

A existência de normas peremptórias de Direito Internacional Humanitário: fundamentos para o posicionamento hierárquico da proteção humanitária internacional como parte de um *jus cogens* universal.

Dr. Alvaro de Oliveira Azevedo Neto¹

Msc. Maria Emilia Miranda de Oliveira Queiroz²

Resumo

O presente ensaio científico tem como objetivo identificar a possibilidade de se compreender normas peremptórias de Direito Internacional Público como possíveis agentes de proteção aos Direitos Humanos em escala internacional. Neste sentido, divide-se o mesmo em três: uma etapa introdutória com intuito de fundamentar a existência de normas de *jus cogens* internacional e de seu poder de império; uma segunda onde verifica-se a constitucionalização sistêmica decorrente da criação desta natureza de norma, especialmente no que tangem os Direitos Humanos; e uma etapa final onde conclui-se pelo fato de que algumas normas que protegem Direitos Humanos de fato possuem esta qualidade, devendo ser vistas como parte de um conjunto de valores compartilhados que se sobrepõem a quaisquer outros, não podendo ser violados por agentes estatais ou infraestatais.

Palavras-Chaves:

Direitos Humanos, Jus Cogens, Direito Internacional

The existence of peremptory norms of international humanitarian law: fundamentals for the hierarchical positioning of international humanitarian protection as part of a universal *jus cogens*.

Abstract

The current study aims to identify the possibility of understanding peremptory norms of public international law as potential agents for the protection of human rights on an international scale. In this sense, its arguments can be divided into three sections: an introductory section where *jus cogens* norms are fundamented as well as power of empire; a second where there is a resulting systemic constitution for the creation of this kind of norm, especially in that concern human rights; and a final stage where it follows from the fact that some standards that protect human

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2003), mestre em Ciência Política, com concentração na linha de Políticas Internacionais de Integração pela Universidade Federal de Pernambuco (2005), doutor em Direito, com concentração na linha de Neoconstitucionalismo, pela Universidade Federal de Pernambuco (2010). Atualmente é Coordenador Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Boa Viagem e professor do Centro Universitário Maurício de Nassau (UNINASSAU) em Recife, Pernambuco. Coordena o Grupo de Estudos de Direito Público da Faculdade Boa Viagem - DeVry.

² Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2002); mestre em Direito, com concentração no Direito Processual, pela Universidade Católica de Pernambuco (2010); advogada militante; atualmente coordenadora de operações acadêmicas da Faculdade Boa Viagem – DeVry.

rights in fact possess this quality and must be seen as part of a set of shared values that override any other, and can not be violated by state agents or any other agents.

Key-Words

Human Rights, Jus Cogens, International Law.

O Jus Cogens Internacional: a possibilidade de normas imperativas peremptórias em escala internacional.

A validade do Direito Internacional como corpo normativo já é algo debatido e superado por diversos internacionalistas. A ausência de uma estrutura forma tal como aquela existente no espaço doméstico e a sua potencial deficiência de cogência tem sido seus principais pontos de crítica. Contudo, pode-se dizer que a interdependência dentro da qual opera-se hoje o sistema entre estados torna esta estrutura normativa necessária, já que a mesma será responsável pela diminuição dos custos de ação entre Estados (aumenta a previsibilidade), tornando-se referencial também do que “deve ser” nestas mesmas relações.

A comunidade internacional caracteriza seu sistema normativo mesmo estando ausente este *Leviatã*, utilizando como técnica para preenchimento dos espaços vazios, localizados nas lacunas dos acordos formais pontuais que existem, com estruturas morais internacionalizadas. É uma consciência regulatória decorrente da necessidade de proteção a valores sociais básicos. Pode-se dizer que aí estaria o *jus cogens* (NIETO-NAVIA, 2001).

O ponto de partida para a compreensão do que seria este *jus cogens* internacional deve ser, inegavelmente, o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Nele verifica-se uma definição vaga e inconclusiva, criticada desde a formação do texto do tratado em si, do que seria esta espécie normativa. A definição ali posta está aberta à interpretação potencialmente irresponsável. Contudo, coloca-se a possibilidade de existir uma espécie normativa que estaria materialmente destacada das demais no Direito Internacional, já que dela não caberia violação se não por meio de norma subsequente de iguais características. Em seguida, ainda pode-se ver no Relatório sobre a Fragmentação do Direito internacional da ONU de 2006 o reconhecimento da existência deste tipo de norma, que deve gozar de um *status* diferenciado no sistema, diminuindo a sua fragmentação (ZENOVIC, 2012, p.23).

