I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

MARIO JORGE PHILOCREON DE CASTRO LIMA

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Florisbal de Souza Del Olmo

William Paiva Marques Júnior

Mario Jorge Philocreon De Castro Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-083-1

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL

Apresentação

A presente coletânea é composta dos trabalhos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: “Direito Internacional”, no âmbito do I Encontro Virtual do CONPEDI, realizado entre os dias 23 a 30 de junho de 2020, de forma totalmente on-line por força das medidas de isolamento e distanciamento sociais recomendadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pelo Ministério da Saúde como ações necessárias ao enfrentamento da pandemia do Coronavírus- SARS/COV-2- COVID-19, e que teve como temática central “Constituição, cidades e crise”.

Os trabalhos expostos desenvolveram de forma percuciente diversas temáticas atinentes ao Direito Internacional, especialmente: migração; normas internacionais humanitárias; deslocados ambientais; energias renováveis na União Europeia; convenção multilateral na União Europeia; controle de convencionalidade; acordos internacionais em tecnologias de saúde; PROSUL; acordo MERCOSUL- União Europeia; contratos de utilização no navio; Trafficking Victims Protection Act (TVPA); mecanismos de combate à criminalidade transnacional; empresas e direitos humanos; transformação no Direito Internacional na América Latina; “jus cogens”; controle de constitucionalidade de decretos que internalizam tratados internacionais comuns; índice de desenvolvimento humano na América Latina; agenda 2030 da ONU; cooperação internacional; Brasil na OCDE; historiografia no Direito Internacional; investimentos do BNDES, corrida espacial internacional e globalização na função judicial.

Ynes Da Silva Félix e Roberta Seben abordam a crise existente em razão do grande fluxo de migrantes e refugiados que adentram em seus países. Com o intuito reduzir a crise migratória, pactos foram instituídos. Contudo, a obrigação de auxílio esbarra com a problemática financeira de cada país, o que traz a necessidade de busca de soluções entre eles.

Elder Maia Goltzman e Monica Teresa Costa Sousa investigam o dever de aplicação do Direito Internacional Humanitário (DIH) nos casos de conflitos armados internos, quando há luta no interior de um Estado. O principal fundamento é a flexibilização do conceito tradicional de soberania face às normas jus cogens que representam um limite à atuação do Estado e possibilitam a aplicação de normas internacionais em conflitos domésticos.

André Ricci de Amorim reflete sobre as vítimas de deslocamentos forçados no mundo atual a partir das razões que justificam a concessão da proteção internacional, considerando a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo de Nova York de 1967, bem como aborda a questão do reconhecimento da tutela jurídica ao deslocado ambiental e apresenta algumas iniciativas em matéria de proteção ao deslocado ambiental.

Gabriel Pedro Moreira Damasceno e Raysa Antonia Alves Alves investigam os impactos constatáveis para o Direito Internacional (DI) Contemporâneo da pluralidade de sujeitos e atores não estatais emergentes na Sociedade Internacional.

Othon Pantoja Oliveira de Azevedo aborda a aplicação da Diretiva 2009/28/CE (DER/2009) que regula respeito das energias renováveis da União Europeia como um passo necessário para tentar concretizar as abstrações estabelecidas pelo Direito Internacional Público em relação às mudanças climáticas.

Mariana Passos Beraldo, Fernando Passos e Augusto Martinez Perez Filho tratam do contexto da globalização e os diferentes regimes fiscais nacionais que acirraram a competição fiscal internacional. Elucidam que a concorrência fiscal não é no todo maléfica, contudo, sua utilização de forma exacerbada, a fim de atrair investimentos estrangeiros e tornarem Estados mais competitivos, é prejudicial e responsável pela chamada corrida para abismo.

Felipe César Santiago de Souza e Daniel Machado Gomes analisam a recente condenação do Brasil pela postura omissiva em investigar o assassinato do jornalista Vladmir Herzog, demonstrando a insuficiência de políticas públicas nacionais para a justiça de transição, perante os tratados e convenções de direitos humanos firmados pelo próprio Estado brasileiro.

Junia Gonçalves Oliveira e Lorena Oliveira Rosa propõem uma análise em torno do controle de convencionalidade conforme a qual as normas internas e os tratados podem se complementar para que os direitos humanos sejam alcançados e efetivados nos tribunais trabalhistas, demonstrar que instituto é fonte necessária para aplicação das normas internacionais.

André Luiz Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha investiga os contratos de utilização do navio, trazendo noções acerca da história e importância do comércio marítimo, notadamente o internacional, e do seu estudo no campo jurídico. Enfoca, de início, o contrato de locação (afretamento a casco nu) e o contrato de locação do navio.

Arisa Ribas Cardoso expõe o Trafficking Victims Protection Act (TVPA), legislação que, dentre outras medidas, prevê a análise dos esforços de outros países no enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e a sua classificação a partir dos critérios da lei estadunidense. Essa classificação é utilizada para fins de concessão, não concessão ou retirada de programas de assistência a outros países pelo governo dos EUA, gerando efeitos extrínsecos de uma legislação doméstica, permitindo sua utilização inclusive como mecanismo de política externa.

João Hagenbeck Parizzi, Samir Alves Daura e Fausto Amador Alves Neto perquirem sobre o sistema de proteção internacional de direitos humanos dos trabalhadores em relação à atuação das empresas transnacionais, sua atual conjuntura, algumas de suas falhas e as discussões para remediá-las.

Larissa Ramina e Laura Maeda Nunes analisam as alterações recentes na doutrina do Direito Internacional na América Latina, dedicando-se aos impactos do colonialismo nos povos latinos.

Carla Noura Teixeira e Mauro Augusto Ferreira da Fonseca Junior apresentam as bases teóricas a fim de que justifique a criação de um Tribunal Constitucional Internacional com base no Jus Cogens Internacional.

William Paiva Marques Júnior busca analisar a complexa realidade contemporânea nos países da América do Sul demonstra a existência de diversos fatores que desafiam a efetividade do PROSUL, ressaltando que a viabilidade de projetos integracionistas regionais deposita suas esperanças na ampliação da democracia, do constitucionalismo e da cidadania.

Jamile Gonçalves Calissi propõe uma análise sobre a espécie legislativa apontada no artigo 59 da Constituição Federal de 1988 denominada decreto legislativo, apresentando todo o seu procedimento geral, instruído pelo Regimento Interno Comum do Congresso Nacional, bem como aquele empreendido na aprovação de tratados internacionais comuns. Ao final, aborda a questão do controle de constitucionalidade afeita ao assunto, explicando a possibilidade de fiscalização abstrata de constitucionalidade sobre os decretos legislativos e concluindo pela impossibilidade de tal fiscalização diretamente sobre os tratados internacionais.

Nádia Regina da Silva Pinto visa debater as perspectivas democráticas contemporâneas relacionadas ao índice de Desenvolvimento Humano- IDH dos países da América Latina no incremento de políticas públicas voltadas ao aumento da qualidade de vida.

Mario Jorge Philocreon de Castro Lima prevê que o implemento do recente Acordo de Associação União Europeia – Mercosul estabelecerá um novo sistema de solução de controvérsias, destinado a atender às eventuais demandas surgidas no âmbito do Acordo, e sua vigência futura induzirá a coexistência de dois sistemas de solução de controvérsias de natureza interestatal no Mercosul, embora dirigidos para operações de diferentes destinação comercial, fazendo-se necessário observar a composição desses dois sistemas solução de controvérsias em razão das alternativas que oferecem aos operadores econômicos dos países membros dos dois blocos, para solucionar suas eventuais divergências.

Tuana Paula Lavall e Giovanni Olsson analisam em que medida, a economia solidária, movimento social de dimensões globais, pode contribuir para esse intento. De forma específica, recuperam aspectos da construção do conceito de desenvolvimento sustentável pluridimensional e da sua emergência nova Agenda; apresenta o modelo de governança nela adotado, destacando o papel dos atores não estatais; e caracteriza o movimento da economia solidária como ator relevante.

