

NOVOS DESENVOLVIMENTOS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: SUAS FONTES, HISTÓRIA E INSTITUIÇÕES

NEW DEVELOPMENTS IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: ITS SOURCES, HISTORY AND INSTITUTIONS

Brian D. Lepard*

RESUMO: Este artigo revisa as bases do direito internacional sobre os direitos humanos e as instituições que tentam implementá-lo. Ele apresenta as fontes principais do direito internacional geral, incluso do direito internacional dos direitos humanos. Posteriormente, ele revê a evolução do direito internacional sobre os direitos humanos e os processos pelos quais este direito é criado, interpretado, aplicado, implementado, e às vezes feito cumprir. O artigo explora também as instituições internacionais que visam à promoção do direito internacional dos direitos humanos. Tomando em conta esta revisão, ele considera o futuro incerto do direito internacional dos direitos humanos e das instituições que o promovem à luz de desenvolvimentos políticos e sociais contemporâneos que criam muitos desafios, incluindo o populismo e o nacionalismo. O artigo avalia em particular o funcionamento e o futuro do Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas. Finalmente, ele propõe uma nova abordagem a estes problemas e discute o potencial de um princípio ético de “unidade em diversidade” para iluminar o caminho a seguir.

ABSTRACT: This article reviews the bases of international human rights law and the institutions that attempt to implement it. It presents the principal sources of general international law, including international human rights law. Next, it reviews the evolution of international human rights law and the processes by which this law is created, interpreted, applied, implemented, and sometimes enforced. The article also explores the international institutions that pursue the promotion of international human rights law. Taking this review into account, it considers the uncertain future of international human rights law and the institutions that promote it in light of contemporary political and social developments that create many challenges, including populism and nationalism. The article assesses in particular the functioning and future of the United Nations Human Rights Council. Finally, it proposes a new approach to these problems and discusses the potential of an ethical principle of “unity in diversity” to illuminate the way forward.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos, Direito Internacional, Nações Unidas, Conselho dos Direitos Humanos

KEYWORDS: Human Rights, International Law, United Nations, Human Rights Council

SUMÁRIO: Introdução. 1 Um panorama geral das fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos 2 Um panorama geral da história do Direito Internacional dos Direitos Humanos 3 Instituições internacionais que visam à promoção do Direito Internacional dos Direitos Humanos 4 O futuro incerto do Direito Internacional dos Direitos Humanos e das instituições que o promovem Conclusão Referências.

INTRODUÇÃO¹

O direito internacional sobre os direitos humanos tem uma importância crescente no mundo atual, no qual as violações da dignidade humana são numerosas e os indivíduos demandam mais e mais frequentemente remédios às violações dos seus direitos

* Harold W. Conroy Distinguished Professor of Law, University of Nebraska College of Law.

¹ Este artigo é baseado nos cursos que lecionei na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (“UFRGS”) como parte dos segundos semestres de inverno em julho de 2016 e em agosto de 2019. Eu agradeço às professoras Claudia Lima Marques e Tatiana de Almeida F.R. Cardoso Squeff pela ajuda na preparação deste artigo e por seus conselhos para escrevê-lo. Agradeço também os editores da revista da Faculdade de Direito que me sugeriram a redação deste artigo. Agradeço particularmente Laís Bergstein, Nicole Rinaldi de Barcellos, e Vinícius Tejedades pelas suas revisões do texto do artigo em português.

internacionalmente reconhecidos e garantidos.² Está se tornando mais importante que os advogados, quaisquer que sejam seus campos de especialidade, obtenham uma compreensão básica deste corpo de direito para incorporá-lo em seus argumentos e práticas jurídicas.³

Neste artigo, reviso as bases do direito internacional sobre os direitos humanos e as instituições que tentam implementar este direito. Primeiramente, apresento as fontes principais do direito internacional geral, incluindo do direito internacional dos direitos humanos. Posteriormente, reviso a evolução do direito internacional sobre os direitos humanos e os processos pelos quais este direito é criado, interpretado, aplicado, implementado, e, às vezes, feito cumprir. Exploro também as instituições internacionais que visam à promoção do direito internacional dos direitos humanos. Tomando em conta esta revisão, considero o futuro incerto do direito internacional dos direitos humanos e das instituições que o promovem à luz de desenvolvimentos políticos e sociais contemporâneos que criam muitos desafios, incluindo o populismo e o nacionalismo. Avalio em particular o funcionamento e o futuro do Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas. Finalmente, na conclusão, proponho uma nova abordagem a estes problemas e discuto o potencial de um princípio ético de “unidade em diversidade” para iluminar o caminho a seguir.

29

1 UM PANORAMA GERAL DAS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Atualmente, é muito importante explorar o direito internacional, especialmente o direito internacional dos direitos humanos, porque este campo de direito governa muitas áreas importantes da atividade social e econômica. O direito internacional é uma criação dos Estados

² A respeito do direito internacional dos direitos humanos, veja, por exemplo, ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International human rights: the successor to international human rights in context: law, politics and morals: text and materials*. Oxford: Oxford University Press, 2013. Acerca dos direitos humanos em geral, de uma perspectiva multidisciplinar, veja CUSHMAN, Thomas (coord.). *Handbook of human rights*. London: Routledge, 2012; FORSYTHE, David P. (coord.). *The Oxford encyclopedia of human rights*. New York: Oxford University Press, 2009. Quanto às novidades concernentes às violações massivas dos direitos humanos no mundo atual, veja, por exemplo, o sítio da Anistia Internacional USA. Disponível em: <<https://www.amnestyusa.org/news/>>. Acesso em: 1 dez. 2019.

³ Para um exemplo de um manual criado para o uso de advogados trabalhando neste campo, veja HANNUM, Hurst (coord.). *Guide to international human rights practice*. Transnational Publishers, 4th ed. 2004. Veja também STEINHARDT, Ralph G., HOFFMAN, Paul L. e CAMPONOVO, Christopher N. *International human rights lawyering: cases and materials*. St. Paul: Thomson/Reuters, 2009.

e se desenvolveu durante muitos séculos.⁴ De acordo com a teoria clássica do direito internacional, ele é fundado sobre a soberania dos Estados, que o criam por suas vontades e seus atos.⁵

Particularmente, quando dois ou mais Estados decidem fazer promessas entre eles, eles podem registrá-las em um acordo internacional, que é uma expressão escrita das obrigações aceitas por estes Estados voluntariamente.⁶ Muitas vezes um tal acordo se chama um “tratado”. Um segundo meio para criar obrigações jurídicas entre Estados apresenta-se sob a forma do direito consuetudinário.⁷ Uma terceira fonte do direito internacional reconhecida pela teoria contemporânea do direito internacional é composta de princípios gerais de direito.⁸

Estas três fontes de direito internacional – os tratados, o direito consuetudinário, e os princípios gerais de direito – são reconhecidas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ). Este artigo diz o seguinte:

Artigo 38. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.⁹

30

⁴ Para uma revisão clássica, mas breve, sobre a história do direito internacional, veja NUSSBAUM, Arthur. *A concise history of the law of nations*. New York: The Macmillan Co., rev. ed. 1954.

