



RESERVAS AOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: NECESSIDADE DA REVISÃO DOS MODELOS EXISTENTES

Gustavo Oliveira Vieira
Maria Luiza Sesterheim

RESUMO

A partir da clareira aberta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, passou a se construir um rol de tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos, fortalecendo e especializando a sua promoção. Em compensação, novos e mais mecanismos de implementação demandam aprimoramento no sentido de se perquirir a melhoria dos aparatos promotores da sua concretização, como é o caso da problemática que envolve o amplo uso das “reservas” aos tratados. O presente artigo enfrenta, numa abordagem dialética, um dos mecanismos ambíguos no âmbito da universalização dos Direitos Humanos, que são as reservas aos tratados internacionais sobre o assunto. O uso das reservas aos tratados internacionais, que tem limites definidos pelo próprio Direito Internacional, não permitindo ter seu funcionamento em contradição aos objetivos centrais do tratado, padece de um déficit de monitoramento e controle. Tomando o exemplo das reservas à Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças, problematiza-se o tema para caracterizar suas contradições e mesmo certos paradoxos, notando que nalguns casos pode funcionar (ou não).

Palavras-Chave: Reservas; Tratados Internacionais; Direitos Humanos.

- Professor de Direito Internacional da Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA), Foz do Iguaçu, Paraná, Brasil. Docente no Bacharelado e Mestrado em Relações Internacionais e Integração. Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI) e da Asociación de Estudios de Integración (ADEI). Bacharel e mestre em Direito (UNISC). Doutor em Direito pela UNISINOS, período sanduíche na University of Manitoba (Canadá- bolsista ELAP). Lattes: < <http://lattes.cnpq.br/4394697909393247>>
- Bacharel em Direito pela UNISINOS. Bancária. Autora da monografia de conclusão da graduação sobre as reservas aos tratados de direitos humanos, com pesquisa sobre a Convenção sobre Direitos das Crianças de 1989.

1 INTRODUÇÃO

“The subject of reservations to multilateral treaties is one of unusual – in fact baffling – complexity.” (LAUTERPACHT, 1953, p. 124)

O tema das reservas a tratados é parte do conteúdo abordado na disciplina de Direito Internacional, em específico, sobre as fontes de Direito Internacional, quando adentra-se no “Direito dos Tratados”, regido preponderantemente pela “Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados” de 1969. Trata-se de matéria “marcada por controvérsias” (SALIBA, 2011, p. 107), inclusive pelos relatores da Comissão de Direito Internacional (entre Hersch Lauterpacht, Fitzmaurice e Waldock, *e.g.*) e entre juizes da Corte Internacional de Justiça (expressão na opinião consultiva sobre *Reservas à Convenção sobre Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio*, opinião consultiva de 1951). Do mesmo modo que a participação dos Estados em tratados é expressão da soberania nacional, a possibilidade de formular, repudiar e/ou manter reservas, quando possível, mediante a participação em tratados, também oportuniza mecanismos de mediação entre compromissos internacionais e o regime interno dos Estados. Tal discussão ocorre no âmbito da intrincada busca de equilíbrio entre o princípio da integridade dos tratados e a busca pela mais ampla participação de Estados possível.

Por mais que a Convenção de Viena de 1969 estabeleça limites ao uso de reservas, há casos em que podem ser contrárias aos objetivos do tratado, ou, pelo menos, não preservar mecanismos de monitoramento pela comunidade internacional quanto à adequação. Tal situação pode se tornar mais crítica quando eventual inadequação incide sobre matéria de direitos humanos, cujas expectativas normativas demandam um grau de coerência mais denso para garantir condições de responsabilização ante os compromissos firmados.

O momento inicial para o estabelecimento dos Direitos Humanos como guia ético do processo de mundialização (VIEIRA, 2015) foi produzido pela adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. A Declaração consolida “a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso de valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados” (PIOVESAN, 2006, p. 142), que representam, para Bobbio, da consciência histórica da humanidade, síntese do passado e aspiração para o futuro (BOBBIO, 1992, p. 27 e 28).

Como parte dos resultados da internacionalização e da universalização dos Direitos Humanos, pode-se apontar um número muito significativo de Estados que estão formalmente vinculados aos seus tratados internacionais de âmbito universal. A atualidade dos desafios estabelecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos está em linha com a necessidade de novos mecanismos que preservem e aquilatem a capacidade de se robustecer a força normativa de toda base jurídica internacional em prol dos direitos humanos que lhe antecede.

