V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS III

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES

OLGA DIAZ PEDEMONTE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito internacional dos direitos humanos III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Olga Diaz Pedemonte, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-237-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos Humanos. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

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

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS III

Apresentação

No Grupo de Trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos III, tivemos a apresentação de artigos com temas variados, atuais e relevantes para a questão dos Direitos Humanos na atualidade.

Como não poderia deixar de ser, pelo tema geral do Congresso, o foco principal das pesquisas foram as questões relativas aos Direitos Humanos na América Latina.

O primeiro artigo apresentado foi do autor Felipe Ignacio Paredes Paredes intitulado EL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DE UN MODELO INTEGRADO DE CONTROL Y DEFERENCIA, no qual busca uma compreensão mais sistemática sobre como a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem entendido o critério de proporcionalidade.

O outro artigo O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MECANISMO DE ARTICULAÇÃO CULTURAL ENTRE NAÇÕES, de Angela Jank Calixto, analisa a teoria do transconstitucionalismo para verificar como ela oferece respostas mais adequadas aos problemas constitucionais comuns que surgem entre os diferentes Estados.

Elaine Cler Alexandre Dos Santos, no artigo USO DA MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DA COMUNIDADE ACADÊMICA E ASSISTENCIAL QUE BUSCA A UCDB, busca verificar o uso da mediação como instrumento de solução de conflitos em casos de violência doméstica, frente ao novo código de processo civil.

No artigo intitulado A CONDENAÇÃO BRASILEIRA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”), Tainan Henrique Siqueira e Leandro Alvarenga Miranda tratam da análise da legalidade e vigência da lei brasileira de anistia em

conformidade à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que evidenciou a notória incompatibilidade da norma com o tratado assinado pelo Brasil, culminando com a condenação brasileira na corte interamericana.

Liziane Paixao Silva Oliveira e Ellen de Oliveira Fumagali no artigo sobre o VALOR JURÍDICO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM: NORMA JUS COGENS OU SOFT LAW?, se propõem a discorrer acercado valor jurídico da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), buscando delinear os principais posicionamentos doutrinários sobre o assunto, para, no final, concluir pela natureza jus congens da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No artigo intitulado ANÁLISE DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE GENOMA HUMANO E DIREITOS HUMANOS E SEUS IMPACTOS ATUAIS, Everton Silva Santos analisa os aspectos da proteção do Direitos Humanos em face as pesquisa sobre genoma humano e suas implicações para o progresso e melhoria da saúde de indivíduos e da humanidade.

Na mesma linha de raciocínio, Alexandre Pereira Bonna e Pastora Do Socorro Teixeira Leal no artigo PROTEÇÃO MULTINÍVEL DE DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS POR MEIO DO RECONHECIMENTO DOS NOVOS DANOS aprofundam o conceito de proteção multinível de direitos humanos, buscando compreender de que modo a proteção multinível de direitos humanos pode se expandir para o âmbito das relações privadas.

Na sequência Rui Decio Martins e Clara Magalhães Martins, investigam os temas da PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA E ASSISTÊNCIA CONSULAR COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS, no qual buscam demonstrar que esses dois temas não significam a mesma coisa e estão envoltos em uma temática maior, o do direito à nacionalidade.

No artigo intitulado O DIREITO DE IGUALDADE, A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches e Matheus Felipe De Castro, buscam verificar se o Sistema Penal trata realmente a todos com igualdade, conforme Direito Fundamental previsto na Constituição.

Logo após, Eduardo Manuel Val e Emerson Affonso da Costa Moura escrevem sobre JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO, DITADURA MILITAR E SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: OS PAPÉIS DAS CORTES CONSTITUCIONAIS LATINO-AMERICANAS DIANTE DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE

DIREITOS HUMANOS SOBRE A ANISTIA. No artigo os autores investigam quais os papéis assumidos pelas cortes da Argentina, Chile, Peru, Uruguai e Brasil diante da política internacional de direitos humanos afirmada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange as leis de anistias pelos crimes cometidos durante os regimes militares na América Latina.

André de Paiva Toledo, em artigo intitulado EM BUSCA DA IMPARCIALIDADE DOS MEMBROS DO COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DO PACTO INTERNACIONAL RELATIVO AOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS COMO CONDIÇÃO DE EFICÁCIA NORMATIVA, enfrenta a questão da imparcialidade do Comitê, cuja solução passa pelo compromisso solene e a coletivização da tomada de decisões.

Por fim, Maria De Fatima Ribeiro e Lucas Pires Maciel contribuem com o artigo sobre DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE: UM OLHAR SOBRE O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO MERCOSULINO, no qual são apresentadas considerações sobre a proteção dos Direitos Fundamentais no Mercosul enfatizando a proteção constitucional do contribuinte considerando os acordos democráticos do bloco.

