

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS I**

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

LUÍS ALEXANDRE CARTA WINTER

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello, Luís Alexandre Carta Winter – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-317-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Internacional. 3. Direitos Humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

Trabalhar com direito internacional dos direitos humanos é trabalhar no deslinde de novos campos e novos desafios, típicos do final do Século XX e do primeiro quartel do Século XXI. Se de um lado, representam novas searas, de outro, temos, em algumas linhas, a resistência dos sujeitos tradicionais do direito internacional público. A coletânea dos artigos sobre o tema, apresentados no GT de Direito Internacional dos Direitos Humanos I, e trabalhados no XXV Congresso do CONPEDI, realizado de sete a dez de dezembro de 2016, exteriorizam várias dessas problemáticas. Por uma questão didática, levando-se em conta o conteúdo dos artigos, estes foram reunidos em quatro blocos.

O primeiro, pensado mais em um contexto filosófico, reflexivo, compreendendo tanto a estética do direitos humanos, como sua hermenêutica, estão os artigos DIREITOS HUMANOS – PARA ALÉM DA DICOTOMIA ENTRE UNIVERSALISMO E RALATIVISMO CULTURAL, da autoria de Simone Alvarez Lima e Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann; DILEMA INIMAGINÁVEL PARA OS DIREITOS HUMANOS: A PERIGOSA ONDA DESGLOBALIZANTE, NACIONALISTA E XENÓFOBA EM PLENA ERA DIGITAL, de Laecio Noronha Xavier; ANÁLISE DA DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS SOBRE A TOLERÂNCIA, de Everton Silva Santos e Madson Anderson Corrêa Matos do Amaral; DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO, de João Carlos Campanilli Filho e Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches; O DIREITO À IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO COMO RESPOSTA À COLONIALIDADE, de Paulo Victor Schroeder e Pedro Bigolin Neto; REFLEXÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO, de Nicholas Salles Fernandes Silva Torres e Lívia Gaigher Bosio Campello; DIREITO À CULTURA NA AMÉRICA LATINA, de Noara Herculano Moraes Travizani e, finalmente, REFLEXÕES TEÓRICAS ACERCA DA CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS, de Mariana Lucena Sousa Santos.

O segundo, pensado mais em um contexto do sujeito, jurisdição e efetividade dos direitos humanos, estão os artigos A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E A (IN)EFETIVA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: AVANÇOS E DESAFIOS, de Luana Rochelly Miranda Lima Pereira; A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DA ESPECÍFICA SITUAÇÃO DE

RISCO DO DIREITO ALEMÃO – POSSIBILIDADES E CONSEQUÊNCIAS, de Paulo César Freitas; CRÍTICA AO EXERCÍCIO ILIMITADO DO PODER SOBERANO PELAS NAÇÕES COMO FORMA DE VIOLAÇÃO SISTEMÁTICA DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL, de Gabriela Ferreira Pinto de Holanda e Kality Varjão de Santana Oliveira Guimarães; e TRÁFICO DE PESSOAS PARA EXPLORAÇÃO SEXUAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E DA DIGNIDADE SEXUAL COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E SUA PROTEÇÃO PELO DIREITO INTERNACIONAL, de Maria Rosineide da Silva Costa e Mariana Faria Filard.

O terceiro, um pouco menor, trabalha com a correlação entre o direito humanitário e os direitos humanos, compreendendo os artigos A PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS EM CONFLITOS ARMADOS E O CASO PAVLE STRUGAR NO TIRPUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGUSLÁVIA, de Thiago Giovanni Romero e Ana Cristina Alves de Paula; REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A FINANCEIRIZAÇÃO DA VIDA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DE UMA PROPOSTA QUE COLOCA REFUGIADOS EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS A DE ATIVOS, de Matheus Fernando de Arruda e Silva e Jorge Luis Mialhe; e INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA À BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DE PROTEGER, de Gustavo Rabay Guerra e Henrique Jerônimo Bezerra Marcos.

O quarto, pensado dentro de um contexto regional, incluindo aí, tanto o sistema interamericano, como o MERCOSUL, estão os artigos DEZ ANOS DA PRIMEIRA CONDENAÇÃO INTERNACIONAL DO BRASIL: SISTEMA INTERAMERICANO E O PROBLEMA DA COMPLIANCE, de Rafaela Teixeira Sena Neves e Laércio Dias Franco Neto; JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO, MEMÓRIA E VERDADE: ELEMENTOS PARA PROBLEMATIZAR DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA, de Alex Daniel Barreto Ferreira e Gabriela Maia Rebouças; NOVOS DEBATES NO CONSELHO NACIONAL SOBRE A MIGRAÇÃO HAITIANA PARA O BRASIL: UMA ANÁLISE DAS RESOLUÇÕES NORMATIVAS QUE PRORROGARAM A VIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO NORMATIVA N.º 97/12 (2010-2016), de Julia de Souza Rodrigues; O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA QUESTÃO DE TERRAS INDÍGENAS BRASILEIRAS DIANTE DO NOVO CONTITUCIONALISMO DA AMÉRICA LATINA E O PLURALISMO JURÍDICO, de Gustavo Nascimento Tavares e Ruan Carlos Pereira Costa; PRISÃO PREVENTIVA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de Amanda Guimarães da Cunha Floriani e Rodrigo Miotto dos Santos; SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS:

PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE, de Leila Maria da Juda Bijos; e
DESENVOLVIMENTO E INTEGRAÇÃO REGIONAL: A ATUAÇÃO DO MERCOSUL
EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS HUMANOS, de Luís Alexandre Carta Winter
e Amanda Carolina Buttendorff Rodrigues Beckers.

