

AMICUS CURIAE

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

OPINIÃO CONSULTIVA SOLICITADA PELA COLÔMBIA

CLAUDIA REGINA DE OLIVEIRA MAGALHÃES DA SILVA LOUREIRO¹, cidadã brasileira, Professora de Direitos Humanos da Universidade Federal de Uberlândia, portadora do Registro de Identidade nº _____, vem, à presença da Egrégia Corte Interamericana de Direitos Humanos, apresentar **MANIFESTAÇÃO²** à Opinião Consultiva solicitada pela Colômbia, nos termos da Convocatória emitida pela Corte em 7.06.2019.

A manifestação de *Amicus Curiae*³ será organizada de acordo com o seguinte sumário.

SUMÁRIO

1. QUESTÕES	DE
ADMISSIBILIDADE.....	4
1.1.Dos requisitos de	de
admissibilidade.....	4
1.2.Da competência da Corte para emitir Parecer Consultivo.....	5
2. OBJETO DA SOLICITAÇÃO DE PARECER CONSULTIVO.....	7

¹ Professora de Direitos Humanos da Universidade Federal de Uberlândia; Pós-Doutora em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Pós-Doutoranda em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional – ABDI;

² A petionária registra os agradecimentos à Dra. Tatiana Cardoso Squeff, Professora de Direito Internacional da Universidade Federal de Uberlândia, pela inestimável contribuição jurídica com os comentários realizados para a elaboração de referido documento.

³ A manifestação foi realizada com a contribuição da pesquisa jurisprudencial realizada pelos alunos da Universidade Federal de Uberlândia: Daniel Urias Pereira Feitoza, Rafaela da Costa Vechiato e Antonio Teixeira Junqueira Neto.

2.1. Dispositivos interamericanos a serem interpretados.....	7
2.2. Perguntas que embasam o pedido de Parecer Consultivo.....	8
3. DOCUMENTOS INTERAMERICANOS.....	8
4. DA NATUREZA JURÍDICA DAS OPINIÕES CONSULTIVAS.....	11
5. DAS NORMAS JUS COGENS.....	16
6. DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	20
7. DO DIREITO COSTUMEIRO.....	24
8. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA DENÚNCIA DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	26
9. DA RETIRADA DA ACEITAÇÃO DA JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	29
10. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA RETIRADA DE UM ESTADO-MEMBRO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS.....	30
11. DAS RESPOSTAS AOS QUESTIONAMENTOS À OPINIÃO CONSULTIVA SOLICITADA PELA COLÔMBIA.....	33
12. CONCLUSÃO.....	37

ABREVIATURAS

- CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos
- CorteIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos
- CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos
- OEA – Organização dos Estados Americanos

AMICUS CURIAE

Questões de Admissibilidade

1.1. Dos Requisitos de Admissibilidade

A República da Colômbia solicitou, em abril de 2019, a Opinião Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos referente às obrigações em matéria de direitos humanos de um Estado que denunciou a Convenção Americana de Direitos Humanos e que tenta retirar-se da Organização dos Estados Americanos.⁴

A República da Colômbia, Estado Membro da Organização dos Estados Americanos e Estado parte da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica submeteu perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos o pedido de Parecer Consultivo, no exercício da prerrogativa consagrada no artigo 64.1 do referido Pacto que prevê:

“(...) Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.(...)”

⁴ CorteIDH. Parecer Consultivo solicitado pela Colômbia em abril de 2019. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/sol_oc_26_por.pdf. Acesso em 10.07.2019.

O pedido também é formulado em conformidade com as estipulações dos parágrafos 1º e 2º do artigo 70 do Regulamento da Corte, segundo os quais:

“(…) 1. Os pedidos de parecer consultivo previstos no artigo 64.1 da Convenção deverão formular com precisão as perguntas específicas sobre as quais se pretende obter o parecer da Corte. 2. Os pedidos de parecer consultivo formulados por um Estado membro ou pela Comissão deverão indicar, ademais, as disposições cuja interpretação é solicitada, as considerações que originam a consulta e o nome e endereço do Agente ou dos Delegados. (…).

A consulta se refere aos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos existentes nos países que pretendem abandonar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos ao denunciar a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Carta da Organização dos Estados Americanos com a tentativa de deixar de ser membros do órgão regional.

O Parecer Consultivo solicitado refere-se aos seguintes aspectos de alcance geral: (i) O alcance das obrigações internacionais que em matéria de proteção e promoção dos direitos humanos tem um Estado Membro da OEA que denunciou a Convenção Americana; (ii) os efeitos que sobre tais obrigações têm o fato de que dito Estado, mais adiante, tome a medida extrema de denunciar o instrumento constitutivo da Organização regional e busque efetivamente se retirar da mesma; e (iii) os mecanismos dos quais dispõem, de um lado a comunidade internacional e, em particular, os Estados membros da OEA, para exigir o cumprimento de tais obrigações e torna-las efetivas, e de outro, os indivíduos sujeitos à jurisdição do Estado denunciante, para exigir a proteção de seus direitos humanos quando surge um quadro de graves e sistemáticas violações dos mesmos.

O Estado solicitante esclareceu que o pedido de Parecer Consultivo é feito de forma abstrata e que as questões nele apresentadas são de aplicabilidade geral e da competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme previsto na Convenção.

Por isso, o Parecer a ser emitido pela Corte terá valor permanente e servirá para orientar todos os Estados membros da Organização e seus organismos que, porventura, queiram se desligar da OEA e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

1.2. Da Competência da Corte para emitir Parecer Consultivo

O artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece a competência contenciosa da Corte para emitir Opiniões Consultivas.

Além disso, a competência *ratione personae* da Corte também se aplica pelo fato de a República da Colômbia, Estado solicitante, ser Estado membro da OEA.

A Corte também tem competência *ratione loci*, pois a consulta se refere claramente à proteção dos direitos humanos em qualquer Estado americano.

A competência *ratione materiae* também está preenchida, uma vez que a consulta se refere à interpretação da Convenção e de “outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”, em particular a Carta da OEA e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948.⁵

Nos precedentes acima mencionados, a Corte manifestou o entendimento de que pode interpretar a Declaração Americana e sobre ela emitir um parecer, quando for necessário para a interpretação da Carta da Organização e da Convenção Americana que são tratados sobre os quais a Corte pode exercer a sua competência consultiva, em decorrência do artigo 64.1 da CADH.

A Declaração Americana é o texto que determina quais são os direitos humanos a que se referem a Carta da OEA para os Estados Membros da Organização, além de constituir fonte das obrigações internacionais para estes. Por outro lado, a Convenção Americana é a fonte das obrigações para os Estados partes que não se liberam das obrigações da Convenção por serem membros da OEA.

Além de ter competência para emitir pareceres consultivos, a Corte também tem competência para avaliar, em cada pedido concreto, a pertinência de exercer a sua função consultiva, o que tem relação com o princípio da “competência da competência”, que não pode ser discricionário, pois, para abster-se de responder a uma consulta, a Corte necessita fundamentar sua decisão, por exemplo, pela falta de cumprimento dos requisitos da petição, exigidos pela Convenção Americana, conforme dispõe o artigo 66 da Convenção.

⁵ CorteIDH. Parecer Consultivo OC-1/82. Parágrafo 34. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf. Acesso em 4.12.2019 e Parecer Consultivo OC – 10/89, parágrafo 44. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf. Acesso em 04.12.2019.

Ademais, a solicitação de Parecer Consultivo não pode ser usada para obter um pronunciamento prematuro da Corte sobre caso futuro, para obter um pronunciamento indireto sobre um caso em litígio, para debate político, para pronunciamento de temas sobre os quais a Corte já se pronunciou ou para solucionar questões de fato.⁶

2. Do objeto da solicitação de Parecer Consultivo

2.1. Dispositivos a serem interpretados

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos estabelece que a competência consultiva da Corte constitui um método judicial alternativo para a proteção dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, de modo que referida competência não pode resultar numa especulação puramente acadêmica sem a previsibilidade de aplicação a situações concretas que justifiquem o interesse na emissão do parecer.⁷

Desse modo, a situação concreta que justifica a emissão do parecer é o movimento de países latino-americanos no sentido de desligamento do Sistema Interamericano, com a denúncia da CADH, bem como da Carta da OEA.⁸

Sendo assim, o Parecer Consultivo solicita a manifestação da Corte sobre os seguintes dispositivos interamericanos: (i) a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros documentos interamericanos correlatos; (ii) A Convenção Americana de Direitos Humanos.

O objetivo da Parecer Consultivo solicitado é fazer com que a Corte se manifeste sobre a interpretação das normas de proteção dos direitos humanos,

⁶ CorteIDH. Parecer Consultivo – OC 16/99, parágrafo 47. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf. Acesso em 04.12.2019; Parecer Consultivo OC – 18/03, parágrafo 63. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em 4.12.2019.

⁷ CorteIDH. Parecer Consultivo – OC 9/87, parágrafo 16. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf. Ac esso em 4.12.2019.

⁸ Ximena Soley e Silvia Steininger. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Law in Context*, Volume 14, Special Issue 2 (Resistance to International Courts). June 2018, pp. 237-257. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-journal-of-law-in-context/article/parting-ways-or-lashing-back-withdrawals-backlash-and-the-interamerican-court-of-human-rights/572FCD1B3E1C2AD9C5F1A71BB500152D/core-reader>. Acesso em 20.11.2019.

convencionais e consuetudinárias, que estão abrangidas pela expressão outros tratados”, prevista no artigo 64.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.⁹

O Estado solicitante do Parecer Consultivo solicita que a Corte se manifeste sobre os seguintes dispositivos específicos: (i) Declaração Americana: a) Resolução XXX da IX Conferência Internacional Americana, por meio da qual se adotou a Declaração Americana; b) Os seis parágrafos não enumerados do preâmbulo da Declaração; (ii) Carta da Organização dos Estados Americanos: a) parágrafo primeiro a quinto não enumerados do Preâmbulo; b) Artigo 3.I; c) Artigo 17; d) Artigo 45; e) Artigo 53; f) Artigo 106; (iii) Convenção Americana de Direitos Humanos: a) os cinco parágrafos não enumerados do preâmbulo; b) Artigo 1; c) artigo 2; d) artigo 27; e) artigo 29; f) artigo 30; g) artigo 31; h) Parte II - arts. 33 a 65); i) artigo 78.