Cabe registrar que a UDELAR propiciou ao Congresso um ambiente perfeito para a reflexão, os debates e a integração dos participantes, pelo qual agradecemos de coração.

Boa leitura

Profa Dra Olga Diaz Pedemonte- Facultad de Derecho/UDELAR

Profa Dra Samyra H D F Naspolini – UNINOVE e UNIMAR

VALOR JURÍDICO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM: NORMA JUS COGENS OU SOFT LAW?

LEGAL VALUE OF THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: STANDARD JUS COGENS OR SOFT LAW?

Liziane Paixao Silva Oliveira [1]
Ellen de Oliveira Fumagali [2]

Resumo

Este artigo se propõe a discorrer acercado valor jurídico da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH). A doutrina é divergente quanto ao tema; enquanto para alguns autores ela é um documento jurídico dotado de força vinculante, ao qual nenhuma derrogação é possível (jus cogens), outros se posicionam a favor da força não vinculante (soft law). Assim sendo, o texto busca delinear os principais posicionamentos doutrinários sobre o assunto, para, no final, concluir pela natureza jus congens da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Declaração universal dos direitos do homem, Jus cogens, Soft law

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to discuss about the legal value of the Universal Declaration of Human Rights (DUDH-1948). The opinions are divergent on the subject; while for some authors it is a norm from which no derogation is permitted (jus cogens), others are positioned in favor of a non-binding force (soft law). Therefore, the text seeks to outline the main doctrinal positions about the subject to expose in the end the value of the jus congens of the Universal Declaration of Human Rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Universal declaration of human rights, Jus cogens, Soft law

[1] Doutora em Direito pela Université Aix-Marseille III. Coordenadora do Mestrado Direitos Humanos da Unit-SE. Líder do grupo de pesquisa (CNPq): Novas tecnologias e o impacto nos Direitos Humanos.

[2] Mestre em Direito pela UNIT- SE, Advogada, membro do grupo de pesquisa (CNPq): Novas tecnologias e o impacto nos Direitos Humanos.

1 Introdução

A Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), assinada em 1948, foi um importante documento para a formação de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, pois, a partir da sua redação e do debate por ela provocado, surgiram tratados para promoção e universalização desses direitos e suas premissas foram incorporadas nas Constituições nacionais.

É importante destacar que a Declaração Universal de Direitos Humanos foi redigida durante um conturbado período histórico, em plena Guerra Fria entre os Estados Unidos e a União Soviética, face à corrida armamentista e às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, o genocídio de seis milhões de judeus e a morte de milhares de pessoas inocentes. Firmou-se o entendimento que os direitos do homem, como a proteção da vida e da liberdade deveriam ser preservados, ou, ainda, necessitavam ser garantidos através de um documento de projeção internacional.

Nesse contexto, surgiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem como marco de proteção, promoção e reconhecimento dos direitos humanos. “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito”. (ONU, 1948). Esta afirmação sentenciou que os seres humanos são iguais, possuem direitos inatos e universais·. (COMPARATO, 2008).

O artigo II da Declaração proclama que todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdade estabelecidos em seu texto, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo entre outras. Assim, foi estabelecida uma série de princípios e de direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões que serviriam de inspiração para o alicerce de diversas Constituições ao redor do mundo.

Nessa perspectiva, o presente artigo se propõe a refletir quanto ao valor jurídico da Declaração Universal dos Direitos do Homem entendida por alguns internacionalistas como um instrumento de *soft law* e por outros, como norma *jus cogens*. Qual a diferença entre tais correntes? Qual o valor normativo de um instrumento de *soft law* e *jus congens*? Estas são alguns dos questionamentos que nortearam a pesquisa e serão respondidos neste artigo.

Para a pesquisa e redação do artigo inicialmente se realizou revisão bibliográfica, posteriormente foi feita uma pesquisa jurisprudencial nas cortes de direitos humanos para verificar a aplicabilidade da teoria do *jus cogens* e assim buscar verificar o valor normativo da Declaração.

2 Aspectos Gerais dos Direitos Humanos

A questão da origem dos direitos humanos é um tanto polêmica, em função da diversidade de fundamentos que compõem seu estudo. Há muitas acepções sobre os direitos humanos que perpassam por diferentes fatores influenciados por pontos de vista de cunho filosófico e ideológico. (PORTELA, 2011, p.683). Em geral compreende-se que

> Os direitos humanos são o requisito para que as pessoas possam construir sua vida em liberdade, igualdade e dignidade. Eles são compostos por direitos civis, políticos, econômicos, sociais e coletivos e foram primeiramente consolidados nas legislações nacionais, antes de se tornarem matéria do direito internacional. (HEINTZE, 2010, p. 23).