Geralcilio José Pereira da Costa Filho perquire sobre as normas editadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) ante a Reforma Trabalhista, por meio do controle de convencionalidade, que busca aferir a compatibilidade das leis, a exemplo da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, às normas de Direito Internacional.

Sébastien Kiwonghi Bizawu e Pedro Andrade Matos examinam os desafios da cooperação internacional para a redução da pobreza nos países em desenvolvimento e as armadilhas da política de ajuda e de empréstimos da China aos países africanos, bem como a eventualidade de condicionalidades nas economias emergentes dos países africanos e a política de interferência nos assuntos internos desses países-parceiros.

Jaqueline de Paula Leite Zanetoni demonstra as perspectivas para acessão do Brasil junto à OCDE e analisa os seus impactos no direito interno.

Juliana Muller revela que o Direito Internacional foi moldado de acordo com pretensões europeias de dominação colonial, e a historiografia da matéria representa ainda hoje estes interesses, naturalizando e legitimando uma pretensa superioridade de alguns povos sobre outros, propondo meios pelos quais esta hegemonia pode ser contraposta, partindo da comprovação da Ocidentalização da matéria, explanando as consequências desta distorção e expondo alguns dos esforços na direção da descolonização da disciplina para, finalmente, averiguar como é possível tornar esta historiografia mais plural e justa.

Catharina Orbage De Britto Taquary e Eneida Orbage De Britto Taquary investigam a migração decorrente de catástrofes ambientais que impõe ao indivíduo o abandono de sua cultura em seu país, determinando sua condição de refugiado ambiental e consequentemente o processo de aculturamento. A problemática consiste na necessidade e dever do Estado que recebe o refugiado no fornecimento de proteção, integração e garantia dos direitos fundamentais aos refugiados ambientais.

Joaner Campello de Oliveira Junior revela que o BNDES vem se estruturando institucionalmente e apoiando projetos pautados no marco internacional do desenvolvimento sustentável. Em outro trabalho, o mesmo autor aborda as perspectivas desta nova corrida espacial no marco jurídico do Direito Internacional Espacial.

Glaucio Ferreira Maciel Gonçalves, Érico Andrade e Alex Lamy de Gouvea abordam aspectos da cooperação judiciária transnacional entre magistrados, como a cada vez mais global jurisprudência constitucional, a crescente interação judicial e o desenvolvimento de uma doutrina distinta do judicial comity, dentre outros que, juntos, representam a construção gradual de sistema legal global no qual os juízes começam a se reconhecer como participantes de um empreendimento judicial comum e membros de uma profissão que transcende as fronteiras nacionais.

Com grande satisfação os coordenadores apresentam a presente obra, agradecendo aos autores /pesquisadores envolvidos em sua produção pelas ótimas reflexões surgidas e debatidas, bem como reiteram e louvam a dedicação e competência de toda a equipe do CONPEDI pela organização e realização do venturoso e inovador evento, realizado pela primeira vez de forma integralmente virtual.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas da complexa realidade mundial sob a óptica internacionalista. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito Internacional no contexto contemporâneo.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo- UNICURITIBA

Prof. Dr. Mario Jorge Philocreon de Castro Lima- UFBA

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC

Nota técnica: O artigo intitulado “A aplicabilidade de normas internacionais humanitárias em conflitos armados não internacionais” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Internacional apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Internacional. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

JUS COGENS COMO ELEMENTO FORMADOR DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL: A CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL INTERNACIONAL COMUM.

JUS COGENS AS A FORMING ELEMENT OF INTERNATIONAL JURISDICTION: THE CREATION OF A COMMON INTERNATIONAL COURT.

Carla Noura Teixeira
Mauro Augusto Ferreira da Fonseca Junior

Resumo

Este trabalho nasceu da preocupação em dar efetividade a Normas no plano internacional, em especial ao Jus Cogens. De modo que por mais que os valores e conteúdo normativo do Jus Cogens sejam reconhecidos, ainda não tem a plena capacidade de gerar impactos jurisdicionais a seus destinatários, mesmo dotados de força cogente. Desse modo, o objetivo é apresentar bases teóricas a fim de que justifique a criação de um Tribunal Constitucional Internacional com base no Jus Cogens Internacional.

Palavras-chave: Jus cogens, Tribunal constitucional internacional, Norma cogente, Direito internacional

Abstract/Resumen/Résumé

This work was born from the concern to give effect to Norms in the international plan, especially to Jus Cogens. So that as much as the values and normative content of Jus Cogens are recognized, it still does not have the full capacity to generate jurisdictional impacts to its recipients, even with endowed force. Thus, the objective is to present theoretical bases in order to justify the creation of an International Constitutional Court based on Jus Cogens International.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jus cogens, International constitutional court, Norm cogent, International right

1. INTRODUÇÃO.

A influência de um Norma Cogente dentro de qualquer sistema jurídico próprio é inegável, ela gera repercussões tanto no polo normativo quanto no polo estrutural, não cabendo qualquer margem de discricionariedade ao seu destinatário, dado as suas características impositivas e imperativas.

Nesse sentido, a Norma Cogente pode se apresentar nos mais diversos ramos do Direito e tendo a sua finalidade moldada ao plano que ela estará inserida, sem contudo abandonar as duas características. No plano do Direito Internacional ela se apresenta na forma do chamado Jus Cogens, do qual o seu conteúdo dá o caráter de Norma Cogente, sempre imperativa a toda a comunidade internacional por seu conteúdo de valores e proteção a Direitos Humanos fundamentais.

Nessa perspectiva, seria possível criar uma jurisdição internacional para controlar e uniformizar o Jus Cogens em um Tribunal Constitucional Internacional? É isso que o presente estudo se baseia, apresentar arcabouçou teórico para poder chegar a apresentar qual seja a resposta a tal problemática.

Esse artigo se apresenta dividido em dois grandes tópicos, dos quais estão subdivididos em assuntos específicos. Em um primeiro momento, se destinará a explicar como funcional a criação jurisdicional por meio de uma Norma Cogente, chegando por fim a um Tribunal Constitucional. Posteriormente, se preocupará em apresentar o conceito e características do Jus Cogens como Norma Cogente Internacional, a fim de que finalmente possa discutir uma possível criação de um Tribunal Internacional Constitucional.

Por fim, a metodologia aplicada foi de pesquisa documental e de busca por bibliográfica pertinente sobre o tema.

2. A FORMAÇÃO DE UMA JURISDIÇÃO COMO ELEMENTO CRIADOR DE TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS.

Na criação e estruturação de um ordenamento jurídico se faz necessário a elaboração de um sistema constitucional e infraconstitucional que condicione o funcionamento correto do respectivo sistema. Em outras palavras, há de existir uma primazia normativa estruturante para de fato tenha uma efetividade das normas supralegais face as infra legais.

Nesse sentido, é fato que na estruturação de todo e qualquer sistema jurídico, a base normativa será a sua respectiva Constituição, é nela que há as diretrizes a serem seguidas pelas

instituições que compõe a ordem jurídica do sistema. É fato que para fazer valer essa base normativa básica se faz necessário a formação de entes que possam fazer valer a ordem normativa frente a todo o sistema a fim de que a norma maior não fique apenas na abstração e possa ser efetivada ou ainda ser violada.

A esse processo interno nos respectivos sistemas jurídicos nacionais chama-se de processo constitucional, do qual parte-se da premissa que a aplicação de normas constitucionais tendem a ter um critério abstrato, devendo haver um processo próprio a fim de tornar essa abstratividade em fato concreto. Isso é alcançado pelo processo na medida em que ele objetivará a supremacia constitucional frente a possíveis violações dentro do sistema em si. (DIMOULIS, LUNARDI 2019).

Para tanto, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi assim colocaram a ideia de processo constitucional (p.35, 2019):

> Finalmente, alguns autores consideram processo constitucional o conjunto de tipos de processo regulamentados pela Constituição. Nessa perspectiva, estuda-se a configuração de vários processos regulamentados na Constituição sob a denominação "processo constitucional".