2.2. Perguntas que embasam o pedido de Parecer Consultivo

A República da Colômbia solicitou que a Corte se manifeste sobre os seguintes questionamentos:

- (i) À luz do direito internacional, convencional e consuetudinário e em particular da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948: Quais são as obrigações em matéria de direitos humanos que tem um Estado Membro da Organização dos Estados Americanos que denunciou a Convenção Americana de Direitos Humanos?
- (ii) No caso de que tal Estado denuncie também a Carta da Organização dos Estados Americanos e busque retirar-se da Organização, quais são os efeitos que tal denúncia e saída tem sobre as obrigações a que se refere a primeira pergunta?
- (iii) Quando surge um quadro de violações graves e sistemáticas dos direitos humanos que ocorra sob a jurisdição de um estado das Américas que tenha denunciado a Convenção Americana e a Carta da OEA,
 1. Que obrigações em matéria de direitos humanos têm os demais Estados membros da OEA?
 2. De quais mecanismos dispõem os Estados membros da OEA para tornar efetivas tais obrigações?

⁹ CorteIDH. Parecer Consultivo – OC 1/82, parágrafo primeiro. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf. Acesso em 4.12.2019

3. A que mecanismos de proteção internacional de direitos humanos podem acudir as pessoas sujeitas à jurisdição do estado denunciante?

3. Dos documentos interamericanos

A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 é o documento que rege as obrigações dos Estados pertencentes à Organização dos Estados Americanos e que estabelece seus direitos e deveres, ou seja, suas obrigações. É composta pela Resolução XXX que contém quatro parágrafos não numerados e pela própria Declaração, com seis parágrafos não numerados no preâmbulo.¹⁰

O preâmbulo da Resolução XXX preconiza o sentimento de que a finalidade principal de todas as instituições políticas e jurídicas é a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que permitam alcançar a felicidade e que os direitos essenciais do homem não decorrem do vínculo jurídico-político que o ser humano tem com determinado Estado, mas sim de sua condição humana.

Além disso, a Resolução concilia a consagração americana dos direitos do homem com as garantias oferecidas pelo regime interno como um sistema inicial de proteção aos direitos humanos, ressaltando, em seu preâmbulo, a liberdade e igualdade em direitos e dignidade de todos os seres humanos, bem como a fraternidade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que os direitos fundamentais garantidos na Carta da OEA são todos aqueles previstos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, que estabelece direitos e deveres para todos os Estados-membros da OEA, principalmente o dever de respeitar os direitos humanos dos seus cidadãos garantidos pela Declaração Americana.¹¹

¹⁰ Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em 4.12.2019.

¹¹ Natasha Concepcion. Concepcion, Natasha Parassram. "The Legal Implications of Trinidad & Tobago's Withdrawal from the American Convention on Human Rights." *American University International Law Review*. 16, no. 3 (2001): 847-890. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1242&context=auilr>. Acesso em 10.08.2019.

O artigo I da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 protege o direito à vida e a Comissão Interamericana tem aplicado o conceito de *jus cogens* para abranger determinados direitos previstos na Declaração, que é considerada *soft law*. Assim, a Comissão Interamericana pode emitir Recomendações em relação a determinado Estado e, ao constatar que um Estado violou a Declaração, deve iniciar o monitoramento.

A propósito, o artigo 1 (2) (b) do Estatuto da CIDH estabelece que o órgão tem a autoridade para administrar a Declaração Americana em relação aos Estados-membros que não são parte da Convenção Americana, inclusive em relação aqueles que a denunciaram, caso em que os Estados continuam obrigados a certos direitos como decorrência da Declaração Americana.¹²

Assim, se um Estado denúncia a Convenção Americana, os direitos humanos dos cidadãos continuam protegidos pela Declaração Americana. Entretanto, se o Estado denunciar a Carta da OEA, como ficam os direitos humanos e a aplicação dos standards decorrentes da Declaração Americana?

Outro documento interamericano a ser interpretado pela Corte no Parecer Consultivo é a Carta da Organização dos Estados Americanos, que é o documento que tem como objetivo fornecer ao homem uma América, terra de liberdades e ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade para o convívio em paz e com respeito à soberania, independência, igualdade e direito, com base na solidariedade americana e respeito aos direitos essenciais do homem.¹³

A Carta da OEA também preconiza a cooperação internacional e o bem-estar de todos, bem como a ideia de que os direitos fundamentais da pessoa humana independem de raça, nacionalidade, credo ou sexo, em decorrência do princípio da igualdade.

O documento ainda prevê a liberdade dos Estados para o exercício de sua soberania, desde que com respeito aos direitos da pessoa humana e aos princípios da moral universal.

¹² Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/t.Estatuto.CIDH.htm>. Acesso em 4.12.2019.

¹³ Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organizacao_dos_Estados_Americanos.pdf. Acesso em 04.12.2019.

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 é o documento interamericano que tem como fundamento os princípios da democracia, da liberdade pessoal, da justiça social, do respeito aos direitos essenciais do homem e da proteção internacional.¹⁴

A Convenção ainda é pautada no valor de que o ser humano só realiza o seu ideal se estiver livre da miséria e do temor, realidade que só se alcança com a prevalência dos direitos econômicos, sociais e culturais; e civis e políticos.

O tratado internacional em apreço deve ser interpretado de modo a não suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades por ele reconhecidos, não podendo concentrar a ideia de exclusão dos direitos e garantias inerentes ao ser humano ou que decorram da forma democrática e representativa do governo.

O artigo 78 da Convenção Americana estabelece o direito de o Estado denunciar a Convenção, o que, no entanto, não atinge atos pretéritos ao ato unilateral. Entretanto, referida denúncia deve ser feita em atenção em consonância com os standards interpretativos da Convenção e dos demais documentos interamericanos, conforme será detalhado oportunamente.

4. A natureza jurídica das opiniões consultivas

A Opinião Consultiva a ser emitida pela Corte Interamericana deverá ser respeitada pelos demais Estados não solicitantes, que são parte da Convenção Americana de Direitos Humanos e pelos Estados que aceitaram a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A função da CorteIDH de emitir pareceres consultivos está prevista no artigo 64 da CADH que estabelece que qualquer Estado-membro da CADH e os órgãos da OEA, desde que dentro da sua área de atuação, possuem legitimidade para requerer opinião consultiva à CorteIDH. Os questionamentos e esclarecimentos podem ser requeridos tanto acerca dos tratados de direitos humanos no âmbito americano (sobre sua interpretação, conteúdo, alcance, etc.), bem como a respeito da compatibilidade de leis internas com a CADH.

¹⁴ Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 4.12.2019.

No entanto, a solicitação não será cabível quando incidir sobre questões decorrentes de casos pendentes na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resta assente na doutrina, e na própria jurisprudência da CorteIDH, que, embora não vinculantes, os pareceres consultivos possuem autoridade.

Sobre o tema, necessário trazer algumas considerações abordadas por André de Carvalho Ramos:

A jurisdição consultiva é considerada missão fundamental das cortes internacionais, ao lado da jurisdição contenciosa. É com base nela que as cortes podem interpretar normas jurídicas internacionais, fixando o seu alcance e conteúdo, mesmo na ausência de casos contenciosos. É inegável que a jurisdição consultiva supre o incipiente reconhecimento da jurisdição obrigatória de cortes internacionais pelos Estados, servindo as opiniões consultivas para a fixação do conteúdo e alcance do direito internacional atual. Embora não se possa supor a força vinculante de tais opiniões, é certo que as mesmas declaram o direito internacional e com isso, possibilitam maior certeza jurídica aos sujeitos de direito internacional.¹⁵

Embora não vinculantes, as opiniões consultivas possuem autoridade, posto que consubstanciam a perspectiva do órgão jurisdicional sobre a matéria versada no tratado, revelando de que maneira este se posiciona quanto a determinada questão, prenunciando qual seria a decisão a ser tomada pelo órgão no caso de superveniência de um caso contencioso nos mesmos contornos daquele objeto do parecer consultivo. Posto isto, mostra-se razoável e responsável a observância de tais pareceres pelos Estados-membros, a fim de evitar futuras responsabilizações internacionais.

Além disso, o Parecer Consultivo pode dar ensejo à formação de um comportamento dos Estados, a respaldar a formação de um costume internacional e a caracterização de uma norma de natureza *jus cogens*.

Não bastasse isso, o Parecer Consultivo a ser emitido pela Corte formará as bases para a fundamentação dos futuros julgamentos realizados pela Corte sobre o tema em apreço, pois, embora o descumprimento ou inobservância de um parecer consultivo não acarrete de imediato o reconhecimento do descumprimento do direito internacional, tende a dar ensejo a uma responsabilização internacional em sede contenciosa em momento posterior.

Logo, a postura dos Estados de agirem de acordo com as opiniões consultivas demonstra seu comprometimento com a interpretação dada pela Corte sobre os tratados internacionais regionais interamericanos.

¹⁵ André de Carvalho Ramos. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6ª edição. São Paulo. 2016, p. 265.