É aquilo que Grotius (*De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, 1625), Vattel (*Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, 1758) e Wolff (*Jus Gentium*, 1764) mencionavam como *direito*

necessário (jus naturale necessarium), cuja ação contraria dos Estados seria sempre ilegal. Apesar desta noção ter se reduzido com o tempo, mais adiante novas estruturas sistêmicas dentro das quais poderia se encontrar este sistema voltaram a aparecer. É o presente na estrutura de norma hipotética fundamental de Kelsen, de Direito natural presente em Rawls e Solidariedade Internacional de Scelle (NIETO-NAVIA, 2001, p.5).

A norma peremptória apresenta-se dentro de um sistema cujas conseqüências podem ser associadas a regras substantivas e princípios gerais do Direito Internacional Público. Via de regra identifica-se como *jus cogens* o sistema e como peremptória a norma em si. Neste sentido utilizaremos os dois termos com muita proximidade, mas com esta simples nuance separando um e outro.

Oppenheim stated in 1905 that in his view “a number of ‘universally recognised principles’ of international law existed which rendered any conflicting treaty void and that the peremptory effect of such principles was itself a ‘unanimously recognised customary rule of International Law.’ (NIETO-NAVIA, 2001, p. 5).

A sua existência (*jus cogens*) representa uma barreira normativa que por muitas vezes está associada a questões políticas ou morais, o que já é por si só problemático. Se a sua origem e fundamento tem esta natureza, o que impede sua contestação, por exemplo, quando o fundamento não faz parte de seu sistema moral, como é o caso de normas de origem eurocêntrica cristã no mundo muçulmano (COSTELLOE, 2011, p. 3).

É inevitável falar em fragmentação do sistema internacional quando busca-se tratar de *jus cogens*. A (in)existência de normas peremptórias já se vem discutindo com parte deste debate ainda maior. Segundo KOSKENNIEMI (2002), sempre faltou ao Direito Internacional uma estrutura hierárquico-normativa clara. Ainda alerta este autor para o perigo decorrente da proliferação de tribunais internacionais, que por sua vez também põem em risco a unidade do Direito internacional e seu papel no sistema inter-estatal. Ainda alertou, lembrando o discurso do juiz Guilliame, referente à comemoração dos 50 anos do Tribunal de Haia, que esta proliferação gerou regimes especializados e divergentes, onde o mesmo disse que a compreensão do sistema internacional precisa ser revisitada mas “il ne doit pas être brisé” (não pode ser quebrada).

A existência de normas peremptórias internacionais tem como principal impacto limitar os Estados e demais agentes normativos em seus processos legislativos. Todas as normas desta natureza constituem-se em princípios apresentados como de importância fundamental para a comunidade internacional. Contudo, alerta COSTELLOE, a característica peremptória da norma

de *jus cogens* deriva de valores que a comunidade internacional deseja proteger, baseando-os na moral ou na própria política. Este autor baseia sua colocação em dois julgados de tribunais distintos. No primeiro julgado, IT-95-17/I-T, o Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, fundamentou a tipicidade da tortura na aversão comum na qual gerava a punibilidade da tortura. Assim, este ato adquiriria status diferenciado no sistema, atribuindo o fato típico a uma proibição que encontrar-se-ia fundamentada neste sistema de *jus cogens*. No seu segundo exemplo, COSTELLOE indica o caso de imigrantes sem documentação julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Opinião OC-18/03), onde imigrantes ilegais estariam protegidos pelo princípio da igualdade e não-discriminação, que por sua vez é princípio fundamental do qual derivam os sistemas internacional e nacionais.

As potenciais fontes formadoras deste jus-cogens são os tratados internacionais, os costumes internacionais e os princípios gerais do Direito. Quanto aos tratados, devido ao fato de que a norma vincula apenas aqueles que participaram de sua elaboração formal e que as normas peremptórias afetam todos, verifica-se que estes apenas repetem (codificando) normas que de fato já existem. É o caso dos tratados de natureza humanitária ou da própria carta da ONU. Os costumes, por sua vez, são reflexo desta prática reiterada do *jus cogens*, fato que leva diversos autores a acreditar que estes são de fato a única origem do *jus cogens*. Os princípios gerais apareceriam de forma suplementar aos costumes. Deve-se ter em mente que este corpo normativo não é estático, mas sim dinâmico. Ou seja, estas normas podem ser modificadas pela mesma fonte que as criou (como indica o próprio texto da Convenção de Viena).