A questão da internacionalização dos direitos humanos é recente, seguindo a concepção jurídica contemporânea, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. A amplitude da universalização dos tratados internacionais de direitos humanos impressiona, à primeira vista, contrastando com o déficit de sua concretização. Um dos mecanismos facilitadores desta incoerência normativa são as reservas impostas aos tratados internacionais por seus Estados partes.

Com isso em mente, o presente texto apresenta o tema das reservas, aprofundando o caso das reservas aos tratados internacionais de direitos humanos, mais especificamente tomando como exemplo aquelas usadas à Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989 para, daí, extrair novas perspectivas a respeito do seu uso – para que não sirvam como elemento solidificador do voluntarismo estatal.

2 A AMBIGUIDADE DO USO DE RESERVAS NO DIREITO DOS TRATADOS

Autorizando as reservas, o direito internacional positivo optou pelo primeiro [aproximação dos povos em detrimento à unificação do Direito]; as regras em vigor traduzem contudo a preocupação de evitar que as regras convencionais possam ser esvaziadas da sua substância por uma prática abusiva das reservas (DINH, DAILLIER, PELLET, 2003, p.184).

A polêmica sobre o uso das reservas envolve um debate que situa uma importante encruzilhada do Direito Internacional. De um lado a pretensão de se forjar o Direito Internacional dos Direitos Humanos como *jus cogens* e de outro o dogma da soberania que submete o Direito Internacional ao voluntarismo estatal. Quando uma reserva incompatível é

apresentada, pode haver pressão dos órgãos internacionais e dos Estados para a sua retirada. Porém, se o país não aceita a jurisdição internacional, caberá uma reação a ser orquestrada pelos demais Estados através de objeções às reservas. Contudo, as objeções entre Estados ocorrem em hipóteses muito raras por força do complexo jogo de interesse em que os Estados estão submetidos na arena geopolítica internacional, onde alianças e interesses são negociados numa racionalidade instrumental do poder e dos interesses nacionalistas, em que os Direitos Humanos se veem submetidos.

Os tratados abrem diferentes possibilidades para os Estados quanto às reservas. Há tratados que proíbem reservas, como o Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional que em seu artigo 120 define: “Não são admitidas reservas a este Estatuto”. Da mesma forma o artigo 19 da Convenção sobre a Proibição do Uso, Armazenamento Produção e Transferência de Minas Antipessoal e sobre sua Destruição” (VIEIRA, 2006): “Os Artigos desta Convenção não estão sujeitos a reservas” – tratado que tem 164 Estados Partes. Também assim o artigo 309 da Convenção de Montego Bay sobre Direito do Mar, embora o artigo seguinte, 310 permita declarações interpretativas. Por força disso, apresentar-se-á o tema em seus conceitos e classificações, uso para depois esboçar-se uma análise a respeito.

2.1 As Reservas no Direito dos Tratados

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 definiu “reserva”, na alínea ‘d’ do parágrafo 1, do artigo 2 como uma “declaração unilateral, qualquer que seja o seu conteúdo ou a sua denominação, feita por um Estado quando assina, ratifica, aceita ou aprova um tratado ou a ele adere, pela qual visa a excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado na sua aplicação a esse Estado”. O seu artigo 20 parágrafo 2º indica que quando resulta do número limitado dos Estados negociadores, assim como de objeto e da finalidade do tratado, que a aplicação do tratado na íntegra entre todas as partes é condição essencial para o consentimento de cada uma delas em obrigar-se pelo tratado, uma reserva requer a aceitação de todas as partes.

A Convenção sobre Direito dos Tratados de 1969 dedica os artigos 19 (Formulação de Reservas), 20 (Aceitação de Reservas e Objeções às Reservas), 21 (Efeitos Jurídicos das Reservas e das Objeções às Reservas), 22 (Retirada de Reservas e de Objeções às Reservas) e 23 (Processo Relativo às Reservas). Os tratados podem prever a proibição de reservas ou restringir certas partes às reservas, e, nos demais casos, jamais poderão ser incompatíveis ao objeto e a finalidade do tratado. Em suma, cada tratado pode um regime específico quanto ao uso de reservas ou mesmo proibir sua aplicação, variando inclusive a terminologia adotada.