⁵ Acerca da doutrina da soberania dos Estados, que é uma fundação do direito internacional, veja CRAWFORD, James. *Brownlie's principles of public international law*. Oxford: Oxford University Press, 8th ed. 2012. p. 5. A corte que precedeu a atual Corte Internacional de Justiça, a Corte Permanente de Justiça Internacional, afirmou esta doutrina e disse que por causa dela os Estados podem ser restringidos apenas por regras que eles têm aceitado voluntariamente. Veja *Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey)*, Julgamento do 7 de setembro de 1927, PCIJ Series A, No. 10, 18 (afirmando que “as regras de direito obrigando os Estados . . . emanam do seu próprio livre arbítrio.”) (tradução do autor).

⁶ Acerca do princípio de direito consuetudinário que tais acordos são obrigatórios para os Estados aderentes, o princípio de “*pacta sunt servanda*,” veja em geral NUSSBAUM, *A concise history of the law of nations*, p. 281.

⁷ Sobre o direito internacional consuetudinário, veja, por exemplo, LEPARD, Brian D. *Customary international law: a new theory with practical applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. Veja também LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017.

⁸ Veja o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, art. 38(c). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>>. Acesso em: 1 dez. 2019.

⁹ Estatuto da Corte Internacional de Justiça, art. 38.

Cabe elaborar sobre alguns pontos acerca de cada fonte identificada nesse artigo. Primeiro, é importante notar que o termo “convenções internacionais” mencionado no primeiro parágrafo é idêntico ao termo “tratados”.¹⁰ Os tratados são similares aos contratos regulares entre pessoas privadas, mas são concluídos entre os Estados.¹¹ Normalmente, os Estados assinam um tratado e depois ratificam-no de acordo com os processos estabelecidos pela Constituição nacional. Depois da troca de instrumentos de ratificação entre os Estados partes, o tratado entra em vigor.¹² Muitas vezes, tratados multilaterais exigem que um número fixo de Estados tenha que ratificá-los para que entrem em vigor.

A teoria segundo a qual os tratados são obrigatórios baseia-se na soberania dos Estados. Diz-se que os Estados têm dado sua concordância explícita às obrigações nos tratados exercendo sua vontade e, portanto, estes Estados tornam-se obrigados a observá-las.¹³

Quanto ao direito consuetudinário, de acordo com a teoria clássica desta fonte, os Estados podem criar regras entre eles por meio de seus comportamentos e de suas crenças.¹⁴ Portanto, há duas exigências necessárias para a criação de uma norma consuetudinária: um comportamento por um número suficiente de Estados, acompanhado por uma crença por parte dos governos destes Estados que eles têm que se comportar de uma determinada maneira por causa de uma regra de direito. Esta integração entre um comportamento e uma crença, que se chama em latim de “*opinio juris*”, pode, em seguida, criar uma determinada regra.¹⁵

31

¹⁰ Veja a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 2(1)(a) (afirmando que “‘tratado’ significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer consiste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

¹¹ Veja *ibidem.*, art. 1 (dizendo que “a presente Convenção se aplica aos tratados entre Estados”).

¹² Veja *ibidem.*, art. 11-16.

¹³ Veja, por exemplo, *Case of the SS. “Lotus” (France v. Turkey)*, Julgamento do 7 de setembro de 1927, PCIJ Series A, No. 10, 18 (a Corte Permanente de Justiça Internacional afirmou que “As regras de direito obrigando os Estados portanto emanam do seu próprio livre arbítrio como exprimido em convenções ou por usos geralmente aceitos como exprimindo princípios de direito”) (tradução do autor).

¹⁴ Veja LEPARD, *Customary international law*, p. 6.

¹⁵ Esta teoria dos “dois elementos” do direito consuetudinário tem sido aceita de longo tempo e recentemente foi reafirmada pela Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas na base de um estudo por um repórter especial, Michael Wood, sobre o assunto. Veja Conclusão de Esboço 2, intitulado “Dois Elementos Constitutivos,” em Comissão do Direito Internacional, *Quinto Relatório sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, Anexo, Conclusões de Esboço Adotadas na Primeira Leitura, com Alterações Sugeridas pelo Repórter Especial*, UN Doc. A/CN.4/717 (14 de março de 2018), p. 57 (preparado por Repórter Especial Michael Wood) (“Para determinar a existência e o conteúdo de uma regra de direito internacional consuetudinário, é necessário verificar se há uma prática geral que é aceita como lei.”) (tradução do autor). Em dezembro de 2018 a Assembleia Geral aprovou estas conclusões da Comissão. Veja G.A. Res. 73/03 (2018). Veja também WOOD,

Por exemplo, se a maioria dos Estados parar de torturar suspeitos ou prisioneiros, e se estes Estados acreditam que a tortura não é permitida pelo direito internacional, esta confluência de prática (de se abster da tortura) e de *opinio juris* constitui, em si, uma regra internacional consuetudinária proibindo a tortura. Neste sentido, muitos especialistas e tribunais concluíram que a tortura é proibida pelo direito internacional consuetudinário.¹⁶ A teoria do direito internacional que coloca a ênfase sobre a soberania dos Estados aceita o direito internacional consuetudinário porque os Estados participam na sua criação por suas práticas e opiniões, portanto, exprimindo suas vontades.¹⁷

No entanto, apesar da aceitação desta teoria de “dois elementos” do direito consuetudinário, existem muitos problemas de aplicação. Por exemplo, qual é um número suficiente de Estados que participam numa prática com o *opinio juris* necessário? É preciso que uma maioria ou mesmo uma supermaioria dos Estados reconhecidos no mundo participe nesta prática?¹⁸ E segundo a teoria tradicional do *opinio juris*, antes que uma regra se torne direito consuetudinário, parece que os países têm que estar enganados sobre o estatuto da regra como regra jurídica porquê de fato a regra jurídica ainda não existe. Portanto pode existir um “paradoxo” de *opinio juris*.¹⁹

Michael, Foreword, p. xiv. In: LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. xiii-xvi. No entanto, esta teoria tem sido questionada criticamente por muitos especialistas, que acham que ela não captura o uso prático do direito internacional consuetudinário por tribunais e por Estados. Veja LEPARD, Brian D. Toward a new theory of customary international human rights law, p. 241. In: LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 233-65.

¹⁶ Veja LEPARD, *Customary international law*, p. 332. Alguns tribunais têm explicado que a prática que diz respeito à tortura é a proibição da prática nas leis nacionais e nos tratados; segundo eles, a prática da tortura por parte de alguns governos conta somente como uma violação, não como uma prática em favor da permissibilidade da tortura. Veja, por exemplo, o caso nos Estados Unidos de *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2nd Cir. 1980), p. 884 n. 15 (explicando que “o fato de a proibição da tortura ser muitas vezes honorada na violação não diminui seu efeito obrigatório como uma norma de direito internacional”) (tradução do autor). No entanto, alguns especialistas, tais como Philip Alston e Bruno Simma, acreditam que a prática frequente da tortura cria um problema em satisfazer a definição bem aceita do direito internacional consuetudinário. Eles sugerem, em vez, que seria mais correto considerar a proibição da tortura como um princípio geral de direito, que não depende das práticas dos Estados, mas apenas das suas leis (discutido em baixo). Veja SIMMA, Bruno e ALSTON, Philip. *The sources of human rights law: custom, jus cogens, and general principles*. *Australian Yearbook of International Law* 82 (1988-89), vol. 12. p. 82-108.

¹⁷ Veja, por exemplo, PETERSEN, Niels. The role of consent and uncertainty in the formation of customary international law, p. 113. In: LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 111-30.

¹⁸ Quanto a estas questões, veja LEPARD, *Customary international law*, p. 158-61.

¹⁹ Sobre este paradoxo, veja *ibidem*. p. 9, 22-23.