Essa é a ideia que permeia a supremacia constitucional. Sem um processo constitucional devido ela pode vir a se tornar vazia na prática, uma vez que não existiria meios que atos ou normas violadores da Constituição pudessem ser afastadas. É fato que, em termos de processo constitucional ocorrerá por meio de Controle de normas em face a própria Constituição.

É natural que o conceito de processo constitucional contém elementos tanto de ramos do Direito Constitucional quanto de Teoria geral do Processo. Em que pese o Direito Constitucional se materializa na forma da Supremacia da Constituição enquanto que na Teoria do Processo, por mais que tenha as suas peculiaridades frente a outros meios de processo, há a exigência da formação de uma jurisdição especifica para a sua atuação.

Nessa jurisdição caberá ao ente exercer o Controle frente aos atos infraconstitucionais. Não obstante, se por um lado existe a imposição do Controle as normas (Direito Constitucional), a jurisdição terá o dever de materializar esse controle não cabendo a esse ente se afastar de exercê-lo (Teoria Geral do Processo) o que a torna um Direito Fundamental dentro da ótica constitucional. Da mesma forma, essa jurisdição encontrará escopo dentro da Constituições, como lembra Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (p. 94, 2015):

> Em resumo, no Estado Democrático de Direito, a jurisdição é direito fundamental das pessoas naturais e jurídicas, sejam de direito público ou de direito privado, porque positivado ou expresso no texto da Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso XXXV). Exatamente por isto, se é direito fundamental do povo, contrapartida, é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da própria Constituição, somente possível de ser exercida sob petição daquele que a

> invoca (direito de ação) e mediante a indispensável garantia fundamental do devido processo constitucional (artigo 5º, inciso LIII, LIV e LV).

Ao trazer essa perspectiva de jurisdição para o processo constitucional fica claro que ela terá um dever especifico, qual seja de efetuar o controle de normas. Para tanto a própria Constituição enumerará processos e instrumentos legais que objetivam garantir a Supremacia de seu texto dentro das normas infraconstitucionais, por meio de uma jurisdição especifica. A essa jurisdição especifica será atribuída de Jurisdição Constitucional.

Colocando especificamente em termos processuais, a jurisdição é que dará os moldes de atuação para apreciação de demandas judicializadas. De modo que a jurisdição constitucional não será diferente. Ela pressupõe a criação ou imposição a um determinado ente para julgar a regularidades da normas frente a Constituição, a única distinção com a jurisdição dita "comum" é a sua especialidade, pois a jurisdição constitucional se ocupará especificamente de demandas que possam violar a Supremacia do texto constitucional.

Em todo caso fica claro que há uma intrínseca relação entre a jurisdição constitucional e a Supremacia Constitucional, essa relação é pautada no controle que a jurisdição fará dentro do próprio sistema. Entretanto a jurisdição não apenas atribui a um ente o dever de exercer controle, ela também pode criar esse ente, dando poderes e deveres de guardião da Supremacia constitucional. A esse ente é denominado de Tribunal Constitucional.

Um conceito simples para uma Corte Constitucional é um órgão do judiciário ou diverso, cuja principal função é julgar a constitucionalidade de leis, emitindo pareceres sobre elas e decretos dos poderes Executivo e Legislativo, em consonância com correta aplicação da Constituição. Em outras palavras, é por ela que pode efetivamente ocorrer a relação entre os indivíduos e Estado em nível constitucional.

A jurisdição Constitucional tem como premissa a forma com que o Tribunal Constitucional poderá e deverá atuar na medida em que for provocado. A tarefa se torna mais clara na medida em que entende-se a sua atuação como o órgão máximo que regula a relações entre indivíduo e o Estado, sempre a nível Constitucional. É por isso que a relação de tal modelo jurisdicional tende a ser tão complexa, visto que ao operar dentro dessa logicidade é estar inerte a fatores sociais e políticos. Em um relação de proporcionalidade, quanto mais discursiva for a Constituição mais complexa tende a ser a sua jurisdição constitucional e por consequente mais demandado será o seu Tribunal Constitucional. Pois, ele foi raciocinado para dar resposta a nível constitucional a relação indivíduo Estado. (Bercovici, 2004).

Como se pode perceber, e é até um conclusão lógica desse sistema em si, a jurisdição Constitucional se adequa a ordem imposta pela própria Constituição. Tal mandamento permeia

todo o ordenamento e o prepara para que as questões que sejam constitucionalizadas sejam efetivamente matérias do Tribunal Constitucional em si e não das instâncias inferiores.

Observa-se que toda essa sistemática é inerente de ordenamentos internos sob uma ótica constitucional, mas que se baseiam em uma Norma Suprema para racionalizar uma demanda por jurisdição e aplicação do seu texto máximo. Nesse sentido, é possível visualizar uma relação estruturante de formação na qual a Supremacia da Constituição exige valer a sua hierarquia, e a faz por meio de uma jurisdição criando Tribunais Constitucionais no sistema jurídico interno que farão valer seus mandamentos.

Em resumo, isso ocorre porque uma norma cogente (Constituição) estabelece diretrizes para todo um ordenamento, ou seja a norma cogente cria esses parâmetros e funcionalidades para o um determinado sistema jurídico. Em se tratado de sistemas jurídicos nacionais essa norma cogente são as suas respectivas Constituições, das quais poderão ser diferentes em modelos de Direitos mas tendem a seguir essa lógica de supremacia.

O fato é que um Norma Cogente é capaz de gerar uma supremacia, dessa supremacia oportunizar a formação de uma jurisdição, posteriormente criar Tribunais para, por meio de Controle, fazer valer a sua supremacia. É essa relação que será apresentada a seguir para enfim oportunizar a discussão sobre a criação de um Tribunal Constitucional Internacional de jurisdição comum.

2.1 O Conceito de Norma Cogente.

Ainda no campo do Direito Constitucional há de se colocar a cogencia de normas. Nela existe a imposição e aplicabilidade de normas constitucionais em grau de juridicidade e de eficiência. Nesse ponto, destaca-se justamente as chamadas Normas Cogentes. Um conceito mais direto de Norma Cogente diz respeitos a normas que constrange à quem se aplica, tornando seu cumprimento obrigatório de maneira coercitiva. É como conceitua Tercio Sampaio Ferraz Junior: (p. 138, 2018)

> Por força de incidência entendemos o grau de impositividade da norma. Toda norma é impositiva, vincula os sujeitos. Todavia, algumas subtraem deles qualquer autonomia. Seus atos e omissões não podem ser regulados senão na forma disciplinada na norma geral. Essas normas a dogmática analítica chama de imperativas (stricto sensu, posto que há quem entenda que toda norma é imperativa). Podemos chamá-las também de cogentes ou injuntivas. Essas normas excluem convenções ou acordos entre as partes que, se contrariam o disposto, são nulas, isto é, não produzem efeitos jurídicos.

A ideia de Norma Cogente é de pressuposto de ordem pública, no qual o princípio do interesse público relevante que, se contrastando com interesses privados, prevalece em última

instância sobre eles. Esse interesse público pode ser do próprio Estado. Em outras palavras a Norma Cogente é dotada de autoexecutoriedade sendo coercitiva aos seus destinatários por ter a natureza pública ou de interesse público dentro do próprio ordenamento.

No âmbito do Direito Público, essa força normativa é inerente a própria formação de Estado e seus entes, dos quais não dá qualquer margem interpretativa ou de discricionariedade na sua aplicação, como também lembra Tercio Sampaio Ferraz Junior: (p. 152, 2018)

> As normas constitucionais têm, em geral, a natureza jurídica de normas públicas, desde que se entendam as regras da Constituição sobre os direitos fundamentais da pessoa, as de proteção à família, à atividade econômica privada como limites ao exercício e ao conteúdo das competências orgânicas do Estado. Ou seja, não é a natureza das coisas, mas a natureza jurídica das normas (seu caráter cogente e soberano) que as qualifica como públicas.