São artigos básicos na construção das novas concepções de direitos. Assuntos de grande relevância que auxiliarão a novos pesquisadores. Sendo uma leitura obrigatória para os que queiram trabalhar nesta nova e dinâmica área.

Profa. Dra. Lívia Gaigher Bosio Campello - UFMS

Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter - PUC-PR

A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E A (IN) EFETIVA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: AVANÇOS E DESAFIOS.

INTERNATIONAL JURISDICTION AND THE (IN) EFFECTIVE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: PROGRESS AND CHALLENGES.

Luana Rochelly Miranda Lima Pereira

Resumo

O presente artigo irá realizar uma análise a partir da historiografia dos direitos humanos com o objetivo de melhor compreensão da sua fase atual, com as suas incongruências e limitações. Irá tratar de uma característica comum às jurisdições internacionais que versem sobre direitos humanos: o voluntarismo estatal. E os reflexos dessa característica na efetivação dos direitos humanos, acarretando seletividade de responsabilização por violações e impedindo a sua real universalização. Assim, será analisado a possibilidade da implementação de uma jurisdição internacional automática para casos de violações de normas jus cogens de direitos humanos, superando o voluntarismo estatal.

Palavras-chave: Jurisdição internacional, Direitos humanos, Efetivação, Automatismo

Abstract/Resumen/Résumé

This article will perform an analysis from the history of human rights aiming the better understanding of its current phase, with its inconsistencies and limitations. It will address a common feature of international jurisdictions that deal with human rights: the State voluntarism. And the effects of this feature in the realization of human rights, resulting selective accountability for violations and preventing their real universalization. Thus, the possibility of implementing an automatic universal jurisdiction for cases of jus cogens norms violations of human rights will be discussed, surpassing the state voluntarism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International jurisdiction, Human rights, Effective, Automatismo

1. INTRODUÇÃO

O cenário atual de desenvolvimento dos direitos humanos, com sua internacionalização e inúmeros instrumentos que objetivam a sua universalização e efetiva implementação, encontram obstáculos que podem ser melhor compreendidos a partir de uma análise histórica dos fatos e contextos que antecederam o seu surgimento.

A partir dessa análise crítica podemos perceber os interesses envolvidos e melhor analisar o discurso proposto e os reais objetivos dos Estados-nação que atualmente exercem maior influência no desenvolvimento dos direitos humanos em nível internacional.

Nesse sentido, analisaremos a jurisdição internacional dos direitos humanos e a atual necessidade da aceitação dos Estados, de modo voluntário, para que possam ser submetidos a essa jurisdição das cortes internacionais de direitos humanos.

Faremos uma análise do desenvolvimento das normas *jus cogens* de direitos humanos, sua eficácia *erga omnes* e a impossibilidade de derrogação, que por si só já traz argumentos sólidos para a responsabilização Estatal perante as cortes internacionais de direitos humanos independentemente de sua aceitação voluntária.

Traremos o entendimento do chamado *jus gentium*, uma nova fase do direito internacional, com uma abordagem humanística e que, por via de consequência, acarreta a necessidade de uma jurisdição internacional de direitos humanos necessária, afastando a prévia aceitação Estatal para sua submissão perante as cortes internacionais.

O presente trabalho serve-se do método dedutivo, com pesquisa de cunho qualitativo através do levantamento bibliográfico. Em sequência, foi elaborada uma análise crítica e apresentado possível aprimoramento do procedimento, através de uma abordagem alternativa que alcance o automatismo da jurisdição das cortes internacionais de direitos humanos.

2. BREVE ANÁLISE DO HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS

A história dos direitos humanos remonta as graves violações perpetradas por povos contra outros. Ora, apenas quando há violações é que se busca o reconhecimento e proteção de direitos.

A história da humanidade, em grande parte, esteve ligada a expansão dos povos e seus sistemas de dominação. Desde a antiguidade o homem foi submetido ao jugo do outro, principalmente, na civilização grega e romana, onde a classe dos homens livres, os aristóis, aqueles que pertenciam a aristocracia e eram os virtuosos, dominavam mulheres, os estrangeiros, os escravos e as crianças.

A partir do século XV e XVI a Europa iniciou seu expansionismo pelo mundo, através da conquista militar, exploração econômica e injustiças em massa. De acordo com Immanuel Wallerstein (2007, p. 29-31), a justificativa era baseada no bem maior que representou para todos os povos: os colonizados eram enfim civilizados e catequizados e os colonizadores além da possibilidade de desenvolvimento econômico ou progresso, disseminariam valores universais.

Entretanto, de acordo com Wallerstein (2007, p. 31), “ a discrepância entre realidade e justificativas foi duramente sentida e expressa de várias maneiras pelos que pagaram o preço na vida pessoal e coletiva”. Em nome do progresso e da civilização, populações foram aniquiladas pelas armas e pelas doenças, estruturas políticas foram destruídas, culturas desmanteladas, povos violentados e escravizados.