A Comissão de Direito Internacional, em seu relatório de 1998, elaborou um novo conceito de reserva. Reserva significa uma declaração unilateral, qualquer que seja sua denominação, feita por um Estado ou organização internacional quando assina, ratifica, confirma formalmente, aceita, aprova ou adere a um tratado ou por um Estado que notifica da sucessão do tratado, pelo qual o Estado ou organização expressa a intenção de excluir ou modificar o efeito legal de certas disposições do tratado em sua aplicação em relação ao Estado ou organização internacional (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2023). Já o Relatório da Comissão de Direito Internacional de 1999, em seu Capítulo VI, define declaração interpretativa: “Declaração Interpretativa significa uma declaração unilateral, qualquer que seja sua denominação, feita por um Estado ou por uma organização internacional através da qual o Estado ou a organização esclarece o significado ou o alcance atribuído pela declaração ao tratado ou a certas disposições” (idem, ibidem). O ponto fundamental que diferencia as declarações interpretativas das reservas, portanto, é o fato de não pretender uma modificação de seu efeito legal. Para que seja denominada reserva sua caracterização deverá ser pelo “critério material, ou seja, pelo objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado” (DAUDT, 2006, p. 59).

Outra questão que dividiu opiniões da comunidade jurídica quanto ao tema das reservas foi acerca dos efeitos jurídicos dos tratados em relação a estados que tenham feito objeções às reservas aqueles que aceitaram as mesmas perante o mesmo tratado multilateral. Foi o tema da opinião consultiva da Corte Internacional de Justiça (*Reservas à Convenção sobre Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio*, 1951), que também gerou outras conclusões. Nesse caso, Aziz Saliba define que há um debate persistente sobre “a (in)aplicabilidade das regras atinentes a reservas aos tratados de Direitos Humanos. Em uma versão mais extremada, nenhuma reserva a cláusula ‘material’ de tratado de direitos humanos

seria aceitável” (SALIBA, 2011, p. 112). Assim, os tratados de Direitos Humanos só seriam compatíveis quanto relativos a aspectos procedimentais, à luz da opinião consultiva de 1951, pois “a reserva considerada pela CIJ compatível com o objeto e finalidade do tratado concernia a uma cláusula procedimental” (SALIBA, 2011, p. 113 – entendimento reiterado em CRETELLA NETO, 2019, p. 308).

2.2 Tipos de reservas: classificação de Pithan Daudt na temática dos direitos humanos

O caráter subjetivo dos tratados de direitos humanos faz com que a fundamentação das reservas seja essencial para seu entendimento. Gabriel Daudt traz como forma de análise, uma classificação das reservas conforme o objeto e fundamentação delas, as quais podem “apontar a motivação do Estado em formular a reserva”. A classificação subdivide-se em quatro: (a) reservas de soberania - afasta aplicação da norma internacional em favor da aplicação da norma interna; (b) reservas culturais ou religiosas - fundam-se nas tradições e convicções religiosas; (c) reservas conjunturais - país expressa intenção de cumprir disposições de um tratado, mas está impossibilitado temporariamente, e; (d) reservas de maior proteção - afastam ou excepcionam o conteúdo do tratado em favor de uma regra interna a qual, em seu entendimento, contempla de melhor forma o objeto e finalidade do tratado (DAUDT, 2006, p. 162-170).

A respeito dessa diversidade em relação à aplicação das normas nos tratados de direitos humanos, a título de ilustração, a narrativa trazida por Cançado Trindade, referente debates das Delegações governamentais à Conferência Mundial de Viena (1993). Primeiramente, a fala da delegação chinesa na qual o conceito de direitos humanos enquanto produto do desenvolvimento histórico encontra-se intimamente ligado a condições sociais, políticas e econômicas específicas, e à história, cultura e valores específicos, de um determinado país – em linha com entendimento ocidental, como Bobbio (1992, p. 32), Bolzan de Moraes e outros. Aduziu a delegação chinesa, ainda, que diferentes estágios de desenvolvimento histórico contam com diferentes requisitos de direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 1997, v. I, p. 219).

Anthony Aust, em sua obra sobre teoria e prática moderna do Direito dos Tratados justifica o uso de “reservas” pelo Reino Unido à Convenção sobre a Proteção dos Direitos das Crianças. Para ele, há casos em que o uso de reservas pode ser motivado pela conformidade ao direito doméstico, quando, por alguma razão política, cultural ou social, não é factível ou desejável a mudança da lei, reconhecendo que muitos estados fizeram reservas à referida convenção, incluindo algumas bastante detalhadas pelo Reino Unido, cujo fundamento assenta-se unicamente no respeito aos seus territórios ultramarinos (AUST, 2007, p. 134).