Conforme explicado acima, uma terceira categoria de fontes de direito internacional é composta de “princípios gerais de direito.”²⁰ De uma perspectiva histórica, estes princípios são princípios reconhecidos e praticados em todos, ou quase todos, os sistemas nacionais de direito, mas aplicados ao nível das relações entre as nações.²¹ Por exemplo, encontramos em quase todos os sistemas de direito um princípio de *res judicata*.²² Atualmente, alguns outros tipos de princípios são reconhecidos, incluindo princípios gerais de direito internacional, que provenham diretamente das relações internacionais.²³

Os juristas e acadêmicos têm identificado categorias especiais de normas jurídicas, principalmente aquelas que são normas consuetudinárias ou princípios gerais de direito. Por exemplo, se uma norma exigir que um Estado se comporte de uma certa maneira em suas relações com todos outros países, e não apenas com um outro país particular ou alguns deles, esta norma é uma norma “*erga omnes*,” e possui características especiais.²⁴ Existe também uma categoria de normas “peremptórias” (ou em latim, “*jus cogens*”). Estas normas são superiores às outras e não existe nenhuma justificativa para as violar.²⁵ Por exemplo, muitos tribunais têm reconhecido a proibição da tortura como norma de *jus cogens*.²⁶

33

2 UM PANORAMA GERAL DA HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Todas estas fontes de direito internacional, e todas estas categorias de normas, formam parte da história dos direitos humanos.²⁷ Em relação a esta história, nós podemos procurar origens antigas deste campo de direito. Por exemplo, as fés religiosas principais do mundo têm

²⁰ Veja o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, art. 38(c).

²¹ Veja LEPARD, *Customary international law*, p. 28, 164-65.

²² Veja, CRAWFORD, *Brownlie's principles of public international law*, p. 36.

²³ Veja LEPARD, *Customary international law*, p. 166-67.

²⁴ Veja *ibidem*. p. 261-69.

²⁵ Veja a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 53 (afirmando que “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.”); LEPARD, *Customary International Law*, p. 37-40.

²⁶ Veja LEPARD, *Customary international law*, p. 322.

²⁷ Sobre a história dos direitos humanos no direito internacional, veja, em geral, LEPARD, Brian D. *International law and human rights*. In: CUSHMAN, Thomas Cushman (coord.). *Handbook of human rights*. London: Routledge, 2012. p. 583-97.

ensinado princípios humanitários de conduta perante o outrem, e têm proibido matar os outros sem justificativa.²⁸

Claramente, estes conceitos da dignidade humana não foram realizados na prática. O mundo continuou a sofrer de guerras e violações maciças dos direitos humanos. Uma guerra de importância particular na história dos direitos humanos foi a Guerra de Trinta Anos, que durou de 1618 a 1648. Esta guerra foi motivada em parte pelas animosidades religiosas entre vários reis da Europa. No fim da guerra, estes líderes assinaram um pacto, o “Paz Westfaliana,” no qual eles se comprometeram a respeitar as religiões dos outros, seja católica ou protestante. Nós podemos identificar neste pacto as origens do conceito moderno de “soberania” dos Estados, assim como a ideia da liberdade religiosa.²⁹

As duas guerras mundiais do século XX e os sofrimentos que elas infligiram aos povos do mundo foram também responsáveis por um despertar à ideia de que todos os seres humanos possuem vários direitos fundamentais que ninguém pode infringir. Um desenvolvimento importante foi a redação do pacto da Sociedade das Nações em 1919. Este pacto continha disposições dando à Sociedade o poder de supervisionar a execução de acordos sobre o tráfico de mulheres e de crianças, conferindo a todos o direito a condições de trabalho justas e humanas.³⁰ Além disso, durante sua vida, a Sociedade adotou tratados importantes entre ela, seus membros poderosos e os países novamente reconhecidos por ela, visando à proteção das comunidades minoritárias nestes países. Por exemplo, o primeiro tratado foi concluído com a Polônia, e protegeu os direitos da comunidade judaica, entre outras comunidades.³¹

34

²⁸ Veja ISHAY, Micheline R. *Introduction: human rights: historical and contemporary controversies*, p. xxiii. In: ISHAY, Micheline R. (coord.). *The human rights reader: major political essays, speeches, and documents from ancient times to the present*. New York: Routledge, 2nd ed. 2007. p. xxi-xxviii; LEPARD, Brian D. *Rethinking humanitarian intervention: a fresh legal approach based on fundamental ethical principles in international law and world religions*. University Park: The Pennsylvania State University Press, 2002. p. 53-59 (passando em revista fontes nas escrituras santas das religiões relacionadas à dignidade humana e aos direitos humanos).

²⁹ Veja NUSSBAUM, *A concise history of the law of nations*, p. 115-18.

³⁰ Pacto da Sociedade das Nações (1919), artigo 23(a), (c). Disponível em: <<http://dhnet.org.br/direitos/anthist/his1919.htm>>. Acesso em: 1 dez. 2019.

³¹ Tratado sobre as minorias entre os principais poderes aliados e associados (o Império britânico, França, Itália, Japão e os Estados Unidos) e Polônia, firmado a Versailes (28 de junho de 1919). Disponível em: <<http://www.forost.ungarisches-institut.de/pdf/19190628-3.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2019. Como exemplo, o artigo 8 afirma: “Nacionais poloneses pertencendo a minorias raciais, religiosas ou linguísticas devem beneficiar do mesmo tratamento e segurança de acordo com a lei e em fato que outros nacionais poloneses. Particularmente, eles devem possuir o mesmo direito a estabelecer, gerir e controlar, as suas próprias custas, instituições caridosas, religiosas e sociais, escolas, e outros estabelecimentos educacionais, com o direito de usar a sua própria língua e exercer a sua própria religião livremente nelas.” (Tradução do autor.) O artigo 11 diz em parte que judeus não podem ser obrigados a desempenhar ato algum que constitua uma violação do seu Sábado.

No entanto, a era moderna do reconhecimento dos direitos humanos pode ser ligada à adoção da Carta das Nações Unidas em 1945.³² Motivados em grande parte pelos horrores do Holocausto e sujeitos às pressões das organizações não-governamentais, os fundadores das Nações Unidas decidiram incluir proteções aos direitos humanos na Carta, e até fizeram a proteção dos direitos humanos um dos propósitos principais da nova organização.³³

Portanto, a Carta declara que todos os povos das Nações Unidas decidiram “reafirmar a fé nos direitos humanos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, [e] na igualdade de direito dos homens e das mulheres.”³⁴ Ela afirma também que as Nações Unidas têm como propósito primeiro a realização da “cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua, ou religião.”³⁵

A Carta reflete estes propósitos em duas disposições. O artigo 55 diz que as Nações Unidas devem promover “o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”³⁶ E o artigo 56 declara que Estados membros das Nações Unidas “se comprometem a agir em cooperação” com a organização “em conjunto ou separadamente” para realizar este fim.³⁷

Os criadores da Carta das Nações Unidas decidiram também que a Assembleia Geral das Nações Unidas deveria redigir e adotar uma declaração sobre os direitos humanos. Esta tarefa foi empreendida por uma comissão dos direitos humanos estabelecida pela Carta e dirigida na época pela “primeira dama” dos Estados Unidos, a Sra. Eleanor Roosevelt.³⁸ A comissão em pouco tempo pôde acordar sobre o texto de uma declaração que incluiu conceitos de direitos humanos oferecidos por representantes de culturas diferentes. Foi um êxito extraordinário na história. A Assembleia Geral das Nações Unidas conseguiu adotar o texto

³² Veja a Carta das Nações Unidas. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2019.

