítulo posterior, o marco do uso de um tratado de grandes proporções e o surgimento de novos sujeitos de direitos internacionais, em que o próprio indivíduo passou a ser tratado como sujeito-destinatário e as organizações internacionais emergiram, não foi suficiente para mudar a natureza contratual dos pactos realizados em sede internacional.

Isso porque, conforme se demonstrou na pesquisa, os tratados internacionais – sejam criadores, sejam meros codificadores de direitos pré-existentes – detêm natureza contratual, em que, ressalvadas as proporções, regem-se, como no Direito Privado, pela autonomia da vontade que, por sua vez, justifica-se, novamente, na soberania estatal.

Assim, verificou ser inerente à pactuação corriqueira, conforme demonstram as normas internacionais relativas à normatização dos tratados, que o elemento volitivo seja observado, sob pena de ineficácia do tratado internacional frente ao país que não se submeteu, livremente, às obrigações por ele veiculadas. A informação se ressalta, inclusive, na norma da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, quando determina que a única hipótese de um Estado ser atingido pela eficácia obrigacional do pacto sem que se exija sua manifestação é quando essa eficácia lhe atribua tão somente direitos, mas nunca deveres.

Por essa razão, buscou-se revelar a natureza segunda dos tratados internacionais, qual seja, de fonte normativa de Direito Internacional, e as implicações disso decorrentes. Percebeu se tratar de normas com eficácia *inter*

partes, uma vez consideradas as características da natureza contratual dos tratados internacionais.

Nesse mesmo trilho, firmou-se haver determinados tratados considerados de natureza diversa, qual seja, de natureza efetivamente normativa, por veicularem normas gerais de Direito Internacional, em que pese a sociedade internacional ainda busque reger-se pelas regras baseadas na natureza pactual dos acordos.

Dito isso, verificou-se o reconhecimento das normas gerais – as normas de *jus cogens* – que demandam coercitividade inerente; ou seja, que devem ser aplicadas independentemente da vontade daqueles que se sujeitam a elas. A essas normas foram atribuídas as características de regulamentadoras do Direito Internacional, e, as que mais interessam à pesquisa, as normas anteriormente abordadas, que foram reveladas em Ordenamento Internacional pela internacionalização pós-Guerra, as de Direitos Humanos.

Neste trilho, portanto, colocou-se à mostra o cuidado de distintos ordenamentos, a título de exemplo, e ainda que meramente formal em muitos momentos, à dignidade humana como direito fundamental. Extraiu-se daí o fato de a dignidade humana, até mesmo em razão dos fenômenos que antecederam a formação da sociedade internacional moderna, ser uma norma basilar e inerente a todo o Ordenamento Internacional, bem como por ser uma norma assim reconhecida pelos Estados.

Ao final do último Capítulo, por fim, verificou-se que a dignidade humana, enquanto verdadeira metanorma em nível internacional – postulado normativo global – deve ser abalizadora dos direitos mínimos, formando o cerne das normas de *jus cogens*, e, nessa via, a própria soberania estatal, quando analisada sob a ótica atual, acaba por dever promover, inerentemente, esses direitos intrínsecos à característica de humanidade.

Assim, no caráter dúplice da soberania – formal e material – ela não mais pode ser entendida como um conceito absoluto dos moldes de Direito Internacional clássico, não podendo, o Ordenamento Internacional, estar alheio à questão de imperatividade dos Direitos Mínimos.

Ante toda a problemática, propôs-se, a título de fomentar o debate veiculado por todo o trabalho, em se utilizar de conceitos extraídos do transconstitucionalismo com o intuito de promover a dialeticidade entre os

ordenamentos jurídicos internos quando da necessidade de se solucionar questões inerentes da dignidade; nesse trilho, buscando abalizar conceitos defendidos pelas teorias dualista e monista, propôs-se, por derradeiro, a jurisdição incontestada da Corte Internacional de Justiça para o julgamento exclusivo de questões relativas ao temas.

Desta forma, portanto, buscou-se tornar aqueles direitos protegidos de forma ineficaz, por instrumento já existente no mundo jurídico, em verdadeiramente eficazes, ou ao menos fomentando o debate para que se caminho neste sentido, elevando à altura necessária dos Direitos Humanos.

2 BREVE HISTÓRICO DA TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO INTERNACIONAL

É cediço o conhecimento de que o Direito Internacional¹ surgiu com o intuito principal – quiçá exclusivo – de regulamentar as relações interestaduais, quando do surgimento dos Estados autônomos. Isso porque, em que pese existam fundamentos que reflitam de forma imperiosa nesta ramificação da Ciência Jurídica anteriormente a este momento, é aqui que o ramo passa a ter verdadeira autonomia, com normatização própria, conforme discorre ALMEIDA².

É cediço, ainda, que essa regulamentação se deu, em grande parte, por costumes de Direito Internacional – fonte primária desse ramo autônomo de Direito – consolidando, portanto, as criações consuetudinárias como normas, conforme se exporá adiante de maneira mais detida.

No entanto, em que pese a continuidade dessa tutela das relações entre Estados, o Direito Internacional em seu desdobramento Público é, hoje, possivelmente, mais reconhecido pelo caráter de proteção e tutela aos direitos humanos – em nível nacional, constitucionalmente entendidos por direitos fundamentais.

Assim, nas palavras de PIOVESAN, a tutela jurídica do Direito Internacional evoluiu, passando a trazer a “humanização do Direito Internacional”³.

Nesse sentido, e pautando-se na ideia de que “a ordem social está intimamente ligada à ordem moral, que indica o sistema de valores e normas que governam o comportamento social em um grupo”⁴, mesmo se tratando de um tema amplamente debatido, é de extrema importância o entendimento do surgimento e evolução dessa tutela jurídica, em especial no fenômeno de internacionalização dessa tutela, ocorrido no período Pós-Guerra do Século XX.

Destaca-se, ainda, a necessidade do estudo do irradiar desses direitos para o plano interno – inclusive na influência sobre a Constituição da República

¹ ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito Internacional Público**. 2. Ed. Coimbra, Portugal: 2003, p. 10, em que explica sobre a terminologia *internacional*, a despeito de os conceitos de Estado e de Nação não se confundirem, e ser mais adequada a denominação como tratando de direito “entre Estados”; derivada, contudo, do princípio das nações vigente no século XIX, a denominação Direito *Internacional* permanece aceita.

² ALMEIDA, op. cit., p. 30.

³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.

⁴ CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 22.

Federativa do Brasil de 1988⁵ – após sua consolidação em nível supraestatal, bem como a análise das fontes normativas necessárias para mencionada consolidação, para que, então, se possa adentrar de forma mais profunda ao objetivo do presente trabalho.

2.1 A Internacionalização dos Direitos Humanos

Inquestionável é, dentro das características dos direitos humanos, sua historicidade, uma vez se tratar de uma gama de direitos conquistados por construções ao longo do tempo, marcados, fortemente, pela realidade que motivou sua afirmação; nesse sentido, inclusive, o fenômeno de sua internacionalização.

Em que pese as conquistas locais – internas, ao se considerar o plano internacional – de direitos, tidos posteriormente como “humanos”, a necessidade de especial regulamentação nas relações interestaduais, bem como o fenômeno cada vez mais intenso de globalização, por exemplo, fizeram surgir, pouco a pouco, ao longo de toda a História, uma construção, reconhecimento e regulamentação desses direitos de maneira mais abrangente, até se transpassarem as barreiras fronteiriças.

Nesse sentido, PIOVESAN⁶:

Defende este estudo a historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório

Dito isso, implica observar que, inicialmente, o Direito Internacional via-se pelo modelo denominado “clássico”, pairado na denominada paz de Westfália (iniciada em 1648, e findada em 1945, de acordo com ALMEIDA⁷), e que se ordenava de maneira descentralizada, calcando-se na soberania – igualmente – clássica. Neste sentido, a descentralização, justificada na ausência de organismos competentes para, de maneira heterogênea, dirimir conflitos e aplicar sanções, por exemplo, implementava a possibilidade de os Estados – sujeitos de direitos únicos,

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 365.

⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 181-182.

⁷ ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito Internacional Público**. 2. Ed. Coimbra, Portugal: 2003, p. 30.

até então – ingressarem em conflitos e os resolver da forma como lhes fossem convenientes.

Ou seja, uma vez tendo em vista que o Estado, soberano que fosse, tomasse atitudes de represálias ao sentir-se por alguma razão lesado, ele próprio, o Estado, detinha o poder de subverter-se contra aquele que o lesionasse; permanecia, ao longo da História, o direito à guerra, em que, por se tratar de entes autônomos e autodeterminados, agiam da forma como fosse conveniente, sem preocupações muitas senão de seus próprios interesses – havia, portanto, a autotutela estatal como prerrogativa da soberania⁸.

A despeito disso, por óbvio, os cidadãos eram obrigados a suportar os efeitos e resultados dos conflitos entre estes Estados, ainda no caso de serem conflitos precários. E é por esta razão que se firmou, no âmbito internacional de proteção, o direito “relativo à guerra”, com intuito de se permitir, sim, os conflitos armados, mas não mais de maneira desregrada; ao contrário, passa-se a cuidar da forma como esses confrontos deverão se estabelecer para que, então, tenha-se um mínimo de direitos – notadamente – relativos à humanidade e dignidade da população civil protegidos.

Assim, os Direitos Humanos têm iniciada a construção da internacionalização de sua tutela com o Direito Humanitário – quer seja, esse direito relativo à guerra.

É através desse Direito Humanitário, também denominado “Direito da Guerra” ou *jus in bello*, que se prevê, pela primeira vez em ordenamento internacional, não mais uma soberania plena, absoluta, mas sim uma soberania, de certo modo, condicionada, no sentido de que “há limites para a autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado”⁹, cuja finalidade foi de fomentar, preteridos os conflitos entre entes, os mencionados direitos indispensáveis ao indivíduo.

É neste mesmo sentido que esclarece MAZZUOLI¹⁰, que referido direito “é aquele aplicável em caso de conflitos armados (guerra), cuja função é estabelecer limites mínimos éticos à atuação do Estado, com vistas a assegurar a

⁸ ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito Internacional Público**. 2. Ed. Coimbra, Portugal: 2003, p. 33-38.

⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 184.

¹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos Humanos e Cidadania: à luz do novo direito internacional**. Campinas: Minelli, 2002, p. 34.

observância e cumprimento de direitos fundamentais”. Nesse passo, passa-se a direcionar as ações estatais, ainda que lhes garantindo a sua autonomia classicamente entendida como plena, de modo a observar impreterivelmente as suas consequências ao particular, quer seja, ao indivíduo e aos seus direitos mais derradeiros, ainda que membro de outro Estado.

Segue-se, então, com criação da Liga das Nações, após o término da Primeira Guerra Mundial, cujo intuito era a promoção da cooperação, da paz, e da segurança nacional, de modo a promover, mais uma vez, a necessidade de “relativizar” a soberania estatal¹¹.

Assim, dado, ainda, o expoente crescimento das relações internacionais, surge também a Organização Internacional do Trabalho¹², como é atualmente conhecida, o que passa a, cada vez mais, trazer o cidadão ao foco dos interesses de proteção do Direito Internacional; o indivíduo, gradativamente, passa a ser cada vez menos um sujeito meramente mediato, mas um verdadeiro sujeito-destinatário dessas normas, portanto, imediatamente protegidos por elas.

Juntamente ao surgimento da Organização Internacional do Trabalho, do Direito Humanitário e da criação da Liga das Nações¹³, começa a haver o necessário subsídio à internacionalização dos direitos humanos, ainda que, em grande parte, concentrada no Ocidente e em solos europeus.

Portanto, se o objetivo inicial do Direito Internacional era de regulamentação e facilitação das políticas internacionais entre Estados soberanos, estes sim teriam o papel de movimentar o ordenamento internacional, promovendo, enquanto sujeitos primordiais dessa seara do Direito, a criação e consolidação de garantias do particular. Entretanto, inicia-se, nesse cenário, a observância de uma nova possibilidade, quando analisados os direitos dos homens como fundamentais.

Essa nova perspectiva é reverberada com as Guerras Mundiais, no Século XX, quando da hipótese de violações de direitos minimamente necessários ao homem em casos afastados de guerra ou das relações de trabalho. O clamor faz

¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 183-185.

¹² SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 59 e ss., para uma visão mais aprofundada acerca da relevância histórica e jurídica, prática e teórica da OIT e seus institutos, bem como de demais instrumentos normativos de Direito Internacional Público atinentes à proteção e garantia do labor – e seus reflexos na sociedade internacional – tal qual a própria Declaração Universal de Direitos do Homem e da ONU.

¹³ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.76 e ss.

direcionar o Direito Internacional para o que se determinou anteriormente por “humanização”.

Conforme se viu, a criação da Liga das Nações é a resposta da sociedade internacional para a Primeira Guerra. Conquanto seja, mais especificadamente, após o término da Segunda Guerra Mundial, com as inúmeras e sucessivas violações a esses direitos mais intrínsecos do ser humano, nomeadamente em razão dos regimes fascistas, nazista, que se passa a visualizar a necessidade de que “o valor da dignidade humana assuma a centralidade ética a orientar a ordem contemporânea”¹⁴.

Isso porque, é apenas neste momento que se passa a observar com maior clareza referido postulado; é no momento em que o ser humano passa a ser visto e tratado não apenas um ser despersonalizado e despersonalizado, mas, e em especial, descartável, que se passa a ponderar sobre os limites da atuação do Estado enquanto órgão garantidor, e, todavia, simultaneamente como agente violador de direitos:

Com efeito, a Segunda Guerra Mundial teve contornos muito distintos da Primeira. Além do evidente número maior de países envolvidos, a finalidade também era completamente distinta [...] havia um claro projeto de depuração de uma raça que seria superior: a raça ariana [...]. [as mortes inerentes às guerras] Representou, é verdade, negação peremptória da dignidade da pessoa humana na forma como foi construída ao longo de toda a história da filosofia. Foi o holocausto fruto da instrumentalização do ser humano pelo ser humano, com completa desconsideração da humanidade dos judeus.¹⁵

Assim, as atrocidades severas cometidas contra determinados grupos sociais, em especial – mas, é bem verdade, não somente contra eles – pelo Estado e em seu nome, passaram a extrapolar não só a moral e a ética, mas a própria condição de humanidade que se espera atribuída à pessoa.

E, ao contrário de tempos remotos em que ainda se entendiam determinados grupos como inferiores, escravizando-os e explorando suas condições, neste momento já não havia entendimento similar exclusiva pelas

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.

¹⁵ CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99- 100.

imposições do totalitarismo, tal qual no nazifascista, conforme bem estampa COMPARATO¹⁶:

Antes de serem instituições penais ou fábricas de cadáveres, o *Gulag* soviético e o *Lager* nazista foram gigantes máquinas de despersonalização de seres humanos. Ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior [...] O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão. E nesse esforço puramente animal, tudo era permitido [...]