As reservas apresentadas à Convenção sobre os Direitos da Criança expressam o problema corrente no âmbito dos direitos humanos, do difícil e polêmico diálogo internacional que representam. Diante do quadro geral de reservas apresentado e considerando que a finalidade da reserva é a mudança de efeito jurídico de determinado artigo, como fica a eficácia da Convenção em relação à proteção aos direitos da criança?

3 O CASO DA CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DAS CRIANÇAS

O caso da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 é peculiarmente interessante de ser analisado por dois motivos: (a) é um caso único de universalização e (b) atinge elementos culturais que alcançam o âmago das tradições e da cosmovisão dos povos. (a) A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Resolução n. 44/25 de 20 de novembro de 1989, na 44ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, após décadas de debate para que a “invenção da infância” (ARIÈS, 2006) envolvesse também o Direito Internacional dos Direitos Humanos. A dita convenção entrou em vigor no dia 02 de setembro de 1990, contando atualmente com 193 Estados Partes (UNITED NATIONS, 2023). Trata-se de um caso ímpar de êxito de universalização, em que apenas Estados Unidos e Somália não figuram como Estados Partes – ambos são apenas signatários. (b) Além disso, a Convenção sobre os Direitos da Criança abrange temas que interferem diretamente na forma de vida do povo de cada país, da sua cultura, e, principalmente no modo de educar os filhos, a relação familiar e a religião. Dessa maneira, muitos Estados que manifestaram seu consentimento para se tornarem parte da Convenção, mostrando-se à comunidade internacional como favoráveis ao bem-estar da criança, divergem em pontos de como poderia ser alcançado este

bem-estar, apresentando suas diferenças culturais e limites institucionais, e por isso apresentando reservas a determinados artigos.

O artigo 1º da Convenção dispõe sobre o conceito de criança como “todo ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir maioridade mais cedo”. Botsuana e Malásia apresentaram reservas, considerando-se não obrigados a seguir este critério no que conflitar com lei interna e suas Constituições. O respeito aos direitos enunciados na Convenção, sem discriminação, é o tópico do artigo 2º, sobre o qual pairam reservas de Bahamas, Ilhas Cook e Malásia, todos privilegiando lei interna em detrimento à Convenção. O melhor interesse da criança, proteção, segurança, saúde e supervisão adequada são direitos protegidos pelo artigo 3º, que Luxemburgo apresentou reserva dizendo que a Convenção não requer modificação do *status* legal da criança nascida de pais para os quais o casamento é absolutamente proibido, garantindo o melhor interesse da criança.

O artigo 6º defende o direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento da criança (reservas de três países: China, França e Luxemburgo). A China defende prevalência de lei interna sobre planejamento familiar; França e Luxemburgo é adepta da legislação interna sobre interrupção de gravidez. O artigo 7º institui que a criança tem direito a registro de um nome logo após o nascimento, ter nacionalidade, conhecer e ser cuidada pelos pais, sofrendo reservas de Emirados Árabes, que determina que nacionalidade é questão interna. Oman considera que crianças de pais desconhecidos, nascidas naquele país, podem adquirir a nacionalidade, conforme lei do Sultanato. Malásia privilegia lei interna em todas as questões. Liechtenstein aplicará as leis do Principado. Luxemburgo não coloca obstáculo ao nascimento anônimo, quando do interesse da criança. A confidencialidade do nome dos pais biológicos, na adoção, é garantida pela Polônia, conforme acordo legal firmado quando da adoção.

O artigo 9º trata da separação entre pais e criança deverá ocorrer somente quando do melhor interesse desta. Porém, terá direito a manter relações, e ainda direito à informações básicas sobre a outra parte, quando separados por medida adotada pelo Estado (detenção, prisão, exílio, deportação ou ainda morte). A reserva da Croácia garante o direito, conforme legislação interna, de separar a criança de seus pais sem prévia revisão judicial, desde que providenciada por autoridade competente. Oman acrescenta um entendimento próprio.

O artigo 10 prevê atendimento pelos Estados Partes à solicitação para ingressar ou deixar um país com o objetivo de reunir uma família, com reservas das Ilhas Cook, Suíça e Liechtenstein, todos privilegiando leis internas. O artigo 13 defende o direito de liberdade de expressão, e também sofre reserva pela Áustria diz que será aplicado, desde que não conflitue com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950. Malásia afirma que aplicará a Convenção somente no que for compatível com sua Constituição e lei interna. A Santa Sé interpreta o artigo com salvaguarda do inalienável direito dos pais concernentes à educação, religião, privacidade e outros.