³³ Sobre o papel das organizações não-governamentais em insistir sobre a inclusão da promoção dos direitos humanos como um propósito principal da organização, veja LAUREN, Paul Gordon. *The evolution of international human rights: visions seen*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998. p. 179-80.

³⁴ Carta das Nações Unidas, preâmbulo.

³⁵ Ibidem., art. 1, para. 3.

³⁶ Ibidem., art. 55.

³⁷ Ibidem., art. 56.

³⁸ Veja geralmente GLENDON, Mary Ann. *A world made new: Eleanor Roosevelt and the universal declaration of human rights*. New York: Random House, 2001. p. 30-33.

final no 10 de dezembro de 1948, uma data que atualmente é celebrada como “Dia dos Direitos Humanos.”³⁹

Em princípio, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não tinha nenhuma força judiciária porque foi simplesmente uma resolução da Assembleia Geral, e as resoluções deste órgão das Nações Unidas são, de acordo com o texto da Carta, apenas recomendações aos Estados membros da organização.⁴⁰ No entanto, graças à aceitação da Declaração por quase todos os Estados do mundo e a influência que ela tem exercido sobre as leis internas de muitos países, incluso em muitas Constituições, a Declaração atualmente é considerada como a “Constituição” e a fundação da ordem mundial dos direitos humanos.⁴¹

A Declaração afirma que todos os seres humanos foram criados com dignidade e possuem direitos fundamentais. Portanto, o artigo 1º declara: “Todos os seres humanos 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.”⁴²

De uma grande importância, a Declaração afirma que todos os humanos possuem e gozam de dois tipos de direitos: por um lado, os direitos “civis e políticos,” e por outro lado, “direitos sociais, econômicos e culturais.” A primeira categoria de direitos inclui, entre outros direitos, a liberdade sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem nacional ou social, fortuna, nascimento, ou qualquer outra situação; os direitos à vida, liberdade e segurança pessoal; a liberdade da escravidão ou servidão; a liberdade da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos, ou degradantes; o direito a ser reconhecido perante a lei e à proteção igual da lei; o direito a recursos judiciais justos e públicos e a ser julgado por um tribunal independente e imparcial; a liberdade de pensamento, de consciência e de religião; a liberdade de opinião e de expressão; e o direito de tomar parte

³⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos (“DUDH”), G.A. Res. 217A (III) (1948), tradução em português. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 4 dez 2019.

⁴⁰ Veja Carta das Nações Unidas, art. 10 (“A Assembléia Geral poderá discutir quaisquer questões ou assuntos que estiverem dentro das finalidades da presente Carta ou que se relacionarem com as atribuições e funções de qualquer dos órgãos nela previstos e, com exceção do estipulado no artigo 12, poderá fazer recomendações aos membros das Nações Unidas ou ao Conselho de Segurança ou a este e àqueles, conjuntamente, com referência a qualquer daquelas questões ou assuntos.”). Veja também ibidem., art. 13, para. 1 (“A Assembleia Geral iniciará estudos e fará recomendações”).

⁴¹ Sobre o significado da Declaração, veja, por exemplo, STAMATOPOULOU, Elsa, Yael DANIELI, e Clarence J. DIAS, Introduction. In: DANIELI, Yael, Elsa STAMATOPOULOU, e Clarence J. DIAS (coord.). *The universal declaration of human rights: fifty years and beyond*. Amityville, N.Y.: Baywood Publishing Co., 1999. p. 149-61.

⁴² DUDH, art. 1.

na direção dos negócios públicos do seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.⁴³

Na categoria de direitos sociais, econômicos e culturais, nós encontramos direitos tais como o direito à segurança social; o direito ao trabalho e a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego; o direito ao repouso e aos lazeres; o direito a um nível de vida suficiente à saúde e bem-estar de uma pessoa e da sua família, incluindo alimentação, vestuário, alojamento, assistência médica e serviços sociais necessários; o direito à educação; e o direito a tomar parte livremente na vida cultural da sua comunidade.⁴⁴

Por causa da aceitação da Declaração por quase todos os países na comunidade internacional durante os mais de 70 anos depois de sua introdução ao mundo, muitos acadêmicos afirmam que muitos dos direitos que ela protege, senão todos, têm se tornado parte do direito internacional consuetudinário.⁴⁵ Ao nível da teoria do direito consuetudinário, conforme explicado acima, uma conclusão que um direito particular tenha conseguido este status exigiria que (1) os Estados geralmente observem este direito em prática, resultando numa prática geral, e (2) eles acreditem que eles devem garanti-lo como uma obrigação jurídica (i.e., o *opinio juris* existe).

Apesar de dúvidas sobre o estatuto de direitos particulares, é geralmente aceito, mesmo por tribunais e juízes de muitos países, e não só acadêmicos, que alguns dos direitos importantes reconhecidos na Declaração atualmente constituem direitos protegidos pelo direito consuetudinário.⁴⁶

Antes de continuar esta revisão do sistema moderno de proteção dos direitos humanos, é importante reconhecer que existe um outro campo de direito internacional que é relacionado aos direitos humanos e que se desenvolveu ao lado dele. Este é o direito humanitário. (Outros

⁴³ Veja *ibidem.*, arts. 2-10, 18-19, 21.

⁴⁴ Veja *ibidem.*, arts. 22-27.

⁴⁵ Veja, para um exemplo deste ponto de vista, Prof. HUMPHREY, John P. *The universal declaration of human rights: its history, impact and juridical character*. p. 29. In: RAMCHARAN, Dr. B.G. (coord.). *Human rights: thirty years after the universal declaration: commemorative volume on the occasion of the thirtieth anniversary of the universal declaration of human rights*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1979. p. 21-37 (afirmando que “as disposições justiciáveis da Declaração, incluindo, certamente, aquelas anunciadas em artigos dois a vinte-um inclusive, agora têm adquirido a força de direito como parte do direito consuetudinário das nações”) (tradução do autor).

⁴⁶ Veja LEPARD, *Customary international law*, p. 318-19.

nomes deste campo são “o direito da guerra” ou “o direito dos conflitos armados.”)⁴⁷ Este campo visa a proteger vítimas civis de conflitos armados e até soldados que lutam nestes conflitos. A fundação do direito humanitário atualmente fica sobre as quatro convenções de Genebra de 1949, adotadas em seguida da Segunda Guerra Mundial, e dois protocolos adicionais adotados em 1977, que expandiram os direitos reconhecidos nas Convenções de 1949.⁴⁸

Em princípio, o direito humanitário é um direito especializado aplicado em tempos de guerra e não se relaciona à proteção dos direitos de todos os seres humanos.⁴⁹ No entanto, obviamente, as proteções que ele proporciona são muito importantes para todos que se encontram em tais conflitos. Ademais, as leis da guerra proíbem a tortura e agora a lei dos direitos humanos também a proíbe.⁵⁰ Este é um exemplo de uma correspondência entre estes dois campos de direito.⁵¹ Esta relação íntima é até mais importante no trabalho dos novos tribunais internacionais visando a processar os perpetradores dos crimes mais graves. Por exemplo, o estatuto do Tribunal Penal Internacional lista como crimes contra humanidade a escravidão e a tortura, as quais constituem também violações do direito internacional dos direitos humanos.⁵²

Retornando à história do direito internacional dos direitos humanos, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou o texto do seu primeiro tratado sobre os direitos humanos um dia antes de votar em prol da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este tratado, aprovado em 9 de dezembro de 1948, é a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio.⁵³ Ademais, no fim de negociações intensivas, que duraram 18 anos, os Estados

⁴⁷ Veja, por exemplo, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha. What is international humanitarian law? legal factsheet. 31 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.icrc.org/en/document/what-international-humanitarian-law>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁴⁸ Estes tratados e outros sobre o direito humanitário internacional podem ser encontrados em ROBERTS, Adam; GUELFF, Richard (coord.). *Documents on the laws of war*. Oxford: Oxford University Press, 3d ed. 2000. Veja também LEAPARD, *Rethinking humanitarian intervention*, p. 129-31.