Atentativa de legitimar a política de colonização, como uma missão civilizadora obrigatória, justificando com base no bem maior que representaria para todos os povos, independente do que fosse necessário para o êxito da missão, já não convencia. Surgiu daí o debate acerca da moralidade do sistema, entretanto, apesar de ter o efeito denunciante, não trouxe mudanças nas práticas dos países colonizadores. Nesse contexto não havia que se falar em direitos dos colonizados.

No século XIX, as potências europeias, proclamaram que tinham uma missão civilizadora no mundo colonial, utilizando os mesmos argumentos utilizados no século XVI. Naquela época, apenas quem detinham direitos eram os países colonizadores, as colônias não tinham direito algum, salvo por equidade, quando a metrópole assim o permitia. Daí percebe-se a inexistência de igualdade entre os povos colonizados e os colonizadores, os primeiros submetidos aos desmandos dos segundos.

Já na segunda metade do século XX, com os movimentos de descolonização, a Organização das Nações Unidas, aprovou em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Os países que constituíam as Nações Unidas eram os colonizadores, as grandes potências, e é claro, não houve representação dos territórios colonizados na aprovação da declaração. Assim, sob a ótica do universalismo europeu, foi forjada a concepção de direitos humanos contida naquele documento.

Verifica-se, portanto, que o discurso colonialista do Século XVI, reafirmado no século XIX, ainda permaneceu contido da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas agora de maneira mais sofisticada. O universalismo europeu refere-se ao falso universalismo em

torno de ideias igualitárias da modernidade como direitos humanos e democracia usados para reafirmar a pretensa superioridade dos países do eixo ocidental, EUA e Europa.

Wallerstein (2007, p. 42-43) referindo-se à Declaração Universal dos Direitos Humanos, afirma que: “A linguagem retórica passou então a um conceito que veio a ter novo significado e força na época pós-colonial: os direitos humanos”. Esse fato pode ser comprovado através do processo de elaboração e aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A maior discussão na aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o artigo terceiro do projeto, que, na versão original (proposta pela Iugoslávia) previa a efetividade dos direitos humanos, proclamando a igualdade entre todos, inclusive daqueles territórios sob tutela e não autônomos. Trazia, portanto, a igualdade e a universalidade dos direitos humanos. Entretanto, essa versão não foi aprovada.

A União Soviética apresentou proposta substitutiva de maior alcance prevendo que todos os povos e as nações teriam direito à autodeterminação nacional. Assim, os Estados responsáveis pelos territórios não autônomos, incluindo as colônias, deveriam facilitar a prática desse direito. Proposta não foi aprovada.

O Reino Unido propôs outra emenda, com a eliminação do artigo terceiro e a inclusão de um parágrafo segundo ao artigo segundo com a previsão de não discriminação fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania. Tal proposta foi aprovada por maioria.

A aprovação da proposta do Reino Unido demonstrou a concepção dos direitos humanos da época, reforçando a continuidade do pensamento do século XVI, do colonialismo, em que a humanidade não era a destinatária dos direitos humanos. O colonialismo, então, foi autorizado pelo direito internacional.

Diante disso, foi reconhecida a existência de povos e minorias submetidos ao poder de outros Estados, portanto, não autodetermináveis, que não gozavam de direitos igualitários, uma vez que apenas com a igualdade de direitos entre os povos se alcança a igualdade dos indivíduos. Inexistia, assim, direitos humanos universais.

O autor Bartolomé Clavero (2014, p. 29) chega a perguntar se haveria clausula colonial como princípio sempre subentendido de um direito internacional de caráter consuetudinário, fazendo menção ao processo de concepção e aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Assim, restou clara na Declaração Universal dos Direitos Humanos a concepção dos países colonizadores não se dando caráter realmente universal aos direitos humanos, deixando de enfrentar a questão das minorias e dos povos, reforçando o pensamento discriminatório dos séculos XVI e XIX, mas agora com maior sutileza, uma vez que a declaração seria “universal”, mas não de alcance de todos.

Como bem afirma o professor Boaventura de Sousa Santos (2013, p. 58), o que consideramos hoje como universal é o fundacional do ocidente transformado em universal. A hegemonia econômica, política, militar e cultural do ocidente conseguiu transformar o que era (ou se supunha ser) único e específico desta região do mundo em universal e geral.

Diante disso, ao passo que exclui de sua proteção determinados sujeitos de direitos, acaba por permitir a não responsabilização, ou em outras palavras, a “proteção” de agentes violadores de direitos humanos.

3. FASE ATUAL DOS DIREITOS HUMANOS

A pergunta que queremos responder é se ainda hoje as normas de direitos humanos carregam traços de discriminação entre sujeitos que são abarcados pela proteção universal e possíveis sujeitos alijados dessa proteção. Os direitos humanos seriam realmente universais? A sua proteção abarca todos os sujeitos envolvidos?