Em relação aos fundamentos dos direitos humanos algumas teorias abordam o tema: a jusnaturalista, a positivista e a moralista (ou de Perelman). A teoria jusnaturalista fundamenta esses direitos em uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. A teoria positivista encontra seu alicerce na ordem jurídica positivada, ou seja, os direitos humanos só seriam reconhecidos através de uma norma positivada; já a teoria moralista fundamenta os direitos humanos na experiência e consciência moral de um determinado povo (PORTELA, 2011, p.684). Entretanto, apesar de existir uma distinção entre três teorias clássicas, nenhuma delas foge à teoria clássica positivista, alcançando uma visão abstrata (centrada na racionalidade jurídica/formal voltada para práticas universalistas) e localista (centrada na racionalidade material/cultural, voltada para práticas particularistas). (CORREIA; REBOUÇAS, 2014, p.13).

Dessa forma, conclui-se que existem duas grandes correntes entre os estudiosos dos Direitos Humanos, aqueles que se encontram filiados à teoria clássica dos direitos humanos, a exemplo de Fábio Konder Comparato, Flávia Piovesan, Norberto Bobbio, e os adeptos da teoria crítica dos direitos humanos como Joaquin Herrera Flores e David Sanchez Rúbio. A teoria clássica dos direitos humanos preceitua que todos os homens nascem livres e independentes e possuem direitos inatos, ou seja, as qualidades que são pertencentes ao indivíduo, devido a sua própria existência, não obstante as múltiplas diferenças biológicas e culturais que envolvem os seres humanos, como gênero, etnia, classe social, religião ou nacionalidade. Em razão dessa

igualdade nenhum individuo poderá afirmar-se como superior aos demais. (COMPARATO, 2008, p. 1).

No que diz respeito à visão tradicional dos direitos humanos, não podemos esquecer da historicidade em que os direitos humanos estão inseridos, "[...] nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e, nascidos de modo gradual não todos de uma vez e nem de uma vez por todas".(BOBBIO, 1992, p. 5).

Paralelamente à teoria clássica, existe a teoria crítica dos direitos humanos que podem ser definidos em sua integralidade (direitos humanos) e em sua imanência (trama de relações) como o "conjunto de processos sociais, econômicos, normativos, políticos e culturais que abrem e consolidam- desde o "reconhecimento", a "transferência de poder" e a "mediação jurídica"- espaços de luta pela singular concepção de dignidade humana". (FLORES, 2008, p, 61).

3 Internacionalização dos Direitos Humanos

O desenvolvimento dos direitos humanos é resultado de um processo histórico, gradativo, nascido em certas circunstâncias por consequência de processos de lutas e revoluções. A História é formada de grandes etapas de afirmação dos direitos humanos; alguns autores afirmam que o início da história dos direitos humanos data da Baixa Idade Média, período compreendido na passagem do século XII ao século XIII. Esseperíodo não corresponde à afirmação dos direitos inerentes à condição humana, mas sim um movimento a fim de delimitar o poder dos governantes e garantir a liberdade individual; nesse contexto foram constituídos o *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689. (COMPARATO, 2008, p. 33-37)

Posteriormente, a Declaração de Virgínia, de 1776, tornou-se um marco dos direitos humanos. Elaser viu de base para o alicerce das futuras declarações, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Declaração Universal de 1948. O artigo 1º da Declaração enuncia que: "[...]todos os homens são pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade [...]". (DECLARAÇÃO..., 1776). Conforme Comparato (2008, p. 115), mediante a leitura de dado

dispositivo, nota-se o reconhecimento do direito à igualdade formal entre todos os seres humanos e a consagração de "direitos inatos" de todas as pessoas.

Durante a Revolução Francesa, os franceses, viam-se em uma missão universal para salvar os povos, assim, a Declaração de 1789pode ser vislumbrada em uma dupla dimensão: nacional e universal e a consagração da "tríade" dos princípios iluministas símbolos da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, no mesmo sentido, *liberté, égalité, fraternité.*

Nesse sentido, ambas as Declarações proclamam que os direitos pertencem aos homens, considerados singularmente, que os possuem antes de ingressarem em qualquer sociedade. Nota-se que enquanto os "[...] constituintes americanos relacionavam os direitos dos indivíduos ao bem comum da sociedade, os constituintes franceses pretendiam afirmar primária e exclusivamente os direitos dos indivíduos". (BOBBIO, 1992, p. 90)

Por fim, observam-se duas fases de internacionalização dos direitos humanos, a primeira fase tem início na segunda metade do século XIX e termina com a Segunda Guerra Mundial; e a segunda fase ocorre após a Segunda Guerra Mundial. Na primeira fase encontram-se três grandes eixos em destaque: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador. (COMPARATO, 2008, p. 55). Já na segunda fase de internacionalização dos direitos humanos temos a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948; a Convenção Internacional para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948; os dois Pactos Internacionais de 1966, que compreendem os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965, e um crescente número de instrumentos de proteção dos direitos humanos no plano internacional.(COMPARATO, 2008, p. 57).