Ao trazer essa perspectiva para o Direito Constitucional, as Normas Cogentes aplicadas ao Estado estarão contidas, essencialmente, na própria Constituição, simplesmente por ser a pedra angular da formação e estruturação do Estado. Logo, Normas ditas Cogentes no âmbito do Direito Constitucional são de natureza pública e não podem ser afastadas ou não aplicadas, sendo impositivo o seu reconhecimento perante a formação do Estado.

Essa lógica passa a fazer sentido, pois somado o conceito de Norma Cogente com a Supremacia do texto constitucional, tem-se o resultado da imposição hierárquica da Constituição perante todo o ordenamento, em outras palavras a conjugação de uma da Supremacia Constitucional com Normas Cogentes, para o Direito Público, impõe ao sistema jurídico uma conformidade das leis infraconstitucionais com o texto constitucional, do qual a sua aplicabilidade não é discricionária e, ainda, fora de contexto é passível de controle.

A premissa maior é de que para o Direito Público (Direito Constitucional) o Estado tem para a Constituição uma relação de cogencia, não devendo essa norma deixar de ser aplicada, seja pelo interesse público nela contida, ou ainda a sua Supremacia frente todo o ordenamento.

Pela premissa menor, a Cogencia da Constituição ao Estado não mais é do que o reforço a própria Supremacia, na medida em que impõe a sua normatividade, juridicidade para a sua formação seja em nível administrativo quando em nível de atuação. Logo é impositiva a todo o sistema jurídico o qual está inserido.

Trazendo essa lógica para o reconhecimento da Jurisdição Constitucional, a relação se torna clara, uma vez que por formação a Supremacia Constitucional se torna exigência frente ao sistema jurídico e para valer essa Supremacia, o texto constitucional impõe a estruturação de uma jurisdição especifica para efetuar o controle das normas infraconstitucionais. Entretanto, criar essa estrutura jurisdicional é de responsabilidade do Estado não cabendo qualquer

discussões sobre a sua criação. A essa relação tem-se a cogencia do texto constitucional de jurisdição para com o Estado.

Tal relação é ainda mais relevante pois está inserido interesse público na jurisdição constitucional, tendo em vista que se a Constituição tem por princípio básico limitar o poder do Estado e dar garantias individuais e sociais a sociedade, é claro que um controle se faz necessário a fim de evitar possíveis desconformidades com esses princípios. E esse controle será feito a partir de uma lógica jurisdicional constitucional, daí a relação de norma cogente constitucional para com o Estado.

Obviamente essa relação pode ser imposta a toda norma constitucional, em especial normas de Direitos Fundamentais, mas para os fins metodológicos desse artigo, direciona-se o exemplo de força cogente constitucional a criação da jurisdição constitucional.

Por fim, o objeto dessas Normas Cogentes para o Direito Constitucional são sobre a organização do Estado e os atos correspondentes dos entes públicos. Trata-se, ainda, da ideia geral conferida para a proteção de interesses comuns da comunidade (como mencionado anteriormente). Esse objetivo social (interesse público) manifesta-se por restrições ao exercício da competência do Estado e a seu conteúdo frente a Direitos e Garantias individuais, podendo ser dividido quanto ao exercício e a legalidade.

Nesse sentido, ao exercício, os atos submetem-se à legalidade e à estrita legalidade. Enquanto que ao conteúdo, a competência é soberana, isto é, confere o poder de obrigar os outros mesmo sem seu consentimento. Por isso, a competência pública, no direito contemporâneo, configura um encargo, e é exercida por um papel social institucionalizado: o órgão. O direito constitucional, dentro do direito público congrega, assim, normas de competência orgânica e normas de conduta com elas conectadas, isto é, relativas a seu exercício. (Junior, 2018).

Em todo caso, o que se quis colocar é a relação de cogencia do texto constitucional com o Estado para a formação da jurisdição constitucional, logo as normas constitucionais são dotadas de força cogente perante o Estado a fim de que as suas diretrizes tenham eficácia perante todo o sistema jurídico, não cabendo o Estado a discricionariedade de dar ou não efetividade ao texto, até porque a sua criação denota nada mais do que a própria validade da Supremacia Constitucional perante todo o ordenamento jurídico, sendo inerente a sua aplicação para com o sistema jurídico que for.

2.2 A Supremacia de uma Norma Cogente.

Como já colocado, uma Norma Cogente é imperativo em todo e qualquer ramo de Direito, devendo somente se adequada a situação fática que a norma esteja de fato inserida. Por essa premissa, a Norma Cogente será dotada de supremacia e obrigatoriedade a quem for destinada, de modo que a cada momento da sua aplicação existirá uma imperatividade nela embutida.

Isso ocorre devido as características da Norma Cogente, uma vez que como ela detêm imperatividade, o seu atributo impositivo demanda de supremacia ao destinatário. No caso do Direito Constitucional, a Norma Cogente será a própria Constituição, a partir do momento em que demanda do Estado uma atuação positiva ou negativa frente a sociedade de salvaguarda de Direitos Fundamentais ou de Supremacia Constitucional ao sistema infraconstitucional, o que dá um caráter máximo frente a todo um sistema jurídico, é o que ressaltar Luís Roberto Barroso (p.75, 2018):

> O direito constitucional positivo é composto do conjunto de normas jurídicas em vigor que têm o *status* de normas constitucionais, isto é, que são dotadas de máxima hierarquia dentro do sistema. A conquista de normatividade foi capítulo decisivo na ascensão científica e institucional do direito constitucional (...) Do ponto de vista formal, todo dispositivo que integre o corpo da Constituição desfruta da posição especial referida acima. O direito constitucional positivo consiste em primeiro lugar, nas normas que compõem a Constituição.

Logo, para o Direito Constitucional a Constituição é um conjunto de Normas Cogentes que tutelam bens jurídicos socialmente relevantes, interesses sociais e ainda estrutura e formação do Estado. Para tanto, é natural haver imperatividade em seus mandamentos, materializado na sua Supremacia frente a todo o ordenamento jurídico, daí afirmar a existência de uma Supremacia Constitucional, advinda não somente da Constituição em si (até porque ela mesma detêm esse status de norma superior), mas também pela sua característica de Norma Cogente para o Direito Constitucional, tratando-se, portanto, de uma Supremacia da Norma Cogente Constitucional.

Essa cogência se torna importante, pois dá as características de atuação da normas constitucionais, ou seja, se as normas cogentes são imperativas e supremas, as normas constitucionais vão ter as mesmas características e imposições a seus destinatários. De modo que essa imposição são será apenas no plano de garantias individuais ou sociais, ela virá também na formação de estruturas que possam dar uniformidade constitucional a todo o sistema jurídico.

Desse modo afirmar que a Constituição é uma Norma Cogente é reforçar a sua supremacia perante todo o sistema jurídico, não só pela sua capacidade estruturante mas pela sua natureza impositiva ao Estado. Nesse ponto, há de se fazer uma construção lógica. Se a

Constituição, por natureza própria e normativa, tem a sua Supremacia garantida existe a obrigação de seus destinatários cumprirem suas diretrizes, assim sendo, de salvaguardar os ditames dessas mesmas normas. De modo que quando se tratar de norma estruturantes, cabe ao Estado dar e formatar essas estruturas.

É isso que ocorre na formação da jurisdição constitucional, na medida em que há uma exigência em dar conformidade a todo o sistema infraconstitucional, tem que haver a formação de entes constitucionalizados para fazer esse controle. Logo a criação de um Tribunal Constitucional com jurisdição própria nada mais é do que a materialização da imposição de um norma cogente no âmbito do Direito Constitucional.

Todavia, como já colocado, Normas Cogentes são visualizadas em todos os ramos do Direito, com todas as suas características bem definidas, portanto, é possível a sua aparição em dispositivos do Direito Internacional, dotados de imperatividade, positividade a seus destinatários, sem a possibilidade de discricionariedade na sua aplicação.