As opiniões consultivas emitidas por tribunais internacionais adequam-se à categoria de *soft law*, expressão usada para se referir a normas jurídicas que, a princípio, não são vinculantes.¹⁶

Na teoria das fontes do direito internacional, são encontradas duas grandes categorias de normas jurídicas: a *hard law* (normas internacionais de caráter vinculativo e obrigatório para os Estados) e *soft law* (normas jurídicas caracterizadas pela falta de força vinculante, mas que não carecem de efeitos jurídicos ou, ao menos, de relevância jurídica).

Ao contrário da *soft law*, a *hard law*, tem força vinculante para os Estados, por ser elaborada dentro dos critérios rigorosos e formais exigidos para a positivação do direito internacional ou por decorrer da *opinio juris* dos Estados de que referido comportamento é obrigatório. A norma *hard law* ainda pode conformar normas de natureza *jus cogens*, conforme será desenvolvido na manifestação.¹⁷

É importante ressaltar que a *hard law* teve importante e relevante papel na evolução do direito internacional e foi um modelo necessário para a conformação do paradigma westfaliano,¹⁸ de prevalência da soberania estatal, devido à necessidade de estabilização da sociedade internacional, principalmente após a II Guerra Mundial.¹⁹

É uma norma, que, pela sua natureza, decorre da própria expressão do princípio da soberania estatal e da vontade dos Estados, tendo no Estado, seu principal sujeito de direito e, por isso, o processo de elaboração da *hard law* é rigoroso, formal, demorado e dispendioso.

Entretanto, a *soft law*, embora desprovida de força cogente no contexto tradicional da soberania estatal, pode se apresentar como um modelo mais eficiente para atender às necessidades da sociedade global, uma vez que nasce do consenso dos Estados e segue um processo mais maleável, mas que não deixa de ser preciso, para o cumprimento paulatino das medidas elencadas.

Nesse contexto, Cançado Trindade assevera que:

¹⁶ Sobre o tema, consultar a obra de Wagner Menezes. A soft law como fonte do Direito Internacional. In: Wagner Menezes (Org.). *Direito Internacional no cenário contemporâneo*. 1ed. Curitiba: Juruá. 2003, v. 1, p. 73-90.

¹⁷ Alan M. Feler. Soft law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas. In: *Lecciones y Ensayos*, Nro. 95, 2015. P. 102. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/95/soft-law-como-herramienta-de-adequacion-del-derecho-internacional-a-las-nuevas-coyunturas.pdf>>. Acesso em: abr. 2019.

¹⁸ Paz de Westfalia – Tratados de Münster e Osnabruck, 1648.

¹⁹ Wagner Menezes. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 98.

[...] Um novo cenário internacional passou a desvendar-se, em que não mais se sustentava o monopólio estatal da titularidade de direitos, e em que se figurava esgotado e superado o modelo Westphaliano do ordenamento internacional. De certo modo, a própria dinâmica da vida internacional cuidou de desautorizar o entendimento tradicional de que as relações internacionais se regiam por regras derivadas única e inteiramente da livre vontade dos próprios Estados. O positivismo voluntarista mostrou-se incapaz de explicar o processo de formação das normas de Direito Internacional geral, e se tornou evidente que só poderia encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade deste último na consciência jurídica universal, a partir da asserção da ideia de uma justiça objetiva. O ordenamento internacional das soberanias cedeu efetivamente terreno ao da solidariedade.²⁰

Nesse novo cenário de produção de fontes do Direito Internacional, insere-se a emergência das normas de *soft law*, que, para atender aos interesses da sociedade global, pode ter mais eficácia, tendo em vista o momento vivido pela sociedade internacional de cooperação internacional e não de exacerbação da soberania estatal, o que decorre da ideia de que para problemas globais, são necessárias soluções globais.²¹

A utilidade da *soft law* para a sociedade internacional também se justifica por agregar outros documentos, diferentes participantes, diante de critérios não formais, com fontes não escritas, no sentido de alcançar soluções pelo consenso, podendo acarretar impactos positivos ao contexto da cooperação internacional, provocando a necessidade de se revisitar o entendimento doutrinário a respeito do rol exemplificativo das fontes do direito internacional, conforme registrado no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.²²

Por ter a capacidade de criar expectativas para a condução do futuro do direito internacional, a *soft law* é uma fonte não tradicional do direito internacional, não sendo lei em sentido estrito, mas também não totalmente desprovida de autoridade, nem de natureza legal.

A *soft law* é um elemento de comprometimento de boa-fé que influencia as políticas públicas dos Estados, além de ser um instrumento para solucionar controvérsias internacionais, como uma resposta para as necessidades legais enfrentadas pela comunidade internacional, ao refletir o direito internacional contemporâneo e contribuindo para que os Estados atuem coletivamente.

²⁰ Antonio Augusto Cançado Trindade. O direito internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1077.

²¹ Philip. C. Jessup. Direito transnacional. Brasil/Portugal: Editora Fundo de Cultura, 1965.

²² Fabián Augusto Cárdenas Castañeda. A Call for rethinking the sources of international law: soft law and the other side of the coin. *Anuário Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, p. 335-403.

Representa um novo fenômeno relacionado ao processo de elaboração das leis no direito internacional, oriundo da teoria das fontes do direito internacional, que reflete a forma como as relações jurídicas são travadas atualmente, tendo sido utilizada para explicar a natureza jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.²³

É uma norma jurídica internacional apta a dar respostas eficazes aos problemas de interesse global, à proliferação e à diversificação dos sujeitos de direito internacional, à era da globalização, da interdependência e da fragmentação do direito internacional.

Assim, a *soft law* deve ser considerada como norma, mesmo não sendo tradicionalmente caracterizada como *hard law*, uma vez que estabelece regras de conduta, princípios ou *standards* aplicáveis à comunidade internacional. Como norma, necessita de sua máxima eficácia e concretização e, nesse sentido, as Opiniões Consultivas podem representar um passo importante para sua efetivação.²⁴

Apesar de ser maleável, deve ser elaborada por escrito e pode surgir de documentos de *hard law*, das fontes tradicionais, dos costumes ou dos princípios gerais, o que revela sua função legal, além de se caracterizar como políticas públicas ou preferências políticas que impactam as fontes tradicionais, criando expectativas e consolidando posições dos Estados.

Podem ser usadas por organizações não-governamentais, que têm a dificuldade de se valer das fontes tradicionais, estando aptas a responder prontamente aos desafios da sociedade internacional globalizada, devido à sua flexibilidade e adaptabilidade.

A *soft law* envolve uma variedade de documentos internacionais, tais como resoluções de organizações internacionais, relatórios ou recomendações adotados por organizações internacionais ou em conferências internacionais; programas de ação; textos de tratados que não entraram em vigor, declarações interpretativas de certos tratados ou acordos, acordos não normativos, acordos políticos ou acordos de cavalheiros, códigos de conduta, diretrizes e normas, dentre outros.

Apesar de, a princípio, não ter caráter vinculativo, a *soft law* tem a capacidade de produzir determinados efeitos jurídicos que variam em função do grau de

²³ O conceito de *soft law* foi cunhado pelo Prof. Arnold McNair como o resultado dos princípios operativos abstratos oriundos da interpretação judicial e, atualmente, vem sendo estudado dentro do contexto da teoria das fontes do direito internacional. Fabián Augusto Cárdenas Castañeda. A Call for rethinking the sources of international law: soft law and the other side of the coin. *Anuário Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, p. 335-403.

²⁴ Robert Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2006.

comprometimento, da precisão de suas cláusulas e da delegação de poderes aos órgãos internacionais de supervisão. É assim que, inicialmente, de acordo com as fontes do direito internacional, as opiniões consultivas podem ser localizadas dentro da chamada *soft law*.

Entretanto, a norma *soft law* obrigará o Estado que manifestou a sua vontade em aderir à CADH, bem como em aceitar a jurisdição da CorteIDH, além de obrigar os sujeitos de direito internacional pertencentes à Organização dos Estados Americanos, em decorrência do princípio da cooperação internacional.

Deste modo, é indiscutível que os pareceres consultivos pertencem à *soft law* e permitem compreender de forma integrada e harmônica o direito internacional no âmbito das obrigações impostas aos Estados-parte e os Estados-membros da CADH e da OEA, respectivamente.

5. Das normas *Jus Cogens*

A CorteIDH, ao emitir o seu Parecer Consultivo, terá de se concentrar na análise das normas de natureza *jus cogens*, uma vez que a sociedade internacional compartilha de interesses comuns que independem da vontade dos Estados.

As normas de natureza *jus cogens* representam o *new jus gentium* do Direito Internacional da Humanidade e se estende para todo o *corpus juris* do Direito Internacional Contemporâneo, projetando-se, para o direito doméstico e invalidando qualquer medida ou ato incompatível com ela. São normas que, pela sua natureza inderrogável, têm incidência sobre as fundações de um Direito Internacional Universal, sendo a base do novo *jus gentium*.

Os tribunais internacionais vêm contribuindo consideravelmente para a construção do *jus cogens*, podendo-se citar, por exemplo, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia como o tribunal que mais contribuiu para a evolução conceitual das normas *jus cogens*. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem contribuído para a expansão do conceito material de *jus cogens*, com o entendimento da absoluta proibição de tortura e de tratamento desumano, cruel e degradante, seguida do princípio da igualdade e da não-discriminação.²⁵

²⁵ CorteIDH. Opinião Consultiva 18/03 sobre a Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados, parágrafos 97-100, p. 116-117. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf> Acesso em 14.12.2019.

Para a proteção dos seres humanos, as normas *jus cogens* e *erga omnes* integram o universo conceitual do Direito Internacional contemporâneo, consagrando a visão universalista de que as normas cogentes não derivam da vontade dos Estados, mas sim da consciência humana, ou seja, da *opinio juris communis* de todos os sujeitos de direito internacional, Estados, Organizações Internacionais, seres humanos e a humanidade como um todo, o que reflete a necessidade de humanização do Direito Internacional.²⁶

Assim, a humanização do Direito Internacional diz respeito à construção do novo *jus gentium*, orientada pelos princípios gerais de direito, pelas normas de natureza *jus cogens*, pelas obrigações *erga omnes* e pela perspectiva universalista do direito das nações.