4 A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e seus aspectos mais relevantes

Com fulcro no artigo 68 da Carta das Nações Unidas, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas instituiu a Comissão de Direitos Humanos. As atividades desenvolvidas pela Comissão podem ser divididas em três etapas. Num primeiro momento, ela aprovou na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração de Direitos

Humanos. Na década de 1960 ela aprovou dois Pactos, um sobre direitos civis e políticos e outro sobre direitos, econômicos, sociais e culturais. Por fim, a terceira etapa visava a criar mecanismos capazes de assegurar a observância desses direitos. (COMPARATO, 2008, p. 225).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos representou o ponto culminante da preocupação e proteção dos direitos humanos diante das barbaridades e atrocidades advindas da Segunda Guerra Mundial. Posteriormente, o caráter universal dos direitos humanos foi afirmado na Conferência do Teerã, de 1968, e na conferência de Viena, de 1993. Em Teerã, restou declarado que a Declaração Universal de Direitos enuncia uma concepção comum a todos os povos, de direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana e a declara obrigatória para a comunidade internacional. Em Viena, os Estados reafirmaram seu compromisso para com os objetivos e princípios consignados na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Após a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, nota-se uma evolução crescente de instrumentos de proteção dos direitos humanos no plano internacional, a exemplo da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965); do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); da Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) entre outras.

A declaração é composta por 30 artigos proclamando os direitos e liberdades fundamentais, no artigo I a Declaração prevê três princípios axiológicos fundamentais: liberdade, igualdade e fraternidade; o artigo II é delineado pelo princípio da igualdade essencial entre os seres humanos. Na parte dos artigos IV a XXI, a Declaração se refere aos direitos civis e políticos como o direito à vida, à liberdade e à segurança; a não ser jamais submetido à escravidão, à servidão, à tortura e a penas cruéis ou degradantes; ao reconhecimento de sua personalidade jurídica e a um processo judicial idôneo; a não ser arbitrariamente detido, preso ou desterrado, e a gozar de presunção de inocência até que se prove culpado; a não sofrer intromissões arbitrárias na sua vida particular, na família, no domicílio e na correspondência; à livre circulação; ao asilo; à liberdade de pensamento, entre outros direitos. (REZEK, 2007, p. 220).

O texto da Declaração, conforme ensina Rezek (2007, p. 221), refere-se, ainda, aos direitos econômicos, sociais e culturais, a exemplo do direito ao trabalho, à previdência social, à igualdade salarial por trabalho, ao descanso e ao lazer, à saúde, à educação, aos benefícios de ciência, ao gozo das artes, à participação na vida cultural da comunidade (artigos XXII a XXVII).

Nesse sentido, a Declaração de Direitos Humanos contempla duas categorias de direitos, denominadas pela doutrina tradicional de primeira geração e segunda geração de direitos humanos, embora alguns doutrinadores prefiram empregar o termo dimensão, em função da complementariedade e interdependência dos direitos humanos, evidenciando que não há alternância nem substituição de direitos. (PORTELA, 2011, p.695.)

Sendo assim, por entendermos que o mais correto é utilizar o termo dimensão, trabalharemos com a expressão dimensão de direitos humanos. A primeira dimensão engloba os direitos civis e políticos. A segunda dimensão envolve os direitos econômicos, sociais e culturais. Enquanto, a terceira dimensão envolve os princípios da fraternidade e solidariedade. Trindade leciona muito bem sobre o tema ao comentar sobre a impropriedade do termo "gerações do direito":

> Um mal-entendido que gradualmente se vem dissipando, diz respeito à fantasia das chamadas 'gerações de direitos', a qual corresponde a uma visão atomizada ou fragmentada destes últimos no tempo. A noção simplista das chamadas 'gerações de direitos', histórica e juridicamente infundada, tem prestado um desserviço ao pensamento mais lúcido a inspirar a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos. (TRINDADE, 2003, p. 43).

Por último, resta avaliarmos o valor jurídico da Declaração de Direitos Humanos, uma vez que a doutrina apresenta opiniões divergentes; há aqueles autores que defendem a força não vinculante da Declaração e há aqueles que defendem sua força vinculante. (MURPHY, 2006, p. 304).

Os defensores da força vinculante da Declaração têm como base a três argumentos: a) a incorporação das previsões da DUDH nas Constituições Nacionais; b) as constantes resoluções das Nações Unidas que fazem referência à Declaração; e c) as jurisprudências proferidas pelos Tribunais Internacionais que aludem à DUDH como fonte de direito.(PIOVESAN, 2009, p. 149).Com base nesse argumento, segundo Comparato (2008, p. 227), os direitos definidos na DUDH corresponderiam aos costumes e aos princípios jurídicos internacionais e há muito descritos como normas de *jus cogens*. Consoante tal corrente, a

Declaração possui força vinculante por estar integrada ao conceito de costume internacional ou aos princípios gerais de direito, constituindo norma dotada de obrigatoriedade, imperatividade, e em conformidade com o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, o qual prevê como fontes do direito internacional: os tratados, o costume internacional, os princípios gerais do direito, a jurisprudência e a doutrina.