Fazem parte do *jus cogens*: normas fundamentais de conduta, cuja derrogação não é possível (como a boa fé, por exemplo); normas necessárias para a estabilidade da ordem jurídica internacional (*pacta sunt servanda*); normas humanitárias, devido a sua materialidade; normas de interesse geral da comunidade internacional (preâmbulo da Carta da ONU); e normas estabelecidas e convencionadas (mesmo sem o aval expresso de todos) como obrigatórias para todos (a liberdade do alto mar, por exemplo, ou da necessária proteção ao meio ambiente) (NIETO-NAVIA, 2001).

Rules of *jus cogens* can be defined in general terms as being non-derogable rules of international 'public policy.' Given their overriding importance and indeed because often they involve matters of international public order it can be stated that each and every State has a legal interest therein. As a result, one can state that peremptory

obligations are owed by all States (and other subjects of international law) to the international community of States as a whole. (NIETO-NAVIA, 2001, p. 14).

Em sistemas nacionais não existe questionamento quando a validade de uma norma, exceto quando ela não está de acordo com dispositivo de natureza constitucional. Portanto, este debate (validade) ficava restrito ao Direito Constitucional. A aproximação de *constitucionalismos internacionais* fez com que a possibilidade de existirem normas que ultrapassem as demais, mesmo contra a vontade dos Estados, ser extremamente controverso. Define-se este *constitucionalismo* da seguinte forma:

Building on this transnational consensus, I employ the term ‘global (or inter-national) constitutionalism’ in order to characterize a strand of thought (an outlook or perspective) and a political agenda which advocate the application of constitutional principles, such as the rule of law, checks and balances, human rights protection, and democracy, in the international legal sphere in order to improve the effectivity and the fairness of the international legal order (PETERS, 2006, p.5).

Para tanto, determina VIDMAR (2012) que seria necessária a existência de um sistema internacional de valores, capaz de justificar a existência deste sistema, fato difícil de aceitar. Contudo, este mesmo autor sugere que a evolução do sistema Nações Unidas pode ter dado a coesão necessária para este sistema de valores existir, já que sua carta traz textualmente estas vontades compartilhadas e obrigações universais. Portanto, a Carta das Nações Unidas pode refletir este sistema de valores necessário para se criar uma *politeia constitucional* (2012, p.5).

Ainda neste sentido, pode-se dizer que o artigo 103, que eleva a Carta das Nações a situação de supremacia perante outros acordos internacionais por sua vez também estabelece hierarquia, determinando assim a existência de norma *erga omnes* no sistema internacional. Entretanto, ainda existem posicionamentos contrários a este, como é o caso de KOSKENNIEMI, que em relatório sobre a fragmentação do Direito Internacional determinou que a função deste artigo 103 era de estabelecer exclusão de tratados posteriores pelo critério da cronologia e não hierarquia.

Tratando do chamado *constitucionalismo internacional*, (PETERS 2006) posiciona-se dizendo que apesar de não existir norma constitucional internacional, existem normas fundamentais na ordem internacional que por sua vez podem preencher a função constitucional que aqui se busca. Neste sentido, a autora alerta para o fato de que os Estados não conseguem mais fazer “constituições absolutas”, devendo deixar espaço para regras internacionais de natureza constitucional. Assim, conclui a autora que para ter a total proteção constitucional é

necessária a proteção nos vários níveis de governança (*governance levels*). O problema apontado estaria na governança global e sua falta de legitimidade para esta função.

‘Constitutionalization’ is shorthand for the emergence of constitutional law within a given legal order. The concept of constitutionalization implies that a constitution (or constitutional law) can come into being in a process extended through time. It also implies that a legal text (or various legal texts) can acquire (or eventually lose) constitutional properties in a positive feedback process. A text can therefore be more (or less) constitution-like. It may be, in short, a constitution-in-the-making. In consequence, ‘global (or international) constitutionalization’ is used in this paper as a catchword for the continuing process of the emergence, creation, and identification of constitution-like elements in the international legal order (PETERS, 2006, p. 4).

Assim, pode-se concluir esta primeira etapa com três afirmações que apóiam uma a outra. A princípio, reconhece-se a existência de normas peremptórias e de *jus-cogens* internacional. Neste aspecto, pode-se inclusive enumerar exemplos como fez-se acima. Em segundo lugar, verifica-se que para que este sistema existe é necessário um grupo de valores compartilhados (da moral ou da política internacional) capaz de justificar, materialmente, esta hierarquia superior de algumas normas internacionais. Neste sentido, pode-se fazer menção ao artigo 103 da Carta das Nações Unidas e sua própria determinação de superioridade, trabalhando-se assim o fato de que após a criação da ONU esta série de valores compartilhados passou a existir. Em terceiro lugar, agora por uma perspectiva formal, não existe norma constitucional internacional. Existem de fato normas que traduzem estes valores compartilhados, que podem ser vistas como fundamentais, existindo na forma de *jus cogens* internacional.