⁴⁹ Veja CRAWFORD, *Brownlie's principles of public international law*, p. 653-54.

⁵⁰ Veja, por exemplo, o artigo 3 comum nas quatro convenções de Genebra, proibindo a tortura em conflitos não-internacionais, e o artigo 7 da DUDH, igualmente proibindo a tortura.

⁵¹ Sobre a relação complementar que é geralmente reconhecida atualmente entre os dois campos de direito, veja CRAWFORD, *Brownlie's principles of public international law*, p. 653-54.

⁵² Veja o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, art. 7(c), (f). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 3 dez. 2019.

⁵³ Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1948%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20Preven%C3%A7%C3%A3o%20e%20Puni%C3%A7%C3%A3o%20do%20Crime%20de%20Genoc%C3%ADio.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2019.

membros das Nações Unidas conseguiram acordar sobre o texto de dois tratados importantes sobre os direitos humanos. Estes tratados codificam muitos dos direitos mencionados na Declaração Universal. Eles são, de um lado, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (“PIDCP”), e do outro lado, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“PIDESC”), ambos adotados em 1966.⁵⁴

O PIDCP protege muitos dos direitos civis e políticos nomeados na DUDH, enquanto o PIDESC protege muitos dos direitos econômicos, sociais, e culturais mencionados na mesma declaração. Uma diferença importante é que cada tratado formula os direitos numa maneira mais jurídica, com mais precisão, e com exceções, porque estes tratados são instrumentos jurídicos.⁵⁵

Durante os 60 anos passados, a Assembleia Geral das Nações Unidas tem adotado o texto de numerosos outros tratados relacionados aos direitos humanos. Estes tratados tratam de tipos particulares de direitos humanos ou da proteção de grupos particulares, tais como as mulheres e as crianças.⁵⁶ A Assembleia Geral também tem adotado muitas declarações sobre os direitos humanos.⁵⁷ Embora estas declarações não tenham força jurídica em si mesmas, segundo a Carta, é possível que as normas delas tenham entrado no corpus do direito internacional consuetudinário, seguindo o processo descrito acima. E muitas delas podem ser vistas como exprimindo princípios gerais de direito.

⁵⁴ Veja Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 3 dez. 2019; Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais, e Culturais (1966). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 3 dez. 2019.

⁵⁵ Por exemplo, o artigo 18 da DUDH proclama em parte que “Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião,” enquanto o artigo 18 do PIDCP repete esta provisão geral, mas adiciona limitações sobre o exercício do direito, provendo em particular que “a liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.”

⁵⁶ Veja, por exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adotada em 1979. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvElimTodForDiscMul.html>>. Acesso em: 19 dez. 2019; Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em 1989. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 19 dez. 2019. Para uma lista geral de tratados relacionados aos direitos humanos, com o texto dos tratados, veja <<https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&clang=en>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁵⁷ Estas declarações incluem, por exemplo, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Disponível em: <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2019.

3 INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS QUE VISAM À PROMOÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Além da elaboração de tratados obrigatórios e declarações não-obrigatórias (as disposições de quais podem, mesmo assim, codificar ou se tornar direito internacional consuetudinário obrigatório), as Nações Unidas e outras organizações internacionais têm criado uma grande variedade de instituições para implementar e suportar princípios de direitos humanos. As instituições associadas com as Nações Unidas incluem a Assembleia Geral das Nações Unidas, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, o Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas, o Escritório do Comissário Alto dos Direitos Humanos, e a CIJ.⁵⁸

Estes órgãos geralmente têm o poder de discutir questões de direitos humanos. Além disso, tratados particulares cujo texto foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (tais como o PIDCP e o PIDESC) têm criado órgãos especiais de especialistas, que possuem a autoridade para supervisionar a implementação das normas pelos Estados partes. Estes órgãos de supervisão incluem, por exemplo, o Comitê de Direitos Humanos estabelecido pelo PIDCP.⁵⁹ Às vezes estes órgãos têm até o poder de considerar reclamações de violações dos tratados por indivíduos ou grupos, às vezes em razão de um tratado opcional (chamado “protocolo”) anexado ao tratado principal.⁶⁰ No entanto, estes órgãos não são tribunais e não podem tomar decisões que são obrigatórias aos Estados aderentes ao tratado em questão.⁶¹

Um grande problema, relevante à execução do direito internacional dos direitos humanos, é que não existe tribunal algum a nível global ao qual um indivíduo possa pedir recurso (mesmo que possa existir um tribunal regional de direitos humanos com qual o

⁵⁸ Para uma visão geral sobre os órgãos principais das NU, veja <<https://www.un.org/en/sections/about-un/main-organs/index.html>>. Acesso em: 19 dez. 2019. Por mais informações sobre o Conselho dos Direitos Humanos, veja <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/Home.aspx>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁵⁹ As funções supervisórias deste comitê são descritas no texto do tratado. Veja o PIDCP, arts. 28-45.

⁶⁰ Veja, por exemplo, o Protocolo Facultativo Primeiro Referente ao PIDCP, dando ao Comitê de Direitos Humanos o poder de examinar comunicações de indivíduos alegando violações do Pacto. Protocolo Facultativo Primeiro Referente ao PIDCP. Disponível em: <<http://dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto3.htm>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

⁶¹ Por exemplo, mesmo em casos considerados sob o Protocolo Facultativo Primeiro Referente ao PIDCP, o Comitê só pode exprimir as suas “constatações” sobre se uma violação foi cometida. Protocolo Facultativo Primeiro, art. 5, para. 5.

indivíduo pode portar uma reclamação, tal como a Corte interamericana de direitos humanos). Cabe notar que a CIJ apenas pode reger disputas entre Estados.⁶²

Ademais, não existe qualquer força policial global para proteger as vítimas de violações de direitos humanos. A instituição mais parecida a uma autoridade policial global é o Conselho de Segurança das Nações Unidas, que, segundo os artigos 39 a 42 da Carta das Nações Unidas (no seu capítulo VII), tem o poder de autorizar o uso da força para responder a “qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão.”⁶³ Existe, portanto, a possibilidade de o Conselho de Segurança considerar violações de direitos humanos como uma “ameaça à paz” e, consequentemente, autorizar ação militar para proteger vítimas de abusos de direitos humanos.⁶⁴

Quanto ao papel dos tribunais em responder a graves violações de direitos humanos, depois da Segunda Guerra Mundial, os Aliados criaram dois tribunais especializados, os tribunais de Nuremberg e Tóquio, para processar oficiais alemães e japoneses por crimes de guerra e crimes contra a humanidade, os quais foram violações do direito humanitário internacional.⁶⁵ Outros tribunais penais internacionais foram criados durante os trinta anos passados, incluindo o Tribunal Penal Internacional e os Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e a Ruanda.⁶⁶ Ademais, uma grande variedade de agências especializadas das Nações Unidas se preocupa com os direitos humanos, incluindo a Organização Internacional de Trabalho (ILO) e a Organização Educacional, Científica e Cultural das Nações Unidas (UNESCO).