O art. 14 garante à criança liberdade de associação, pensamento, consciência, e descrença, além da liberdade de professar a própria religião. Os países que fizeram reservas a esse discordam dos preceitos trazidos em seu § 1º: a Santa Sé, como visto no artigo anterior, salvaguarda o direito dos pais em relação à criança, à educação, religião e outros. Os demais países que manifestaram discordância seguem a religião islâmica, não admitindo qualquer contrariedade à Sharia (Bangladesh, Brunei Darussalam, Emirados Árabes, Iraque, Jordânia, Malásia, Maldivas, Síria e Oman). O art. 15 ratifica liberdade de associação e realização de reuniões pacíficas. Áustria repete condição do artigo 13. Luxemburgo esclarece que o artigo não impede a aplicação da lei interna sobre capacidade para o exercício de direitos. Malásia reafirma a prevalência de lei interna. A Santa Sé ratifica o direito dos pais.

O art. 16 garante o direito à criança contra interferências arbitrárias em sua vida particular, sua família, seu domicílio, correspondência, atentados ilegais, honra, reputação - com reservas por Mali e Santa Sé. Mali declara que em razão do Código de Família de Mali, não reconhece a necessidade do artigo. A Santa Sé ratifica o direito inalienável dos pais sobre educação, religião e privacidade da criança. O artigo 17 substancia o acesso à informação com divulgação de materiais de diversas fontes nacionais e internacionais, divulgação de informações de interesse social e cultural, promoção de intercâmbio e difusão de livros, além de proteção à criança contra informações prejudiciais. A Áustria confirma sua aplicação no que for compatível com direitos básicos de outros, em especial o direito básico de liberdade de informação e liberdade de imprensa. Emirados Árabes afirma respeitar a comunicação de massa, mas aplicará as leis internas. A Turquia reserva-se o direito de interpretar e aplicar o artigo 17, de acordo com letra e espírito da Constituição turca e do Tratado de Lausanne.

O artigo 20 preceitua o direito previsto de proteção e assistência especiais do Estado quando a criança for privada temporária ou permanentemente do seio familiar. As crianças poderão ser colocadas em lares de adoção, Kafalah do direito islâmico ou adotadas, sendo observado o respeito à origem étnica, religião, cultura, língua e continuidade da educação. Brunei Darussalam, Egito, Jordânia e Síria expuseram suas reservas a tudo que contrarie os princípios do Islamismo. O artigo 21 trata sobre reconhecimento dos Estados ao sistema de adoção de crianças, onde o maior interesse da criança deverá prevalecer. A autoridade competente será responsável pelas providências, adotando medidas apropriadas para o impedimento de benefícios financeiros indevidos (com reservas da Argentina, Bangladesh, Brunei Darussalam, Canadá, Egito, Emirados Árabes, Jordânia, República da Coreia, Maldivas, Oman e Síria).

O artigo 24 visa garantir o direito à saúde, tratamento médico, serviços sanitários, assistência médica preventiva com serviços de planejamento familiar. Quiribati observará seus costumes e tradições no que se referir à criança. A reserva da Santa Sé foi relativa ao planejamento familiar. O artigo 26 sobre o direito das crianças a usufruir de previdência social e seguro social são objetos deste artigo. Quiribati observará seus costumes e tradições ao que se referir à criança. A Holanda aceita as provisões do artigo, com a reserva de que não implique na concessão de direito ao seguro social. O artigo 28 aduz o direito da criança à educação, com ensino primário disponível e gratuito, cabendo aos Estados estimular o ensino profissionalizante, tornar o ensino superior acessível, com disponibilidade de orientação educacional e profissional, estímulo à frequência escolar, redução do índice de evasão, cooperação internacional para eliminação da ignorância e do analfabetismo. Quanto às reservas, Quiribati observará seus costumes e tradições, assim como a Malásia. Samoa alega que grande parte das escolas de educação primária está fora do controle do governo. Singapura reserva o direito de promover educação primária gratuita somente para cidadãos do país. A Santa Sé reafirma o direito dos pais na educação das crianças.