Direitos Humanos e jus cogens

Devido ao fato da soberania nacional ainda funcionar como proteção contra intervenções de caráter humanitário, já que isto apresentaria uma redução no poder do Estado nacional, nota-se que esta ideia tem passado por processos de transformação importante, que levam ao questionamento da existência no presente momento do então estado Vestefaliano.

However, the concept of state sovereignty is undergoing important modifications, and respect for sovereignty is being linked to respect for human rights. How these links should be guaranteed in practice (in particular whether in extreme cases by military means ‘humanitarian intervention’) requires further exploration.

Neste sentido, concordam KOSKENNIEMI e LEITO (2002):

The crisis of domestic sovereignty is paralleled by the collapse of the image of the international world as a single, hierarchical structure at the top of which the United Nations governs a world of tamed sovereigns through public law and

diplomacy. The new global configuration builds on informal relationships between different types of units and actors while the role of the state has been transformed from legislator to a facilitator of self-regulating systems. (Koskenniemi e Leino, 2002, p. 557).

As relações transnacionais e a globalização produzem efeitos sobre as ordens normativas, embaçando as fronteiras que separam a agenda doméstica da internacional (KEOHANE, NYE. 2001, p. 3). Neste sentido, segundo SLAUGHTER (2004), uma nova forma de governança é possível, através de redes transnacionais de comunicação. Definindo este processo com *cross fertilization among legal systems*, SLAUGHTER sugere que os diversos sistemas em comunicação tocam e influenciam um ao outro. (SLAUGHTER, 2004; SANDS, 1999)

Nesta estrutura proposta, governos e jurisdições modificam o exercício de sua função soberana e o Estado passa a agir de forma diferente daquela de outrora. Portanto, onde fala-se em erosão de soberania deve-se tratar, na verdade, de uma nova estratégia para que o Estado permaneça agente principal das relações internacionais, como percebem as escolas realistas deste segmento.

A doutrina constitucional nacional, por sua vez, inaugura novos conceitos que aparentemente seguem esta ideia acima. Expressões como o interconstitucionalismo (CANOTILHO, 2008), transconstitucionalismo (NEVES, 2009), constitucionalismo transnacional (TSAGOURIAS, 2007), constitucionalismo plural (MADURO, 2006), e outras aparentemente sugerem a aplicação do bloco de constitucionalidade, correspondendo a ideia do *constitucionalismo internacional* de PETERS (2006).

A principal causa desta modificação vem do novo contexto internacionalizado do Estado, fazendo com que conquistas no *jus cogens* internacional também passem a fazer parte do *acquis* constitucional dos Estados (CANOTILHO, 2008, p. 27). MELLO (2000, p. 9), argumenta utilizando como base HESSE, que não existe questão constitucional que não seja política, da mesma forma que não existiria questão mais política que aquela das relações internacionais dos Estados, tendo em vista que esta pode significar a própria sobrevivência dos Estados no sistema. Neste contexto inicia-se o discurso da função do Direito Internacional Público como complementar a do Direito Constitucional (ou não). Tal como o Direito Constitucional, o Direito Internacional pode acompanhar, mas não substituir, a formação de um espaço político (ABDUL-NOUR, p. 1278).

Portanto, vê-se a possibilidade desse processo de *fertilização* sugerido por SLAUGHTER ocasionar também uma mudança na visão global dos sistemas normativos de proteção aos

Direitos Humanos, atribuindo aos mesmos a mesma condição de norma de hierarquia diferenciada presente sistemas de Direito doméstico também no Direito Internacional.

A obra de John Rawls “o Direito dos Povos” reitera diversos dos valores postos pelo Direito Natural. Tanto Rawls quanto Kant acreditam que a ideia de justiça no nível global dependem de uma continuada existência de pluralismo e independência das comunidades políticas. Além destes requisitos, a função do Direito Internacional seria de regular a coexistência e cooperação destas comunidades políticas. O direito é um instrumento para os propósitos das comunidades e não uma barreira para seu desenvolvimento (RAWLS, 1993).