Ainda, embora seja inegável a consolidação de uma série de direitos entendido humanos, fundamentais, anteriores a isso – como, por exemplo, a consolidação dos direitos individuais de liberdade, no Século XVIII, com a Revolução Francesa – é nesse momento que se passa à verdadeira internacionalização dos direitos do homem, inclusive em razão de as violações terem sido acompanhadas por todo o mundo, causando verdadeira repulsa, e trazendo à tona a necessidade iminente e extrema de se proteger aquilo que se verificasse indispensável à vida digna do ser-humano, qualquer que fosse.

Em suma, portanto, percebeu-se a necessidade de reanalisar conceitos tradicionais já consolidados, conforme menciona a doutrina:

Foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi ainda necessário definir o *status* do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de Direito Internacional.¹⁷

[...] a Segunda Guerra Mundial evidenciou que a tutela dos direitos humanos não poderia ficar restrita ao âmbito nacional. Pior: que a soberania, fruto da unificação dos Estados ocorrida na Era Moderna, poderia servir de escudo para a prática de atrocidades inomináveis. A urgência da criação de mecanismos supraestatais de proteção do ser humano adveio daí.¹⁸

Nesse trilho, ao se considerar a fonte principal do Direito Internacional até então, surge, também, a necessidade de se alterar a ordem jurídico-normativa, que se constituía primordialmente por meio dos costumes internacionais.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica os Direitos Humanos**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23-24.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 183.

¹⁸ CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 102.

Ora, em que pese os costumes tenham adquirido força vinculativa em muitos momentos, tendo em vista a característica de esses novos direitos serem uma construção história e jurídica, motivada crucialmente pela necessidade de certo controle de normas positivadas internamente, essencial que fossem revelados no ordenamento internacional de maneira diferente; não só por isso, mas, principalmente, por se tratar de uma nova sujeição aos direitos internacionais, não mais com um nascimento e desenvolvimento natural como das relações interestaduais, e por impor, ainda, mitigação ao antigo conceito de soberania.

É a partir desse momento, portanto, que, reconhecido o Estado como ente violador dos direitos mais básicos e mínimos do ser humano, utilizando-se, a propósito, do aparato legal e agindo premido na lei, passa-se a dar valor às questões que transcendem à legalidade em seu sentido formal¹⁹, se passando a entender a necessidade de um controle ético sobre os sistemas legislativos, e não mais *exclusivos* deles.

E em se tratando de uma restrição de direitos para os Estados, bem como para atribuir maior força e aplicação, com reflexo na indubitável melhora relativa ao poder probatório – da existência, vinculação e âmbito de aplicação – desses direitos, ganha força o instituto do tratado internacional.

Nesse sentido, COMPARATO²⁰ revela que:

Foi durante o período axial da História [Séculos VIII a II a.C.], como se acaba de assinalar, que despontou a idéia de uma igualdade essencial entre todos os homens. **Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”**

Assim, a despeito do histórico já extenso do Direito, bem como do reconhecimento da existência de certos direitos, posteriormente entendidos como direitos humanos, ao longo do desenvolvimento das sociedades, é possível afirmar que o fenômeno da internacionalização sobrevém, contemporaneamente, na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, que inicia o reconhecimento e novo paradigma desses direitos.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36-38.

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica os Direitos Humanos**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12. Grifou-se.

Referido instrumento internacional surge da união de diversos Estados em uma nova organização internacional, predecessora da Liga das Nações, agora estabelecida como Organização das Nações Unidas – em 1945 – que passa a importar e inovar o cenário jurídico supranacional²¹; estabelece-se, inclusive, com a motivação de acautelar e tornar efetivos diversos direitos atinentes à dignidade anteriormente debatida, justamente em razão dos acontecimentos que a precederam, o que, notadamente, como dito, culminou na tal Declaração, que vem, esta sim, cravar um marco na mudança do panorama internacional.

É para essa direção que aponta MAZZUOLI²², ao estabelecer que, ao se firmar no cenário internacional – por meio de sua Carta constitutiva – houve importância ímpar ao sistema das Nações Unidas a:

[...] *segurança coletiva mundial*, segundo o qual a paz internacional só pode ser alcançada respeitando-se certos parâmetros mínimos de convivência entre os Estados, entre elas a segurança e a proteção dos direitos humanos. Entendeu a Carta que a proteção dos direitos humanos é *conditio sine qua non* para o bem estar da sociedade internacional

Neste trilho, percebe-se fundamental importância que passa a se atribuir às organizações internacionais, que, ainda, tal qual a nova perspectiva de personalidade jurídica internacional do cidadão, infere também nova perspectiva dessa personalidade relativamente a esses novos membros da sociedade internacional.

Corroborar-se ao entendimento de CANÇADO TRINDADE²³:

O surgimento das organizações internacionais, atuantes nos planos tanto universal como regional, e nos mais distintos domínios da atividade humana (político, de segurança, econômico, social, cultural), veio, por sua vez, ampliar o *corpus juris* do Direito Internacional, a começar pela própria personalidade e capacidade jurídicas internacionais. Estas últimas, outrora apanágio dos Estados, passaram a abarcar também as organizações internacionais, acarretando uma reavaliação – e ampliação – do capítulo dos sujeitos de Direito Internacional. O modelo westphaliano do ordenamento internacional, marcado pela visão puramente interestatal das relações internacionais, não resistiu aos desafios dos novos tempos

²¹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 82.

²² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 573.

²³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito das Organizações Internacionais**. 4. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 528.

Nestes termos, em que pese se pretenda uma análise melhor realizada afrente, neste trabalho, cabe aqui ressaltar que o novo panorama eclodido de uma série de fatores – a precedente tutela que se iniciou, dando ao homem direitos minimamente resguardados, ainda que em caso do exercício soberano do direito estatal à guerra, a precedência da tentativa de estabelecimento de organismos internacionais com intuito de tutelarem estes e outros tantos direitos do homem, e os efeitos jurídicos, sociais e, quiçá, econômicos, fruto dos conflitos mundiais – que levou a sociedade internacional a se renovar, abarcando, então, sujeitos anteriormente não reconhecidos como tais, e declarando, enfim, por instrumento normativo apto, um título abalizador dos tais direitos humanos em escala global.

É para essa mesma direção que aponta CASSESSE²⁴:

Desde 1948 – vale decir, desde que se proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos – todos los países del mundo [...] disponen de un *código internacional* para decidir cómo comportarse y cómo juzgar a los demás. Es un código que no sólo actúa a *nivel universal*, sino que incluye preceptos que tienen valor em áreas anteriormente tenidas en cuenta en las Constituciones de los Estados occidentales. Antes se acusaba a un Estado de exterminar a toda una población: hoy las normas internacionales hablan de genocidio, y utilizan este vocablo con plena conciencia de su alcance. Antes se decía que un Estado torturaba a sus ciudadanos: ahora, junto a la tortura, las normas internacionales prohíben cualquier «trato inhumano o degradante» [...] **Ahora disponemos de parámetros de acción para los Estados y para los individuos: los preceptos internacionales acerca de los derechos humanos imponen unas líneas de conducta, exigen a los gobiernos que obren de cierta forma y al mismo tiempo legitiman a los individuos para que eleven bien alto su voz si aquellos derechos y libertades no son respetados**²⁵

A Declaração Universal, nessa via, passa a ser procedida em consecutivos documentos, com intuito de positivizar internacionalmente e delimitando objetivos na busca dessas garantias, tornando-se substrato para a criação de

²⁴ CASSESSE, Antonio. **Los Derechos Humanos em el Mundo Contemporáneo**. 1ª reimpressão. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1993, p. 7-8.

²⁵ “Desde 1948 – isto é, desde que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada – todos os países do mundo [...] dispõem de um código internacional para decidir como se comportar e como julgar os demais. É um código que não só atua a nível universal, mas inclui preceitos que têm valor em áreas previamente consideradas nas Constituições dos Estados ocidentais. Antes, se acusava um Estado de exterminar toda uma população: hoje as normas internacionais falam de genocídio, e usam esse vocábulo com plena consciência de seu alcance. Antes se dizia que um Estado torturava seus cidadãos: agora, junto à tortura, as normas internacionais proibem qualquer “tratamento desumano ou degradante” [...] **Agora temos parâmetros de ação para os Estados e para os indivíduos: os preceitos internacionais em matéria de direitos humanos impõem uma linha de conduta, exigem que os governos atuem de certa maneira e ao mesmo tempo legitimam os indivíduos para que elevem bem alto suas vozes se esses direitos e liberdades não são respeitados**” (tradução nossa). Grifou-se.

sistemas e até mesmo novos organismos internacionais de proteção de direitos humanos, sendo, por essas razões, marco essencial da internacionalização dos direitos do homem.

Em sentido similar, a elaboração e surgimento de diversas novas constituições estatais passam a incorporar a ideia de proteção e garantia desses direitos, muitas vezes, internalizando-os, mas também garantindo submissão aos órgãos de controle e proteção que passaram a se formar.

Fala-se, deste modo, que no âmbito do direito interno o movimento constitucionalista contemporâneo, nas palavras de BARROSO, “tem por fundamento e objetivo a dignidade da pessoa humana”²⁶. Tanto é assim que a própria Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, passa a ser Carta-referência na incorporação desses direitos para o *status* de fundamentais.

Passando-se a entender “constituição” como norma principal e de caráter de supremacias, tanto formal quanto material, frente às demais normas de um sistema jurídico, “a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional”²⁷. É essa incorporação de direitos humanos ao direito constitucional que passa a aclarar o entendimento dos reflexos do fenômeno verificado acima na Constituição Brasileira, pois a torna, em âmbito interno, primeiro “sistema” de proteção dos tais direitos.

É inquestionável, inclusive, o especial tratamento dispensado pela Carta Magna pátria a esses direitos, e que, inclusive, serve de parâmetro para este estudo.

Primeiro, eleva-se a dignidade da pessoa humana ao *status* de princípio fundamental e constituinte do Estado Democrático Brasileiro; após, regulamenta extensivamente uma série de direitos e garantias visando fomentar tal princípio, conferindo a eles aplicação imediata; estende, ainda a possibilidade de se ampliar o rol, conferindo também legitimidade aos tratados internacionais; impõe imutabilidade e impossibilidade de diminuição aos tais direitos; e ainda, por fim, consolida como prevalente os direitos humanos.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 369.

²⁷ BARROSO, op. cit., p. 133-135.

E assim o é em razão um novo “sistema normativo internacional”, projetado na vertente do chamado “constitucionalismo mundial”²⁸ – normas cogentes e em caráter superior, de Direito Internacional – a fim de abranger e explicitar normas acautelatórias, em seu sentido material, de direitos intrínsecos à humanidade, notadamente, sob a égide da dignidade, trazendo limitações ao poder estatal e, flexibilizando cada vez mais sua soberania, impondo a esses Estados esse dever de assegurá-los; assim é, também, que se passam a elaborar, no Ocidente, as constituições carregadas de normas de valores axiológicos, interpretativas, até para que se implementem princípios necessários à efetiva garantia interna desses direitos²⁹.

Dito isso, percebe-se uma evolução, cada vez maior, propensa à consolidação de um sistema complexo de normas, em nível global, objetivada à garantia dos direitos que, então, passarão a ser entendidos como *direitos mínimos*. Mínimos, inclusive, por serem direitos naturais, inquestionáveis, e basilares para a verdadeira e eficaz promoção da dignidade humana, e que, reconhecidos e assegurados de maneira eficiente, tornar-se-ão fortalecedores do ordenamento jurídico internacional, subsidiando ordenamentos internos, e promovendo uma nova vertente de abrangência do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho; revisão da tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 54, em que sugere não *haver*, mas a necessidade de se *elaborar* esse constitucionalismo global, efetivando a limitação da soberania [que, apesar de não ser verdadeiramente efetiva nos dias atuais, já existe, nos termos propostos do Segundo Capítulo deste trabalho], em suas palavras, “por meio da introdução de garantias jurisdicionais contra violação da paz, externamente, e dos direitos humanos, internamente”.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39-41.

3 DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Os tratados internacionais vêm ao Ordenamento Internacional, de maneira mais cabal posteriormente à internacionalização de direitos do homem supra abordada, atribuir personalidade jurídica internacional a novos sujeitos de direitos dessa sociedade – ressaltando-se as organizações internacionais, de forma mais plena, e o indivíduo, com o fim de torná-lo destinatário direto dos direitos anteriormente mencionados – embora tenha mantido, intuitivamente, suas características anteriores e naturais, enquanto instrumento veiculador de vontades relativas às mais diversas searas.

Assim, ainda que sem a intenção de esgotar o tema, tendo em vista a riqueza doutrinária bibliográfica existente no seu estudo, relevante é a análise sobre a natureza jurídica e forma de instituição deste instrumento, no que for relevante para a continuidade deste trabalho, notadamente para que se possa limitar sua força, bem como para que se possa analisar suas nuances a partir disso, seja em sua abrangência, seja nas demais características que aqui devam ser salientadas.

Dito isso, não obstante o que se abordou anteriormente quanto a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, ensejada a trabalho das Nações Unidas, é bastante evidente, ao longo da História do Direito e do Direito Internacional, não ser este o primeiro tratado internacional; muitíssimo pelo contrário – a própria ONU fora instituída por meio de um outro tratado.

Referido instrumento foi, de fato, um marco histórico deste ramo de Direito, não só pela consolidação da internacionalização dos direitos dos homens, mas por também ter conseguido reunir, de forma diametralmente distinta ao que se via no modelo internacional clássico, uma série entes – signatários – com vontades convergentes.

Explica-se. Também conforme se discorreu no Capítulo anterior, o Direito dos Tratados tem como modelo clássico aquele observado desde a pactuação dos tratados de Westfália, em que os Estados, em seus próprios interesses, deliberavam sobre um acordo interestatal – ou, internacional – geralmente, inclusive, num caráter bilateral, quer seja, com polos distintos defendendo volições próprias, para que, eles próprios, fiscalizassem o cumprimento das cláusulas negociadas.

Nestes termos, ainda que houvesse um ponto comum entre as vontades dos pactuantes, essas vontades não convergiam por completo; e isso não necessariamente se aplica, em integral, a todos os tratados internacionais do modelo de Direito Internacional Público atual.

É por essa razão, inclusive, que se fala, referente a este período, de um plano internacional essencialmente horizontal, conforme justifica a doutrina:

[...] será também legítimo concluir que o Direito Internacional clássico era um direito *axiologicamente neutro*, que não visava alterar os dados da realidade a que se dirigia, mas que antes se afirmava, apenas, como ratificador acrítico do circunstancialismo existente em cada momento na sociedade internacional. Não espanta, em face do exposto, que a normatividade – caso a intentássemos representar graficamente – fosse, em absoluto, *horizontal*, porque claramente não percorrida por relações hierárquicas [...] ³⁰

Neste sentido, é insofismável a ruptura do “sistema” internacional clássico³¹ a partir do processo que passou a instituir os direitos humanos como aqueles de observância necessária em nível supranacional.

3.1 Dos (Demais) Antecedentes Relevantes aos Tratados Internacionais Hodiernos

Apesar do que foi dito, no entanto, buscando em período anterior, na História, pode se dizer que os tratados internacionais surgiram muito antes deste período [clássico] em que perdurou a “paz de Westfália”, iniciada no Século XVII, até o Século XX.