41

4 O FUTURO INCERTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E DAS INSTITUIÇÕES QUE O PROMOVEM

O sistema de direito internacional dos direitos humanos está em um estágio de transformação em um mundo que é ameaçado por muitos ataques à dignidade humana e que é

⁶² Assim, o artigo 34 do Estatuto da Corte afirma: “Só os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte.” Estatuto da Corte Internacional de Justiça, art. 34.

⁶³ Carta das Nações Unidas, art. 39.

⁶⁴ Sobre o assunto, veja em geral LEPARD, *Rethinking humanitarian intervention*, p. 149-78.

⁶⁵ Veja ibidem. p. 134.

⁶⁶ Veja o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, em Resolução 827 do Conselho de Segurança das Nações Unidas (25 de maio de 1993); e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ruanda, em Resolução 955 do Conselho de Segurança das Nações Unidas (8 de novembro de 1994).

abalado por conflitos espalhados. Primeiro, existem dúvidas quanto à capacidade de a doutrina de fontes de direito internacional em acomodar este novo campo de direito por causa das suas características únicas.

Por exemplo, os tratados obrigam apenas os Estados que os têm ratificado. Essa característica dos tratados – obrigar somente os Estados aderentes – faz sentido no caso de tratados sobre o comércio entre países, ou a reconciliação entre dois ou mais países que antigamente estavam em guerra. No entanto, por que o simples fato de um Estado particular não ter ratificado um determinado tratado garantindo direitos essenciais, por seus motivos vários e mesmo mal-intencionados, pode justificar a privação de todos os seus habitantes dos direitos protegidos no tratado?

Felizmente, segundo as regras aplicadas aos tratados reconhecidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, um Estado que não ratificou um tratado fica obrigado a cumprir regras nele que formam também parte do direito internacional consuetudinário.⁶⁷ No entanto, mais uma vez conforme a explicação acima, a teoria tradicional do direito internacional consuetudinário exige que uma prática (neste caso de respeitar um direito particular) seja uniforme e largamente praticada pelos Estados em geral, e eles têm que acreditar que são obrigados a empreender esta prática (formando *opinio juris*).

De fato, pode ser muito difícil estabelecer que estas duas exigências sejam cumpridas em muitas circunstâncias. Por exemplo, a verdade é de que muitos Estados praticam ou toleram a tortura; por causa disso pode ser um problema afirmar que há uma “prática geral” por parte dos Estados de não torturar. Ao mesmo sentido, como seria possível estabelecer com certeza que os Estados que não fazem ou permitem a tortura se abstêm disso por causa de uma crença que a tortura seja legalmente proibida, e não por outros motivos, tais que a crença que a tortura não produza inteligência confiável?

Com certeza, nós poderíamos resolver estes dilemas ao dizer, por exemplo, que a prática dos Estados inclui a ratificação de tratados, como a Convenção contra a Tortura de 1984,⁶⁸ que proíbe a tortura; mas isso não constitui o entendimento tradicional de uma “prática.” Quanto

⁶⁷ Portanto, o artigo 38 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados declara: “Nada nos artigos 34 a 37 impede que uma regra prevista em um tratado se torne obrigatória para terceiros Estados como regra consuetudinária de Direito Internacional, reconhecida como tal.” Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 38.

⁶⁸ Veja Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 19 dez. 2019.

ao “*opinio juris*,” nós poderíamos afirmar que uma apropriada crença por parte dos Estados pode ser imputada a eles por causa da sua ratificação dos mesmos tratados; mas, em teoria, o que é exigido é uma crença de que a tortura seja proibida mesmo na ausência de tratados proibindo-a. Ademais, na verdade, os juristas são levados a criar tais soluções por uma outra motivação: é claro que uma regra que proíbe a tortura é mais “justa” e “ética” do que uma regra que a permite. Este sentimento fica no pano de fundo do pensamento e do raciocínio dos juristas, claramente, mas formalmente, de acordo com a teoria clássica do direito consuetudinário, a ética não tem lugar na análise do estatuto de uma norma proposta como uma lei consuetudinária.

Por causa destes problemas, eu propus uma abordagem nova à definição do direito consuetudinário segundo a qual uma nova norma de direito consuetudinário internacional emerge quando “os Estados geralmente creem que é desejável agora ou num futuro próximo ter um princípio ou regulamento autorizativo prescrevendo, permitindo, ou proibindo conduta específica.”⁶⁹ Esta teoria pode nos ajudar a resolver com mais certeza o estatuto de normas possíveis de direito consuetudinário. Um aspecto importante desta abordagem é o reconhecimento explícito de uma gama de princípios éticos como um sistema ético de fundo que possa ajudar a resolver problemas difíceis concernentes às crenças dos Estados e ao papel das suas práticas em fornecer provas das suas crenças. Estes princípios são chamados “princípios éticos fundamentais.” O princípio primeiro que serve como a âncora do sistema inteiro é a “unidade em diversidade,” que propõe que todos os seres humanos são membros de uma só família humana, e devem ser (idealmente) unidos uns aos outros e se relacionar em um espírito de harmonia, mas ao mesmo tempo devem respeitar as diferenças de origens raciais, étnicas e nacionais entre todas as pessoas, as quais enriquecem toda a família humana.⁷⁰

Finalmente, no que diz respeito às fontes do direito internacional dos direitos humanos, existem dificuldades em identificar aqueles “princípios gerais de direito” que tratam dos direitos humanos. Antigamente, conforme discutido acima, esta fonte de direito internacional referiu-se aos princípios de direito nacional que são encontrados em praticamente todos os sistemas jurídicos do mundo. Mas atualmente, a CIJ também utiliza o termo como incluindo, em efeito,

⁶⁹ LEPARD, *Customary international law*, p. 8.

⁷⁰ Veja *ibidem*. p. 78-81.

“princípios gerais de direito internacional.” E a Corte tem implicado que mesmo “princípios gerais de direito moral” podem ser identificados e incluídos nesta categoria.⁷¹

Voltando à história do direito internacional dos direitos humanos, esta parece ser, ao primeiro ver, uma história de crescimento gradual na elaboração das normas e nas atividades de instituições comprometidas com a promoção dos direitos humanos. No entanto, esta conta arrisca ignorar desenvolvimentos desestabilizadores e mesmo assustadores concernentes ao apoio de governos, instituições, e o público geral pelo conceito de direitos humanos. Estes desenvolvimentos incluem a expansão de movimentos ancorados no “populismo” ou mesmo no “neofascismo”, que insistem na superioridade de alguns grupos (normalmente povos brancos e europeus) em relação a outros (muitas vezes minorias e pessoas de cor).⁷² A turbulência social instigada por estes movimentos lança uma ameaça à plena realização do direito internacional dos direitos humanos em nossa época, com consequências que são imprevisíveis.