O conteúdo das normas *jus cogens* atende à necessidade mínima de verticalização da ordem jurídica internacional, em especial da soberania estatal para efeito de se alcançar a proteção e a concretização dos direitos humanos. Referida verticalização se dá no sentido de transcendência do direito dos tratados e das regras de responsabilização dos Estados, alcançando o Direito Internacional Geral e os fundamentos da ordem jurídica internacional.²⁷

A propósito do tema, convém registrar o teor do artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que prevê a nulidade do tratado internacional que conflitar com uma norma imperativa, que não admite derrogação ou que só pode ser modificada por norma posterior de Direito Internacional Geral da mesma natureza.²⁸

Na Opinião Consultiva, de 1951, emitida pela Corte Internacional de Justiça sobre as Reservas à Convenção contra o Genocídio, os princípios humanitários

²⁶ Antonio Augusto Cançado Trindade. Jus Cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf> Acesso em 10.10.2019.

²⁷ A tese da fragmentação vertical da soberania estatal foi desenvolvida por Thomas Pogge em sua obra: Cosmopolitanism and sovereignty. *Ethics*, vol. 103, nº 1, 1992, pp. 48-75. Published by: The University of Chicago Press. Disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/live/files/1914-pogge-cosmopolitanism-and-sovereignty-full>> e em <http://www.jstor.org/stable/2381495>> Acesso em 16.12.2019.

²⁸ Artigo 53 da CVDT/1969: “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.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm> Acesso em 5.12.2019.

previstos na Convenção foram considerados obrigatórios aos Estados, até mesmo sem sua vinculação convencional, o que denota certa incompatibilidade entre o conceito de *jus cogens* e a concepção voluntarista do Direito Internacional.

Além disso, na Opinião Consultiva n. 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados, ficou consagrado o entendimento de que *jus cogens* não é uma categoria jurídica fechada, mas que está em constante evolução e expansão, estendendo a consciência jurídica universal para a proteção dos direitos inerentes a cada ser humano em toda e qualquer situação, conforme se extrai da ideia de proibição de tortura, do desaparecimento forçado de pessoas e das execuções.²⁹

O conteúdo do *jus cogens* não está limitado aos tratados internacionais, mas, ao contrário dessa ideia, está expandindo numa dimensão vertical, na interação entre as ordens legais internacional e nacional, invalidando todo e qualquer ato legislativo, administrativo ou medida judicial no âmbito do direito doméstico dos Estados que autorize ou tolere a tortura.

Além disso, são normas que asseguram a absoluta proibição de violação dos direitos fundamentais da pessoa humana e que estão conectadas com os valores superiores compartilhados pela comunidade internacional. Por isso, o *jus cogens* emana da noção de ordem pública do Direito Internacional e da prevalência do *jus necessarium* sobre o *jus voluntarium*.³⁰ e ³¹

A propósito do tema, importante destacar que o artigo 64 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 estabelece que um tratado internacional que conflitar com uma norma peremptória de direito internacional geral será nulo, assim

²⁹ Opinião Consultiva n° 18 da CorteIDH. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em 4.12.2019.

³⁰ CorteIDH. Caso Cantoral Benavides v. Peru. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_69_ing.pdf . Acesso em 4.12.2019. Caso Maritza Urrutia v. Guatemala. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf. Acesso em 4.12.2019. Hermanos Gomes v. Peru. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf . Acesso em 04.12.2019. Caso Tibi v. Equador. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_ing.pdf. Acesso em 04.12.2019. Opinião Consultiva 8 da CorteIDH. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf. Acesso em 04.12.2019.

³¹ M. Cherif Bassiouni. International crimes: *jus cogens* and obligatio *erga omnes*. Law and Contemporary problems. Vol. 59, n. 4, p. 63-74. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=lcp> Acesso em: 10.07.2019.

como os tratados internacionais mais recentes que conflitarem com norma peremptória.³²

As normas peremptórias geram obrigações *erga omnes* e acarretam a responsabilidade internacional dos Estados, de modo que até mesmo um Estado não prejudicado pode invocar a responsabilidade do outro, uma vez que a obrigação peremptória violada pertence a toda comunidade internacional, tornando-se uma obrigação multilateral.³³

O dever de respeitar e proteger os Direitos Humanos em particular em face das sérias violações de Direitos Humanos é uma norma peremptória de direito internacional que cria obrigações *erga omnes*, que geram o sentimento de que é inadmissível Estado exclua os direitos humanos de sua população indefinidamente.³⁴

Alguns atos praticados pelos Estados sofrem a influência do regime jurídico oriundo das normas *jus cogens*, tais como: agressão, genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, pirataria, escravidão e tortura e essa tese decorre da *opinio juris* internacional, dos preâmbulos dos tratados internacionais, do grande número de Estados que ratificaram tratados relacionados a esses crimes e das investigações internacionais *ad hoc* e dos processos internacionais que versam sobre referidos crimes.

Além disso, certos crimes e práticas dos Estados afetam os interesses da comunidade mundial porque ameaçam a paz e a segurança da humanidade e porque chocam a consciência da humanidade e, se estes dois elementos estiverem presentes, pode-se dizer que o crime ou a norma têm natureza *jus cogens*.³⁵

³² Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. Artigo 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em 4.12.2019

³³ CIJ. Barcelona Traction. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19640724-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em 04.12.2019.

³⁴ Antoni Pingrau. Reflections on the effectiveness of peremptory norms and erga omnes obligation before international tribunals, regarding the request for an advisory opinion from the International Court of Justice on the Chagos Islands. *QIL, Zoom-out* 55 (2018) 131-146. Disponível em: <http://www.qil-qdi.org/reflections-on-the-effectiveness-of-peremptory-norms-and-erga-omnes-obligations-before-international-tribunals-regarding-the-request-for-an-advisory-opinion-from-the-international-court-of-justice-on/>. Acesso em 12.08.2019.

³⁵ CIJ. Opinião Consultiva Nicarágua v. EUA. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em 04.12.2019.

Ademais, a norma é considerada *jus cogens* quando o princípio que a envolve é aceito universalmente, através da consistente prática acompanhada pela *opinio juris* manifestada pela maioria dos Estados.^{36 37 38}

Por isso, o traço marcante das normas de natureza *jus cogens* é gerar obrigações para os Estados e para toda comunidade internacional, uma vez que o dever de respeitar e proteger os direitos humanos, em particular, diante de sérias violações, é uma norma peremptória de direito internacional que cria obrigações *erga omnes*. Portanto, é inaceitável que um Estado exclua os direitos humanos de sua população indefinidamente.³⁹

Logo, um Estado, a princípio, pode, de acordo com a expressão de sua soberania estatal, denunciar determinada convenção ou tratado, bem como se retirar de uma organização regional, pelo mesmo motivo. Entretanto, referida denúncia ou retirada não gerará os efeitos jurídicos esperados pelo Estado de exonerá-lo do cumprimento das normas de natureza *jus cogens* e das obrigações decorrentes dos interesses da humanidade e do bloco regional.

6. O controle de convencionalidade

Outro tema relevante, sobre o qual a CorteIDH terá de se debruçar, ao emitir o Parecer Consultivo solicitado pela Colômbia, é o controle de convencionalidade, que impõe a necessidade de compatibilização vertical das leis ou dos atos normativos do Poder Público com as Constituições nacionais e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

³⁶ Ulrich Scheuner. Conflict of Treaty Provisions with a peremptory norm of general International Law and its consequences. 1967, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Disponível em: <https://www.zaoerv.de/27_1967/27_1967_3_c_520_532.pdf>

³⁷ Ulrich Scheuner. Conflict of Treaty Provisions with a peremptory norm of general International Law and its consequences. 1967, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Disponível em: <https://www.zaoerv.de/27_1967/27_1967_3_c_520_532.pdf>

³⁸ Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5 ed. Malheiros: São Paulo, 2006, p. 51 e 86.

³⁹ Antonio Pingrau. Reflections on the effectiveness of peremptory norms and erga omnes obligations before international tribunals, regarding the request for an advisory opinion from the International Court of the Chagos Islands. *QIL, Zoom-out* 55 (2018) 131-146 Disponível em: <http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2019/02/11_Chagos_PIGRAU_FIN.pdf> Acesso em: 10.07.2019.

Pelo controle de convencionalidade, os tratados internacionais de direitos humanos, material ou formalmente constitucionais, podem ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais nos ordenamentos jurídicos internos. A afirmação abrange tanto os tratados internacionais de direitos humanos quanto os tratados internacionais comuns. Entretanto, cada um deles objeto de controle de convencionalidade de acordo com a sua força normativa, abrangência e amplitude.

Os tratados internacionais de direitos humanos, sejam norma material ou formalmente constitucional, servem de parâmetro para o controle de convencionalidade.

Assim, as normas devem passar por dois níveis de aprovação, o da Constituição e o dos tratados internacionais de direitos humanos. Logo, a lei interna infraconstitucional compatível com a Constituição pode ser vigente, mas, se for incompatível com tratados internacionais de direitos humanos, será inválida, ou seja, a lei vigente, produzida de acordo com as regras do direito interno pode não ser válida, se não respeitar os tratados internacionais de direitos humanos.⁴⁰

Nesse contexto, se a norma não passar pela compatibilidade vertical com os tratados internacionais de direitos humanos, mesmo que seja vigente e compatível com o texto constitucional, não terá qualquer validade no plano interno, devendo ser rechaçada pelo Poder Judiciário, no caso concreto e declarada inconvencional pelas cortes internacionais.⁴¹

É condizente notar que a produção normativa interna deve contar com os limites formais, ou seja, procedimentais e com os limites verticais, materiais, da Constituição de cada país e dos tratados internacionais de direitos humanos, a fim de que seja realizado o controle de convencionalidade.