MELLO³², indica, por exemplo, que o tratado³³ mais antigo que se tem conhecimento seja datado dos anos 3100 a.C., Século XXXI a.C., na Antiguidade

³⁰ ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito Internacional Público**. 2. Ed. Coimbra, Portugal: 2003, p. 38.

³¹ A terminologia “sistema”, aqui, deve ser entendida pelo conglomerado de pactuantes e instrumentos existentes na seara internacional à época, uma vez que, na verdade, não se pode considerar ter havido um sistema propriamente dito nesta fase, uma vez que “sistema” pressupõe organização própria e hierarquizada, o que, conforme se extrai da interpretação dos parágrafos anteriores, eram inexistentes, ou, ao menos, pouquíssimo desenvolvidos. Neste momento, portanto, o que havia era a prevalência dos acordos entre Estados; era, portanto, a ordem sob a égide do *pacta sunt servanda*.

³² MELLO, Celso Albuquerque de. **Curso de Direito Internacional Público**. 1º vol. 11. ed. (rev. e aum.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 144.

³³ Item 3.2.1 deste trabalho, em que se analisam os elementos e características extraídos do conceito de tratado, para melhor compreensão do entendimento do autor relativamente à *forma* de elaboração de um tratado, e a razão pela qual não se fez ressalva como faz Rezek – logo à frente – quanto à questão consuetudinária.

Oriental, que dispunha sobre questões fronteiriças de cidades-Estados mesopotâmicas. E, apesar de o autor expor uma discussão doutrinara acerca do verdadeiro início do Direito Internacional como se conhece modernamente, deixa claro que não se pode olvidar de normas tratativas das questões às quais são puramente deste ramo, apenas por se estabelecerem num modo diferente daquele que se externa no presente momento.

REZEK³⁴, por sua vez, aduz que o primeiro “registro seguro” da celebração de tal pacto é datado do Século XIII a.C., entre 1280 a 1272 a.C., referindo-se à aliança de reinos distintos, hitita e egípcio, para se obter a paz perpétua, dentre outras coisas, nas terras sírias. O autor faz, ainda, importantes observações relativamente à forma de pactuação naqueles tempos, em que o tratado era externado por meio consuetudinário e bilateral, em que pese, conforme já mencionado, tenha havido um paradigma a partir do Século XIX [d.C.] pelos novos desafios que a sociedade internacional passou a trazer para o estudo e, em especial, para a aplicação deste instituto.

De qualquer forma, vale dizer, a época anterior à Paz de Westfália que merece especial destaque, neste momento, é a do período romano, que vem trazer conceitos basilares para as ideias que se prezam atualmente.

O Direito Romano também mantinha, conforme a visão de MELLO – supramencionada – uma regulamentação relativa a normas que interessam ao Direito Internacional, apesar de não serem propriamente reconhecidas como tal pela doutrina que parece ser majoritária, e, conforme também fora dito, indica, PEREIRA³⁵ que essas pactuações eram manifestadas pelo costume.

Este Direito também se torna basilar para o que COMPARATO³⁶ chama de dicotomia da oposição ética kantiana entre *res* e *personae*, quer seja, coisa e pessoa, apesar de ressaltar que a aplicação da norma romana relativa à pessoa distinguia o cidadão livre e o escravo; indica, ainda, que este pode ser considerado conceito primitivo que culminou à posterior afirmação, de Kant, no *valor digno* do homem, e não um valor material, tal qual se atribui às coisas.

³⁴ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 13ª Ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35-36.

³⁵ PEREIRA, Luiz Cezar Ramos. **Costume Internacional**: gênese do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 98.

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica os Direitos Humanos**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22-23.

O que se extrai daí, portanto, é possivelmente o início de um conceito, ainda que muito primitivo e restrito a parcela bastante específica do povo romano, de *dignidade humana*.

Também a doutrina faz interessante menção ao chamado princípio das “guerras de defesa” do Império Romano, em que os conflitos armados eram, na maior parte dos casos, motivados com o intuito de proteger, fortalecendo ou recuperando conquistas, além das relações de direito internacional mantidas com outros entes, e que estavam além das delimitações do Império³⁷.

Não parece inadequado concluir, desta forma, que já neste momento se encontra um resquício inicial do *jus in bello*, em que pese pontual, igualmente primitivo e pouquíssimo lapidado.

Corroborando com esta conclusão, MELLO chama atenção ao fato de que os estrangeiros eram considerados, pelos romanos, como inimigos, e que não tinham qualquer tutela em seu favor, ainda que os Estados ao qual pertencessem houvessem pactuado com Roma ao longo da *Pax Romana*, conquanto essa perspectiva tenha se amenizado com o princípio da inviolabilidade dos prisioneiros de guerra, que fora traduzido por pactos atribuidores de direito em diversas proporções³⁸.

Essa inviolabilidade vem representada de forma marcante pelo *jus gentium* – nomenclatura que posteriormente passou a ser sinônimo dos Direitos Humanos – que era, em seu âmbito privado, a permissividade de aplicação de determinadas normas romanas a estes forasteiros, para que houvesse facilitação das relações comerciais, e, em seu âmbito público, como um conglobado das normas aplicáveis para além do Império, portanto, para além do “direito nacional”, apesar de não distinguir normas de vertentes [internacional] pública ou [internacional] privada.

O autor³⁹ ainda conclui reverberando a inexistência do Direito Internacional como se conhece hodiernamente naquele período, mas destacando ter sido do Direito Romano precursor de institutos dos tratados modernos, como a

³⁷ ACCIOLY, Hildebrando. CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. **Manual de Direito Internacional Público**. 19. ed., de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Kosovo, de 22 de julho de 2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.

³⁸ MELLO, Celso Albuquerque de. **Curso de Direito Internacional Público**. 1º vol. 11. ed. (rev. e aum.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 146. e ss., em que, expõe ainda essas formas e suas classificações.

³⁹ MELLO, op. cit., loc. cit.

ratificação, e ajuda a concluir, igualmente, de se tratar de uma época crucial na História do Direito Internacional e, por óbvio, do Direito dos Tratados.

Vistos estes preceitos iniciais e antecedentes históricos ao que se entende por tratado internacional nos tempos atuais, passa-se ao estudo relativo à sua natureza jurídica no Direito Internacional contemporâneo.

3.2 Da Natureza Jurídica dos Tratados Internacionais

Em nível global, os costumes e tradições acabaram servindo de base da realização de duas convenções sobre a celebração dos tratados dentro da Organização das Nações Unidas. O Ordenamento Jurídico Internacional atual conta com a regulamentação dos tratados internacionais – o qual se passará a referir apenas por “tratado” a partir deste ponto – a cargo de um instrumento semelhante: a Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, de 1969⁴⁰.

Menciona, REZEK⁴¹, que esta Convenção manteve envolvidos cento e dez Estados, com o fim de abalizar normas que regulamentassem os demais tratados.

Sobreveio, então, a Convenção, com texto preambular a justificando e estabelecendo, a ela, critérios interpretativos⁴² nos termos a seguir:

[...] Considerando o papel fundamental dos tratados na história das relações internacionais,
Reconhecendo a importância cada vez maior dos tratados como fonte do Direito Internacional e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as nações, quaisquer que sejam seus sistemas constitucionais e sociais,
Constatando que os princípios do livre consentimento e da boa fé e a regra *pacta sunt servanda* são universalmente reconhecidos,
[...] Recordando a determinação dos povos das Nações Unidas de criar condições necessárias à manutenção da Justiça e do respeito às obrigações decorrentes dos tratados,

⁴⁰ Nota-se que, embora essa questão seja bastante difundida, cabe ressaltar, para fins de melhor compreensão do leitor, que o tratado internacional será assim considerado independentemente da terminologia a ele atribuída, ou seja, independentemente do nome pelo qual ele é chamado, o que é referendado pela própria Convenção, em seu Art. 2, item 1, *in fine*. Nesse sentido, os termos *tratado*, *convenção*, *protocolo*, *ajuste*, *pacto*, *carta* e muitos outros são considerados, neste aspecto, como sinônimos, em que pese existam doutrinas que busquem demonstrar o vínculo do nome atribuído ao tratado e seu conteúdo.

⁴¹ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 13ª Ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

⁴² Ao se considerar a norma do Art. 31, item 2, do mesmo documento, que aduz: “PARTE III. SEÇÃO 3. Interpretação de Tratados. Artigo 31. Regra Geral de Interpretação. [...] 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos [...]”.

[...] Afirmando que as regras do Direito Internacional consuetudinário continuarão a reger as questões não reguladas pelas disposições da presente Convenção, Convieram no seguinte [...]⁴³

Este fragmento do texto acaba por galgar pontos já trazidos à tona neste estudo, como são os casos da importância destes instrumentos no meio internacional; da origem consuetudinária do Direito Internacional e o dos Tratados; da coexistência, no Ordenamento Internacional, do Direito Convencional e do Consuetudinário.

Além disso, estabelece, desde logo, importantes aspectos relativos ao conceito, e, conseqüentemente, à natureza jurídica dos tratados, de acordo com o que se passará a demonstrar.

Lastrando-se no que fora anteriormente dito, a doutrina é rica ao tratar do tema do Direito dos Tratados, seja por abordar algo corriqueiro no Ordenamento Internacional, seja pela importância prática e teórica que os tratados carregam. Posto isso, não se faz adequado simplificar a tal ponto este trabalho em extrair e pontuar conceito de específica(s) doutrina(s), inclusive em razão de, em se tratando de uma ciência inexata como o Direito, a pluralidade de elementos relevados por diferentes estudiosos ser inequívoca.

Ao contrário, portanto, buscou-se conjugar os conceitos em seus pontos comuns, porém, garimpando e explicitando, posteriormente, demais elementos isolados por específicos autores, interessantes de serem averiguados e, a depender da conclusão que ele propiciará, indicando a necessidade de o crescer no conceito.

3.2.1 Análise do conceito de tratado: pontuando elementos e características relevantes

A exegese bibliográfica levou à conclusão de que os tratados são acordos concluídos da manifestação livre e mútua de vontades, com o intuito de criar vínculo e produzir efeito jurídicos entre eles [e na órbita internacional], de conteúdo

⁴³ BRASIL. **Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 27 set. 2017, s.n.t.

não vinculado, concluídos formalmente entre dois ou mais sujeitos, e que se regulamentam pelo Direito Internacional Público.⁴⁴

O que se observa é um conceito-base, aplicável aos tratados de forma geral, por trazer características e elementos indissociáveis para que ele seja validamente instituído. Tratam-se de relevantes questões, que merecem alguns comentários para garantir a boa – e quista – inteligibilidade.

Em se tratando de *acordo*, acredita-se desnecessário o complemento usualmente trazido pela doutrina, “de vontades”, uma vez que o pressuposto de uma pactuação – acordo – é que o conteúdo negociado consiga abalzar as vontades das partes pactuantes, para que, só então, este acordo seja concretizado; desnecessário, desta feita, uma vez que o acordo exigirá como pressuposto que haja, no mínimo, duas partes em polos distintos, que consigam debater interesses e se acertarem a tal ponto a criar “direitos e obrigações” recíprocos, conforme dispõe ACCIOLY *et al.*⁴⁵

Questão igualmente inerente ao acordo, mas que, pela importância e consequências jurídicas às quais implica – e não somente por se tratar de debate morfológico ou terminológico – é a precedência de se ocorrer a *manifestação livre e mútua* dessas vontades. Isso, por coerência, é pressuposto tendo em vista que, se o acordo pressupõe a negociação de vontades, se implicam em assunção de compromissos obrigacionais, pressupõe, por conseguinte, que elas sejam manifestas, por todas as partes que estão a negociar – mútua – e que ela seja livre.

Livre, no entendimento de que as vontades mútuas e manifestadas não sejam uma imposição, não sofram de vícios; como é também pacificado, os tratados demonstram-se regidos pelo *pacta sunt servanda*, princípio básico do Direito Internacional.

⁴⁴ ACCIOLY, Hildebrando. CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. **Manual de Direito Internacional Público**. 19. ed., de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Kosovo, de 22 de julho de 2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 156 ss.; ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito Internacional Público**. 2. Ed. Coimbra, Portugal: 2003, p. 97; HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 86; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 158; MELLO, Celso Albuquerque de. **Curso de Direito Internacional Público**. 1º vol. 11. ed. (rev. e aum.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 190-197; PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário. 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 86; REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 13ª Ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38.

⁴⁵ ACCIOLY *et al.*, op. cit., p. 156.

É este caminho o perseguido por REZEK⁴⁶, ao mencionar que: “Escorados, todos, na regra *pacta sunt servanda*, e envolvendo a responsabilidade de Estados soberanos, dentro de uma sociedade internacional descentralizada, os tratados têm *idêntica* virtude jurídica”.

Nessa toada, leva-se a assinalar a relação absolutamente direta entre a regra – de que o acordo fará lei entre as partes; de que, uma vez pactuado, seu cumprimento é obrigatório – e a soberania estatal, tal qual a soberania e a manifestação livre de vontades.

Uma vez tendo sido sedimentado como elemento indissociável do Estado a sua soberania perante aos demais, que impõe clara limitação ao direito destes outros entes frente ao Estado detentor de soberania, a vontade não poderá sofrer vícios, bem como deverá ser manifesta, sob pena de se ferir essa autonomia jurídico-política⁴⁷⁴⁸. Unísono, se a pactuação implicará, necessariamente, em imposição de disposições de caráter, via de regra, obrigatórias, o Estado, uma vez sendo soberano, deverá verdadeiramente consentir com os dispositivos e abrangência daquilo que se pactuou.

Assim corrobora o entendimento universal:

Lo Stato è dunque un ordinamento giuridico *originario*, in quanto i suoi poteri non «derivano» da altri soggetti, e, come si è accennato, è *sovrano* all'interno edd all'esterno: possiede cioè una capacità di agire senza altri limite che quelli posti se stesso, sia verso i propri soggetti, che verso gli altri ordinamenti politici ad esso estranei. Dai primi riceve l'investitura, e contestualmente il potere e le relative limitazioni: coi secondi stipula patti de pacifica convivenza, oppure scatena conflitti; patti e conflitti che entrambi rivelando il potere sovrano, nell'atto in cui si autolimita e si espande con la forza⁴⁹⁵⁰

⁴⁶ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 13ª Ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 126.

⁴⁷ ACCIOLY, Hildebrando. CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. **Manual de Direito Internacional Público**. 19. ed., de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Kosovo, de 22 de julho de 2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 161, sobre manifestação da vontade quando verificados os tratados multilaterais celebrados via conferência internacional.

⁴⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 463-465, a respeito do direito do Estado à liberdade e soberania.

⁴⁹ BARILE, Paolo. CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano. **Instituzioni di Diritto Pubblico**. 8. ed. Italia: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1998, p. 11.

⁵⁰ “O Estado é portanto um ordenamento jurídico originário, uma vez que seu poder não deriva de outro sujeito, e, como foi mencionado, é soberano internamente e externamente: possui uma capacidade de agir sem outros limites além dos que ele próprio impõe, seja para seus próprios assuntos, seja para outro ordenamento político estrangeiro. Primeiro, recebe a investidura, e simultaneamente o poder e a limitação relativa: então assina pacto de convivência pacífica, ou

Tendo em vista esses aspectos, e dada a construção histórica deste Direito, bem como a importância dos mencionados preceitos, o Direito Internacional, uma vez sendo *regulamentador* destes acordos e assuntos a eles correlatos, incumbiu-se de preconizar normas para a proteção internacional da volição estatal.