3.1.OS SUJEITOS

Como vimos a história dos direitos humanos é marcada pela falta de universalidade de suas normas, no sentido da existência de seletividade dos sujeitos que gozariam da proteção (ofendidos) e, por via de consequência, também dos sujeitos que poderiam ser responsabilizados por violações (ofensores). E isso se reflete nos mecanismos de apuração e sanção de violações de direitos humanos.

Em razão do modelo westphaliano (interestatal), em nível internacional, os Estados assumiram o monopólio da condição de sujeitos de direitos. Os indivíduos para sua proteção eram deixados a mercê da intermediação discricionária de seu Estado Nação.

A superação desse modelo, trazendo o ser humano como sujeito de direitos importa em reconfiguração dos fundamentos da ordem legal internacional, sendo tal reconstrução calcada em princípios e a realização de valores comuns superiores do ser humano como sujeito de direitos, da garantia coletiva de realização deste último e do caráter objetivo das obrigações de proteção.

Atualmente, o direito de acesso à justiça é visto como um pilar fundamental da proteção aos direitos humanos. É o direito ao Direito, revelando uma concepção lato sensu de acesso à justiça.

O direito de petição individual foi historicamente construído de forma a alargar a concepção de *legitimatío ad causam* aumentando o espectro de proteção às vítimas que estavam em situação de incapacidade de ação e precisavam da iniciativa de um terceiro (ente Estatal) que peticionasse por ela.

Nesse sentido, o direito de petição individual foi um enorme avanço na proteção dos direitos humanos, é da essência da proteção internacional dos direitos humanos e contribui com o resgate histórico da posição do ser humano como sujeito de Direito Internacional de Direitos Humanos, dotado de plena capacidade processual.

O professor Cançado Trindade (2012, p. 22) ensina que:

The transformation that it bought about, proper o four times, corresponds to the recognition of the necessity that all the States, in order to avoid new violations of human rights, are made responsible for the way they treat all human beings who are under their jurisdiction. This would simply not have been possible without the consolidation of the right of individual petition, amidst the recognition of the objective character of the obligations of the protetion and the acceptance of the collective guarantee of compliance with these later. This is the real meaning of the historiactal rescue of the individual as subject of the International Law of Human Rights.

Nesse sentido, os indivíduos podem ingressar com petições individuais perante os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, sem necessidade de intermédio dos seus Estados-nação. O direito de petição individual provoca como consequência a percepção de que os direitos humanos são protegidos porque são inerentes aos próprios seres humanos e não derivados do Estado.

Os indivíduos e os povos são, sem sombra de dúvidas, os principais sujeitos potencialmente vítimas de violações de direitos humanos e portanto o reconhecimento de direitos e instituição de macanismos de prevenção, controle e reparação são intencionados à essa proteção, afinal o destinatário final das normas jurídicas são os seres humanos. De outro lado, o Estado é potencialmente o maior violador desses direitos, não o único, uma vez que empresas privadas e particulares também podem ser causadores de violação de direito humanos.

Entretanto, os Estados se acobertam de suas responsabilidades pelo manto do voluntarismo, uma vez que não podem ser demandados caso não tenham manifestado seu reconhecimento da respectiva jurisdição internacional.

3.1. JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

Atualmente a proteção judicial dos direitos humanos é prevista em diversos níveis. Além do sistema global de proteção dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas, através da Corte Internacional de Justiça, existem sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: o sistema interamericano, através da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o sistema europeu, através da Corte Europeia de Direitos Humanos e o sistema africano, através da Corte Africana de Direitos dos Humanos e dos Povos.

O traço característico comum entre tais sistemas é a necessidade de consentimento do Estado-parte para submissão à jurisdição. Assim, a aceitação da jurisdição compulsória da Corte se dá de maneira facultativa.

Nota-se, portanto, que a busca pela efetivação dos direitos humanos, através dos mecanismos judiciais internacionais, depende do voluntarismo de cada Estado.

Em razão disso, a jurisdição das cortes internacionais de direitos humanos é incoerentemente rejeitada pelos Estados signatários por meio de reservas que, por vezes, contradizem o objeto e a finalidade do tratado e ameaçam a sua eficácia, haja vista que prejudicam sua execução nas hipóteses de violações ou controvérsias. Essa limitação enfrenta barreiras preliminares que acabam por impedir o juízo de mérito em casos que deveriam receber atenção especial por se tratarem de questões sensíveis à paz, à justiça internacional e à proteção dos indivíduos.

Assim, essa forma de conceber a jurisdição internacional que trate de direitos humanos, a nosso ver, estaria em desacordo com o princípio da universalidade, uma vez que nem todos os violadores estariam submetidos a jurisdição internacional, e violações poderiam restar incólumes a qualquer tipo de sanção ou mesmo mecanismo de cessação.

Trata-se de previsão de mecanismo que exclui, por via de consequência, a responsabilização do Estado por violações de direitos humanos. Parece-nos uma patente incompatibilidade com a noção de universalidade dos direitos humanos, já que permite que direitos sejam violados, sem previsão judicial de cessação, reparação ou sanção.

A análise das cláusulas compromissórias incluídas em tratados internacionais de direitos humanos deve estar em consonância com a natureza e a finalidade do tratado, em caso de eventual conflito a interpretação deveria ser no sentido do afastamento desse impedimento à jurisdição, eis que ameaça ou lesão de direitos humanos deve sempre ser submetido à análise das cortes internacionais, sob pena de ineficácia dos próprios instrumentos de proteção.