Assim, o controle das normas internas é feito pelo controle de constitucionalidade, pelo controle de convencionalidade e pelo controle de legalidade. O primeiro decorre do respeito e da observância à Constituição; o segundo, vislumbra o respeito aos tratados internacionais de direitos humanos e, o último, viabiliza-se por meio da compatibilidade das leis infraconstitucionais com os tratados internacionais comuns.

⁴⁰ Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías: la ley del mas debil*. Trad. Perfecto Andrés Ibánéz e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p. 20.

⁴¹ A título de exemplo, no Brasil o Artigo 5º, CF. §2º estabelece que: 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. § 3º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Nesse sentido, o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Tratados, de 1969 estabeleceu que um Estado-Parte não poderá invocar seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado, vale dizer, o dispositivo em comento consagra o princípio da supremacia da norma internacional sobre a nacional, desde que seja mais benéfica à concretização do princípio *pro persona*, consagrando a ideia de que deve haver um diálogo entre os ordenamentos jurídicos nacional e internacional.⁴²

O controle de convencionalidade avalia, portanto, a compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos, sendo complementar e coadjuvante ao controle de constitucionalidade, compatibilizando verticalmente as normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.

Gonzalo Aguilar Cavallo ainda define o controle de convencionalidade como o ato de controle que o juiz nacional efetua para estabelecer a conformidade da norma interna com a norma internacional, bem como com os tratados internacionais perante os quais o Estado se obrigou.⁴³

Para o mesmo autor, a fonte do controle de convencionalidade pode estar no direito constitucional, na jurisprudência nacional ou no direito internacional. Nesse sentido, a fonte será constitucional quando a Constituição de um país contiver previsão a respeito da superioridade hierárquica dos tratados internacionais sobre as normas internas.

Por outro lado, a fonte será a jurisprudência quando a jurisprudência nacional consagrar a superioridade dos tratados internacionais. Além disso, o direito internacional será a fonte quando impossibilitar a alegação do direito interno para justificar o descumprimento das obrigações derivadas do direito internacional, bem como quando obrigar um Estado a adequar sua ordem jurídica interna ao direito internacional para garantir aos seres humanos o gozo dos direitos humanos consagrados nos instrumentos internacionais.

Assim, pode-se afirmar que as fontes do controle de convencionalidade são múltiplas e variadas, possibilitando ao intérprete a utilização das diversas delas para

⁴² Artigo 27 da Convenção de Viena sobre Tratados, de 1969: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em 4.12.2019.

⁴³ Gonzalo Aguilar Cavallo. *El control de convencionalidad: Análisis en derecho comparado*. Revista Direito GV, São Paulo 9 (2), jul-dez 2013, p. 721-754. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/21451/20208> Acesso em: 12.09.2019.

justificar e fundamentar a hermenêutica internacional e o sopesamento das regras para encontrar a mais favorável ao ser humano a fim de alcançar a concretização dos direitos humanos.

Assim, a competência para a realização do controle de convencionalidade é dos tribunais nacionais e internacionais e, nesse sentido, o Poder Judiciário nacional tem o dever de imunizar o Estado contra eventual responsabilização internacional por violação aos direitos humanos. Ao realizar a conformidade do direito nacional com a Convenção Americana de Direitos Humanos, o juiz nacional se converte em um juiz interamericano de direitos humanos, ou seja, o juiz da convencionalidade com a missão de zelar pelo respeito a primazia dos direitos humanos.

Os tratados internacionais de direitos humanos incorporados aos ordenamentos jurídicos nacionais têm eficácia paralisante, além de derogatória das demais espécies normativas internas, cabendo ao juiz coordenar as fontes internacionais e internas e escutar o que elas dizem.

As normas infraconstitucionais incompatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos não são válidas, mas continuam vigentes por serem compatíveis com a Constituição. Entretanto, pela teoria do diálogo das fontes, o juiz é obrigado a deixar de aplicar a lei válida contrária a um tratado internacional de direitos humanos, mas vigente de acordo com a Constituição Federal.⁴⁴

Para alcançar a justiça da decisão, o magistrado deverá compreender a lógica da dupla compatibilidade vertical material que significa que as fontes internacionais e nacionais devem dialogar entre si para resolver a antinomia entre o tratado e a lei interna.

A aplicação do controle de convencionalidade influenciou a criação do bloco de convencionalidade que é composto por um conjunto de normas, regras e princípios que podem ser utilizados para a realização do controle de convencionalidade. No caso do Brasil, existe um bloco de convencionalidade que contém os elementos a serem aplicados pelo intérprete da lei ao caso concreto, como, por exemplo, tratados internacionais de direito humanos, as normas constitucionais, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as decisões da Corte Internacional de Justiça etc.

⁴⁴ Claudia Lima Marques (coord). *O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

Todos os critérios constantes do bloco de convencionalidade devem ser analisados e sopesados, no contexto do diálogo das fontes, a fim de que o julgador escute o que as normas do bloco dizem para aplicar a norma que concretiza a dignidade humana por ser a norma mais favorável à consideração do ser humano como um fim em si mesmo.

O conceito de bloco de convencionalidade foi abordado no item 26 da sentença do caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México* ao estabelecer que os Estados devem aplicar nacionalmente os direitos humanos previstos nos pactos internacionais, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁴⁵

Além disso, o Pacto de San José da Costa Rica, em seus artigos 76 e 77 também faz menção ao bloco de convencionalidade quando afirma que os Estados podem criar Protocolos Adicionais que fortaleçam a Convenção, incluindo no sistema de proteção novos direitos e liberdades.⁴⁶

Assim, o bloco de convencionalidade pode ser compreendido como a aplicação do conjunto de normas formal e materialmente convencionais, ou seja, das normas previstas nos tratados internacionais de direitos humanos e que tem natureza jurídica de norma *hard law*, bem como dos princípios, normas *soft law* que têm natureza jurídica de normas materialmente constitucionais por terem a carga valorativa necessária à sua configuração como normas protetivas dos direitos humanos fundamentais e que se destinam à concretização dos direitos humanos.

Logo, para se analisar se a denúncia a um tratado ou a retirada de um organização de um Estado pode surtir os efeitos desejados por este, é necessário avaliar se a decisão de denúncia ou de retirada foi feita de acordo com as normas constitucionais e convencionais.

7. O direito costumeiro

O direito costumeiro também poderá ser utilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao emitir o Parecer Consultivo em análise.

Os tratados internacionais e o direito internacional costumeiro são as duas principais fontes do direito internacional que têm força obrigatória diferenciada.

⁴⁵ CorteIDH. Caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf. Acesso em: 04.12.2019.

⁴⁶ Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigos 76 e 77. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 04.12.2019.

Enquanto os tratados obrigam os Estados-Parte, um costume não escrito obriga todos os Estados.⁴⁷

É possível que só exista uma regra prevista num tratado quando ele é adotado, mas a prática progressiva dessa regra do tratado pode desenvolver uma regra costumeira. Logo, uma regra de um tratado pode refletir uma regra costumeira paralela, partir de uma regra costumeira paralela ou desenvolver uma nova regra costumeira.

A identificação do direito internacional costumeiro se dá através da teoria clássica que conjuga o elemento objetivo com o elemento subjetivo. No primeiro caso, verifica-se a *opinio juris* dos Estados e, no segundo, a crença na lei ou na sua necessidade. Por outro lado, outra teoria pode identificar o direito internacional costumeiro, como se dá na teoria de Cassese que conjuga a *opinio juris* e o *core right*.⁴⁸

A pergunta que se faz é se o direito costumeiro é obrigatório para todos os Estados, ou seja, se o costume é universal.⁴⁹

Nesse sentido, Kai Ambos explica que, de acordo com o direito consuetudinário internacional desenvolvido sobre as bases do direito de Nuremberg, uma conduta não escrita pode ser punida, se ela era punível segundo os princípios gerais de direito imperantes na comunidade internacional, a saber:

“No que diz respeito, em particular, às fontes do direito penal internacional, a fundamentação no direito consuetudinário de normas de direito penal internacional coloca especiais dificuldades em um duplo sentido. Desde a ótica do direito penal, o princípio *nullum crimen* parece excluir a existência de tipos penais não escritos, fundados no costume internacional. No entanto, conforme os artigos 15 (2), PIDCP, 11 (2), DUDH e 7 (2), CEDH, uma conduta pode ser sancionada, se ela era punível “segundo os princípios gerais do direito reconhecidos pela comunidade internacional.” Aqui, o conceito princípios de direito não deve ser entendido no sentido do artigo 38 (1) (c), ECIJ, senão no das regras de direito consuetudinário internacional desenvolvidas sobre a base do direito de Nuremberg, razão pela qual a regra aplicada deve ter, sem dúvida, o caráter de costume internacional.”⁵⁰

⁴⁷ Yudan Tan. The Rome Statute as evidence of customary international law. *Utrecht of International and European Law* 34 (2) (2018), pp. 92-110. Disponível em: <https://www.utrechtjournal.org/articles/10.5334/ujiel.434/>. Acesso em 04.12.2019.

⁴⁸ Antonio Cassese. *International Criminal Law*. 2 ed., Oxford: Oxford University Press. 2008.

⁴⁹ Richard Falk, Anthony D’Amato and other. *International law and world order: a problem-oriented coursebook*. 2. Ed, 1933, p. 76.

⁵⁰ Kai Ambos. *A parte geral do direito penal internacional. Bases para uma elaboração dogmática*. Trad. Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 44-45. A carga normativa do princípio *nullum crimen* perdeu a sua importância com a aprovação adicional dos chamados elementos dos crimes na quinta sessão da Preparatory Commission (Prep-Commis) em Nova York e definitivamente pela Assembleia dos Estados Partes em sua primeira reunião em setembro de 2003. Embora não possuam efeito vinculante, auxiliam a Corte na atividade interpretativa, desde que compatível com o Estatuto do TPI. (nota de rodapé nº 20, p. 45).