Nessa toada, a mesma Convenção de Viena aborda a questão, na Parte V, Seção 2, tratando expressamente dos vícios do consentimento enquanto causa para a nulidade do pacto celebrado.

Destarte, apesar de não se poder aplicar inteiramente os regimes civis relativo aos direitos internos dos entes pactuantes, uma vez tendo em vista a multiplicidade e diversidade de regulamentações neste âmbito privado, traçar um paralelo entre o regime de vícios de consentimento do Direito Internacional e do Direito Interno acaba sendo inevitável, ainda que se ressalvando a premissa anterior.

É o que traduzem, sucessivamente, ACCIOLY *et al.*⁵¹ e ALMEIDA⁵², justificando a inaplicabilidade dos princípios de Direito Interno ao Internacional em razão, em última análise, à soberania analisada previamente, e pelos efeitos diversos obtidos em cada caso, em razão da incompatibilidade das ordens jurídicas.

Todavia, é bem verdade que, assim como diversos aspectos já analisados e os que se verão ulteriormente, o tratado detém procedimento e características que se assemelham fortemente com fenômenos do Direito Civil, interno e privado.

A responsabilidade estatal pelo descumprimento dos tratados vem, inclusive, enriquecer essa premissa de que há certa comunicabilidade entre os ramos mencionados.⁵³

Adiante, e seguindo à análise conceitual, percebe-se o *intuito de criar vínculo e produzir efeito jurídicos* entre os pactuantes do tratado. E, como se alertou em item citado anteriormente, em que pese esses intuitos sejam inerentes ao próprio acordo – sob qual argumento poderia se entender que um acordo que crie regras, que imponha obrigações, não teria condão de criar vínculo entre os pactuantes e

desencadeia conflito; pacto e conflito que, ambos, revelam o poder soberano, no ato em que se limita e em que se expande com a força” (tradução nossa).

⁵¹ ACCIOLY, Hildebrando. CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. **Manual de Direito Internacional Público**. 19. ed., de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Kosovo, de 22 de julho de 2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 162.

⁵² ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito Internacional Público**. 2. Ed. Coimbra, Portugal: 2003, p. 137.

⁵³ ALMEIDA, op. cit., p. 137-142, para um estudo mais detido de cada espécie e consequência desses vícios, e, p. 226 e ss. para melhor aprofundar-se quanto à responsabilidade estatal.

produzir efeitos? – trazer essas perspectivas ao conceito também detém relevância prática.

Nesse modelo, MAZZUOLI⁵⁴ menciona, enquanto deveres do Estado, sob pena daquela responsabilização, a necessidade de cumprimento e efetivação dos deveres jurídicos por ele pactuado: “Os compromissos internacionais criadores de deveres jurídicos para os Estados podem derivar, ou de convenção entre eles, ou de convenção entre um Estado e uma organização internacional”.

Visto isso, apesar de serem elaborados por *conteúdo não vinculado*, ou seja, por poderem, via de regra, ter em seu cerne qualquer teor que os pactuantes queiram – desde que não seja defeso pelo Ordenamento Internacional, o que será melhor abordado nas páginas seguintes – eles devem ser *concluídos formalmente*, seguindo o que prescreve as regras gerais de Direito Internacional.

Certifica-se, então, o Artigo 2, item 1, “a”, como a própria exegese da Convenção de Viena, a necessidade de fazê-lo por meio de instrumento escrito, textualizando, portanto, o que fora acordado, e seguindo o procedimento lá exigido. Parece adequado exsurgir, novamente, a questão da instrumentalização do Direito Internacional, mencionada no Capítulo anterior, mesmo para facilitar a questão probatória, que, tendo em vista que as cláusulas do acordo incumbem obrigação passível de indenização.

PEREIRA⁵⁵, não obstante abordando também outra espécie de tratado – que também serão abordadas adiante – trata da codificação dos costumes como um “a lapidação de um diamante em ainda na forma de um cabochão”, o que se pode entender por atribuir um maior valor ao costume traduzido em tratado.

Essa assertiva deve ser interpretada com cuidado, tendo em vista que o tratado *não* tem maior valor jurídico, sob nenhum aspecto, do que o costume, conforme anteriormente comentado; aquele, entretanto, detém uma maior *facilidade probatória* que este. E ao se considerar a eventualidade da responsabilização internacional, da obrigatória exigência do que se pactuou, o tratado torna-se instituto largamente difundido.

⁵⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 475.

⁵⁵ PEREIRA, Luiz Cezar Ramos. **Costume Internacional: gênese do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 260-261.

Abre-se aqui, antes de prosseguir ao último elemento conceitual a ser posto em foco, uma pequena ressalva trazida por MELLO⁵⁶, para quem, ainda que os acordos sejam estabelecidos de maneira tácita e oral, “não significa que tais tratados percam a sua força legal”. ACCIOLY *et al.*⁵⁷ demonstram entendimento similar.

E, apesar de a afirmação ter seu mérito, a impressão que se tem é que o que essa perspectiva almeja, salvo melhor juízo, é a possibilidade de um acordo ser elaborado via “procedimento” consuetudinário, ainda que em situação geral pudesse, perfeitamente, se estabelecer via tratado, sem que se perca a sua validade.

O derradeiro elemento em pauta são os *sujeitos*. E, posto que a doutrina seja simétrica ao elenca-los, a expressão trazida por REZEK⁵⁸ é simplificada e precisa: são sujeitos capazes de celebrar tratado “as pessoas jurídicas de direito internacional público”.⁵⁹

Implica dizer que, apesar de existirem outros sujeitos de Direito Internacional, e, até mesmo, outros sujeitos de Direito Internacional em seu viés propriamente público, não são todos esses sujeitos os capazes de pactuar.

Nestes parâmetros, e retomando o que se disse retro, são os Estados – notadamente, os reconhecidamente soberanos – e as organizações internacionais os sujeitos detentores de capacidade para a pactuar, em termos de tratado internacional.⁶⁰

A Convenção regulamentadora também se posicionou sobre o assunto, sendo o Artigo 6 dispositivo que atribui a capacidade aos Estados – que, em se tratando de pessoas jurídicas, e ao se considerar o volume das tratativas existentes nas Relações Internacionais, devem ser representados por pessoas detentoras de

⁵⁶ MELLO, Celso Albuquerque de. **Curso de Direito Internacional Público**. 1º vol. 11. ed. (rev. e aum.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 191.

⁵⁷ ACCIOLY, Hildebrando. CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. **Manual de Direito Internacional Público**. 19. ed., de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Kosovo, de 22 de julho de 2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159.

⁵⁸ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13ª Ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42.

⁵⁹ Ao se entender desta forma, pode-se considerar os indivíduos como pessoa *física* de Direito Internacional Público, uma vez sendo sujeito-destinatário dos tratados, sendo incapaz, porém, de pactua-los. Aos beligerantes, parece haver uma legitimidade [capacidade] extraordinária para pactuar, enquanto aos povos não-autônomos e insurgentes verificam-se situações fáticas que os revelam no âmbito internacional. Cf., neste último, ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito Internacional Público**. 2. Ed. Coimbra, Portugal: 2003, 133-134. Em entendimento diverso sobre os sujeitos com capacidade para pactuar, cf. MELLO, op. cit., p. 193, 329 e ss.

⁶⁰ REZEK, op. cit., p. 278-280, sobre a Santa Sé.

plenos poderes ou pessoas com cargos estatais inerentes a essa representação, nos termos do Artigo 7.

A capacidade das organizações internacionais, por sua vez, foi posteriormente agregada à normatização internacional referente às normas materiais e procedimentais do Direitos dos Tratados, com a “Convenção de Viena II” – conforme ANDRADE⁶¹ se refere à convenção complementar à de 1969, e concluída em 1986 – apesar de já ser previamente aceita pela Sociedade Internacional, conforme se extrai, *v.g.*, da própria forma e data de surgimento formal da ONU^{62, 63}

3.2.2 Do tratado-contrato: a natureza jurídica negocial do instrumento

À luz do que se propôs, não resta outra compreensão se não a de colocar o tratado internacional como um negócio jurídico, sendo, portanto, tratado-contrato. E, igualmente ao que se mencionou no início deste Capítulo, essa natureza contratual do tratado é também difundida.

Apesar disso, entretanto, parece haver certo receio da doutrina em mencionar a questão expressamente e chamar a atenção para isso, apesar de, inversamente, ser fácil constatar ao longo dos estudos a expressão “tratado-contrato”, como também menciona a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados ao se referir, em sucessivos artigos, ao Estado pactuante pelo termo “Estado contratante”.

Ora, o instrumento que conduz um acordo instituído sob a égide de um regime jurídico específico, que deve respeitar diversas nuances para que possa ser considerado válido e eficaz, como a capacidade dos sujeitos e a forma adequada, dentre outros, não poderia ser classificado de maneira diversa.

E ainda, apesar de haver conceituação na doutrina que trate do tratado como *ato* jurídico, e não como *negócio* propriamente dito, implica rever conceitos

⁶¹ ANDRADE, José Henrique Fischel de. **O “treaty-making power” das Organizações Internacionais**. In Revista de Informação Legislativa, v. 32, n. 128, p. 95-105, out./dez. 1995. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176411>>. Acesso em 15 out. 2017, p. 95 e ss., em que também pode ser consultado para melhor compreensão e nuances acerca da capacidade jurídica para celebrar tratados e sobre a personalidade jurídica internacional das organizações internacionais.

⁶² UNIDAS, Organização das Nações. **Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Disponível em <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf>. Acesso em: 16 out. 2017, p. 1-60, explicitando-se, por exemplo, o Artigo 102, item 1.

⁶³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito das Organizações Internacionais**. 4. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 141-149.

gerais de Direito que diferenciam um e outro, e que, em nível Internacional, detêm classificação semelhante:

Os atos internacionais se classificam em:

b) atos convencionais – é aquele em que há o “encontro de vontades emanando de vários sujeitos de direito” (Jacqué). Ele é aplicável apenas a quem participou da elaboração.⁶⁴

Visto isso, não repousam dúvidas relativas ao conceito de ato ser o mais amplo. Ao colocar o tratado como um *ato*, fala-se do ato em seu sentido *lato*, do qual é gênero o negócio; inclusive, é a este gênero que os tratados-contratos pertencem, ao se analisar tudo o que foi dito até aqui.

Também fortalecendo a questão, o fato de os tratados se autocercarem de coercitividade⁶⁵, fazendo-se prevalente frente aos Estados pactuantes, e sendo instrumento ao qual a observância é notadamente indispensável, bem como devendo recair sobre objetos licitamente considerados pelo “Sistema” Internacional – a ser abordado – fazem cada vez mais linear o entendimento entre a proximidade do contrato negocial, privado, e o tratado que, instrumento de direito público, acaba por se revelar uma espécie típica – e, portanto, específica e exclusiva – do Direito Internacional Público.

É por essa especificidade da aplicação do instrumento que os tratados não podem ser confundidos com um contrato puro e simples do Direito Civil. Os motivos esclarecedores para essa premissa serão explanados a seguir.

3.2.3 Da natureza segunda do tratado: o “instrumento negocial” enquanto fonte de direitos

Visto a natureza característica do tratado, como verdadeiro contrato, interessa observar também os ensejos que o levam a *status de contratos típicos* do Direito Internacional em viés Público.

A soberania estatal, como se apurou, é paradigmática à ordem internacional, e fundamentalmente constituída frente à normatividade histórica regulamentadora das relações internacionais, inclusive por se tratar de elemento

⁶⁴ MELLO, Celso Albuquerque de. **Curso de Direito Internacional Público**. 1º vol. 11. ed. (rev. e aum.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 187.

⁶⁵ É também neste sentido que parece apontar REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 13ª Ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38.

inerente ao próprio conceito de “Estado” que se tem; não é sem motivos, a propósito, que comumente os Estados são referidos como “Estados autônomos” ou “Estados soberanos”.

E ainda, premindo-se na ordem descentralizada e paritária – horizontal – dos tempos de Direito Internacional Clássico, dos tempos da paz de Westfália, a partir do momento em que um Estado se vincula a outro, ainda que por meio de pacto negocial, o que se formula, entre eles, é verdadeira norma.

Melhor dizendo, a partir do momento em que os próprios sujeitos são aqueles capazes de aferir e atribuir “responsabilidade” ao outro pelo descumprimento de determinada obrigação, eles mesmos agem como legitimados, por meio exclusivamente do próprio instrumento contratual – o que se baseia, por óbvio, também em um sistema consuetudinariamente firmado – eles próprios são formuladores e executores da norma.

Não alheio a essa questão, o Ordenamento Internacional, também por meio de específica regulamentação de órgão especializado das Nações Unidas, a Corte Internacional de Justiça, passou a integrar o entendimento de que:

Artigo 38

A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito.⁶⁶

O que se denota é a compreensão e positivação de que os tratados internacionais não apenas servirão em sua natureza originária contratual, mas também passarão a integrar, verdadeiramente, um rol elencado de *fontes de direito*. Isso porque, uma vez que a Corte Internacional de Justiça, enquanto órgão jurisdicional internacional, capaz, portanto, de dirimir os conflitos, elenca estes mesmos instrumentos como instrumento subsídio para impor fim à contenda.

E mesmo sendo certa, *a priori*, a afirmação de que apenas se submeterão à jurisdição da Corte os Estados signatários da convenção que a instituiu, é igualmente factível a afirmação de que, nada obstante o rol elencar fontes

⁶⁶ BRASIL. Deputados, Câmara dos. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>>. Acesso em: 19 out. 2017, s.n.t.

de direito pelo interesse em executá-las quando arguida a Corte para tal, ela apenas estampa, textualmente, uma premissa do denominado Direito Internacional Geral, por ser conclusão meramente extraída da concepção deste Ramo.

Outro aspecto que deve ser posto em debate, relativamente ao tratado enquanto fonte de direito, é mais uma característica exclusiva dessa modalidade de negócio. Similarmente aos contratos gerais, o efeito do tratado é *inter partes*. É, ao menos, o que se extrai da própria constituição e conceito do instituto. No entanto, é sabido que há possibilidade juridicamente válida de este mesmo tratado-contrato e fonte normativa restrita aos pactuantes ser aplicado frente a um terceiro sujeitos.

São os casos para os quais aponta ACCIOLY *et al.*⁶⁷, quando menciona os Artigos 35 e 36 da Convenção de Viena como exceções à regra do Artigo 34 do mesmo Diploma, que, por sua vez, determina a eventual (in)eficácia de norma atinente a obrigação imposta àquele que está alheio ao pacto⁶⁸.