De fato, a agitação atual, que está fomentando ataques contra a ideia e a realização dos direitos humanos, especialmente para os imigrantes, minorias e outras populações vulneráveis, esta ao mesmo tempo ameaçando o funcionamento efetivo das instituições que foram criadas para promover os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Por exemplo, o Conselho dos Direitos Humanos foi criado em 2006 para substituir a antiga Comissão de Direitos Humanos, um órgão composto de representantes de governos. A Comissão, que antigamente elaborou o texto da Declaração Universal e de outras declarações e tratados sobre os direitos humanos, passou a ser vista como um órgão político no qual representantes de governos opressivos, tais como a Líbia, pudessem impedir esforços para efetivamente promover os direitos humanos.⁷³

O Conselho foi criado para evitar estes problemas. Apesar de ser composto também de representantes de governos, e não especialistas, os seus membros são eleitos diretamente pela Assembleia Geral e têm que se comprometer a “sustentar os mais altos padrões na promoção e

⁷¹ Veja ibidem. p. 162-68.

⁷² Veja, por exemplo: ALBRIGHT, Madeleine (with Bill Woodward). *Fascism: a warning*. New York: HarperCollins, 2018.

⁷³ Para uma avaliação objetiva do trabalho da Comissão, e dos motivos para eliminá-la, veja FORSYTHE, David P., *Turbulent Transition: From the UN Human Rights Commission to the Council*. In: RUDOLPH, JR., Joseph R; LAHNEMAN, William J. *From mediation to nation building: third parties and the management of communal conflict*. Lanham: Lexington Books, 2013. p. 99-125.

proteção de direitos humanos”. Ademais, eles têm que ser revistos sob um mecanismo de “revisão periódica universal” durante o prazo do mandato deles.⁷⁴

Na prática, as vezes o Conselho tem conseguido alcançar acordos sobre a adoção de documentos construtivos novos e de resoluções tratando de problemas importantes relacionados aos direitos humanos, e alguns especialistas concluíram que o Conselho pode funcionar bem sobre assuntos particulares. Por exemplo, o cientista político David Forsythe da Universidade de Nebraska, apesar da sua conclusão de que o Conselho tem manifestado a maioria das fraquezas da Comissão, em um estudo publicado em 2013, notou que nos seus primeiros anos de existência o Conselho continuou a adotar padrões importantes concernentes aos direitos humanos, tais como uma Convenção sobre Desaparecimentos Forçados.⁷⁵

Ademais, como um outro exemplo de uma ação positiva, em 2016, apesar de muitas disputas sobre a legitimidade de leis criminalizando o comportamento homossexual, ou permitindo discriminação contra homossexuais, o Conselho adotou a Resolução 32/2. Nesta resolução, o Conselho “fortemente deplora atos de violência e de discriminação, em toda região do mundo, cometidos contra indivíduos por causa da sua orientação sexual ou identidade de gênero.”⁷⁶ O Conselho também decidiu nomear um especialista independente sobre a proteção contra a violência e a discriminação baseadas em orientação sexual ou identidade de gênero.⁷⁷ Esta resolução foi adotada por uma votação de 23 a 18, com 6 abstenções⁷⁸ – um resultado que ainda mostra a existência de opiniões divergentes.

De fato, apesar de sucessos tais como a adoção da Resolução 32/2, muitas vezes as polêmicas atuais têm impedido a capacidade do Conselho de alcançar acordo. Os Estados Unidos, por sua parte, têm criticado o Conselho por se preocupar com crimes supostamente cometidos pelo governo de Israel. Em parte por causa disso, os Estados Unidos em 2018 renunciaram o seu assento no Conselho e se recusaram a participar nas suas deliberações.⁷⁹ O

⁷⁴ Veja G.A. Res. 60/251 (2006), para. 9.

⁷⁵ Veja FORSYTHE, *Turbulent Transition*, p. 106-107.

⁷⁶ Resolução do Conselho dos Direitos Humanos 32/2 (30 de junho de 2016) (tradução do autor). Disponível em: <<https://undocs.org/A/HRC/RES/32/2>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁷⁷ Veja *ibidem.*, para. 3. Em julho de 2019 o mandato do especialista independente foi renovado. Veja U.N. Votes to Keep Independent Expert on Sexuality and Gender, 14 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.ouinperth.com/un-votes-to-keep-independent-expert-on-sexuality-and-gender/>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

⁷⁸ Veja Resolução 32/2.

⁷⁹ HARRIS, Gardiner. Trump Administration Withdraws U.S. from U.N. Human Rights Council. *The New York Times*, 19 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/06/19/us/politics/trump-israel-palestinians-human-rights.html>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

representante dos EU afirmou: “Este enfoque desproporcional e hostilidade sem fim perante o Israel constitui prova certa de que o Conselho seja motivado por viés político, e não pelos direitos humanos.”⁸⁰ Esta acusação constitui um exagero, tendo em vista o fato de que muitas resoluções do Conselho atraem o apoio de Estados diversos – tal como a Resolução 32/2 – e claramente visam a melhorar a proteção de direitos humanos. De qualquer forma, a ausência dos Estados Unidos das deliberações do Conselho vai enfraquecer a efetividade da instituição.

Outros observadores acusam o Conselho de ser manipulado por Estados que são violadores de direitos humanos – uma crítica, nós temos visto, que foi também feita quanto à antiga Comissão. Por exemplo, especialistas têm concluído que muitas vezes resoluções controversas são introduzidas por Estados com histórias manchadas concernentes à proteção efetiva de direitos humanos. Neste sentido, em 2014, dois pesquisadores escreveram, na base de uma análise de tendências de votação durante os quatro primeiros anos da existência do Conselho: “Nós podemos mostrar que países com registros de direitos humanos desonrosos são mais frequentemente os autores de propostas controversas. Estas propostas muitas vezes são adotadas sem o apoio de membros da União Europeia, que nestes votos adotam padrões de votação muito distintivos. Analisando em mais detalhes como a identidade do proponente afeta o comportamento de votação, nós encontramos padrões claros indicando que estes votos divisionistas desempenham um papel considerável ao polarizar o Conselho.”⁸¹

Um exemplo de atuação no Conselho, por parte de países com práticas questionáveis concernentes aos direitos humanos, foi aquele em que membros da Organização da Conferência Islâmica alegaram “a difamação de religiões,” e particularmente do Islã. Durante o período 2008 a 2010, estes Estados conseguiram fazer serem adotadas, contra a oposição de membros da União Europeia, resoluções do Conselho condenando difamação de religiões e, implicitamente, aprovando a imposição de punições penais por expressões de opinião etiquetadas como “difamatórias.” Os países do Oeste acharam que estas resoluções representaram um ataque contra a liberdade de expressão, permitindo a opressão de críticos de práticas dentro de várias religiões que são prejudiciais aos direitos, tais como a subjugação de

⁸⁰ Citado em *ibidem*. (tradução do autor).

⁸¹ HUG, Simon; LUKÁCS, Richard. *Preferences or blocs? Voting in the United Nations Human Rights Council*. *Revista de Organizações Internacionais*, n. 9, 2014. p. 84.

mulheres segundo interpretações particulares do direito islâmico. Eventualmente, os membros da União Europeia e outros Estados conseguiram pôr fim a estas resoluções em 2011.⁸²

Em suma, o futuro do Conselho dos Direitos Humanos como um instrumento eficaz para a proteção dos direitos humanos é difícil de determinar, e esta incerteza caracteriza também o prognóstico acerca do funcionamento de outras instituições que visam a promoção dos direitos humanos e do direito internacional dos direitos humanos. Todas são afetadas pelas poderosas forças contemporâneas do populismo, do nacionalismo, e da intolerância, muitas vezes enraizadas no preconceito.