O problema da formula voluntarista é o fato de que ela não corresponde às exigências da comunidade internacional atual, reflete os padrões obsoletos e seletivos da comunidade internacional do início do século XX, como já descrito no item 2, e que culminou com a declaração universal dos direitos humanos em 1948.

Assim, a consensualidade da jurisdição, as cláusulas de reserva, condições prévias, já não se adequam a realidade atual, notadamente quando tais instrumentos versam sobre matérias de proteção dos Direitos Humanos.

À vista dessa possível incongruência vamos analisar as características das normas de direitos humanos e verificar a possibilidade da existência de limites ao voluntarismo estatal para que não se ameace a eficácia da proteção dos direitos humanos.

3.2. AS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS E O *JUS COGENS*

A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, trouxe contribuição para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no sentido da necessidade de um remédio efetivo perante cortes ou tribunais nacionais, o qual foi transplantado da primeira à última. Entretanto, propostas concernentes a um direito internacional de petição, bem como como direito de minorias não foram incluídas na Declaração Universal, e a elaboração de medidas de implementação foram deixadas para os anos vindouros.

A autoridade da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi fortalecida e seus princípios passaram a ser vistos como princípios gerais de direito. Assim, a Declaração Universal e os sucessivos instrumentos internacionais são a base da ação internacional da salvaguarda dos Direitos Humanos (*corpus iuris*), que, inclusive, se projetou para o direito interno dos Estados, contribuindo para a incidência dos direitos humanos na dimensão internacional e doméstica do direito, trazendo a linguagem comum da humanidade. Conformando um domínio de proteção contendo interesses comuns superiores e considerações de ordem pública e a noção de *garantia coletiva* da prevalência dos direitos protegidos

A conferência mundial de direitos humanos de Teerã (1963) marca a passagem gradual de uma fase legislativa de elaboração dos primeiros instrumentos internacionais de Direitos Humanos para a fase de implementação desses instrumentos, contribuindo para o regaste da indivisibilidade e inter-relação entre todos os direitos humanos. A segunda conferência mundial de direitos humanos de Viena (1993) procedeu a uma ressignificação global da aplicação dos instrumentos internacionais de proteção bem como das perspectivas para o novo século. A conferência indicou o caminho para a consolidação e melhoria dos

mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos. Pretendeu assegurar a indivisibilidade de tais direitos na prática e afirmou a legitimidade na preocupação de toda a comunidade internacional com a proteção e promoção dos Direitos Humanos por todos e em qualquer lugar.

Apesar de todos esses avanços, ainda existe uma distância entre a proclamação dos direitos e o exercício desses direitos no dia a dia em muitos países. Por isso, existe uma consciência atual de que a proteção e a promoção dos direitos humanos não pode focar apenas nos sintomas, mas também nas causas dos conflitos que geram as violações a esses direitos.

Essa dimensão preventiva é ilustrada pelo crescimento de medidas provisórias de proteção nos diversos sistemas de proteção de direitos humanos dos direitos da pessoa humana. Nesse sentido, medidas de prevenção e monitoramento intencionam estabelecer e consolidar o sistema de monitoramento contínuo do respeito aos direitos humanos em todos os países de acordo com critério similares. Tal sistema é a nível procedimental o reconhecimento da legitimidade do interesse de toda a comunidade internacional em relação à violação de direitos humanos em qualquer lugar e em qualquer tempo.

André Ramos (2012, p. 40-41), ensina que os tratados de direitos humanos têm como objetivo a proteção de direitos de seres humanos diante do Estado de origem ou diante de outro Estado contratante, sem levar em consideração a nacionalidade do indivíduo, daí o regime objetivo das normas de direitos humanos.

Assim, o regime objetivo é o conjunto de normas protetoras de um interesse coletivo dos Estados, obrigações cujo objeto e fim são a proteção do indivíduo, elas nascem de uma série de engajamentos objetivos, marcados pela unilateralidade, pelos quais cada Estado se obriga em face de todos, de modo pleno. Os direitos humanos, portanto, tutelam o interesse do indivíduo e não o interesse material do Estado.

A proteção dos direitos humanos é composta de normas imperativas em sentido amplo, que são aquelas que contem valores essenciais à comunidade internacional e que aos Estados não é facultado violar ou sequer aquiescer com violações. Há dois tipos de normas internacionais que representam tais valores, ponto em comum com as normas imperativas em sentido amplo: *jus cogens* e obrigações *erga omnes*.

A espécie *jus cogens* consiste no conjunto de normas que contem valores considerados essenciais para a comunidade internacional como um todo, sendo por isso dotado de superioridade normativa no choque com outras normas de direito internacional. Assim, significa que além de obrigatória, não podem os Estados derroga-las, a não ser que a

derrogação seja oriunda de norma de igual quilate. Já a espécie *erga omnes* refere-se a obrigações internacionais cujo cumprimento interessa à comunidade internacional.

Normas pertencentes ao *jus cogens* (qualidade superior) são consideradas *erga omnes* (implementação do direito material), assim as normas dotadas de valores essenciais são obrigatórias à toda comunidade internacional. Entretanto, nem toda norma de obrigação *erga omnes* tem caráter cogente.

