



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

JÚLIA STEFÂNIA BEZERRIL MIRANDA

**HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL.
A CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO DO
PROFESSOR DOUTOR CANÇADO TRINDADE
PARA O DIREITO**

*Dissertação de Mestrado na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Criminais,
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra
Orientador: Jónatas Eduardo Mendes Machado*

Julho 2015

Agradecimentos

Agradeço a Deus, essência da vida, que guia nossos passos e nos conduz ao caminho do bem.

Ao meu orientador Professor Doutor Jónatas Machado, exemplo de docente, competente, compreensivo, paciente e muito humano. Muito obrigada pela orientação ao longo da tese, pelas conversas, pelos ensinamentos e por todo o incentivo.

Ao meu pai: WILSON DE OLIVEIRA MIRANDA, *in memoriam*. Foi Professor titular da Universidade Federal do RN, do curso de Engenharia Civil e Arquitetura. Amado e respeitado pelos alunos e professores no meio acadêmico. Convivi pouco tempo com ele, mas quem o conheceu sempre me disse que ele foi um ser humano generoso, que priorizou o SER mais que o TER. Me norteio no teu exemplo e tenho grande orgulho de ser tua filha. Aqui em Portugal, na terra dos teus antepassados: os Mirandas, que te dedico esta TESE de Mestrado na Universidade de Coimbra. Onde estiveres meu PAI receba minha homenagem, meu amor e minha GRATIDÃO.

À minha mãe Maria Isolda, a quem devo a minha vida e tudo que conquistei. Me proporcionou a melhor educação possível. Muito obrigada por sempre me apoiar nos meus sonhos. Esta conquista também é sua! Amo-te muito.

À Camila (irmã), que dentro de suas limitações sempre foi muito carinhosa e companheira. A cada conquista que eu alcanço, você sempre fica alegre e me deixa muito feliz! Amo-te muito Mila.

Ao meu irmão Frederico (*in memoriam*) que sempre me apoiou e incentivou nos meus sonhos. Saudades.

Ao João Ricardo meu namorado, por teu apoio psicológico e emocional, pela tua compreensão, pelo carinho das tuas palavras que me levam a nunca desistir, por me fazeres acreditar que sou especial e por me mostrar que o amor existe. Amo-te muito!

Obrigada à minha família e amigos pelo incentivo e apoio constante.

Um especial agradecimento a tio Fausto e tia Alzenir, que fizeram a minha infância mais feliz.

Tio Italo (*in memoriam*) e tia Sônia tenho motivo para homenageá-los.

Tia Carmelita Bezerril por sempre estar presente em minha vida.

À Universidade de Coimbra, pela oportunidade de estudar nesta instituição conhecida mundialmente e Patrimônio Mundial da UNESCO. A todos os professores do Curso de Direito, funcionários da Universidade e todos aqueles que contribuíram.

À cidade de Coimbra, pelo acolhimento durante esse período. Coimbra que é também conhecida como a cidade de saber e dos estudantes. A cidade é cheia de histórias, mistérios e tradições. Seus becos e suas ruelas com casarões cheios de charme e encantamento. Muitos foram os momentos nesta bela cidade, fiz amigos e vivi experiências que sempre levarei com muita saudade. “Capa negra de saudade / no momento da partida / segredos desta cidade / levo comigo para toda vida”.

Resumo

O Trabalho analisará a humanização do Direito Internacional através do pensamento do Professor Cançado Trindade.

Inicialmente, esta análise começa com a busca de ultrapassar a visão interestatal e voluntarista do Direito Internacional para resgatar o primado da razão humanidade sobre a razão do Estado. Este resgate é feito através do pensamento dos fundadores do Direito Internacional dos séculos XVI e XVIII, tais como, F. de Vitória, F. Suárez, A. Gentili e Hugo Grotius, entre outros.

Na segunda parte do trabalho é abordado a proteção do indivíduo – pessoa humana dentro do direito internacional, colocando o ser humano na posição central, como sujeito de direito interno e de internacional.

No terceiro capítulo é abordada a busca pelo novo *jus gentium* dos Direitos Humanos através do seu caráter universal.

Palavras chave: Humanização do Direito Internacional; Proteção Internacional da Pessoa Humana; Novo *jus gentium* dos Direitos Humanos;

Abstract

The present work will analyse new International Law for Humankind in accordance with the teaching about the Professor Cançado Trindade. This analysis begins with the surrender the inter-States and voluntarism of the International Law, to move towards the construction of a new reason of humanity over of States. This rescue is done by the founding fathers of International Law (F. Vitoria, F. Suárez, A. Gentili and Hugo Grotius and among others). In the second part is about the protection the human person within the International Law. The new Outlook is that the human person turns to titulaires of rights at International Law and domestic law. The third chapter is analyse the Outlook about the new *jus gentium* of Human Right in the lines of the Universalist Conception.

Key Words: International Law of Humankind; International Protection of the human person; New *jus gentium* of Human Right.

Abreviaturas

CEDH- Corte Europeia de Direitos Humanos

CIADH- Corte Interamericana de Direitos Humanos

CIJ- Corte Internacional de Justiça

CJCAA – Comitê Jurídico Consultivo Afro-Asiático

CPJI – Corte Permanente de Justiça Internacional

CVDT – Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONG – Organização não-governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

TPI - Tribunal Penal Internacional

Índice

INTRODUÇÃO	8
1. A EVOLUÇÃO SOBRE O NOVO <i>JUS GENTIUM</i>	11
1.1 Relação entre a <i>recta ratio</i> e <i>jus gentium</i> – de acordo com o pensamento de Cançado Trindade	16
1.2 Formação do Direito Internacional Contemporâneo – Teoria das “Fontes”	31
1.2.1 As “Fontes Formais enumeradas no Artigo 38 do Estatuto da CIJ – O Costume Internacional em análise	35
1.2.2 Os Tratados Internacionais	43
1.2.3 Os Princípios Gerais do Direito	46
1.2.4 Valor da Jurisprudência Internacional e Doutrina	48
1.2.5 Elemento de Equidade (<i>Ex aequo et bono</i>)	50
1.2.6 As Fontes Formais Não Enumeradas no Artigo 38	51
1.2.7 O Processo de Formação do Direito Internacional Contemporâneo: Do Consentimento ao Consenso	56
1.2.8 Considerações sobre a Questão da “Fonte Material do Direito Internacional	59
1.2.9 O Amplo Alcance da <i>Opinio Juris</i> na Formação do Direito Internacional Contemporâneo	60
2. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA – NA VISÃO DO PROFESSOR DOUTOR CANÇADO TRINDADE	64
2.1 I Conferência Mundial de Direitos Humanos – Teerã (1968)	78
2.2 II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos – Viena (1993)	82
2.3 A Contribuição dos Tribunais Internacionais à Evolução do Direito Internacional Contemporâneo	83
2.4 Corte Internacional de Justiça – (CIJ)	84
2.5 Os Tribunais Internacionais de Direitos Humanos	90
2.6 Os Tribunais Penais Internacionais	97
3. POR UM NOVO <i>JUS GENTIUM</i> DO DIREITOS HUMANOS	103
3.1 Novo <i>Jus Gentium</i> do Século XXI: O direito universal da humanidade	105
CONCLUSÃO	108
BIBLIOGRAFIA	113

INTRODUÇÃO

O século XX marcou inexoravelmente a história humana.

O Direito Internacional para a Humanidade, vem experimentando um processo de evolução e expansão, que se vem refletindo pelas crescentes necessidades de proteção da pessoa humana.

Atualmente, assistimos ao construir de um novo *jus gentium* (direito das gentes, direito dos povos), com o objetivo de adaptar-se progressivamente às aspirações da humanidade.

Dentro desse contexto da Humanização do Direito Internacional, merece destaque a contribuição para a construção e evolução do *novo jus gentium* do internacionalista brasileiro Professor Doutor Cançado Trindade que há quarenta anos vem dedicando os seus estudos a esse ramo do Direito Internacional. É a partir da obra dele intitulada “A Humanização do Direito Internacional” que se baseará todos o estudo feito a seguir.

Permita-nos fazer uma pequena apresentação a respeito do referido internacionalista.

O Professor Doutor Antônio Augusto Cançado Trindade nasceu em Belo Horizonte, Brasil em 17 de setembro de 1947.

Sua formação acadêmica: Doutor (Ph.D.) em Direito Internacional pela Universidade de Cambridge, Grã-Bretanha, com a tese “*Developments in the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*” (*Desenvolvimentos na Regra do Esgotamento dos Recursos Internos no Direito*). Obteve o grau de Mestre em Direito Internacional também pela Universidade de Cambridge. cursou a graduação em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (1969).

Pela sua tese de Doutorado citada acima, recebeu, em 1978, o prêmio Yorke na Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge, como a melhor tese doutoral lá defendida no biênio 1977-1978. Este prêmio é concedido anualmente pelo Conselho de Faculdade para uma tese "de qualidade excepcional, que faz uma contribuição substancial

no campo do conhecimento legal”¹. A tese foi publicada em forma de livro em vários idiomas.

Dentro do seu currículo profissional pode-se destacar a sua atuação como juiz e ex-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1995-2006), Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco; Ex-Consultor Jurídico do Ministério das Relações exteriores do Brasil; Membro Titular do *Institut de Droit International* e do Curatorium da Academia de Direito Internacional de Haia e Membro das academias Mineira e Brasileira de Letras jurídicas².

Atualmente é juiz, em regime de dedicação exclusiva, na Corte Internacional de Justiça, CIJ, com sede em Haia, na Holanda.

O referido Professor dedicou a sua vida à fundamentação jurídica da salvaguarda dos direitos humanos, ao cultivo e fomento da evolução do Direito Internacional Público.

Dentro de suas teses doutrinárias pode-se destacar, a sua determinação para consagrar o acesso ao direito da pessoa humana e à justiça internacional. O professor Cançado Trindade defende a eficácia dos recursos internos, sem a qual o demandante estaria facultado a recorrer prontamente a uma instância internacional. Assim, para verificar a aplicação ou não da condição de admissibilidade de denúncias internacionais, dependerá do exame das circunstâncias de cada *cas d'espèce*.

A título de curiosidade, foi o Professor Cançado Trindade o autor intelectual do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal Brasileira de 1988³.

Os avanços jurídicos do Brasil referentes ao domínio humanitário têm a sua origem na obra pioneira do Professor Doutor Cançado Trindade que introduziu o Direito Internacional e os Direitos Humanos como é hoje conhecido.

¹ Disponível em: <https://www.christs.cam.ac.uk/default/news/winner-yorke-prize> Visitado em 17.03.2015. The Yorke Prize is awarded annually by the Faculty Board for a thesis "of exceptional quality, which makes a substantial contribution to its relevant field of legal knowledge. The Prize has been awarded since the 1870s.

² Currículo Lattes: Antônio Augusto Cançado Trindade. <http://lattes.cnpq.br/324033746120690>. Atualizado em 02/08/2010 (Acesso em 17.03.2015).

³ **DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.** Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

O presente trabalho pretende, portanto, demonstrar a evolução e expansão da humanização do Direito Internacional na visão de Cançado Trindade e demonstrar quais foram as contribuições trazidas por essa evolução.

O desenvolvimento do assunto é composto por três capítulos, cada qual com um enfoque quais sejam: 1) A evolução sobre o novo *Jus Gentium*; 2) A proteção Internacional da Pessoa Humana; 3) Por um novo *jus gentium* do Direitos Humanos.

No primeiro capítulo, esboça-se a apresentação de uma sólida análise acerca das bases necessárias para a compreensão do novo Direito Internacional para a humanidade. Partindo da construção histórica e doutrinária dos pais fundadores do Direito Internacional e chegando até a formação do Direito Internacional revalidando a teoria das fontes formais do Direito Internacional, demonstrando o seu caráter não exaustivo e a sua insuficiência nos dias atuais.

No segundo capítulo o sujeito, (o indivíduo) de direito internacional é abordado tendo como objetivo demonstrar a existência de um processo de humanização do Direito Internacional dentro da expansão da personalidade jurídica internacional, no âmbito do Tribunal Internacional de Justiça, dos Tribunais de Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional.

No terceiro capítulo, busca-se construir o Direito Internacional para a Humanidade partindo de construções conceituais que visam reafirmar o seu caráter universal. Para Cançado Trindade, os conceitos de *jus cogens* e de obrigações *erga omnes* de proteção, tanto horizontais como verticais, já integram o universo conceitual do Direito Internacional.

1. A Evolução sobre o novo *Jus Gentium*

Antes de entrar na temática do *jus gentium* faz-se necessário um enquadramento histórico do surgimento do Direito Internacional Público⁴ que se revela essencial para entendermos como surgiu e como se deu a evolução do direito dos povos.

Os primeiros autores que estudaram esse ramo do direito designavam-no por *ius gentium* (Direito das gentes).

A doutrina costuma salientar como antecedentes remotos do direito internacional público, os tratados entre os monarcas na antiguidade. Pode-se apontar como exemplo os acordos celebrados entre as cidades da Mesopotâmia, Lagash e Umma (2100 a.c.). O fim da guerra entre Ramsés II, rei do Egito e Hattisuli, rei dos Hititas, por volta de 1291 a.c., pode ser um exemplo de utilização de institutos do Direito Internacional. Este tratado estabeleceu a paz entre os povos, a aliança entre os inimigos, a entrega de refugiados políticos e o estabelecimento de comércio entre os dois impérios.

Mais recentemente, alguns estudiosos apontam para a existência de um verdadeiro sistema de direito internacional na Antiguidade, no Médio Oriente, durante o Império dos Egípcios, Babilônia, da Assíria entre outros⁵.

Nesse período era clara a percepção de fundo religioso, de princípios universais, que deveriam ser respeitados por todos os povos, mesmo em caso de guerra. Porém por outro lado, como exemplos contrários a esses princípios, pode-se destacar a chamada “Paz Cartaginesa” (guerra Púnicas – Roma), que consistiu na execução de toda uma população derrotada, sem qualquer distinção entre militares e civis⁶.

O professor Doutor Jónatas Machado chama a atenção para a realidade histórica do povo de Israel, uma cultura pré cristã que subsiste até hoje sem grandes alterações. Através da Bíblia, a influência do pensamento judaico também contribuiu para o desenvolvimento do direito internacional. A Bíblia Hebraica apontava para o estabelecimento de relações com

⁴ Podemos mesmo dizer que a própria designação de Direito Internacional, apesar de hoje se encontrar consagrada, é, ainda, objeto de críticas por se entender, e dizemo-lo como TRUYOL E SERRA (1977:5), que ela “*sirve muy imperfectamente para caracterizar la rama del derecho a la cual se aplica*”. De qualquer forma, hoje nos mais diversos idiomas, a expressão dominante é a de Direito Internacional. Assim em França *Droit International*; Em Espanha, *Derecho Internacional*; Nos países Anglo-saxónicos, *International Law*; enquanto na Alemanha predomina, ainda, a expressão que conotam esse direito com o antigo *ius gentium* ou com o direito interestatal- *Völkerrecht*, *Staatenrecht* ou *Zwischenstaatlichenrecht*. Cf. BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. 2 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 147.

⁵ MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma...*, cit., p. 57.

⁶ *Idem Ibidem*, p. 58.

outros povos baseada em um sólido código ético universal, que davam importância aos valores da verdade, da justiça e da paz. O povo judaico conseguiu sobreviver às “grandes potências” da época, mesmo sendo uma pequena unidade política. Não se pode deixar de sublinhar que davam uma grande importância ao cumprimento dos tratados e o respeito pelos direitos estrangeiros⁷.

A Grécia também merece referência. Zenão defendia como um ideal republicano na época, em que um mundo não mais constituído por Estados separados, mas a constituição de uma grande cidade regida sob a lei divina, onde todos seriam cidadãos e membros uns dos outros, unidos não por leis humanas mas pelo seu consentimento voluntário ou pelo amor⁸. Merece também destaque a guerra do Peloponeso, depois da batalha de Aegospotami, o comandante espartano Lisandro, organizou, de forma informal, os seus aliados e um tribunal de Esparta no qual que condenou os prisioneiros atenienses por violações do direito da guerra⁹.

Após esse período, assistiu-se ao contributo Romano para o Direito Internacional, atribuindo grande valor às instituições públicas e ao Direito. Relevante a incorporação da ideia de direito natural (Cícero) no pensamento jurídico, bem como a distinção operada entre o chamado *jus civiles*, aplicado ao cidadãos (*civis*) romanos e ao *jus gentium* inicialmente aplicável às relações entre “gentios” e (estrangeiros) e entre estes e os cidadãos¹⁰.

A partir desse parágrafo, passaremos do histórico referente ao surgimento do direito internacional e passamos a analisar a evolução do *jus gentium*, seguindo a cronologia utilizada pelo Professor Doutor Cançado Trindade que inicia seus estudos a partir do período Romano.

O *Jus Gentium* (Lei Romana)¹¹ teve as suas origens no Direito Privado. O direito Romano exerceu profunda influência sobre os autores de Direito Internacional. O conceito de direito das gentes surgiu em Roma, durante a organização tribal, por volta de 754 a.c (era

⁷ *Idem Ibidem*, p. 59.

⁸ *Essential Works of Stoicism*, (ed. Hadas), 1961, xi. *Apud: Idem Ibidem*, p. 60.

⁹ “*Developments in the Law*”, Harvard Law Review, 114, 2001 1949, n. 16. *Apud: Idem Ibidem*, p. 61.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ “O Direito Romano estabeleceu muito cedo a distinção entre o *ius civile* e o *ius gentium*. Um e outro eram, falando em termos hodiernos, Direito Interno. Mas enquanto o *ius civile* só disciplinava relações entre sujeitos que gozavam da cidadania romana (*cives*), o *ius gentium* consistia no Direito Romano interno que regulava relações entre cidadãos romanos e estrangeiros (*peregrini*) ou apenas entre estes últimos. (...) O *ius gentium* romano era, assim um Direito Universal, no sentido de que possuía aceitação generalizada, porque se destinava a satisfazer necessidades comuns a todos os homens”. Cf. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional...*, cit., p. 20.

entendida com um significado bastante diferente do Direito Internacional). A organização social da península Itálica baseava-se no princípio em um sistema denominado “gentílico”, constituía o direito das “gens”, das pessoas que pertenciam ao mesmo clã ou clãs aparentados¹². No começo, consistia em um princípio comum que governava as relações no geral.

Depois passou-se a aplicar o *jus gentium* as relações entre os estrangeiros entre si e com o *cives* romanos, que consistia em um direito *intra gentes*. Como os romanos não adotavam de maneira direta as regras jurídicas externas, o *jus gentium*, recepcionava e reelaborava os usos e os costumes dos outros povos. Dessa forma, apresentava-se como um processo de formação vinculado ao do costume, tendo sido, por várias vezes, confundido com o próprio direito natural¹³.

Para Haggermacher, a definição de *jus gentium* para São Tomás apresenta duas concepções diferentes, uma no tratado das leis e outra no tratado da justiça. Na primeira concepção, afirmava que o direito das gentes pertencia ao direito positivo, já na outra o *jus gentium* se confunde com o direito natural. Haggermacher afirma que as noções não são compatíveis e que, por isso, a proposta de unificação feita por Tomás de Aquino estaria ambígua.

Durante a era Medieval, surgiu a problemática da individualidade do direito das gentes. São Tomás de Aquino atribuiu um lugar privilegiado no seu pensamento ao que se refere ao *jus gentium* e reunia toda a interpretação tradicional em um conceito só. Fez uma diferença entre o Direito e a Lei. A lei deve ser tratada como um conjunto de graça, pois as leis e as graças constituem princípios externos ao homem. Já o estudo do Direito está inserido no Tratado de justiça¹⁴.

Santo Tomás afirmava que o Direito (*jus*) pode proceder tanto da natureza das coisas (direito natural), quanto de uma convenção (direito positivo). O autor apresenta a questão de como diferenciar o direito das gentes do direito natural. O justo natural é aquilo que por sua natureza, está “ajustado” ao outro. Denomina-se o direito natural de *primo modo*, onde o homem compartilha o direito com os demais animais, e o direito natural de *secundo modo*, onde o direito natural é inerente exclusivo do ser humano. O *jus gentium* foi inserido

¹² MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *A Genealogia da Noção...*, cit., p. 4.

¹³ *Idem Ibidem*, p. 5.

¹⁴ *Idem Ibidem*, pp. 11-12.

no direito natural. O direito das gentes consiste no direito natural humano, tendo o seu fundamento como a razão natural¹⁵.

Assim, Paulo Macedo conclui que a concepção tomista revela-se confusa e complexa, mas nunca ambígua. O direito das gentes é sempre direito natural¹⁶.

Gradualmente o conceito de *Jus Gentium* foi sendo estendido. No Século VXI, a Europa sofria profundas mudanças, entre as quais podemos citar a descoberta do Novo Mundo, a invenção da imprensa, o desenvolvimento da ideia de soberania, entre outros.

Um dos maiores autores dessa época foi Francisco de Vitória¹⁷ que elaborou a nova concepção de *Jus Gentium*, segundo o qual consistia em governar as relações entre todas as pessoas (incluindo também os povos índios, do novo mundo), os indivíduos na condição de independentes e juridicamente iguais, nos termos do ponto de vista universalista (*totus orbis*)¹⁸.

Para se compreender melhor a teoria do mestre salamanquense, faz-se um breve resumo do seu pensamento e a sua contribuição para as questões internacionais. Voltando atrás alguns séculos, especificamente o XVI, onde a conquista da América para o reino da Espanha foi um marco histórico. É relevante para a fundamentação de uma doutrina internacionalista, pois trata do direito dos estrangeiros, do comércio, da guerra justa e do que chamamos de crime contra a humanidade. Todas as teorias tratadas a partir dos *ius gentium* servem para o fundamento do Direito Internacional. Era preciso trabalhar em prol da

¹⁵ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *A Genealogia da Noção...*, cit., pp. 12-13.

¹⁶ *Idem Ibidem*, p. 16.

¹⁷ “Francisco de Vitória (1486-1546), filósofo, teólogo e jurista espanhol. Frade dominicano, professor da Universidade de Salamanca e exímio conhecedor do pensamento aristotélico-tomista, Vitória é contado entre os principais nomes da Segunda Escolástica e é considerado um dos fundadores da Escola de Salamanca, a qual marcou a tradição filosófica por suas reflexões jurídicas, morais e econômicas, mas sobretudo, conforme Fazio (1998, p. 13), por seu “humanismo cristão”. Considerado, por alguns intérpretes (RUIZ, 2002, p. 193 s; PEREÑA, 1967, p. XVII; FAZIO, 1998, p. 11), como um revolucionário, Vitória é um dos protagonistas da transição entre o pensamento medieval e o pensamento moderno, transição a qual se caracteriza pela secularização das estruturas político-jurídicas, bem como um dos fundadores do Direito Internacional, uma vez que, antes mesmo do jurista holandês Hugo Grotius (1583-1645) e da Paz de Wetsfália, teoriza não só sobre o tema da conquista, que por si já versa sobre relações internacionais, mas também sobre a guerra justa, direitos humanos, intervenção estatal, crimes contra humanidade (...).” Cf. MONTES D’OCA, Fernando Rodrigues. *Política. Direito e Relações [...]*, Revista Opinião Filosófica, Porto Alegre, v. 03; n.º. 01, 2012. p. 172.

¹⁸ *Totus orbis* – A soberania dos Estados não se mostrava absoluta, porque existe um princípio superior que a limita: o *totus orbis*, uma comunidade internacional e orgânica de todos os povos, que estabelece elos de solidariedade com vista a um bem comum. *Apud*: DELOS, J.T. *La Société Internationale et les Principes de Droit Public*, 2. Ed. Paris: Pédone, 1950. pp. 187-228. Citado por MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *A Genealogia da Noção...*, cit., p. 20.

legalização das terras adquiridas. Em tese, a conquista deveria ser pacífica, no entanto, não foi, uma vez que os índios não aceitaram a insubordinação, perante o Papa e o Rei¹⁹.

A problemática que tratava Francisco de Vitória era acerca da jurisdição e competência dos poderes espirituais e temporal²⁰. O reino Espanhol enfrentava problemas para conseguir obter o domínio sobre os índios que habitavam o “novo mundo”.

Seguindo o pensamento de João de Paris²¹ que apontava que o Papa “não tem poder sobre as coisas temporais de maneira direta, mas tem direito a intervir sobre elas, *ex consequenti*”²². Essa tese determina o posicionamento de Vitória que ao mesmo tempo que negará que o imperador e o Papa sejam *domini orbis*, reconheceu que o Papa tem certa jurisdição temporal.

Vitória é a favor da separação e independência dos poderes, afirmando que a república temporal é uma república perfeita e íntegra. Com efeito a república temporal só pode existir na medida em que não esteja submetida a nenhum poder exterior²³.

Entre algumas questões sobre a conquista da América, Vitória explica qual a fundamentação jurídica que serviu de base para que os índios terem passado a ser domínio espanhol; reconhece que os aborígenas detêm direitos, propondo uma inversão de pensamento: discute primeiro o direito dos dominados e não o direito do dominador²⁴.

Uma vez que os índios sejam reconhecidos como capazes de domínio deve-se também reconhecê-los como detentores de direitos. Vitória demonstra que os índios têm o domínio, permitindo-lhe reconhecer que os seres humanos detêm uma dignidade inviolável, não são passíveis de instrumentalização, quer estes sejam castelhanos, índios, crianças, doutos ou ignorantes.²⁵

¹⁹ MONTES D'OCA, Fernando Rodrigues. *Política. Direito e Relações...*, cit., p. 182.

²⁰ *Idem Ibidem.*, p. 173.

²¹ João de Paris, também chamado de João Quidort, é um autor não muito conhecido, mas de grande importância. Este dominicano buscou, antes de Marcílio da Pádua e Guilherme de Ockham, justamente promover a distinção entre o poder imperial e o espiritual. A sua principal obra – *De Regia Potestate et Papali* (Sobre o poder régio e papal) foi escrita em 1302 – podendo ter sido estendida até meados de 1303 - e, historicamente, estava inserida no amplo debate entre o Papa Bonifácio VIII e Filipe, o Belo, Rei da França. Cf. GIANNETTI, Leonardo Varella. *A Influência das ideias de João de Paris, (João Quidort) e de Marcílio de Pádua na Construção do Pensamento Político Moderno*, 2009, p. 7035.

²² MONTES D'OCA, Fernando Rodrigues. *Política. Direito e Relações...*, cit., p. 174.

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem Ibidem.*, p. 178.

²⁵ *Idem Ibidem.*, p. 179.

Por *ius naturale*, Vitória entende o direito que existe por si mesmo, que é necessário e independente de qualquer vontade, por contraposição ao direito positivo que sempre depende da vontade e da aprovação humana²⁶.

Truyol y Serra²⁷, reafirma o posicionamento do autor espanhol ao lembrar os seus ensinamentos no sentido de que: “A comunidade internacional é assim o resultado da sociabilidade natural do homem, com alcance universal. O seu vínculo é o *jus gentium*, o Direito das Gentes, direito que Vitoria concebe num duplo sentido: por um lado, como Direito universal do gênero humano, na tradição romana; por outro, como Direito dos povos como tais nas suas relações recíprocas”.

A compreensão de Vitória em relação ao direito das gentes, *ius gentium* passa por dois estágios: o positivista e o jusnaturalista. Na sua análise, toma o direito das gentes sempre em oposição ao direito natural e aponta que, enquanto para este último, a ação é justa absolutamente, para o primeiro, a ação só é justa em relação com outra coisa justa ou já acordada expressamente entre os homens²⁸.

1.1 Relação entre a *recta ratio* e *jus gentium* – de acordo com o pensamento de Cançado Trindade

A partir das obras dos chamados “fundadores”²⁹ do direito Internacional (século XVI e XVII) passou-se a identificar a *recta ratio*. A filosofia do direito natural, em particular a já citada escola Tomista, concebia o ser humano como um ser social, racional e dotado de direito internacional³⁰.

²⁶ MONTES D’OCA, Fernando Rodrigues. *Política. Direito e Relações...*, cit., p. 175.

²⁷ TRUYOL; SERRA, 1996, p. 92. *Apud*: REINERT, Thiago Luis. *Os fundadores do Direito Internacional e a participação do ser humano nas relações internacionais*, Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2766, 27 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18343> (Acesso em 22/04/2015).

²⁸ MONTES D’OCA, Fernando Rodrigues. *Política. Direito e Relações...*, cit., p. 186.

²⁹ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a denominação “Fundadores do Direito Internacional” deriva de uma obra francesa organizada por Antoine Pillet chamada *Les Fondateurs de Droit International*. Datada do ano de 1904, neste livro foram publicados os trabalhos de uma série de pensadores, dentre esses, alguns dos mais importantes para o desenvolvimento do Direito Internacional, e que ficaram conhecidos como “clássicos” desse ramo do Direito. Esses escritores buscam, em grande medida, reformular o conceito romano de *jus gentium*, inicialmente pensado como um Direito que deveria abarcar as relações entre o povo romano e os estrangeiros, além das relações desses entre si. Cf. REINERT, Thiago Luis. *Os fundadores do Direito Internacional e a participação do ser humano nas relações internacionais*, Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2766, 27 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18343> (Acesso em 22/04/2015).

³⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 6.

Foi Cícero quem formulou a mais célebre caracterização da *recta ratio*. De acordo com os princípios que fazem parte da *recta ratio* cada sujeito de direito deve-se comportar como sujeito de boa-fé. O direito natural reflete o pensamento da *recta ratio* que se fundamenta na justiça. Para Cícero o direito da *recta ratio* era conceituada como dotado de validade perene, afigurando-se como inderrogável³¹.

Como já mencionado anteriormente o *jus gentium* clássico do Direito Romano, com o passar do tempo, teve as suas origens no direito privado e obteve uma transformação por completo quando foi associado ao direito das gentes emergente, no qual tiveram uma grande importância os escritores denominados “fundadores”, podendo-se citar F. Vitória, F. Soárez, A. Gentili, H. Grotius, entre outros³².

O aprimoramento do *jus gentium* veio na medida em que o sentimento de noção de uma humanidade comum a todos se desenvolveu em todas as nações. Enquanto o direito natural era identificável pela *recta ratio* sendo um direito considerado “superior” e de aplicação universal, por outro lado, o direito positivo era promulgado por autoridades públicas distintas para comunidades distintas, buscando o bem comum³³.

Caçado Trindade³⁴ comenta que a *recta ratio* dotou efetivamente o *jus gentium* em sua evolução histórica, de bases éticas, e imprimiu-lhe um caráter de universalidade, ao ser um direito comum a todos, emanado, em última análise, da *consciência jurídica universal*.

Na época dos “fundadores” o mundo era marcado pela diversificação dos povos e culturas e pelo pluralismo de ideias, o novo *jus gentium* assegurava a universalidade da *societas gentium*, que era considerada por Vitória como a expressão da unidade fundamental da humanidade.

Merece igualmente referência na época dos fundadores o nome de Francisco Suárez³⁵, que contribuiu para o avanço do direito internacional, fazendo uma distinção entre

³¹ TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *A humanização do direito internacional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 6-7.

³² *Idem Ibidem*, p. 7.

³³ *Idem Ibidem*, p. 9.

³⁴ *Idem Ibidem*, p.10.

³⁵ Francisco Suárez (1548-1917), insigne mestre da Universidade de Coimbra, nasceu em Granada, em 1548. Leccionou em Segovia, Valladolid, Salamanca, Roma e Alcalá, antes de vir para Coimbra, convidado por Filipe II, onde iniciou a docência na Faculdade de Teologia no dia 8 de Janeiro de 1597. A obra suareziana é imensa abrangendo tratados filosóficos e teológicos, de carácter jurídico e moral. Estava-se numa fase curiosa do renascimento escolástico. Depois de vários séculos em que Pedro Lombardo e outros haviam dominado as preocupações dos mestres universitários, chegava a hora de retornar a Tomás de Aquino. Foi com Francisco de Vitória, o ilustre humanista e mestre salmanticense, que esse regresso à Suma Teológica se começou a

o *ius gentium* externo, referente as relações entre “Estados”, e o *jus gentium* interno, relativo as relações estabelecidas entre os povos pertencentes ao mesmo Estado³⁶.

Francisco Suárez, em sua obra “*De Legibus*”, desenvolve o seu pensamento acerca do *ius gentium*. Defendia a existência de três espécies de direito: natural, de prescrição e das gentes. Esse último é de direito positivo e está situado entre o direito natural e o direito civil. O direito das gentes não poderia nem ser derogado nem ser modificado. Segundo Manuek Rodrigues³⁷, estamos, pois, perante uma espécie de direito que é positivo, histórico e consuetudinário. Mesmo que possa ser derogado, nunca o poderá ser na totalidade.

Foram três fatores que condicionaram a sua abordagem sobre o tema: os direitos dos Estados não cristãos, a tolerância e o poder absoluto do Estados não cristãos, a tolerância e o poder absoluto do Estado (Este rejeitado por Suárez). Em seus estudos Suárez, tenta se afastar do direito romano procurando diferenciar o direito natural do direito civil. Coloca em destaque que o direito das gentes possui elementos que não são nem de direito natural nem do direito civil, evidenciando que estava perante um direito universal (*commune omnibus gentibus*)³⁸.

Para F. Suárez, o direito das gentes revela a unidade e universalidade do gênero humano. O sistema jurídico Estatal tem a necessidade de regular as suas relações com os membros da sociedade universal. Na sua visão, os preceitos do *jus gentium* encontravam-se imbuídos de equidade e justiça. O *jus gentium* está em harmonia com o direito natural, revelando tanto um quanto o outro, o mesmo caráter verdadeiramente universal³⁹.

Tanto Vitória quanto Suárez deram uma contribuição para a formação e consolidação do *jus gentium*, construíram a base de um direito de aplicação universal (*commune omnibus gentibus*), ou seja, de um direito para toda a humanidade⁴⁰.

verificar. Cf. RODRIGUES, Manuel Augusto. *Francisco Suárez (1548-1617), o Doctor Eximius, professor da Universidade de Coimbra*. p. 371. Trabalho traduz a intervenção feita no curso de verão da universidade de Oviedo, realizado em Gijón entre 12 e 16 de julho de 1999, dedicado ao tema “Espana y Portugal: vivências históricas”. Disponível em: <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/2881.pdf> (Acesso em 04/05/2015).

³⁶ MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma...*, cit., p. 72.

³⁷ *Idem Ibidem*, pg. 377

³⁸ RODRIGUES, Manuel Augusto. *Francisco Suárez (1548-1617), o Doctor Eximius...*, cit., pp. 377-378.

³⁹ SUÁREZ, F. *selections from Three Works [De Legibus ac Deo Legislatore, 1612]*, orgs. G.L. Williams *et al*), vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1944, pp. 326-327 e 341. *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 11.

⁴⁰ GARCIA, A. Y GARCIA. “*The Spanish School of the sixteenth and seventeenth Centuries: A Precursor of the Human Rights*”, 10 Ratio Juris – Universidade de Bologna, 1997. pp. 27-29. *Apud*: *Idem Ibidem*, p. 11.

A concepção de *jus gentium* para Hugo Grotius,⁴¹ esteve sempre atenta à sociedade civil. Para o jurista, o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio para assegurar o ordenamento social consoante a inteligência humana, de modo a aperfeiçoar a “sociedade comum que abarca a humanidade⁴². Ainda para o jurista, existe um direito comum entre as nações igualmente válido na paz e na guerra, deduzido da natureza humana e incorporado na própria estrutura moral do universo⁴³.