Em sentido oposto, alguns autores defendem que a Declaração não é um documento dotado de força vinculante uma vez que não possui a característica da obrigatoriedade que seria, *a priori,* um instrumento da dogmática jurídica. Muito embora possa ser considerada como um instrumento do Direito Natural "[...]não um direito natural oposto ao direito positivo, mas um direito natural problemático e conjectural- conforme a concepção real - que funciona como uma baliza para a ordem jurídica, delimitando seu campo de atuação". (ALMEIDA; PERRONE-MOISÉS, 2007, p. 9). Para Bobbio (1992, p. 30), a Declaração de Direitos Humanos configura algo mais que um sistema doutrinário, porém algo menos que um sistema de normas jurídicas, e afirma que: "A Declaração proclama os princípios de que se faz pregoeira não como normas jurídicas, mas como ideal comum a ser alcançado por todos os povos e por todas as nações".

Desta forma, verificam-se diferentes posições acerca do valor jurídico da Declaração, seja como norma consuetudinária ou em relação aos princípios gerais do direito ou, ainda, uma norma *jus cogens,* seja como simples recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas sem força vinculante, considerada nesta perspectiva como instrumento de técnica legislativa *soft law*.

5 Norma *Jus Cogens* ou Instrumento de *Soft Law*

A natureza jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos tem fomentado classificações divergentes entre os internacionalistas; para alguns, a exemplo de Trindade, trata-se de uma norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*), para outros, como Levinet (2008), de uma norma flexível, *soft* sem caráter obrigatório.

5.1 DUDH norma *jus cogens*

Há mais de 50 anos, o termo *jus cogens* constitui alvo de controvérsias acadêmicas em sua identificação, caracterização, conceituação, assim como acerca das consequências decorrentes de sua violação. A singularidade do tema pode ser percebida através de escasso material doutrinário sobre o assunto. Mas, afinal, o que significa o termo *jus cogens*? O termo *jus cogens* significa direito imperativo ou direito cogente, ou seja (Barberis, 1970; Nasser, 2005).

As normas de direito internacional são elaboradas pelos Estados ou mediante tratados ou por sua participação na formação dos costumes ou pelos princípios gerais do direito. Tais normas que derivam dos costumes estão elencadas no topo da pirâmide hierárquica do direito internacional, como exemplo umas das normas costumeiras mais importantes é a *pacta sunt servanda* que autoriza os Estados a negociar tratados que regulem a sua conduta reciproca.(Barberis, 1970, p. 24) As normas de direito internacional identificadas como normas cogente, são revestidas de um estatuto especial face à importância do tema que abordam para a comunidade internacional, perante tal estatuto elas não podem ser derrogadas.

Como exemplo de normas cogens em direito internacional dos direitos humanos podemos citar a norma que impede o tráfico de escravos (Convenção de Londres, de 20 de dezembro de 1926) e a que impede o crime de genocídio (Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime De Genocídio (1948)). Tais convenções codificaram princípios que as nações já consideravam obrigatórios, nesse sentido a Corte Internacional de Justiça ao dispor acerca da Convenção sobre Genocídio entendeu que "os princípios que são a base da Convenção são princípios reconhecidos paras nações civilizadas como obrigatórios aos Estados, mesmo para aqueles que estão fora ligação convencional" (CIJ, 1951, p. 297) Em outras palavras, as normas cogens garantem que não se possa validar um tratado posterior que venha a ferir os seus preceitos.

Entre os internacionalistas, é possível verificar a existência de três correntes doutrinárias que se manifestam acerca do *jus cogens:* a)um grupo nega a sua existência no Direito Internacional devido à ausência no plano internacional de um governo centralizado com força física dominante e tribunais com jurisdição compulsória; b) outra corrente afirma a existência do *jus cogens* em decorrência da presença de requisitos mínimos de uma comunidade

jurídica internacional organizada; e c) uma terceira corrente que considera os efeitos jurídicos do *jus cogens* sem precisar determinar seus requisitos. (VIEGAS, 1999)

O enunciado do artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 contribui para identificar os elementos do *jus cogens.*

> É nulo o 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 no seu conjunto, como uma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de direito internacional da mesma natureza. (ONU, 1969).

Virally (1966) observa que, para adquirir a qualidade de *jus cogens*, uma norma deve ser imperativa e pertencer ao Direito Internacional geral. Os tratados em conflito com as normas cogentes são nulos e elas só podem ser modificadas por outras normas da mesma natureza e valor hierarquico. As normas cogentes são *erga omnes*, ou seja, elas criam obrigações para os Estados, e a sua violação pode ser sancionada por outro Estado.