O artigo 29 trata da orientação da educação pelos Estados Partes para o desenvolvimento da personalidade, aptidões, com respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, respeito aos pais, à identidade cultural, idioma, valores, ao meio ambiente. A Turquia declara que interpretará o artigo de acordo com a sua Constituição. O artigo 30 busca preservar o direito de crianças que pertençam a minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, ou

de origem indígena a ter, professar ou praticar sua cultura. A França declara que, à luz do artigo 2º da sua Constituição, não o aplicará. A Turquia interpretará o artigo de acordo com sua Constituição. O artigo 32 sobre a proteção da criança contra a exploração econômica e do trabalho prejudicial à criança é a pauta deste artigo. Os Estados se comprometem a estabelecer idade mínima para admissão em emprego, criar regulamentação apropriada em relação a horários e condições de emprego, bem como estabelecer penalidades e sanções para assegurar o cumprimento do artigo o qual, em suma, obriga a legislar. A Nova Zelândia considera que a lei já é apropriada naquele país. Singapura aplicará a legislação trabalhista doo país.

O artigo 37 aborda a proteção contra a tortura, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, proibindo aplicação à criança de pena de morte, prisão perpétua, privação de liberdade de forma arbitrária. A detenção, reclusão ou prisão deve ser apenas último recurso, e o mais breve possível. Toda criança privada de liberdade deve ser tratada com humanidade e respeito, devendo ficar separada dos adultos, possibilidade de manter contato com a família, rápido acesso à assistência judiciária, direito a impugnar a legalidade de sua privação de liberdade perante autoridade competente, e a uma rápida decisão. A Austrália considera esse artigo dificultador no que se refere ao contato do jovem preso com a família, motivo da reserva. O Canadá e Ilhas Cook observarão este item somente quando possível. A lei no Japão prevê a separação de pessoas com menos de 20 anos dos demais adultos. A Malásia reafirma a prevalência de lei interna. A Holanda aceita o artigo com reserva de que não impede a aplicação da lei penal adulta à criança com 16 anos ou mais, de acordo com a lei interna. A Nova Zelândia reserva-se o direito de não aplicar o artigo 37 quando a mistura de jovens e adultos for inevitável e onde o interesse de outros jovens requerer a remoção de um, em particular, ou onde for considerado benéfico aos demais. A Suíça declara que a separação entre crianças e adultos não está incondicionalmente garantida.

O artigo 38 prevê respeito às normas do direito humanitário internacional em caso de conflito armado em relação às crianças. A não participação em hostilidades por menores de 15 anos; não recrutamento de menores de 15 anos para forças armadas, priorizando chamamento de maiores de 18 anos. A Colômbia, Polônia e Uruguai possuem lei interna de proibição para que menores de 18 anos participem de conflito armado, motivando as reservas. O artigo 40 reconhece o direito da criança infratora a recuperar seu sentido de dignidade e valor, e que tenham as seguintes garantias: ser considerada inocente até comprovada sua culpabilidade; ser

informada sem demora das acusações e disponibilizada assistência jurídica; ter sua causa decidida de forma competente e imparcial considerando sua idade e condição; não ser obrigada a testemunhar ou se declarar culpada; se considerada culpada, direito à revisão de pena por autoridade ou órgão judicial superior competente; ter respeitada sua vida privada. Os Estados Partes deverão promover o estabelecimento de leis, idade mínima para presunção de capacidade para infringir leis penais, alternativas à internação em instituições. Alemanha declara que, em respeito ao artigo 40 (2) (b) (ii) e (v) da Convenção, esses artigos deverão ser aplicados de forma que, no caso de infringência à lei penal por menor, não haverá o direito de ter assistência na preparação da defesa e ou uma obrigação de ter a sentença revisada por autoridade superior. Dinamarca, França e Suíça seguirão lei penal interna. A República da Coreia não o considera obrigatório. Mônaco registra que há exceções. Os casos envolvendo menores poderão ser tratados sem a presença de um assistente legal na Holanda.

Se alguns países não ocidentais identificaram na Convenção as características acima descritas, é possível verificar o motivo da contrariedade e motivação da maioria dos países islâmicos para apresentação de reservas, em especial aos artigos 14 e 21 ou, de forma genérica, a tudo que não estivesse de acordo com a *Sharia* Islâmica.

As reservas apresentadas pela China, França e Luxemburgo, ao art. 6º, referentes ao direito à vida, como também os países que condicionam separação de crianças infratoras de adultos quando presos (art. 37), quanto à educação primária e gratuita (art. 28) e em relação à lei penal aplicada, também expressam defesa de suas leis, crenças, cultura e valores. O parágrafo 2º do art. 51 diz que “não será permitida nenhuma reserva incompatível com o objetivo e propósito da presente Convenção”.