De acordo com André Ramos (2015, p. 53-54) essas normas imperativas decorrem de um consenso qualificado, não se trata de unanimidade, mas sim da aceitação e reconhecimento pela maior parte dos Estados, desde que representados os diversos sistemas políticos e sociais existentes na comunidade internacional (maioria quantitativa e qualitativa), inexistente poder de veto de um Estado isolado. Assim não se pode excluir nenhum tipo de cultura ou de sistema político-econômico vigente. Tal consenso não se trata do mesmo consenso das normas consuetudinárias e da aceitação de hierarquia das normas internacionais baseadas em valores.

Para o professor Cançado Trindade (2012, p. 16-17), a noção do *jus cogens* demonstra a consolidação de um regime legal internacional de proibição absoluta à tortura, a execução sumária e extralegal e ao desaparecimento forçado de pessoas. Bem como traz o direito de acesso à justiça como um pilar fundamental da proteção aos direitos humanos.

Em outras palavras, o *jus cogens* representa a superação de um padrão de conduta erigido sobre a pretensa autonomia da vontade do Estado, para nós, entretanto, é apenas um passo.

Com a consolidação de obrigações de proteção *erga omnes*, como uma manifestação da emergência de normas peremptórias de direito internacional (*jus cogens*), ocorre um avanço na luta contra o poder arbitrário. O alegado caráter absoluto da autonomia de vontade do Estado não pode mais ser invocada em vista da existência de normas de *jus cogens*.

Essa evolução é fomentada como uma manifestação da consciência jurídica internacional (fonte material máxima do direito internacional) em benefício de todos os seres humanos. O direito internacional de direitos humanos nos traz elementos para a consolidação da oponibilidade de obrigações de proteção para todos os Estados Parte para tratados de direitos humanos.

Depreendemos, portanto, que normas de direitos humanos são imperativas, devendo ser respeitadas por todos os Estados, e ainda, aquelas consideradas *jus cogens* são inderrogáveis e de cumprimento obrigatório por todos, já que possui eficácia *erga omnes*.

Entendemos, portanto, que as normas *jus cogens* tendem a estabelecer a nulidade dos tratados que consagram normas contrárias a direitos universais e imperativos. Conseqüentemente, essas normas tornam-se impositivas a todos os Estados, mesmo aqueles que não as reconheceram. Ademais, a avaliação da aplicabilidade da teoria do *jus cogens* nos casos concretos é competência das cortes internacionais e, em razão disso, não podem ter sua jurisdição limitada.

À vista de toda essa sistemática, poderíamos entender que nenhum Estado poderia se negar ao cumprimento de tais normas. Entretanto, como já afirmado, em razão da necessidade de reconhecimento da jurisdição das cortes internacionais de direitos humanos, à contrário senso, existem Estados que deixam de cumprir com tais normas e não podem ser acionados judicialmente.

O professor Cançado Trindade (2013, 40-43) em crítica a decisão da Corte Internacional de Justiça que distinguiu o caráter *erga omnes* de uma norma e a aceitação da jurisdição, afirmou que é incompatível o conceito de obrigação *erga omnes* à tradicional necessidade de anuência para o reconhecimento da jurisdição internacional, uma vez que dispensa a unanimidade e, portanto, a anuência do Estado para consagrar obrigações *erga omnes*, mas não com relação ao mecanismo de efetividade e punição. A Corte defende a necessidade de anuência (reconhecimento) da jurisdição.

Parece que estamos diante de um dilema: como entender que existem normas (*jus cogens*) inderrogáveis e de cumprimento obrigatório por todos os Estados e conceber a existência de um voluntarismo Estatal para o reconhecimento da jurisdição de cortes internacionais, que teriam como propósito a busca pela efetivação dos direitos humanos? E, ainda, como garantir o acesso à justiça à vista da necessidade da condição previa de aceitação da jurisdição por parte dos Estados? Como alcançar uma verdadeira justiça internacional nestes termos?

Acreditamos que no caso de proteção dos direitos humanos, também classificados como normas peremptórias ou de *jus cogens*, reservas à jurisdição para a solução de litígios ameaçariam a eficácia desta proteção e, portanto, deveriam ser afastadas pelas cortes internacionais de direitos humanos.

Além disso, normas *jus cogens* possuem status, evidentemente, superior a outras normas do direito internacional, elas estão acima, inclusive, da legislação processualística. Assim, normas processuais preliminares ou de imunidade do Estado não possuem status de

jus cogens, a supremacia do direito cogente deve prevalecer para que o imperativo de realização de justiça seja assegurado quando da resolução do litígio.

Em matéria de direitos humanos, as cortes internacionais deveriam analisar casos de violação, de modo a reavaliar as reservas à jurisdição, de maneira que à vista de violação de normas de *jus cogens* pudessem ter a prerrogativa de determinar a sua competência e julgar o caso. A proteção dos direitos humanos é revestida de status de direito cogente e, assim sendo, possui peremptoriedade e imprescindibilidade sobre normas processuais ou reservas às cláusulas de um tratado.

Entendemos que violações a direitos humanos configuram direitos inafastáveis da jurisdição. Por isso, qualquer instrumento que impeça a competência da corte internacional de direitos humanos deve por ela ser afastado.