Os sujeitos têm direitos *vis-à-vis* o Estado soberano, o qual pode exigir obediência aos seus cidadãos de forma absoluta. A razão do Estado tem limites e a concepção absoluta, desta última, torna-se aplicável nas relações tanto internacionais quanto internas do Estado. No pensamento de Grotius, toda a norma jurídica, seja de direito interno ou de direito das gentes, cria direito e obrigação para as pessoas a quem se dirige. É admitida a possibilidade da proteção internacional dos direitos humanos contra o próprio Estado⁴⁴. O ser humano e o seu bem-estar ocupam uma posição central no sistema das relações internacionais.

A personificação do Estado todo-poderoso, inspirada na filosofia de Hegel, teve uma prejudicial influência na evolução do Direito Internacional do século XIX e nas primeiras décadas do século XX. A ideia da soberania estatal absoluta resistiu ao ideal de emancipação do ser humano da tutela absoluta do Estado e, também, ao reconhecimento do indivíduo como sujeito do Direito Internacional. Essa teoria com o passar do tempo mostrou-se como inteiramente descabida⁴⁵.

Observa-se que as reflexões feitas pelos chamados fundadores do Direito Internacional que concebiam como um sistema universal foram ultrapassadas pela emergência do sistema jurídico, que personificou o Estado e atribuiu “vontade própria”, reduzindo assim os direitos dos seres humanos aos que o Estado a estes antes o “concedia”.

⁴¹ Hugo Grotius (1624-1645) foi um humanista e jurista Holandês. Sua filosofia sobre o direito natural teve um grande impacto no desenvolvimento do século XVII, juntamente com o pensamento político, racionalista e iluminista. Sua obra mais conhecida é: *De Iure Belle Ac Pacis* (sobre o direito da guerra e da paz – 1625), no qual aparece o conceito de guerra justa e do Direito natural. É considerado um dos fundadores do Direito Internacional. Cf. ISHAY, Micheline R. (org.). *Direitos Humanos: Uma Antologia*, São Paulo: Edusp, 2006. p.147 a 159. Site: <http://www.direitoshumanos.usp.br/dh/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/hugo-grotius-o-direito-da-guerra-e-da-paz-1625.html>. Acesso em 22/04/2015.

⁴² REMEC, P.P. *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel, The Hague, Nijhoff*, 1960, pp. 216-203. *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 12.

⁴³ MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma...*, cit., p. 78.

⁴⁴ *Idem Ibidem*, p.12.

⁴⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., pp. 13-14.

A vontade do Estado (o positivismo voluntarista⁴⁶) acabou por negar o *jus satndi*⁴⁷ aos indivíduos. Essa mudança acabou por enfraquecer o direito internacional, reduzindo a um direito estritamente intraestatal, não mais acima mas entre os Estados soberanos⁴⁸.

Cançado Trindade faz a seguinte observação sobre o tema: “pode-se notar que o mundo contemporâneo é inteiramente distinto da época dos fundadores do direito internacional, que promulgaram por uma *civita maxima* regida pelo direito das gentes. Não há como negar que as aspirações humanas permanecem a mesma, a qual seja, a da construção de um ordenamento internacional aplicável tanto aos Estados (e organizações internacionais) quanto aos indivíduos, consoante certos padrões universais de justiça”⁴⁹.

Cançado Trindade vem propondo, há já algum tempo, demonstrar a importância de um resgate ao pensamento dos “fundadores” da disciplina. Ao analisar a realidade atual em que vivemos onde o mundo está dilacerado em conflitos e disparidades, é necessário tornar o Direito Internacional capaz de responder às necessidades e às aspirações da humanidade na atualidade⁵⁰.

O novo *jus gentium*, do século XXI, vem sendo construído, segundo Cançado Trindade, através da base humanitária. O sujeito de direitos emanado diretamente do Direito Internacional, dotado de uma capacidade processual para vindicá-los. Diante da humanização e universalização o direito internacional contemporâneo, busca ocupar-se da identificação e realização de valores e metas comuns superiores, que dizem respeito à humanidade como um todo⁵¹.

A importância da concepção do *jus gentium* universal é ilustrada de modo expressivo no Parecer n.18 de setembro de 2003, da Corte Interamericana de Direitos

⁴⁶ Para esta corrente a fonte formal é a vontade comum dos Estados, que pode ser expressa nos tratados e tácita nos costumes. Entretanto, esta concepção é insuficiente para explicar uma das fontes do Direito Internacional, nomeadamente costumes, uma vez que a norma costumeira, sendo geral, torna-se obrigatória para todos os Estados membros da sociedade, até mesmo para aqueles que não manifestaram sua vontade no sentido de aceitá-la, sendo obrigados a obedecê-la. É a concepção mais adotada atualmente. Faz distinção entre as fontes formais e as fontes materiais. As fontes materiais são os elementos histórico, econômico e social que dão origem às fontes formais que, por sua vez, são as normas que regulam as relações entre as pessoas de Direito Internacional. Assim sendo, as fontes materiais são estudadas apenas para sabermos as origens das fontes formais, porque elas não pertencem ao Direito Positivo, ao qual só interessa a fonte formal. Deste modo, a fonte formal é um simples reflexo da fonte material. Cf. LUKAMBA, Paulino. *Direito Internacional Público*, 2 ed., Angola: Escolar Editora, 2013. p. 48.

⁴⁷ *Jus standi*: Acesso a justiça.

⁴⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*, Rio de Janeiro: Renovar: 2002. p. 59.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., pp. 15-16.

⁵¹ *Idem Ibidem*, p.18.

Humanos, que trata sobre a Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados⁵².

O referido Parecer gerou a maior mobilização de toda a história, contando com duas audiências públicas, a primeira na própria Corte Interamericana em San José da Costa Rica (fevereiro de 2003), e a segunda realizada pela primeira vez na história, em Santiago do Chile (junho 2003).

No caso a solicitação de pronunciamento foi feita pelo Estado do México, com fundamento no art. 64, I, da Corte Internacional de Direitos Humanos. O pedido feito à Corte era o de se pronunciar acerca da privação do gozo e do exercício de alguns direitos laborais, tendo como especificidade os imigrantes trabalhadores, a fim de verificar a compatibilidade da atuação dos Estados Americanos no que diz respeito à sua obrigação em garantir os princípios da igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei, assumidos e consagrados em instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos⁵³.

A Corte considerou que os trabalhadores eram vulneráveis em relação aos trabalhadores nacionais, por serem empregados em condições de trabalho menos favoráveis para determinadas tarefas, fato que constitui um incentivo para procurar esse tipo de mão-de-obra, com o objetivo de obter benefícios de uma concorrência desleal e a discriminação.

Cançado Trindade comenta que apresentada a gravidade do problema em questão, a Corte Internacional assegurou o dever dos Estados de respeitar os direitos humanos dos imigrantes à luz do princípio básico da igualdade e não discriminação. Acrescentou ainda, que qualquer tratamento discriminatório referente aos direitos humanos dos migrantes gera a responsabilidade internacional dos Estados⁵⁴.

⁵² Pessoa que não se encontra autorizada a ingressar, a permanecer e a exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego, de acordo com as leis desse Estado e os acordos internacionais em que esse Estado seja parte, e que, entretanto, realiza esta atividade. Cf. ONU, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 18 de dezembro de 1990, cujo artigo 5 afirma que “serão considerados indocumentados ou em situação irregular se não preenchem as condições enunciadas na alínea a) do presente artigo”.

⁵³ A negação da igualdade de direitos trabalhistas aos migrantes indocumentados em razão de sua situação irregular constitui um ato discriminatório. *Asociación por los civiles*. BOECHAT, Lorena Pereira Oliveira. *Migrantes Indocumentados. Reflexões sobre uma realidade Internacional*, p. 14764. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_13b_14741_14775.pdf (Acesso em 30/04/2015).

⁵⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 19.

Além disso, para a Corte Interamericana, o princípio fundamental da igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*⁵⁵. Os Estados não podem discriminar ou tolerar uma dada situação discriminatória em relação aos migrantes (mesmo os indocumentados), e devem garantir o devido processo legal a qualquer pessoa, independente do seu estatuto migratório. Este último não pode ser constituído de justificativa para privar uma pessoa do gozo e exercícios de seus direitos humanos, inclusive os direitos trabalhistas⁵⁶.

Em seu voto, no Parecer n.18 da Corte Interamericana, Cançado Trindade votou a favor da adoção do parecer, considerando se tratar de um parecer com significativa contribuição para a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁵⁷.

Começou o seu voto destacando a importância dos fundadores do direito internacional, relacionando as considerações do Tribunal interamericano com o legado dos ensinamentos do já citado Francisco de Vitória, que defendia a comunidade internacional (*totus orbis*) *prima* sobre o arbítrio do Estado individual. Destacou, também, Francisco Suárez, no que se refere ao seu pensamento em que os Estados têm a necessidade de um sistema jurídico que regule os seus membros na sociedade universal⁵⁸.

Quanto às diversas causas que levam as pessoas a saírem do seu país e a procurarem outro, o eminente juiz destaca⁵⁹: “As migrações e os deslocamentos forçados, intensificados na década de noventa, caracterizaram-se, em particular, pelas disparidades nas condições de vida entre o local de origem e o de destino dos migrantes. Suas causas são múltiplas: colapso econômico e desemprego, colapso nos serviços públicos (educação, saúde, entre outros), desastres naturais, conflitos armados, repressão e perseguição, violações sistemáticas dos direitos humanos, rivalidades étnicas e xenofobia, violência de distintas formas, insegurança pessoal. (parágrafo 13)”.

⁵⁵ Conjunto de princípios e regras jurídicas (costumeiras ou convencionais) que disciplinam e regem a atuação e a conduta da sociedade internacional (formada pelos Estados, pelas organizações internacionais, intergovernamentais e também pelos indivíduos), visando alcançar as metas comuns da humanidade e, em última análise, a paz, a segurança e a estabilidade das relações internacionais. Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, p. 66. *Apud*: BARBOSA, Adriano Selhorst. *Jus Cogens: Gênese, Normatização E Conceito*, Pg. 3. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Jus-Cogens-G%C3%AAnese-Normatiza%C3%A7%C3%A3o-E-Conceito.pdf> (Acesso em 29/04/2015).

⁵⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 20.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília : Ministério da Justiça, 2014. (Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade). p. 150.

Pode-se observar que a causa que leva às migrações assenta no abandono ou distanciamento gradativo do ideal universalista das *societas gentium* do direito internacional. Grotius já afirmava, na metade do século XVII, que o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio através do qual deve-se assegurar o ordenamento social em conformidade com a inteligência humana. Assim, a condição do imigrante indocumentado ou a sua condição de trabalhador indocumentado não pode ser utilizado para que lhe seja negado o acesso aos seus direitos fundamentais⁶⁰.

Ao mencionar, no seu voto, o princípio básico da igualdade e não discriminação no domínio do *jus cogens*, Cançado Trindade⁶¹ afirma que gera uma obrigação *erga omnes*, advertindo a necessidade da presença dos princípios fundamentais do direito, sem os quais o ordenamento jurídico (nacional ou internacional) não se realiza e deixa de existir como tal.

Deste modo, destacou em seu referido voto concordante no parecer n.18 da Corte: “Todo sistema jurídico tem princípios fundamentais que inspiram, informam e confrontam suas normas. São os princípios (...) que, evocando as causas primeiras, fontes ou origens das normas e regras, conferem coesão, coerência e legitimidade às normas jurídicas e ao sistema jurídico como um todo. São os princípios gerais do direito (*prima principia*) que conferem ao ordenamento jurídico (...) sua inelutável dimensão axiológica; são eles que revelam os valores que inspiram todo o ordenamento jurídico e que, em última análise, fornecem seus próprios fundamentos. É assim que concebo a presença e a posição dos princípios em qualquer ordenamento jurídico, e sua função no universo conceitual do Direito. (...) Dos *prima principia* emanam as normas e regras, que neles encontram seu sentido. Os princípios encontram-se assim presentes nas origens do próprio Direito.

Os princípios gerais do direito ingressam na cultura jurídica com raízes no direito romano e passaram a se vincular com a própria concepção do Estado Democrático de Direito, principalmente a partir do pensamento iluminista. As normas e as regras emanam dos *prima principia* e neles encontram o seu sentido. Os princípios encontram-se presentes nas origens do próprio Direito. É através dos princípios que se deve buscar os fins legítimos para o bem comum de todos os seres humanos e a realização da justiça, tanto no plano nacional como

⁶⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 20.

⁶¹ *Idem Ibidem.*, p.21.

no internacional. Há uma necessária primazia do direito sobre a força, devendo a paz ser preservada⁶².

No âmbito do referido parecer vale, igualmente, destacar que a Corte Interamericana reconheceu que o princípio fundamental da igualdade e não-discriminação, na atual etapa do Direito Internacional, “ingressou no domínio do *jus cogens*”. É através deste princípio que se “permeia todo o ordenamento jurídico”. A emergência e consagração do *jus cogens* no Direito Internacional contemporâneo atenderam à necessidade de um mínimo de verticalização do ordenamento jurídico internacional. O *jus cogens* foi incorporado definitivamente ao universo conceitual do Direito Internacional contemporâneo a partir da inclusão, entre as bases de nulidade e extinção de tratados, das regras imperativas do Direito Internacional geral (arts. 53 e 64 da Convenção Internacional de Viena de 1969, sobre o Direito dos Tratados)⁶³.

Em 1986, o conceito do *jus cogens* voltou a ser consagrado na Convenção de Viena sobre Direitos dos tratados entre Estados e Organizações Internacionais. O jurista Cançado Trindade advertiu em seu voto para a incompatibilidade existente entre o conceito do *jus cogens* e a concepção voluntarista do Direito Internacional, a incapacidade de explicar a formação de normas do Direito Internacional geral e a incidência no processo de formação e evolução do Direito Contemporâneo. Para o ex-juiz da Corte Interamericana o domínio do *jus cogens*, além do direito dos tratados, alcança também o Direito Internacional geral. Entende ser o *jus cogens* uma categoria aberta, que se expande na medida em que desperta a consciência jurídica universal, com a necessidade de proteger os direitos inerentes a todos ser humano em toda e qualquer situação⁶⁴.

A Corte Interamericana também afirmou que o princípio fundamental da igualdade e não-discriminação acarreta obrigações *erga omnes* de proteção que vinculam todos os Estados e geram efeitos a respeito de terceiros, inclusive em relação a particulares. Cançado Trindade comenta que as obrigações *erga omnes*, possuem duas dimensões, uma *horizontal* e outra *vertical*, que se complementam. As obrigações horizontais são as relacionadas à proteção dos seres humanos devido a comunidade internacional como um todo e vinculam todos os Estados Partes nos tratados de direitos humanos (obrigações *erga omnes partes*),

⁶² Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. (Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade). p. 157.

⁶³ *Idem Ibidem*, p. 164.

⁶⁴ *Idem Ibidem*, p. 163.

sendo que, no âmbito do direito internacional, geral vinculam todos os Estados que compõe a comunidade internacional organizada fazendo ou não parte naqueles tratados (*obrigação erga omnes lato sensu*)⁶⁵.

Já a obrigação vertical é a obrigação *erga omnes* de proteção que vincula tanto os órgãos e agentes do poder público (estatal), como os simples particulares (nas relações interindividuais). Para a conformação desta dimensão contribuíram decisivamente a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Cançado Trindade afirma, em seu voto, que, até hoje, estas dimensões horizontal e vertical têm passado inteiramente despercebidas da doutrina jurídica contemporânea, mas que, porém, as dimensões estão claramente configuradas no próprio regime jurídico da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Como exemplo da dimensão vertical, cita o artigo 1 da Convenção Americana. Já o exemplo da obrigação *erga omnes* partes, em sua dimensão horizontal, encontra-se expresso no artigo 45 da mesma Convenção⁶⁶.

Cançado Trindade afirma que o Estado está obrigado, pela normativa da proteção internacional dos direitos humanos, a proteger independentemente do seu estatuto de cidadania, de migração ou de qualquer outra circunstância. Os direitos fundamentais dos migrantes, incluindo os indocumentados, são oponíveis ao poder público e igualmente aos particulares, nas relações interestaduais. O Estado não se pode aproveitar do fato de não ser Parte de um determinado tratado de direitos humanos para se evadir da obrigação de respeitar o princípio fundamental da igualdade e não-discriminação, pois este princípio é de Direito Internacional geral e pertence ao *jus Cogens* que transcende o domínio dos tratados⁶⁷.

No parecer número 18 da Corte Interamericana, com firmeza e clareza afirmou qual é o Direito. Este não emana da insondável “vontade” dos Estados, mas sim, da consciência humana. Apesar de todos os sofrimentos das gerações passadas, persistem nos dias de hoje novas formas da exploração do homem pelo homem. Não significa que o Direito não exista ou que falta “regulamentação”. Significa que o Direito está sendo ostensivo e flagrantemente violado, dia após dia, em detrimento de milhões de seres humanos. Ao se opor contra as violações generalizadas dos direitos dos imigrantes indocumentados, o presente Parecer Consultivo da Corte Interamericana contribuiu com o processo da necessária humanização

⁶⁵ Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. (Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade). p. 164.

⁶⁶ *Idem Ibidem*, p. 165.

⁶⁷ *Idem Ibidem*, p. 166.

do Direito Internacional⁶⁸, através da universalidade e a unidade do gênero humano que inspiram o processo de formação do direito das gentes.

Com o resgate da visão universalista que marcou as origens da melhor doutrina do Direito Internacional, a Corte Interamericana contribuiu para a construção do novo *jus gentium* do século XXI, orientados pelos novos princípios gerais do direito, tendo como uma das suas características a intangibilidade do devido processo legal, assentado no reconhecimento do *jus cogens* e materializado pelas conseqüentes obrigações *erga omnes* de proteção e erguido, em última instância, sobre o pleno respeito e a garantia dos direitos inerentes à pessoa humana⁶⁹.

Outro caso que contribuiu para a humanização do Direito Internacional é o do Massacre de Plan de Sánchez Vs. Guatemala⁷⁰, que também atuou como juiz Cançado Trindade.

A comissão Interamericana de Direitos Humanos entrou com uma demanda contra o Estado da Guatemala, com origem na denúncia 11.763 recebida pela Secretária de Comissão em 25 de Outubro de 1996. O caso trata-se, resumidamente, da guerra civil ocorrida em Guatemala, ocorrida entre os anos de 1960 até 1996. O governo Guatemalteco lutava contra vários grupos guerrilheiros que se opunham ao governo.

O massacre de Plán de Sánchez ocorreu em meados de 1982, no contexto o Exército da Guatemala, com base em uma “Doutrina de Segurança Nacional”, identificou os povos indígena maias como “inimigos internos” (guerrilheiros que lutavam contra o governo). Assim, o exército fez uma ofensiva tendo sido esses povos vítimas de massacres que resultaram na destruição completa de suas comunidades, casas, plantações, e outros elementos de sobrevivência, bem como a cultura, usando seus símbolos culturais próprias, sociais, econômicos e políticos, valores e práticas culturais e religiosas⁷¹.

⁶⁸ Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. (Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade). p. 167.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Massacre de Plan Sánchez Vs Guatemala*. Reparações. Sentença de 19 de novembro de 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_esp.pdf.

⁷¹ Corte IDH. *Caso Massacre de Plan Sánchez Vs Guatemala*. Reparações. Sentença de 19 de novembro de 2004. § 2; § 59. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_esp.pdf. (Acesso em 20/05/2015).

Com base no artigo 51 da Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH)⁷² a Comissão buscava a responsabilidade internacional do Estado da Guatemala em relação aos referentes artigos da Convenção: 5 (integridade física), 8 (garantias judiciais), 12 (liberdade de consciência e religião), 21 (propriedade privada), 24 (igualdade perante a lei), 25 (proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos. E também o Estado teria desrespeitado o artigo 1.1 que trata da obrigação de respeitar os direitos da Convenção.

Na petição feita à Corte foi alegada também a negação de justiça e outros atos de intimidação e discriminação em relação aos sobreviventes e as famílias das vítimas. A Comissão declarou que o Estado da Guatemala não teria feito uma investigação para apurar os fatos, julgar e punir os material e intelectualmente os responsáveis pelos fatos alegados e não fizeram a reparação às vítimas. O contexto do massacre ocorreu no âmbito de uma política de genocida do Estado Guatemalteco, realizado com a intenção de destruir, na totalidade ou em parte, as pessoas indígenas maias⁷³. O massacre em si não estava em julgamento, pois ocorreu anteriormente ao reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que só teve sua competência reconhecida pela Guatemala em 1987⁷⁴.

Durante a sessão no Tribunal, o próprio Estado reconheceu sua responsabilidade internacional sobre o massacre ocorrido, tendo sido considerado pelo Tribunal como uma contribuição ao desenvolvimento positivo do processo.

Diante da análise dos fatos, a CIDH considerou que o Estado da Guatemala violou os enumerados artigos mencionados na denúncia, além dos artigos: 11 (proteção da honra e dignidade) e 13 (liberdade de pensamento e expressão). O Governo foi condenado a (i) indenizar cada uma das vítimas sobreviventes no valor de 5 mil dólares americanos a título

⁷² Artigo 51º (1) – “Se, no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração. 2. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada. 3. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não medidas adequadas e se publica ou não seu relatório”. Cf. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica, 1969. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Conven%C3%A7%C3%A3o-Americana-sobre-Direitos-Humanos.pdf> (Acesso em 20/05/2015).

⁷³ Corte IDH. Caso Massacre de Plan Sánchez Vs Guatemala. Reparaciones. Sentença de 19 de novembro de 2004. § 2; §3. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_esp.pdf (Acesso em 23/05/2015).

⁷⁴ *Idem Ibidem*, § 2.

de indenização por danos pecuniários, indenizar cada vítima no valor de 20 mil dólares americanos a título de reparação por danos não pecuniários financeiros, no valor de 25 mil dólares, a construção de uma capela para que os moradores possam homenagear os mortos, implementação de um programa de habitação, prestação de serviços de saúde médica e psicológica, realizar uma medida de desenvolvimento, que inclui uma série de ações para como a melhoria na infraestrutura de comunicação da comunidade com outras vilas, acesso à água potável e estudos sobre a difusão da cultura maya nas comunidades afetadas⁷⁵.

A Corte também condenou o Estado a investigar os fatos que conduziram às violações, identificando, processando e punindo os responsáveis, a realizar atos de publicidade em relação ao reconhecimento da responsabilidade, a tradução e divulgação da sentença para a língua materna da comunidade, publicação e divulgação da decisão⁷⁶.

No voto proferido na sessão, Cançado Trindade ao se referir ao Princípio da Humanidade, afirmou que os direitos humanos abarcam todas as formas de comportamento humano, sendo que os direitos humanos atravessam todo o *Corpus Juris* do Direito Internacional Humanitário.

Levando em consideração que o massacre preenche o denominado crime de genocídio, o jurista faz um alerta em relação aos distintos tratados e convenções internacionais, que consideram o crime de genocídio como uma violação grave de direito Internacional Humanitário⁷⁷.

O conteúdo da condenação das violações graves de direitos humanos, o genocídio, crimes contra a humanidade e outras atrocidades já foram memorizados na consciência humana, muito antes da sua codificação no âmbito internacional. Atualmente, os crimes internacionais são condenados por ambos os direitos o internacional e o convencional. Este desenvolvimento tem sido impulsionado pela consciência jurídica universal, que no entender de Cançado Trindade, é a fonte material de todo o Direito⁷⁸.

O direito internacional contemporâneo está caracterizado, em grande parte, pela emergência e evolução das normas imperativas (*Jus Cogens*). Os crimes contra a humanidade tipificados são absolutamente proibidos pelo *Jus Cogens*. A prevalência do

⁷⁵ Corte IDH. Caso Massacre de Plan Sánchez Vs Guatemala. Reparaciones. Sentença de 19 de novembro de 2004. § 52; §74; §88; §109; até §111.

Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_esp.pdf (Acesso em 23/05/2015).

⁷⁶ *Idem Ibidem*, §8.

⁷⁷ *Idem Ibidem*, § 9; §10.

⁷⁸ *Idem Ibidem*, § 13.

princípio e o respeito a dignidade da pessoa humana se identifica com o próprio fim do direito. Em virtude desse princípio, toda pessoa deve ser respeitada (sua honra e sua crença) pelo simples fato de pertencer ao gênero humano, independentemente de qualquer circunstância.

No Tribunal Penal Internacional (TPI) *ad hoc* para a ex-Iugoslávia (apelação) do caso (“[^]ELEBICI”)⁷⁹ ponderou que tanto o direito internacional humanitário como o direito internacional dos direitos humanos tomam como “ponto de partida” a sua preocupação em salvaguardar a dignidade humana. Este princípio pode ser invocado como referência à humanidade como um todo em relação a matéria de interesse comum. Este princípio também determina a qualidade do comportamento humano⁸⁰.

Cançado Trindade afirma que o caso do massacre de Plán de Sánchez vai muito além do denominador comum do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário. A convenção Americana determina a responsabilidade internacional agravada do Estado e todas as consequências jurídicas para as reparações: o cumprimento do dever por parte do Estado de determinar a responsabilidade penal individual dos perpetradores das violações dos direitos protegidos e suas sanções correspondentes⁸¹.

Não é a primeira vez que a Corte Interamericana trabalha com um caso de responsabilidade agravada do Estado. A Convenção contra o genocídio de 1948, veio codificar a matéria tratada, mas têm-se que considerar que só a partir da adoção da referida Convenção, passa gradualmente como uma consagração do direito internacional contemporâneo. É inegável que, na época da ocorrência do massacre de Plán de Sánchez, a

⁷⁹ Caso sobre os acusados: Zejnil Delali}, Zdravko Muci}, Hazim Deli} and Esad Land. A acusação foi confirmada em 1996, alegando sérias violações de Direitos Humanitário ocorridos em 1992, quando muçulmanos Bósnios e as forças Croatas tomaram o controle de aldeias dentro de Konjic (Município no Centro da Bósnia e Iogoslávia). O recurso consistiu em eventos ocorridos dentro do campo de refugiados, no acampamento de CELEBICI. A Câmara de julgamento encontrou alguns detidos mortos, torturados, agredidos sexualmente, espancados e submetidos a tratamento cruel e desumano. Muci, Deli, and Land`o, foram acusados de serem os comandantes dos crimes no acampamento. Deli seria o vice-comandante e Land guarda prisional. Prosecutor Zejnil DELALIC, Zdravko MUCIC (aka “PAVO”), Hazim DELIC and Esad LANDŽO (aka “ZENGA”) (“[^]ELEBICI Case”). Julgamento em de Fevereiro de 2001. (Câmara de apelação) Internacional Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf> (Acesso em 23/05/2015).

⁸⁰ Corte IDH. Caso Massacre de Plan Sánchez Vs Guatemala. Reparaciones. Sentença de 19 de novembro de 2004. §19. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_esp.pdf (Acesso em 26/05/2015).

⁸¹ *Idem Ibidem*, § 23.

proibição de genocídio faz parte do direito internacional consuetudinário e de domínio do *jus Cogens*.⁸²

O próprio preâmbulo da Convenção Americana faz referência expressa aos princípios desenvolvidos com os instrumentos internacionais, tanto no âmbito universal como no regional. Os princípios gerais do direito orientam todo e qualquer sistema jurídico e guiam o direito tanto convencional quanto o direito geral⁸³.

A responsabilidade agravada é, precisamente, a que corresponde a um crime do Estado, mas este sugere uma analogia inadequada à categoria de direito penal interno. No massacre de Plán de Sánchez, segundo Cançado Trindade, os atos falam por si só e com eloquência que os crimes cometidos pelo Estado existiram, acarretando uma responsabilidade internacional agravada, afetando os valores fundamentais da comunidade internacional como um todo. Este crime configura uma violação grave de direito internacional. Tal torna-se mais evidente na medida em que se estabelece a intenção (falta ou culpa), a tolerância, negligência, a omissão, por parte do Estado em relação às violações graves de direitos humanos e de Direito Internacional Humanitário, perpetrados pelos seus agentes, inclusive em nome de uma política de Estado⁸⁴.

O princípio da responsabilidade objetiva (absoluta) do Estado cede espaço a responsabilidade baseada na falta ou na culpa, sempre que pode-se demonstrar, como no presente caso, a intenção do Estado em causar dano ou a sua negligência em evitá-lo. A falta ou culpa torna-se a base conceitual imprescindível para a responsabilidade do Estado, agravada por esta circunstância⁸⁵.

Cançado Trindade observa que mesmo já passados 22 anos do ocorrido, na memória dos sobreviventes tudo ainda continua presente. Os anos de silêncio e de humilhações frente às dificuldades de localizar os cemitérios clandestinos, a exumação dos cadáveres e a prolongada negação de justiça, não foram apagados da memória dos sobreviventes. As memórias são duradoras e resistem ao passar do tempo, ressurgem das profundezas e são escurecidas pelo sofrimento humano⁸⁶.

⁸² Corte IDH. Caso Massacre de Plan Sánchez Vs Guatemala. Reparaciones. Sentença de 19 de novembro de 2004. §26. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_esp.pdf (Acesso em 26/05/2015).

⁸³ *Idem Ibidem*, § 28.

⁸⁴ *Idem Ibidem*, § 34 e 35

⁸⁵ *Idem Ibidem*, § 36

⁸⁶ *Idem Ibidem*, § 40; § 41

Transcorridas mais de década, foi reconhecida a responsabilidade internacional do Estado demandado pelas graves violações de direitos humanos. Os sobreviventes podem, a partir de agora, reconstruir com plenitude, as relações com seus mortos, reivindicando uma sentença por parte da Corte Interamericana⁸⁷.

O caso de Plán de Sánchez é de reparação coletiva, considerando que as violações desse caso tenham como objetivo o extermínio de uma cultura, a Sentença deu atenção às particularidades das vítimas, ordenando que a Convenção Americana de Direitos Humanos fosse traduzida para o idioma maya, que o Estado desenvolva nas comunidades afetadas programas de difusão da cultura maya, entre outros. Pode-se concluir que as necessidades das vítimas foram colocadas no centro das reparações. Houve uma preocupação no sentido humanitário em relação às vítimas. Para a Lei Internacional, os Estados têm o dever e a obrigação de realizar as reparações necessárias quando cometem atos que provoquem sérios danos, sendo que no momento em que não os fazem de livre vontade, são obrigados como na Sentença da referida Corte.

1.2 Formação do Direito Internacional Contemporâneo – Teoria das “Fontes”

As fontes do Direito Internacional representam uma questão básica da matéria e requerem tratamento adequado do processo de formação do Direito Internacional contemporâneo. A doutrina clássica fazia uma distinção entre as fontes *formais* do Direito Internacional e os meios pela qual as normas são criadas, por exemplo, costumes, tratados, princípios gerais de direito, jurisprudência, doutrina, entre outros. Já a fonte *material* é o *substratum* de que se originam as primeiras, isto é, uma ligação da fonte material com a própria validade do direito⁸⁸.

Geralmente os jusinternacionalistas, em sua grande maioria, usam reiteradamente o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) como ponto de partida de seus livros, cursos, e materiais lesionados, sendo o mencionado artigo virtualmente idêntico ao disposto 38 da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI). O elenco consagrado nessa

⁸⁷ Corte IDH. Caso Massacre de Plan Sánchez Vs Guatemala. Reparaciones. Sentença de 19 de novembro de 2004. §41. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_esp.pdf (Acesso em 26/05/2015).

⁸⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., pp. 30-31.

disposição refere-se às fontes formais, porém, o estatuto da formação do direito não se pode exaurir apenas no elenco das fontes formais⁸⁹.

Desse modo, examinaremos esse ponto referente as “fontes” formais do Direito Internacional, segundo o pensamento do jurista Cançado Trindade, que faz uma análise das fontes formais consagradas no artigo 38 do estatuto da CIJ, como aquelas que não figuram. Em seguida faremos uma reavaliação crítica da teoria clássica das “fontes”, levando em consideração a formação do Direito Internacional contemporâneo. Também será analisada a questão da *opinio juris* na formação do Direito Internacional contemporâneo e as manifestações da consciência jurídica universal, precisamente como “fonte” material última do Direito Internacional⁹⁰.

Dispõe o artigo 38 da CPJI e da CIJ: “A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem”.

Como exemplificado no art. 38, às controvérsias que forem submetidas à Corte deve ser aplicadas as Convenções Internacionais, o costume internacional e os princípios gerais do direito acrescido como meio auxiliares para a determinação de regras de direito, das decisões judiciais e da doutrina. É facultativo a Corte decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes concordarem⁹¹.

O histórico legislativo desse dispositivo retorna para o ano de 1920, quando uma Comissão Consultiva de juristas foi nomeada pela liga das Nações para preparar o projeto para o estabelecimento de uma Corte Permanente de Justiça Internacional.

A Comissão reuniu-se em Haia (Holanda) em 16 de junho a 24 de julho de 1920. Tinha como composição Consultiva o jurista Brasileiro Clóvis Beviláqua (substituído por

⁸⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 34.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ *Idem Ibidem*, p. 32.

Raul Fernandes) e tinha como secretário da Comissão D. Anzilotti. O projeto do artigo 38 do Estatuto da CPJI, foi resultado de um projeto originalmente apresentado pelo Barão Descamps incluindo tratados, costumes, princípios gerais do direito e jurisprudência. Este artigo foi muito debatido entre os membros da Comissão. O Estatuto da antiga CPJI foi incorporado duas décadas e meia depois do Estatuto da sucessora CIJ⁹².

O referente artigo foi alvo de algumas críticas em 1934. Nomeadamente, G. Scelle observou que a própria concepção do referido artigo mostrava-se insuficiente para atender as necessidades sociais que deveriam ser tomadas em conta pelo Direito Internacional da época⁹³.

Outra discussão sobre o referido artigo era a questão de saber se tal artigo estabelecia ou não uma hierarquia de fontes de Direito Internacional Público e a dúvida de saber se aplicaria apenas a tratados, costumes e princípios gerais do direito, uma vez que o artigo 38 cuidou de caracterizar a jurisprudência e a doutrina como auxiliares e de atribuir uma função limitada a equidade. Para aqueles que adotam uma fundamentação jusnaturalista do Direito Internacional é menos difícil apreender o relacionamento entre princípios gerais do direito, tratados e costumes. Nesse sentido, os tratados e os costumes seriam atualizações ou positivações dos princípios gerais do direito, adaptados às situações históricas variáveis⁹⁴.

O papel reconhecido dos tratados e costumes como “fontes” de Direito Internacional geral foi objeto de revisão no contexto específico das relações internacionais. Tal revisão teve as suas raízes na antiga polémica da existência ou não de um Direito Internacional Americano⁹⁵.

⁹² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 32.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ *Idem Ibidem*, p.33.