O problema da coexistência e coordenação dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos, a nível regional e global. Defende Cançado Trindade a realização de uma coordenação de dimensão horizontal – no plano do direito internacional propriamente dito, proporcionando o devido fortalecimento a mecanismos de supervisão internacional, assegurando uma assistência mais eficaz aos desprotegidos. Em paralelo, ele aponta a necessidade de se desenvolverem as bases jurídicas da aplicação dos princípios do direito internacional humanitário mais além de seu âmbito formal ou convencional. E complementa: “Da mesma forma, é de se esperar que os Estados considerem a pronta retirada das reservas de competência, i.e., das reservas que afetam ou restringem indevidamente o procedimento de

controle internacional e seu funcionamento regular” (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 54-57).

Segundo Daudt, os tratados de direitos humanos exigem uma ‘metodologia especial e restritiva de interpretação’, que apontam para o desenvolvimento de critérios para a análise e admissibilidade das reservas: 1º) reafirmação do critério de compatibilidade; 2º) impossibilidade de formulação de reservas contrárias a normas *jus cogens* e obrigações *erga omnes*; 3º) em determinadas circunstâncias, possibilidade de formulação de reservas, ainda que incompatíveis, mas com um prazo definido. O mesmo autor afirma que as reservas têm um papel decisivo na aceitação de instrumentos internacionais, “desempenhado mais pelas reservas incompatíveis do que pelas compatíveis. As reservas, nessa hipótese, se tornam um instrumento de introdução das normas internacionais no país” (DAUDT, 2006, p. 214). Reservas apresentadas podem ser retiradas, demonstrando que a aceitação inicial de um tratado internacional, pode representar o início de mudanças na forma de pensar e agir, culminando com a retirada da reserva. Afinal, mesmo considerando alegações culturais, deve haver um limite para a admissibilidade de reservas a tratados internacionais de direitos humanos, pois há direitos humanos mínimos que devem ser preservados.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A base de todo sistema internacional contemporâneo foi estruturada para manutenção da paz e progresso da humanidade, com a estandarização de padrões conceituais normativos e do aparelhamento de um sistema de segurança coletiva, é ele que norteia valores e princípios que são aplicados no contexto do Direito Internacional e que busca manter sua coerência (MENEZES, 2023, p. 627-628).

Importa reconhecer a intrincada e co-originária relação entre soberania e Direito Internacional, que redundam na formulação de mecanismos complexos e eventualmente ambíguos como é o caso das reservas aos tratados. Razão pela qual cumpre afirmar que se trata de um instituto relevante para preservar o caráter peculiar das relações forjadas nessa seara do Direito, impondo, simultaneamente, a necessidade de se construir o equilíbrio (dinâmico) entre a *ampla participação* e a *integridade* do tratado em questão. Contudo, cabe instigar reflexões e questionamentos acerca da conformidade do uso das reservas,

notavelmente aos tratados de direitos humanos, como observa-se no caso da Convenção sobre Proteção dos Direitos das Crianças de 1989.

A questão das reservas, em especial a tratados de Direitos Humanos segue aberta. A Declaração de 1948 abre uma senda na história, por onde se desenvolve(u) a revolução copernicana dos Direitos Humanos, num crescendo de normatização internacional que passa a demandar progressivamente mais detalhamentos e o trato pausado em aspectos anteriormente entendidos como meras filigranas, como o tema aqui enfrentado. Por tudo isso, alguns caminhos podem ser perspectivados, como o veto expresso no tratado à possibilidade de reservas, controle e monitoramento quando do seu uso. Por isso, reservas a cláusulas de tratados de Direitos Humanos que sejam procedimentais eventualmente podem ser compatíveis, contudo, se forem cláusulas “materiais” tende a violar o *princípio da integridade do tratado*.

Casos de novos tratados internacionais no marco do Direito Internacional Humanitário evidenciam que a inviabilização de reservas expressa nos tratados internacionais pode existir e funcionar. A lembrar a Convenção sobre a Proibição do Uso, Armazenamento, Transferência e Produção de Minas Antipessoal e sobre sua Destruição de 1997, com profundo impacto humanitário, que mesmo sem possibilidade de reservas alcançou 164 Estados Partes e um nível de implementação mesmo que não manifestaram seu consentimento ao tratado. Outro exemplo é o Estatuto de Roma de 1998 que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional permanente, por evidente contradição que se disporia afetando o coração da iniciativa de justiça internacional em prol dos Direitos Humanos.