De todo modo, reconhecer essas normas em outros ramos do Direito é, em última análise dar um caráter impositivo a outros objetos jurídicos detentores de força normativa. Isso está atrelado ao fato que esse tipo norma que tem por finalidade restringir a autonomia da vontade, inibir a fraude e a exploração da parte mais fraca nos negócios jurídicos, como já apresentado.

Voltando ao Direito Constitucional, a cogencia da Constituição é uma representação da sua soberania, como coloca Felipe Albertini Navi Viaro (p. 71, 2018):

> O reconhecimento da supremacia da Constituição torna inevitável a discussão sobre os mecanismos adequados para a preservação de sua eficácia. As formas de controle de constitucionalidade, por sua vez, são as mais diversas, e comportam inúmeras classificações, dentre elas: pela natureza, como político ou jurisdicional; pelo momento, preventivo ou repressivo; já em sede de controle jurisdicional, sob o prisma orgânico-subjetivo, difuso ou concentrado; e, sob o prisma modal, com incidental ou principal.

Em outras palavras há a necessidade de exercer um controle por meio da jurisdição criada pela Norma Cogente constitucional. De modo que a norma constitucional estabelece a atuação dos poderes constituídos (estrutura) e impõe seu conteúdo como obrigatório para todo e qualquer ato de poder constituído, isso é a manifestação da Supremacia de uma Norma Cogente constitucional.

Novamente volta-se a concepção originaria de Norma Cogente, na qual é aquela que se torna obrigatória, de maneira coercitiva, mesmo que venha a constranger a vontade do indivíduo a que se aplica, bastando haver a relação de casualidade para que a norma incida sobre ele. Nesse ponto, uma norma constitucional cogente é aquela que possui imperatividade, que não admite disposições diversas, representado na sua Supremacia Constitucional.

Em resumo, as normas cogentes são preceptivas, quando obrigam a determinada conduta, e proibitivas, quando a vedam. São normas que visam a impor-se à vontade dos seus destinatários, condicionando absolutamente a sua conduta e não permitindo a ocorrência de desvios ou alternativas ao regramento legal imposto. A vontade individual de optar é, nesses casos, de nenhuma valia e de nenhum efeito. De outra parte, as normas dispositivas são aquelas que deixam aos destinatários a liberdade de disporem de maneira diversa da regulamentada pela norma, a qual tem, um efeito supletivo à vontade das partes.

Por fim, o efeito dessa imperatividade é visto em normas estruturantes no que diz respeito a obrigação de uma jurisdição constitucional, com a observação de sem uma jurisdição adequada o controle e uniformidade infraconstitucional não se torna factível, ocasionando uma falha de todo o texto constitucional, tendo em vista a ausência de qualquer parâmetro abaixo da hierarquia constitucional.

Isso pode ocorrer em qualquer norma cogente, pois além de ser impositiva, ela também necessita de atuação de controle a fim de que possa produzir seus efeito e não ser desrespeitada dentro do sistema. Daí a imposição de entes que tendem a exercer seu controle, como forma de reforçar a imperatividade e força normativa da sua cogência.

A criação da jurisdição constitucional é, então, materializadora da Supremacia Constitucional, mas também funciona como instrumento capaz de dar a norma cogente a salvaguarda necessária da usa imperatividade, em outras palavras, é por meio dela que a norma cogente vai de fato se fazer cumprir sob a passividade de ser o ato submetido ao controle.

Observa-se que todas essas consequências logicas são derivadas das características da Constituição como norma cogente em um sistema jurídico, de modo que como espécie normativa não pode ser afastada do ordenamento em momento algum. Tem-se que todas essas características se tornam ainda mais fortes no momento eu versam sobre direitos e garantias individuas ou ainda de elementos formadores do Estado.

Entretanto, há de se ressaltar que as características de norma cogente não se limitam ao Direito Constitucional, podendo outras espécies normativas serem dotadas dessas características, e geram as mesmas implicações que foram até aqui apresentadas. Essa base pode ser transportada desde se esteja diante de normas cogentes, sendo a sua criação um mecanismo de concretização de normas até o momento abstratas.

2.3 Jurisdição por Meio da Norma Cogente

Como já foi colocado Normas Cogente podem se materializar nos mais diversos ramos do Direito, não sendo uma exclusividade do Direito Constitucional. Entretanto, quando retratada no âmbito da Constituição é possível visualizar com mais clareza as normas dotadas de cogência. É o que ocorre nas normas de formação de jurisdição.

Em termos de Jurisdição Constitucional como Norma Cogente dentro da ótica da Constituição, se faz necessário um regresso. No início desde ensaio, foi posto que a estrutura constitucional demanda certo controle para dar uniformidade as suas garantias, esse controle deverá ser efetuado por entes processualmente constituídos para esse fim, nos moldes de uma Jurisdição Constitucional, de modo que esse controle será realizado em três aspectos distintos como lembra Lenio Luiz Streck (p.62, 2018):

> Com efeito, Cappelletti, em 1968, classificou os modelos constitucionais, dividindo-os em políticos e judiciais. Analisou-os sob três perspectivas: estrutural, relacionado ao controle da lei; processual, sobre o acesso aos tribunais; e sobre os efeitos da sentença. Rejeitou qualquer padrão "geográfico". O trabalho apresentou as três metodologias utilizadas: os modelos austríaco, americano e o francês, sendo este último não mais exclusivamente com o controle preventivo. Estabeleceu as dicotomias entre o modelo americano e o austríaco, o primeiro com o controle difuso, incidental, sentenças declarativas, e o segundo com o controle concentrado, incidental (após a reforma constitucional de 1975), direto e sentenças constitutivas.

Observa-se que independentemente de qual aspecto se irá avaliar, não se tem como afastar que essa jurisdição foi imposta por meio de uma Norma Cogente Constitucional em criar entes que ficassem adstritos a julgar o controle de normas conforme o texto constitucional, surgindo assim os Tribunais Constitucionais. A ideia é de que o surgimento dos modelos de justiça constitucional passaram a ser conhecidos como Tribunais Constitucionais, representados pela específica função de controlar as leis e dos atos dos poderes do Estado, afirmando, sobremodo, a supremacia das Constituições, mormente aquelas forjadas em um determinado sistema jurídico. Sem dúvida, o modelo de justiça constitucional com tais características mostrar-se-á eficaz para a consolidação das democracias e dos direitos sociais e fundamentais nos mais diversos ordenamentos jurídicos.

Tem-se, então, que em sistemas jurídicos nacionais, a Constituição, por meio da sua Supremacia, obriga a estruturação de Tribunais Constitucionais a fim de fazer o controle perante todo o sistema infraconstitucional, essa obrigação nada mais é do que uma norma cogente de imposição ao Estado, do ponto de vista estrutural.

A questão é: se torna possível a criação de uma jurisdição internacional comum como forma de controle de uma Norma Cogente Internacional?

Tal questionamento poderá ser analisado nos tópicos posteriores, o que vale apenas ressaltar no plano internacional para ordenamentos jurídicos nacionais é que existe a incorporação de tratados e declarações internacionais em defesa dos direitos, o que mudou a

clássica ideia da Constituição como Lei Maior. Mas, ao mesmo tempo, esses instrumentos do Direito Internacional se incorporam ao ordenamento de alguns Estados através de leis.

Todavia, ocorrendo essa incorporação, não se trata mais de Normas Cogentes internacionais e sim Normas Cogentes Constitucionais, gerando imposições e repercussões em todo o sistema infraconstitucional.

Em todo caso, a ideia de uma criação de Jurisdição Constitucional ser baseada na cogência normativa da Constituição advêm da sua própria natureza, Lenio Luiz Streck afirma (p.105, 2018):

> Neste a própria Constituição, fruto de um pacto constituinte-fundante de uma nova ordem, já por si só passa a estabelecer os caminhos político-econômico-sociais do Estado (normas autoexecutáveis, p.ex). E, para dar efetividade a tais normas, tornava-se absolutamente insuficiente um mecanismo meramente difuso de controlar a compatibilidade dos textos ordinários com a Constituição. Observe-se que as perspectivas que assumiram os tribunais no pós-guerra, onde a justiça constitucional assumiu papel preponderante, não guardam simetria com a ideia original kelseniana.