⁹⁵ Não existe nenhum impedimento para classificar o Direito Internacional Público do ponto de vista da sua aplicação regional. Existem tratados internacionais e normas costumeiras de alcance universal e, também, aquelas que possuem um mero alcance bilateral. Além dessas, existem normas jurídicas internacionais convencionais e costumeiras que têm vigência em um continente. Portanto, as normas jurídicas internacionais de caráter convencional e costumeiro que regem com especialidade o continente americano formam o Direito Internacional Americano. As condições peculiares da evolução dos países do continente americano projetam normas jurídicas que implicaram, em um avanço considerável do Direito Internacional, na condição de que serviram de modelo para a codificação do título universal do Direito Internacional. O fenômeno do regionalismo é inegável. A proximidade geográfica dos países os obriga a regular a sua conveniência de maneira pacífica e faz surgir as suas próprias normas jurídicas, ajustadas à imediatez de seus problemas. Recordemos simplesmente que o capítulo VIII da Carta das Nações Unidas refere-se aos acordos regionais e os regula nos artigos 52 e 54. Quando existe pluralidade de normas jurídicas, regionais, universais e bilaterais, é preciso estabelecer uma ordem hierárquica, sendo que as normas jurídicas universais prevalecem sobre as regionais. Isto se constata através da simples leitura dos dispositivos da Carta das Nações Unidas anteriormente citados. O drama do Direito Internacional Americano está relacionado com o desnível de potencialidade entre os Estados Unidos da América de um lado, e os demais países deste continente, de outro. Dessa maneira,

Segundo tese defendida há alguns anos, referente ao plano das relações interamericanas, diferentemente do que ocorre no Direito Internacional Geral, ao costume estaria reservada um papel secundário entre as fontes. Dentro os numerosos tratados regionais, poucos foram aqueles que lograram obter o número suficiente de ratificação para entrar em vigor⁹⁶.

A lista das fontes do Direito Internacional contida no artigo 38 do Estatuto da CIJ não é exaustiva. Pode-se ter como exemplo o caso *Barcelona Traction* (Bélgica versus Espanha, segunda fase, 1970).

Para decidir o caso a CIJ baseou-se em vária jurisprudência arbitral, em decisões prévias da própria Corte, tratados bilaterais e multilaterais, princípios gerais do direito interno, entre outros. Nota-se a impossibilidade de basear uma decisão em apenas uma determinada categoria de fontes oficialmente consagradas no artigo 38 do Estatuto da CIJ⁹⁷.

Outra ilustração consiste na transformação do velho princípio segundo o qual reservas a um tratado multilateral só seriam admissíveis se aceitas por todas as demais partes. Este princípio, nos dias de hoje, perdeu a validade. Para se chegar a esta mudança de posição contribuíram, conjuntamente, um parecer da Corte Internacional de Justiça, as reservas feitas à *Convenção sobre o Genocídio de 1951*, uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre reservas e convenções multilaterais (resolução 598, VI de 12.01.1952), o trabalho da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas e o artigo 19-23 da Convenção de Viena sobre o Direito de Tratados de 1969⁹⁸.

quando os Estados Unidos influem, surgem normas que tratam de restringir as atuações desmedidas do gigante, mas este não as aceita. Ao contrário, quando os Estados Unidos influem, podem ser manipulados certos governos e os resultados da atividade internacional regional são desastrosos. Apesar deste drama, no continente americano alcançaram-se importantes institutos jurídicos que, algumas vezes, inspiram instituições jurídicas universais. Não existe impedimento para que dentro do Direito Internacional Americano haja classificações sub-regionais, de tal maneira que pode estabelecer-se Direito latino-americano que Direito Centro Americano. Em virtude da polêmica, as posturas antagônicas se fundamentam em vários argumentos sólidos, mas dentro do direito universal cabem direitos regionais que lhe estão subordinados e que atendem as suas próprias necessidades. Cf. GARCIA, Carlos Arellano. *Segundo curso de derecho internacional público*, 2. Ed., México: Editora Porrúa, 1998. pp. 503-504 – tradução livre Apud: MENEZES, Wagner. *A contribuição da América Latina para o Direito Internacional: O Princípio da Solidariedade*, São Paulo, 2007. Disponível em: file:///C:/Users/ASUS/Downloads/Wagner_Menezes%20(2).pdf (Acesso em 20/05/2015).

⁹⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 34.

⁹⁷ *Idem Ibidem*, pg. 35.

⁹⁸ BAXTER, R.R. "Treaties and Custom" 129 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1970. pp. 31-104; MCNAIR, A.D. *Treaties Producing Effects Erga Omnes, Scritti di Diritto Internazionale*, in Onore di T. Perassi, vol. II., Milano: Giuffrè, 1957. pp. 23-26. Apud: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 35.

Cançado Trindade afirma que mais apropriado seria examinar o *corpus* global de autoridade juridicamente significativa para uma determinada decisão, ao invés de enumeração exaustiva das “fontes”. As fontes do Direito Internacional não são categorias estáticas: encontram-se em constante e dinâmica interação, não se esgotando em classificações teóricas que apenas prevalecem em determinado momento histórico⁹⁹.

Wladimir Brito faz observações no mesmo sentido que o eminente juiz Cançado Trindade ao afirmar que a enumeração do artigo 38 da CIJ não é taxativo, pois pode haver e há, outras fontes formais de natureza diversa das enumeradas no referido artigo, como por exemplo os atos unilaterais. Também observa que o artigo 38 não estabelece uma hierarquia das fontes, limitando-se enumerar exemplificativamente estas¹⁰⁰.

Para Kelsen, fontes do Direito é uma expressão figurativa que tem mais do que uma significação. Entende-se por fonte de direito o fundamento de validade de uma ordem jurídica. Só se pode designar como “fonte” a norma jurídico-positiva de uma norma jurídica. Uma decisão judicial, na visão do autor, só pode ser considerada como uma fonte de deveres e direitos das partes litigantes por ela atribuídos ou da atribuição dada por competência ao órgão que tem que executar a decisão. Assim, Kelsen afirma que num sentido jurídico-positivo, as fontes do Direito só pode ser o Direito.¹⁰¹

1.2.1 As “Fontes Formais enumeradas no Artigo 38 do Estatuto da CIJ – O Costume Internacional em análise

O costume internacional é a segunda fonte de direito internacional descrita no artigo 38 da CIJ. Trata-se de normas não escritas (*leges non scriptae*), geralmente entendida como tácita, consensual e historicamente pela memória e pelo uso (*leges sola memoria et usu retinebant*). O costume está na origem das primeiras positivizações jurídicas. É uma fonte de direito que expressa o caráter descentralizado da comunidade internacional, tendo como uma característica a sua autonomia¹⁰².

⁹⁹ BAXTER, R.R. “*Treaties and Custom*” 129 Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye, 1970. pp. 31-104; MCNAIR, A.D. *Treaties Producing Effects Erga Omnes*, *Scritti di Diritto Internazionale*, in Onore di T. Perassi, vol. II., Milano: Giuffrè, 1957. pp. 23-26. *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 32.

¹⁰⁰ BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*, 2 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 133.

¹⁰¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*; tradução MACHADO, João Baptista, 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 162-163.

¹⁰² MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma...*, cit., p. 110.

Para o doutrinador Jónatas Machado, mesmo quando um costume tem um conteúdo idêntico ao de uma Convenção internacional o costume mantém o seu sentido útil. Pois, não está em certa medida limitado, nem lhe aplicam as reservas que possam ter sido feitas à convenção em causa¹⁰³.

Na opinião de Silva e Cunha, este é uma forma de proceder uniforme e constante (uso) adoptado pelos membros da sociedade internacional nas suas relações mútuas, com a convicção de que é conforme a uma norma jurídica, isto é, corresponde ao cumprimento de uma obrigação ou ao exercício de uma faculdade jurídica (*opinio juris*)¹⁰⁴.

O artigo 38 do Estatuto da CIJ qualifica e refere-se ao costume internacional como “prova de uma prática geral aceita como sendo o direito”. Tendo como dois elementos clássicos constitutivos: o elemento objetivo que é representado pela prática internacional e o elemento subjetivo a *opinio juris sive necessitatis*. Esta configuração do costume internacional é ainda aceita nos dias de hoje¹⁰⁵.

Para Wladimir Brito, o elemento material ou objetivo corresponde à prática geral uniforme e reiterada, o *usus* ou *corpus*. Já o elemento psicológico corresponde à convicção de que a referida prática é necessária e, conseqüentemente, obrigatória (*opinio juris vel necessitatis*), ou seja, o *animus*. Só com estas características o costume pode ser internacionalmente válido¹⁰⁶.

Porém, foi alvo de crítica por parte de Hans Kelsen e seus seguidores que se baseiam na escola da teoria pura do direito. Para eles, o elemento subjetivo seria suficiente para criar o costume como fonte de direito, já que o elemento subjetivo da *opnia juris* seria de difícil comprovação além de pressupor a existência de uma regra de direito autonôma que tampouco poderia ser provada¹⁰⁷.

No seu livro Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen afirma que o direito consuetudinário apenas pode ser aplicado pelos órgãos aplicadores do Direito quando estes órgãos sejam considerados competentes para tal. Seguindo a jurisprudência tradicional que advoga que a *opinio necessitatis* é um elemento essencial do fato consuetudinário. Os atos constitutivos do costume têm que ser praticados na convicção que devem ser praticados.

¹⁰³ MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma...*, cit., p. 110.

¹⁰⁴ CUNHA, J. Silva; VALLE, Maria da Assunção. *Manual de Direito Internacional Público*, 2 ed., Coimbra: Editora Almedina, 2004. p. 297

¹⁰⁵ MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma...*, cit., p. 36.

¹⁰⁶ BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público...*, cit., p. 135.

¹⁰⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 36.

Pressupõem-se, porém, um ato de vontade individual ou coletivo cujo sentido subjetivo é o de que nos devemos conduzir de acordo com o costume. Se o direito de vontade individual ou coletivo deve ter o sentido subjetivo seja o dever-ser que é interpretado como norma objetivamente válida, como Direito Consuetudinário¹⁰⁸.

Em contrapartida a esta visão, muitos autores acharam necessário e útil a preservação do conceito de *opinio juris* como meio de se provar certas normas costumeiras, insistindo na necessidade e relevância do elemento psicológico na formação do costume¹⁰⁹.

Para os que seguem a concepção de kelsen há uma negação da necessidade da existência e da combinação dos dois elementos o *usus* e o *animus*. Defendem que o *usus* é a única base do costume sendo irrelevante o *animus*.

Wladimir Brito crítica essa teoria e alega que é difícil ou quase impossível provar a existência de tal regra positiva. Não existe nenhum critério que permita determinar quais são os atos próprios que conferem aos atos externos caráter de Costume¹¹⁰.

Uma corrente florescida nos Estados Unidos sustou que um *claim oriented-approach*, além de certos atos no plano internacional, implicaria em uma simplificação da teoria do costume, ao demonstrar que por exemplo em uma situação de conflito ou negociação tenderia a prevalecer a parte que apresentasse o argumento mais sólido¹¹¹.

Cançado Trindade comenta que, significativamente, foi na contraposição doutrinária feita por Kelsen que gradualmente foi reconhecida a necessidade de abandonar sua argumentação (*supra*), cedendo ao reconhecimento da viabilidade e da necessidade de continuadas da *opinia juris*¹¹².

O problema de elementos constitutivos do costume e o processo de criação de regras costumeiras foram amplamente debatidas perante a Corte Permanente Internacional de Justiça¹¹³ (CPJI), no caso *Lotus*. Foi a primeira de uma das raras decisões de um tribunal

¹⁰⁸ SCHREUER, Ch. "Recommendations and the Tradicional Sources of Internacional Law", 20 *German Yearbook of Internacional Law*, 1977, p. 113. Apud: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 37.

¹⁰⁹ D'AMATO, A.A. *The Concept of Custom in Internacional Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1971. p. 242, nº 28 e 74. Apud: *Idem*.

¹¹⁰ *Idem Ibidem*, p. 135.

¹¹¹ *Idem Ibidem*, p. 37.

¹¹² *Idem*.

¹¹³ Estruturada junto à Liga das Nações, a Corte Permanente correspondeu de modo equivalente à atual Corte Internacional de Justiça, também sediada em Haia e presentemente ligada à Organização das Nações Unidas.

internacional sobre a competência dos Estados na determinação da aplicação da sua lei penal¹¹⁴.

Em resumo, o caso ocorreu em 02 de Agosto de 1926, no alto mar. O Capitão da embarcação Francesa Demons, que comandava o barco *Lotus* abalroou o barco *Boz-Kourt*, de bandeira Turca. No naufrágio do seu barco ocorreu a morte de oito marinheiros e tripulantes turcos que se encontravam no seu interior. O navio *Lotus* resgatou os sobreviventes e o capitão turco, chegando em Constantinopla (atual Istambul) o Capitão Francês e o Capitão do *Boz-Kourt* foram presos e incriminados. Os dois foram condenados por homicídio culposo¹¹⁵.

A atitude das autoridades turcas no sentido de julgar o comandante francês teria suscitado vários protestos, especialmente do governo da França. O principal ponto era a não aceitação da prisão do comandante Demons. Os Franceses não admitiam que a Turquia tivesse competência para julgar o caso, em virtude do ocorrido se ter passado em alto-mar¹¹⁶.

A questão tinha relação com o tratado de Lausanne, assinado em 1923, entre o governo Turco que sucedeu ao Império Otomano e as potências derrotadas na primeira guerra mundial. O Tratado de Lausanne dispunha especialmente em seu artigo 15, que a Turquia seguiria suas relações internacionais à luz dos princípios do direito internacional. A discussão é em torno dessa problemática. Julgar o oficial francês, era justamente contrário ao que prescrevia o direito internacional. Tendo como fato de que o abalroamento ocorreu em alto-mar¹¹⁷.

O caso foi levado à CPJI que deu a opinião de que não havia norma que impedisse a Turquia de agir como agiu. Esta decisão contrariou a Convenção sobre o Abalroamento, assinada em Bruxelas, em 1910, que determinava que a reparação de danos, independentemente de onde tivesse ocorrido, incumbiria à embarcação causadora do acidente, o que, em princípio, deslocaria a jurisdição para as autoridades Francesas¹¹⁸.

A Turquia, em seu memorial perante a Corte de Haia, alegou que o costume internacional deveria refletir o consentimento geral dos membros da “sociedade

¹¹⁴ CAEIRO, Pedro. Fundamentos e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O caso Português. 2010, Coimbra Editora. p. 301.

¹¹⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *História do Direito Internacional: O Caso Lótus (1927)*, Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito. Vol.3, nº 2. 2009. p. 43.

¹¹⁶ *Idem Ibidem*, p.44.

¹¹⁷ *Idem Ibidem*, p.46.

¹¹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 38.

internacional”, tendo de ser aplicado uniformemente, muito antigo, estável e constante e, ainda, possuir um caráter de reciprocidade. Se falta-se uma dessas condições, não estaria configurado costume como “fonte” do direito internacional¹¹⁹.

A França invocou em seu memorial o caráter Territorial da jurisdição do Estado. A Turquia contestou argumentando que a concepção voluntarista do Direito Internacional não permite que o costume seja necessariamente aplicado a todos os Estados, independente da sua vontade¹²⁰.

Em sua defesa oral, o representante da França, defendeu a tese de que havia uma prática *negativa* bem estabelecida pela qual *não* se perseguia o suposto autor de um abalroamento em país de outro de que do pavilhão. Essa prática refletia uma *consensus gentium*, isto é, a opinião comum dos Estados. O agente Turco contestou tal argumentação arguindo que para impedir os Estados de exercer a sua jurisdição, uma abstenção apenas, no caso, o ponto de vista do Estado Francês, não bastaria. Na ausência de dispositivos convencionais, estabelecendo uma regra relativa a perseguições penais em abalroamento no alto-mar, caberia uma análise de tal princípio, se este houvera sido estabelecido pelo costume internacional, e só se configuraria através da manifestação coletiva, repetida, recíproca da vontade dos diversos Estados, atuando no plano internacional¹²¹.

Em seu julgamento o Tribunal CPJI enfatizou o elemento da vontade dos Estados independentes na formação de regras internacionais convencionais e costumeiras. De fato, os Estados frequentemente se abstiveram de exercer perseguições penais¹²².

Cançado Trindade faz a observação que no caso *Lotus* o que parecia transparecer da decisão da Corte era uma importância atribuída em princípio ao elemento subjetivo do costume, a *opinio juris sevi necessitatis*. Não há dúvidas que o voluntarismo se fez presente no julgamento da Corte, parecendo sugerir uma penetração do pensamento positivista no raciocínio de seus juízes. No tocante à *opinio juris* verificou-se uma certa cautela no sentido de evitar e julgar como verdadeiras a existência ou não do elemento psíquico do costume nas circunstâncias do *cas d'espèce*¹²³.

Professor Doutor Pedro Caeiro analisa o caso e afirma que o poder punitivo, “é em regra” territorialmente limitado. Os fatos extraterritoriais pode ofender o princípio da não

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 38.

¹²¹ *Idem Ibidem*, pp.38-39.

¹²² *Idem Ibidem*, p.39.

¹²³ *Idem.*

ingerência, na medida que nega ao Estado do *locus delicti* a exclusividade no seu território, conduzindo assim a um conflito de soberanias. O princípio da não ingerência que estabelece as fronteiras jurídico – internacional do poder punitivo, é incompatível com a posição de uma aceitação de uma *kompetenz-kompetenz* dos Estados. Isto porque fica subordinado o direito internacional ao direito nacional. Esquecendo que, com o reconhecimento da igualdade dos Estados, os conflitos originados pela sobreposição dos respectivos domínios de autoridade, só podem resolver-se através de uma ordem jurídica supranacional ou transnacional¹²⁴.

Analisando o problema o Tribunal partiu do ponto de vista segundo o qual não se procurava identificar os princípios de direito internacional que teriam permitido a Turquia instaurar o procedimento penal, mas antes identificar e “formular” os princípios que eventualmente teriam sido violados com esse procedimento¹²⁵.

O Acórdão *Lotus* adotou segundo o Professor Doutor Pedro Caetano a tese “estatalista moderada” os Estados gozam de uma “larga liberdade” para conformar a aplicabilidade da sua lei, dentro dos limites estabelecidos pelo “direito internacional”¹²⁶.

O ponto essencial da decisão encontra-se na afirmação da limitação da jurisdição penal dos Estados pelo direito internacional, em uma interpretação atualista, não pode deixar de significar, como bloco de controle de validade das regras de aplicabilidade da lei penal estatal, todo o direito internacional, com os seus princípios e suas regras¹²⁷.

Outro ponto sobre o costume é que no se refere a *prova* do costume. Foi esse aspecto alvo de atenção pela CIJ no caso de *Asilo* (Colômbia *versus* Peru). Em resumo, o caso trata-se de asilo concedido em 03 de janeiro de 1949, pelo Embaixador da Colômbia em Lima, ao Victor Raul Haya de La Torre. Este era líder de um partido político peruano - a Aliança Revolucionária Americana. Em 03 de Outubro de 1948, ocorreu uma rebelião militar no Peru e Haya de La Torre tendo sido apontado como responsável de tê-la suscitado e dirigido. Procurou e obteve asilo na embaixada da Colômbia. O Embaixador da Colômbia, em Lima, demandou para este um salvo-conduto para deixar o país, qualificando-o como refugiado político. O governo do Peru recusou, alegando que Haya de La Torre havia cometido crimes

¹²⁴ CAEIRO, Pedro. Fundamentos e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O caso Português. 2010, Coimbra Editora. p. 300.

¹²⁵ *Idem Ibidem*, p.303.

¹²⁶ *Idem Ibidem*, p.310.

¹²⁷ *Idem Ibidem*, p.311.

de direito comum e não poderia ser beneficiado com o asilo. Como não entraram em acordo, a Colômbia e o Peru submeteram à Corte algumas questões sobre a controvérsia surgida entre eles¹²⁸.

Na ocasião a Colômbia, *inter alia* invocou a existência de um costume regional ou local, do chamado Direito Internacional americano, que foi contestado pelo Peru. A Corte decidiu que diante de incertezas e aparentes contradições quanto ao exercício do asilo diplomático, era-lhe impossível constatar a existência de um costume constante e uniforme, aceito como direito. Fazendo uma abstração do elemento psíquico do costume, a Corte afirmou que a parte que invoca um determinado tipo de costume e nele se baseia, deve provar que esse costume efetivamente existe¹²⁹.

Os meios de comprovação do costume para o Direito Internacional contemporâneo parecem admitir algumas formas de prova e de liberdade de apreciação. Há um considerável *corpus* de jurisprudência internacional, prática dos Estados e doutrinas endossando o princípio da divisão ou distribuição do ônus da prova entre os litigantes do processo legal internacional¹³⁰.

O Doutor Jónatas Machado salienta que costume não é constituído por normas escritas, assim, a sua prova baseia-se na mobilização de determinados indícios. Nos últimos anos, os pronunciamentos das organizações internacionais, as Organizações Não-Governamentais (ONG's) e a doutrina, têm adquirido maior relevância nesse domínio. As instituições internacionais cabem desempenhar o papel de maior relevo da formação, determinação e identificação do direito consuetudinário¹³¹.

A jurisprudência, na época do Tribunal de Nuremberg 1946, constituiu na identificação do costume internacional válido no domínio dos crimes contra a humanidade e no desenvolvimento da responsabilidade civil internacional dos indivíduos e das pessoas coletivas por violação grave dos direitos humanos¹³².

Também outros indícios da existência do costume citado pelo Jurista Jónatas Machado são as declarações políticas, pretensões e contra pretensões dos Estados, omissões

¹²⁸ Caso do Direito de Asilo (Colômbia /Peru). 1948/1949. Disponível em: http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/casos-conteciosos_1949_02.pdf (Visitada em 28/05/2015).

¹²⁹ GUGGENHEIM, P. *Traité de Droit International Public*, vol.1, Genebra, Libr. Univ. Georg& Cie., 1967. pp. 46-48. *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 40.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma...*, cit., p. 125.

¹³² *Idem*.

e silêncios dos Estados. Outro importante acervo encontra-se em arquivos históricos, jornais, publicações oficiais, memoriais, manuais doutrinários¹³³

No passado se caracterizava como Direito Internacional consuetudinário, ou seja, como a generalização da prática dos Estados, hoje, a prática internacional tem um alcance bem mais amplo, englobando não só os Estados mas também as organizações internacionais e outros atores atuantes no plano internacional¹³⁴.

Problema surgido na época da descolonização foi o de se determinar a aplicação ou não do Direito Internacional costumeiro aos novos Estados recém-emancipados politicamente. Aplica-se a teoria positiva do consentimento como fundamento último do Direito Internacional, surgiram graves dificuldades, pois, só as normas com as quais os novos Estados concordassem inteiramente seriam automaticamente obrigatórias. Na prática, os Estados novos preferiram, ao invés de rejeitarem certas normas que lhes forem adversas, optar por admitir a sua existência e tentar modifica-los o mais rápido possível através da sua atuação nesse sentido, em foros internacionais como a Assembleia Geral das Nações Unidas¹³⁵.

Cançado Trindade comenta que a prova do costume internacional torna-se, assim, uma questão relativa e não absoluta. O Estado que conseguir citar mais precedente estará em posição mais vantajosa *vis-à-vis* com o seu oponente, independentemente da modalidade de solução pacífica de eventual controvérsia. Os Estados que não possuem diplomatas juristas com conhecimento especializado nas “fontes” do Direito Internacional terão que se contentar com documentos mais facilmente acessíveis, como por exemplo: tratados bilaterais, e multilaterais, resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, resoluções da Associações científicas entre outros¹³⁶.

A criação mais ou menos “imediata” de normas costumeiras em áreas novas do Direito Internacional é outro problema. São exemplos as resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, principalmente a resolução 1962 (XVIII) sobre a exploração do uso e do espaço, resultando em um acordo tácito entre os dois principais atores incipientes, os Estados Unidos e a União Soviética. Quanto à forma como o acordo foi feito, de um lado, a União Soviética preferia um tratado e, do outro, os Estados Unidos insistiam em uma

¹³³ MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma...*, cit., p. 125.

¹³⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 41.

¹³⁵ D.W. Greig. *Internacional Law*, 2ª. Ed., London, Butterworths, 1976. p.19; *Apud: Idem*.

¹³⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 42.

resolução da Assembleia Geral. A União Soviética acabou aceitando a sugestão Americana. O procedimento foi complicado e politicamente incerto, pois a celebração do tratado foi feita em conformidade com o direito constitucional norte-americano. Em artigo sobre o caso, Bin Cheng sugeriu a expressão imaginativa “direito costumeiro imediato”¹³⁷.

Esse artigo foi criticado, pois as resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas não poderiam *per se* constituir-se em direito internacional costumeiro, pois há o seu recomendatório, não poderiam tornar-se obrigatórias aos Estados não membros das Nações Unidas. Assim, a expressão “direito costumeiro imediato” mostrar-se-ia contraditória¹³⁸.

1.2.2 Os Tratados Internacionais

O tratado internacional tem vindo a torna-se na prática e de modo crescente, na “fonte” de maior significado e relevância¹³⁹.

Neste ponto sobre os tratados internacionais, Cançado Trindade tratou da matéria restringindo ao ponto básico diretamente pertinente ao estudo das “fontes”.

A celebração de tratados há muito tempo que constitui, por excelência, o meio de estabelecimento de laços de paz, amizade e cooperação entre povos e Estados. Os tratados escritos constituem a fonte de direito internacional menos controversa e problemática. O que se deve levar em consideração é o modo como se organiza, processa e se formaliza a sua celebração¹⁴⁰.

Por tratado ou convenção internacional na opinião de Jorge Miranda¹⁴¹ entende-se: “Um acordo de vontades entre sujeitos de Direito Internacional constitutivo de direitos e deveres ou de outros efeitos nas relações entre eles; ou em outra perspectiva um acordo de

¹³⁷ CHENG, Bin. *United Nations Resolutions On Outer Space: Instant Internacional Customery Law?*, Indian Journal of Internacional Law, 1965. pp. 23-48. *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 42.

¹³⁸ MAATEN, Bos. *The Recognized Manifestations of Internacional Law – A New Theory of “Sources”*, 20 German Yearbook of Internacional Law, 1977. pp. 27-68. *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 48.

¹³⁹ “Basta notar que desde 1500 A.C. até 1860, haviam sido concluídos cerca de 8000 Tratados de Paz, enquanto que só desde 1947 até 1984, foram celebrados entre 30 000 a 40 000 tratados e, se prolongarmos essa página até 1992, embora ainda estejam por apurar os números entre 1984 e 1992, esse montante deverá subir para perto de 50 000 tratados! Após a 2ª Guerra Mundial, toda a produção de regras internacionais nos domínios do Direito da Paz, da integração econômica, do esforço e da especialização da cooperação internacional (...)”. Cf. QUADROS, Fausto de. *Direito Comunitário*, in DJAP, vol.1 IV, Lisboa, 1991. pp. 21 e ss. *Apud*: PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional...*, cit., p. 169.

¹⁴⁰ MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma...*, cit., p. 316.

¹⁴¹ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*, 5 edição, Editora: Principia, 2012. p. 55.

vontades, regido pelo Direito Internacional entre sujeitos de Direito Internacional; ou ainda um acordo entre sujeitos de Direito Internacional agindo enquanto tais, de que deveriam efeitos jurídico-internacionais ou jurídicos-internacionalmente relevantes”.

Este conceito sobre tratados envolve um acordo de vontade; a necessidade das partes serem todos sujeitos de Direito Internacional e agirem nesse sentido; ser regulamentado pelo Direito Internacional; e, por fim, a produção dos seus efeitos ter relevância nas relações internacionais¹⁴².

O primeiro ponto observado é o referente ao relacionamento entre os tratados e a noção de soberania estatal. No caso Wimbledon¹⁴³, julgado em 17 de Agosto 1923, a CPJI esclareceu que a conclusão de um tratado jamais pode-se implicar em abandonar a soberania do Estado.

A jurisprudência internacional aponta no sentido de que o direito interno ou constitucional não podem ser invocados para não cumprir obrigações em vigor. Um Estado não pode evadir-se de suas obrigações internacionais sob o pretexto de sua pretensa incompatibilidade com o seu ordenamento jurídico interno. Pode-se acrescentar que a ideia de soberania não mais exerce influência na interpretação de tratados¹⁴⁴.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados (CVDT), assinada em 23 de maio de 1969. Entrou em vigor em 1980, quando o trigésimo país depositou o instrumento de ratificação, sendo uma das mais importantes convenções do Direito Internacional. Não dispõe sobre o direito que rege a obrigação internacional dos Estados, mas sim, os instrumentos incorporando tais obrigações internacionais dos Estados.

¹⁴² *Idem*.

¹⁴³ “O Governo Britânico, Francês, Italiano e Japonês fizeram um recurso na CPJI contra o Governo Alemão por impedir a passagem de um navio a vapor. Em Março de 1921, o governo Alemão se recusou a deixar o Navio Inglês Wimbledon (fretado de uma Companhia francesa “Les Affreteurs Reunis”) passar pelo canal de Kiel. O Navio transportava 4200 toneladas de munição e artilharia trazidas de Salonica (Grécia) para ser levado para a Base Naval Polonesa em Danzig, mas quando o Navio chegou na entrada para o Canal de Kiel foi rejeitada a sua passagem porque existia uma ordem de neutralidade Alemã em conformidade com a guerra Russa-Polonesa. O embaixador Francês, em Berlin, pediu permissão para a passagem da ss Wimblendon, e, vários dias depois, o governo Alemão respondeu que não poderia permitir que o navio passasse por causa da carga militar que carregava. A Companhia Francesa afirmou que o navio iria para Danzig através do estreito Dinamarquês, resultando que a carga chegasse 13 dias depois. Onze dias detidos pelos Alemães e dois para a rota extra que demorou para seguir a rota alternativa. As relações diplomáticas entre os Estados não terminaram com uma solução e, assim, a matéria foi levada pela Liga das Nações até ao Tribunal Permanente de Corte de Justiça para se pronunciar sobre o caso” (Tradução nossa). Disponível em: <http://courses.kvasaheim.com/ps376/briefs/lcmoskowitzbrief4.pdf> (Acesso em 01.06.2015).

¹⁴⁴ MCNAIR, Lord. “*Treaties and Sovereignty*”, *Symbolae Verzijl (présentées au Professeur J. H. W. Verzijl à l’occasion de son LXXième anniversaire)*, Haia, M. Nijhoff, 1958. pp. 222-237; *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *A humanização...*, cit., p. 44.

Oito partes e anexo compõem a referida Convenção de Viena, mas se destacam as Partes I-IV (artigos 1-41) que representam o direito e prática internacional existente sobre a matéria. Já a parte V (artigos 42-72) dispõe sobre a nulidade e extinção e suspensão de aplicação dos tratados¹⁴⁵.

Em seu artigo 1º a Convenção de Viena¹⁴⁶ define por tratado: “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

Wladimir Brito comenta que tal definição de Tratado definida pela Convenção de Viena é bastante complexa e extensa. Porém, ressalta que tal definição trazida pela Convenção não é o melhor conceito técnico. Assim, define Tratado como: “um acto jurídico internacional bilateral ou plurilateral praticado por sujeitos de direito internacional pela qual estabelecem direitos e obrigações recíprocas”¹⁴⁷.

Por essa definição nota-se que Tratado é uma manifestação de vontade dos sujeitos de Direito Internacional ou um acordo entre sujeitos, com a natureza necessariamente internacional, tendo como destino produzir efeitos de direito entre as partes. Tem natureza jurídica unitária, mesmo quando constituído por diversos documentos a eles anexados. Por fim, é um ato jurídico internacional que, por ter sido regido pelo Direito Internacional, a sua natureza jurídica tem que ser internacional¹⁴⁸.

Cançado Trindade segue a mesma linha e considera um tratado um termo genérico abrangendo “acordo”, ato, carta, Convenção, pacto, entre outros. Significando um acordo internacional independentemente da sua designação particular.

Na (primeira) Convenção de Viena de 1969, deixou de abranger as organizações internacionais que dotavam de personalidade jurídica no âmbito internacional. Esta lacuna foi suprida em definitivo com a adoção da segunda Convenção de Viena sobre Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais¹⁴⁹.

¹⁴⁵ SINCLAIR, I. M. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, University Press/Oceana, 1973. pp. 1-145. *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., pp. 45-46.

¹⁴⁶ Decreto nº 7.030, de 14 de Dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em 27/05/2015.

¹⁴⁷ BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público...*, cit., p. 147.

¹⁴⁸ *Idem Ibidem*, p. 147.

¹⁴⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*, 2ª. Ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2002. pp. 199-251. *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., pp. 46-47.

Os artigos 53¹⁵⁰ e 64¹⁵¹ da Convenção de Viena de 1969 estabelecem a nulidade e a extinção de tratados que conflituem com uma norma imperativa de Direito Internacional geral (*jus cogens*). Por um lado, a Convenção de Viena de 1969, deixou de adotar regimes jurídicos de caráter objetivo, por outro, veio consagrar significativamente o conceito de *jus cogens*.

A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas já sugeriu como incompatíveis certas regras do *jus cogens*, como por exemplo, tratados que contemplassem o uso ilícito da força, que seria contrária aos princípios da Carta das Nações Unidas ou qualquer outro ato criminoso sob o Direito Internacional, tal como, tráfico de escravos, pirataria, genocídio¹⁵².

Outro ponto relevante é referente a certas convenções não-ratificadas para a formação do costume internacional. C. Th. Euthathiades¹⁵³ observou que os esforços modernos de codificação vão bem mais além da mera expressão de direito internacional costumeiro. Não se pode negar que uma “convenção de codificação” assinada e que ainda não entrou em vigor, mas que alcançou um número significativo de ratificações pode contribuir para a formação do costume internacional e que uma regra nela incorporada pode, sob certas condições, torna-se uma regra de Direito Internacional geral.

1.2.3 Os Princípios Gerais do Direito

¹⁵⁰ Art.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”. Decreto nº 7.030, de 14 de Dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969.

¹⁵¹ Art. 64: “Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*): Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”. ”. Decreto nº 7.030, de 14 de Dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969.

¹⁵² SINCLAIR, I.M. *The Vienna Convention on the Law of Treaties...*, cit., pp. 121-122; *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 50.

¹⁵³ EUSATHIADES, C. Th. *Unratified Codification Conventions (Gilberdo Amado Memorial Lecture)*, Genebra, United Nations Publ., 1973. pp. 2 e 10; *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 54.

A “fonte” sobre os princípios gerais do direito internacional é particularmente relevante quando se trata em decidir questões jurídicas para as quais não existem regras convencionais ou consuetudinárias que possibilitem a resolução da disputa internacional concreta. Os princípios permitem a construção de normas para o caso concreto e a integração das lacunas do ordenamento jurídico internacional¹⁵⁴.

Diversas dúvidas e incertezas persistem em relação ao sentido dos princípios gerais do direito. Para alguns, a expressão se refere aos princípios gerais do direito, para outros, a expressão se refere aos princípios do Direito Internacional propriamente dito, ou se refere aos princípios dos direitos internos dos diversos Estados¹⁵⁵, ou aos princípios de direito internacional natural, sendo que outros autores contestavam e faziam referências aos princípios reconhecidos¹⁵⁶.

Sobre esta última expressão Cançado Trindade¹⁵⁷ observa que países civilizados¹⁵⁸ são os que efetivamente respeitam o Direito Internacional e os direitos inerentes à pessoa humana, que se encontrem sob suas respectivas jurisdições.

Na opinião de Paulino Lukamba há um problema se levarmos em conta que os princípios não deveriam ser extraídos por abstração não das mesmas normas internacionais mas extraídos dos ordenamentos jurídicos dos Estados civilizados. A noção de nações civilizadas é complexa, anacrônica e ofensiva em relação aos países em via de desenvolvimento¹⁵⁹.

Tais controvérsias se fizeram presentes durante a redação do artigo 38 do Estatuto da Corte de Haia de 1920. O já referido Barão Decamps, Lord Phillimore e Sr. E. Root foram

¹⁵⁴ MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma...*, cit., p. 127.

¹⁵⁵ VIRALLY, M. *The Sources of International Law*, Manual of Public International Law (ed. Max Sorensen) London, McMillan, 1968. pp. 2-6. *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 55.

¹⁵⁶ GREIG, D.W. *International Law...*, cit., p. 27. *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 55.