Ainda é preciso esclarecer que a conjugação da prática dos atos reiterados dos Estados com a formação da *opinio juris*, por si só, não é suficiente para dar origem ao direito costumeiro internacional, problema que pode ser resolvido com maior ênfase nos princípios gerais de direito, que podem ser utilizados para corroborar a existência ou não de um costume internacional, de modo que referida combinação poderia consolidar a existência de uma nova regra de direito internacional.⁵¹

Assim, se for o entendimento da comunidade internacional que determinadas condutas dos Estados devem estar de acordo com o direito costumeiro internacional, por refletirem o contexto do *core right* do direito internacional dos direitos humanos, estará formado o direito costumeiro internacional que autoriza os tribunais internacionais a responsabilizar internacionalmente os Estados pelo seu descumprimento.

No caso da opinião consultiva em apreço, conforme já foi salientado, o Estado pode se valer de sua soberania nacional e denunciar um tratado ou se retirar de uma organização internacional regional, mas tais atos restritos ao âmbito da manifestação da vontade dos Estados não estarão aptos a gerar o efeito de exonerar o Estado do cumprimento das normas de natureza *jus cogens* e do costume internacional

⁵¹ Kai Ambos. *A parte geral do direito penal internacional. Bases para uma elaboração dogmática*. Trad. Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 46-47. “Desde a ótica do direito penal internacional, apresenta-se o problema de que a *praxis* dos Estados (*repetitivo facti*), que deve estar acompanhada de um convencimento jurídico geral (*opinio juris*), dificilmente possa se fundamentar para dar origem ao direito consuetudinário internacional, frente à ampla extensão da impunidade das severas violações aos direitos humanos. Este problema pode ser atendido mediante uma maior acentuação dos princípios gerais de direito. Primeiramente, os princípios gerais de direito existentes podem ser considerados para a verificação ou falsidade das regras de direito consuetudinário internacional em formação, e em consequência, ainda não consolidadas. No caso de verificação da regra de direito consuetudinário internacional correspondente, fundamentar-se-ia, por meio de uma semelhante solução de combinação, uma nova regra de direito internacional. Com isto, se desenvolveria um princípio geral de direito – de modo absolutamente tradicional – a partir do direito nacional e com pesquisas de direito comparado – em certo modo, como “*general principles of law derived (...) from national laws of legal systems of the world (...)*” (art. 38 (1) (c), ECIIJ). Além disso, segundo a opinião preponderante na atualidade, os princípios gerais de direito podem se fundamentar, também, em uma valoração de conjunto de “*soft law*” internacional, com um a espécie de “*opinio juris without concordant state practice*.” Neste sentido, argumentou o Tribunal para a antiga Iugoslávia (ICTY), quando fundou uma proibição fundamental de represálias em caso de ataques a civis em campo de batalha, essencialmente nas “*demands of humanity and the dictates of public conscience, as manifested in opinio necessitatis*”. Tal compreensão moderna dos princípios gerais de direito conduz a uma assimilação do direito consuetudinário internacional com os princípios gerais do direito, no sentido de transcendentais princípios e normas de direito internacional (*principles and rules of international law*), segundo o artigo 21 (1) (b). Com isto, o direito consuetudinário internacional é parte das normas (*rules*); e os princípios gerais de direito contém uma dupla função: por um lado, como regras supranacionais originárias, colaborariam na formação do costume internacional ou – segundo uma compreensão moderna – de regras de direito internacional. Por outro lado, como princípios gerais de direito, em sentido tradicional, representam uma fonte autônoma. Neste sentido, embora segundo o artigo 21 (1) (c) devam aplicar-se só de forma subsidiária, assumem uma considerável importância em atenção do estado ainda rudimentar do direito penal internacional, escrito e não escrito, especialmente em sua Parte Geral.”

consagrado, o que pode ensejar a sua responsabilização internacional perante os tribunais internacionais competentes.

8. Das consequências jurídicas da denúncia da Convenção Americana de Direitos Humanos

O artigo 78 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 estabelece a possibilidade de um Estado denunciar o tratado:

“1. Os Estados-Partes poderão denunciar esta Convenção depois de expirado um prazo de cinco anos, a partir da data de entrada em vigor da mesma e mediante aviso prévio de um ano, notificando o Secretário-Geral da Organização, o qual deve informar as outras Partes.

2. Tal denúncia não terá o efeito de desligar o Estado-Parte interessado das obrigações contidas nesta Convenção, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por ele anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito.”

O dispositivo em comento é insuficiente para a compreensão da extensão da denúncia, uma vez que a questão não está adstrita apenas ao contexto da Convenção Americana, mas também às regras específicas de interpretação da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969.

Decorre da Convenção Americana de Direitos Humanos que os Estados membros têm a obrigação de respeitar e garantir todos os direitos contidos no tratado, além de ter o dever de adaptar sua legislação doméstica aos standards internacionais, de desenvolver os mecanismos de monitoramento internacional e de possibilitar reclamações sobre os direitos.

Em caso de denúncia, as obrigações dos Estados, antes do ato unilateral de afastamento do tratado, persistem, havendo a possibilidade de reclamação pelos fatos anteriores à data da extinção da obrigatoriedade da denúncia. Além disso, a denúncia da Convenção não atinge os efeitos de outro tratado internacional regional.

Ainda é relevante destacar que, de acordo com a Convenção Americana, a denúncia, remoção, restrição ou regulação de direitos deve estar revestida de legalidade de acordo com o interesse público, de modo que a falta de um ato legal pode fazer com que a denúncia seja negada se, por exemplo, for revestida de manifesta violação das regras fundamentais de direito doméstico.

Se um Estado incorporar a Convenção Americana em seu bloco de constitucionalidade, para que a denúncia da Convenção seja eficaz, é necessário que a denúncia do tratado esteja de acordo com as regras constitucionais domésticas, devido ao status de constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, o que torna qualquer ato infraconstitucional insuficiente para denunciá-los.⁵²

Logo, se a denúncia for realizada sem a observância do processo constitucional doméstico relativo às normas constitucionais, será manifestamente inconstitucional, por violar previsões de direito constitucional fundamentais. Ademais, se for realizada sem o *compliance* com a Convenção Americana de Direitos Humanos, será inconvenção e o ato unilateral do Estado não surtirá o efeito esperado.⁵³

A denúncia prevista no artigo 78 da Convenção Americana deve ser interpretada de acordo com o artigo 31.1 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, ou seja, no seu contexto, objeto e objetivo.⁵⁴

Ademais, o artigo 29 da Convenção Americana estabelece uma regra de interpretação da Convenção vedando a interpretação no sentido de suprimir ou restringir o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção, de modo que qualquer

⁵² Edward Perez. Problems and perspectives on the denunciation of American Convention on Human Rights. Disponível em: https://www.academia.edu/9682068/Problems_and_Perspectives_on_the_Denunciation_of_American_Convention_on_Human_Rights_LL.M._Thesis. Acesso em 20.11.2019.

⁵³ Artigo 30 da CADH. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 4.12.2019. Artigo 3 (d) da Carta da OEA. Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organizacao_dos_Estados_Americanos.pdf. Acesso em 4.12.2019. Parágrafo 2º do preâmbulo da CADH. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 4.12.2019. Artigo 46 da CVDT/1969 e Parte V, Seção 2 da CVDT/1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em 4.12.2019.

⁵⁴ Artigo 31.1 da CVDT/1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em 4.12.2019.

conflito de regras deve ser solucionado de forma que não diminua os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção.⁵⁵

Não bastasse isso, a Opinião Consultiva nº 2, sobre os Efeitos das Reservas para a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos, estabeleceu que o objeto e os propósitos da Convenção devem ser lidos de acordo com a prática de outros instrumentos de direito internacional de direitos humanos quando interpretam outros tratados de proteção aos direitos humanos.⁵⁶

Assim, o artigo 78 da CADH deve ser interpretado de maneira a garantir os direitos materiais previstos na Convenção, buscando o cumprimento de seus standards, pois esta tem como objeto e propósito a proteção dos direitos individuais contra atos que os tornem inefetivos ou ilusórios.

Logo, a denúncia à Convenção só pode ser válida se o Estado que a pretende, cumprir com todas as suas obrigações perante os indivíduos sob sua jurisdição para evitar que a denúncia represente uma transgressão à Convenção.

9. Da retirada da aceitação da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A retirada do consentimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos é diferente de denúncia. Esta representa um ato unilateral do Estado para colocar fim às obrigações assumidas com o Tratado, enquanto que, aquela, se refere à retirada do Estado de suas obrigações procedimentais.

A Convenção Americana de Direitos Humanos não prevê a retirada do consentimento dado por um Estado para se submeter à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, a retirada só poderá ocorrer se o Estado denunciar a Convenção Americana.

De acordo com o artigo 56 (2) da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969, mesmo que um Estado se retire unilateralmente da jurisdição da CorteIDH, tal ato só surtiria efeito um ano após a manifestação do ato.⁵⁷

⁵⁵ Artigo 29 da CADH. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 4.12.2019.

⁵⁶ CorteIDH. Opinião Consultiva 2/82. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf. Acesso em: 4.12.2019.

⁵⁷ CorteIDH. Caso Ivcher Bronstein v. Peru. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/506ad88087f45ce5d2413efc7893958e.pdf>. Acesso em 4.12.2019.

De acordo com o artigo 29 da Convenção Americana, acima mencionado, nenhuma de suas previsões pode ser interpretada no sentido de diminuir os direitos dos indivíduos e, nesse sentido, a interpretação mais favorável aos interesses dos indivíduos requer o seguinte entendimento: se não há previsão sobre a retirada do Estado das obrigações procedimentais, isso não pode ser interpretado como existente.