Vale observar:

Artigo 35

Tratados que Criam Obrigações para Terceiros Estados

Uma obrigação nasce para um terceiro Estado de uma disposição de um tratado se as partes no tratado tiverem a intenção de criar a obrigação por meio dessa disposição **e o terceiro Estado aceitar expressamente, por escrito, essa obrigação.**

Artigo 36

Tratados que Criam Direitos para Terceiros Estados

1. Um direito nasce para um terceiro Estado de uma disposição de um tratado se as partes no tratado tiverem a intenção de conferir, por meio dessa disposição, esse direito quer a um terceiro Estado, quer a um grupo de Estados a que pertença, quer a todos os Estados, **e o terceiro Estado nisso consentir. Presume-se o seu consentimento até indicação em contrário, a menos que o tratado disponha diversamente.**⁶⁹

⁶⁷ ACCIOLY, Hildebrando. CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. **Manual de Direito Internacional Público**. 19. ed., de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Kosovo, de 22 de julho de 2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 163-164.

⁶⁸ A regra do Art. 34, inclusive, é excepcionada ainda, em outro sentido, pela norma do Art. 38, todos da Convenção de Viena de 1986. O Art. 38 reforça a aplicabilidade do costume internacional como fonte normativa, e, neste caso, como fonte de obrigação, nas vezes em que a obrigação consuetudinária a ser suportada pelo terceiro não vem prevista pelo tratado, mas torna-se válida e eficaz em razão da conduta deste sujeito, assim como determina a regra geral de criação de vínculo e obrigação por meio consuetudinário. Atenta-se, outra vez, para a relevância do costume internacional como fonte de direito e como não prevalente e nem mesmo subalterna ao tratado.

⁶⁹ BRASIL. Deputados, Câmara dos. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>>. Acesso em: 19 out. 2017, s.n.t. Grifou-se.

O que se extrai é a necessidade de haver a manifestação expressa e inequívoca de um Estado terceiro para que a disposição que crie obrigação a ele seja válida e produza efeitos. E, em sentido inverso, a Convenção presume, ressalvada hipótese em que há manifestação expressa da *ausência* de interesse do terceiro, como válidos e eficazes os direitos a ele atribuídos por meio de pactuação do qual ele não faça parte.

Outra vez, o que justifica as disposições da Convenção de Viena é a natureza negocial do tratado – premiadas a boa-fé e a volição – e, em mais profunda análise, novamente, a soberania estatal.

Averiguados esses pilares, então, resta discorrer acerca dos tratados cuja natureza são, *puramente*, de normatividade geral.

3.2.4 Dos tratados-normativos: abrangência, finalidade e aplicabilidade – há coercitividade em sua aplicação?

Toda a explanação até o momento trilhou o caminho pautado nos conceitos tradicionais – clássicos – para justificar a essência e gênese do tratado, seja em sua forma geral, seja em seu sentido material; com isso, salientou-se exaustivamente quanto a natureza contratual deste instituto.

Outra via, contudo, será abordada neste momento, em que pese as premissas anteriores devam ser lembradas para que, ao final, possa ser respondida a questão posta: ao se estabelecer os tratados-normativos, é correto entendê-los como de *aplicação coercitiva*?

No início do presente Capítulo, propôs-se ter havido, com a internacionalização dos direitos humanos, não apenas um marco quanto à forma de elaboração dos acordos internacionais e ao reconhecimento de novos sujeitos de Direito Internacional, mas também ao que se chama atenção aqui, quanto às *vontades convergentes* dos entes que passavam a formular convenções a partir período.

Propôs-se, em acréscimo, a codificação de sucessivas normas pré-existentes, como também de novos ajustes, em que o tratado foi identificado como instrumento adequado para servir de subsídio instrumental – atribuindo, nesse sentido, maior segurança e eficácia imediata – a esses ajustes.

E é para o mesmo sentido que seguem os tratados denominados normativos.

Com intuito de ilustrar essas primícias, ALMEIDA⁷⁰ estabelece, ao classificar as convenções em suas vertentes materiais, a análise do objeto e finalidade do tratado para que, então se elenque-o como, além dos tratados-contrato, tratados-lei, em que, nestes últimos, haveria ainda a subdivisão entre os tratados constitutivos de organização internacional e os normativos.

Não cabe a essa pesquisa a observância de maiores detalhamentos, agora, sobre os constitutivos de organização internacional, bastando remeter o leitor às páginas anteriores, em que se justificou a necessidade do instrumento constitutivo para a sua atribuição e limitação da capacidade desses entes. Os normativos, entretanto, encaixam-se ao debate.

Em não se tratando das normas relativas às organizações internacionais, as quais, igualmente ao que se disse em momento anterior, também ingressam no Ordenamento Internacional como fonte de direito, fazendo-se impor frente aos signatários e participantes daquela organização, esses tratados-normativos devem ser entendidos como as convenções que veiculam normas gerais de Direito Internacional Público, e que, pela sua generalidade, são inafastáveis a qualquer ente deste Direito.

Há, nesse sentido, uma tendência doutrinária em classificar esse conjunto de normas como *constitucional internacional*, ou termos sinônimos. Isso porque, uma vez tendo sido compreendidos os tratados-contato como fonte de direito, não poderia se entender como fonte hierarquicamente inferior, ou mesmo paritária, aqueles que regulamentam a normatividade básica-basilar do sistema que a enfrenta.

Interessa ver, lastreando-se nessas informações, do que trata a Convenção de Viena:

Artigo 53

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos

⁷⁰ ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito Internacional Público**. 2. Ed. Coimbra, Portugal: 2003, p. 101.

Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.⁷¹

Depreende-se, em primeiro lugar, que *nenhum* tratado internacional poderá ser elaborado de forma a afrontar as normas gerais – aqui entendidas *jus cogens* – por seu caráter cogente perante as demais normas; em segundo, vale alertar, é visto que as normas detentoras deste caráter cogente e geral não são classificadas apenas como aquelas advindas *de* tratados ou *contidas* nos tratados, visto que os tratados são apenas uma das fontes dessa Seara, sendo outra importante fonte – embora não a única diversa – o costume.

Todavia, uma das proposições deste trabalho, como já se discorreu, é de compreender essas normas de *jus cogens* como as que estão, ou, ao menos, as que deveriam estar codificadas internacionalmente, uma vez tendo em vista que, por esta via, promover-se-iam com maior facilidade e certeza em muitos momentos.

Apesar disso, a dificuldade em limitar de maneira precisa o objeto dessas normas cogentes e imperativas é grande, não parecendo haver consenso na doutrina. De qualquer modo, acertada a conceituação nos seguintes termos:

Jus cogens pode ser conceituado como a representação de normas superiores, seja em razão de sua forma, porque está acima das demais devido a sua força capaz de anular todo tratado que lhe seja contrário, seja em virtude do seu conteúdo, porque substancialmente representa os valores mais caros da comunidade internacional⁷²

Nestas palavras, a cogência dessas normas demonstram-se tamanha que, seja pela incompatibilidade formal ou material, derogariam as demais que com ela colidissem. Nestas palavras, também, o conteúdo dessas normas imperativas devem ser entendidos como aqueles inerentes e/ou indispensáveis à sociedade e ordem internacional.

Uma discussão interessante propõe, pela generalidade do objeto, essas normas cogentes como aquelas similares às garantidoras da ordem pública

⁷¹ BRASIL. Deputados, Câmara dos. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>>. Acesso em: 19 out. 2017, s.n.t.

⁷² FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público: *jus cogens***. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 82.

em direito interno⁷³, em que pese os paralelos traçados passarem a se afastar em dado momento.

O que é inegável, porém, ante tudo o que se estudou até o momento, é de que as normas relativas a procedimentos para pactuar, *v.g.*, sejam cogentes e indistintamente aplicáveis frente a qualquer Estado, como, em sentido tão divergente quanto convergente, as normas relativas à proteção de direitos e fixação de determinadas garantias ao indivíduo, seja ele cidadão do Estado que for, serem igualmente aplicáveis, indistintamente, frente aos sujeitos de Direito Internacional.

Esse entendimento se extrai da ideia de as normas imperativas serem parâmetros para a atuação dos atores internacionais, e nos mesmos moldes em que essa atuação é guiada quando da elaboração de novas normas – notadamente, no exemplo sobre as normas relativas à pactuação, em que se exemplifica também que há cogência quando da proibição internacional mais básica de não se preferir a volição estatal quanto àquele que está alheio ao negócio – a atuação será guiada quando a materialidade da conduta desses entes partam de maneira a afrontar um dos postulados que parece ser dos mais importantes atualmente, ao menos no âmbito teórico, que é o da proteção humanitária, tendo-se em conta os acontecimentos – ainda – atuais dos pesarosos conflitos globais do Século XX.

Dito isso, o sentido finalístico das normas de *jus cogens* demonstra-se como 1) aquele destinado a resguardar, sim, uma ordem *formal* da sociedade internacional, uma vez que se impõe neste viés como repousante dos procedimentos básicos e inerentes à formação não só dos negócios em geral, mas das Relações Internacionais e do próprio Direito Internacional Público, e como 2) aquele que busca salientar, materialmente, conteúdos que devem ser entendidos como núcleos mínimos e imodificáveis, aos quais, entendidos ainda pelos Direitos Humanos, e relembradas suas características da historicidade e construção axiológica [de valores supremos], formam um emaranhado de preceitos éticos-morais inderrogáveis.

Inerente, nessa via, a questão formal da norma imperativa: as normas consuetudinariamente originadas e/ou convencionalmente estabelecidas, que regem a *forma* como devem ocorrer os trâmites e procedimentos das negociações e

⁷³ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público: *jus cogens***. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 68.

relações internacionais de forma geral, são parte indistinta do próprio conceito e justificativa de haver um *Direito*, normativo e [minimamente] sistematizado.

Indispensável, por sua vez, a questão material abordada pela *jus cogens*: é cediço, tanto pelos entes estatais, como pelas organizações internacionais e jurisprudência das cortes internacionais que vêm se espessando, que uma série de direitos humanos devem ser postos como aqueles valores superiores que ora se mencionou. Dito isso, ainda que não se entendam esses direitos como inerentes ao Direito Internacional, pela análise pura e simples da construção deste Ramo em seu período clássico, indispensável é a característica e, possivelmente, uma espécie de prerrogativa, destes direitos das gentes.

Observa-se, nestes termos:

De fato, *jus cogens* causa algumas modificações na estrutura do direito internacional. Ele resgata elementos do antigo direito natural e transfere o foco das decisões do consentimento individual do Estado para a vontade coletiva da comunidade internacional. Além disso, insere no sistema a ideia de proteção de direitos superiores. **Tais mudanças devem ser consideradas porque revisam os fundamentos do direito internacional. [...] [a comunidade internacional] parece ter finalmente, percebido que um mínimo axiológico, presente em regras políticas conjugadas, é elemento vital para a sua própria sobrevivência**⁷⁴

Novamente, o estreitamento do conceito de norma imperativa de Direito Internacional e normas atinentes aos Direitos Humanos ocorre. Relembra-se o que verificou o Capítulo anterior deste trabalho, em que a doutrina alertava, quando tratando do tema da internacionalização desses direitos, para uma nova demonstração de organização da sociedade internacional e da mitigação da soberania estatal, que em momento anterior via-se como absoluta, para atribuir valor prático ao mínimo necessário ao cidadão, equanto ente particular de direitos.

A despeito de todas essas questões e debates jus-filosóficos furtivos, o pragmatismo e a exegese de não só essas questões, mas de tudo aquilo que se disse acerca dos tratados e institutos correlatos, leva à resposta inesperada e, pelo o que se acredita, inadequada.

É verdadeira a afirmação de que as normas de *jus cogens*, como alvitra o próprio nome, são coercitivas, e, por essa razão, imperativas. São válidas, portanto, frente às demais normas que a desafiem – e, nesse sentido, aos demais

⁷⁴ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público: *jus cogens***. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 182-183. Grifou-se.

tratados ou pactuações não textuais de Direito Internacional. Mas engana-se aquele que afirma, sob essas perspectivas, que essas normas são *efetivamente* autocoercitivas, autoaplicáveis.

Primeiro, é claro, essa inefetividade em aplicá-la [coercitivamente] se justifica pela dificuldade não só hermenêutica, como também política, em delimitar seu objeto, pautando-se no que fora explanado. Segundo, também, pelas questões que voltam à tona quando afirmada a imperatividade frente a soberania de ente estatal.

Isso porque, se é inerente à própria natureza clássica de tratado a necessidade da manifestação livre de vontade para que seus efeitos sejam produzidos, uma vez que o Estado é, a um só tempo, detentor de investidura de legislador e pacificador de conflitos dos tratados-contratos, ou mesmo, uma vez que quando se submete à jurisdição de alguma corte internacional, o faz, também, via contrato – já que a corte nasce de organização internacional, que, por sua vez, depende de ato constitutivo juridicamente válido para existir.

Assim assenta REZEK⁷⁵:

Dentro da ordem jurídica estatal, todos somos jurisdicionáveis, dessa contingência não escapando nem mesmo as pessoas jurídicas de direito público interno [...] Já o Estado, no plano internacional, não é originariamente jurisdicional perante alguma. Sua aquiescência, e só ela, convalida a autoridade de um foro judiciário ou arbitral, e modo que a sentença resulte obrigatória e que seu eventual descumprimento configure um ato ilícito

O que se estabiliza é que não há como existir, nos preceitos clássicos, cogência eficaz contra um ente estatal, uma vez que essa mesma “cogência” da norma imperativa apenas será exequível no caso de ele próprio, Estado, submeter-se a ela.

Redunda-se, mais outra vez, para a natureza contratual dos tratados, que é assim concebida em razão do senso comum da sociedade internacional de haver uma soberania tão forte a ponto de fazer sucumbir, pelo menos no momento atual, pelo menos a princípio, outras questões de relevância ímpar.

Tem-se, portanto, que apesar de os tratados serem postos como normativos, e que, apesar de haver certo consenso da sociedade internacional de

⁷⁵ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 13ª Ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26.

que as normas cogentes a ela são uma realidade latente, não há, por outra via, uma forma de se executar essas mesmas normas, que não sob a autorização prévia do próprio ente estatal, conforme se vê:

A relação entre os sujeitos do direito internacional público é essencialmente de coordenação, uma vez que os Estados estão em situação de igualdade e agem através do consentimento. É o oposto do que ocorre no direito interno, em que há subordinação entre os elaboradores e os executores das normas e seus destinatários, que devem cumpri-las, independentemente de concordar com os seus termos. Essa fórmula de atuação dos Estados – baseada unicamente na sua vontade e, com isso, dando-lhes poderes para agirem ilimitadamente – tem gerado arbitrariedade e desigualdade entre os países, permitindo a primazia daqueles que têm maior força política e econômica⁷⁶

Entram em colisão, a partir desta perspectiva, tanto a garantia da humanidade de haver reconhecidos e firmados, de maneira inofismável e inafastável, alguns direitos mais fundamentais frente, não só aos demais indivíduos, como ao próprio Estado – ainda que não aquele ao qual pertence – quanto a exaustivamente lembrada soberania estatal, igualmente indissociável do conceito de Estado.

As normas de *jus cogens* acabam sendo alternativas para alterar essa realidade, mas suscitam, para a sua própria aplicação, esta mesma e exata questão, uma vez partindo dos pressupostos tradicionais dessa Ciência. E é a essa problemática que, com certo otimismo, buscar-se-á solucionar com proposições justificadas, no Capítulo a seguir.