É válido esclarecer que uma "norma imperativa" não se confunde com uma norma obrigatória, posto que, em geral, todas as normas de direito internacional são obrigatórias para seus Estados Partes. Na condição de obrigatória, uma norma internacional pode receber derrogações, todavia no caso de uma norma de *jus cogens* as derrogações ficam proibidas.

Nas palavras de Virally (1966), isso significa que um Estado não pode se eximir das obrigações impostas por uma norma de *jus cogens*. Por exemplo, consoante alguns julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos o direito à vida, o direito de não ser torturado (Al-Adsani v. Reino Unido, n. 35.763), a proibição de genocídio são exemplos de normas cogentes de direito internacional que não podem ser revogadas pelos Estados por meio de costumes locais ou especiais.

Na mesma direção, Kolb (2008) explica que o *jus congens* é uma técnica legal destinada a manter a integridade e unidade do regime legal. Segundo o autor,

> The aim is to prevent the fragmentation of that legal regime into more specialized regimes, the application of which would otherwise take priority by virtue of the lex specialis principle. For example, the prohibitions on torture and slavery are considered part of jus cogens. Accordingly, the law does not allow states or other subjects to adopt legislation3 that departs from these prohibitions.(Kolb, 2008, p. 30)

Um estudo realizado por Maia (2009) acerca da posição da Corte Internacional de Justiça sobre a aplicação do *jus cogens*, reconhecimento de normas imperativas e anulação de tratados concluiu que a CIJ tende a evitar o uso do termo *jus cogens* e prefere empregar termos correlatos para reconhecer a existência de normas fundamentais para a comunidade internacional. Em 2006, em decisão no Caso "Activités armées sur le territoire du Congo", a CIJ admitiu explicitamente a existência de um direito imperativo de interdição ao genocídio. Tal decisão coadunou com um movimento já em curso encabeçado pela Corte Europeia de Direitos Humanos que igualmente tinha reconhecido a interdição à tortura (2001), ao genocídio como *jus cogens.*

No caso Al-Adsani v. Reino Unido a Corte Europeia constatou que com base em textos internacionais tais como o artigo 5 da Declaração Universal dos Direitos do Humanos, o artigo 7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e os artigos 2 e 4 da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura a existência de uma norma imperativa de direito internacional ou *jus cogens* quanto à interdição da tortura.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos ao julgar os casos de desaparecimento forçado, de execução arbitraria, os quais apresentavam uma violação latente de direitos humanos resguardados pelo ordenamento jurídico internacional, lançou mão da teoria do *jus cogens* para limitar as atividades arbitrárias desenvolvidas por alguns Estados. Do ponto de vista quantitativo a Corte de San José foi a que mais empregou a teoria do *jus cogens* nos seus julgados e nas opiniões consultivas. (Maia, 2009, p. 278)

No que concerne ao valor jurídico da DUDH e seu caráter de *jus cogens*, o tema é controverso. Alguns doutrinadores, como Lopez, entendem que certos dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) podem ser considerados *jus cogens* como se especifica a seguir: artigo I- "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade". (Proibição implícita de discriminação); artigo III- direito à vida (emblemático caso do genocídio); Artigo IV- "Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas"; artigo V-"Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante"; Artigo VI– "Todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei"; artigo IX- "Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado". Esses artigos da DUDH

podem ser considerados como normas *jus cogens*, de caráter obrigatório, por comporem o "núcleo duro" dos direitos humanos (LOPEZ; VALLEJO, 2008, p. 25).

Conforme Lopes e Vallejo (2008, p. 31), os outros artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos poderiam ser vislumbrados "[...] como metas desejáveis a serem alcançadas pelos Estados, sem os requisitos necessários para configurar a obrigatoriedade". Todavia, as autoras esclarecem que o uso indiscriminado da terminologia *jus cogens* poderá levar efetivamente a prejuízos, em caso de descumprimento da norma internacional pelos Estados.

Para Trindade (2009, p. 24), os esforços e inciativas de adoção de DUDH ficaram estabelecidas em premissas básicas em que os direitos nela proclamados são tidos como direitos inerentes a todos os seres humanos. Sendo assim, com o passar dos anos, consolidou-se o entendimento de que certas violações a direitos humanos como atos de genocídio, o *apartheid*, discriminação racial, tortura e as desaparições forçadas de pessoas constituem violações graves e que contribuíram para a emergência e a consolidação do *jus cogens* no direito internacional. Esse novo *ethos* tem a função de fixar parâmetros de conduta ao redor de valores universais a serem observados por todos os Estados e povos.