Nesta obra verifica-se que o respeito aos direitos humanos é uma condição política que deve estar presente em qualquer regime para que este seja admitido pela comunidade internacional como parte de uma organização política justa. Este ideal deve ser universal a ponto de conseguir transitar e atravessar fronteiras econômicas e culturais. Portanto, de forma semelhante a lei cosmopolita de Kant, onde republicas unem-se para formar uma federação que se submete ao *rule of Law* sem contudo perder a sua independência, a lei dos povos de Rawls é um instrumento para os propósitos humanos capaz de atribuir uma certa coesão ao sistema normativo plural internacional.

É missão da constituição do Estado garantir direitos fundamentais. Contudo, devido a fragmentação e especialização, também é tarefa do Direito Internacional fazer a dita proteção. Pela perspectiva do direito natural, a mesma série de princípios que atuam no sistema doméstico (do *municipal Law*) também atuarão no sistema internacional. O princípio do *pro homine* faz surgir um ramo internacional especializado em sua proteção, com tratados e instituições destinadas a sua proteção com características gerais e regionais.

Os direitos humanos, retornando ao discurso político do Direito Internacional, tem uma retórica que lhes é particular. Diferente dos demais direitos, eles se apresentam de forma inegociável, reduzindo inclusive a força formal do legislador devido a sua condição de proteção obrigatória e muitas vezes até inerente a própria existência do sistema. Neste sentido, a visão kantiana de democracia cosmopolita parece ter sido mais uma vez apreendida pela doutrina internacional. Enquanto o sistema internacional permanece heterogêneo, para que exista a proteção aos direitos humanos seria necessário que exista constitucionalismo, democracia e a proteção a direitos. A constituição estabelece as regras do jogo político de acordo com o *rule of Law*, a democracia é responsável pelo processo de inclusão das pessoas no sistema e a visão de

direitos (como a de Rawls) estabelece o patamar moral e legal de justiça para a proteção aos ditos direitos humanos (KOSKENNIEMI, 2011).

Essa sobreposição de valores faz com que os mesmos princípios legais estejam presentes em diversas instâncias do ordenamento jurídico, repetindo-se do ordenamento nacional ao internacional. A visão da fragmentação faz com que ainda se questione quem seria responsável pela coesão do dito ordenamento, tendo em vista o fato de que várias ordens normativas responsabilizaram-se pela proteção aos mesmos direitos fazendo com que a proteção aos direitos humanos tome para si características plurais. Este pluralismo de ordenamentos parte do pressuposto de que o Direito formado pelos Estados poderá ser integrado, já que o Direito poderá emanar de diversas fontes. Explica Ferrajoli:

Nas orientações mais recentes, finalmente, também se referiu à luz da evolução do direito internacional, ao invés de dualismo, pluralismo de sistemas jurídicos no sentido de que os direitos estatais formam uma pluralidade de ordenamentos, e também no sentido, poderíamos acrescentar, que o direito Internacional é composto por uma pluralidade de instituições e entidades e jurisdições. Acima de tudo, então, reconheceu-se que em muitas destas instituições há relações diferentes - a coordenação, a subsidiariedade, a subordinação da integração - determinada por diferentes regras de direito que lhes pertencem. É, na maioria dos casos, para estabelecer sistemas jurídicos derivados, mas não originários, no sentido definido no seu tempo (FERRAJOLI, 2007, p. 484).

O grau mais elevado de integração de ordenamentos seria aquele que produz normas de características constitucionais, derivadas de órgãos e instituições supranacionais cujos produtos entram imediatamente em vigor, sem a necessidade de um processo de recepção ou ratificação legislativa. A presença destes órgãos e instituições é um traço distintivo do federalismo, que por sua vez é uma forma de configuração política capaz de relacionar múltiplos níveis normativos.

A ampla e crescente variedade de relatórios relacionados com o paradigma da integração exige que se fale da mini dicotomia Federal, entre "federações" e de "não federações". A ordem jurídica internacional pode de fato ser configurada como um sistema jurídico pluralista, consistindo de sistemas ligados por diferentes graus de integração, que vão desde uma configuração simples para a aderência de organização federal com a ONU, configurada como uma confederação com base na aceitação de suas normas por todos os Estados-Membros. (IDEM, 486).

O sistema plural, por sua vez, tende a reunir normas que se intercedem, sobrepõem e

dividem-se na sua área de aplicação, interagindo muitas vezes de forma horizontal umas com as outras e não de forma vertical como em um sistema doméstico simples. Harmonizar um sistema plural significa trazer congruência normativa à diversidade de regimes e ideologias constantes nas divergentes ordens legais que o compõem. Esta compatibilização pode ser feita de acordo com várias técnicas existentes, como sugere ROSENFELD (2008):

... Dispositivos constitucionais de comando existentes - como a proporcionalidade, o federalismo e o equilíbrio, da subsidiariedade, a "margem de apreciação", o "sistema millet", a descentralização, e os direitos constitucionalmente estruturados de secessão - parecem particularmente adequados para contribuir para uma solução pluralista (idem).