A prática nos Estados americanos tem reconhecido consistentemente o princípio da universalização dos direitos humanos, o que significa que a continuidade das obrigações do direito internacional dos direitos humanos como estabelecido em instrumentos internos deve ser garantida, assim como a expansão dos direitos para outras jurisdições em favor dos indivíduos deve ser alcançada.

Por fim, o artigo 62 (3) da CADH estabelece que a Corte tem competência para determinar a validade da denúncia.

10. Das consequências jurídicas da retirada de um Estado-Membro da Organização dos Estados Americanos

O artigo 143 da Carta da OEA estabelece que a Carta continuará válida após dois anos do recebimento da denúncia do Estado.⁵⁸ O Estado deixará de pertencer à OEA depois de cumprir com a totalidade das obrigações oriundas da presente Carta.⁵⁹

A cláusula de denúncia contém uma única formulação condicionando a efetividade da denúncia por um Estado membro que cumprir as obrigações decorrentes da presente Carta.

Assim, se o Estado que pretende se retirar da organização internacional não cumprir com as obrigações decorrentes da Carta da OEA, sua retirada não se concretizará.

⁵⁸ Artigo 143 da Carta da OEA. Esta Carta vigorará indefinidamente, mas poderá ser denunciada por qualquer dos Estados membros, mediante uma notificação escrita à Secretaria-Geral, a qual comunicará em cada caso a todos os outros Estados as notificações de denúncia que receber. Transcorridos dois anos a partir da data em que a Secretaria-Geral receber uma notificação de denúncia, a presente Carta cessará seus efeitos em relação ao dito Estado denunciante e este ficará desligado da Organização, depois de ter cumprido as obrigações oriundas da presente Carta."Disponível em:<
https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organizacao_dos_Estados_Americanos.pdf>
Acesso em 16.12.2019.

⁵⁹ Antonio F. Perez. Democracy clauses in the Americas: the challenge of Venezuela's withdrawal from the OAS. 33 Am. V, Int'l L. Rev. 391 (2017).

Além dos aspectos legais envolvendo a retirada da organização e previstos na Carta da OEA, ainda é preciso acrescentar que referida retirada é difícil de ser concretizada numa sociedade globalizada, em que os Estados atuam em cooperação internacional e, além disso, em que os atos praticados por um Estado ultrapassam as fronteiras porosas e frágeis, gerando efeitos no território de outros Estados, a exemplo da migração.

Nesse sentido, mesmo que o Estado formalize a sua retirada da OEA, dificilmente estará exonerado do dever de cumprir e respeitar os direitos humanos, uma vez que este comportamento poderá afetar os interesses de outros Estados, bem como da sociedade internacional, o que autoriza que os demais Estados, que arcam com as consequências dos atos praticados por outro Estado possam exigir sua responsabilização internacional.

O direito transnacional contribui para a consideração da soberania estatal além de sua acepção tradicional, além de propor a reconsideração da compreensão tradicional do princípio da territorialidade, que não se aplica perfeitamente ao contexto transnacional, e que propõe que a jurisdição de um Estado seja exercida extraterritorialmente para ensejar a responsabilização internacional do indivíduo que propagar ofensas aos direitos humanos.

Sobre o direito transnacional, Jessup ensina que:

“Todavia, eu usarei, em lugar de direito internacional, a expressão direito transnacional para incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o direito público quanto o privado estão compreendidos, como estão outras normas que não se enquadram inteiramente nessas categorias clássicas.”⁶⁰

A propósito do princípio da territorialidade, consequência da soberania estatal, oportuna a citação do caso *Lótus*, julgado pela Corte Permanente de Justiça Internacional que assentou a tese de que um Estado não pode exceder os limites traçados pelo direito internacional para o exercício da jurisdição e que o direito de exercer a sua jurisdição está limitado pela soberania.⁶¹ Nesse sentido, o Estado faz a lei dentro de seu próprio território, onde exerce sua soberania sobre seus cidadãos para produzir efeitos no seu próprio território.⁶²

⁶⁰ Philip. C. Jessup. *Direito transnacional*. Brasil/Portugal: Editora Fundo de Cultura, 1965, p.12.

⁶¹ Philip. C. Jessup. *Direito transnacional*. Brasil/Portugal: Editora Fundo de Cultura, 1965, p. 36

⁶² Philip. C. Jessup. *Direito transnacional*. Brasil/Portugal: Editora Fundo de Cultura, 1965, p. 40

Entretanto, no âmbito transnacional, outros critérios devem ser adotados para o exercício da jurisdição por parte de um Estado e, mesmo que se tratasse apenas de direito internacional, já seria possível afirmar que o Estado não é mais absoluto e pleno no exercício de sua jurisdição, uma vez que existe o interesse internacional em prol dos direitos humanos, o que faz com que os Estados sejam persuadidos a aceitar a jurisdição de uma justiça internacional, podendo-se falar em princípio da territorialidade objetiva.⁶³

O direito transnacional, portanto, distribui a jurisdição de maneira mais proveitosa para as necessidades e conveniências de todos os membros da comunidade internacional, ao envolver instituições de diferentes países, bem como as instituições pertencentes ao sistema jurídico internacional e aos órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Além disso, o Direito Cosmopolita também corrobora o entendimento de que a atuação de um Estado se dá de forma cooperada e que seus atos devem ser considerados e avaliados de acordo com os interesses da humanidade e independentemente de seus interesses pessoais.

O direito cosmopolita se destina a proteger a emergência da sociedade civil global e tem uma acepção que é compatível com uma espécie de federação global dos Estados,⁶⁴ pressupondo a dicotomia entre a visão estatocêntrica e a visão cosmopolita, sendo que a primeira enfatiza a nação, enquanto que a segunda, tem o foco no direito global.⁶⁵

Nesse sentido, para Thomas Pogge, o cosmopolitismo legal está fundado numa ordem global em que todos são cidadãos de uma república universal, com direitos e deveres equivalentes. Por sua vez, o cosmopolitismo moral implica necessariamente o

⁶³ Philip. C. Jessup. *Direito transnacional*. Brasil/Portugal: Editora Fundo de Cultura, 1965, p. 49

⁶⁴ Jürgen Habermas. *Sobre a Constituição da Europa*. Trad. Denilson L. Werle, Luiz Repa e Rúrión Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

⁶⁵ Ulrich Beck explica que cosmopolitanization da seguinte forma: The cosmopolitanization of reality is not the result of a cunning conspiracy on the part of 'global capitalists' or an 'American play for world domination.' The nation-state is increasingly besieged and permeated by a planetary network of interdependency, by ecological, economic and terrorist risks, which connect the separate worlds of developed and underdeveloped countries. To the extent that this historical situation is reflected in a global public sphere, a new historical reality rises, a cosmopolitan outlook in which people view themselves simultaneously as part of a threatened world and as part of their local situations and histories. The exposure to different risks and religious cultures gives them a particular understanding of a world in which violent division and unprecedented intermingling coexist, and anger and opportunity vie." (World at risk: the new task of critical theory. *Development and society*, vol. 37, number 1. June 2003, pp. 1-21).

respeito mútuo, na medida em que todos têm uma estatura global com uma unidade moral com princípios fundamentais de justiça.⁶⁶

O direito cosmopolita, portanto, se refere a regras que reconhecem *standards* legais para todos igualmente, sem abolir o aspecto nacional e surge do lado de fora das fronteiras dos Estados. Assim, o contrato social cosmopolita consolida seus ideais nas obrigações de cidadania, para a cooperação social, possibilitando que as pessoas exerçam seus direitos fundamentais em qualquer lugar do mundo.⁶⁷

O cosmopolitismo nem sempre propõe o fim da soberania estatal, mas, ao contrário, propõe uma mudança de paradigma. Tradicionalmente, a soberania de um Estado é exercida sobre um determinado território e sobre pessoas que devem lealdade a este Estado, mas a concentração da soberania num único nível e centrada nos interesses fundamentais dos estados não mais se sustenta.⁶⁸

Ao contrário do que se possa imaginar, Pogge não defende a criação de um Estado Universal, mas sim uma visão verticalmente descentralizada da soberania, com diversas unidades políticas pertencentes a um federalismo, propondo a dispersão vertical da soberania estatal, com a existência de unidades políticas organizadas que fiscalizariam o exercício da soberania estatal, evitando abuso, opressão e possibilitando a abertura do Estado ao Direito Cosmopolita.

Assim, unidades políticas descentralizadas e coordenadas podem representar a diversidade social e defender melhor os interesses das comunidades globais, pois, quando um Estado aplica o sentido clássico de soberania estatal, de acordo com Pogge,

⁶⁶ Thomas Pogge. Cosmopolitanism and sovereignty. *Ethics*, vol. 103, no. 1, 1992, pp. 48-75. Published by: The University of Chicago Press Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/2381495>. Acesso em 10.04.2019.

⁶⁷ Pavlos Eleftheriadis. Cosmopolitan law. *European Law Journal*, vol. 9, Issue 2, 2003, pp. 241-263. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/227912556_Cosmopolitan_Law > Acesso em 4.12.2019. / “The word ‘cosmopolitan’, which derives from the Greek word *kosmopolitês* (‘citizen of the world’), has been used to describe a wide variety of important views in moral and socio-political philosophy. The nebulous core shared by all cosmopolitan views is the idea that all human beings, regardless of their political affiliation, are (or can and should be) citizens in a single community. Different versions of cosmopolitanism envision this community in different ways, some focusing on political institutions, others on moral norms or relationships, and still others focusing on shared markets or forms of cultural expression. In most versions of cosmopolitanism, the universal community of world citizens functions as a positive ideal to be cultivated, but a few versions exist in which it serves primarily as a ground for denying the existence of special obligations to local forms of political organizations. Versions of cosmopolitanism also vary depending on the notion of citizenship they employ, including whether they use the notion of ‘world citizenship’ literally or metaphorically. The philosophical interest in cosmopolitanism lies in its challenge to commonly recognized attachments to fellow-citizens, the local state, parochially shared cultures, and the like.” (Kleingeld, Pauline and Brown, Eric, “Cosmopolitanism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/cosmopolitanism/>. Acesso em 05/08/2019.)