¹⁵⁷ SALCEDO, J. A. Carrillo. *Soberania de Los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, 2ª. Ed., Madrid, Tecnos, 2001. pp. 180-181. *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 55.

¹⁵⁸ Alguns princípios reconhecidos pelas Nações Civilizadas: a) *Nemo iudex in re sua* (ninguém pode ser juiz da sua própria causa. Este princípio foi usado pelo TPJI na controvérsia entre a Turquia e o Iraque sobre as fronteiras); B) *In Claris non fit interpretatio* (No que é claro não cabe interpretação); c) *Ne bis in idem* (Não repetir sobre o mesmo, isto é, princípio que diz que ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato (crime)); d) Princípio da Igualdade entre as partes do processo; e) Princípio da não-agressão; f) Princípio da autodeterminação dos povos; g) Princípio da boa-fé; Princípio da obrigação de reparar o dano; h) *Pacta sunt servanda* (os acordos devem ser cumpridos); i) *Lex posterior derogat priori* (lei posterior derroga a anterior); LUKAMBA, Paulino. *Direito Internacional Público...*, cit., p. 88

¹⁵⁹ *Idem Ibidem*, p. 89.

os protagonistas do debate. O Barão Decamps acreditava em uma justiça objetiva presente em teorias do direito natural e foi o autor da proposta à Comissão da expressão “consciência jurídica dos povos civilizados”. Já o Lord Phillimore e E. Root elaboraram uma emenda à proposta de Decamps, propuseram a conciliação entre os princípios de justiça objetiva e os princípios de direito comum ou reconhecidos pelas “nações civilizadas” e operaram a expressão “princípios gerais do direito”¹⁶⁰.

Na década de 50, se tentavam identificar exemplos de princípios gerais do direito, reconhecidos pelas chamadas “nações civilizadas”, tais como, o princípio da boa-fé, o princípio da *res judicata*, dentre outros¹⁶¹.

Por fim, vale lembrar que o artigo 38, tal como foi adotado, veio repudiar a tese que “somente as regras criadas por meio de um processo formal são válidas”. E, por fim, sustentar que “como os sistemas jurídicos internos e o Direito Internacional contém certo número de princípios não-formulados”¹⁶².

1.2.4 Valor da Jurisprudência Internacional e Doutrina

A doutrina e a jurisprudência internacional (decisões judiciais e arbitrais) não se enquadram como fontes imediatas do Direito Internacional, mas sim, fontes *mediatas*. O próprio artigo 38 diz que são meios auxiliares para determinação de regras de direito. Não possuem caráter obrigatória ou vinculante no âmbito internacional¹⁶³.

Começaremos a análise no que se refere ao valor da jurisprudência internacional. Nos últimos tempos, houve uma massa de decisões arbitrais e judiciais, ainda que operando de forma intermitente, sendo decisões muitas vezes de peso desigual. Observa-se que as decisões judiciais “são emanadas de tribunais internacionais, dos administrativos internacionais e também dos nacionais. As decisões judiciais dos tribunais internacionais podem explicar certas questões de direito interno, decisões judiciais de tribunais nacionais

¹⁶⁰ UGGENHEIM, P. *Traité de Droit International Public...*, cit., p. 76. *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., pp. 55-56.

¹⁶¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., pp. 56-57.

¹⁶² CHENG, Bin. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, p. 23. *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p.57.

¹⁶³ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional...*, cit., p. 273.

podem também trazer uma importante contribuição ao discorrerem acerca da questão de Direito Internacional”¹⁶⁴.

Quanto à doutrina, o Estatuto no artigo 38 constituem meio auxiliar para a determinação das regras de direito. Há um qualificador para determinar quais juristas são mais qualificados nas diferentes nações. Embora a doutrina tenha tendência de atribuir uma posição relativamente modesta dentre as “fontes” não se deve negligenciá-las. Quando surge a necessidade dos autores, no âmbito internacional, de fundamentarem as suas posições, sempre recorrem aos ensinamentos doutrinários¹⁶⁵.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tem tido uma grande importância por várias razões, primeiramente, porque a sua jurisprudência é obrigatória; segundo, porque a jurisprudência funciona a regra de precedentes; terceiro, pelas suas sentenças obrigar a si próprios; por fim, porque contribuem para a formação e a elaboração do Direito Comunitário¹⁶⁶.

No que se refere a característica da doutrina, existe, por vezes, uma limitação, como no caso de refletir as percepções do Direito Internacional prevalecente em cada País. Pode haver hábitos derivados do próprio sistema jurídico interno, existindo uma tendência de preferir citações de autores do próprio idioma. Haverá, também, variações nas interpretações das normas de Direito Internacional de país para país¹⁶⁷.

A doutrina não se limita ao pensamento dos doutrinadores, mas engloba e emana também dos órgãos colegiados. Em 1977, sugeriu Maaten Bos que o importante trabalho produzido pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI)¹⁶⁸ talvez transcendesse a da doutrina na acepção clássica por possuir uma qualidade internacional que não se encontrava na doutrina tradicional e por refletir hoje o corpo quase diplomático, tido como “realista”. Na mesma linha de trabalhos conjuntos ou de equipas, há os órgãos homólogos que atuam no plano regional, como exemplo, o da Comissão Jurídica

¹⁶⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p.57-58.

¹⁶⁵ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional...*, cit., p. 274.

¹⁶⁶ LENZ, C. *The Court of Justice of the European Communities*, in ELR, 1989. pp. 127 e ss; QUADROS, Fausto. *Direito Comunitário...*, cit., pp. 21 e ss. (21-24) *Apud*: PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional...*, cit., p. 274.

¹⁶⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p.60

¹⁶⁸ Hoje, a CDI se encontra mais voltada à elaboração, com concurso de diversos Estados, de “textos verdadeiramente úteis e amplamente debatidos de forma a atingir os fins almejados de codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional”. Daí resulta que os trabalhos mais recentes da CDI apresentem, na observação de R.Y. Jennings, uma certa confrontação em nível científico dos interesses variados de diferentes Estados. Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 62.

¹⁶⁸ *Idem*.

Internacional (CJI), a Organização dos Estados Americanos (OEA) e o Comité Jurídico Consultivo Afro-Asiático (CJCAA). Existem as associações científicas internacionais, tais como, o renomado *Institut de Droit International*, ao qual se soma a *International Law Association* e o Instituto Hispânico Americano de Direito Internacional (IHLADI), entre outros. Os anuários e relatórios das associações acadêmicas, dentre outras, nos proporcionam um preciso ensinamento que nos permite acompanhar a evolução da doutrina sobre diversos capítulos e temas do Direito Internacional¹⁶⁹.

1.2.5 Elemento de Equidade (*Ex aequo et bono*)

Entende-se que não esta perante uma fonte de direito internacional, mas sim, perante um método de acordo com o qual os tribunais devem lançar mão no caso de uma aplicação estrita das normas de direito internacional¹⁷⁰.

A equidade não procura criar direito, mas apenas aplicar o sentido de justiça aos casos concretos. Tem uma função restrita e só deve ser aplicada se autorizada pelas partes. A equidade se caracteriza por uma expressão individualizada da justiça. Possui uma tripartidade de funções e aplica-se *infra legem* (adaptando o direito aos fatos do caso concreto), *praeter legem* (preenchendo as lacunas do direito) ou *contra legem* (como meio de recusar a aplicar leis injustas)¹⁷¹.

Há riscos na aplicação da equidade, como por exemplo, em períodos e situações de rápidas mudanças pelos elementos de incerteza e exceção e subjetivismo que possa introduzir¹⁷².

O caso da plataforma Continental do Mar do Norte (Dinamarca e Países Baixos *versus* República Federal da Alemanha) é um exemplo de equidade. O caso surgiu de uma disputa da delimitação desta plataforma entre a República Federal da Alemanha e a Dinamarca e a República Federal da Alemanha e os Países Baixos¹⁷³. O pedido feito pelas

¹⁶⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 62.

¹⁷⁰ MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma...*, cit., p. 136.

¹⁷¹ AKEHURST, M. "Equity and General Principles of Law", 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976) pp. 801-8013; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 63.

¹⁷² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 63.

¹⁷³ Casos da Plataforma Continental do Mar do Norte (República Federal da Alemanha/Dinamarca; República Federal da Alemanha/Países Baixos) 1967-1969. Disponível em: http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/casos-conteciosos_1967.pdf (Acesso 01/05/2015).

partes à Corte era que esta declarasse quais são os princípios e regras de direito internacional aplicáveis, se comprometendo a proceder às delimitações sobre esta base.

A Corte indicou que ao caso não haveria um único método de delimitação aplicável em todas as circunstâncias. Foi levada em conta vários fatores, entre os quais, natureza geográfica, geológica e econômica¹⁷⁴.

1.2.6 As Fontes Formais Não Enumeradas no Artigo 38

As “fontes” que estudaremos a seguir são “fontes” imediatas, apesar de não constarem do artigo 38 do Estatuto, estando situadas nos atos jurídicos unilaterais dos sujeitos do Direito Internacional. Fausto de Quadros afirma que: “estes actos jurídicos são fontes porque se admite a existência de normas geral consuetudinária ou princípios geral do Direito que se consagra”¹⁷⁵.

Os atos jurídicos unilaterais começaram a despertar a atenção da doutrina após a segunda Guerra Mundial, correspondendo, em certa medida, aos negócios jurídicos unilaterais do Direito interno¹⁷⁶.

Levamos em consideração os atos jurídicos unilaterais como fonte “autônoma” de Direito Internacional. Tem como característica essencial o fato de provierem de um sujeito de Direito. Podendo ser de um Estado ou de uma Organização Internacional ou de uma só parte mas impede a sua prática conjunta por vários Estados¹⁷⁷.

Cançado Trindade prefere tratar sobre os atos unilaterais dos Estados e os atos das organizações internacionais separadamente, pois em sua opinião, se tratasse conjuntamente poderia dar margens a algumas incertezas¹⁷⁸.

¹⁷⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 64.

¹⁷⁵ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional...*, cit., p. 265.

¹⁷⁶ *Idem Ibidem*.

¹⁷⁷ *Idem Ibidem*.

¹⁷⁸ ROSSEAU, Ch. *Droit international public*, vol. I, Paris, Sirey, 1970, pp. 400-405; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 63.

1.2.6.1 Os Atos Jurídicos Unilaterais dos Estados

Os atos unilaterais dos Estados são atos jurídicos referentes à manifestação de vontade do sujeito de direito¹⁷⁹. Esta manifestação de vontade se oriunda de um Estado soberano cujo objeto seja lícito e não afronte às normas de direito internacional, a vontade não deve ser viciada, tendo como fim o de criar uma regra de direito, suprimindo uma lacuna do sistema jurídico¹⁸⁰.

Em geral, não está vinculada ao tratado ou ao costume internacional, mas pode deles decorrer naqueles casos excepcionais em que o próprio tratado preveja a sua denúncia ou o seu recesso, nos termos do artigo 56º e seguintes da Convenção sobre o Direito dos Tratados¹⁸¹.

Nas palavras de Erik Suy o ato unilateral é uma manifestação de vontade de um sujeito do Direito Internacional através da qual vincula determinadas consequências. O jurista acha demasiado rígido e formalístico sustentar que só os tratados e convenções geram compromissos obrigatórios para os Estados. Os atos unilaterais contribuem para a formação do costume e, também, para a harmonia nas relações internacionais¹⁸².

Com relação aos efeitos do reconhecimento dos atos unilaterais dos Estados surgiu uma disputa clássica entre as teses *declaratória* e *constitutiva*¹⁸³.

Para a teoria constitutiva, o reconhecimento tem um efeito atributivo, ou seja, os demais Estados teriam que reconhecer a personalidade jurídica internacional daquele. Desse

¹⁷⁹ O mesmo pretende constituir um meio de publicidade suficiente da vontade do Estado. A doutrina distingue entre vários tipos de actos unilaterais. Estes podem ter uma substância autônoma relativamente a um tratado internacional ou costume, podendo igualmente apresentar-se dependentes de uma norma convencional ou consuetudinária. Além disso, os actos unilaterais podem ser autonormativos, quando pretendem vincular o próprio Estado, heteronormativos, quando pretendem vincular o próprio Estado, ou heteronormativos, quando criam direitos a favor de outros sujeitos de direito internacional. Como exemplos de actos unilaterais autônomos podemos mencionar a notificação, o protesto, a renúncia e promessa. A promessa unilateral é juridicamente vinculativa se foi formulada pelo Estado com essa intenção. Cf. MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma...*, cit., p. 138.

¹⁸⁰ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Fontes não Codificadas no Direito Internacional*, Revista do Programa de Mestrado em Direito da UniCEUB, Brasília, v.1, n,1, pg. 97-125, jul/dez 2004. Disponível em: file:///C:/Users/ASUS/Downloads/177-683-1-PB.pdf (Acesso em 06.06.2015).

¹⁸¹ *Idem*.

¹⁸² SUY, Erik. *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962. p. 44 *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo...*, cit., p. 59.

¹⁸³ KRUSTINA, Marek. *Identity and Continuity Of States in Public International Law*, 2ª. Ed. Genève, Droz. 1968. pp. 1-619; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 66.

modo, somente o reconhecimento criaria o Estado com *status* de sujeito de Direito Internacional Público¹⁸⁴.

Já a teoria declaratória sustenta que o ato de reconhecimento tem como base o fato do Estado que reconhece apenas tomar conhecimento de uma situação preexistente. Implica que o Estado a ser reconhecido já tenha nascido e se apresente, portanto, como um sujeito de direito internacional. A sua personalidade estatal independe da deliberação de qualquer outro Estado¹⁸⁵.

Os adeptos da tese *constitutiva* sustentam que é decisivo o ato de reconhecimento até mesmo para o surgimento da personalidade internacional do novo Estado. Já os que defendem a tese declaratória advogam que o ato de reconhecimento é tão-somente um ato político, formal e, normalmente, precede o estabelecimento de relações diplomáticas com um Estado que já existe como tal¹⁸⁶. A tese declaratória é a mais aceita¹⁸⁷.

A polêmica ocorre entre, por um lado, os que consideram o Estado e, de outro, o sistema jurídico (Direito Internacional objetivo) como uma fonte última dos direitos e deveres internacionais. Um Estado pode existir sem possuir relações internacionais com alguns outros Estados e, não obstante, haver certos direitos e contrair certos deveres¹⁸⁸.

Outro problema relativo à enumeração proposta dos atos unilateral no Direito Internacional reside no fato de que o catálogo não inclui certos atos das autoridades legislativas ou governamentais, como por exemplo “proclamações” presidenciais, leis, decretos, entre outros, que podem vir a ter significado no plano internacional. Os autores dividem-se entre aqueles que frisam que tais atos têm sido levados em conta no tratamento de certas questões de Direito Internacional¹⁸⁹. Há aqueles que dogmaticamente se recusam a

¹⁸⁴ JUNIOR, Hilario Ribeiro. *A Crise os elementos Clássicos de Surgimento do Estado: Uma análise pragmática do reconhecimento*, Monografia defendida na Faculdade de Direito, setor Jurídico de Ciências Jurídicas da UFPR. Curitiba, 2009. p. 34.

¹⁸⁵ *Idem*.

¹⁸⁶ LAUTERPACHT. *Recognition in Internacioanl Law*, Cambridge, University Press, 1947. pp. 2,51,59,62-63,75 e 77; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo...*, cit., p. 61.

¹⁸⁷ É certamente um exagero condicionar a própria configuração da personalidade internacional de um novo Estado e dos direitos e deveres correspondentes, já estabelecidos, à vontade soberana dos Estados que o reconhecem; estamos aqui diante de um excesso do positivismo voluntarista radical, hoje ultrapassado, que pretenderá, há já algumas décadas, que a vontade arbitrária dos Estados constitua fonte, não apenas de alguns de seus direitos, mas, também, de sua própria existência. Cf. *Idem*.

¹⁸⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo...*, cit., p. 61.

¹⁸⁹ No direito do mar, por exemplo, há que se ressaltar que as noções de zona contígua do mar territorial (seguido do mar patrimonial e posteriormente da zona económica exclusiva) formaram-se, na sua grande maioria, por meio de atos unilaterais de regulamentação por parte de cada Estado individualmente, do que através de tratados multilaterais. Foi o que ocorreu também em determinada época, com a extensão do mar

admitir que aqueles atos “internos” (proclamações, leis, decretos de autoridades governamentais em âmbito nacional) possam influenciar na criação de obrigações internacionais.

1.2.6.2 As Resoluções das Organizações Internacionais

Apesar de não constar na enumeração exemplificativa do artigo 38 do Estatuto como fonte de Direito Internacional, é incontestável que os atos das organizações internacionais fazem nascer a norma jurídica internacional.

As últimas décadas têm acompanhado a evolução da ascensão e expansão das organizações internacionais e a gradual ampliação dos seus poderes de regulamentação. Em 1956, foi proposta uma definição¹⁹⁰ à Comissão de Direito Internacional as Nações Unidas. Entende-se por organização Internacional: uma coletividade de Estados estabelecida por tratado, com uma constituição de órgãos comuns, possuindo uma personalidade distinta da de seus Estados membros, sendo um sujeito de Direito Internacional com capacidade para concluir acordos¹⁹¹.

Na definição proposta sobre organização internacional há dois elementos que aparecem de forma expressa ou implícita: o elemento organização, que implica na permanência (estabilidade) e vontade própria, e o elemento internacional. Da permanência resulta a sua relação com os Estados membros. Também em relação a permanência sugere a existência de uma sede e um mínimo de estrutura orgânica e de condições materiais que permitem a organização funcionar¹⁹².

A atuação das organizações se externalizam habitualmente através das resoluções que possuem relevância e significação variáveis podendo ser de instrumento de extorsão, outros, enunciação de princípios gerais e, outras, requerem determinado tipo de ação visando

territorial a um limite de 200 milhas por parte de alguns Estados latino-americanos, por meio de atos unilaterais “internos” (proclamações, leis, decretos, etc). Cf. *Idem*.

¹⁹⁰ Parte significativa da doutrina adota a definição feita por SERENI, para quem uma Organização Internacional “*pode definir-se com uma associação voluntária de sujeitos do Direito Internacional, constituída mediante tratado Internacional e regulada nas relações entre as partes por normas de Direito Internacional, e que se caracterizava numa entidade de caráter estável, dotada de um ordenamento jurídico Interno próprio e de órgãos próprios, através dos quais prossegue fins comuns aos membros da organização, mediante a realização de certas funções e o exercício de poderes necessários que lhe tenham sido conferido*”. Cf. SERENI. p. 84 citado por LUKAMBA, Paulino. *Direito Internacional Público...*, cit., p.189.

¹⁹¹ *Idem*.

¹⁹² *Idem*.

resultados específicos. Os efeitos jurídicos também são variados. Pode-se ter como exemplo as recomendações da Assembleia Geral¹⁹³ (artigos 10 ao 14 da Carta nas Nações Unidas) e as decisões do Conselho de Segurança (artigo 25) uma vez que estas últimas ao contrário da primeira têm efeitos mandatório¹⁹⁴.

Cançado Trindade comenta que nos dias de hoje, o artigo 38 do Estatuto da CIJ é incompleto, quando permanece silencioso quanto às resoluções das Organizações Internacionais. Ainda que certas resoluções sejam puramente recomendatórias, ou seja, não obrigatórias, mas, não obstante, juridicamente relevante, possuindo a prática internacional, e os próprios Estados¹⁹⁵.

O jurista continua e afirma que não há justificativas fortes para continuar a excluir as resoluções das Organizações Internacionais do artigo 38 do Estatuto da Corte. Tais resoluções não podem mais ser ignoradas ou negociadas. Não parece haver obstáculos lógicos ou jurídicos a inclusão de uma cláusula reconhecendo-as expressamente como “fonte” distinta do Direito Internacional contemporâneo, ao menos, limitativamente à alguns tipos de resoluções, sob determinadas condições e circunstâncias¹⁹⁶.

Com a crescente complexidade e extraordinária expansão de atuação no cenário internacional, não se pode excluir a possibilidade de que questões relativas às organizações internacionais tenham vindo, eventualmente, a desenvolver-se e a constituir um sistema

¹⁹³ A ONU, em primeiro lugar, tem como finalidade a *paz* e a *segurança* Internacional. Esta finalidade inspira todo o documento e, de modo constante, traduz o desejo firme dos seus autores de evitarem a todo custo a repetição das trágicas circunstâncias que haviam provocado e acompanhado a 2ª Guerra Mundial.

A segunda finalidade da Organização visa o desenvolvimento das relações cordiais e amistosas entre os Estados, como condição indispensável à manutenção da paz.

Em terceiro lugar, a ONU pretende o incremento de uma estreita cooperação Internacional, com vista à resolução de problemas econômicos, sociais, culturais e humanitários comuns aos vários Estados, bem como o estabelecimento de um respeito efetivo pelos Direitos da pessoa humana.

Por fim, em quarto lugar, deverá a ONU funcionar como ponto de encontro de todos os Estados da Comunidade Internacional, visando a orientação e a harmonização das suas atividades particulares para a prossecução dos objetivos comuns antes indicados. Cf. LUKAMBA, Paulino. *Direito Internacional Público...*, cit., p. 273.

¹⁹⁴ O artigo 25 pode hoje ser considerado o principal artigo para o sistema de segurança coletiva da Carta, pois, impõe a obrigatoriedade das decisões, sem limitar a matéria. O sistema, a partir daí, vai se estruturando, por um lado, com alguns dispositivos (Capítulos VII e VIII) que impõem a obrigatoriedade das decisões em determinadas matérias e, de outro, com outros dispositivos (basicamente, o Capítulo VI, os artigos 39 e 40 do Capítulo VII e o artigo 43 do Capítulo VIII) que impõem a não obrigatoriedade das decisões, em outras matérias. Atente-se que alguns dispositivos, no Capítulo VII e VIII, podem ensejar resoluções obrigatórias ou não. É nesse ponto que o tema começa a tornar-se bem complexo. Cf. DROUBI, Sufyan el. *Notas Sobre as Resoluções Obrigatórias do Conselho de Segurança da ONU e Sua Introdução no Direito Brasileiro*, Revista Imes – Direito- ano VII., n.12-jan./dez. 2006. p. 233. Disponível em: http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2015/05/DROUBI_Notas-sobre-asresolu%C3%A7%C3%B5es-obrigat%C3%B3rias-do-CSNU.pdf (Acesso em 03 de junho de 2015).

¹⁹⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 77.

¹⁹⁶ *Idem Ibidem*, p. 78.

jurídico próprio. Se isto ocorrer é quase certo que desenvolver-se-ão no futuro estudos das fontes do “direito das organizações internacionais”¹⁹⁷.

Recentemente, surgiu um exemplo que as “fontes” do Direito das Organizações Internacionais seriam em primeiro lugar, as decisões dos órgãos das Organizações Internacionais (contrastando com o seu caráter mais auxiliar no Direito Internacional geral) seguradas do tratado e do costume (este último não exercendo o mesmo papel que no Direito Internacional geral)¹⁹⁸.

1.2.7 O Processo de Formação do Direito Internacional Contemporâneo: Do Consentimento ao Consenso

Grande parte da doutrina jurídica se acomodou a enumerar o elenco de “fontes” formais do Direito Internacional. Porém, a formação do Direito Internacional esteja longe de esgotar-se nas referidas “fontes” formais. Durante cerca de meio século (início década de vinte até o início da década de 60), todo o capítulo das “fontes” do Direito Internacional foi considerada à luz da questão do *consentimento* no Direito Internacional¹⁹⁹.

O parecer de 1923, no caso Carélia Oriental, a CPJI endossou a tese do consentimento do Estado com base no Direito Internacional ao afirmar ser um princípio básico que nenhum Estado poderia, em seu consentimento, ser compelido a submeter suas disputas a mediação, arbitragem e qualquer outro método pacífico de solução de conflitos internacionais. Posteriormente, em 1950, no parecer sobre a *Interpretação dos Tratados de Paz*²⁰⁰, a CIJ descartou o argumento apresentado pela Bulgária, Hungria e Romênia de que

¹⁹⁷ SCHERMERS, H.G. *Internacional Institutional Law*, vol. I, Leyden, Sijthoff, 1972. pp. 1 e ss; *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 79.

¹⁹⁸ SHIBAEVA, E. “*Law of Internacional Organization in the System of Moderno Internacional Law*”, 17 *Indian Journal of Internacional Law* (1977) pp. 227-233; *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 79.

¹⁹⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 78.

²⁰⁰ “A questão relativa à interpretação dos Tratados de Paz concluídos com a Bulgária, Hungria e Romênia foi submetida à Corte pela Assembléia Geral das Nações Unidas (Resolução de Outubro de 1949). Em Abril de 1949, a questão de direitos humanos na Bulgária e na Hungria foi apresentada perante a Assembléia Geral que adotou uma resolução pela qual expressava a sua profunda preocupação com as graves acusações feitas contra os governos destes países, e voltou a sua atenção para suas obrigações adquiridas em virtude dos tratados de paz concluídos com as potências aliadas e associadas, incluindo a obrigação de cooperar com a solução de todas e essas questões.

A Corte inicialmente examinou se o artigo 2º do parágrafo 7º da Carta, que proíbe as Nações Unidas de intervirem nos casos que estão essencialmente dentro da jurisdição doméstica de um Estado, não é um obstáculo à elaboração de um parecer no presente caso. Ela observou, por um lado, que a Assembléia Geral justificou o exame que procedeu invocar o artigo 55º da Carta, que impõe às Nações Unidas, por um lado, a

como não haviam consentido em sua jurisdição não poderiam emitir parecer sobre o caso. A Corte rejeitou o argumento e observou que o “princípio da Carélia Oriental” envolvia um exame de mérito de uma disputa, enquanto que o presente assunto dos *Tratados de paz* refere-se ao procedimento para a solução de litígio e não ao seu conteúdo ou substância²⁰¹.

Para a doutrina da época dos anos 70, houve uma mudança de ênfase do consentimento individual ao consenso. Na evolução do Direito Internacional, o consentimento (individual) nunca poderia constituir a fonte última de uma obrigação legal²⁰².

O caso Nicarágua *versus* Estados Unidos (1986) representou um significativo avanço em direção ao consenso geral dos Estados ao descartar a tese do consentimento individual atribuído considerável importância à *opinio juris*, para cuja formação contribuem não só os Estados, mas, também, as organizações internacionais. O caso acima mencionado surgiu em virtude de uma demanda da Nicarágua contra os Estados Unidos, alegando que os Estados Unidos usaram força militar contra a Nicarágua, interveio nos assuntos internos, violou a soberania territorial e a sua independência política. Alegou, também, que este violou os direitos fundamentais e universais aceitos no Direito Internacional.

Os Estados Unidos criaram um exército com mais de 10.000 mil mercenários também conhecidos como *Forças Contras* (muitos dos quais serviam ao ex-ditador Anastasio Somoza Debayle²⁰³) e instalou-os em mais de 10 campos bases em Honduras ao longo da fronteira com a Nicarágua. Lá foram treinados, eram pagos, forneciam armas,

promoção do respeito universal e efetivo dos direitos humanos e, por outro, que a demanda por um parecer não a chamava a lidar com as alegadas violações das disposições dos tratados relativos aos direitos humanos: o objeto desta demanda visa somente a obter esclarecimentos jurídicos concernes à aplicabilidade do processo de solução de controvérsias, tal como previsto nos tratados. Para este fim, a interpretação dos termos de um tratado não pode ser considerada como uma questão de está essencialmente dentro da competência nacional de um Estado, é uma questão de direito internacional, que, por sua natureza, está inserida nas atribuições da Corte. (...) A Corte observou que um procedimento contencioso levado a uma sentença é destino de um procedimento consultivo. Ela estimou que tinha o poder de apreciar, em cada caso, que era totalmente diferente do caso da Carélia Oriental (1923), a Corte considerou que não deveria se abster porque a demanda lhe foi feita a fim de esclarecer à Assembléia Geral a questão da aplicabilidade de um procedimento de solução de controvérsias e não de se pronunciar sobre o mérito destas disputas”. Cf. Parecer Constitutivo 1950 Tratado de Paz. Disponível em: http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/pareceres-consultivos_1949_02.pdf (Acesso em 27/05/2015).

²⁰¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 79.

²⁰² ELIAS, T.O. “*Modern Sources of International Law*” in *Transnational Law in a Changing Society: Essays in Honour of Ph. C. Jessup* (eds. W. Friedmann, L. Henkin e O. Lissitzyn), N.Y./London, Columbia University Press, 1972. pp. 49-51, w cf.67; *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 80.

²⁰³ Foi um ditador e político Nicaraguense, tendo vindo a ser Presidente da Nicarágua (1967-1974 e 1974-1980). Estima-se que 50.000 mil pessoas foram mortas durante a “revolução” da Nicarágua, 120.000 mil pessoas exiladas e 600.000 mil desabrigadas. Disponível em: <http://www.moreorless.net.au/killers/somoza.html>. (Visitado em 06/06/2015).

munições, alimentos e suprimentos médicos. Estas *Forças Contrás* cometeram ataques contra seres humanos. Os americanos também tomaram medidas de caráter econômico contra a Nicarágua. O governo Americano reconheceu que gastaram mais de 70.000,000 (setenta milhões) de dólares nessas atividades desde 1981. Já a Nicarágua alegou que estava a sofrer com as consequências dessas atividades. Mais de 1.400 Nicaraguenses foram mortos, mais de 3.000 mil ficaram feridos, sofreram violações sexuais (estupros) ou raptos. Mais de 113 mil pessoas se deslocaram, incluindo mais de 20.000 mil que residiam no Porto de Corinto que tiveram de abandonar as suas casas²⁰⁴.

No tocante ao princípio da não-intervenção, a Corte alegou que pode-se encontrar inúmeras expressões de uma *opinio juris* dos Estados sobre a existência desse princípio. Tal princípio, firmado em jurisprudência, foi retomado e adotado nas declarações e resoluções adotadas por organizações ou conferências internacionais das quais participam Estados Unidos e Nicarágua. Assim, considerou que seus textos testemunham a aceitação pelos Estados Unidos e pela Nicarágua de um princípio costumeiro aplicável²⁰⁵.

A expansão do Direito Internacional requer uma nova observação relativamente às questões das “fontes”, pois tais “fontes” de Direito Internacional Público já não mais conseguem abarcar todo o domínio de sua formação. A teoria clássica das “fontes” do Direito Internacional não consegue mais refletir a complexidade do processo de formação do Direito Internacional contemporâneo, em parte devido à expansão da comunidade internacional em nossos dias²⁰⁶.

Como já referimos anteriormente, a teoria clássica das “fontes” não atribui devida consideração a produção normativa emanada das Organizações Internacionais. Essa contribuição ao incidir no processo de formação do Direito Internacional representa uma etapa importante no processo de gradual institucionalização da comunidade internacional, englobando os princípios básicos do Direito Internacional²⁰⁷.

²⁰⁴ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America, Application of The Republic Of Nicaragua. P. 2. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/9615.pdf> (Acesso em 06/06/2015).

²⁰⁵ Caso das Atividades Militares e Paramilitares na e Contra a Nicarágua (Nicarágua v. Estados Unidos da América), 1984-1991. Disponível em: http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/casos-conteciosos_1984_01.pdf (Acesso 06/06/2015).

²⁰⁶ VAN HOOFF, G.J.H. *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer, Kluwer, 1983. pp. 287-290;

²⁰⁷ MARTIN, A.G. López. “*La Codificación del Derecho Internacional en el Umbral del Siglo XXI: Luces y Sombras en la Labor de la CDI*”, 15 Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (2001) pp. 388-390; *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 81.

1.2.8 Considerações sobre a Questão da “Fonte Material” do Direito Internacional.

O estudo das “fontes” no Direito Internacional vem sendo realizado e concentrado quase que exclusivamente em suas fontes formais. Tal visão tem reduzido o Direito Internacional à de um ordenamento jurídico meramente formal. Este ponto de vista acaba tendo consequências nefastas, entre as quais, a perpetuação da concepção positivista (fechado), o esvaziamento de um ordenamento jurídico insensível aos valores e incapacidade de atender às necessidades sociais²⁰⁸.

No final da década de 60, J.H.W. Verzijl fez uma distinção entre as “fontes” formais e material do Direito Internacional Público chegando a conclusão que não bastava apenas examinar as “fontes” do Direito Internacional Público sem fazer uma ponderação da importância do direito natural para o direito das gentes, independentemente de o conteúdo do direito natural ter sua existência “objetiva” ou emanar da consciência humana²⁰⁹.

No entanto, o autor surpreendentemente afirmou que somente as fontes “formais” (procedimentos de criação) adotados para este fim por determinado sistema jurídico devem ser tidos como “fontes” do Direito Internacional Público. Recusou os princípios que vão além do direito positivo, sejam eles compreendidos pela doutrina, pela razão, pela consciência humana ou formados “espontaneamente”, capitulando o hermetismo do positivismo jurídico²¹⁰.

Sobre esta problemática Hans Kelsen²¹¹ afirmou que não era possível reconciliar a ordem legal com a ordem moral. Cançado Trindade discorda de tal afirmação e comenta que a experiência humana ao longo do século XX, que foi marcado por avanços no domínio científico-tecnológico e acompanhado por atrocidades sem precedentes, demonstra que não é possível conceber a ordem legal fazendo abstração da ordem moral. Não há como distinguir

²⁰⁸ VIRALLY, M. “Panorama du Droit International contemporain – Cours général de Droit International public”, 183 Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye, 1983. p. 167; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., pp. 82-83.

²⁰⁹ J.H.W. Verzijl. *International Law in Historical Perspective*, vol. I, Leyden, Sijthoff, 1968. pp. 1-3; *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., pp. 82-83.

²¹⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., pp. 82-83.

²¹¹ Esta afirmação de Kelsen resultou da avaliação de um estudo clássico de J. L. Brierly em que este chegou a afirmar, em seu estudo, que a conexão entre o Direito e a moral é “muito mas fundamental” que a sua distinção e que a base última de uma obrigação internacional reside; no entanto, mais adiante o próprio Brierly confessou não saber como conciliar a convicção individual de atuar em conformidade com o Direito com o caráter “imperativo” deste último. No *Law of Nations*, Brierly se limitou, de maneira insatisfatória, a dizer *tout court* que a resposta a esta questão devia ser encontrada fora da ordem legal, devendo a filosofia do direito fornecê-la. Cf. J.H.W. Verzijl. *International Law in Historical Perspective...*, cit., p. 54. *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo...*, cit., p. 84.

a formação do Direito Internacional dos aspectos pertencentes aos seus próprios fundamentos²¹².

A postura positivista de abordar as “fontes” formais do Direito Internacional com ênfase na prova do consentimento estatal, que foi por muito tempo seguida pela jurisprudência da CPJI e da CIJ, mostra-se aberta a críticas. O processo de formação do Direito Internacional contemporâneo afigura-se vasto e complexo e busca, inclusive, enfrentar os novos desafios com que se defronta a comunidade internacional, ademais de atender a suas novas necessidades²¹³.

Cançado Trindade não vislumbra qualquer impedimento para que se considere, no estudo da formação do Direito Internacional, igualmente como sua “fonte” material, ainda que vá além do ordenamento jurídico. O autor vai mais além e afirma que com o acúmulo da dura experiência humana, e os novos desafios com que se defronta a humanidade, não ver como deixar de tomar em conta a “fonte” material do Direito Internacional²¹⁴.

O Direito Internacional não se reduz, em absoluto, a um instrumento ao serviço do poder, o seu destinatário final é o ser humano, devendo atender às suas necessidades, entre as quais, a realização da justiça²¹⁵.