CONCLUSÃO

Como pode-se melhorar este prognóstico? Não é possível aqui prescrever um remédio completo. No entanto, eu tenho sugerido nas minhas outras obras que nós temos que construir uma nova ordem pela proteção dos direitos humanos, ancorada em certos princípios éticos fundamentais, o mais fundamental sendo o princípio de “unidade em diversidade.” Este princípio encontra apoio no primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, nós temos visto, afirma que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”⁸³ Ademais, importante, este princípio tem sintonia com certas passagens das escritas santas de diversas religiões, que podem lhe conferir mais legitimidade como um princípio aceitável a diversas pessoas e nações no mundo.⁸⁴

Claramente, o princípio de unidade em diversidade apoiaria a implementação plena das normas estabelecidas pelo direito internacional dos direitos humanos, bem como o fortalecimento das instituições criadas para manter e implementar estas normas. Este princípio rejeitaria sem hesitação doutrinas baseadas sobre a superioridade de qualquer povo ou nacionalidade acima dos outros, louvando em vez disso uma fidelidade à raça humana inteira,

⁸² Ao respeito estas resoluções do Conselho, veja LEPARD, Brian D., *Parochial restraints on religious liberty*. p. 231-32. In: SELLERS, M.N.S. (coord.). *Parochialism, cosmopolitanism, and the foundations of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 225-49.

⁸³ DUDH, para. 1.

⁸⁴ Para uma revista de passagens de escritas santas apoiando este princípio, veja LEPARD, *Rethinking humanitarian intervention*, p. 45-50. Para um argumento que uma abordagem a problemas concernente aos direitos humanos e à proteção de vítimas de violações maciças de direitos humanos fazendo referência a estas escritas possa ser prática e atrair o apoio de diversas populações, veja *ibidem*. p. 373-83.

enquanto respeitando a diversidade que enriquece esta família global humana e torna-a mais bonita. Só determinado princípio ético, que tem o potencial de ser aceito por pessoas diversas, possui a força necessária para libertar o direito internacional dos direitos humanos e as suas instituições das forças negativas os ameaçando atualmente.⁸⁵

REFERÊNCIAS

ALBRIGHT, Madeleine (with Bill Woodward). *Fascism: a warning*. New York: HarperCollins, 2018.

ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International human rights: the successor to international human rights in context: law, politics and morals: text and materials*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ANISTIA INTERNACIONAL. *News*. Disponível em: <<https://www.amnestyusa.org/news/>>. Acesso em: 1 dez. 2019.

CONVENÇÃO contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 19 dez. 2019.

CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

CONVENÇÃO para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1948%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20Preven%C3%A7%C3%A3o%20e%20Puni%C3%A7%C3%A3o%20do%20Crime%20de%20Genoc%C3%ADio.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

CONVENÇÃO sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvElimTodForDiscMul.html>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

CONVENÇÃO sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁸⁵ Para um esforço de desenvolver uma teoria do direito internacional consuetudinário dos direitos humanos com base em princípios éticos fundamentais, veja LEPARD, Toward a New Theory of Customary International Human Rights Law. Para uma tentativa de aplicar uma tal teoria à proteção dos direitos das mulheres, veja SHAVERS, Anna Williams. Using customary international law to improve women's lives. In: LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 266-306.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

CRAWFORD, James. *Brownlie's principles of public international law*. Oxford: Oxford University Press, 8th ed. 2012.

CUSHMAN, Thomas (coord.). *Handbook of human rights*. London: Routledge, 2012.

FORSYTHE, David P. (coord.). *The Oxford encyclopedia of human rights*. New York: Oxford University Press, 2009.

FORSYTHE, David P. *Turbulent Transition: From the UN Human Rights Commission to the Council*. In: RUDOLPH, JR., Joseph R; LAHNEMAN, William J. *From mediation to nation building: third parties and the management of communal conflict*. Lanham: Lexington Books, 2013. p. 99-125.

GLENDON, Mary Ann. *A world made new: Eleanor Roosevelt and the universal declaration of human rights*. New York: Random House, 2001.

HANNUM, Hurst (coord.). *Guide to international human rights practice*. Transnational Publishers, 4th ed. 2004.

HARRIS, Gardiner. Trump Administration Withdraws U.S. from U.N. Human Rights Council. *The New York Times*, 19 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/06/19/us/politics/trump-israel-palestinians-human-rights.html>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

HUG, Simon; LUKÁCS, Richard. *Preferences or blocs? Voting in the United Nations Human Rights Council*. *Review of International Organizations*, n. 9, 2014. p. 83-106.

HUMPHREY, John P. *The universal declaration of human rights: its history, impact and juridical character*. In: RAMCHARAN, Dr. B.G. (coord.). *Human rights: thirty years after the universal declaration: commemorative volume on the occasion of the thirtieth anniversary of the universal declaration of human rights*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1979. p. 21-37.

ISHAY, Micheline R. *Introduction: human rights: historical and contemporary controversies*. In: ISHAY, Micheline R. (coord.). *The human rights reader: major political essays, speeches, and documents from ancient times to the present*. New York: Routledge, 2nd ed. 2007. xxi-xxviii.

LAUREN, Paul Gordon. *The evolution of international human rights: visions seen*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998.

LEPARD, Brian D. *Customary international law: a new theory with practical applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

LEPARD, Brian D. Parochial restraints on religious liberty. In: SELLERS, M.N.S. (coord.). *Parochialism, cosmopolitanism, and the foundations of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 225-249.

LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017.

LEPARD, Brian D. *Rethinking humanitarian intervention: a fresh legal approach based on fundamental ethical principles in international law and world religions*. University Park: The Pennsylvania State University Press, 2002.

LEPARD, Brian D. Toward a new theory of customary international human rights law. In: LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 233-65.

NUSSBAUM, Arthur. *A concise history of the law of nations*. New York: The Macmillan Co., rev. ed. 1954.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta da Organização das Nações Unidas*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos ("DUDH"), G.A. Res. 217A (III) (1948), tradução em português. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 17 nov. 2019.

PACTO da Sociedade das Nações (1919). Disponível em: <http://dhnet.org.br/direitos/anthist/his1919.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

PACTO Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

PACTO Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

PETERSEN, Niels. The role of consent and uncertainty in the formation of customary international law. In: LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 111-30.

ROBERTS, Adam; GUELFF, Richard (coord.). *Documents on the laws of war*. Oxford: Oxford University Press, 3d ed. 2000.



SHAVERS, Anna Williams. Using customary international law to improve women's lives. In: LEPARD, Brian D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 266-306.

SIMMA, Bruno; ALSTON, Philip. *The sources of human rights law: custom, jus cogens, and general principles*. *Australian Yearbook of International Law*, n. 82, v. 12, 1988-89. p. 82-108.

STAMATOPOULOU, Elsa; DANIELI, Yael; DIAS, Clarence J. Introduction. In: DANIELI, Yael; STAMATOPOULOU, Elsa; DIAS, Clarence J. (coord.). *The universal declaration of human rights: fifty years and beyond*. Amityville, N.Y.: Baywood Publishing Co., 1999. p. 149-161.

STEINHARDT, Ralph G; HOFFMAN, Paul L; CAMPONOVO, Christopher N. *International human rights lawyering: cases and materials*. St. Paul: Thomson/Reuters, 2009.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

WOOD, Michael. Foreword. In: LEPARD, Brian. D. (coord.). *Reexamining customary international law*. New York: Cambridge University Press, 2017. p. xiii-xvi.

51

Submissão: 17/11/2019

Aceito para Publicação: 18/11/2019