A premissa é de que as Constituições estão repletas de disposições com forte carga de cogência, além de conceitos indeterminados, e, desde logo, não foram totalmente formuladas a abarcar todos os casos concretos que viriam a surgir no ordenamento. Isso significa, precisamente, que, para adequar a lei ordinária a esse modelo de Constituição, o juiz constitucional, ao instaurar seu monopólio, teve de desenvolver, levando em conta os diferentes processos sociais, um tipo de interpretação (e procedimento), isto é, a da simples derrogação da lei.

Por isso, no plano prático de atuação, os diversos tipos de sentenças que têm sido elaboradas pelos distintos Tribunais Constitucionais internos (sentenças aditivas, manipulativas, construtivas etc.), são dirigidas à atuação e efetivação dos preceitos constitucionais nos diversos sentidos que a interpretação pode conduzir, isso porque o juiz constitucional conta com esse poder de interpretação, que é bilateral, enquanto referida tanto à norma constitucional, como à lei que se coloca como contraponto ao texto constitucional. (Streck, 2018)

Todo esse processo complexo é a materialização da Jurisdição Constitucional.

Nesse sentido, o próprio texto das Constituições superara a mera programaticidade é que se tornou necessário a efetividade do texto e isso só poderia ser cumprido por meio de entes juridicamente constituído para tanto: o Tribunal Constitucional.

Por fim, tudo o que foi apresentado, até aqui, reflete que é por meio das efetivas decisões tomadas pelos Tribunais Constitucionais que os valores supremos ganham uma real dimensão diante das particularidades de cada sistema jurídico. Sendo esse é o mais relevante papel exercido por um Tribunal Constitucional, como guardião da Constituição. Não há Estado

de Direito, nem democracia, onde não haja proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais.

Em Estados constitucionais contemporâneos, é incumbência da Jurisdição constitucional de ser a guardiã da Constituição, nunca em detrimento dos demais Poderes democraticamente constituídos, mas tão somente no cumprimento desse dispositivo, legislador democrático, a jurisdição constitucional passa a ter um papel extremamente relevante. A interpretação e a aplicação da Constituição é tarefa cometida a todos os Poderes, todavia cabe a esses Tribunais dar a uniformidade necessária.

Logo, essa criação não passa a ser arbitraria ou sem fundamento, pelo contrário é baseado na característica basilar de uma Norma Cogente constitucional em uma afirmação da sua Supremacia em face a todo o sistema jurídico.

Em última análise, por mais que a jurisdição constitucional seja criada por uma Norma Cogente Constitucional, ela não é arbitraria e sim impositiva, como bem coloca Luís Roberto Barroso (p.16, 2017):

> A jurisdição constitucional pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral60. Ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária. Isso vale para democracias tradicionais e pode ser vital para países de democratização mais recente, onde o amadurecimento institucional ainda precisa enfrentar uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo61. As constituições contemporâneas desempenham dois grandes papéis: (i) expressar as decisões políticas essenciais em que se funda uma dada sociedade, inclusive e sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais; e (ii) disciplinar o processo democrático, propiciando o governo da maioria e a alternância no poder62. De longa data se tem reconhecido que aí está o grande papel das supremas cortes e cortes constitucionais: proteger e promover os direitos fundamentais, assegurar o governo da maioria e resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia.

Isso só vem reforçar que por mais que exista cogência na Norma Constitucional que cria a jurisdição constitucional ela não pode ser arbitraria, e sim representativa da supremacia constitucional que ela irá se materializar em Tribunais Constitucionais, ao criar um trinômio novo entre a conjugação de uma Norma Cogente Constitucional, Jurisdição e Controle. Tudo isso para dar forma e validade a Supremacia Constitucional.

2.4 O Trinômio estruturante de um Tribunal Internacional: Norma Cogente x Jurisdição x Controle.

Tudo que foi apresentado até o momento serviu para dar pressuposto fático e teórico para sustentar a ideia de um Tribunal Constitucional Internacional. Isso porque restou claro que a criação de um Tribunal Constitucional passa por um exigência constitucional a fim de dar

Supremacia e uniformidade ao seu texto, por meio de um controle exercido de forma jurisdicional. Toda essa exigência é representada pela força cogente da Norma Constitucional, resultando em um trinômio bem nítido: Norma Cogente x Jurisdição x Controle.

Quando se conjuga a força cogente da Norma Constitucional que exige a criação de uma Jurisdição Constitucional própria com a materialização do Controle de atos infraconstitucionais conforme a Constituição, cria-se o Tribunal Constitucional. É possível trazer essa lógica para o plano internacional sem maiores impropriedades sistêmicas dentro da ótica interna.

Isso porque – como já citado nos tópicos anteriores - a incorporação de tratados e declarações internacionais em defesa dos direitos, o que mudou a clássica ideia da Constituição como Lei Maior. Mas, ao mesmo tempo, esses instrumentos do direito internacional se incorporam ao ordenamento de alguns Estados através de leis. Ou seja. Essa premissa afasta a justificativa de que um possível trato não tenha força cogente aos Estados, eles podem sim ter essa imposição, e uma dessas justificativas é quando tais tratados incorporam o ordenamento jurídico interno, passando a ser não somente uma norma internacional mas uma norma interna.

Nessa perspectiva a força cogente virá quando ordenamento interno incorpora esse tratado e passa a dar a imposição como se sua a fosse, até porque para o sistema jurídico ele entende que é sua, logo tendo as suas características garantidas, e portanto um norma internacional pode ter passível de cogência em um sistema jurídico nacional.

Todavia, fica a dúvida: e não havendo a incorporação desse tratado pela ordem jurídica interna, essa norma internacional pode ter força cogente perante os sistemas nacionais?

A fim de responder essa pergunta é então que surge o Jus Cogens, que será tratado nos tópicos posteriores, todavia a relevância é de que normas internacionais, por mais que não tenham sido efetivamente incorporadas podem ter sim força cogente perante seus destinatários.

Essa cogência virá não por força do ordenamento jurídico em si, mas sim a relevância do conteúdo do Jus Cogens, em outras palavras, o seu conteúdo é tão forte, impositivo que por si só já impõe obrigações em âmbito internacional a seus destinatários. Nesse sentido, Jus Cogens funcionam como normas peremptórias imperativas do Direito Internacional, inderrogáveis pela vontade das partes. A primeira referência a estes princípios imperativos do Direito Internacional.

Observa-se que essa ideia condiz com as características de uma Norma Cogente, e o ponto de inflexão está ao fato de que essa espécie normativa pode se concretizar em qualquer ramo do Direito, e é o que ocorre no Direito Internacional, com o fato que a Norma Cogente internacional se coloca por meio do Jus Cogens.

Essa imposição ocorre por meio de regras imperativas aos Estados obrigações objetivas, que prevalecem sobre quaisquer outras. Assim, o Jus Cogens compreende o conjunto de normas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional, que não podem ser objeto de derrogação pela vontade individual dos Estados, de forma que essas regras gerais só podem ser modificadas por outras de mesma natureza.

Em outras palavras, os conceitos de Norma Cogente com o de Jus Cogens se confundem do ponto de vista impositivo, sendo peremptório reconhecer essa relação. Em todo caso, se a uma Norma Cogente é capaz de impor estruturalmente a criação de um Tribunal Constitucional, não é impossível visualizar que o Jus Cogens, com a força cogente, impor a formação de um Tribunal Internacional Constitucional a fim de fazer o controle de seus ditames e uniformizar seu conteúdo perante as diversas ordens jurídicas.

Portanto, no plano internacional a lógica continua a mesma, sendo que o instrumento capaz de tornar possível a criação de um Tribunal Internacional Comum é o Jus Cogens com a sua natureza impositiva, é então que com a sua força cogente há a estruturação de uma jurisdição constitucional comum a fim de exercer o controle em sistemas jurídicos nacionais.