1.2.9 O Amplo Alcance da Opinio Juris na Formação do Direito Internacional Contemporâneo.

A validade das normas jurídicas é uma questão metajurídica, que recai no âmbito psicológico, em que se manifestam os valores. Sorensen afirmou que o Direito Internacional não pode estar alheio aos valores e às questões morais que se fazem sempre presentes e atribuem “importância considerável” aos princípios gerais do direito²¹⁶.

Contribuem para esta formação de uma “ideia de direito” nos dias de hoje, não apenas os Estados, mas, também, as organizações internacionais e os demais atores no cenário internacional. Há alguns anos atrás o processo de formação das normas do Direito

²¹² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 84.

²¹³ VERMA, D.P. “*Rethinking about New International Law-Making Process*”, 29 *Indian Journal of International Law* (1989) pp. 38, 43, 44, 46, 47 e 51; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 84.

²¹⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., pp. 84-85.

²¹⁵ *Idem Ibidem*, p.85.

²¹⁶ SORENSEN, Max. *Les Sources du Droit International*, Copenhague, E. Munksgaard, 1946. pp. 13-14; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 85.

Internacional geral tinha a atenção voltada tão só para as “fontes” manifestadas nas relações interestatais, porém, hoje em dia, não se pode deixar de reconhecer as “fontes não-estatais” decorrentes da atuação de entidades da sociedade civil organizada no plano internacional. Temos, como exemplo, os indivíduos, as ONGS e demais entidades da sociedade civil. Essas novas “fontes não-estatais” têm passado a atuar no processo tanto de formação como de aplicação das normas internacionais²¹⁷.

A escola de direito espontâneo, rejeita a enumeração das fontes formais, insistindo em uma formação espontânea pelo menos das normas internacionais consuetudinárias tidas como comum. Dentro dessa visão encontra-se a força moral da consciência humana, a consciência jurídica universal.

Este princípio foi adotado e introduzido por F. Martens²¹⁸ que era consultor legal do czar russo Nicolau III²¹⁹.

A cláusula Martens²²⁰ indica que: “Até que um código mais completo das leis de guerra seja editado, as altas partes contratantes consideram conveniente declarar que, em

²¹⁷ VINAIXA, R. Huesa. *El Nuevo Alcance de la “Opinio Juris” en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pp. 30-31 y 76-77; MORO, L. Millán. La “Opinio Juris” en le Derecho Internacional Contemporáneo, Madrid, Ed. Centro Est. R. Areces, 1990. pp. 173,192,194,199 e 204-205; *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 88.

²¹⁸ Durante as negociações da Conferência Internacional da Paz da Haia de 1899, o Delegado do Governo da Rússia, Fiódor Fiódorovich Martens, propôs a declaração, hoje conhecida como Cláusula de Martens, mais tarde incluída no Preâmbulo da II da Convenção relativa às Leis e Costumes da Guerra Terrestre. Cf. *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Genève, CICR, n. 819, pp. 322-338, 1996.

“(…) Enquanto muitas potências militares queriam considerá-los franco-atiradores, alguns representantes de Estados menos populosos preferiam encará-los como combatentes legítimos. Desse debate, surgiu, assim, a Cláusula, que depois foi novamente inserida em diversos outros tratados e passou a receber distintas interpretações”. Cf. TICEHURST, Rupert. *The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict*, International Review of the Red Cross, n. 125, 30-04-1997, pp. 125-134.

“(…) Não há, porém, um único entendimento sobre o significado exato da Cláusula de Martens. A compreensão mais literal seria a da obrigatoriedade do direito consuetudinário internacional mesmo quando não haja norma convencional que disponha sobre o assunto. Em outras palavras, se uma situação não está prevista em nenhum tratado, as práticas humanitárias regulares suprirão a lacuna normativa”. Cf. MIYAZAKI, Shigeki. *The Martens Clause and international humanitarian law*, In: SWINARSKI, Christophe (rédacteur), n. (21), pp. 436-437.

“(…) Segundo outra visão igualmente restrita, o desenvolvimento de novas armas não previstas por nenhum acordo internacional de limitação da guerra não seria justificativa para afirmar a ausência do Direito. De novo, aplicam-se os princípios humanitários até que se acorde texto para regulamentar a questão 75”. Cf. MIYAZAKI, Shigeki. *The Martens Clause and international...*, cit., pp. 436-437.

“(…) Conforme interpretações mais amplas, “estipula-se na Cláusula que o que não está explicitamente proibido por um tratado, não está permitido *ipso facto*”, ou, ainda, que as limitações nos conflitos armados são determinadas não só pelas convenções e costumes, mas pelos princípios do Direito Internacional, que não os substituiriam, senão os complementariam”. Cf. FERNANDES, Juan Marcel. *Direito Internacional Humanitário: Pilares Teóricos*. pp. 24-25; Trecho do livro FERNANDES, Jean Marcel. *A promoção da paz pelo Direito Internacional Humanitário*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

²¹⁹ FERNANDES, Juan Marcel. *Direito Internacional Humanitário...*, cit., 24.

²²⁰ A Cláusula Martens foi desenvolvida e reafirmada em vários tratados subsequentes, por exemplo, no Artigo 1º, parágrafo 2º do Protocolo Adicional I de 1977 e no parágrafo 4º do Preâmbulo do Protocolo Adicional II

casos não incluídos nas regulamentações por elas adotadas, os civis e beligerantes permanecem sob a proteção e a regulamentação dos princípios do direito internacional, uma vez que estes resultam dos costumes estabelecidos entre povos civilizados, dos princípios da humanidade e dos ditames da consciência pública”.

Não há um entendimento sobre o significado exato da cláusula Martens, mas a compreensão mais literal seria a da obrigatoriedade do direito consuetudinário internacional mesmo quando não houver norma convencional que disponha sobre o assunto. Se há previsão da situação em nenhum tratado, as práticas humanas regulares suprirão a lacuna normativa²²¹.

A reação contra a concepção voluntarista do Direito Internacional emergiu no século XIX principalmente com a escola histórica Alemã, que logrou-se afastar gradualmente da “vontade” dos Estados e mover-se em direção à consciência jurídica comum.

Com o passar do tempo a formação do Direito Internacional constituiu um processo bem mais amplo do que a formulação de suas fontes formais. Há um claro afastamento e abandono do voluntarismo clássico rumo a formação de um verdadeiro “direito da consciência”. A *opinio juris* assume uma dimensão mais ampla do que o elemento subjetivo constitutivo do costume, assumindo um papel importante na emergência e identificação das normas do direito internacional geral²²².

No já citado caso Nicarágua *versus* Estados Unidos (1986) a *opinio juris* se afirma como um fator da própria formação do Direito Internacional, a ordem jurídica internacional independe da vontade dos Estados e a *opinio juris* dá expressão à consciência jurídica da comunidade internacional²²³.

Com o afastamento do positivismo voluntarista se restaurou o primado da consciência sobre a vontade. Reconheceu-se que a consciência refere-se a valores objetivos

de 1977: (...) Reafirmando, ademais, que as disposições das Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 e do presente Protocolo devem aplicam-se plenamente em todas as circunstância a todas as pessoas protegidas por esses instrumentos, sem distinção alguma de caráter desfavorável baseada na natureza ou na origem do conflito armado ou nas causas invocadas pelas Partes ou a elas atribuídas, (...)

²²¹ FERNANDES, Juan Marcel. *Direito Internacional Humanitário...*, cit., pp. 24-25. Trecho do livro FERNANDES, Jean Marcel, *A promoção da paz pelo Direito Internacional...*, cit., p.80.

²²² VINAIXA, R.Huesa. *El Nuevo Alcance de la “Opinio Juris”...*, cit., pp. 30-31 y 76-77; MORO, L. Millán, *La “Opinio Juris” en el Derecho Internacional...*, cit., pp. 173,192,194,199; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 88.

²²³ LANG, C. *L’affaire Nicaragua/États-Unis devant la Court Internacional de Justice*, Paris, LGDJ, 1190. pp. 16,33, 37 e 39; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 86.

que estão acima da vontade e ao Direito da consciência comum do que é juridicamente necessário (*opinio juris communis necessitatis*).

2. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA – NA VISÃO DO PROFESSOR DOUTOR CANÇADO TRINDADE

A visão de direitos humanos inerentes à pessoa humana encontra expressão, ao longo da história, em regiões e épocas distintas. A formulação no plano jurídico internacional é historicamente recente, articulando-se nos últimos cinquenta e cinco anos, principalmente com a adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948²²⁴.

A ideia dos direitos humanos é tão antiga como a própria história das civilizações. Ao longo de tempo manifestou-se, em distintas culturas e em momentos históricos sucessivos, na afirmação da pessoa humana, na luta contra todas as formas de denominação, exclusão e opressão em prol da salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, na asserção da participação na vida comunitária e do princípio da legitimidade²²⁵.

As correntes de pensamento das declarações dos direitos (do século XVII e XVIII) ligados ao jusnaturalismo tiveram grande influência na formação dos direitos humanos.

Temos o exemplo do *Bill of Rights* oriunda da Revolução Inglesa (1688-1689) e precedida pela Magna Carta (1215), a Revolução de Independência resultante da Revolução Americana (1776) e a Declaração Francesa (1789).

A conceituação jurídica contemporânea dos direitos humanos consagra que os direitos humanos inerentes a cada ser humano antecedem os direitos dos Estados, que o poder estatal deriva da vontade do povo e a justiça prima sobre o direito estatal positivo²²⁶.

O advento Internacional do *Bill of Rights* constituiu o marco do processo de proteção Internacional dos direitos humanos. A partir de outras Declarações e Convenções foram elaboradas algumas sobre novos direitos, outras relativas a determinadas violações, entre outras. A elaboração dessas inúmeras Convenções pode ser compreendida no processo de “*multiplicidade de direitos*” adotando a terminologia de Norberto Bobbio. Ainda na visão

²²⁴ Neste contexto, a Declaração de 1948 veio inovar a gramática dos direitos humanos ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

²²⁵ GHALI, B. Boutros. “*Introduction*”, *Les Nations et les droits de l’homme*, 1945-195, N.Y., U.N., 1995. p. 5; *Apud*; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo...*, cit., pp. 33-34.

²²⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo...*, cit., p. 34.

do mesmo autor, esse processo não envolveu apenas bens merecedores de tutela, tais como os direitos à prestação, mas, também, a extensão da titularidade de direitos, como por exemplo, o alargamento de direito, que passou a abranger além do indivíduo, as entidades de classe, as organizações sindicais, os grupos vulneráveis e a própria humanidade²²⁷.

Em meados do século XX, época em que o mundo se encontrava em plena II Guerra Mundial (1939-1945), sendo o cenário de atrocidades e de horrores cometidos durante o nazismo²²⁸. A barbárie da época do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor de pessoa humana como fonte do Direito. Passou-se a vincular o *bem comum* aos direitos humanos fundamentais, tendo em mente a emancipação do ser humano de todo o tipo de servidão, inclusive na ordem material²²⁹.

Os direitos pessoais alcançados no plano internacional pela Declaração Universal de 1948²³⁰, com o passar do tempo se estenderam, efetivamente, a quase todas as Constituições e legislações nacionais. Assim o caráter universalista dos direitos humanos se expressa de diversos modos, sendo possível aplicar padrões universais de direitos humanos em meio a diversidade culturais e religiosas sem que por isso deixem de ratificar ou aderir aos tratados de direitos humanos de aplicação universal. A universalidade sempre é tema recorrente na evolução do presente domínio de proteção, ocupando permanentemente um espaço importante e adequado da matéria²³¹.

²²⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional*, 14 ed., Ver. E atual., São Paulo: Saraiva, 2013. p. 260.

²²⁸ BUERGENTHAL, Thomas. Prólogo do livro de Antônio Augusto Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991. p. XXXI; *Apud*: PIOVESAN, Flávia. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos das Mulheres*. p. 71; EMERJ, R. Rio de Janeiro, v.15, n.57 (Edição Especial), pp.70-89, jan-mar. 2012. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf (Acesso em 12/06/2015).

²²⁹ MARITAIN, J. *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires: Ed. Leviatan, 1982. pp. 18,22,38,49-50,105 e 108; *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2 ed., Volume I, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 35.

²³⁰ “A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada em 10 de dezembro de 1948, pela aprovação de 48 Estados, com 8 abstenções. A inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos princípios da Declaração, bem como de qualquer voto contrário às suas disposições, confere à Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum de ação. A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados (...). Mas qual o valor jurídico da Declaração Universal de 1948? A Declaração Universal não é um tratado. Foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas sob a forma de resolução, que, por sua vez, não apresenta força de lei. O propósito da Declaração, como proclama seu preâmbulo, é promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais a que faz menção a Carta da ONU, particularmente nos arts. 1º (3) e 55”. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional*. 14 ed. Ver. E atual, São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 204-229.

²³¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional...*, cit., pp. 35-36.

A Declaração²³² se caracteriza pela sua amplitude. Compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais o ser humano não pode desenvolver a sua personalidade física, moral e intelectual. A sua universalidade é aplicada a todas as pessoas, de todos os países, raças, religiões e sexos, em qualquer regime político dos territórios nos quais incide²³³.

Podemos notar que alguns instrumentos são claramente universalistas, uma vez que busca assegurar proteção universal dos direitos e liberdades fundamentais. Vem dessa tese universalista a adoção de expressões como “toda as pessoas” (ex: “todas as pessoas têm o direito à vida e à liberdade – art. 2º da Declaração)²³⁴, “ninguém” (ex: ninguém poderá ser submetido a tortura – art. 5º da Declaração)²³⁵, entre outros. Para os universalistas, o fundamento dos direitos humanos é a dignidade humana, com valor intrínseco à própria condição humana²³⁶.

Ao final de mais de meio século de evolução do presente domínio de proteção, O Direito Internacional dos Direitos Humanos afirma-se em nossos dias, com inegável vigor, como um ramo da ciência jurídica contemporânea, dotado de especificidade própria. A sua fonte “*material por excellence*” trata-se de um direito de proteção marcado por uma lógica própria e voltada para a salvaguarda dos seres humanos e não dos Estados²³⁷.

O *corpus juris* é dotado de uma multiplicidade de instrumentos internacionais de proteção. Possuem uma natureza jurídica e tem efeitos variáveis (tratados e resoluções), operando tanto no âmbito global (Nações Unidas) como no regional. Abriga também um plano substantivo, um conjunto de normas que requerem uma interpretação para alcançar a

²³² Para esse estudo, a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constante dos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Ressalte-se que, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional...*, cit., p. 210.

²³³ CASSIN, René. *El problema de la racionalización de los derechos humanos en la sociedad universal, in los derechos humanos en la sociedad universal*, in *Viente años de evolución de los derechos humanos*, p. 397; *Apud*: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional...*, cit., p. 204.

²³⁴ No âmbito dos direitos Fundamentais, ao nível nacional, podemos citar o artigo da Constituição Brasileira que no Título II, referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, estabelece que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)” (Sublinhado nosso).

²³⁵ Novamente art.5, inciso II e III: II – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (...)”.

²³⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional...*, cit., p. 213.

²³⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo...*, cit., pp. 1017-1036; *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2ª ed., Volume II, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 38.

realização do objeto e propósito dos instrumentos de proteção que as consagra. Já no plano operacional, existem mecanismos (petições, denúncias, relatórios e investigação) de supervisão ou controle. A conformação deste novo e vasto *corpus juris* tem como preocupação assegurar a proteção do ser humano, nos planos nacional, em toda e qualquer circunstância²³⁸.

Ao regulamentar novas formas de relações jurídicas relativas às formas de proteção, o Direito Internacional Público vem questionar e desafiar certos dogmas do passado, referente ao tratamento das relações entre o direito internacional e o direito interno. Há um embate entre as teorias dualistas²³⁹ e monistas²⁴⁰. Porém, ao contra esta visão estática o Direito Internacional dos Direitos Humanos sustentam que o ser humano é sujeito tanto do direito interno quanto do direito internacional, dotado em ambos de personalidade e capacidade jurídicas próprias. Como as disposições são expressas nos próprios tratados de direitos humanos não mais cabe insistir na primazia das normas de direito internacional ou

²³⁸ VASAK, K. “*Le droit international des droits de l’homme*”, 140 Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye (1974) pp. 348,349,361,366 e 411-412; *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos...*, cit., pp. 38-39.

²³⁹ “Conhecem-se as principais afirmações do dualismo. Cisão rigorosa entre a ordem jurídica interna e a internacional, a tal ponto que se nega possibilidade de conflito entre ambas. Vontade de um só ou de vários Estados como fundamento respectivo dessas ordens: relação de subordinação na primeira e de coordenação na segunda. Distinguem-nas outrossim relações, sujeitos, fontes e estruturas diversas. Constituem-se como “duas esferas, quando muito tangentes, mas jamais secantes. Como consequência da separação das duas ordens: validade de normas internas contrárias ao Direito das gentes; impossibilidade de que uma ordem jurídica possa determinar a validade das normas de outra ordem; inadmissibilidade e de obrigatoriedade da norma internacional no Direito interno; necessidade de transformação da norma internacional para integrar-se no Direito interno; incoerência de primazia de uma ordem sobre outra, por constituírem “dois círculos que estão em contacto íntimo mas que não se sobrepõem jamais”. Separam-se nitidamente, pois, o Estado e a ordem jurídica internacional. É o Estado — assinalam ainda os adeptos do paralelismo — o prius lógico do Direito internacional, de modo que aquele não está para este, senão, ao contrário, “o Direito internacional está para o Estado”. Cf. TRIEPEL; VOLKERRECHT und LANDSRECHT, p. 111: *Apud*; RANGEL, Vicente Marotta. *Os Conflitos Entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais*, p. 85. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66517/69127> (Acessado em 16/06/2015).

²⁴⁰ “Conhecem-se as principais afirmações do dualismo. Cisão rigorosa entre a ordem jurídica interna e a internacional, a tal ponto que se nega possibilidade de conflito entre ambas. Vontade de um só ou de vários Estados como fundamento respectivo dessas ordens: relação de subordinação na primeira e de coordenação na segunda. Distinguem-nas outrossim relações, sujeitos, fontes e estruturas diversas. Constituem-se como “duas esferas, quando muito tangentes, mas jamais secantes”. Como consequência da separação das duas ordens: validade de normas internas contrárias ao Direito das gentes; impossibilidade de que uma ordem jurídica possa determinar a validade das normas de outra ordem; inadmissibilidade e de obrigatoriedade da norma internacional no Direito interno; necessidade de transformação da norma internacional para integrar-se no Direito interno; incoerência de primazia de uma ordem sobre outra, por constituírem “dois círculos que estão em contacto íntimo mas que não se sobrepõem jamais”. Separam-se nitidamente, pois, o Estado e a ordem jurídica internacional. É o Estado — assinalam ainda os adeptos do paralelismo — o prius lógico do Direito internacional, de modo que aquele não está para este, senão, ao contrário, “o Direito internacional está para o Estado”. Cf. TRIEPEL; VOLKERRECHT und LANDSRECHT, p. 85: *Apud*; RANGEL, Vicente Marotta. *Os Conflitos Entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais*, pp. 40-45. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66517/69127> (Acessado em 16/06/2015).

de direito interno, como na doutrina clássica. O primado é sempre a norma que melhor proteje os direitos humanos. De origem internacional ou interna, o critério consagrado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos é o da primazia das normas mais favorável a vítima²⁴¹.

Para se cumprir as obrigações internacionais de proteção é necessário que haja o concurso dos órgãos internos dos Estados²⁴², que são chamados para aplicar as normas internacionais. Os órgãos Estatais devem ter estrutura para que o indivíduo possa fazer uso de tais tribunais internos, antes de levar o caso aos órgãos internacionais. Estas obrigações impostas aos Estados operam como uma salvaguarda contra eventuais degenerações de justiça, tais como, atrasos indevidos ou outras irregularidades processuais na administração da justiça²⁴³.

Ao afirmar a personalidade jurídica plena das pessoas humanas, tanto no plano interno quanto no plano internacional, o Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁴⁴

²⁴¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional...*, cit., pp. 40-41.

²⁴² “O dever de provimento pelos Estados Partes de recursos internos eficazes, imposto pelos tratados de direitos humanos, constitui o necessário fundamento no direito interno do dever correspondente dos indivíduos reclamantes de fazer uso de tais recursos antes de levar o caso aos órgãos internacionais. Com efeito, é precisamente porque os tratados de direitos humanos impõem aos Estados Partes o dever de assegurar às supostas vítimas recursos eficazes perante as instâncias nacionais contra violações de seus direitos reconhecidos (nos tratados ou no direito interno) (e.g., Pacto de Direitos Civis e Políticos, artigo 2 (3) (a); Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, artigo 14; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, artigo VI; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 25 (1); Convenção Europeia de Direitos Humanos, artigo 13; Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, artigo 7), que, reversamente, requerem de todo reclamante o prévio esgotamento dos recursos de direito interno como condição de admissibilidade de suas petições a nível internacional (e.g., [primeiro] Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, artigo 5 (2) (b); Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, artigo 22 (5) (b); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, artigo XIV (7) (a); Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 46 (1) (a); Convenção Europeia de Direitos Humanos, artigos 26 e 27 (3); Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, artigo 56 (5) e (6))”. Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito Internacional e Direito Interno: Sua Interação na Proteção dos Direitos Humanos*, Prefácio da coletânea intitulada: Os Instrumentos Internacionais de proteção aos Direitos Humanos, São José da Costa Rica, 1996.

²⁴³ *Idem*.

²⁴⁴ “Renato Sócrates Gomes Pinto observa que, na atualidade, em face da tendência à universalidade dos direitos humanos configura-se uma nova seara jurídica, com âmbito próprio a denominar-se Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Na normatização deste florescente Direito, que tem dimensão universal, estão a consubstanciar-se declarações, pactos, convenções e protocolos. As declarações, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Declaração Americana dos Direitos Humanos, são instrumentos que congregam regras de Direito Internacional e princípios gerais do direito. Os pactos, convenções e protocolos adicionais constituem tratados que vinculam os Estados signatários, sendo incorporados no Direito Constitucional e infra-constitucional dos diversos países.

Esse novo ramo do Direito emerge com princípios próprios. Suas normas, tal como o autor o afirma “têm hierarquia constitucional e se caracterizam por sua força expansiva decorrente da abertura tipológica de seus enunciados. O Direito Internacional dos Direitos Humanos também rompe com a distinção rígida entre Direito Público e Direito Privado, libertando-se dos paradigmas clássicos”.

contribuiu decisivamente para o resgate histórico da posição do ser humano no direito internacional (*droit des gens*) consoante as origens históricas dessa disciplina²⁴⁵.

Outro paradigma superado foi a justiciabilidade das distintas categorias de direitos. Ao contrário do que se supunha, muito dos direitos econômicos e sociais ou componentes destes, são a exemplo dos direitos civis e políticos, perfeitamente justificáveis. Esta problemática surgiu em relação ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais e o Pacto Internacional de Direitos Civis Políticos. Os dois pactos foram aprovados em 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e só entraram em vigor dez anos depois, em 1976²⁴⁶.

Durante a elaboração dos pactos, houve uma discussão sobre a conveniência da elaboração de dois pactos diversos cada qual enunciando uma categoria de direitos ou um pacto único, que pudesse assim prever tanto os direitos civis e políticos como, também, prever os direitos sociais, econômicos e culturais. A Comissão de direitos Humanos da ONU trabalhou com o objetivo de promover um único pacto, projetando a conjunção das duas categorias de direitos. Porém, em 1951, a Assembleia Geral sob a influência dos países ocidentais, determinou a elaboração de dois pactos em separado, para assim enfatizar a unidade de direitos neles previstos²⁴⁷.

Os países ocidentais defendiam a elaboração de dois pactos distintos justificando os diversos processos de implementação das duas categorias de direitos. Porém, na visão de Cançado Trindade, a necessidade de proteção do ser humano insurge contra construções teóricas que buscavam negar-lhes meios eficazes de implementação e separavam o econômico do social e do político²⁴⁸. Na visão do jurista, os dois pactos são equiparados justificando que o ser humano não consegue “dividir-se” nas diferentes áreas de sua atuação.

Como base jurídico-política do que pode ser considerada a vertente humanista da globalização, o "Direito Internacional dos Direitos Humanos", por ter também uma função de dissolver fronteiras, a operar a proteção do ser humano intrinsecamente considerado, tangencia o tradicional conceito de soberania irrestrita, reivindicando a universalidade como valor colocado na ordem do dia das relações internas e externas das sociedades humanas”. Cf. PINTO, Renato Sócrates Gomes. *A Globalização dos Direitos Humanos*, p. 1; *Apud*: HOGEMANN, Edna Raquel R. S. *Direitos Humanos: Sobre a Universalidade rumo aos Direitos Internacional dos Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/brasil/textos/dh_univ.htm (Acesso 26/06/2015).

²⁴⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos...*, cit., p. 42.

²⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito Constitucional...*, cit., p. 241.

²⁴⁷ *Idem Ibidem*, pp. 241-243.

²⁴⁸ “A questão central, ao longo do processo de elaboração dos pactos, ateu-se à discussão acerca da conveniência da elaboração de dois pactos diversos, cada qual enunciando uma categoria de direitos, ou um pacto único, que pudesse prever tanto direitos civis e políticos como direitos sociais, econômicos e culturais.

Ainda referente o Pacto de Direitos Humanos civis e políticos, excepcionalmente admite derrogação temporária dos direitos que enuncia. Com base no seu artigo 4º, a derrogação dos direitos fica condicionada aos estritos limites impostos pela declaração de emergência, ficando proibida qualquer medida discriminatória em relação à raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social. Ao mesmo tempo, o Pacto estabelece direitos inderrogáveis como o direito à vida, à proibição da tortura e de qualquer forma de tratamento cruel, desumano e degradante, a proibição de escravidão e de servidão, direito a liberdade de pensamento, consciência e religião, entre outros. Para Flávia Piovesan nada pode justificar na suspensão dos direitos citados acima, seja ameaça ou estado de guerra, perigo público, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública²⁴⁹.

O desrespeito aos direitos econômicos, sociais e culturais sempre parecem ser mais tolerados, sendo até mesmo toleráveis pela maioria das pessoas, do que em relação aos direitos humanos civis e políticos. Podemos apresentar como exemplo, o caso de uma pessoa que é arbitrariamente presa, torturada e morta por policiais, sempre causa mais comoção do que uma pessoa que morre por falta de atendimento médico em consequência da não aceitação por parte de um hospital de um paciente do sistema público de saúde e este venha a falecer²⁵⁰.

(...) Não obstante a elaboração de dois pactos diversos, a indivisibilidade e a unidade dos direitos humanos eram reafirmadas pela ONU, sob a fundamentação de que, sem direitos sociais, econômicos e culturais, os direitos civis e políticos só poderiam existir no plano nominal, e, por sua vez, sem direitos civis e políticos, os direitos sociais, econômicos e culturais também apenas existiriam no plano formal.

Um dos maiores argumentos levantados pelos países ocidentais em defesa da elaboração de dois pactos distintos centrou-se nos diversos processos de implementação das duas categorias de direitos. Alegou-se que, enquanto os direitos civis e políticos eram autoaplicáveis e passíveis de cobrança imediata, os direitos sociais, econômicos e culturais eram “programáticos” e demandavam realização progressiva.

(...) Em face dessas argumentações, os países socialistas responderam que não era em todos os países que os direitos civis e políticos se faziam auto-aplicáveis e os direitos sociais, econômicos e culturais não autoaplicáveis. A depender do regime, os direitos civis e políticos poderiam ser programáticos, e os direitos sociais, econômicos e culturais autoaplicáveis.

Nesse raciocínio, a feitura de dois instrumentos distintos poderia ainda significar uma diminuição da importância dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Contudo, ao final, a posição ocidental prevaleceu, ficando decidido que dois pactos internacionais diversos seriam adotados — cada qual pertinente a uma categoria específica de direitos. Nesse cenário nasceu o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que acabou por reconhecer um catálogo de direitos civis e políticos mais extenso que o da própria Declaração Universal”. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito Constitucional...*, cit., pp. 242-243.

²⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito Constitucional...*, cit., p. 245.

²⁵⁰ LIMA, Jr., BEVENUTO, Jayme (Organizador). *Manual de Direito Humanos Internacionais – Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.uniceub.br/media/181730/Texto4.pdf> (Acessado em 14/06/2015).

Podemos citar como exemplo de desrespeito aos direitos sociais o caso *Ximenes Lopes versus Brasil*²⁵¹. No dia 22 de Novembro de 1999, a Senhora Irene Ximenes Lopes Miranda apresentou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos uma petição contra a República Federativa do Brasil (Estado Brasileiro). A petição denunciava violações contra os artigos 4 (Direito à Vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal), 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, com relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) do mesmo instrumento. A peticionária denunciou o Estado Brasileiro pela morte do seu irmão Damião Ximenes Lopes, que foi internado na Casa de Repouso Guararapes²⁵² (Município de Sobral – Ceará), no dia 04 de outubro de 1999, para receber tratamento psiquiátrico, pois era portador de doença mental²⁵³.

Dois dias após o seu internamento na referida casa de repouso, a sua genitora foi visitá-lo, tendo-o encontrado com marcas visíveis de tortura, com as mãos amarradas, o nariz sangrando, rosto e abdômen inchados, pedindo para que fosse chamada a polícia. Horas mais tarde, após ser medicado, veio a falecer.

O Estado Brasileiro queria se abster da responsabilidade alegando que a clínica psiquiátrica em que se encontrava o paciente era uma clínica particular que prestava um serviço ao Estado.

A Corte, ao contrário do que alegava o Estado Brasileiro, atribuiu responsabilidade estatal alegando que esta responsabilidade também pode ser gerada por atos de particulares em princípio não atribuíveis ao Estado. As obrigações *erga omnes* que têm os Estados de garantir e respeitar as normas de proteção e de assegurar a efetividade dos direitos projetam os seus efeitos para além da relação entre os seus agentes e as pessoas submetidas à sua jurisdição²⁵⁴.

A Corte foi além e alegou que uma pessoa ou uma entidade que não seja órgão estatal, está autorizada pela legislação do Estado à exercer atribuições de autoridade

²⁵¹ Trata-se do primeiro caso em que o Estado do Brasil foi julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em 10 de dezembro de 1998, o Brasil reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte, mas promulgou a referida declaração somente em 2002 por meio do Decreto nº 4.463 de 8 de novembro do mesmo ano.

²⁵² A Casa de Repouso Guararapes pertencia a um particular mas prestava serviço de atendimento ao Estado através do Sistema único de Saúde (SUS), que representa o sistema Público de Saúde do Brasil. A Casa de Repouso Guararapes era paga e supervisionada pelo Estado.

²⁵³ Corte IDH. "Caso Ximenes Lopes vs. Brasil". Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, N. 149. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en> (Acesso em 17/06/2015).

²⁵⁴ *Idem Ibidem*, §85.

governamental. Essa conduta, seja de pessoa física ou jurídica deve ser considerada um ato do Estado, desde que praticada em tal capacidade.

No seu voto, o Juiz Sérgio García Rámires observou que o Estado tem o papel de garantidor, ou seja, a saúde é um bem público cuja proteção está a cargo dos Estados, cabe a estes prevenir que terceiros interfiram indevidamente no gozo dos direitos à vida e a integridade pessoa do paciente. O fato do senhor Damião ter perdido a vida enquanto se encontrava submetido a medidas terapêuticas numa instituição médica que atuava no caso por delegação do Estado não impediu que a Corte condenasse o Estado como responsável pela morte do senhor Damião. Foi observado o direito universal à proteção da saúde, que na visão do citado juiz ganhou amplo terreno nos textos nacionais e internacionais²⁵⁵.

Explicito que o referido Juiz da Corte defendeu os direitos sociais, considerando que o Estado é garante dos direitos sociais. Ou seja, podemos entender que, no caso Xímenes, houve também uma violação ao seu direito social de receber um tratamento digno por parte do Estado. Este direito social esta assegurado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, quando afirma: “São direitos sociais a educação, *a saúde*, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Itálico nosso).

Na sua sentença condenatória, a Corte Interamericana condenou o Estado brasileiro a continuar a desenvolver um programa de saúde mental. Através dessa condenação o Brasil acatou a decisão da Corte e proporcionou avanços importantes no que se refere à saúde mental. Foi promulgada a Lei 10.216 de 06 de abril de 2001 que trata sobre a Reforma Psiquiátrica no Brasil. Foram criados novos mecanismos referentes ao tratamento psiquiátrico e foi criado o Programa “De volta para Casa”, um processo de desinstitucionalização de pessoas longamente internadas. Foi, também, traçada uma política de recursos humanos para a questão do álcool e de outras drogas, incorporando a estratégia de resolução de danos²⁵⁶.

Outro ponto analisado por Cançado Trindade é o da contra distinção rígida entre o Direito Público e o Direito Privado. As necessidades de proteção do ser humano são maiores

²⁵⁵ *Idem Ibidem*, §86.

²⁵⁶ Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. Reforma Psiquiátrica e Política de Saúde no Brasil. Ministério da Saúde. p. 9 Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Relatorio15_anos_Caracas.pdf. Acesso em: 16/06/2015.

do que a diversificação das fontes de violações de seus direitos. A rigidez da distinção entre público e privado não resiste aos imperativos de proteção dos direitos humanos²⁵⁷.

Mediante o enfrentamento desses agentes (não-estatais) evitar-se-á que o atual paradigma de proteção se torne insuficiente e anacrônico. Mesmo nessas hipóteses, o Estado permanece responsável por omissão, por não tomar medidas positivas de proteção. Daí resulta a urgência no plano conceitual da *obrigação erga omnes* de proteção. Para o cumprimento destas obrigações requer o desenvolvimento, no plano operacional de um monitoramento contínuo da situação dos direitos humanos em todos os países²⁵⁸.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos se insurge contra a seletividade discricionária, seja no tocante aos destinatários de suas normas, seja em relação às condições de aplicação das mesmas. Quanto aos destinatários de suas normas, os direitos humanos se impõem de igual modo, consoante os mesmos critérios, a todos os países. Já quanto a aplicação das normas, não se admite a “escolha” de determinados direitos para promover e proteger à exclusão dos demais. Não se admite que sacrifiquem gerações com a promessa vaga e enganosa de só assim se poder começar a construir um futuro melhor²⁵⁹.

O propósito último do direito é o de proteção integral do ser humano em todas as áreas da atividade humana e em todas e quaisquer circunstâncias.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos não rege as relações entre os iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre os desiguais, toma o posicionamento a favor dos mais necessitados de proteção. Se inspira nas considerações de “*ordre public*” em defesa dos interesses comuns superiores, da realização da justiça. É o direito de proteção internacional dos fracos e vulneráveis, cujos avanços, em sua grande parte, resultaram da mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão²⁶⁰.

Cançado Trindade afirma que a partir das premissas básicas que os direitos humanos são inerentes ao ser humano e como tais antecedem a todas as formas de organização política, a sua proteção não se esgota, nem se pode esgotar, na ação do Estado²⁶¹.

²⁵⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo...*, cit., p. 42.

²⁵⁸ *Idem Ibidem*, p. 42.

²⁵⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos...*, cit., p. 44.

²⁶⁰ *Idem*.

²⁶¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos...*, cit., p. 45.

Neste domínio de *direito de proteção*, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas sempre que haja a necessidade de proteger as supostas vítimas. Trata-se de uma interpretação *pro homine*, orientada à condição das vítimas e que reclama a humanização dos postulados, tanto no direito internacional como no direito público interno²⁶².