Esta realidade plural faz com que os atores políticos no nível nacional devam submeter-se a esta ordem normativa internacional, gerando por consequência uma erosão do seu poder político em favor do sistema que está além do nacional. A solução adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro para enfrentar esta possível erosão adéqua-se a esta visão. Existem características materiais que elevam a proteção dos Direitos Humanos ao patamar de valor universal no regime internacional. Defendem GOMES e MAZZUOLI (2010) que desta realidade surgiria uma nova versão de compatibilização sistêmica, dentro de uma ordem normativa universal.

Nota-se este posicionamento no tribunal de Haia, como mencionado por KOSKENNIEMI e LEINO (2002), transcrito abaixo.

...in the following year, Jennings ended his review of the Court's activity by expressing concern that the "kind of international law that directly concerns individuals" (human rights and environmental law) was being directed to bodies other than his Court. As a result, "the Hague Court finds itself increasingly cut off from a growing and very important part of the international law system." (Koskenniemi e Leino, 2002, p. 555)

Neste sentido, também indica a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça das Nações Unidas, tal como se vê a seguir:

... it is recalled that the ICJ discussed the existence in international law of what it considered to be a special category of international norms that should receive a particular degree of prominence. In commenting on the Genocide Convention it stated that "its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality. In such a convention the Contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common

interest, namely the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention....The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of its provisions.” (NIETO-NAVIA, 2001, p. 6).

Analisa-se então uma solução para a fragmentação internacional presente dentro do ordenamento jurídico internacional, que é capaz de determinar um filtro processual, que atribui elementos de hierarquia formal. Segundo a teoria de Peter Häberle (2003), “a constituição é cultura”, o que significaria que a norma constitucional, ou de jus cogens, não restrita ao material exclusivamente jurídico, é portanto dirigida aos juristas para sua interpretação não apenas como uma obra normativa, mas também como um produto cultural da auto-representação de um povo. Assim sendo, o estado constitucional é um produto multicultural, que se sujeita a evolução e interferência no tempo e no espaço.

Seguindo a teoria deste autor, a constituição sujeita-se ao elemento tempo em dois patamares, sendo o primeiro a sua história, de forma diacrônica, e o segundo às opções do poder constituinte, de forma sincrônica. Enquanto em contrapartida existiria a ideia da evolução da constituição no espaço, onde diferentes espaços e sociedades interferem nos textos constitucionais uns dos outros, como se percebeu no modelo federalista norte-americano que fora incorporado em diversos outros sistemas e como se percebe hoje com o esforço internacional para a internacionalização de direitos humanos.

Descrevendo o fenômeno internacional e seguindo esta mesma ideia, Gomes e Mazzuoli determinam:

...sob o ponto de vista material, os três conjuntos jurídicos citados (ordinário, constitucional e internacional) caracterizam-se por possuir, entre eles, vasos comunicantes que permitem que eles se retroalimentem (complementando-se uns aos outros).

Os dois autores determinam que o princípio *pro homine* ainda afeta o direito interno e internacional de forma complementar devido a disposição da Convenção e Viena sobre o Direito dos Tratados, que impõe a obrigação de cumprimento do *pacta sunt servandae* e de boa-fé. A disposição de direito interno não deve bloquear a ação da norma internacional, mas deve viabilizar seu cumprimento. As normas de direitos humanos se retroalimentam, dialogam e formam uma hermenêutica compatibilizante nesta lógica plural (VALADÉS, 2009).

Esta hermenêutica compatibilizante, como já citado, fez com que houvesse uma modificação da pirâmide normativa também dentro do Estado brasileiro. Após o julgamento do

RE 466.343-1 SP, determinou-se que os tratados internacionais teriam *status* supra-legal, enquanto aqueles que fossem aprovados no quorum qualificado pelo §3º do art. 5º da Constituição Brasileira (após o advento da mesma) teriam *status* de emenda constituição.