É por óbvio que essa perspectiva de espécie normativa, como figura diferenciada no repertório de Direito Internacional carece ainda de unanimidade por parte dos juristas, exatamente pelo fato de seu conceito ser um tanto impreciso e vago, além do propósito ao qual tal norma se presta, de colocar ordem e hierarquia em um sistema que originalmente não os possui, aquele das relações internacionais, cabendo tão somente nesse tópico a possibilidade teórica da conjugação e aplicação de tais fatores.

O ponto é que é possível teorizar um Tribunal Internacional comum por força da cogência normativa do Jus Cogens, todavia há de colocar o que é essa norma internacional e como funciona o seu conteúdo perante os diversos Estados, independe da sua incorporação a um determinado sistema. Essas características especificas do Jus Cogens, serão tratadas a partir desse momento nos tópicos posteriores.

3. O JUS COGENS COMO NORMA COGENTE.

Exposto a ideia de como um Norma Cogente constitucional impõe a estrutura de Estado a criação de um Tribunal Constitucional a fim de dar uniformidade ao texto constitucional, o ponto é saber o que é o Jus Cogens no ordenamento jurídico internacional, de modo a apresentar as suas características, conceito e a forma com que é possível criar um

Tribunal Constitucional Internacional, objetivando a concretude dos atos normativos do Jus Cogens.

Desse modo, apresentar um conceito solido de Jus Cogens se faz necessário, para que efetivamente se oportunize a formação prática e teórica de um Tribunal Constitucional Internacional de jurisdição comum, um vez que será por meio da cogência normativa que ele poderá de fato se estruturar.

3.1 Conceito de Jus Cogens Internacional.

Nos tópicos anteriores, foi colocado – de forma genérica – o que vem a ser o Jus Cogens, todavia essa apresentação foi apenas o ponto inicial de discussão. O Jus Cogens representa muito mais do que um conceito aberto no plano normativo internacional. Carla Noura Teixeira assim pontua sobre o tema (p. 311, 2013):

> No âmbito relacional do Direito Internacional e as ordens jurídicas estatais tem se firmado, inclusive, exemplificativamente, na Constituição portuguesa de 1976, no art. 8º, a distinção entre Direito Internacional geral ou comum e Direito Internacional convencional. O primeiro vinculativo de todos os Estados (e dos demais sujeitos) ou, pelo menos, não especificamente de alguns, e o segundo, só vinculativo dos partícipes. Na incorporação expressa de princípios internacionais pelas ordens estatais, vigora a demonstração de quão falso é o conflito que se pretende em sistema dual das relações entre Direito Internacional e Direito Nacional – dualismo; posto como já demostrado, que se considerarmos duas ordens independentes: "os dois sistemas não entram em conflito como sistemas, uma vez que trabalham em diferentes esferas. Cada um é supremo em seu próprio campo". O que se tem demonstrado é a inserção de princípios internacionais nas ordens estatais como normas de coexistência, reconhecidas nas relações globais, estreitamente aproximadas na segunda metade do século XX. De outro modo, quando se propugna pelo reconhecimento do monismo, faz-se pelo reconhecimento do monismo, faz-se pelo reconhecimento do universalismo de temas que aproximam o ser humano, em todas as suas formas de organização. E uma das manifestações é o reconhecimento de princípios de direito internacional, não apenas pelas ordens constitucionais, mas, predominantemente, como componentes de *jus cogens* internacional.

A ideia é que certos imperativos categóricos do Direito Internacional passam a ter força cogente a toda a comunidade internacional, e a justificativa de tal imposição se dá devido ao conteúdo dessas normas, novamente Carla Noura Teixeira coloca (p.314, 2013):

> O Texto da convenção de Viena – anteriormente mencionado -, no artigo 53 define, contudo, o que seja uma orma imperativa de direito geral, chmado *jus cogens 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.*

Em outras palavras, dispositivos internacionais (como é o caso da Convenção de Viena) reconhecem a estrutura hierarquizadas no plano de Direito Internacional que versam sobre princípios e valores que regem as relações e sociedade internacional. Em suma, o Jus

Cogens tem um conteúdo com uma carga valorativa tão forte perante a comunidade internacional que gera um cogência aos seus destinatários.

Por tanto, conceituar Jus Cogens é adicionar todo esse arcabouço do plano internacional, de modo que se constitui em uma agremiação que permeiam todas as normas internacionais e passam a ser conteúdo das demais normas nacionais, seja por seus valores (princípios) ou por efeito prático normativo, podendo ser chamado de Direito Internacional Constitucional (Teixeira, 2013).

A premissa maior sempre será de que o Jus Cogens forma uma ordem jurídica internacional, no sentido de que o seu conteúdo estará tanto na ordem internacional e constitucional, na medida em que tem-se o seu alcance todos os indivíduos seja qual for a sua nacionalidade, estando sempre submetido a esse conteúdo valorativo e normativo.

Nesse sentido, O Jus Cogens, com todas as suas interrogações, é, portanto, uma categoria, a das normas imperativas, dentro do conjunto de normas do Direito Internacional geral, categoria também objeto de disputas doutrinárias, Salem Hikmat Nasser afirma (p. 174, 2002):

> A construção de um conjunto realmente comum de valores fundamentais da comunidade internacional e da sua tradução no sistema normativo, de modo coerente e funcional, não se faz em pouco tempo nem se faz sem esforço. Enquanto transcorre o processo dessa construção, o direito e suas categorias, junto ao seu funcionamento, parecem estar em convulsão. Em meio à convulsão, a aceitação acrítica do jus cogens, do direito internacional geral, das obrigações erga omnes, dos crimes internacionais pode fazer avançar as idéias por trás dos conceitos, mas não serve à sua compreensão. O uso retórico dos conceitos abre as portas ao avanço de valores legítimos tanto quanto as abre para o seu uso indevido, interessado. O único caminho para a edificação de uma justiça internacional apoiada num sistema jurídico eficiente passa, começa de fato, pelo tratamento competente das dúvidas aqui anunciadas.

Ponta-se que reconhecer essas normas não é um opção no plano internacional e sim uma imposição por conta dos valores nela embutidas, a questão é que, mesmo sem ter essa consciência, as Constituições ditas nacionais acabaram por positivar esses conteúdos, no ponto em que reconhece garantias individuas e sociais, transformando em normas fundamentais no plano constitucional, ou seja, no momento em que houve a constitucionalização de Direitos Fundamentais há uma carga de Jus Cogens nesses Direitos, tornado o indivíduo mais embutido na sociedade internacional do que se possa imaginar.

A grande questão é que sabe-se da relevância da cogência que o Jus Cogens tem perante toda a comunidade internacional, mas é possível fazer valer essa imposição jurisdicional por meio de um Tribunal Constitucional Internacional?

3.2 O Tribunal Constitucional Internacional.

Em termos pontuais, convencionou-se que para um determinado dispositivo normativo internacional passasse a produzir efeitos dentro de um sistema jurídico nacional, deveria este passar por um processo legislativo próprio a fim de que pudesse integralizar o corpo jurídico normativo do ordenamento – em se tratando de Direito Material – enquanto que na questão processual, a decisão proferida por Cortes ditas Internacionais funcionaram apenas por embasamento interpretativo, cabendo a jurisdição local dar o peso e valor adequados a decisão, é o que lembra Osvaldo Alfredo Gozaíni (p. 1295, 2019):

> La entrada en el derecho interno de Convenciones internacionales sobre derechos humanos, así como el acatamiento a la jurisprudencia interpretativa que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (em adelante Corte IDH), llevó a los Estados a tener que adaptar el derecho público para no encontrar afectada la llamada "esfera de reserva soberana".

Nesse sentido a ideia sempre foi de que os Estados Nacionais são dotados de Soberania e, portanto, não poderiam estar adstritos a uma decisão de um Tribunal Internacional revisor ou que pudesse impor decisões obrigando de alguma forma esses mesmo Estados. Todavia, essa concepção é dotada de uma ideia falaciosa.