⁷⁶ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público: *jus cogens***. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 182-183. Grifou-se.

4 A (IN) EFICÁCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS: O EMBATE ENTRE OS VALORES DA SOBERANIA E DOS DIREITOS MÍNIMOS

Verificados os pressupostos do Capítulo anterior, o que se afirma é que, embora existente um tratado, válidamente constituído no Ordenamento Jurídico Internacional e assim aceito frente à sociedade internacional, ainda que esse pacto seja veiculador de normas inerentes à própria essência desta Ordem ou mesmo da humanidade – que, notadamente, essa mesma Ordem busca cuidar – ele acaba por deter, frente àqueles entes não expressa e voluntariamente submetidos ao pacto, um carácter meramente informativo.

Isso porque, mesmo que as normas tenham carácter supremo em nível global, não submetendo-se ao tratado veiculado, o Estado alheio [ao pacto] vê a ineficácia daqueles valores contra si; ao menos, se considerar a impossibilidade materialmente válida, neste mesmo Ordenamento, de impor a ele o cumprimento daqueles deveres.

Há, portanto, uma *ineficácia* das normas de *jus cogens* em face deste Estado alheio. Isso porque, tomando por base conceitos da consagrada escada ponteano, a formação dessas normas são inequívocas, razão pela qual são perfeitamente existentes. São, ainda, fonte normativa frente a todo o Ordenamento Internacional, e, válidamente constituídas, podem ser consideradas válidas de maneira ampla. Mas em não sendo confirmada a voluntariedade do Estado de submeter-se àquele pacto, seus efeitos, pela visão clássica, não serão oponíveis contra ele.

E, reascendendo a problemática, não há que o Estado se esquivar do cumprimento de normas fundamentais a tal ponto. As normas cogentes assim devem ser entendidas e respeitadas. Assim, buscando aliar tudo o que se verificou da visão clássica aos anseios e necessidades modernos, o que se propõe, relativamente aos Direitos Humanos, é delimitá-los, para que assim se supere o debate hermeneutico, e aferir, por meio da realidade atual, método eficiente para promover as ideias conflitantes de maneira sólida.

Nestes termos, sem que seja preterido o valor da soberania estatal, secularmente consolidado, e também sem quem sejam injustamente menosprezados os direitos a serem estabelecidos como mínimos à humanidade, buscar-se-á um comedimento apto à aplicação hodiernamente.

4.1 Direitos Mínimos – Dignidade Humana Como Postulado Global

Uma das maiores dificuldades encontradas na Ciência Jurídica, possivelmente, está na conceituação e limitação do conceito e abrangência, respectivamente, de dignidade humana. O que se sabe, de todo modo, é se tratar de um valor jurídico, portanto dotado de sentido técnico perante o Direito, e, em linhas gerais, verdadeira essência ou de natureza inerente ao homem.

Cabe, neste aspecto, revelar brevemente alguns caminhos já trilhados pela literatura, doutrina e filosofia geral e jurídicas, para que se possa aproximar de um estabelecimento mais sólido deste valor.

Nesses passos, BARROSO⁷⁷ relembra o conceito de *dignitas homini* propalado do Direito Romano, que hierarquizava os sujeitos daquela comunidade e os classificavam ao atribuir *status* por meio dessa “dignidade”, considerando homem digno aquele sujeito detentor de certa posição política ou social. Apesar da nomenclatura, entretanto, o autor é atilado ao afastar essa compreensão daquela contemporaneamente atribuída à dignidade em Direito.

A dignidade humana, modernamente entendida, aproxima-se mais da colocação de GONZÁLEZ PÉREZ⁷⁸, de que “La dignidad de la persona no es superioridad de un hombre sobre otro, sino de todo hombre sobre los seres que carecen de razón”⁷⁹.

Esse pensamento originário do período estoico, para o qual atenta SARLET⁸⁰, diferencia o homem dos demais seres, e aproxima do conceito de dignidade à ideia de liberdade: se, conforme se promove, a dignidade implica em *inexistência* de um homem sobre outro, patente o direito-dever de haver liberdade entre eles.

Da afirmação do autor espanhol se extrai ainda que a dignidade é tão elementar ao homem quanto a sua capacidade única, na natureza, de ser pensante⁸¹. E é por essa inerência e suposta subjetividade que os primeiros passos

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. “**Aqui, lá e em todo lugar**”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Separata da Revista dos Tribunais. Ano 101, vol. 919, maio de 2012, p. 131-132.

⁷⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **La Dignidad de la Persona**. Madrid, España: Civitas, 1986, p. 25.

⁷⁹ “A dignidade da pessoa não é superioridade de um homem sobre outro, mas sim de todos os homens sobre os seres que carecem de razão” (tradução nossa).

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 30-31.

⁸¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p 294-295.

em direção ao reconhecimento dessa premissa é advinda da espiritualidade da religião.

Considerar o ser-humano como um ser especial perante os demais remete largamente à ideia criacionista, especialmente à máxima cristã de que “Deus criou o homem à sua imagem e semelhança”, veiculada já no Antigo Testamento, logo no primeiro Livro, de Gênesis⁸².

E é para essa direção que a doutrina criacionista/cristã passou a guiar, rumo este que se tornou substrato para a filosofia jurídica amplamente difundida nos dias atuais refletir:

El cristianismo supuso una conquista definitiva en la concepción de la persona humana [...] Creación y Redención constituyen las dos circunstancias en que descansa el valor del hombre [...] Cuando Kant formula el imperativo categórico conforme al cual se demanda que, justamente porque el hombre como persona en sentido técnico tiene una dignidad, se le coloque por encima de todo lo que puede ser utilizado como medio y se le trate como fin en sí mismo, y Hegel el teorema del Derecho diciendo que cada uno debe ser tratado por el otro como persona, no hacen otra cosa – dice Karl Larenz – que traducir al lenguaje de su Ética unas consideraciones genuinamente cristianas y las consecuencias que de ellas se derivan para el Derecho. No puede olvidarse el origen divino de la dignidad humana. Sólo así garantizaremos el respeto a la misma debido.

⁸³⁸⁴

O caráter intrínseco da dignidade à própria pessoa é reverberado mais uma vez. E o que se verifica da afirmação é que, com o reconhecimento da dignidade humana, a Ciência, por meio de grandes contribuições da Filosofia moral e ética, começa a entender o indivíduo não mais como um meio, mas como um ser dotado de um fim em si próprio, e de forma despida de preceitos religiosos.

Ou seja, inicia-se um movimento intelectual a fim de garantir ao homem essa atribuição de dignidade, ainda que sem abalzar com limites precisos o seu

⁸² ÚLTIMOS DIAS, A Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos. **Bíblia Sagrada**. Traduzida para o português. United States: Intellectual Reserve, 2015. Disponível em <https://www.lds.org/bc/content/shared/content/portuguese/pdf/language-materials/83800_por.pdf>. Acesso em 24 out. 2017, p. 2 – Gênesis 1:26.

⁸³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **La Dignidad de la Persona**. Madrid, España: Civitas, 1986, p. 27-29.

⁸⁴ “O cristianismo significou uma conquista definitiva na concepção de pessoa humana [...] Criação e Redenção constituem as duas circunstâncias em que descansa o valor do homem [...] Quando Kant formula o imperativo categórico conforme o qual se demanda que, justamente porque o homem como pessoa em sentido técnico tem uma dignidade, o coloque acima de tudo o que pode ser utilizado como meio e o trate como fim em si mesmo, e Hegel o teorema do Direito dizendo que cada um deve ser tratado por outro como pessoa, não fazem outra coisa – diz Karl Larenz – que traduzir à linguagem de sua Ética umas considerações genuinamente cristãs e as consequências que delas derivam para o Direito. Não se pode ignorar a origem divina da dignidade humana. Só assim garantiremos o respeito devido à mesma” (tradução nossa).

conceito, em razão da percepção de que a objetificação⁸⁵ do ser-humano contraria sua própria natureza e âmago.

Por este viés, retoma-se a discussão originária também do período romano, conforme mencionado no anterior Capítulo, que leva à dicotomia kantiana ente “coisa” e “pessoa”. Aliás, a contribuição do imperativo categórico elaborado por Kant ao Direito, em especial para reverberar a dignidade, é imensa.

Não por outra razão, a coisificação nos conflitos mundiais aos quais o mundo fora submetido no Século XX, conforme inferido no Segundo Capítulo, tornou a levantar o debate sobre a dignidade humana, colocando-a em foco nos debates acadêmicos e, em proporções nunca antes vistas, também no mundo fático.

Por óbvio, em exegese ao que se mencionou anteriormente, não foi neste momento em que houve o reconhecimento da existência dessa dignidade; esse reconhecimento remonta a tempos mais remotos. Mas justamente em razão da globalização, facilidade e agilidade dos meios de comunicação em nível mundial, e, não menos importante, pelas proporções das violações de direitos claramente ultrajantes da dignidade, esse momento tornou-se marco.

A internacionalização dos Direitos Humanos, neste aspecto, gerou-se pela necessidade de reverberar aquela dignidade humana anteriormente conhecida, mas ainda deliberadamente ignorada. O marco de período similar na História, inclusive conforme rasamente mencionado no mesmo Capítulo, caracterizou-se também pela multiplicação do surgimento de Estados nacionais que, seguindo os anseios daquele momento, passaram a positivar internamente o a inerência do valor da dignidade em seus ordenamentos.

Nesse diapasão, COMPARATO⁸⁶ revela que:

[...] a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.

⁸⁵ Entender a expressão no sentido de compreender o homem como ser desprovido de personalidade, desprovido de capacidade intelectual e de necessidades humanísticas mínimas à sua existência; é a verdadeira *coisificação*.

⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica os Direitos Humanos**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 56-57.

Não parece desarrazoado estabelecer, tendo esse pensamento como premissa, que a dignidade humana passa a ser verdadeiramente trazida ao debate – e, cada vez mais, aos ordenamentos em geral – após esse mesmo valor ser posto à prova e desdenhado perante toda a Terra.

Com estes acontecimentos, o reconhecimento histórico dos direitos humanos – notadamente e diretamente derivados do próprio valor de dignidade – ganhou a força necessária para passarem a ser reconhecidos como *direitos fundamentais*, recebendo, enfim, proteção por diversas fontes⁸⁷.

Por essas razões, e após também percorrer às lições abarcadas do Iluminismo, BARROSO⁸⁸ declara:

A dignidade humana foi então incorporada para o discurso *jurídico* devido a dois fatores principais. O primeiro deles foi a inclusão em diferentes tratados e documentos internacionais, bem como em diversas constituições nacionais, de referências textuais à dignidade humana. O segundo fator corresponde a um fenômeno mais sutil, que se tornou visível com o passar do tempo: a ascensão de uma cultura jurídica pós-positivista, que reaproximou o direito da moral e da filosófica política [...] na qual a interpretação das normas legais é fortemente influenciada por fatos sociais e valores éticos, a dignidade humana desempenha um papel proeminente

Percebe-se que esse marco na História do mundo e do Direito fez também com que se perpassasse o conceito originário do positivismo – que veio, a propósito, para, no momento em que fora instituído, da busca de se afastarem as arbitrariedades – para se chegar a esse pós-positivismo, incorporando nos textos das leis valores a serem sopesados pelos operadores do Direito, com intuito de preceituar normas de cunho anteriormente tidos como de direito natural, veiculando, desta forma, alguns valores de moralidade e ética por meio do próprio ordenamento.

Permitiu-se, por essa via, o ingresso das contribuições da Filosofia, como a de Kant, à capa da proteção texto-normativa.

Também por meio de um novo movimento, de uma nova consciência jurídica, o neoconstitucionalismo promoveu os valores das normas constitucionais dentro dos ordenamentos jurídicos internos, fazendo com que as normas veiculadas por meio da constituição fossem entendidas como de valor máximo perante as demais.

⁸⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **La Dignidad de la Persona**. Madrid, España: Civitas, 1986, p. 32.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. “**Aqui, lá e em todo lugar**”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Separata da Revista dos Tribunais. Ano 101, vol. 919, maio de 2012, p. 134-135.

Sob essa realidade, a dignidade da pessoa passou a ser positivada em nível constitucional na forma dos já referidos direitos fundamentais, em que cada ordenamento, por meio de suas novas constituições, passou a estabelecer os Direitos Humanos como normas-regras e por principiologia, sendo esses direitos oponíveis pelo cidadão [inclusive] ao próprio Estado, revelando o seu caráter supremo, e veiculado por todo o globo independentemente de questões locais como a cultura, religião ou demais questões empíricas próprias.

Citam-se, por exemplo, algumas normas *topos* promotoras desses direitos, de ordenamentos distintos de Estados estabelecidos nos moldes europeus ocidentais geralmente exaltados:

The Constitution of the Islamic Republic of Pakistan (1947)
Part II: Fundamental Rights and Principles of Policy
Chapter One: Fundamental Rights
Article 14: Inviolability of dignity of man, etc. (1) The dignity of man and, subject to law, the privacy of home, shall be inviolable.⁸⁹⁹⁰

Constitution of the People's Republic of China (1982)
Chapter II The Fundamental Rights and Duties of Citizens
Article 33 [...] The State respects and preserves human rights.
Article 38 The personal dignity of citizens of the People's Republic of China is inviolable. Insult, libel, false accusation or false incrimination directed against citizens by any means is prohibited.⁹¹⁹²

The Constitution of the Russian Federation (1993)
Chapter 2. Rights and Freedoms of Man and Citizen
Article 17: [...] 2. Fundamental human rights and freedoms are inalienable and shall be enjoyed by everyone since the day of birth.
Article 21: 1. Human dignity shall be protected by the State. Nothing may serve as a basis for its derogation.⁹³⁹⁴

⁸⁹ “Constituição da República Islâmica do Paquistão (1947). Parte II: Direitos Fundamentais e Princípios Políticos. Capítulo Um: Direitos Fundamentais. Artigo 14: Inviolabilidade da dignidade do homem, etc. (1) A dignidade do homem e, sob reserva da lei, a privacidade do lar, deve ser inviolável” (tradução nossa).

⁹⁰ NAKHODA, Shehzaad. UZMI, Zartash. **The Constitution of the Islamic Republic of Pakistan**. Disponível em: <<http://www.pakistani.org/pakistan/constitution/>>. Acesso em 25 out. 2017, s.n.t.

⁹¹ “Constituição da República Popular da China (1982). Capítulo II Os Direitos Fundamentais e Deveres dos Cidadãos. Artigo 33 [...] O Estado respeita e preserva os direitos humanos. Artigo 38 A dignidade pessoal dos cidadãos da República Popular da China é inviolável. Insulto, difamação, falsa acusação ou falsa incriminação dirigida contra cidadãos por qualquer meio são proibidos” (tradução nossa).

⁹² STATE COUNCIL, The. (The People's Republic of China). **Constitution of the People's Republic of China**. Disponível em: <http://english.gov.cn/archive/laws_regulations/2014/08/23/content_281474982987458.htm>. Acesso em 25 out. 2017, s.n.t.