A chamada autonomia da vontade das partes cede espaço à fiel realização de seu objeto e propósito na interpretação de tratados de direitos humanos. O caráter objetivo das obrigações convencionais sobrepõe-se à identificação das intenções subjetivas das partes. O exercício da garantia coletiva se sobrepõe ao voluntarismo individualista. Deve-se fazer uma interpretação necessariamente restritiva das limitações e derrogações permissíveis em relação ao exercício dos direitos protegidos, não havendo lugar para limitações²⁶³.

Ainda referente a interpretação dos tratados de direitos humanos, a natureza objetiva das obrigações que consagram é voltada para a proteção dos direitos humanos, equivalente na visão de Cançado Trindade a uma interpretação em busca da realização do propósito último, qual seja a proteção de direitos humanos²⁶⁴.

A interpretação e aplicação dos tratados e instrumentos de direitos humanos voltados à proteção dos considerados mais fracos (as vítimas de violações), prima o elemento do “interesse público” (ou *ordre public*) comum e superior face a todas as consequências jurídicas que daí advêm²⁶⁵, visando a salvaguarda dos direitos do ser humano e não dos direitos dos Estados na qual exerce função-chave o elemento do interesse público comum ou geral.

No tocante aos tratados de direitos humanos voltados para a prevenção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, consagram um elenco de direitos não raros como pertencentes a diferentes “categorias”. Temos, como exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher de 1979 e a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. Estes tratados também fornecem testemunho eloquente da indivisibilidade dos direitos humanos²⁶⁶.

²⁶² *Idem.*

²⁶³ *Idem.*

²⁶⁴ *Idem Ibidem*, p.46.

²⁶⁵ *Idem.*

²⁶⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos...*, cit., p. 367.

Depois da análise de todos esses elementos chega-se a conclusão que há uma emergência para a formação e consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de autonomia e especificidade próprias. Requer maior elaboração e articulação, a partir de uma sólida fundamentação jurídico-conceitual, do conhecimento da realidade social e da identificação das necessidades de proteção²⁶⁷.

As considerações anteriormente feitas nos conduzem a um ponto de grande importância para o desenvolvimento de mecanismos de proteção internacional da pessoa humana: a questão da sua proteção *erga omnes*. Os distintos instrumentos de proteção internacional incorporam obrigações de aplicabilidade direta, outras apresentam um caráter programático. É necessário prestar atenção à natureza jurídica das obrigações. A respeito disso, surge a questão da proteção *erga omnes* de determinados direitos garantidos, que levanta o ponto de aplicabilidade a terceiros, como simples particulares ou grupos de particulares de disposições convencionais (denominada *Drittwirkung*²⁶⁸ – denominação da bibliografia alemã)²⁶⁹.

A denominação do *Drittwirkung* tem origem no caso Lüth, sendo considerado na Alemanha o mais importante da Corte Constitucional alemã, tendo revolucionado o direito, não apenas no âmbito constitucional, mas, também, em outros ramos do direito. O alemão Veit Harlan, produtor de cinema, que durante o nazismo foi o principal responsável pelos filmes de divulgação das ideias nazistas, especialmente pela força do filme *Jud Süß* (1941) considerado como uma das mais negativas e odiosas representações dos judeus no cinema²⁷⁰.

Ao lançar o filme “Amada Imortal”, Eric Lüth (judeu), crítico de cinema, escreveu um manifesto contra o cineasta conclamando que os alemães boicotassem o filme. Harlan e a distribuidora do filme ingressaram em uma ação contra Lüth alegando que o boicote

²⁶⁷ *Idem Ibidem*, p. 47.

²⁶⁸ “Antigamente se pensava que os direitos fundamentais incidiam apenas na relação entre o cidadão e o Estado. Trata-se da chamada “eficácia vertical”, ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre um poder “superior” (o Estado) e um “inferior” (o cidadão).

Em meados do século XX, porém, surgiu na Alemanha a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que defendia a incidência destes também nas relações privadas (particular-particular). É chamada eficácia horizontal ou efeito externo dos direitos fundamentais (*horizontalwirkung*), também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros (*drittwirkung*). Em suma: pode-se que dizer que os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal)”. Cf. FILHO, Cavalcante; TRINDADE, João. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, pp. 8-9. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf (Acesso em 20/06/2015).

²⁶⁹ *Idem Ibidem*, p. 371.

²⁷⁰ *Idem Ibidem*, p. 9.

atentava contra a ordem pública, o que era vedado pelo Código Civil Alemão. Lüth foi condenado nas instâncias ordinárias e recorreu a Corte Constitucional. A Corte, por sua vez, entendeu que o direito constitucional à liberdade de expressão²⁷¹ deveria prevalecer sobre a regra geral do Código Civil que protegia a ordem pública. Este foi o primeiro caso em que se decidiu pela aplicação dos direitos fundamentais também nas relações entre os particulares (*drittwirkung*)²⁷².

Os instrumentos de proteção internacional são voltados, essencialmente, à prevenção e punição de violações dos direitos humanos cometidas pelo Estado, principalmente pelos seus agentes e órgãos, revela uma grave lacuna: a da prevenção e punição de violações dos direitos humanos por entidades outras que não o Estado ou por autores não-identificados.

Observa-se que a solução que se vier a dar a este problema poderá contribuir decisivamente para o aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção internacional da pessoa humana, tanto a proteção de direitos humanos *stricto sensu*, como os mecanismos de Direito Internacional Humanitário²⁷³.

Levando em consideração a variedade considerável dos direitos garantidos sob tais tratados, há dispositivos que parecem indicar que, pelo menos alguns dos direitos consagrados, são suscetíveis de aplicabilidade em relação a “terceiros”, a particulares (*Drittwirkung*)²⁷⁴.

²⁷¹ “A primeira ideia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar a Corte Constitucional Federal, “ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores”. Mais tarde a Corte fala simplesmente de “princípios que são expressos pelos direitos constitucionais”. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se de dizer que a primeira ideia básica da decisão do caso Lüth era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, à “todas as áreas do Direito”. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um “efeito irradiante” sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (ubiquitous). A terceira ideia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: “Um ‘balanceamento de interesses’ torna-se necessário”. Cf. ALEXY, Robert. *“Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade”*, LIMA, George Marmelstein. *50 anos do caso Lüth: O caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós - guerra*. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/> (Acesso em 21/06/2015).

²⁷² *Idem Ibidem.*, p. 9.

²⁷³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos...*, cit., p. 371.

²⁷⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos...*, cit., p. 373.

Alguns direitos reconhecidos necessitam e merecem proteção contra autoridades públicas assim como particulares, e os Estados têm o dever de assegurar a todos, inclusive nas relações inter-individuais, a observância dos direitos garantidos contra a violação, também, cometida por outros indivíduos ou grupos. Podemos expor como exemplo, o direito a privacidade (artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos). Há a necessidade de proteger esse direito também nas relações entre indivíduos. Jan de Meyer afirma que certos direitos têm validade *erga omnes* no sentido de que são reconhecidos em relação ao Estado, mas, também, necessariamente “em relação” a outras pessoas, grupos ou instituições que poderiam impedir o seu exercício²⁷⁵.

Vários tratados de direitos humanos e de direito humanitário consagram o dever geral de respeitar e de assegurar o respeito aos direitos protegidos. A tal obrigação de respeitar os direitos protegidos tem sido atribuída, nos últimos anos, numa ampla dimensão²⁷⁶.

A obrigação geral de respeitar e fazer respeitar os direitos protegidos consagrados nos tratados de direitos humanos como do Direito Internacional Humanitário, tem sido atribuído a uma ampla dimensão.

O *Institut de Droit International* em uma resolução adotada na sessão de Santiago da Compostela 1989, observou que este dever geral de assegurar o respeito aos direitos humanos é aplicável *erga omnes*, pois cada Estado tem um interesse legal na salvaguarda dos direitos humanos. Pode-se servir o propósito do desenvolvimento de um regime jurídico de obrigação *erga omnes* de proteção a partir da identificação do exercício dos direitos da pessoa humana. Determinados tratados de direitos humanos estabeleceram um mecanismo de petições ou comunicações que alcança tanto as *petições individuais* como as *petições interestatais*. Estas últimas, configuram-se como um mecanismo *por excellence* da ação de garantia coletiva²⁷⁷.

No dia em que se consagrar o regime jurídico das obrigações *erga omnes* de proteção abarcando as consequências jurídicas de suas violações no seio de uma comunidade internacional mais coesa, a *actio populares*, no plano internacional, poderá indubitavelmente

²⁷⁵ *Idem Ibidem*, pp. 374-375.

²⁷⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos...*, cit., p. 426.

²⁷⁷ Artigo 1 da resolução, in 63 *Annuaire de L'Institut de Droit International* (1989) II, pp. 286-288-289. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos...*, cit., p. 426.

cristalizar-se. Pode-se vir a tornar o remédio jurídico para assegurar as obrigações *erga omnes lato sensu*. Mas isso dependerá da conscientização da necessidade urgente de construir uma comunidade internacional mais institucionalizada²⁷⁸.

As obrigações *erga omnes* são devidas à comunidade internacional como um todo, engloba todos os Estados assim como outras obrigações a partir de uma perspectiva ou dimensão estritamente interestatal, que não mais refletiria a realidade do ordenamento jurídico internacional contemporâneo. Não só os Estados, mas, também, todos os demais atores internacionais, estão vinculados pelas obrigações *erga omnes* devidas à comunidade internacional como um todo²⁷⁹.

2.1 I Conferência Mundial de Direitos Humanos – Teerã (1968)

Depois de duas décadas da adoção e proclamação da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), foi realizada a primeira avaliação global da experiência acumulada na proteção internacional dos direitos humanos.

A primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas foi realizada em Teerã, em 22 de maio de 1968. Foi nesta época que se deu o início da passagem gradual da fase legislativa à fase de implementação do direito internacional dos direitos humanos.

A Conferência Mundial de Teerã contou com a participação de organizações não-governamentais (ONGS), de 84 países. A Conferência adotou a Proclamação de Teerã e, ainda, 29 resoluções sobre questões diversas.

Dentre algumas das resoluções adotadas, destaca-se: a XXI - que trata sobre a ratificação ou adesão universal pelos Estados aos instrumentos internacionais de direitos humanos; VII – sobre a realização universal do direito de autodeterminação dos povos; XVII – sobre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos; III, IV, VI e VII – sobre a eliminação do apartheid e de todas as formas de discriminação racial; IX – sobre o direito

²⁷⁸ Corte Internacional de Derechos Humanos, caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó (Resolución sobre Medidas Provisionales de Protección, 18.06.2002), voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 1-20. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos...*, cit., p. 427.

²⁷⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos...*, cit., p. 427.

da mulher; X – sobre regras-modelo de procedimento para órgãos de supervisão de violações de direitos humanos; XX – sobre educação e matéria de direitos humanos; XXIII – sobre direitos humanos em conflitos armados²⁸⁰.

Foi a Proclamação de Teerã que advertiu, por exemplo, para as degenerações maciças dos direitos humanos que colocavam em risco os “fundamentos da liberdade e justiça e paz no mundo (par.11), assim como, o impedimento da realização dos direitos humanos na “comunidade internacional (par. 12) propugnou também pela implementação do princípio básico da não-discriminação, sendo uma tarefa de maior urgência da humanidade, nos planos internacional assim como no nacional (par. 8)²⁸¹.

Cançado Trindade observa que o parágrafo 13 era o que melhor resumia a nova visão da temática dos direitos humanos, ao dispor que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais é impossível²⁸².

O processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos, mediante a adoção vários e múltiplos instrumentos internacionais de proteção e a sua operação concomitante, nos planos global e regional, fez com que se cristalizasse em definitivo o ideal comum de todos os povos a “meta a alcançar” (o *standard of achievement*), consubstanciado na Carta Internacional de Direitos Humanos, sendo completada ao longo dos anos por outros tratados “setoriais” de convenções regionais²⁸³ e consagrado, ademais, nas Constituições nacionais de inúmeros países²⁸⁴. Passou-se a

²⁸⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos...*, cit., p. 367.

²⁸¹ *Idem Ibidem*, p. 79.

²⁸² *Idem Ibidem*, p. 80.

²⁸³ *Idem Ibidem*, p. 80.

²⁸⁴ “A Carta de 1988 consagra, de forma inédita, ao fim da extensa Declaração de Direitos por ela prevista, que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º). (...) A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. (...) A Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, ao dispor, no art. 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos. Adiciona que os tratados de direitos humanos só poderão ser denunciados pelo Poder Executivo mediante prévia autorização de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara do Legislativo. O art. 8 da Constituição Portuguesa de 1976, são recebidas genérica ou plenamente, as normas de costume internacional, seja costume universal, regional ou local, bem como os princípios gerais de direito internacional, sejam eles originários e comuns dos vários sistemas jurídicos dos Estados, sejam de formação internacional”.

manifestar um consenso da virtual totalidade dos Estados no mundo, dentre as violações mais graves dos direitos humanos, tais como, o genocídio²⁸⁵, o *apartheid*²⁸⁶, e a

Cf. SOUSA, Marcelo Rebelo; SOUSA, Alexandrino José de. *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lex: Lisboa, 2000. p. 80.

²⁸⁵ Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio (1948), assinada em Paris, em 09 de Dezembro de 1948, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 11 de Abril de 1951 e ratificada pelo Brasil em 4 de Dezembro de 1951. Promulgada pelo Decreto n. 30.822, de 6.5.1952. Publicada no DO de 9.5.1952. Aprovada e aberta à assinatura e ratificação ou adesão pela Resolução n. 260 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 9 de dezembro de 1948. Considerando que a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em sua Resolução n. 96 (I) de 11 de Dezembro de 1946, declarou que o genocídio é um crime contra o Direito Internacional, contrário ao espírito e aos fins das Nações Unidas e que o mundo civilizado condena. Convencidas de que, para libertar a humanidade de flagelo tão odioso, a cooperação internacional é necessária. Cf. GOES, Fernanda Lira e Silva; DIAS, Tatiana. *O Regime Internacional de Combate ao Racismo e à Discriminação Racial*, Rio de Janeiro, Outubro de 2013. pp. 19-20.

Alguns exemplos de pessoas julgados pelo Tribunal Penal Internacional por crime de genocídio:

Augustin Bizimungu - Ruanda: O ex-comandante do Estado-Maior do Exército ruandês, Augustin Bizimungu foi acusado de genocídio pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Segundo a ONU, 800 mil pessoas foram assassinadas em Ruanda, em 1994, em sua maioria da etnia tutsi. Foi condenado há 30 anos de prisão em maio de 2011. Ante Gotovina - Sérvia- O ex-general croata Ante Gotovina era acusado de crimes de guerra e contra a humanidade, cometidos em 1995 contra a população sérvia na Croácia. Segundo a acusação, eles foram responsáveis pela morte de 324 civis ou soldados que entregaram armas e pelo deslocamento forçado de 90.000 sérvios de Krajina. Gotovina foi quem comandou a ofensiva militar "Operação Tempestade" que tentou reconquistar a região de Krajina, ao sul da Croácia, a última zona de resistência controlada pelos sérvios na Croácia em 1995. No *site da Internacional Criminal Court* há mais informações sobre todos os casos que o Tribunal vem a trabalhar: www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx.

²⁸⁶As ações da ONU contra o regime do *apartheid* se tornaram progressivamente mais proeminentes. Em 1962, a AGNU, por meio da Resolução nº 1.761, havia solicitado aos Estados membros que adotassem medidas para colocar um fim ao *apartheid*. No ano seguinte, o CSNU aprovou a Resolução nº 181 que condenava essa política. Em 1973, foi aprovada a convenção internacional sobre a supressão e a punição do crime de *apartheid*, que o declarou como crime.

A Resolução nº 38/14 de 1983 declarou a Segunda Década de Combate ao Racismo e à Discriminação Racial, finda em 1993. No entanto, as atividades a serem incorporadas foram alvo de demasiado atraso. Em 1983, também em Genebra, ocorreu a II Conferência Mundial de Combate ao Racismo e à Discriminação Racial (ONU, Resolução nº 38/14, 1983). Na segunda década, deu-se o aprofundamento das ações contra o regime do *apartheid*.

discriminação racial²⁸⁷, a prática de tortura²⁸⁸ e de desaparecimento forçado de pessoas²⁸⁹, implicando um acordo de princípio quanto a certos direitos básicos e inderrogáveis a serem gradualmente ampliados. Começou-se a associar a proibição de tais violações graves dos direitos humanos com a emergência e consolidação do *jus cogens* no Direito Internacional contemporâneo²⁹⁰.

Transcorridas duas décadas desde a adoção da Declaração Universal, a asserção pela I Conferência Mundial de Direitos Humanos de (1968) deu uma nova visão global e integrada de todos os direitos humanos.

Para Cançado Trindade constituiu uma grande contribuição para os desenvolvimentos subsequentes na matéria. Estava, a partir de então, efetivamente aberto o campo para a consagração da tese de interrelação ou indivisibilidade dos direitos humanos, retomados pela Célebre resolução 32/130 de 1997, da Assembleia Geral da ONU e pela subsequentes resoluções 39/145 de 1994 e 41/117 de 1986, da mesma Assembleia Geral²⁹¹.

²⁸⁷ Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, assinada em Nova Iorque, 21 de Dezembro de 1965. Art. 1 – “Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra as mulheres” significa toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo e que tenha por objetivo ou consequência prejudicar ou destruir o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”.

²⁸⁸ Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou penas cruéis, Desumanos ou Degradantes. Entrou em vigor em 10 de junho de 1987. Art 1 – “Para os fins desta Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas”.

²⁸⁹ Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução 47/133 de 18 de dezembro de 1992. Artigo 1 – “Todo ato de desaparecimento forçado constitui um ultraje à dignidade humana. É condenado como uma negação dos objetivos da Carta das Nações Unidas e como uma violação grave e manifesta dos direitos humanos e das liberdades fundamentais proclamadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais pertinentes”.

²⁹⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos...*, cit., pp. 81-82.

²⁹¹ *Idem Ibidem*, pp.83-84.

2.2 II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos – Viena (1993)

A II Conferência Mundial dos Direitos Humanos foi convocada em dezembro de 1990, mas a sua realização só ocorreu em junho de 1993 mesmo com um tempo relativamente curto, que se estendeu da convocação a realização, o panorama internacional alterou-se dramaticamente. Cançado Trindade observa que: ao alívio do fim da guerra fria e a crescente esperança da emergência de um universalismo revitalizado seguiu-se a triste constatação da multiplicação de “conflitos internos”²⁹².

Com o fim da guerra fria e o alívio das tensões que a acompanhavam por um lado abriram-se vias para maior cooperação internacional, mas por outro lado muitos países passaram a transpassar por conflitos internos em meio a uma grande instabilidade política e ressurgimento do nacionalismo, da violência gerada pelo separatismo étnico, xenofobia, racismo, intolerância religiosa, entre outros. A grave recessão econômica agravou as disparidades entre países industrializados e países em desenvolvimento no plano internacional. Cresceu o desemprego, assim como também aumentou, de modo alarmante, a pobreza²⁹³.

A II Conferência Universal sobre Direitos Humanos contribuiu para a incorporação definitiva do direito ao desenvolvimento do vocabulário do Direito Internacional positivo dos Direitos Humanos. Referiu-se, mais particularmente, e expressa e reiteradamente tanto ao desenvolvimento sustentável quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais²⁹⁴.

O documento final de Viena voltou-se para o desenvolvimento sustentável em relação a aspectos distintos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O programa de Ação de Viena dedicou especial atenção aos direitos econômicos, sociais e culturais, que foram reconhecidamente negligenciados no passado. O documento afirmou, categoricamente, que “deve haver um esforço concentrado para assegurar o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais em níveis nacional, regional e internacional” (parte II, parágrafo 98). Condenou, também, violações continuadas de direitos humanos e obstáculos ao pleno gozo dos mesmos, em diversas partes do mundo (parte I, parágrafo 30). Advertiu ainda que a pobreza extrema e a exclusão social constituem “uma

²⁹² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção voluntária como legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos: 1993-2003*, Fortaleza: IBDH/IIDH/ Sladi, 2014. p. 63.

²⁹³ *Idem Ibidem*, p. 64.

²⁹⁴ *Idem Ibidem*, p.303.

violação da dignidade humana” pelo que impõe sua eliminação como “alta prioridade para a comunidade internacional²⁹⁵.

Em relação aos Estados, a Declaração conclamou a abstenção de qualquer medida que impedisse a realização plena dos direitos humanos, “em particular os direitos de toda pessoa a um padrão de vida adequado a sua saúde e bem-estar, incluindo alimentação e cuidados médicos, moradia e os necessários serviços sociais”²⁹⁶. Também advertiu a comunidade internacional a “envidar todos os esforços para ajudar a aliciar o fardo da dívida externa dos países em desenvolvimento tendo como objetivo suplementar os esforços dos Governos de tais países para alcançar a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais de seu povo” (Parte I, parágrafo 12).

O documento final enfatizou a interrelação entre democracia, desenvolvimento e respeito pelos direitos humanos, que são interdependentes e se reforçam mutuamente. Advertiu que “a falta de desenvolvimento deve ser realizado de modo a atender equitativamente as necessidades desenvolvimentistas e ambientais das gerações presentes e futuras” (Parte I, parágrafo 8; e cf. Parte II, parágrafo 80)²⁹⁷.

Em particular, a Conferência de Viena observou que o Grupo de Trabalho da ONU sobre o Direito ao Desenvolvimento deveria, seguidamente, formular medidas globais eficazes tendentes a eliminar os obstáculos à implementação da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 e à realização deste direito em todos os Estados²⁹⁸.

2.3 A Contribuição dos Tribunais Internacionais à Evolução do Direito Internacional Contemporâneo

A gradual realização do antigo ideal de justiça ao nível internacional vem se realizando com a alentadora operação de múltiplos tribunais internacionais contemporâneos. Este tema vem se expandido e merece cuidados e atenção por parte dos jusinternacionalistas das novas gerações. Esta expansão é um sinal de novos tempos, devendo assegurar que cada

²⁹⁵ *Idem Ibidem*, p. 304.

²⁹⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção voluntária como legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos: 1993-2003*, Fortaleza: IBDH/IIDH/ Sladi, 2014. p. 305.

²⁹⁷ *Idem Ibidem*, p. 306.

²⁹⁸ *Idem Ibidem*, p. 307.

um dos tribunais dê a sua contribuição efetiva à contínua evolução do direito internacional na busca da realização da justiça internacional²⁹⁹.

Cançado Trindade atribui três pontos que se pode extrair desse processo histórico, sendo eles: a relevância dos princípios gerais do direito, a unidade do direito na realização da justiça e a jurisdição internacional como coparticipe da nacional na realização da justiça³⁰⁰. Um aspecto muito importante nessa luta para a realização da justiça no plano internacional diz respeito a afirmação da capacidade jurídica internacional dos indivíduos. Para buscar e exigir os direitos que lhe são inerentes enquanto seres humanos, inclusive *vis-à-vis* o seu próprio Estado³⁰¹.

Para um fiel exercício da função judicial internacional, todo tribunal internacional busca zelar pela preservação da integridade das bases de sua jurisdição.

2.4 Corte Internacional de Justiça – (CIJ)

O surgimento da Corte Internacional de Justiça (CIJ)³⁰² veio juntamente com as Nações Unidas (ONU), a partir da decisão no sentido da criação de um tribunal internacional novo, pela conferência de São Francisco, de 1945. É considerado, pela Carta das Nações Unidas (artigo 92), como um órgão judicial principal das Nações Unidas³⁰³.

A CIJ é composta por quinze juízes titulares eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, com mandato de 9 (nove) anos, admitida a reeleição e sendo vedada a participação no Tribunal dois juízes de um mesmo Estado.

²⁹⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos...*, cit., pp. 12-14.

³⁰⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos...*, cit., p. 14.

³⁰¹ *Idem Ibidem*, p. 17.

³⁰² A Corte Internacional de Justiça (CIJ) é o principal órgão judicial das Nações Unidas (ONU). Foi estabelecido em junho de 1945, de acordo com a Carta da ONU, e começou seus trabalhos em 1946.

A Corte está situada no *Peace Palace* (Palácio da Paz) em Haia, na Holanda. Dos seis principais órgãos das Nações Unidas é o único não localizado em Nova Iorque (Estados Unidos da América).

A Corte tem o papel de resolver, de acordo com o Direito Internacional, as disputas legais que lhe forem submetidas pelos Estados e de dar Parecer Consultivos sobre questões referentes a autorização dos órgãos das Nações Unidas e agências autorizadas.

³⁰³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*, Brasília: FUNAG, 2013. p. 18.

Os juízes devem ser escolhidos em função da sua competência observando que estejam representados na Corte os principais sistemas jurídicos do mundo³⁰⁴.

O *homem* não foi admitido como legitimado para entrar com uma demanda na CIJ, contudo, havendo interesse jurídico, os interessados deverão solicitar aos seus respectivos governos para que este, em seu nome, leve o caso ao conhecimento da Corte.

Desempenha funções tanto *contenciosa* como *consultiva*. Quanto a função contenciosa, decide controvérsias internacionais submetidas ao seu conhecimento pelos Estados litigantes, ou seja, aprecia sobre disputas legais entre Estados. Todos os Estados-Membros das Nações Unidas são *ipso facto* partes no Estatuto da CIJ, porém, apenas 67 países aceitam a jurisdição obrigatória da CIJ, consoante o artigo 36 (2)³⁰⁵ do seu Estatuto. Está é a chamada cláusula facultativa ou “cláusula Raul Fernandes”³⁰⁶ de jurisdição.

Já os pareceres consultivos dizem respeito de questões jurídicas submetidas pelos órgãos das Nações Unidas³⁰⁷ ou por agências especializadas. Alguns pareceres consultivos da CIJ têm contribuído decisivamente para a evolução do Direito Internacional. Temos, como

³⁰⁴ Juízes permanentes da CIJ (até o presente ano 2015): Peter Tomka (Eslováquia), Bernardo Sepúlveda-Amor (México), Hisashi Owada (Japão), Ronny Abraham (França), Kenneth Keith (Nova Zelândia), Mohamed Bennouna (Marrocos), Leonid Skotnikov (Federação Russa), Antônio Augusto Cançado Trindade (Brasil), Abdulqawi Ahmed Yusuf (Somália), Christopher Greenwood (Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte), Xue Hanqin (China), Joan E. Donoghue (Estados Unidos da América), Giorgio Gaja (Itália), Julia Sebutinde (Uganda), Dalveer Bhandari (Índia).

³⁰⁵ Article (36) 2 Statute Court of Justice – “*The states parties to the present Statute may at any time declare that they recognize as compulsory ipso facto and without special agreement, in relation to any other state accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning:*

a. the interpretation of a treaty;

b. any question of international law;

c. the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation;

d. the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation”.

³⁰⁶ A grande inovação que a Corte trouxe em matéria de competência veio por sugestão do jurista brasileiro Raul Fernandes: a cláusula opcional de jurisdição obrigatória. Através de tal cláusula, segundo a redação do artigo 36 do Estatuto (ECJ), os Estados comprometiam-se a aceitar uma jurisdição compulsória *ipso facto* sem a necessidade posterior ou anterior de aceitação pactícia. Avizinhando-se consideravelmente da ideia de direito nacional, os Estados, após o aceitarem a cláusula, viam-se diretamente obrigados à triangulação processual, sem poder repelir as lides contra si intentadas com base na não-pactuação. Cabe aqui acrescentar que referenciado dispositivo explicitava restritivamente as questões as quais estariam submetidas a esta jurisdição compulsória. Outra consideração importante que deve ser feita é a de que a estipulação da cláusula obrigatória não exigia a reciprocidade para a sua efetivação, ou seja, um Estado que não estivesse vinculado à cláusula optativa de jurisdição obrigatória poderia, na medida de seus interesses, demandar um Estado que a ela estivesse vinculado sendo impossível a este recusar a jurisdição da Corte. Cf. LIMA, Lucas Carlos. *O Surgimento da Corte Permanente de Justiça Internacional: Formação Europeia e Fundamento Voluntarista*, Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 8, n. 1, 2013. Disponível em: www.ufsm.br/redevistadireito (Acesso em 20/06/2015).

³⁰⁷ Estes organismos são tanto os órgãos principais das Nações Unidas (como a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o ECOSOC), como as agências especializadas (como a OIT, FAO, UNESCO, OACI, OMI, OMM, OMS, OMPI, ONUDI, UIT) e outras (BIRD, FMI, CFI, FIDA).

exemplo, reparações de danos (1949) e o Parecer sobre a Namíbia (1971) que contribuíram para a evolução do direito internacional contemporâneo.

No caso do parecer Consultivo sobre a “Reparação de danos” a questão em causa dizia respeito à reparação de danos sofridos por Agentes das Nações Unidas. No caso de um Agente, no decurso do exercício das suas funções, sofrer um dano envolvendo a responsabilidade de um Estado, a ONU tem a capacidade de fazer uma reivindicação internacional contra o governo responsável de *jure ou de facto*, a fim de obter a devida reparação dos danos causados. Em resposta ao parecer, a Corte afirmou que a ONU tem capacidade para fazer uma reivindicação internacional sendo o Estado (membro ou não) responsável perante um membro das Nações Unidas³⁰⁸.

Cançado Trindade salienta que através desse Parecer, o processo histórico da expansão da personalidade internacional tomou o devido curso, conjugada com a responsabilidade internacional dos Estados e outros sujeitos do Direito Internacional.

Em situações de urgência ou de gravidade, a CIJ pode emitir medidas provisórias de proteção de carácter obrigatório. Temos, como exemplo, o caso do Templo de *Preah Vihear* (Cambodia *versus* Thailand)³⁰⁹. O caso trata-se de uma representação feita pelo Camboja contra o Reino da Tailândia, que desde 1949 persistia na ocupação de uma parte do território do Camboja, situado na província de Kompong Thom, onde se localizam as ruínas do mosteiro sagrado e o Templo de *Preah Vihear*, um lugar sagrado e adorado dos pilgrinagem e para o povo do Camboja até os dias atuais.

Desde 1954, a Tailândia, violando a Carta das Nações Unidas, enviou para este território, que pertence à soberania do Camboja, destacamentos das suas forças armadas. O Camboja não respondeu através de força contra esta grave violação. Foram feitos vários procedimentos diplomáticos, porém, as tentativas foram infrutíferas. A fim de assegurar os seus direitos ao cumprimento de suas obrigações internacionais, o Camboja entrou com a representação contra o Reino da Tailândia. Na sua decisão, a CIJ entendeu que o Camboja tinha soberania em relação ao Templo *Preah Vihear*.

Em 2011, o caso foi reaberto, após meio século. De acordo com o Estatuto da CIJ (artigo 60º) em qualquer caso de controvérsia quanto a interpretação do sentido e alcance da

³⁰⁸ Parecer Consultivo: Reparação de Danos Sofrido a Serviço das Nações Unidas (1948-1949). Disponível em: http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/pareceres-consultivos_1948.pdf (Acesso em 24/06/2015).

³⁰⁹ International Court Of Justice Concerning The Temple Of a Preah Vihear (Cambodia V. Thailand) 15 Of June 1962. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/9249.pdf> (Acesso 20/06/2015).

sentença da CIJ, cabe à própria Corte a interpretação, que pode ser feita a pedido de qualquer uma das partes. Assim, o Camboja alegou que, desde abril de 2011, ocorreram graves incidentes na área do Templo *Preah Vihear*, alguns deles relacionados com questões fronteiriças que, em consequência, causaram fatalidades, evacuação de habitantes locais, entre outros.

O Camboja pediu, também, a retirada imediata e incondicional das forças tailandesas que estavam situadas na área do Templo, o banimento de toda a atividade militar da Tailândia da área do Templo. E, ainda, a abstenção tailandesa face a qualquer ato que pudesse interferir nos direitos cambojanos³¹⁰.

A CIJ estabeleceu as seguintes medidas provisórias: 1) ambas as partes devem retirar imediatamente seu poderio militar da zona desmilitarizada provisória; 2) A Tailândia não deve obstruir o livre acesso de Camboja ao Templo; 3) ambas as partes devem continuar a cooperação; 4) ambas as partes devem se abster de qualquer ação que possa agravar a situação³¹¹.

Cançado Trindade afirma que em relação ao Caso do Templo *Preah Vihear* havia o problema não só quanto a questão territorial, havia também os riscos sofridos pela população local, assim indicou (ordenou) medidas provisórias de proteção, determinando pela primeira vez em sua história, a criação de uma zona desmilitarizada na região, desde então, pôs fim ao conflito até o presente (setembro de 2012). Porém salienta que há possibilidades de reabertura do caso tanto para interpretação como para revisão³¹².

Cada caso é um universo factual em si mesmo e reveste de suma importância para as partes litigantes. Não se pode singularizar nenhum deles, embora certas questões suscitadas em um ou outro caso tenham ultrapassado a dimensão puramente interestatal e requerido um tratamento que viesse a formentar a evolução do Direito Internacional contemporâneo³¹³.

³¹⁰ Request For Interpretation Of The Judgment Of 15 June 1962 In The Case Concerning The Temple Of Preah Vihear (Cambodia v Thailand). Disponível em: <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/08/Request-for-Interpretation-of-the-Judgment-of-15-June-1962-in-the-Case-concerning-the-Temple-of-Preah-Vihear-Cambodia-v.-Thailand-Cambodia-v.-Thailand.pdf> (Acesso 20/06/2015).

³¹¹ Request For Interpretation Of The Judgment Of 15 June 1962 In The Case Concerning The Temple Of Preah Vihear (Cambodia v Thailand). Disponível em: <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/08/Request-for-Interpretation-of-the-Judgment-of-15-June-1962-in-the-Case-concerning-the-Temple-of-Preah-Vihear-Cambodia-v.-Thailand-Cambodia-v.-Thailand.pdf> (Acesso 20/06/2015).

³¹² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos...*, cit., p. 21.

³¹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos...*, cit., p. 20.

O segundo capítulo do presente trabalho foi dedicado ao artigo 38 do Estatuto da CIJ, referente as fontes formais do Direito Internacional.

O exercício da função contenciosa da CIJ encontra-se restringido por uma limitação de sua competência *o ratione personae*: Trata-se de um mecanismo interestatal. Porém, para Cançado Trindade, este caráter exclusivamente interestatal do contencioso definitivamente não se tem mostrado satisfatório. Em alguns casos (no período de 1955-2004), relativamente à condição de indivíduos, a presença destes últimos (ou de seus representantes legais), teria enriquecido e facilitado o trabalho da CIJ. Os casos que envolvem situações concretas dos seres humanos afetados³¹⁴ têm-se intensificado nos últimos anos perante a CIJ.

Sobre a temática acima referida, podemos analisar o Parecer Consultivo sobre a Declaração de Independência do Kosovo (2010). Em 2008, a Corte Internacional de Justiça foi solicitada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em consonância com o artigo 96 da Carta da ONU³¹⁵ e o artigo 65 da CIJ³¹⁶, para que o órgão jurisdicional fizesse a análise da seguinte interpretação: a declaração de unilateral de independência da Sérvia, anunciada pelas instituições provisórias do Kosovo, em 17 de fevereiro de 2008, está de acordo com o direito internacional?