Evidencia-se a necessidade da construção de um marco político-institucional, seja por interpretações pormenorizadas, regimes específicos em determinadas temáticas, instituições estatais ou não ou mesmo com monitoramentos independentes, no que se refere às reservas aos tratados internacionais de direitos humanos para que a participação nessas fontes inovadoras de Direito no século XXI não permita que se formem uma cortina de fumaça sobre as graves violações perpetradas pelos Estados.

Estados, organizações internacionais e sociedade civil precisam engendrar mecanismos de controle sobre as reservas aos tratados internacionais de direitos humanos, para que as manifestações de consentimento aos tratados não se constituam como texto *à la*

carte onde o voluntarismo interestatal siga a impor seu lento ritmo de responsabilização perante o povo, maior interessado nos avanços destes processos civilizatórios. Afinal, cabe instituir reforços para que o Direito Internacional encontre caminhos de fortalecimento da sua força normativa, com integridade e coerência, em face ao voluntarismo estatal que eventualmente denigre sua razão de ser.

Dentre as possibilidades entre os sistemas de controle e monitoramento, inclui-se: (i) a exigência, a ser expressa nos tratados internacionais de um prazo para retirada das reservas; (ii) sistema de cooperação internacional que permita cumprimento e adequação à normativa internacional quando ocorre por falta de recursos; (iii) formação de conselhos interinstitucionais de controle e transparência sobre reservas existentes delimitado por tratado internacional que dialogue com os demais conselhos em prol do compartilhamento de mecanismos de implementação e cooperação.

O uso amplo, descriterioso e descontrolado de reservas aos tratados internacionais de direitos humanos demonstra o estado do voluntarismo do Direito Internacional, características que tanto o desautorizam enquanto forma jurídica – ao demonstrar-se a sobreposição da natureza política, quanto o fragilizam. Por tudo isso, cabe mecanismos próprios de observância e monitoramento a cada regime jurídico internacional aberto às reservas para preservar a coerência do Direito Internacional.

REFERÊNCIAS

AUST, Anthony. **Modern Treaty Law and Practice**. 2. Ed. Cambridge: Cambridge University, 2007.

ALSTON, Philip; CRAWFORD, James. **The Future of Un Human Rights Treaty Monitoring**. Cambridge: United Kingdom university press, 2000

ARIÈS, Phillippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: SAFE, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CRETELLA NETO, José. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.

DAUDT, Gabriel Pithan. **Reservas aos tratados internacionais de direitos humanos: o conflito entre a eficácia e a promoção dos direitos humanos**. Porto Alegre: SAFE, 2006.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2.ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

INTERNACIONAL LAW COMMISSION. **Yearbook of the International Law Commission**. 1998. V 2, Part II. Acesso em: 13 set. 2023. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1998_v2_p2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1998_v2_p2_e.pdf) >

LAUTERPACHT, Hersch. Law of Treaties. **Yearbook of the International Law Commission**. New York, vol. II, 1953.

MENEZES, Wagner. **Curso de Direito Internacional: doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SALIBA, Aziz Tuffi. Comentários ao Artigo 19. Reservas. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Org.). **Direito dos Tratados: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)**. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 107-168.

SESTERHEIM, Maria Luiza. **O Problema das Reservas aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos: Estudo da Convenção sobre os Direitos da Criança**. TCC da Graduação em Direito da UNISINOS. Orientado: Gustavo Oliveira Vieira. São Leopoldo, 2009.

UNITED NATIONS. **United Nations Treaty Collection**. Disponível em <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en>. Acesso em 20 ago 2023.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. **Constitucionalismo na Mundialização: desafios e perspectivas da Democracia e dos Direitos Humanos**. Ijuí: Unijuí, 2015.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. **Inovações em Direito Internacional: um estudo de caso a partir do Tratado de Ottawa**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

RESERVATIONS TO INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES: NEED TO REVIEW EXISTING MODELS

ABSTRACT: From the glade opened by the Universal Declaration of Human Rights, the building of a roster of international treaties on human rights was started, strengthening and specializing its promotion. In contrast, new implementation mechanisms are required in order to improve the apparatus of their implementation, such as the problem that involves the widespread use of “reservations” to treaties. This paper faces, in a dialectical approach, one of the ambiguous mechanisms under the universalization of human rights, which are the reservations to international treaties on the subject. The use of reservations to international treaties, which has limits defined by international law itself, not allowing to be used when in contradiction with the core objectives of the treaty, suffers from a deficit of monitoring and control. Taking the example of reservations to the Convention on the Children Rights, the discussion aims to characterize its contradictions and certain paradoxes, noting that in some cases it may work (or not).

Key-Words: Reservation; International treaties; Human Rights.