Trindade (2009, p. 28) explica ainda que a DUDH atribui importância fundamental ao princípio da igualdade e da não discriminação; essa constatação pode ser vislumbrada no aclamado Parecer nº 18, de 17.09.2003, sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados,* mediante o qual situou com lucidez este princípio básico no domínio do *jus cogens*, após fazer alusão à Declaração.

Observa-se que a transformação de uma norma em *jus cogens* é árdua, posto que os requisitos necessários são restritivos. Para que uma norma seja considerada cogente é preciso comprovar uma prática universal. Em suma, os direitos enunciados na Declaração representam um marco do despertar da consciência jurídica universal acerca da necessidade de prevalência da dignidade da pessoa humana em qualquer circunstância, refletindo a consagração do *jus cogens* no Direito Internacional contemporâneo. (CIDH, 2003).[1]

[1]CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH).**Caso Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados** .Opinión Consultiva do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade. (OC-18/03) de 17 de Septiembre de 2003, p.10, item 28.

5.1 DUDH técnica legislativa *soft law?*

A origem da expressão *soft law* reporta-se a Lord McNair, embora o conceito por ele desenvolvido não pretendia estabelecer distinções entre direito e não direito, *hard law* e *soft law*, instrumentos jurídicos e não jurídicos, mas se propunha a distinguir as expressões *lege ferenda* e *lege data* e também a descrição de enunciados normativos formulados como princípios abstratos que deveriam tornar-se operativos na aplicação do ordenamento jurídico. (OLIVEIRA; BERTOLDI, 2010).

Muitos autores positivistas não aceitam o uso do *soft law*, pois o próprio termo constitui um paradoxo, "normas não obrigatórias". Pois "[...] se a *priori* são normas, são obrigatórias, portanto, o conceito de obrigatoriedade integra a ideia de normatividade". (VARELLA, 2011, p. 81). Para Oliveira e Bertoldi (2010, p. 6269), a aparente contradição decorre do fato deque o Direito representa uma função coercitiva capaz de impor uma sanção. No entanto, o direito internacional caminha em passos não tão rígidos como pretendia Kelsen.(VARELLA, 2011, p. 81).

Não há um consenso doutrinário acerca da expressão *soft law*, mas sim um conceito "multifacetado", "plural". Para Oliveira e Bertoldi (2010, p. 6274), é possível identificar diversas modalidades de *soft law* entre as normas de direito internacional, dentre elas as normas jurídicas obrigatórias dotadas de conteúdo impreciso, vago, genérico; os atos produzidos pelos Estados, de caráter não obrigatórios, tais como as declarações de política; e as resoluções, decisões ou outros instrumentos produzidos pelos órgãos das organizações internacionais.

Sendo as declarações consideradas instrumentos de *soft law* é possível concluir que a DUDH é um instrumento *soft*? Essa é em geral a conclusão precipitada de alguns autores, todavia um olhar mais aguçado acerca da Declaração e de sua importância para o Direito Internacional nos remete a outra conclusão. É certo que no momento de sua adoção, enquanto ato declaratório, a DUDH não foi dotada de caráter vinculante entre os Estados, mas isso não significa a ausência de um valor jurídico (LEVINET, 2008, p. 88). Dado valor é confirmado, ante as diversas referências à Declaração em outros textos internacionais com força normativa e em decisões de cortes internacionais, regionais e nacionais. (OLIVEIRA, 2006).

Assim, pode-se concluir que, quanto à forma, a DUDH se reveste de características de *soft law*, uma vez que é uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas sem força vinculante perante os Estados, e possui apenas valor de declaração política. Todavia, no que

concerne ao seu conteúdo, ela é dotada de regras revestidas de uma“[...] grande importância moral – especialmente quando aprovadas por unanimidade [...].”(HEINTZE, 2010, p. 29).

Assim sendo, mesmo sendo revestida de uma roupagem *soft* a Declaração tem forte valor legal no âmbito internacional por estabelecer direitos imperativos e indicar um núcleo comum dos direitos humanos que posteriormente foram sendo incluídos nos direitos nacionais e explicitados em outros textos internacionais com valor obrigatório. O caráter cogente da Declaração e seus dispositivos minimiza o seu caráter *soft.*

6 Conclusão

Em relação ao estudo do valor jurídico da Declaração Universal de Direitos Humanos, destacam-se várias correntes: alguns estudiosos entendem que os direitos contidos na DUDH integram as fontes convencionais do direito internacional, à luz do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a exemplo dos costumes e dos princípios gerais do direito e há aqueles que defendem seu valor jurídico como norma de *jus cogens;* existe, ainda, uma terceira corrente que advoga seu caráter não vinculante, considerada nesta perspectiva como técnica legislativa *soft law*.

Cumpre esclarecer que, se de um lado a Declaração Universal de Direitos Humanos não tenha o poder de vincular juridicamente os Estados, por outro ela fixa deveres morais do Estado em face do ser humano. Além do que, o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que dispõe sobre as normas cogentes internacionais, estabeleceu a possibilidade de nulidade dos tratados que lhe sejam contrários.