O pano de fundo da questão refere-se à Resolução 1244 do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU), adotada em 10 de janeiro de 1999, a qual determinou que cessassem as hostilidades entre a República da Iugoslávia e o Kosovo³¹⁷, sendo necessária a

³¹⁴ Pareceres da CIJ que envolvem também questões sobre os seres humanos afetados: Questões Relativas à Obrigação de Julgar ou Extraditar (Bélgica versus Senegal, 2009 e 2012) atinente ao princípio da jurisdição universal sob a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, o caso de A.S. Diallo (Guiné versus R.D. Congo, 2010 e 2012) sobre detenção e expulsão de estrangeiro, o caso das Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha versus Itália, com intervenção da Grécia, 2010-2012), o caso da Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Geórgia versus Federação Russa, 2011), o caso do Templo de Préah Vihéar (medidas provisórias de proteção, Camboja versus Tailândia, 2011).

³¹⁵ Artigo 96 ECJ

1 – “A Assembleia Geral ou o Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça, sobre qualquer questão de ordem jurídica”.

³¹⁶ Artigo 65 ECJ (1) – “A Corte poderá dar parecer consultivo sobre qualquer questão jurídica, a pedido do órgão que, de acordo com Carta das Nações Unidas, ou por ela autorizado, estiver em condições de fazer tal pedido;

2 – As questões sobre as quais for pedido o parecer consultivo da Corte serão submetidas a ela por meio de petição escrita que deverá conter uma exposição do assunto sobre o qual é solicitado o parecer e será acompanhada de todos os documentos que possam elucidar a questão”.

³¹⁷ “A ânsia em construir um país independente baseado nesses preceitos de autodeterminação foi catalisadora para os acontecimentos que tiveram como palco a região dos Balcãs, na antiga República Iugoslava, que enfrentou conflitos por independências, de forte comoção internacional, como a guerra da Bósnia, e que geraram conflito no Kosovo em 1999. Os Balcãs, região que pode ser considerada o “quintal” europeu, sempre foi uma região de instabilidade dentro deste continente. A região balcânica sempre foi marcada por conflitos, geralmente disputas territoriais, étnicas e religiosas. Não diferentes, tais foram os motivos que desencadearam

retirada do poderio militar sérvio e iugoslavo na referida região para que as missões de Paz da ONU fossem capazes de serem instaladas.

Esta resolução autorizava o Secretário-geral da ONU a estabelecer uma presença civil internacional que trabalhasse sob os comandos daquela organização internacional, possibilitando as seguintes ações: a desmilitarização do exército de Libertação do Kosovo e outros movimentos armados; estabelecer um governo de transição, além de prestar ajuda humanitária; garantir a segurança e a ordem pública até que fossem assumidos pela presença civil internacional³¹⁸.

A CIJ conclui em seu Parecer que a adoção da declaração unilateral de independência de 17 de fevereiro de 2008 não violou as leis gerais de direito internacional, nem a Resolução do Conselho de Segurança 1244 (1999) ou do quadro Constitucional do Governo Provisório³¹⁹.

Podemos notar que, no caso do Parecer da CIJ sobre a Declaração de Independência do Kosovo, havia uma situação concreta que envolve seres humanos. A guerra na região deixou marcas que até hoje o Tribunal *ad hoc* (resolução 827 (1993) e 808 (1993) do Conselho de Segurança da ONU) criado para a ex-iugoslávia³²⁰ vem trabalhando para dar

o processo de desintegração da antiga Iugoslávia, que antes do conflito de 1999, já havia vivido as independências da Eslovênia, Croácia e Bósnia, que se estendeu um conflito sangrento entre 1992 a 1995 e cominou a entrada da Organização do Tratado do Atlântico Norte- OTAN.

(...) Com a ascensão de Slobodan Milosevic no poder da Sérvia, em 1989, transformaram-se em precedentes para os acontecimentos do ano de 1999. A repressão iniciada contra os albaneses e as sistemáticas violações de direitos humanos na região, que mais tarde justificaram a chamada intervenção humanitária, são fatos que levaram a eclosão da Guerra do Kosovo, em 1999". Cf. BELLINI, Izabele. *A Intervenção da OTAN no Kosovo – Controvérsias em um novo paradigma de intervenções nas Relações Internacionais*. Monografia apresentada na Universidade de Brasília, Março de 2012, p. 120.

³¹⁸ BELLINI, Izabele. *A INTERVENÇÃO DA OTAN NO KOSOVO*. – Controvérsias em um novo paradigma de intervenções nas Relações Internacionais. Monografia apresentada na Universidade de Brasília, Março de 2012. p. 121.

³¹⁹ International Court Of Justice Accordance with International Law Of The Unilateral Declaration Of Independence In Respect Of Kosovo (Advisory opinion of 22 de July 2010).

³²⁰ No que tange aos primeiros, o Conselho de Segurança das Nações Unidas decidiu criar o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia em 1993." (...) O Tribunal *ad hoc* para a ex-Iugoslávia foi criado para julgar as pessoas responsáveis por violações graves de direito internacional humanitário cometidas na ex-Iugoslávia (a partir de 1991), reafirmando assim o consagrado princípio da responsabilidade penal individual por tais violações. A decisão do Conselho de Segurança, à luz do capítulo VII da Carta das Nações Unidas, veio não só atender as pressões públicas ante as atrocidades cometidas na ex-Iugoslávia, como também contribuir a preservar a crença em um ordenamento jurídico internacional em que os responsáveis por violações graves dos direitos humanos e do direito internacional humanitário sejam punidos, prevenindo ou evitando assim crimes futuros. O Estatuto do Tribunal Penal para ex-Iugoslávia estabelece, assim, a responsabilidade penal individual de todos os responsáveis por violações graves das Convenções de Genebra sobre o Direito Internacional Humanitário de 1949 (artigo 2), violações das leis e costumes da guerra (artigo 3), genocídio (artigo 4), e crimes contra a humanidade (artigo 5). O Tribunal para a ex-Iugoslávia, integrado por 11 juízes e sediado na Haia, compõe-se de três Câmaras – duas de primeira instância (com três juízes cada uma) e uma de recursos

respostas referentes aos crimes que ocorreram na região, tais como, crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. A CIJ quando apresentou o Parecer confirmando a Independência do Kosovo não poderia deixar de levar em consideração os crimes que ocorreram contra a população da região supracitada.

A CIJ passou a conviver com outros tribunais internacionais, tais como, os tribunais internacionais de direitos humanos, o tribunal internacional do direito do mar, os tribunais penais internacionais e os tribunais criados no âmbito de esquemas de integração econômica, nos planos regional e sub-regional. Com a criação de novos tribunais, referente às mais diversas áreas de atividade humana, conformando o processo histórico de *expansão da jurisdição internacional*, cresceu consideravelmente, de modo alentador, o número de justificáveis em todos os continentes³²¹.

2.5 Os Tribunais Internacionais de Direitos Humanos

Um dos aspectos mais importantes dos avanços na realização do ideal da justiça internacional reside na afirmação e no reconhecimento da personalidade e capacidade jurídica internacionais da pessoa humana para buscar os direitos que lhe são inerentes como ser humano, incluindo o *vis-à-vis* do seu próprio Estado perante os tribunais internacionais de direitos humanos³²². São tribunais internacionais de direitos humanos: A Corte Europeia de Direitos do Homem em operação desde 1953, a Corte Interamericana atuando desde 1978 e a Corte Africana funcionando desde de 2006.

A Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais (CEDH)³²³ foi elaborada no seio do Conselho da Europa e assinada em Roma, em 4 de Novembro de 1950, tendo entrado em vigor em Setembro de 1953. Foi o primeiro sistema transnacional de proteção de direitos humanos. Tem como objetivo proceder à concretização dos direitos contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

(com cinco juízes) – a promotória e o secretariado”. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos...*, cit., pp. 386-388.

³²¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos...*, cit., p. 20.

³²² *Idem Ibidem*, p. 21.

³²³ MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma...*, cit., p. 41.

A Convenção consagrava, por um lado, uma série de direitos e liberdades civis e políticos e estabelecia, por outro, um sistema que visava garantir o respeito das obrigações assumidas pelos Estados Contratantes. Estabelece obrigações jurídicas para os Estados Partes independentemente da posição que assume no direito interno de cada um deles. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem sede em Estrasburgo³²⁴.

Os tribunais internacionais de direitos humanos têm buscado favorecer o acesso direto dos indivíduos às suas respectivas jurisdições. A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) já o logrou a partir da entrada em vigor em 01 de novembro de 1998.

Já no sistema interamericano, o instrumento de maior importância é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também designado de Pacto de São José da Costa Rica. Só os Estados-membros das Organizações dos Estados Americanos têm o direito de aderir à Convenção Americana que até dezembro de 2012, contava com 25 Estados-partes. Reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos, como o direito a vida, a personalidade jurídica, o direito a não ser submetido a escravidão, direito a liberdade de consciência e a religião, direito a nacionalidade, entre outros.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)³²⁵ tem dado passos significativos nessa área, sobretudo mediante as modificações introduzidas no seu Quarto Regulamento, o qual Caçado Trindade foi relator.³²⁶ Adotado em 24 de Novembro de 2000,

³²⁴ MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma...*, cit., pp. 418-422.

³²⁵ Quanto à Corte Interamericana, órgão jurisdicional do sistema regional, é composta por sete juízes nacionais de Estados membros da OEA, eleitos a título pessoal pelos Estados partes da Convenção. A Corte Interamericana apresenta competência consultiva e contenciosa. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito Constitucional...*, cit., p. 350.

³²⁶ “Para essa finalidade, designou seu Relator o Juiz Antônio A. Caçado Trindade e criou uma Comissão de Acompanhamento das consultas que começaria a realizar, constituída pelo próprio Juiz Relator e três outros magistrados. Ademais, a Corte decidiu realizar um grande seminário no mês de novembro de 1999, além de quatro Reuniões de Peritos de alto nível. Em cumprimento à incumbência que me foi confiada, desenvolvi, como Juiz *rapporteur*, a partir de então, uma série de atividade e estudos, coordenei o seminário sobre O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos no Limitar do Século XXI, de novembro de 1999 (cujo primeiro tomo de atas foi apresentado a esta CAJP e distribuído às delegações presentes, ao final da minha exposição do dia 9 de março último) e presidi quatro Reuniões de Peritos do mais alto nível, convocadas pela Corte; (...) As propostas que a seguir apresento são fruto de intensa e prolongada reflexão pessoal sobre os meios de fortalecer o mecanismo de proteção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A meu ver, deve fazer parte de um processo de reflexão coletiva, a ser conduzido em caráter permanente, com a participação de todos os atores do sistema interamericano de proteção: Estados, órgãos convencionais de supervisão internacional (Corte e Comissão Interamericana de Direitos Humanos), o Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH), as ONGs e os beneficiários do sistema em geral. É da maior importância a realização das mais amplas consultas a todos esses atores (inclusive mediante a distribuição de questionários) a fim de chegar a consensos mediante diálogo construtivo nos próximos anos, imprescindíveis para o êxito da apresentação futura, no momento oportuno, do referido projeto de Protocolo de ampla reforma da Convenção Americana, com vistas, especificamente, a fortalecer o seu mecanismo de proteção” (Sublinhado nosso) Cf. Relatório e Propostas do Presidente e Relator da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Juiz Antônio

o Quarto Regulamento que entrou em vigor em 01 de Junho de 2001, outorgou a participação direta das supostas vítimas, seus familiares, representantes de todas as etapas do processo perante a Corte.³²⁷ Foi o avanço mais relevante da operação de mecanismo de proteção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 desde a sua entrada em vigor, em 1978.

A nova Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos tem dado mostras de seguir adiante na mesma direção³²⁸.

Além disso, o regulamento também privilegiou a celebridade e agilidade do processo (evitando assim custos desnecessários sem, contudo, prejudicar a segurança jurídica e a economia processual), possibilitando que uma só sentença possa julgar exceções preliminares e questões de mérito, sem prejudicar o contraditório³²⁹.

Caçado Trindade sempre tem resgatado a posição dos *indivíduos como verdadeiros sujeitos do direito internacional dos direitos humanos*³³⁰. Assim como ocorre no direito internacional público, dotados de plena capacidade jurídica para atuar (*legitimatío ad causam*), no plano internacional (*locus standi in judicio e jus standi*), as verdadeiras partes demandantes perante os tribunais internacionais de direitos humanos são os indivíduos. A jurisdição obrigatória dos tribunais internacionais de direitos humanos, no seu entender, é o complemento indispensável do direito de petição individual internacional e constituem os pilares básicos da proteção internacional do mecanismo de emancipação dos

Caçado Trindade, à Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos do Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos no Âmbito do Diálogo Sobre o Sistema Interamericano de Protecção dos Direitos Humanos: Bases para um Projeto de Protocolo à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, para o Fortalecimento do seu Mecanismo de Protecção, Washington D.C., 5 de abril de 2001. pp. 412-413. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a11696.pdf> (Acesso em 23/06/2015).

³²⁷ “Com a concessão do *locus standi in judicio* às supostas vítimas, seus familiares e seus representantes legais, em todas as etapas do processo perante a Corte, passam eles a desfrutar de todas as faculdades e obrigações, em matéria processual, que, até o Regulamento de 1996, eram privativos unicamente da CIDH e do Estado demandado (exceto na fase de reparações). Isso implica que, no procedimento perante a Corte, poderá haver, ou coexistir, três posturas distintas: a da suposta vítima (ou seus familiares ou representantes legais), 22 como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos; a da CIDH, como órgão de supervisão da Convenção e auxiliar da Corte, e a do Estado demandado”. *Idem Ibidem*, pp. 424-425.

³²⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos...*, cit., pp. 21-22.

³²⁹ MARTINS, Isabela Maia Mesquita. *O indivíduo na condição de sujeito ativo e passivo do direito contemporâneo*, Monografia apresentada no Centro Universitário de Brasília, 2009. Univ. JUS, Brasília, v. 22, n.1, pp. 113-406, jan./jun. 2011. p. 176.

³³⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999-2006)*, México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007. pp.1-1055. In: TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos...*, cit., p. 23.

seres humanos *vis-à-vis* seu próprio Estado. Afiguram-se eles como verdadeiras cláusulas pétreas da proteção internacional da pessoa humana.

Quando foram concebidos os sistemas de proteção das Convenções Europeias e Americana sobre Direitos Humanos, os mecanismos adotados originalmente não consagravam a representação direta dos indivíduos nos procedimentos perante os dois tribunais internacionais de direitos humanos criados pelas duas Convenções³³¹.

Nos primeiros anos de trabalhos da Corte Europeia como a Corte Interamericana de Direitos Humanos se insurgiram contra o esquema das respectivas Comissões. No caso *Lawless versus Irlanda* (1960), a Corte Europeia recebeu, por escrito, dos próprios delegados da Comissão Europeia, argumentos bastante críticos à própria Comissão. Uma década depois, durante o caso *Vagrancy* relativo a Bélgica (1970), a Corte Europeia aceitou a solicitação da Comissão e deu a palavra a um advogado dos três demandantes, tendo este criticado a opinião expressada pela Comissão em seu relatório³³².

Em 1982, por meio da reforma do Regulamento que entrou em vigor a partir de 01 de Janeiro de 1983, houve a concessão de *locus standi* aos representantes legais dos indivíduos demandantes perante a Corte. Foi um avanço que porém não lhes assegurava a “*equality of arms/égalité des armes*” face aos Estados demandados e o benefício pleno da utilização do mecanismo da Convenção Europeia para a vindicação de seus direitos³³³.

Assim, as relações da Corte Europeia com os indivíduos demandantes passaram a ser *diretas*, sem precisar necessariamente da intermediação dos delegados da Comissão³³⁴.

A partir do protocolo de 1 de Novembro de 1998, entrou em vigor o Protocolo n. 11 (1994). O Protocolo n.9 tornou-se antigo, sendo apenas de interesse histórico no âmbito do sistema europeu de proteção internacional dos direitos humanos. O indivíduo passou a ter *acesso direto* a um tribunal internacional (*jus standi*) como verdadeiro sujeito e com plena capacidade jurídica dentro do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Cançado Trindade afirma que isto só foi possível em razão de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional³³⁵.

Já o desenvolvimento do sistema Interamericano de proteção é semelhante ao do sistema europeu de proteção na última década. Hoje, a posição central da questão da

³³¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo...*, cit., p. 675.

³³² *Idem Ibidem*, pp. 676-677.

³³³ *Idem Ibidem*, p. 676.

³³⁴ *Idem Ibidem*, p. 677.

³³⁵ *Idem Ibidem*, p. 678.

condição das partes em casos de direitos humanos ocupa a posição central sob a Convenção Interamericana e, em particular, da representação legal ou *locus standi in judicio* das vítimas (ou dos seus representantes legais) diretamente ante a Corte Interamericana, em casos em que já lhe tenham sido enviados pela Comissão³³⁶.

A Convenção Americana determina que só os Estados Partes e a Comissão têm o direito de submeter à “decisão da Corte (artigo 61 (1))³³⁷. Mas, a Convenção ao dispor sobre *reparações* faz referência a “*parte lesada*” (art.63 (1))³³⁸, isto é, refere a vítima e não a Comissão.

Reconhecer o *locus standi in judicio* das vítimas (ou dos seus representantes) perante a Corte (em casos já submetidos a esta pela Comissão) contribui para a “jurisdicionalização” do mecanismo de proteção, pondo o fim na ambiguidade da função da Comissão, a qual não é rigorosamente “parte” no processo, mas antes guardiã da aplicação correta da Convenção³³⁹.

Os representantes legais das vítimas são integrados na delegação da Comissão com a designação de “assistentes” da mesma. Esta decisão foi tomada em uma reunião conjunta da Comissão e da Corte Interamericana, realizada em Miami, em janeiro de 1994³⁴⁰.

Cançado Trindade afirma que é chegado o tempo de superar tais ambiguidades no sistema interamericano de proteção, dado que os papéis ou funções da Comissão (como guardiã da Convenção assistindo à Corte) e dos indivíduos (como verdadeira parte demandante) são claramente distintos. A proteção jurisdicional é a forma mais evoluída de salvaguarda dos direitos humanos e a que melhor atende os imperativos do direito e da justiça³⁴¹.

O grande passo, que foi realmente significativo, ocorreu recentemente no caso *El Amparo* (reparações, 1996) relativo a Venezuela, tendo sido o verdadeiro “divisor de águas” sobre o assunto.

³³⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo...*, cit., p. 678.

³³⁷ Artigo 61 (1) – “Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte. Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos” (Protocolo de São José da Costa Rica).

³³⁸ Artigo 63 (1) – “Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos” (Protocolo de São José da Costa Rica).

³³⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo...*, cit., pp. 678-679.

³⁴⁰ *Idem Ibidem*, p. 679.

³⁴¹ *Idem*.

O caso foi submetido a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela Comissão Interamericana. Teve por base uma denúncia (n.10.602) contra a Venezuela recebida pela Secretária da Comissão em 10 de agosto de 1990³⁴².

A Comissão denunciou o Governo da Venezuela nos seguintes artigos da Convenção sobre Direitos Humanos: artigo 2 (dever de adotar disposições de direito interno), 4 (Direito a Vida), 5 (Direito a integridade pessoal), 8.1 (garantias judiciais), 24 (Igualdade perante a lei) e 25 (proteção judicial) todos os artigos em concordância com o artigo 1.1.(Obrigação de respeitar o Direito) pela morte de José R. Araujo, Luis A. Berríos, Moisés A. Blanco, Julio P. Ceballos, Antonio Eregua, Rafael M. Moreno, José Indalecio Guerrero, Arín O. Maldonado, Justo Mercado, Pedro Mosquera, José Puerta, Marino Torrealba, José Torrealba y Marino Rivas, devido ao ato ocorrido em 29 de outubro de 1988, no canal de La Colorada, Distrito Paéz, Estado Apure na Venezuela³⁴³. A Comissão pediu, também, que a Corte condenasse a Venezuela com base nos artigos (5,8.1,24,25, já supracitados da Convenção) em relação aos dois sobreviventes ao massacre: Wollmer Gregorio Pinilla e José Augusto Arias.

Na audiência que ocorrerá em 27 de janeiro de 1996, um dos magistrados, demonstrou o entendimento, ao menos naquela etapa do processo, que não poderia haver dúvidas acerca de que os representantes das vítimas eram a “*verdadeira parte demandante ante a Corte*”, tendo, em um certo momento do interrogatório, passado a dirigir perguntas aos representantes das vítimas e não aos delegados da Comissão ou aos agentes do governo³⁴⁴.

O próximo passo importante foi dado no novo Regulamento da Corte vigente a partir de 1997, cujo artigo 23 dispõe que “na etapa de reparações, os representantes das vítimas ou de seus familiares poderão apresentar seus próprios argumentos e provas de forma autônoma”. Este procedimento é um passo para assegurar que, no futuro, os indivíduos

³⁴² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo...*, cit., p. 680.

³⁴³ Segundo a demanda, o Caso ocorreu quando 16 pescadores do povo El Amparo Venezuela dirigiam-se para o Canal de La Colorada através do Rio Arauca, localizado no Estado Apuere, para participar de um passeio de pesca. Aproximadamente as 11:20 hs da manhã, quando alguns pescadores desciam da embarcação, membros militares e policiais do “Comando Específico José Antonio Páez (CEJAP) abriram fogo contra eles, matando 14 dos dezasseis pescadores”. Cf. Caso El Amparo Vs. Venezuela. Sentença de 18 de janeiro de 1995. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_19_esp.pdf (Acesso em 25/06/2015).

³⁴⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo...*, cit., p. 680.

tenham *locus standi* no procedimento perante a Corte. Não só na etapa referente a reparações como, também, ao mérito dos casos submetidos à Comissão³⁴⁵.

Cançado Trindade afirma que não há possibilidade de uma emenda ao artigo 61 da Convenção. A tarefa é mais complexa, como tal disposição esta ligada a tantas outras da Convenção (como os artigos 44 a 51 da Convenção) têm-se que ir muito além, e fazer uma mudança de toda a estrutura do mecanismo da Convenção. É este o caminho a ser seguido, o qual requer uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos, no plano internacional e nacional³⁴⁶.

Cançado Trindade dispõe argumentos que militam a favor do reconhecimento do *locus standi* das supostas vítimas no procedimento ante à Corte Interamericana, em casos já enviados a esta pela Comissão³⁴⁷.

Em primeiro lugar, no plano nacional e internacional, o reconhecimento de direitos corresponde a capacidade de direitos deve ser dotado do *locus standi in judicio* das supostas vítimas (ou dos seus representantes legais) que contribui para uma melhor instrução do processo e sem o qual este último fica desprovido em parte do elemento do contraditório. Dentro do processo é essencial para a busca da verdade e justiça, ainda que irremediavelmente mitigado e em flagrante desequilíbrio processual³⁴⁸.

Em segundo lugar, o direito de acesso à justiça internacional deve fazer-se acompanhar da igualdade processual das partes, essencial em todo o sistema jurisdicional de proteção dos direitos humanos. Em terceiro lugar, quando se comprovam violações de direitos humanos, são as próprias vítimas, consideradas por Cançado Trindade como verdadeira parte demandante ante a Corte, que recebem as reparações e indenizações. Ou seja, estando as vítimas presentes, no mínimo, no final do processo, não há sentido em negar-lhes presença durante o processo³⁴⁹.

Há ainda dúvidas e preocupações de ordem de prática que se prendem, por exemplo, com a possibilidade de divergências entre os argumentos dos representantes das vítimas e os delegados da Comissão no procedimento ante a Corte. Uma outra preocupação é a falta de reconhecimento especializado dos advogados em nossa região para assumir o papel e a responsabilidade de representantes legais das vítimas diretamente perante esta Corte. Diante

³⁴⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo...*, cit., p. 681.

³⁴⁶ *Idem*.

³⁴⁷ *Idem Ibidem*, p. 682.

³⁴⁸ *Idem*.

³⁴⁹ *Idem Ibidem*, pp. 682-683.

destas preocupações, Cançado Trindade afirma que para a operação futura do mecanismo da Convenção Americana é importante que tanto a Comissão como os representantes das vítimas manifestem os seus pontos de vista, sejam eles coincidentes ou divergentes³⁵⁰.

Para o jurista acima citado, a Comissão deve estar preparada para expressar a sua opinião perante a Corte, mesmo que seja discordante da dos representantes das vítimas. Essa divergência entre os delegados da Comissão e dos representantes das vítimas, ajuda a Corte a melhor formular o seu próprio entendimento e a formar a sua convicção em relação a cada caso concreto³⁵¹.

O aperfeiçoamento do mecanismo de nosso sistema regional de proteção deve ser objeto de considerações de ordem essencialmente jurídico-humanitária, inclusive como garantia adicional as partes. O necessário reconhecimento do “*locus standi in judicio*” das supostas vítimas (ou dos seus representantes legais) perante a Corte Interamericana, constitui um avanço dos mais importantes, mas não necessariamente a etapa final do aperfeiçoamento do Sistema Interamericano de proteção. Na evolução deste pensamento comungamos do mesmo ideal, nomeadamente, lograr o futuro reconhecimento do direito de acesso direto dos indivíduos à Corte (*jus standi*) para submeter o caso diretamente a ela, prescindindo totalmente da Comissão para isto³⁵².

2.6 Os Tribunais Penais Internacionais

O Tribunal Penal Internacional permanente (TPI) teve entrada em vigor em 01 de julho de 2002, tendo sido os primeiros juízes eleitos em 2003. Representa uma das mais significativas afirmações de valor e princípio que o direito internacional já conheceu.

Trata-se de uma instituição permanente de origem, integrante do sistema da ONU. Sua sede é em Haia (Holanda), sendo dotado de personalidade jurídica internacional e de capacidade jurídica internacional. Embora tenha sido criado por um tratado, a amplitude de sua missão e o respectivo reconhecimento internacional, indicam a sua efetividade jurídico-internacional *erga omnes*³⁵³.

³⁵⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo...*, cit., p. 683.

³⁵¹ *Idem Ibidem*, pp. 684-685.

³⁵² *Idem Ibidem*, pp. 685-686.

³⁵³ MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma...*, cit., pp. 457-458.

O TPI coexiste com a CIJ, tendo a seu encargo a responsabilidade internacional dos indivíduos por crime contra a humanidade do tipo sancionatório. Os objetivos do TPI prendem-se com a preservação da paz e da segurança da comunidade internacional combatendo o clima de “terror, tortura e tirania” que tem grassado na ordem internacional. Procura combater a cultura de impunidade dos crimes internacionais³⁵⁴.

A jurisdição do Tribunal é *ratione materiae* ficando circunscrito os crimes mais graves contra a humanidade, tais como: genocídio (artigo 6), crimes contra a humanidade (artigo 7), crimes de guerra (artigo 8) e crime de agressão³⁵⁵. Embora este último crime tenha sido definido na Conferência de Kampala (2010), foi decidido que o TPI só terá jurisdição para julgar esse crime em 2017³⁵⁶.

O direito a participação da vítima³⁵⁷ no procedimento penal teve a sua inclusão no texto do Estatuto influenciada pela motivação da sociedade civil. Entretanto, na condição de

³⁵⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo...*, cit., p. 458.

³⁵⁵ *Idem Ibidem*, p. 463.

³⁵⁶ Resolução 3314 (XXIX), que definiu crime de agressão como sendo o uso de força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro país, ou qualquer outra agressão que vá contra a Carta das Nações Unidas. ONU. *Resolução 3314 (XXIX)*. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement> (Acesso em 24/06/2015).

³⁵⁷ Art. 68 (1) do TPI – “O Tribunal adotará as medidas adequadas para garantir a segurança, o bem-estar físico e psicológico, a dignidade e a vida privada das vítimas e testemunhas. Para tal, o Tribunal levará em conta todos os fatores pertinentes, incluindo a idade, o gênero tal como definido no parágrafo 3º do artigo 7º, e o estado de saúde, assim como a natureza do crime, em particular, mas não apenas quando este envolva elementos de agressão sexual, de violência relacionada com a pertença a um determinado gênero ou de violência contra crianças. O Procurador adotará estas medidas, nomeadamente durante o inquérito e o procedimento criminal. Tais medidas não poderão prejudicar nem ser incompatíveis com os direitos do acusado ou com a realização de um julgamento equitativo e imparcial.

2. Enquanto exceção ao princípio do caráter público das audiências estabelecido no artigo 67, qualquer um dos Juízos que compõem o Tribunal poderá, a fim de proteger as vítimas e as testemunhas ou o acusado, decretar que um ato processual se realize, no todo ou em parte, à porta fechada ou permitir a produção de prova por meios eletrônicos ou outros meios especiais. Estas medidas aplicar-se-ão, nomeadamente, no caso de uma vítima de violência sexual ou de um menor que seja vítima ou testemunha, salvo decisão em contrário adotada pelo Tribunal, ponderadas todas as circunstâncias, particularmente a opinião da vítima ou da testemunha.

3. Se os interesses pessoais das vítimas forem afetados, o Tribunal permitirá-lhes-á que expressem as suas opiniões e preocupações em fase processual que entenda apropriada e por forma a não prejudicar os direitos do acusado nem a ser incompatível com estes ou com a realização de um julgamento equitativo e imparcial. Os representantes legais das vítimas poderão apresentar as referidas opiniões e preocupações quando o Tribunal o considerar oportuno e em conformidade com o Regulamento Processual.

4. A Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas poderá aconselhar o Procurador e o Tribunal relativamente a medidas adequadas de proteção, mecanismos de segurança, assessoria e assistência a que se faz referência no parágrafo 6 do artigo 43.

5. Quando a divulgação de provas ou de informação, de acordo com o presente Estatuto, representar um grave perigo para a segurança de uma testemunha ou da sua família, o Procurador poderá, para efeitos de qualquer diligência anterior ao julgamento, não apresentar as referidas provas ou informação, mas antes um resumo das mesmas. As medidas desta natureza deverão ser postas em prática de uma forma que não seja prejudicial aos direitos do acusado ou incompatível com estes e com a realização de um julgamento equitativo e imparcial.

assistentes de acusação, as vítimas terão os seus direitos limitados. Pode-se agrupar em três categorias: o direito a participação, o direito a participação e o direito de reparação. Têm apenas a possibilidade de expor suas visões e tentar persuadir a Câmara, desde que tais atos não sejam incompatíveis com a realização de um julgamento equitativo e imparcial. A matéria da participação das vítimas é regulada a partir da regra n. 85 das Regras e Procedimentos e Provas do TPI³⁵⁸, que entendem por vítimas “as pessoas naturais que tenham sofrido um dano como consequência do cometimento de algum crime da competência do Tribunal”.

Na regra 85 (b) também poder-se-ão entender por vítimas as organizações ou instituições que tenham sofrido danos diretos e algum de seus bens que esteja dedicado à religião, à instrução, às artes, às ciências ou à beneficência e seus monumentos históricos, hospitais e outros lugares ou objetos que tenham fins humanitários.

Todavia nota-se que este regramento não estabelece de forma exaustiva quais são as pessoas que poderão receber a qualificação de vítima. Não há uma definição do dano, não demonstrando-se claro se é necessário que o mesmo tenha sido sofrido de forma direta ou indireta, ficando, assim, obscuro a questão quanto ao nexos de causalidade exigido para que o indivíduo tenha ou não direito a participação³⁵⁹.

A regra 85, alínea a e b da Regra e do Procedimento e provas e no Estatuto não dão detalhes substanciais acerca do conteúdo da participação das vítimas e de seu impacto no processo. Cabe ressaltar que embora não haja a expressa prescrição quanto as modalidades de participação das vítimas de acordo com o artigo 21 do Estatuto de Roma, a Corte deve aplicar, quando não houver resposta por parte do mesmo ou do referido Regulamento processual, os tratados, princípios e normas de direito internacionais cabíveis³⁶⁰.

6. Qualquer Estado poderá solicitar que sejam tomadas as medidas necessárias para assegurar a proteção dos seus funcionários ou agentes, bem como a proteção de toda a informação de caráter confidencial ou restrito”. (ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL). Decreto-Lei 4388 de 25 de Setembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm.

³⁵⁸ Rules of Procedure and Evidence – Internacional Criminal Court. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/legal-texts/RulesProcedureEvidenceEng.pdf> (Acesso 24/06/2015).

³⁵⁹ SVALENTINA, piga. *Indirect Victims Participations in the Luganga Trial*, Journal of Internacional Criminal Justice (Oxford University Press) vol.8, ano 2010, p.186. *Apud*: Guimarães, Bianca Franco da Rosa e Miranda, João Irineu de Resende. A Participação das Vítimas nos Julgamentos do Tribunal Penal Internacional. p. 183. Artigo publicado na Revista Direitos Fundamentais e Justiça- ano 6, n.21, pp.176-196, Out./Dez. 2012. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/21_Doutrina%20Nacional%208_OK.pdf. (Acesso em 28/08/2015).

³⁶⁰ ZEGVELD, Liesbeth. *Victims Reparations Claims and Internacional Criminal Court – Incompatible Values?* Journal of the Internacional Criminal Justice, Oxford University Press, v.8, 2010, p.85. *Apud*:

De acordo com o Estatuto, as vítimas não têm capacidade para dar início a um inquérito, no entanto, impede de fornecer ao Promotor informações relevantes para um desencadeamento de uma investigação, estimulando e colocando certa pressão para que o procedimento investigatório tenha início³⁶¹.

Além disso, as vítimas podem apontar e sugerir aos juízes como direcionar os seus poderes instrutórios (*fact finding*). Os juízes podem requisitar a submissão de todas as provas que puderem para chegar à verdade dos fatos, o que deixa a possibilidade as vítimas para as submeterem. Assim, as pessoas lesionadas (vítimas) poderão participar para garantir o estabelecimento da verdade e para que a conseqüente absolvição ou condenação não envolva distorções dos fatos³⁶².

Cançado Trindade afirma que o Estatuto de Roma inaugurou uma nova etapa na evolução do direito internacional penal ao consagrar a participação da vítima ante o TPI³⁶³.

O TPI e os seus tribunais *ad hoc* já citados têm operado nos dias de hoje como tribunais penais “internalizados”, “híbridos” ou “mistos” e têm procurado a participação das vítimas. Têm construído uma nova experiência em busca da justiça internacional. Cada tribunal, ao seu modo, tem contribuído a determinação da responsabilidade (*accountability*) dos responsáveis por violações graves do direito internacional humanitário³⁶⁴.

Apesar dos aspectos positivos apresentados na aplicação da participação das vítimas nos processos criminais em âmbito internacional, a questão é um pouco mais complicada do que se aparenta.

Ressalta-se que os processos judiciais não têm objetivos terapêuticos. O julgamento do acusado se dá em razão dos fatos cometidos pelos perpetradores da violação legal que

GUIMARÃES, Bianca Franco da Rosa; MIRANDA, João Irineu de Resende. *A Participação das Vítimas nos Julgamentos do Tribunal Penal Internacional*. p. 184. Artigo publicado na Revista Direitos Fundamentais e Justiça- ano 6, n.º 21, pp. 176-196, Out./Dez. 2012. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/21_Doutrina%20Nacional%208_OK.pdf. (Acessado em 28/06/2015).

³⁶¹ *Idem Ibidem*, p. 184.

³⁶² ZAPPALÀ, Salvatore. *The Rights of Victims v. the Rights of the Accused*. *Journal of International Criminal Justice* (Oxford University Press), vol. 8, 2010, p. 162. *Apud*: GUIMARÃES, Bianca Franco da Rosa; MIRANDA, João Irineu de Resende. *A Participação das Vítimas nos Julgamentos do Tribunal Penal Internacional*, p.183 Artigo publicado na Revista Direitos Fundamentais e Justiça- ano 6, n.21, pp.176-196, Out./Dez. 2012. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/21_Doutrina%20Nacional%208_OK.pdf (Acessado em 28/06/2015).

³⁶³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos...*, cit., p. 36.