⁹³ “Constituição da Federação Russa (1993). Capítulo 2. Direitos e Liberdades do Homem e do Cidadão. Artigo 17: [...] 2. Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são inalienáveis e devem ser apreciados por todos desde o dia do nascimento. Artigo 21: 1. A dignidade humana deve ser protegida pelo Estado. Nada pode servir de fundamento para a sua derrogação” (tradução nossa).

Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia (1994)
 CHAPTER THREE. FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS
 PART ONE. HUMAN RIGHTS ARTICLE 24. RIGHT TO HONOUR AND
 REPUTATION. 1. Everyone has the right to respect for his human dignity,
 reputation and honour⁹⁵⁹⁶

Há traços marcantíssimos que separam a cultura e empirismos paquistaneses, chineses, russos e etíopes. Com distintas formas de governo, de Estado, com diferentes crenças, diferentes características étnicas e históricas, esses Estados, ao redor do mundo, distanciam-se dos exemplos clássicos citados pela doutrina ordinária ocidental. Ainda assim, todas as normas colocadas como exemplo trazem uma proteção elementar à dignidade humana, seja com maiores ou menores garantias expressas, mas sem ficar a ela alheias.

Todos esses Estados expostos como exemplo também tratam desses direitos como fundamentais, e não deixam de atentar, por vezes até de maneira expressa, para a inviolabilidade e inderrogabilidade dos preceitos éticos impostos em razão da dignidade.

É bem verdade, por outra via, que esses mesmos Estados que garantem a observância imperativa da dignidade são, ao mesmo tempo, transgressores desse valor.

O Paquistão, sob a égide das leis pautadas na religião, é lembrado por cometer injustiças contra as mulheres, bastando citar a vencedora do prêmio Nobel da Paz, Malala Yousafzai; a China, imputada sucessivamente de condutas contrárias a direitos sociais, como os trabalhistas, impondo uma diferença econômica significativa contra os Estados garantidores desses mesmos direitos; a Rússia viu seu nome repercutir na imprensa em razão do tolhimento de direitos da comunidade homossexual, sofrendo represálias por ter legislado contra a liberdade e dignidade sexual do seu cidadão; já a Etiópia vem sendo fonte de notícia por negligenciar e praticar uso abusivo de força contra a população Oromo, representado, inclusive, pelos protestos – e busca de asilo político – do maratonista olímpico Feyisa Lilesa.

⁹⁴ GAZETA, Rossiiskaya. **The Constitution of the Russian Federation**. 1993. English translation "Grant-Service". In: <<http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>>. Acesso em 25 out. 2017, s.n.t.

⁹⁵ "Constituição da República Democrática Federal da Etiópia (1994). CAPÍTULO TRÊS. DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADES. PARTE UM. ARTIGO 24 DO DIREITO HUMANO. DIREITO DE HONRA E REPUTAÇÃO. 1. Todos têm direito ao respeito da dignidade humana, reputação e honra" (tradução nossa).

⁹⁶ CONSTITUTE. **Ethiopia** **1994**. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Ethiopia_1994?lang=en>. Acesso em 25 out. 2017, s.n.t.

Não ficam alheios, adverte-se, os Estados mencionados constantemente com certo furor por serem paradigmáticos; o próprio Estado Brasileiro, conhecido por ter a mais extensa e completa carta de direitos, enfático com a imprescindibilidade da dignidade, segue lembrado pela violência policial, muitas vezes, desarrazoada, por exemplo.

Contudo, o que se torna indiscutível, tanto no mundo teórico-científico, quanto no normativo, é que, apesar de ser muitas vezes preterido por questões políticas ou de más interpretações (e/ou aplicações), a dignidade é um valor uno e universal. É, portanto, um valor *geral*; e geral que é, universalmente aceito, é inadiadamente cogente.

Dito isso, os direitos minimamente necessários para atribuir e garantir a dignidade *fática* da pessoa devem ser entendidos como *direitos mínimos*: para concluir se o direito é *mínimo* ou não, ele deve ser colocado sob o filtro da dignidade, e objetivamente classificado como reflexo desse valor inerente e de fim em si próprio do homem.

Um exemplo claríssimo perante essa questão é a não submissão do homem à tortura, que, por derivar da dignidade física e psíquica humana, que não permite utilizar do indivíduo para um *meio* de obtenção de coisa alguma – seja de provas, seja de informações, etc. – é firmado pelo Ordenamento Internacional e reverberado pelas decisões das cortes e tribunais internacionais.

Nesses termos, cumpre observar o que impõe, respectivamente, KELSEN⁹⁷ e ÁVILA⁹⁸:

Chamamos de norma “fundamental” a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Todas as normas cuja validade podem ter sua origem remontada a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem. [...] A norma fundamental não é criada em um procedimento jurídico por um órgão criador de Direito. Ela não é – como é a norma jurídica positiva – válida por ser criada de certa maneira por um ato jurídico, mas é válida por ser pressuposta como válida; [...] as normas fundamentais das diversas ordens jurídicas nacionais são, elas próprias, baseadas em uma norma geral da ordem jurídica internacional. Se concebermos o Direito internacional como uma ordem jurídica à qual estão subordinados todos os Estados [...] então a norma fundamental de uma ordem jurídica nacional [...] [é] uma norma do Direito internacional aplicada à ordem jurídica de um Estado concreto

⁹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 163; 170; 177-178.

⁹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicabilidade dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 134.

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. [...] sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas.

Decerto KELSEN é lembrado por sustentar uma teoria monista entre as normas internacionais e as internas. Mas, independentemente da teoria adotada em relação ao tema – monista, dualista ou mista – é possível refletir sobre a proposição do autor no sentido de que há um caráter inegável de norma fundamental, nos termos por ele propostos, da dignidade da pessoa em Ordenamento Internacional que, por sua vez, é imediatamente imposto às ordens internas. Há a generalidade da regra, e há, igualmente, uma pressuposição inerente de validade do valor digno da pessoa.

À luz da visão kelseniana, os sistemas jurídicos atuais detêm, como norma fundamental, a dignidade humana, tendo em vista que todas as outras normas – mesmo as que dizem respeito à formação do Estado, *v.g.*, uma vez que o Estado passa a ser, por sua vez, sujeito promotor e garantidor dessa dignidade – encontram fundamento nessa primeira.

ÁVILA, por sua vez, delimita as metanormas como aquelas que, muito mais que uma norma simples – por ele denominada “de primeiro grau” – impõem-se como verdadeira diretriz às demais, sendo por essa razão metódicas, no sentido de que são [meta]normas abstratamente constituídas que impõem determinado abalçamento na hora de se interpretar e aplicar as demais; os postulados, nessa via, têm um caráter de norma fundamental nos limites dos termos de Kelsen. São normas que são pressupostas como válidas, por haver a necessidade de se pressupor assim para que o Direito como um todo se torne cognoscível e *válido*.

Nestes termos, ainda, SARLET⁹⁹¹⁰⁰ declara:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, **onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder**, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, **não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.** [...] todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, muito embora nem todas elas a concebiam em termos de direitos humanos, razão pela qual se impõe o estabelecimento de um diálogo intercultural [...] [que pertence] ampliar ao máximo a consciência da incompletude mútua entre diversas culturas por meio do diálogo

Daí surge, verdadeiramente, a ideia de garantia de direitos mínimos observados da decorrência da dignidade humana; e, corroborados todos os anteriores entendimentos, a dignidade humana pode ser entendida como verdadeiro postulado normativo¹⁰¹, e pela sua amplitude e exurgimento indistintamente de qualquer característica do ser-humano que não ao simples fato de ser humano, um postulado global.

Sendo assim, implica em ser entendido como uma metanorma que culmina num *método* de análise para as demais normas – regra ou princípio; implica em ser entendido, conforme dito anteriormente, como um filtro de identificação e validação de determinados outros direitos [e até mesmo atos juridicamente relevantes] de forma objetiva¹⁰².

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, v. 5, n. 9, p.361-388, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27252>>. Acesso em: 17 set. 2017, p. 380-381, 384. Grifou-se.

¹⁰⁰ Ainda o entendimento e conceituação do autor em SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 59-62.

¹⁰¹ É interessante salientar que, tal qual promove Humberto Ávila, na mesma obra Teoria dos Princípios, sobre a igualdade enquanto postulado normativo às p. 162-163, a dignidade humana pode, sim, por vezes, também ser considerada uma norma de primeiro grau – portanto, não mais apenas como um postulado – a depender do critério a ela empregado; há um caráter principiológico na posituação da dignidade nas constituições, pois ao se entender, ainda corroborando ao entendimento do autor, o princípio como uma norma abstrata impondo um resultado a ser alcançado, a posituação no sentido de *promover*, *garantir* ou *alcançar* a dignidade, por exemplo, acaba fazendo com que a norma assumisse esse caráter dúplice de metanorma e norma geral.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. **“Aqui, lá e em todo lugar”**: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Separata da Revista dos Tribunais. Ano 101, vol. 919, maio de 2012, p. 136 e ss., em que, apesar de o autor classificar, nesse caso, a dignidade como princípio, revela fórmula eficaz de transformar esse valor no “filtro” proposto.

4.2 Soberania Estatal Sob a Ótica Moderna

Gradativamente se expôs, ao longo deste trabalho, a compreensão clássica *versus* a necessidade de atualização de conceito da soberania estatal, ante a evolução das Ciências Sociais como um todo – a Jurídica, a Filosofia, as Relações Internacionais, a própria Antropologia e Sociologia...

Isso porque, o surgimento do conceito de soberania é bastante remoto e já representou instituto de fundamental importância para resguardar os interesses sociais dos cidadãos submetidos a ela; hoje, entretanto, os fenômenos da globalização e internacionalização tornam, cada vez mais, ineficientes as barreiras limítrofes de alguns pontos, diferentemente do que se via em outro momento.

Antes de aprofundar-se a esse debate, entretanto, imperioso o alerta feito por NASSER¹⁰³ a respeito da questão:

É verdade que a noção de soberania sofre críticas e ataques de diversas naturezas. Por uns, é considerada como falaciosa enquanto conceito teórico, por outros, tem sua existência negada no mundo real. Atualmente, costuma ser diagnosticada como acometida de uma patológica erosão diante das novas realidades internacionais. **Aqui, queremos sustentar ser necessária uma diferenciação entre soberania enquanto conceito político e soberania enquanto princípio formal, de direito interno e internacional.** Não restam dúvidas de que a soberania real, com seus corolários – interno, traduzido no monopólio da regulação e da violência, externo, entendido como total independência –, se de fato existente, é privilégio de poucos e varia segundo o sabor dos tempos e das circunstâncias [...] Formalmente, no entanto, a soberania ainda tem sentido e importância. Os Estados permanecem sendo responsáveis pela produção e aplicação do direito em seus territórios. Perante o direito internacional, como veremos, são considerados igualmente soberanos. [...] **É preciso admitir que, mudando o papel do Estado, mude também a natureza do direito internacional ou, em outras palavras, de que transformada a sociedade e modificado o seu funcionamento, se transforme também o seu direito**

A despeito de certos entendimentos doutrinários, parece inegável, confirmando do que trata o autor, atestar a existência da soberania, apesar de haver, realmente, negligência a determinadas questões da força desse corolário, uma vez que a prática demonstra que os Estados mais fortes – seja no sentido econômico, seja no sentido bélico ou correlatos – conseguem relativizar aspectos atinentes à soberania alheia em favor de seus interesses, por imporem-se àqueles mais fracos.

¹⁰³ NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional**: um estudo sobre a *soft law*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 51-52. Grifou-se.

Em verdade, a soberania como elemento formal representa, em acepção clássica, “pressuposto necessário para o fenômeno estatal”¹⁰⁴, e impõe, sob determinado território, não só um ordenamento próprio e adequado aos valores empíricos daqueles subordinados, mas demonstra, ante a sociedade internacional, a necessidade e dever de se respeitar esses valores, essa cultura, de forma irrefutável.

Assim, e de forma simplificada, essa soberania clássica, ao que parece, indica a importância de não haver uma imposição sociocultural diversa, por meio de instituto juridicizado. E mesmo que no cotidiano – pelas desigualdades – essa situação não seja integralizada “por completo”, ela se impõe. Mas é indissolúvel, também, a concepção de que, apesar de necessária e existente, a soberania não é absoluta, como fora anteriormente considerada.

NASSER¹⁰⁵, tomando esse horizonte, identifica que “[a soberania] além de relativa, está em franco processo de retração diante da progressiva perda de prerrogativas do Estado”.

A acepção material – ou real, nas palavras do autor – da soberania, entretanto, é essa que passou a ser pacificamente entendida como relativa após a internacionalização dos direitos humanos, em consequência às violações, não só desses direitos humanos propriamente ditos, mas como consequência também da violação da própria noção do próprio instituto.

Interessa, desta forma, reverberar e compreender o ensinamento de KELSEN¹⁰⁶, de que “se a igualdade dos Estados significa a autonomia destes, a autonomia que o Direito Internacional confere aos Estados não é absoluta e ilimitável, mas relativa e limitável”. Buscando distinguir a regra de igualdade de Estados da legalidade do Direito Internacional, o que pode se extrair do entendimento à discussão aqui proposta é de que a igualdade pressupõe que as vontades dos Estados não sejam preteridas, ou seja, que a autonomia pactual desses entes sejam preservadas, mas que, apesar disso, essa noção de igualdade não se torne tão simplória a ponto de descaracterizar esse Ramo.

¹⁰⁴ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003-2006, p. 29.

¹⁰⁵ NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional**: um estudo sobre a soft law. São Paulo: Atlas, 2005, loc. cit.

¹⁰⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 364.

Dito isso, em que pese a soberania formal, diferenciada da material, seja passível de ser preservada nos moldes atuais, a soberania material não pode ser petrificada a tal ponto a transformar as Relações Internacionais e o Ordenamento Internacional geral em mandamentos inócuos.

Mais claramente, o que se sustenta é que a soberania estatal tem um caráter relevante, mas não pode, sob a ótica moderna, se sobrepor às *normas fundamentais* – relembrando o conceito de Kelsen.

Claramente, ao se entender a dignidade humana como preceito minimamente necessário à toda a Ordem Internacional e seus destinatários – neste caso, em especial, os Estados – e ao colocar esse valor como um postulado normativo global, tem implicações profundas na descaracterização do absolutismo da soberania clássica.

A dignidade, nestes termos, passa a ser um filtro de *validade* das demais normas e, porque não, dos atos de todos os agentes submetidos ao Ordenamento Jurídico Internacional, sejam eles dotados dessa *autonomia* formal ou não. Os Estados, nesses moldes, não escapam de serem consideradas como inválidos – ou, a depender, ineficazes – os seus pronunciamentos, ainda que transmitidos em caráter puramente de direito interno, caso a metanorma de observância indispensável e, nesses termos, cogentes, seja afrontada.

Visto isso, e parafraseando o pensamento prudentemente ajustado de BARROSO¹⁰⁷, que, por sua vez, reafirma também o zelo de Ronald Dworkin, apesar de haver uma necessária vagueza semântica no conceito de dignidade – como detém todos os postulados jurídicos, em razão, ao que se demonstra, da sua própria natureza – o receio de a dignidade ser má-aplicada por razões inúmeras, em especial o interesse egoístico daquele que a aplica, não deve e nem pode, pela fundamentalidade do seu valor, ser suficiente pra preteri-la de alguma forma, seja em não a reconhecendo, seja em não a atribuindo sua ordinária imperatividade.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. “**Aqui, lá e em todo lugar**”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Separata da Revista dos Tribunais. Ano 101, vol. 919, maio de 2012, p. 153.