⁶⁸ Allan Rosas. State sovereignty and human rights: towards a global constitutional Project. *Political Studies*, XLIII, 1995, p. 61-78.

está se negando a incluir o outro, os seres humanos, no processo de tomada de decisão, o que reflete uma organização política e estatal autoritária, que centraliza as decisões numa única autoridade política que não aceita ser fiscalizada por outra unidade política e que, por isso, nega a descentralização vertical da soberania.

A dispersão vertical da soberania seria benéfica para a promoção da paz e da segurança; para a redução da opressão praticada pelos governos sobre seus cidadãos; para a promoção de uma justiça econômica global; para o uso dos recursos naturais materiais para suportar o desenvolvimento das áreas mais pobres; para o meio ambiente e para o fomento da participação política.

Logo, a retirada de um Estado da OEA não se consolidará diante da tese do direito transnacional e do direito cosmopolita, pelos fundamentos acima explicitados.

11. DAS RESPOSTAS AOS QUESTIONAMENTOS DA COLÔMBIA

11.1. À luz do direito internacional, convencional e consuetudinário e em particular da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948: Quais são as obrigações em matéria de direitos humanos que tem um Estado Membro da Organização dos Estados Americanos que denunciou a Convenção Americana de Direitos Humanos?

Pelo que foi afirmado até o momento, como resposta ao primeiro questionamento da Colômbia, embora o Estado possa exercer a manifestação de sua vontade, praticando o ato unilateral de denúncia a Convenção Americana de Direitos Humanos, quanto aos direitos humanos, referida vontade pode não ter aplicabilidade.

Assim, mesmo que o Estado denuncie a CADH, não estará exonerado do dever de respeitar os direitos humanos dos seres humanos sob sua jurisdição, em sentido amplo, devido ao contexto das normas *jus cogens* e ao costume internacional que considera os direitos humanos como mínimo necessário para a manutenção da dignidade humana.

Além disso, a denúncia não surtirá efeitos se a decisão do Estado em exercitar referido direito não decorrer da expressão da democracia e do respeito aos documentos interamericanos mencionados na manifestação.

Assim, se a decisão de denunciar a CADH não for a verdadeira expressão da vontade de um povo, esta não operará os efeitos esperados pelo Estado denunciante.

Sendo assim, mesmo após a denúncia, o Estado continuará vinculado ao *jus cogens* e ao direito costumeiro internacional, conforme os fundamentos apresentados nos capítulos específicos.

Além disso, o Estado também tem o dever de respeitar os direitos humanos em seu país, como expressão do direito a devida diligência, para evitar danos transnacionais.

11.2. No caso de que tal Estado denuncie também a Carta da Organização dos estados Americanos e busque retirar-se da Organização, quais são os efeitos que tal denúncia e saída tem sobre as obrigações a que se refere a primeira pergunta?

Conforme foi salientado, o artigo 143 da Carta da OEA estabelece que a Carta continuará válida após dois anos do recebimento da denúncia do Estado.⁶⁹ O Estado deixará de pertencer à OEA depois de cumprir com a totalidade das obrigações oriundas da presente Carta.⁷⁰

A cláusula de denúncia contém uma única formulação condicionando a efetividade da denúncia por um Estado-membro que cumprir as obrigações decorrentes da presente Carta.

Assim, se o Estado que pretende se retirar da organização internacional não cumprir com as obrigações decorrentes da Carta da OEA, sua retirada não se concretizará.

⁶⁹ Artigo 143 da Carta da OEA.

⁷⁰ Antonio F. Perez. Democracy clauses in the Americas: the challenge of Venezuela's withdrawal from the OAS. 33 Am. V, Int'l L. Rev. 391 (2017).

Além dos aspectos legais envolvendo a retirada da organização e previstos na Carta da OEA, ainda é preciso acrescentar que referida retirada é difícil de ser concretizada numa sociedade globalizada, em que os Estados atuam em cooperação internacional e, além disso, em que os atos praticados por um Estado ultrapassam as fronteiras porosas e frágeis, gerando efeitos no território de outros Estados, a exemplo da migração.

Sendo assim, mesmo após a retirada, o Estado continuará vinculado ao *jus cogens* e ao direito costumeiro internacional, conforme os fundamentos apresentados nos capítulos específicos, devendo respeitar os direitos humanos em seu país, como expressão do dever de devida diligência, para evitar danos transnacionais.

11.3. Quando surge um quadro de violações graves e sistemáticas dos direitos humanos que ocorra sob a jurisdição de um estado das Américas que tenha denunciado a Convenção Americana e a Carta da OEA:

11.3.1. Que obrigações em matéria de direitos humanos têm os demais Estados membros da OEA?

Os demais Estados membros da OEA têm o dever de devida diligência em exigir que os demais Estados respeitem o paradigma interamericano para proteção e efetivação dos direitos humanos no sistema interamericano, em decorrência da tese da transnacionalidade e do direito cosmopolita.

11.3.2. De quais mecanismos dispõem os Estados membros da OEA para tornar efetivas tais obrigações?

Os Estados dispõem dos mecanismos disponibilizados pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de poder contar com os mecanismos decorrentes da Carta da Organização dos Estados Americanos, principalmente das decisões prolatadas no contexto da Assembleia Geral.

Os Estados poderão, portanto, solicitar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos realize o monitoramento da situação dos direitos humanos no Estado

denunciante, com a instauração de procedimentos investigatórios, com a tomada de medidas provisionais e com a realização de relatórios temáticos, anuais e de Estado.

Referidos mecanismos contribuem para a formação da *soft law*, bem como da consolidação da jurisprudência da Corte Interamericana, consolidando os paradigmas encartados pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

A propósito do tema, salutar a doutrina de Par Engstrom:

“Apesar disso, há três principais razões para mudar o foco analítico para além da conformidade com as regras, a fim de gerar uma melhor compreensão do impacto do SIDH. O primeiro diz respeito ao desenvolvimento normativo e institucional do SIDH, que destaca o papel do Sistema no avanço, na interpretação e no cumprimento dos padrões de direitos humanos. Em termos de elaboração de regras, tanto a Comissão Interamericana quanto a Corte desempenham uma função crucial no desenvolvimento de normas de direitos humanos. O Sistema desenvolveu padrões regionais incorporando uma ampla gama de normas de direitos humanos.³ Em sua prática, o SIDH abordou progressivamente um conjunto cada vez mais amplo de questões de direitos humanos. O Tribunal desenvolveu jurisprudência progressiva dos direitos humanos por meio de suas decisões. A Comissão também desempenha uma função importante a esse respeito por meio de seus relatórios temáticos, desenvolvimento de diretrizes políticas (que variam de, por exemplo, liberdade de expressão, direitos dos detidos a direitos LGBT); em outras palavras, apesar de seu papel no desenvolvimento do *soft law*. O SIDH é cada vez mais ambicioso, não apenas em termos dos tipos de desafios de direitos humanos com os quais lida, mas também em termos do que exige dos Estados. Em particular, as políticas em evolução da Corte Interamericana de reparação agora abrangem desde compensação monetária a vítimas, reparações simbólicas (por exemplo, memoriais), demandas por reformas estatais e processos criminais de autores individuais. Como resultado, o SIDH emergiu como o ponto de referência central dos direitos humanos em sua região.⁷¹

Por outro lado, o artigo 41 da Carta da Organização das Nações Unidas também autoriza que os Estados-membros da ONU possam solicitar ao Conselho de Segurança a tomada de medidas para o resgate ou a manutenção da paz, desde que não haja o emprego de força militar.⁷²

11.3.3. A que mecanismos de proteção internacional de direitos humanos podem acudir as pessoas sujeitas à jurisdição do estado denunciante?

⁷¹ Par Engstrom. Reconceptualising the impact of the Inter-American Human Rights System. *Revista Direito e Práxis*, vol. 08, n. 2, Rio de Janeiro, 2017, p. 1250-1285.

⁷² Carta das Nações Unidas, artigo 41: “O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões e poderá convidar os Membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie e o rompimento das relações diplomáticas.”

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm > Acesso em 16.12.2019.

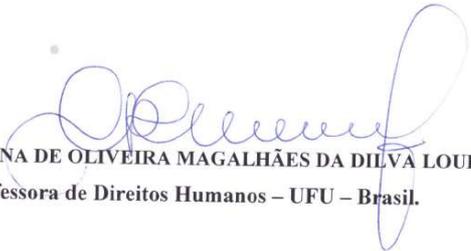
As pessoas sujeitas à jurisdição do Estado denunciante poderão se valer dos mecanismos decorrentes do Sistema Onusiano de Proteção aos Direitos Humanos, dos mecanismos existentes no contexto da competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como o direito à petição individual, bem como dos mecanismos decorrentes da Organização dos Estados Americanos, como as Resoluções.

12. CONCLUSÃO

A petionária requer a aceitação de sua participação como *amicus curiae*, bem como a consignação dos fundamentos apresentados neste documento.

Além disso, a petionária esclarece que tem interesse em fazer a manifestação oral dos fundamentos apresentados no *amicus curiae*.

Brasil, 16 de dezembro de 2019.



CLAUDIA REGINA DE OLIVEIRA MAGALHÃES DA DILVA LOUREIRO
Professora de Direitos Humanos – UFU – Brasil.