³⁶⁴ LINTON, S. “*Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice*”, 12 *Criminal Law Forum* (2001) pp. 185-246, esp. p. 245. *Apud*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos...*, cit., p. 37.

praticam os mesmos e não pelo trauma sofrido subjetivamente. Assim, nesse contexto, existe alguns estudos que apontam que existem lacunas entre o que as vítimas esperam e o que a Corte efetivamente oferece³⁶⁵.

O TPI foi a primeira instância que trouxe a participação das vítimas nos moldes acima mencionados. Os tribunais *ad hoc* permitiam que as vítimas participassem tão-somente como testemunhas, deixando as vítimas às vezes insatisfeitas, como aconteceu em alguns casos do Tribunal para a ex-Iugóslavia. Essa experiência acabava por caracterizar-se por uma vitimização secundária, pois, muitas vezes, o tratamento recebido pela vítima não correspondia ao esperado³⁶⁶.

Outro fator prejudicial é em relação ao espaço de tempo que dispunham os juízes, a oitiva impunha restrições, quanto a narrativa proporcionada pela vítima, considerando que os seus depoimentos, em algumas ocasiões, eram cortados, para que fosse apenas relevante para a verificação da culpa do acusado³⁶⁷.

Além disso, as vítimas eram convidadas a reconciliação e perdão sem que houvesse uma preparação, o que fazia com que todo o contexto de testemunho nesse Tribunal acabasse por se tornar um procedimento danoso para aquelas pessoas³⁶⁸.

A nova modalidade inserida no artigo 68 (3) do Estatuto de Roma trouxe maior reconhecimento do sofrimento da vítima. Entendeu-se que os procedimentos criminais não

³⁶⁵ RAUSCHENBACH, Mina; Et. Al. *Victims and Internacional Criminal Justice: a vexed question?* Internacional Review of Red Cross, Cambridge Journals, v. 90, n. 870, jun. 2008, p. 449. *Apud*: GUIMARÃES, Bianca Franco da Rosa; MIRANDA, João Irineu de Resende. *A Participação das Vítimas nos Julgamentos do Tribunal Penal Internacional*. p. 183 Artigo publicado na Revista Direitos Fundamentais e Justiça- ano 6, n.21, p.185, Out./Dez. 2012. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/21_Doutrina%20Nacional%20OK.pdf. (Acessada em 28/06/2015).

³⁶⁶ WEMMERS, Jo-Anne. *Victim's Right and the Internacional Criminal Court: Perceptions within the Court Regarding the Victims Right Participate*, Leiden Journal of Internacional Law. Cambridge Journals, v.23, 2010, p. 175. *Apud*: GUIMARÃES, Bianca Franco da Rosa; MIRANDA, João Irineu de Resende. *A Participação das Vítimas nos Julgamentos do Tribunal Penal Internaciona*, p. 185 Artigo publicado na Revista Direitos Fundamentais e Justiça- ano 6, nº 21, p. 185, Out./Dez. 2012. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/21_Doutrina%20Nacional%20OK.pdf (Acessada em 28/06/2015).

³⁶⁷ DEMBOUR, Marié –Bénédicte; et. Al. *Silencing Hearings? Victim-Witnesses at War Crimes Trials*, Europeran Journal of Internacional Law. V. 15, n.1, 2004, p. 175. *Apud*: GUIMARÃES, Bianca Franco da Rosa; MIRANDA, João Irineu de Resende. *A Participação das Vítimas nos Julgamentos do Tribunal Penal Internacional*, p. 185 Artigo publicado na Revista Direitos Fundamentais e Justiça- ano 6, n.21, p.185, Out./Dez. 2012. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/21_Doutrina%20Nacional%20OK.pdf (Acesso em 28/06/2015).

³⁶⁸ *Idem Ibidem*, pp. 185-186.

devem mais apenas se preocupar com a punição, mas, também, ajudar as vítimas e reconstruir as suas vidas³⁶⁹.

³⁶⁹ RAUSCHENBACH, Mina; Et. Al. *Victims and Internacional Criminal Justice: a vexed question?* Internacional Review of Red Cross, Cambridge Journals, v. 90, n. 870, jun. 2008, p. 443. *Apud*: GUIMARÃES, Bianca Franco da Rosa; MIRANDA, João Irineu de Resende. *A Participação das Vítimas nos Julgamentos do Tribunal Penal Internacional*. p. 185. Artigo publicado na Revista Direitos Fundamentais e Justiça- ano 6, n.21, p.185, Out./Dez. 2012. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/21_Doutrina%20Nacional%208_OK.pdf (Acesso em 28/06/2015).

3. Por um Novo *Jus Gentium* do Direitos Humanos

Vivemos hoje em um momento verdadeiramente sombrio de intenso uso da força no cenário internacional³⁷⁰. Alguns teóricos do Direito, atraídos pelos donos do poder, elaboraram novas “doutrinas” como a da “legítima defesa preventiva” que buscam legitimar os arroubos do unilateralismo sem limite³⁷¹.

Os arautos do militarismo parecem não tomar em conta os enormes sacrifícios das gerações passadas. Nos conflitos armados do Século XX, foram mortos 86 milhões de seres Humanos, dos quais 58 milhões nas duas guerras mundiais. Este meio devastador, afirma Cançado Trindade, se formou em meio à desumanidade aliada ao avanço tecnológico, ante a omissão de tantos. Este passado com guerras, vítimas, genocídios e massacres no século passado nos conduz que o atual armamentismo (nuclear e outras) consistiu na derradeira afronta à razão humana³⁷².

Podemos citar, como exemplo da doutrina da “legítima defesa preventiva”, a Guerra do Iraque. Após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, os Estados Unidos da América (EUA) ganharam o argumento que precisavam para que apresentassem ao mundo como o seu defensor contra o que consideravam ameaças à liberdade. No dia 11 de setembro de 2002, a atual “estratégia” de Segurança Nacional dos EUA consolidou o que se chamou

³⁷⁰Algumas Guerras na atualidade: 2011: Guerra Civil na Síria; 2014: Guerra Civil Ucraniana; 2015: Guerra Civil Iemenita; 2014: Islamic State – (Estado Islâmico – EI) Criação de um califado com o objetivo de governar todas as populações muçulmanas.

O Estado Islâmico tem uma atuação transnacional. Atua tanto no Iraque quanto na Síria, e vem registrando inúmeros ganhos territoriais. Estima-se que ocupam um território de 210 mil quilômetros quadrados. Em seu caminho, o EI deixa um rastro de violência extrema, que inclui execuções em massa e até mesmo crucificações, decapitações,

A declaração de fundação do califado, desta forma, é, também, uma tentativa de reivindicar a liderança do jihadismo global. Na declaração pública transmitida pela internet em cinco línguas, o EI, que agora deseja ser chamado unicamente de Estado Islâmico, pediu a lealdade de todos os jihadistas do mundo e, também, de todos os muçulmanos. Cf. LIMA, José Antônio. *Em 2014 o mundo tem um califado islâmico. Como foi possível?* Carta Capital, 30 de jun. de 2014. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/internacional/em-2014-o-mundo-tem-um-califado-islamico-como-isso-foi-possivel-5045.html>. Acesso 28/06/2015.

“O Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos afirma de com um relatório que o grupo autodenominado Estado Islâmico poderá ter cometido crimes de guerra e contra a humanidade, além de genocídio. Entre assassinatos, torturas e violações contra vários grupos étnicos e religiosos, o relatório relata com detalhe as atrocidades cometidas pelos jihadistas no Iraque.

(...) Os investigadores também pedem que se incentive o Conselho de Segurança das Nações Unidas a remeter o caso para o Tribunal Penal Internacional.

ONU diz que Estado Islâmico pode ter cometido genocídio no Iraque”. *PT euronews*, 19 de mar. de 2015. Disponível em: <http://pt.euronews.com/2015/03/19/onu-diz-que-estado-islamico-pode-ter-cometido-genocidio-no-iraque/> (Acesso em 28/06/2015).

³⁷¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 395.

³⁷² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 395.

a “Doutrina Bush”. Ao longo do documento rejeita-se a necessidade de uma ameaça iminente. Em 2002, o Presidente Bush denunciou a existência do “Eixo do Mal” formado por Países como Iraque, Irã e Coreia do Norte³⁷³.

Segundo a Doutrina Bush, o governo dos EUA se dá ao direito de agir preventivamente contra potenciais inimigos, mesmo sem que estes tenham agredido e com ou sem aval dos organismos multilaterais como a ONU.

No dia 20 de março de 2003 teve início a segunda Guerra do Golfo e o bombardeamento do território Iraquiano, sem o apoio da ONU nem do Conselho de Segurança da ONU. A guerra travada contra o Iraque foi de natureza preventiva, já que não havia nenhuma evidência sobre a possibilidade de ocorrer um ataque por parte do Iraque aos Estados Unidos. A atual política externa dos EUA de legitimar a sua intervenção no exterior por meio da campanha antiterrorista Norte Americana, tendo como argumento que o “medo de outro 11 de setembro” motivaria antecipações³⁷⁴.

O Direito Internacional não autoriza um Estado a desencadear um conflito armado internacional, ainda mais por ser violatório da Carta da ONU, sobre o pretexto de por fim a arsenais de armas de destruição em massa quando ele próprio é detentor de alguns dos maiores arsenais de armas em destruição em massa do mundo. Para este fim, há mecanismos multilaterais de controle e proibição³⁷⁵.

Sobre a Guerra do Iraque, Caçado Trindade publicou uma matéria intitulada “A Guerra como Crime”, onde comentou sobre a possível ocupação do Iraque à margem da Carta da ONU, onde advertiu que: “as chamadas doutrinas da “autorização implícita” pelo Conselho de Segurança do uso da força, não encontram respaldo algum no Direito Internacional e fomentam as ameaças à paz mundial”³⁷⁶.

Essa pretensão da “legítima defesa preventiva” é insustentável, pois, o princípio da não-ameaça e não-uso da força (artigo 2 (4)) impõem-se como ainda maior vigor, desvendando em caráter verdadeiramente imperativo. Afirma que não podemos deixar consentir na destruição da Carta das Nações Unidas, adotada para preservar as gerações

³⁷³ RAMMINGER, Erica. *O Conceito de Auto-Defesa na Carta da ONU e a Guerra no Iraque: Guerra Preventiva ou Preemptiva?* p. 10. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/static/revistaeletronica/artigos/O%20CONCEITO%20DE%20AUTO%20DEFESA%20NA%20CARTA%20DA%20ONU%20E%20A%20GUERRA%20NO%20IRAQUE%20Erica%20Olivia.pdf> (Acesso em 28/06/2015).

³⁷⁴ *Idem Ibidem*, p. 10

³⁷⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *A humanização...*, cit., p. 397.

³⁷⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *A humanização...*, cit., p. 396-397.

vindouras da guerra e de sofrimento indivisíveis a humanidade. Para que fosse lograda a tipificação do crime de guerra foi necessário esperar por décadas. Não há como escapar da caracterização da guerra por si mesma, como um crime³⁷⁷.

Nessa necessária luta contra o terrorismo existem hoje 12 convenções internacionais, cuja aplicação e cumprimento se impõem. O que não podemos aceitar é o combate ao terrorismo com suas próprias armas, fazendo configurar o terrorismo do Estado. Cançado Trindade afirma que ataques armados e “preventivos” e “contramedidas” indefinidas não vão encontrar respaldo no Direito Internacional, violando este abertamente. Estas “doutrinas” são espúrias que mostram o caminho de volta a barbárie, além de multiplicarem suas vítimas silenciosas e inocentes³⁷⁸.

3.1 Novo *Jus Gentium* do Século XXI: O direito universal da humanidade

O direito internacional tradicional vigente no início do século passado era marcado pelo voluntarismo estatal ilimitado, refletindo na permissividade do recurso da guerra, da celebração de tratados desiguais, de diplomacia secreta, na manutenção de colônias e protetoras de zonas de influência. Contra esta ordem oligárquica e injusta se insurgiram princípios como os da proibição do uso da ameaça da força e da guerra de agressão. Deu-se início ao combate às desigualdades³⁷⁹.

Em meados do século XX, reconheceu-se a necessidade da reconstrução do direito internacional com atenção aos direitos do ser humano. A adoção da já citada Declaração Universal de 1948 foi seguida ao longo de cinco décadas por mais de 70 tratados de proteção vigente no plano global e regional³⁸⁰.

A emergência dos novos Estados, em meio ao processo de descolonização, marcou profundamente a evolução nas décadas de cinquenta e sessenta no meio ao grande impacto no seio da ONU do direito emergente da autodeterminação dos povos. Deu início ao processo de democratização do direito internacional³⁸¹.

³⁷⁷ *Idem Ibidem*, p.397.

³⁷⁸ *Idem Ibidem*, p. 396.

³⁷⁹ *Idem Ibidem*, p. 399.

³⁸⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 399-400.

³⁸¹ *Idem Ibidem*, p. 400.

Ao ultrapassar os antigos parâmetros da paz e da guerra equiparou-se o direito internacional para responder aos novos desafios da vida internacional. Nas décadas de sessenta e oitenta, os foros multilaterais se engajaram a um intenso processo de elaboração e adoção de sucessivos tratados de regulamentação dos espaços em áreas destinadas, como por exemplo, do espaço exterior e do direito do mar³⁸².

A partir da 1989, o fim da guerra fria e a irrupção de numerosos conflitos internos, caracterizavam os anos noventa como um momento na história por uma profunda reflexão, sobre as bases da sociedade internacional e a formação gradual da agenda internacional do século XXI. Foi dada atenção especial às condições de vida da população (particularmente dos grupos vulneráveis em necessidade especial de proteção), daí resultando o conhecimento universal da necessidade de situar de modo definitivo os seres humanos no centro de todo processo de desenvolvimento³⁸³.

Ao longo da metade do século XX, compreendeu-se no desenvolvimento do direito internacional, que a razão do Estado tem limites no que toca às necessidades e aspirações da população e no tratamento equânime das questões que afetam toda a humanidade.

O ordenamento internacional tradicional foi marcado pela soberania estatal e pela exclusão dos indivíduos, não tendo sido capaz de evitar o intenso uso de armamento de destruição em massa, de evitar as violações maciças dos direitos humanos praticadas em todas as regiões do mundo e as sucessivas atrocidades do nosso século, inclusive os contemporâneos³⁸⁴.

As atrocidades e abusos que têm vitimado nas últimas décadas milhões de seres humanos tem despertado a *consciência jurídica universal* para a premente necessidade de reconceitualizar as próprias bases do ordenamento jurídico. Nos dias de hoje, Cançado Trindade afirma que temos que estimular o despertar da consciência jurídica universal para assim intensificar o processo de humanização do direito internacional contemporâneo³⁸⁵.

O entendimento de que as relações internacionais se regem por regras derivadas inteiramente da livre vontade do estado vem sendo desautorizada pela consciência humana, sendo que a própria dinâmica da vida internacional contemporânea tem feito isto.

³⁸² *Idem.*

³⁸³ *Idem.*

³⁸⁴ *Idem Ibidem*, p. 401.

³⁸⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 492.

O positivismo voluntarista se mostrou incapaz de explicar o processo das normas do direito internacional geral e se tornou evidente que para se encontrar resposta dos fundamentos e validade deste último, na consciência jurídica universal a partir da afirmação da ideia da justiça objetiva, em benefício de todos os seres humanos³⁸⁶.

Cançado Trindade afirma que na sua concepção o novo *jus gentium* do século XXI é dotado de *dimensão espacial e temporal* muito mais amplas do que no passado. No que se refere a dimensão espacial, o autor não visualiza mais o direito internacional como condicionado ao consentimento dos Estados territoriais. A repartição territorial de competências é incapaz de resolver os problemas da comunidade internacional contemporânea. O novo *jus gentium* dos dias atuais não se reduz ao que os Estados se mostram dispostos a conceder. Esta visão levou a fragmentação histórica do *jus gentium* no *jus inter gentes*. Em definitivo nenhum Estado deve considerar-se acima do direito internacional³⁸⁷.

O domínio do novo *jus gentium* não é mais insensível à pobreza crescente e à marginalização e exclusão social. O Estado de direito no plano nacional e internacional, mergulhando em um sentimento persistente de justiça, prevalece sobre a *raison d'Etat*. Na medida em que se estender o reconhecimento aos valores universais, a comunidade internacional se moverá do *jus inter gentes* ao novo *jus gentium*, o direito internacional da humanidade³⁸⁸.

³⁸⁶ *Idem Ibidem*, p. 404.

³⁸⁷ *Idem Ibidem*, pp. 404-405.

³⁸⁸ *Idem Ibidem*, p. 405.

CONCLUSÃO

O conceito de *jus gentium* foi sendo definido, com o passar do tempo, com a evolução do Direito Internacional.

Cançado Trindade faz um resgate do conceito na visão de Grotius que afirmava que o ser humano ocupa a posição central no sistema das relações internacionais, devendo-se abandonar o voluntarismo estatal ilimitado. O ser humano deve ser visto e reconhecido como um sujeito de Direito.

Aos princípios do Direito Internacional, no âmbito das fontes do Direito Internacional, teve uma renovação da visão jusnaturalista, os princípios passaram a iluminar a formação da evolução do ordenamento jurídico internacional.

Observamos ao longo do trabalho que o direito positivista é incapaz de explicar a formação das normas consuetudinárias, não conseguindo visualizar o Direito como um meio para a realização da justiça. Pode-se concluir que o fundamento último do Direito se encontra necessariamente fora da ordem legal positiva.

Em meados do século XX, reconheceu-se a necessidade da reconstrução do Direito Internacional com atenção voltada para os direitos inerentes a todos os seres humanos. A Declaração Universal de 1948 foi o marco do despertar da *consciência jurídica universal* para assim assegurar a necessidade de proteção eficaz ao ser humano, em todas e quaisquer circunstâncias.

Na segunda metade do século XX, houve uma extraordinária expansão do Direito Internacional, originada pela atuação das Nações Unidas, as agências especializadas, bem como das organizações regionais. A influência trazida pelas organizações, mesmo estando fora dos princípios do artigo 38 do Estatuto da CIJ, tem uma vasta produção normativa, passando a produzir numerosos tratados e convenções de importância em distintas áreas da atividade humana.

As transformações no cenário Mundial a partir de 1989 foram marcadas pelo fim da guerra fria e a irrupção de numerosos conflitos internos, assinalando os anos noventa em uma escala universal, sobre as próprias bases da sociedade internacional e a formação gradual da agenda internacional do século XXI.

As *condições de vida* da população têm tido especial atenção, em particular os grupos vulneráveis que necessitam de especial proteção. A proteção do ser humano, do meio

ambiente, a superação da disparidade entre os países e dentro deles a exclusão social, a erradicação da fome, o fim da pobreza, o desarmamento, têm conduzido à revitalização dos próprios fundamentos e princípios do Direito Internacional contemporâneo, dando ênfase para a adoção da solidariedade.

A proteção internacional da pessoa humana encontra-se hoje definitivamente superada. A doutrina e a prática contemporânea já admitem a aplicação simultânea ou concomitante das normas de proteção, sejam de Direito Internacional dos Direitos Humanos, seja o Direito Internacional dos Refugiados, seja o Direito Internacional Humanitário³⁸⁹.

Os desenvolvimentos recentes na proteção internacional da pessoa humana, tanto na época de paz ou de conflitos armados, evidencia a obrigação da *devida diligência* por parte do Estado, que tem o dever jurídico de tomar medidas positivas para prevenir, investigar e sancionar violações dos Direitos Humanos.

A nova dimensão do *direito de proteção* do ser humano, dotado de reconhecimento e especificidade própria, está erguida no plano jurisprudencial sobre o binômio de “respeitar” e “fazer respeitar”³⁹⁰.

No presente domínio do *direito internacional de proteção* percebemos que o uso do Direito Internacional tem como o fim de aperfeiçoar e fortalecer a proteção dos Direitos Humanos já consagrados, não podendo jamais os restringir ou debilitar, tanto no plano normativo quanto no plano processual.

Os Tratados e instrumentos de humanos têm demonstrado que as obrigações para os Estados-Partes *vis-à-vis* os seres humanos, aplicam-se não só na ação conjunta (garantias coletivas) mas, também, no âmbito do ordenamento interno de cada um deles (relação entre o poder público e os indivíduos), nos quais devem produzir efeitos³⁹¹.

Os Tratados de direitos humanos não podem esgotar na ação do Estado. A noção de garantia coletiva é subjacente à aplicação dos tratados de direitos humanos, sendo que para o cumprimento das obrigações internacionais de proteção é necessário o concurso de órgãos internos dos Estados, que são chamadas a aplicar as normas internacionais³⁹².

³⁸⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional...*, cit., p. 434.

³⁹⁰ *Idem*.

³⁹¹ *Idem Ibidem*, p. 717.

³⁹² *Idem*.

Quanto a aceitação dos Tratados de direitos humanos, Cançado Trindade adverte que devem ser aceitos na sua integralidade, incluindo, também, a aceitação da competência obrigatória dos órgãos de proteção internacional.

O referido jurista deixa clara a necessidade de restituir o ser humano na posição central, como *sujeito do direito tanto interno como internacional*. Para se chegar a tal posicionamento, Cançado Trindade afirma que o positivismo voluntarista precisa ser desmistificado e que a resposta aos fundamentos e a validade do direito internacional geral está na consciência jurídica universal, a partir da asserção da ideia de justiça objetiva³⁹³.

As atrocidades e os abusos que vêm ocorrendo nas últimas décadas vitimando milhões de seres humanos, em todas as partes, têm definitivamente despertado *a consciência jurídica universal* para assim reconceitualizar as próprias bases do ordenamento jurídico universal³⁹⁴. Cançado Trindade é firme ao afirmar que o direito internacional não se reduz a um instrumento a serviço do poder, tendo como destinatário final é o *ser humano*, cujas necessidades básicas devem ser atendidas, entre as quais, em destaque a da realização da justiça.

No século XXI, em meio ao uso indiscriminado das forças, impõem-se a reconstrução do direito internacional com base de um novo paradigma, situando a pessoa humana em posição central e tendo presentes os problemas que afetam a humanidade como um todo³⁹⁵.

A chamada cláusula Martens tem visado estender juridicamente a proteção aos indivíduos em todas as situações, mesmo que ainda não contempladas pelas normas humanitárias convencionais. A cláusula Martens invoca “os princípios do direito das gentes” derivadas dos “usos estabelecidos” assim como “as leis de humanidade” e as exigências da consciência humana³⁹⁶.

Pode-se afirmar que a cláusula Martens exerce a função na hermenêutica da normatividade humanitária. Cançado Trindade afirma que ela tem sido concebida em benefício de todo o gênero humano mantendo, assim, a sua grande atualidade, caracterizada, na verdade, como expressão da *razão de humanidade* impondo limites a razão de Estado³⁹⁷.

³⁹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 401.

³⁹⁴ *Idem*.

³⁹⁵ *Idem Ibidem*, p. 402.

³⁹⁶ *Idem*.

³⁹⁷ *Idem Ibidem*, p. 403.

A emancipação da pessoa humana *vis-à-vis* o próprio Estado vem se consolidando através do alcance a um Tribunal Internacional. Ninguém poderia supor, há alguns anos atrás, que os refugiados e deslocados, os migrantes e os emigrantes (parecer n.18 da Corte Interamericana de Justiça) e as crianças abandonadas alcançassem um Tribunal internacional como a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Cançado Trindade afirma que esse acesso dos pobres e oprimidos à justiça internacional, se deve, sobretudo, ao despertar da consciência humana para a necessidade de proteção, em particular, dos mais fracos e oprimidos³⁹⁸.

Quanto ao acesso do indivíduo aos Tribunais Internacionais deve-se fazer acompanhar da garantia de igualdade processual das partes, essencial em todo o sistema jurisdicional de proteção dos direitos humanos.

No ponto de vista de Cançado Trindade, o grande problema é referente a participação dos indivíduos (vítimas) no processo ante os Tribunais Internacionais. O acesso do indivíduo à Corte Europeia dos Direitos Humanos é direto, tendo plena capacidade dentro do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Quanto à Corte Interamericana, o indivíduo tem acesso ao Tribunal através da Comissão.

Cançado Trindade afirma que a representação direta (*locus satndi*) das supostas vítimas deve conduzir ao acesso direto (*jus standi*) aos Tribunais Internacionais de direitos humanos. Considerando que as vítimas *são as verdadeiras partes* demandantes ante a Corte, são elas que recebem as reparações e indenizações, estando presentes no *início e no final* do processo, não havendo sentido em negar-lhes presença durante o mesmo³⁹⁹.

O jurista vai além afirmando que no dia que se lograr perante a Corte Interamericana, a exemplo da entrada em vigor iminente do Protocolo n.11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, teremos alcançado o ponto culminante no sistema interamericano de proteção, de um grande movimento de dimensão universal, a lograr o resgate do ser humano como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de capacidade jurídica e internacional⁴⁰⁰.

Estamos testemunhando o impulsionar do processo de humanização do direito internacional que se vem ocupando mais diretamente da identificação e realização de valores e metas comuns superiores. O reconhecimento da centralidade dos direitos humanos

³⁹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 404.

³⁹⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo...*, cit., pp. 686-687.

⁴⁰⁰ *Idem*.

corresponde a um novo *ethos* que vem abrindo caminho para a construção de um novo *jus gentium* como direito universal da humanidade⁴⁰¹.

Não se pode visualizar a humanidade como sujeito de direito a partir da ótica do Estado, mas sim, que reconhecer os limites do Estados a partir da ótica da Humanidade. Ao jurista encontra-se reservado um papel de crucial importância na construção deste novo *jus gentium* do século XXI, o direito universal da humanidade⁴⁰².

Concluimos que o jurista Cançado Trindade, ao longo de toda sua trajetória dentro do direito, mais especificamente, do direito internacional, vem cumprindo o seu papel de contribuir profundamente com a evolução e as novas tendências da humanização do direito internacional.

⁴⁰¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização...*, cit., p. 408.

⁴⁰² *Idem Ibidem*, pp. 408-409.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Adriano Selhorst. *Jus Cogens: Gênese, Normatização E Conceito*, Pg. 3. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Jus-Cogens-G%C3%AAnese-Normatiza%C3%A7%C3%A3o-E-Conceito.pdf> (Acesso em 29/04/2015).

BELLINI, Izabele. *A Intervenção da OTAN no Kosovo – Controvérsias em um novo paradigma de intervenções nas Relações Internacionais*. Monografia apresentada na Universidade de Brasília, Março de 2012.

BOECHAT, Lorena Pereira Oliveira. *Migrantes Indocumentados. Reflexões sobre uma realidade Internacional*, p. 14764. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_13b_14741_14775.pdf (Acesso em 30/04/2015).

BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CAEIRO, Pedro. *Fundamentos e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. Reforma Psiquiátrica e Política de Saúde no Brasil. Ministério da Saúde. p. 9 Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Relatorio15_anos_Caracas.pdf. Acesso em 16/06/2015.

Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica, 1969.

CUNHA, J. Silva; VALLE, Maria da Assunção. *Manual de Direito Internacional Público*, 2 edª, Coimbra: Editora Almedina, 2004.

Decreto nº 7.030, de 14 de Dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969.

DROUBI, Sufyan el. *Notas Sobre as Resoluções Obrigatórias do Conselho de Segurança da ONU e sua Introdução no Direito Brasileiro*, Revista Imes, Direito, ano VII, nº 12, jan./dez. 2006. p.233.

FERNANDES, Jean Marcel. *A promoção da paz pelo Direito Internacional Humanitário*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

FERNANDES, Juan Marcel. *Direito Internacional Humanitário: Pilares Teóricos*. pp. 24-25; Trecho do livro FERNANDES, Jean Marcel. *A promoção da paz pelo Direito Internacional Humanitário*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

FILHO, Cavalcante; TRINDADE, João. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf (Acesso em 20/06/2015).

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *História do Direito Internacional: O Caso Lótus (1927)*, Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito. Vol.3, nº 2 (2009). p. 43.

GOES, Fernanda Lira e Silva, Tatiana Dias. *O Regime Internacional de Combate ao Racismo e à Discriminação Racial*, Rio de Janeiro, Outubro de 2013. pp. 19-20.

GUIMARÃES, Bianca Franco da Rosa; MIRANDA, João Irineu de Resende. *A Participação das Vítimas nos Julgamentos do Tribunal Penal Internacional*. p. 184. Artigo publicado na Revista Direitos Fundamentais e Justiça- ano 6, nº 21, pp. 176-196, Out./Dez. 2012. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/21_Doutrina%20Nacional%208_OK.pdf. (Acesso em 28/06/ 2015).

ISHAY, Micheline R. (org.). *Direitos Humanos: Uma Antologia*, São Paulo: Edusp, 2006. p.147 a 159. Site:<http://www.direitoshumanos.usp.br/dh/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/hugo-grotius-o-direito-da-guerra-e-da-paz-1625.html> (Acesso em 22/04/2015).

JUNIOR, Hilario Ribeiro. *A Crise os elementos Clássicos de Surgimento do Estado: Uma análise pragmática do reconhecimento*, Monografia defendida na Faculdade de Direito, setor Jurídico de Ciências Jurídicos da UFPR. Curitiba, 2009.

LIMA, George Marmelstein. *50 anos do caso Lüth: O caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós - guerra*. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/> (Acesso em 21/06/2015).

LIMA, Jr., Jayme Bevenuto (Organizador). *Manual de Direito Humanos Internacionais – Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.uniceub.br/media/181730/Texto4.pdf> (Acesso em 26/06/2015).

LIMA, Lucas Carlos. *O Surgimento da Corte Permanente de Justiça Internacional: Formação Europeia e Fundamento Voluntarista*, Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 8, n. 1, 2013. Disponível em: www.ufsm.br/redevistadireito (Acesso em 20/06/2015).

LUKAMBA, Paulino. *Direito Internacional Público*, 2ª ed., Angola: Escolar Editora, 2013.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *A Genealogia da Noção de Direito Internacional*, RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ, n. 18, ano 2010.

MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MARTINS, Isabela Maia Mesquita. *O indivíduo na condição de sujeito ativo e passivo do direito contemporâneo*, Monografia apresentada no Centro Universitário de Brasília, 2009. Univ. JUS, Brasília, v. 22, n.1, p. 113-406, jan./jun. 2011. p. 176.

MENEZES, Wagner. *A contribuição da América Latina para o Direito Internacional: O Princípio da Solidariedade*, São Paulo, 2007. Disponível em: [file:///C:/Users/ASUS/Downloads/Wagner_Menezes%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/ASUS/Downloads/Wagner_Menezes%20(2).pdf) (Acesso em 20/05/2015).

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*, 5ª edição, Editora: Principia, 2012.

MONTES D'OCA, Fernando Rodrigues. *Política, Direito e Relações [...] Revista Opinião Filosófica*, Porto Alegre, v. 03; n°. 01, 2012.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª ed., Almedina, 2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. *A Globalização dos Direitos Humanos*, p. 1; *Apud*: HOGEMANN, Edna Raquel R. S. *Direitos Humanos: Sobre a Universalidade rumo aos Direitos Internacional dos Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/brasil/textos/dh_univ.htm (Acesso 26/06/2015).

PIOVESAN, Flávia. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos das Mulheres. p. 71; EMERJ, R. Rio de Janeiro, v.15, n.57 (Edição Especial), pp.70-89, jan-mar. 2012. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf (Acesso em 12/06/2015).

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional*, 14ª ed., Ver. E atual., São Paulo: Sarava, 2013.

Preventiva ou Preemptiva? p. 10. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/static/revistaelectronica/artigos/O%20CONCEITO%20DE%20A%20UTO%20DEFESA%20NA%20CARTA%20DA%20ONU%20E%20A%20GUERRA%20NO%20IRAQUE%20Erica%20Olivia.pdf> (Acesso em 28/06/2015).

RANGEL, Vicente Marotta. *Os Conflitos Entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais*, pp. 40-45. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66517/69127> (Acesso em 16/06/2015).

Relatório e Propostas do Presidente e Relator da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Juiz Antônio Cançado Trindade, à Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos do Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos no Âmbito do Diálogo Sobre o Sistema Interamericano de Protecção dos Direitos Humanos: Bases para um Projeto de Protocolo à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, para o Fortalecimento do seu Mecanismo de Protecção, Washington D.C., 5 de abril de 2001. pp. 412-413. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a11696.pdf> (Acesso em 23/06/2015).

RODRIGUES, Manuel Augusto. *Francisco Suárez (1548-1617), o Doctor Eximius, professor da Universidade de Coimbra*. p. 371. Trabalho traduz a intervenção feita no curso de verão da universidade de Oviedo, realizado em Gijón entre 12 e 16 de julho de 1999, dedicado ao tema “Espana y Portugal: vivências históricas”. Disponível em: <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/2881.pdf> (Acesso em 04/05/2015).

SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Sousa. *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lex: Lisboa, 2000.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Fontes não Codificadas no Direito Internacional*, Revista do Programa de Mestrado em Direito da UniCEUB, Brasília, v.1, n.1,

pg. 97-125, jul/dez 2004. Disponível em: file:///C:/Users/ASUS/Downloads/177-683-1-PB.pdf (Acesso em 06.06.2015).

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito Internacional e Direito Interno: Sua Interação na Proteção dos Direitos Humanos*. Prefácio da coletânea intitulada: Os Instrumentos Internacionais de proteção aos Direitos Humanos. São José da Costa Rica, 1996.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*, Rio de Janeiro: Renovar: 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*, Brasília: FUNAG, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Volume I, 2ª ed., Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRUYOL; SERRA, 1996, p. 92. *Apud*: REINERT, Thiago Luis. *Os fundadores do Direito Internacional e a participação do ser humano nas relações internacionais*, Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2766, 27 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18343>> (Acesso em 22/04/2015).

Jurisprudência e Legislação

Caso das Atividades Militares e Paramilitares na e Contra a Nicarágua (Nicarágua v. Estados Unidos da América), 1984-1991.

Caso El Amparo Vs. Venezuela. Sentença de 18 de janeiro de 1995. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Casos da Plataforma Continental do Mar do Norte (República Federal da Alemanha/Dinamarca; República Federal da Alemanha/Países Baixos) 1967-1969. Disponível em: http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/casos-conteciosos_1967.pdf (Acesso 01/05/2015).

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Corte IDH. "Caso Ximenes Lopes vs. Brasil". Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, N. 149.

Corte IDH. Caso Massacre de Plan Sánchez Vs Guatemala. Reparações. Sentença de 19 de novembro de 2004.

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Decreto-Lei nº 4388 de 25 de Setembro de 2002.

International Court Of Justice Accordance with International Law Of The Unilateral Declaration Of Independence In Respect Of Kosovo (Advisory opinion of 22 de July 2010).

Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos/Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America, Application of The Republic Of Nicarágua. P. 2. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/9615.pdf> (Acesso em 06/06/2015).

Parecer Consultivo: Reparação de Danos Sofrido a Serviço das Nações Unidas (1948-1949). Disponível em: http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/pareceres-consultivos_1948.pdf (Acesso em 24/06/2015).

Request For Interpretation Of The Judgment Of 15 June 1962 In The Case Concerning The Temple Of Preah Vihear (Cambodia v Thailand). Disponível em: <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/08/Request-for-Interpretation-of-the-Judgment-of-15-June-1962-in-the-Case-concerning-the-Temple-of-Preah-Vihear-Cambodia-v.-Thailand-Cambodia-v.-Thailand.pdf> (Acesso em 20/06/2015).

Resolução 3314 (XXIX). Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement> (Acesso em 24/06/2015).

Rules of Procedure and Evidence – Internacional Criminal Court. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/legal-texts/RulesProcedureEvidenceEng.pdf> (Acesso 24/06/2015).