Desta forma, determinou-se um critério constitucional formal de bloqueio a ação política legislativa. Uma vez que este mesmo legislador aprovar um tratado que verse sobre direitos humanos, que por sua vez compartilha-se com a comunidade internacional, este demandará uma ação política muito mais difícil de se atingir para sua modificação do que qualquer outro tipo de tratado internacional. A abertura das fontes do Direito Constitucional apresenta-se como uma solução formal para a fragmentação do sistema jurídico internacional, principalmente no que tange os Direitos Humanos. No caso brasileiro, em questão, a referida abertura faz com que os referidos tratados passem a fazer parte de seu sistema constitucional, responsabilizando-se o Estado brasileiro para sua aplicação.

Koskenniemi (2005), relator do projeto que indica a fragmentação do Direito Internacional, sugere que o discurso legal do Direito Internacional poderia partir de duas lógicas, uma formal e outra material. A primeira seria o discurso da soberania, dotada de concretude, enquanto a segunda seria o discurso das fontes formais do direito internacional. Neste sentido, busca-se a segunda ideia, material, dentro da qual poderia-se determinar que o Direito de Genebra poderia ser de fato considerado *jus cogens*.

Grande parte destas provisões protege a pessoa em termos absolutos. Em cada uma delas encontram-se provisões que impedem agressões a humanidade de forma a impedir seu absolutamente seu descumprimento. Além disto, as convenções determinam que quaisquer acordos que afetem de forma negativa os protegidos por suas normas, colocando-se de forma a restringir a possibilidade de tais acordos. Elas também impedem que as pessoas renunciem seus direitos ali protegidos, bem como proibem que se anistie qualquer outro agente que por ventura venha a violar seus dispositivos.

Estas convenções tem ratificação quase que universal, fato que leva a entender que os valores ali presentes fazem parte de um conjunto de princípios compartilhados por todos, ou seja, de uma série de valores compartilhados que superariam quaisquer outros (HANNIKAINEN, apud NIETO-NAVIA).

A expansão do sistema normativo internacional fez com que diversas ordens produzissem normas que interagem e sobrepõem-se. Neste sentido, ocorre uma erosão do poder político

nacional e do próprio Direito Internacional geral. A existência de uma razão material constante, ou seja, de uma mesma proteção normativa, com produção pulverizada em diversas ordens formais gera uma pluralidade de comandos legais que por sua vez poderá enfraquecer a proteção que se deseja. A proteção dos Direitos humanos encontra-se nesta situação, com proteção normativa em diversas instâncias. Portanto, uma forma material de atribuir coesão a esta proteção seria considerá-la como parte do espectro normativo dotado de peremptoridade, fazendo com que se compreenda dentro desta lógica plural apresenta uma complementaridade das ordens normativas, capaz de coesão e hierarquia, baseada em um sistema de valores semelhantes àqueles encontrados em uma constituição.

Considerações Finais

A globalização e a falta de coesão da sociedade internacional fizeram com que o sistema normativo do Direito Internacional público tomasse para si uma lógica fragmentada capaz de gerar uma potencial erosão normativa de seu sistema. Este fato é decorrente da sua proximidade com a política internacional, fazendo com que o mesmo seja utilizado muitas vezes como instrumento desta. O Direito Internacional fragmentado faz com que os Estados possam simplesmente aplicar os dispositivos legais mais interessantes para si, e não aquele mais adequado ao caso em questão. Esta lógica fragmentada faz surgir um sistema plural que necessita de critérios materiais e formais para operacionalizar a aplicabilidade de suas normas.

O relatório da Organização das Nações Unidas quanto a sua fragmentação apresenta além desta fragmentação, potenciais soluções para o referido problema. Materialmente, vê-se que a visão dos Direito natural parece atribuir uma lógica hierárquica material condizente com pensadores como Kant e Rawls. A análise da matéria poderá atribuir elementos capazes de solucionar potenciais conflitos normativos dentro do Direito Internacional. A análise da matéria, neste caso, vê que determinados tratados tem potencial de tornarem-se de aplicabilidade universal, sobrepondo-se aos demais dentro do sistema.

Formalmente, mesmo que apresentando critérios materiais para embasar seu posicionamento, Gomes e Mazzuoli determinam que esta nova visão da pirâmide normativa frente aos tratados internacionais, principalmente daqueles que versam sobre Direitos Humanos, facilitam a coesão deste sistema, tendo em vista que uma vez que eles passam a fazer parte do

Direito Constitucional nacional eles recebem o *status* normativo hierárquico da dita norma, sobrepondo-se a quaisquer outros textos normativos internacionais.