Com o passar dos anos, ficou estabelecido que os direitos previstos na DUDH são inerentes a todos os seres humanos e que certas violações a direitos humanos como o genocídio, discriminação racial, tortura entre outras, constituem graves violações que contribuíram para consolidação e emergência do *jus cogens*, no direito internacional.

Em suma, conclui-se que os direitos previstos na DUDH são normas de *jus cogens* em função do despertar da consciência universal da prevalência da dignidade humana em qualquer circunstância.

Referências

ALMEIDA, Guilherme de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs). **Direito internacional dos direitos humanos**. **Instrumentos básicos**. São Paulo: Altas, 2002.

BARBERIS, Julio A. **La liberte de traiter des Etats et le jus cogens**. Max-Planck-Institut, 1970. Disponível em: http://www.zaoerv.de. Acesso em 10 de maio de 2016.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORREIA, Alice Dandara de Assis; REBOUÇAS, Gabriela Maia. Manuais técnicos de Direitos Humanos na Justiça Brasileira: Politicas públicas? VIIIENCONTRO NACIONAL DA ANDHEP. "Políticas Públicas para a Segurança Pública e Direitos Humanos",28 a 30 de abril, Faculdade de Direito, USP, **Anais....,** p. 1-19.São Paulo, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados.** Opinión Consultiva do Juiz Antonio Cançado Trindade. (OC-18/03) de 17 de Septiembre de 2003, p.10, item 28.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DA VIRGÍNIA. (Dos direitos que nos devem pertencer a nós e à nossa posteridade, e que devem ser considerados como o fundamento e a base do governo, feito pelos representantes do bom povo da Virgínia, reunidos em plena e livre convenção.) Williamsburg, 12 de junho de 1776. Disponível em: <http://www.dhnet. org.br/ direitos/anthist/dec1776.htm> Acesso em 25 jan.2015.

FLORES, Joaquin Herrera. Os direitos humanos no contexto da globalização: três precisões conceituais. **Lugar Comum**n.25-26, p.39-71. Disponível em: <http://www. forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2013/02/aula-17_Joaquin-DHs.pdf>.Acesso em 02 jun. 2014.

HEINTZE, Hans-Joachim. Introdução ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. In: PETERKE, Sven. **Manual prático de direitos humanos**. Brasilia: ESMPU, 2010.

KOLB, Robert. Occupation in Iraq since 2003 and the powers of the UM Security Council. **International Review of the Red Cross,** 2008, vol. 90, no. 869, p. 29-50.

LEVINET, Michel. La référence à La Declaration Universelle des Droits de l'Homme dans les instruments internationaux relatifs aux droit et libertes. **Revue ASPECTS**, 2008, pp. 83-99.

LOPEZ, Juana Inés Acosta; VALLEJO, Ana María Duque. Declaración universal de derechos humanos, norma de *ius cogens* ?, **Revista Colomb. Derecho** Bogotá(Colombia), n.12, p.13-34, 2008.

MAIA, Catharine. Le jus cogens dans la jurisprudence de la Corte Interamericaine des Drois de l'Homme. In: HENNEBEL, Ludovic; TIGROUDJA, Helene. **Le particularisme interamericaine des Droit de l'Homme**. Paris: Pedone, 2009. P. 272-290.

MURPHY, Sean. *Principles of international law*.Concise Hornbook Series. 2006.

NASSER, Salem Hikmat. *Jus Cogens* ainda esse desconhecido. **Revista de Direito GV**, n.2, p.161-178, jun/dez 2005.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **A Convenção sobre Diversidade Biológica e o Princípio da Soberania.** Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, 2006, 202f. Disponível em: http:// bdtd.bce.unb.br/tedesimplificado/tde_busca/ arquivo.php?codArquivo =4379. Acesso em: 10 dez. 2014.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A importância do *soft law* na construção do direito internacional ambiental In: XIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, **Anais.,** Florianópolis. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados** (CVDT), adotada em 22 de maio de 1969 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Promulgada pelo Brasil, através do Decreto7.030,de 14 de Dezembro de 2009. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/ convencao -de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>Acesso em 25 jan. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Proclamada na Assembleia Geral de 10 de dezembro de 1948. (A/RES/217).Disponível em: <www.dudh.org.br>. Acesso em 25 jan. 2015.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, p.10, item 28.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos:** conquistas no Brasil. Fundação Alexandre Gusmão. Brasília, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado**. Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, v.I.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEGAS, Vera Lúcia. Ius cogens e o tema da nulidade dos tratados. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília 36, n. 144 out./dez. 1999. p. 181-196.

VIRALLY, Michael. Réflexitionssur Le "jus cogens". **Annuaire Francais de Droit International,** vol. 12, 1966, pp. 5-29.