4.3 Tornando Eficaz o Direito: o Transconstitucionalismo na Promoção dos Direitos Mínimos

A ideia de constitucionalismo mundial, anteriormente citada, vem como proposta doutrinária à resolução do conflito de hierarquia aos sistemas jurídicos internos frente ao internacional. Assim, de uma forma ou de outra, com maiores ou menores limitações à soberania estatal, o que a ideia propala é a normatização internacional dos direitos compreendidos por este âmbito, e a atribuição do caráter cogente – *jus cogens* – a essas normas.

Apesar de interessantes ideias serem veiculadas por essa proposta, chama a atenção a ideia alternativa, e de nome similar à obra, extraída do que NEVES veicula como “Transconstitucionalismo”¹⁰⁸. O autor expõe problematização similar – mas muito mais abrangente, é verdade – à que se propôs nesse trabalho, e busca, por meio do diálogo entre os direitos constitucionais, referidos pelas decisões das cortes e tribunais constitucionais de distintos Estados, quando do surgimento de necessidade de pronunciamento judicial a respeito de temas que, apesar de estarem sendo tratados em ordenamentos distintos, repousam sobre o mesmo cerne.

Nesse viés, e atentando para a inexistência de um ordenamento que possa ser considerado, de fato, superior a outro – mesmo quando confrontados os pronunciamentos de cortes internacionais, supranacionais, regionais e/ou internos – promove, na ideia de comunicabilidade entre os Direitos, por meio da identidade de elementos e do assunto sob análise, em que promover-se-ia, ainda que respeitando a autonomia e distinção de cada ordem jurídica conflitante, verdadeiro “diálogo” entre os direitos.¹⁰⁹

A proposta remete ao que diz FERRAJOLI¹¹⁰, de que “Repensar o Estado em suas relações externas à luz do atual direito internacional não é diferente de pensar o Estado em sua dimensão interna à luz do direito constitucional”. E apesar de ser de bom tom ressaltar que a ideia do doutrinador italiano reside naquela inicial, de se constituir um constitucionalismo mundial, esse fragmento, em

¹⁰⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

¹⁰⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 115 e ss.

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlo Caccioli, Márcio Lauria Filho; revisão da tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46.

específico, se amolda ao pensamento ensejado por NEVES e aqui proposto como solução, como será demonstrado.

Elencar esses pensamentos, lado a lado, pode parecer conflitante e paradoxal. Na realidade, contanto, equilibrar as ideias – de uma vasta mitigação da soberania [clássica] estatal em favor de uma normatividade imperativa e preciosa pelo Direito Internacional, de FERRAJOLI, bem como da doutrina que o acompanha, e de uma ausência hierárquica entre ordens internas e internacional, e, portanto, um conceito mais irrestrito da soberania por NEVES.

Vale dizer, desde logo, que Marcelo Neves não se esquivava de tratar dos Direitos Humanos como uma questão – e problemática – de observância de distintos ordenamentos. Nem mesmo, é claro, sustenta a ideia da soberania absoluta. Sustenta, entretanto, que há diferenças inerentes – as quais se denominou anteriormente de empíricas – entre diversos Estados, e apontar um ou outro como prevalente seria flagrantemente arbitrário.

O que o autor faz refletir é que há a necessidade de, tendo em vista toda a construção e imperiosidade das Relações Internacionais e de proteção a essas diferenças inerentes legítimas, impor contra um Estado, enquanto sujeito de direito internacional detentor dessas diferenças ante aquele que pretenderia prevalecer, a legitimidade para uma “prevalência” ordenamental estaria no diálogo e mediação entre os valores e as ideias presentes em cada um desses ornamentos.

Quanto à ideia de Luigi Ferrajoli, relembra-se o que foi exposto em momento oportuno, de que a dignidade humana, como postulado que é, vem positivado – de forma mais explícita e/ou mais detalhada a depender do ordenamento – nas normas constitucionais, por mais dissociadas que sejam umas das outras em seus demais mandamentos.

Assim, compreende-se haver, na formulação ideal de NEVES, elos¹¹¹ claramente notáveis nos ordenamentos jurídicos internos, de forma geral, e à ideia promovida pelas normas gerais e cogentes de Direito Internacional à luz dos ansios modernos, e, até mesmo do pós-positivismo e internacionalização dos direitos considerados, portanto, mínimos.

¹¹¹ Ou, nas palavras que busca o autor, *simetria* nas ordens jurídicas; NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, especialmente lembrada nas p. 279 e ss., quando da análise, pelo autor, do transconstitucionalismo e as normatividades, em caráter geral, ali colocadas como distintas – por, ao que se entende aqui, serem analisadas questões que vão além do núcleo da presente pesquisa.

Manifestadas as ideias demarcantes de uma proposição, ainda que inicial, à solução da problematização levantada, poder-se-ia prosseguir à uma forma de efetivar, então, os direitos mínimos ora compreendidos, os fazendo promovidos de maneira mais próxima daquela idealizada pela teoria jurídica e filosófica cuidadora da dignidade.

Neste passo, outra proposta levandata pela doutrina de FERRAJOLI parece se amoldar, em partes, à ideia de transconstitucionalismo enquanto garantismo dos tais direitos: a reformulação da Corte Internacional de Justiça, enquanto corte máxima de justiça perante a ONU – que, por sua vez, mostra-se atualmente como mais importante organização internacional, e a mais *global* delas, uma vez que abarca uma sistematização bastante organizada em diversas searas e é composta por praticamente todos os entes estatais existentes da atualidade¹¹².

Nesses termos, atribuir-se-ia uma investidura mais complexa e imperativa à Corte, quando da tratativa e decisão sobre temas fundamentados nos direitos mínimos dos indivíduos, tornando sua jurisdição, neste aspecto – e, salienta-se, para este fim exclusivo – inescusável ao Estado; ainda em interpretação à proposta de Ferrajoli, interessante, também, a possibilidade de se abrir o acesso a essa Corte de Justiça ao cidadão¹¹³, também com o intuito de se promover, exclusivamente, a submissão à jurisdição internacional “global” mais efetiva quando do deslinde de assuntos dessa magnitude.

Ainda sustentando essa proposta, o uso transconstitucional de conceitos relativos a atribuir maior robustez ao preceito da dignidade humana seria capaz de se fundamentar, por exemplo, na exaltação de direitos e garantias constitucionais pátrias, uma vez tendo considerado a extensão e exemplaridade da Carta de Direitos contidas na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988; outro exemplo seria a “intangibilidade” da dignidade humana, promovida logo no artigo inicial da Lei Fundamental Alemã¹¹⁴.

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho; revisão da tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 54-55.

¹¹³ O que implicaria em mais outra atualização dos conceitos de sujeitos de direito, e que, pelo o que se entende desse conjunto de ideias, tornaria o Direito Internacional mais eficiente e de eficácia arrazoada.

¹¹⁴ BUNDESTAG, Deutscher. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradução por Assis Mendonça, Aachen. Revisão por Urbano Carvelli, Bonn. Jan. 2011. Disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 24 out. 2017, p. 18.

Cumpra-se atentar, inescusadamente, que esses modelos colocados como exemplo, ao se conceber a ideia veiculada, seriam impreterivelmente postos ao *diálogo* para com o ordenamento ao qual seria aplicado/aplicável; ou seja, o que se pretende alertar é de que esses ordenamentos – o brasileiro e o alemão – são elencados como exemplos tendo em vista a abrangência dada, por eles, à dignidade humana. Não são, entretanto, modelos a serem seguidos de maneira cega ou desmedida. Não são, entretanto, paradigmáticos de tal maneira a os classificar como superiores aos demais – até porque, essa pressuposição contrariaria a direção tomada pelo transconstitucionalismo.

Mas, a despeito de todo o debate, todas as nuances e implicações – especialmente as práticas, ao se considerar o que a realidade socioeconômica e jurídica mundial implica – que essas linhas iniciais de uma proposta de solução para a atual ineficácia dos tratados internacionais de direitos humanos, considerados os mínimos, ante àquele(s) Estado(a) não submisso(s), voluntariamente, à jurisdição de um órgão superiormente posto – qualquer que seja ele – devem ser melhor desenvolvidas pelo Direito, pelas Relações Internacionais, e pelas Ciências Sociais como um todo.

Este é o ponto, portanto, que se busca fomentar com o presente trabalho; é neste ponto, portanto, que se repousa derradeiramente a esta pesquisa.

5 CONCLUSÃO

Ante toda a exposição, a princípio, pode-se concluir que o período pós-Guerra teve fundamental importância para consolidar e efetivar a internacionalização dos Direitos Humanos, em especial por meio da atualização do panorama da sociedade internacional, com o ingresso de novos sujeitos a essa Ordem, essencialmente no que tange ao reconhecimento do indivíduo como sujeito-destinatário de direitos, e refletindo, conseqüentemente, na proteção dos direitos semelhantes em nível interno.

Conclui-se, do mesmo modo que, desde este momento na história do Direito Internacional passa a se aceitar uma mitigação à soberania estatal clássica, em favor do reconhecimento e da busca pelas garantias a esses direitos do homem.

Unísono, concluiu-se por haver, nos tratados internacionais, um meio adequado para se afirmar e veicular esses mesmos direitos, em especial após a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948. Além, percebeu-se haver grande difusão e importância desses instrumentos, especialmente pela sua facilidade probatória frente aos costumes internacionais – anteriormente as principais fontes do Direito Internacional.

No mesmo sentido, concluiu-se a natureza jurídica contratual dos tratados, que, ainda que sejam também entendidos como fonte de direito, não se afastam desses elementos contratuais, especialmente da necessidade de haver a manifestação livre da vontade do Estado em pactuar, decorrente de sua autonomia, de sua soberania.

Nestes termos, também, concluiu-se haver outra espécie de tratado internacional, denominada “tratados normativos”, que, ao contrário da primeira, vêm ao Ordenamento Internacional para veicular normas gerais de Direito Internacional Público, nelas inclusas as normas denominadas de *jus cogens*.

Por meio da busca pela construção do conceito de *jus cogens* e sua imperatividade, bem como pela análise do histórico recente de proteção do Direito Internacional mencionada no início do trabalho, verificou-se que os Direitos Humanos, que posteriormente se passou a entender por aqueles minimamente necessários à dignidade humana, têm caráter imperativo frente à vontade estatal, em que pese essa disposição coercitiva seja ineficaz.

Dito isso, importa mencionar que a conclusão pelos direitos mínimos e de sua proveniência da dignidade humana fora traçada e obtida por meio dos conceitos atribuídos a essa dignidade, bem como pelo seu caráter intrínseco ao homem e ao seu reconhecimento em nível global, ainda que em ordenamentos bastante distintos.

Percebeu-se se tratar de uma norma fundamental, na acepção kelseniana, em que, pelo estudo da doutrina pátria, de Humberto Ávila, pode-se concluir pelo caráter de postulado normativo, quer seja, de metanorma da dignidade humana em nível internacional.

Assim sendo, concluiu-se pela necessidade de se fazerem eficazes os direitos classificados mínimos, a despeito da realidade do Direito Internacional corrente e das distintas formas de interpretação e aplicação desse Direito.

Propôs-se, por fim, as ideias do transconstitucionalismo como possíveis para sanar a problemática levantada, de modo a promover o diálogo entre as ordens jurídicas dos Estados componentes da sociedade internacional, preservando a autonomia de cada um nas questões em geral, mas sem escusar-se de efetivar esses direitos inerentes reconhecidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. **Manual de Direito Internacional Público**. 19. ed., de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do do Kosovo, de 22 de julho de 2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito Internacional Público**. 2. Ed. Coimbra, Portugal: 2003.

ALVES, José Augusto Lindgren. **A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

ANDRADE, José Henrique Fischel de. **O “treaty-making power” das Organizações Internacionais**. In Revista de Informação Legislativa, v. 32, n. 128, p. 95-105, out./dez. 1995. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176411>>. Acesso em 15 out. 2017.

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

BARILE, Paolo. CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano. **Istituizioni di Diritto Pubblico**. 8. ed. Italia: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **“Aqui, lá e em todo lugar”**: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Separata da Revista dos Tribunais. Ano 101, vol. 919, maio de 2012 – p. 127-196.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 27 set. 2017.

_____. Deputados, Câmara dos. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>>. Acesso em: 19 out. 2017.

BUNDESTAG, Deutscher. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradução por Assis Mendonça, Aachen. Revisão por Urbano Carvelli, Bonn. Jan. 2011. Disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 24 out. 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito das Organizações Internacionais**. 4. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

- CASSESE, Antonio. **Los Derechos Humanos em el Mundo Contemporáneo**. 1ª reimpressão. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1993.
- CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica os Direitos Humanos**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CONSTITUTE. **Ethiopia 1994**. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Ethiopia_1994?lang=en>. Acesso em 25 out. 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. Tradução de Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho; revisão da tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público: *jus cogens***. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- GAZETA, Rossiiskaya. **The Constitution of the Russian Federation**. 1993. English translation "Grant-Service". *In*: <<http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>>. Acesso em 25 out. 2017.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **La Dignidad de la Persona**. Madrid, España: Civitas, 1986.
- GUERRA, Sidney. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico**. Dissertação de Mestrado - UNIVEM, 2012. Disponível em <http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/850/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Rafael%20Jos%C3%A9%20Nadim%20de%20Lazari_2012.pdf?sequence=1>. Acesso em 27 jun. 2017.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003-2006.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Direitos Humanos e Cidadania: à luz do novo direito internacional.** Campinas: Minelli, 2002.

MELLO, Celso Albuquerque de. **Curso de Direito Internacional Público.** 1º vol. 11. ed. (rev. e aum.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

NAKHODA, Shehzaad. UZMI, Zartash. **The Constitution of the Islamic Republic of Pakistan.** Disponível em: <<http://www.pakistani.org/pakistan/constitution/>>. Acesso em 25 out. 2017.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional: um estudo sobre a Soft Law.** São Paulo: Atlas, 2005.

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

PEREIRA, Luiz Cezar Ramos. **Costume Internacional: gênese do Direito Internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário.** 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar.** 13ª Ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **A Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** Revista Brasileira de

Direito Constitucional, São Paulo, v. 5, n. 9, p.361-388, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27252>>. Acesso em: 17 set. 2017.

STATE COUNCIL, The. (The People's Republic of China). **Constitution of the People's Republic of China**. Disponível em: <http://english.gov.cn/archive/laws_regulations/2014/08/23/content_281474982987458.htm>. Acesso em 25 out. 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

ÚLTIMOS DIAS, A Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos. **Bíblia Sagrada**. Traduzida para o português. United States: Intellectual Reserve, 2015. Disponível em <https://www.lds.org/bc/content/shared/content/portuguese/pdf/language-materials/83800_por.pdf>. Acesso em 24 out. 2017.

UNIDAS, Organização das Nações. **Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Disponível em <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf>. Acesso em: 16 out. 2017.