Referências

- ABDUL NOUR, S. D. *Teorias em relações internacionais e direito internacional público*. RDCI, 52/271 jul-set 2005.
- ALBI, A. *Supremacy of EC Law in New Member States*. *European Constitutional Law Review*, 3: 25-67, 2007.
- BJORGE, E. *National supreme courts and the development of ECHR rights*. I CON (2011), vol. 9, No. 1, 5-31.
- CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Lisboa, Almedina, 2011.
- CANOTILHO, J.J.G., *Brançosos e Internconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. 2ª Edição. Lisboa, Almedina, 2008
- COSTELLOE, D. *Political Constructivism and Reasoning About Peremptory Norms of International Law*. 4 Wash. U. Jur. Rev. 1 (2011).
- GOMES, L.F. e MAZZUOLI. V.O., *Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.
- GOMES L.F. e VIGO, *Do Estado de Direito Constitucional e Transnacional: Riscos e Precauções*. São Paulo. Premier Máxima Ed. 2008.
- GOMES, LF. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: Validade e operacionalidade do princípio "pro homine"*. in GOMES, L. F., *Estado constitucional de direito e nova pirâmide jurídica*, São Paulo: Premier, 2008
- HÄBERLE, P. *El Estado Constitucional*. Universidad Autónoma de México, México: 2003.
- HALE, T; HELD, D. *Handbook of Transnational Governance: institutions and inovations*. Cambrigde, Polity Press, 2011.
- HELD, D. *Democracy and the Global Order: From the Modern State to the Cosmopolitan Governance*. Londres: Stanford University Press, 1995.
- HELD, D, *et. al. Global Transformations : politics, economics and culture*. Londres : Stanford University Press, 1999.
- KEOHANE, R; NYE Jr, J. *Democracy, Accountability and Global Governance*. 2001.
- KEOHANE, R; NYE Jr, J. *The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy*. 2000.
- KOSKENNIEMI, M. *From Apology to Utopia*. Cambridge, Cambridge: 2005.
- KOSKENNIEMI, M. *The politics of international Law*. Cambridge, Cambridge: 2011.

- LAVRANOS, N. *Judicial Competition: selected cases in International and European Law*. Amsterdam: Europa Law Publishing. 2011.
- MAZZUOLI, V. O. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. RT 889/105, 2009.
- MADURO, M. P. *A Constituição Plural: constitucionalismo e União Europeia*. Estoril, Principia: 2006.
- MILANOVIC, M. *Norm conflict in international law: whiter human rights?* Duke J. Comp. & Int'l L. 69, 2009.
- NARDIN, T. *International pluralism and the rule of law*. Review of International Studies (2000), 26, 95–110.
- NEVES, M. *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Martins Fontes: 2009.
- NIEUWENHUIS, A. *The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights*. ECLR, 3: 367-384, 2007.
- NITEO-NAVIA, R. *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*. 2012. Disponível em: [<http://www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf>] acesso em 30 de 07 de 2014.
- PICCIOTTO, S. *Constitutionalizing multilevel governance?*, I•CON, Volume 6, Number 3 & 4, 2008, pp. 457–479
- PUTNAM, R. D. "Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games." International Organization. 42:427-460.
- RAWLS, John. *Law of the Peoples*. Critical Inquiri, 1993
- ROSENFELD, M. *Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism* I•CON, Volume 6, Number 3 & 4, 2008, pp. 415–455
- SANDS, P. *Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law*. Yale Rights and Development Law Journal. Vol. 1. 1999.
- SILVA, E. D., *Tratados Internacionais e Lei Interna no Brasil*. 2003, Revista Tributária e de Finanças Públicas no. 49/9.
- SHAW, Malcolm N. *International Law*. Cambridge: 2008.
- SLAUGHTER, A.-M., *The Real New World Order*, 76 FOREIGN AFF. 183, 186 (1997)
- SLAUGHTER, A.-M 1994-1995 Typology of Transjudicial Communication. 29 U. Rich. L. Rev. 99

SLAUGHTER, A.-M. 2004. *A New World Order: Government Networks and the Disaggregated State*. Princeton: Princeton University Press.

TAVARES, A. R. et.al. *Estado Constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva: 2010.

TSAGOURIAS, N. Ed. *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*. Glasgow: University of Glasgow, 2007.

VALADÉS, D. In HABERLE. prefácio a El Estado Constitucional europeo. Haberle. Livro eletrônico disponível em: [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>] 2003, P. XXVIII

VIDMAR, J. *Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?* Oxford: OUP, 2012.

ZAGREBELSKY, G. *El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. 10^a Ed., Madrid, Editorial Trotta, 2011

ZENOVIC, P. *Human Rights Enforcement via Peremptory norms: a challenge to state sovereignty*. RGS Research Papers, Riga: 2012.