Isso reside no fato de que uma Norma de Direito Internacional e dotada de conteúdo humanitário e não de mera obrigação estatal. Sua carga valorativa – e por consequência de aplicação – está na aplicação e proteção de Direitos Humanos, o que em última análise também está inserido nas mais diversas Constituições, sendo uma obrigação de todos os Estados Soberanos zelarem por Direitos dessa natureza. É daí que vem a Norma Cogente do Direito Internacional, do conteúdo que ela versa.

Novamente Osvaldo Alfredo Gozaíni pondera essa situação (p. 1299, 2019):

> En efecto, la Corte IDH recuerda insistentemente que, conforme al derecho internacional, cuando um Estado es parte de um tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, obliga a todos sus órganos, incluídos los poderes judicial y legislativo a que realicen el correspondiente control de convencionalidad, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél.

Em outra palavras o objetivo desse sistema é de sempre proteger os Direitos Humanos e Direitos Fundamentais dos seres humanos. Os Tribunais Internacionais são mecanismos de proteção plena a esses Direitos, não se preocupando com a falácia de Direito Interno ou Externo, ou se os Tratados de Direitos Humanos fazem parte de um ordenamento jurídico nacional. Os Tribunais Internacionais reconhecem esses tratados com força de Norma Cogente (Jus Cogens) e por isso não cabe qualquer análise ou discricionariedade de aplicação, pelo contrário cabe a essa jurisdição o exercício de fiscalizar e realizar o controle dentro da atuação de cada Estado sob a égide do Jus Cogens.

De maneira concreta isso já ocorreu no caso concreto do Tribunal Constitucional contra o Estado do Perú, Osvaldo Alfredo Gozaíni relembra o caso (p. 1301, 2019):

> En el caso del *Tribunal Constitucional vs Perú*, se aplico por vez primeira esta regla al sostentar que la Corte, como todo órgano com competencia jurisdiccional, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia. Desde entonces entiende que su aptitud no puede ser condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones, em tanto es "maestra de su competencia". Y en ningúm caso el Estado puede desligarse de la Corte por su voluntad, atento al valor superior del ordenamento de protección de los derechos humanos.

Nesse caso, foi clara a atuação da Corte em dar uma interpretação das normas princípios e valores que estão inerente aos Direitos Humanos por sua força cogente. É então que voltamos a temática original. Em um exercício teórico, fica claro que no plano Constitucional, a jurisdição constitucional e a criação de uma Corte Constitucional é impositiva por meio da Norma Cogente Constitucional, obrigando o Estado a ter entes jurisdicionais a fim de dar uniformidade e controle dos atos infraconstitucionais do sistema jurídico nacional.

Essa lógica pode ser transferida para o plano Internacional, visto que todos esses elementos estão presentes na relação jurídica Internacional. Em um primeiro momento existe a Norma Cogente imperativa a toda a sociedade Internacional, qual seja o Jus Cogens. A sua imperatividade advém do seu conteúdo, que é o de proteção de Direitos Humanos baseado em um universalismo. Tal conteúdo está espalhado por toda uma cadeia de Tratados Internacionais e que foram aos poucos sendo inseridos nos primas constitucionais dos Estados, por justamente ser um conjunto de princípios e valores maiores do que a própria norma, criando uma normatividade especifica.

Se existe a Norma Cogente, os seus destinatários não tem a discricionariedade de dar efetividade ao seu conteúdo, ela é impositiva. Portanto o Jus Cogens passa a ser impositivo aos Estados, o qual tem o dever de dar meios e garantias a toda a proteção dos Direitos Humanos que pairam sobre o Jus Cogens.

Nesse sentido, e diante dos mais diversos ordenamentos nacionais, é necessário sim um ente internacional que possa dar uniformidade e controle ao conteúdo do Jus Cogens, evidente que essa imposição se dará por meio de uma jurisdição própria: uma jurisdição internacional com o nítido dever de fazer o controle perante seus destinatários dos valores e princípios do Jus Cogens, em outras palavras um Tribunal Constitucional Internacional.

Essa relação é muito clara: havendo o Jus Cogens (Norma Cogente Internacional) existe a necessidade de fazer a sua adequada aplicação, para tanto ele impõe um ente jurisdicional que o faça, seja por meio de uniformização ou controle e esse ente será o Tribunal Constitucional Internacional. Logo a criação desse ente jurídico internacional não é impossível do ponto de vista teórico, as bases epistemológica estão coesas, resta a sua aplicação e reconhecimento pelo seus destinatários.

4. CONCLUSÕES.

Em termos finais de considerações finais a problemática proposta foi se haveria a possibilidade de criar um Tribunal Constitucional Internacional dentro de uma perspectiva Jus Cogens. Isso porque a relação de uma criação de Tribunal Constitucional funciona por meio da conjugação de Norma Cogente, Jurisdição Constitucional e Corte Constitucional. Ao trazer isso para o plano internacional a relação muda, mas a sistemática tende a ser a mesma.

Nas relações internacionais a criação de um Tribunal Constitucional Internacional funciona com as bases de Jus Cogens, criação de uma Jurisdição constitucional internacional e finalmente a Corte Constitucional Internacional. Em outras palavras, esse estudo demostrou que existem bases teóricas de formação de uma jurisdição comum internacional, visto principalmente, pela existência de uma Norma Cogente internacional capaz de proporcionar toda esse arcabouço instrumental.

O ponto é que por mais que existam essas estruturas aptas a serem utilizadas, e que não deveria ter qualquer discricionariedade dos seus destinatários a sua ponderação, o Jus Cogens acaba por não ter a sua efetividade controlada por meio de uma jurisdição própria, havendo tão somente Cortes Internacionais diversas das quais suas decisões servem como parâmetros interpretativos sem força vinculante perante os Estados quando controlados por Jus Cogens.

O fato é claro, mesmo existindo arcabouço teórico para um Tribunal Constitucional Internacional, não há um consenso na sua criação. Ficando a discussão atrelada a velha falácia do dualismo e monismo, do qual a soberania de um Estado não pode ser desrespeitado por Corte ou Instrumentos Internacionais de controle na violação de normas cogentes. O que resulta na constante tentativa de esvaziar as decisões proferidas por Cortes Internacionais e pelas normas internacionais vigentes.

A questão é que esses destinatários do Jus Cogens não podem se afastar ao fato que valores contidos nessa norma cogente versam sobre Direitos Humanos e Garantias individuais, das quais muitas delas estão positivadas em seus ordenamentos, de modo que um Tribunal Constitucional Internacional baseado no Jus Cogens, não seria violação de soberania, apenas um mecanismo adequado de jurisdição para salvaguardar Direitos de toda uma sociedade internacional, afinal os indivíduos estão mais inseridos do plano internacional do que se possa cogitar.

REFÊRENCIAS

DIMOULIS Dimitri, LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte, Del Rey, 2015.

Ferraz Junior, Tercio Sampaio, **Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação**. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies**. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política: Uma relação difícil**. Revista Lua Nova, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.

VIARO, Felipe Albertini Navi. **Judicialização Análise Doutrinária e Verificação no Cenário Brasileiro.** São Paulo: Quartier Latin, 2018.

STRECK, Lenio Luiz **Jurisdição constitucional**. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018

NASSER, Salem Hikmat. **Jus Cogens ainda esse desconhecido**. Revista Direito GV, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 161-178, jun. 2005. ISSN 2317-6172. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35233/34033>. Acesso em: 05 Mar. 2020.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Instancia de revisión de la cosa juzgada del derecho local: conflitos y realidade. In: CREMONESE, Cleverton e PESSOA, Paulo (orgs.). MARINONI, Luiz Guilherme, SARLET, Ingo (cord.) **Processo Constitucional**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 1293-1321.

TEXEIRA, Carla Noura. **Direito Internacional para o Século XXI.** São Paulo; Saraiva 2013.