3.4.JUS GENTIUM

É o artigo 53¹ da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que define *o jus cogens* como o conjunto de normas imperativas do direito internacional geral, estabelecidas pela comunidade internacional dos Estados como um todo.

Embora não haja nenhum catálogo oficial de regras imperativas, tendo em vista a jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos, considera-se que elas são, entre outras, a proibição do uso da força, a proibição de genocídio, a proibição do racismo e do apartheid, o direito de auto-determinação dos povos, a proibição da tortura, bem como as regras fundamentais do direito humanitário.

Importante ressaltar que, as proibições absolutas de graves violações aos direitos humanos vão além do direito dos tratados, sendo incorporada no direito internacional consuetudinário contemporâneo, anunciando nos dizeres do professor Cançado Trindade (2012, p. 23) o advento de um novo *jus gentium*.

At the normative level, as already indicated, the International Law of Human Rights has already developed to the point of establishing the absolute prohibition (of *jus cogens*) of grave violations of fundamental human rights,

¹Artigo 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 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.

and, in our days, a true international legal regime of absolute prohibitions of torture, enforced disappearances of persons, and summary or arbitrary and extra-legal execution, has been already consolidated (supra). At procedural level, the mechanisms for application of obligations *erga omnes* partes of the protection already exist, and their legal regime is developing with special attention turned to the positive obligations and the legal consequences of violations of such obligations. Last but not least, the absolute prohibition of grave violations of fundamental human rights goes in fact beyond the law of treaties, incorporated as it is also in contemporary customary international law, heralding the advent of a new *gentium*, genuinely committed to moral imperatives and to the prevalence of superior common values, such as the protection of the human being in any circumstances.

Emanando da consciência humana, esses princípios fundamentais, resgatam o direito internacional das armadilhas da unilateralidade e do voluntarismo do Estado, incompatíveis com os fundamentos de uma verdadeira ordem legal internacional. Além disso, esses princípios refletem a ideia de uma justiça objetiva, são compatíveis com o sistema legal nacional ou internacional, incorporando valores superiores, os quais podem preencher as aspirações da humanidade como um todo, incorporando um direito internacional para a humanidade.

Tal entendimento decorre do fato de que em nossos dias os Estados vêm admitindo suas próprias incapacidades ou ineficiências para tratar, individualmente, os problemas e desafios que enfrentam, e muitos deles são de interesse da comunidade internacional. Assim, superada a dimensão interestatal do direito internacional contemporâneo, o novo direito internacional revela-se pela manifestação de sua humanização, chegando enfim ao direito das gentes, como fora idealizado.

Hodiernamente, tanto no processo de formação das normas, quanto na forma de sua aplicação, verificado pelas manifestações dos tribunais internacionais de direitos humanos, verificamos a transcendência das fontes “formais” através da superação do positivismo jurídico e a busca da legitimidade, pelo entendimento da comunidade internacional (*opinio juris communis*) na identificação do interesse público e na realização do bem comum. Trata-se da manifestação da consciência humana, acima da vontade dos Estados.

Nesse sentido, podemos entender os direitos humanos como universais, já que não partem do monopólio estatal da titularidade de direitos nem dos excessos do positivismo jurídico, reconhecendo que o destinatário final das normas jurídicas é o ser humano, sujeito de direito interno e internacional.

Nesse cenário, Cançado Trindade (2007, p.166) esclarece que o novo *jus gentium* passa a se ocupar mais diretamente da realização de metas comuns superiores, e o

reconhecimento da centralidade dos direitos humanos corresponde a um novo *ethos* de nossos tempos.

Assim, o *jus gentium* traz um direito internacional que não é mais centrado no Estado mas aparece atento ao preenchimento das necessidades e aspirações da humanidade como um todo, revelando uma nova perspectiva na relação entre Estados soberanos e seres humanos.

3.5 JUS NECESSARIUM

Considerando a evolução histórica dos direitos humanos, os avanços trilhados, inclusive com o reconhecimento de normas *jus cogens*, a formação do que o professor Cançado Trindade entende por *jus gentium* (uma abordagem mais humanística dos direitos humanos), acreditamos que para efetivamente os direitos humanos possam ser protegidos, em consonância com o princípio *ut res magis valeat quam pereat*, os instrumentos de direitos humanos devem ser interpretados de forma que propiciem salvaguardas efetivas, e por via de consequência que a jurisdição internacional deixe de ser voluntária. Afinal, o ser humano como eixo central e destinatário final da proteção internacional dos direitos humanos, não deve ter a proteção de seu direito condicionada ao voluntarismo estatal.

O reconhecimento de reservas à jurisdição das cortes internacionais de direitos humanos acarreta impunidade e conseqüente falta de reparação às vítimas, distorce conceitos do direito internacional e ameaça os efeitos e eficácia das convenções de direitos humanos, revela um apego às regras processuais à custa das disposições substantivas.

Em razão disso, o professor Cançado Trindade (2013, p.40-43) é um defensor do automatismo da jurisdição obrigatória dos tribunais internacionais, entende que a cláusula facultativa de jurisdição tornou-se um mecanismo anacrônico, para ele a justiça internacional afigura-se, mais do que voluntária, necessária. Os tribunais internacionais não deveriam fazer concessões indevidas ao voluntarismo estatal.

Questões formais jamais devem se sobrepor as questões substanciais. Nesse sentido, barreiras preliminares impostas por condições prévias, como o caso de reservas à jurisdição, questões de fundo formal, que em razão do apego ao formalismo, impedem julgamentos de mérito essenciais à proteção dos direitos humanos devem ser superadas. Essa superação se coaduna com a atual noção do *jus gentium*, de uma abordagem mais humanística dos direitos humanos e tanto quanto mais distante do formalismo.

Atualmente, as cortes regionais de direitos humanos: a Corte Interamericana e a Corte Europeia, apenas admitem limitações à jurisdição quando previstas de maneira expressa

em suas convenções fundadoras. No caso do sistema interamericano a previsão está contida no artigo 62 (1) da Convenção Americana e no caso do sistema europeu a previsão está contida no artigo 33 da Convenção Europeia. Quaisquer outras limitações, advindas de cláusulas de reservas de outros tratados ou convenções são estritas e raramente aceitas e no tocante à reservas de jurisdição obrigatória, são em sua maioria rejeitadas ou declaradas inválidas.

Apesar de ainda existir nas cortes acima citadas a possibilidade de reservas às suas jurisdições, tal posicionamento já é um avanço, um passo do longo caminho que ainda precisa ser percorrido até o automatismo da jurisdição defendido pelo professor Cançado Trindade superando o voluntarismo Estatal e alcançado o *jus necessarium*, ou seja, a justiça internacional como necessidade para a efetiva proteção dos direitos humanos.

Através de uma concepção teleológica dos direitos humanos, os tratados que versem sobre essa matéria apresentam um conteúdo com valor normativo superior, que se sobrepõe ao voluntarismo estatal e à necessidade de consentimento dos Estados em se comprometerem com a defesa destes direitos.

Nesse sentido, enquanto ainda não alcançamos a jurisdição automática das cortes internacionais de direitos humanos, devemos aplicar o princípio da eficácia (*ut res magis valeat quam pereat*), avaliando as normas processuais e as normas substantivas, no tocante à aceitação da competência, entendendo que as reservas devem ser interpretadas de modo a não prejudicar a eficácia das salvaguardas de solução judicial de eventual violação de direitos humanos, considerando-se o caráter especial dos tratados de direitos humanos e sua implementação coletiva.

4. Considerações Finais

Apesar de na retórica proclamada quando do nascimento dos direitos humanos, existir um discurso do direito das gentes, de universalismo e igualdade, percebemos o descompasso entre o discurso e a prática que vem demonstrando a seletividade dos sujeitos de direitos, em ambos os polos, seja de proteção e de responsabilização.

Esse cenário não é novo, existe desde muito antes de se pensar em direitos humanos. A história da humanidade reflete estes contrastes, entre discurso e prática, acobertando os interesses dos Estados que em muitas vezes são contrários à promoção e proteção dos direitos humanos.

Entretanto, não podemos reviver histórias semelhantes, alteram-se os sujeitos e os interesses, mas a subjugação, a seletividade e a violação de direitos permanece a mesma. É imperioso e urgente a superação dessa sistemática. Acreditamos que o desafio maior dos direitos humanos é a sua efetiva concretização. E essa concretização perpassa pela necessidade de que todos os Estados possam ser responsabilizados por suas condutas perante as cortes internacionais.

A última cancela à ser superada, com relação aos procedimentos que poderiam ser alcançados para propiciar mecanismos efetivos de proteção dos direitos humanos, é a jurisdição obrigatória das cortes internacionais.

Não estamos aqui propagando que tal medida seria a solução para as violações, mesmo porque, com a existência de jurisdição obrigatória e a submissão dos Estados à jurisdição das cortes internacionais de proteção dos direitos humanos, os desrespeitos aos direitos humanos não cessariam, entretanto, as violações não permaneceriam impunes, a possibilidade de responsabilização dos violadores seria efetiva, o que geraria uma possível diminuição dessas violações.

A jurisdição internacional obrigatória no que concerne aos direitos humanos é necessária. A tão proclamada universalidade dos direitos humanos também perpassa pela responsabilização de todos os agentes violadores.

Avanços foram alcançados, mas ainda há muito caminho a percorrer. Violações aos direitos humanos são cometidas incessantemente e muitas sem perspectivas de acabar. A importância no reconhecimento dos direitos é inegável, mas a implementação e a proteção desses direitos deve ser a meta de todos.

Entendemos que a jurisdição internacional obrigatória das cortes internacionais de direitos humanos é um passo importantíssimo e é o rompimento com o paradigma do voluntarismo estatal, com o reconhecimento de que as normas direitos humanos são efetivamente universais, imperativas, cogentes e oponíveis à todos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **As Manifestações da Humanização do Direito Internacional**. In 23 Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Rio de Janeiro, 2007 n. 31, pp. 159-170.

_____. **International human rights law**. Strasbourg, 2012.

_____. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013.

CLAVERO, Bartolomé. **Derecho Global. Por una historia verosímil de los derechos humanos**. Madrid: Trotta, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**. São Paulo: Boitempo, 2007.