

O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS COMO DIREITO POSITIVO

Laís de Araújo Moreira¹
Priscila Áurea dos Santos Louretio²

RESUMO

Objetiva-se, por intermédio do presente trabalho, analisar a conjuntura dos Direitos Fundamentais, como também dissertar sobre aspectos gerais dos Direitos Humanos Internacionais, correlacionando estas premissas com as fontes que regem o Direito Internacional Público.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direitos Humanos. Direito Internacional Público. Fontes dos Direitos Humanos Internacionais.

1 INTRODUÇÃO

Por intermédio do presente artigo será analisada a importância da eficácia de direitos básicos para a organização da sociedade, buscando estudar de uma forma metodológica a aplicabilidade de fontes que regem os Direitos Humanos Internacionais, observando-se os Direitos Fundamentais.

Neste contexto, vem à baila a reflexão de alguns acontecimentos históricos mundiais que se tornaram diretrizes, para a elaboração de normas jurídicas que se vislumbram na atualidade como garantias sociais, econômicas, culturais, políticas, educacionais e a gestão na saúde. Além disso, refere à segurança em que esses direitos devem conceder valores de igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, trata-se de um tema referencial nas fundamentações de decisões judiciais, permitindo a todos os indivíduos, proteção ao acesso de seus direitos, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, religião, idade. E nesta dinâmica, examinar questões de interesse coletivo que visam à proteção, bem como a extensão de destes direitos.

Tais fontes abrangem desenvolvimento do Direito Internacional vinculando outros Estados e organizações que se pactuam nas suas relações jurídicas. E diante disso, surgem as fontes do direito internacional que tem grande repercussão de alguns doutrinadores.

Na celeuma doutrinária sobre fontes formais e materiais revela-se a importância de duas fontes de direito internacional - os costumes e os tratados - sobre as quais se desenvolveu toda a teoria das fontes de direito internacional. Por esta razão, estas fontes são denominadas de fontes principais, ao passo que os princípios gerais de direito são considerados como fontes subsidiárias, sem que desta distinção surja, efetivamente, uma hierarquia entre as fontes. (MORE, 2012, p. 2).

^{1/2} Graduandas do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Pará de Minas – FAPAM. Texto desenvolvido no Grupo de Estudos em Direitos Fundamentais, coordenado pelo Prof. Márcio Eduardo Pedrosa Morais. E-mail: laismoreira9@hotmail.com; priscilaaureadp@hotmail.com.

Isto posto, abordar-se-á os elementos essenciais da existência destas fontes, além de aprofundar outras fontes elencadas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: BREVE ANÁLISE SOBRE ESTA CONJUNTURA

Existe uma forma abrangente para que se verifiquem os direitos básicos inerentes aos cidadãos. Esta forma, por sua vez, pode ser esplanada através dos Direitos Fundamentais, bem como dos Direitos Humanos. Entre diversas retratações doutrinárias, nota-se que os mesmos direitos são reportados como sinônimos, ou como complemento, mas um relacionado a direitos coletivos reconhecidos internacionalmente, outro a ordenamento jurídico interno.

Diante deste plano de fundo, mencionar Direitos Fundamentais é expressar um longo período de construção até sua positivação nos ordenamentos jurídicos. A luta por garantia de fundamentos normativos perpassa por processo contínuo, devendo portanto, evocar as origens evolutivas. Sua história, como registra documentos, tem início nos tempos da Antiguidade Clássica, surgindo pela preocupação de respeitar direitos considerados comuns a todas as pessoas³.

Os direitos humanos fundamentais, antes inspirados na filosofia do direito natural religioso e depois no jus-naturalismo racional, tornam-se direitos constitucionais positivados, sua legitimidade virá através da criação de leis pelo parlamento, de normas jurídicas, dos meios institucionais de garantia da liberdade, da formalização dos seus conteúdos (ARAUJO; OLIVEIRA, 2002, p. 8).

Suas dimensões, fazendo jus ao modelo cronológico, podem ser divididas tradicionalmente em *gerações*, atualmente melhor denominadas *dimensões*. Na primeira geração, os Direitos Fundamentais estão relacionados aos direitos individuais do cidadão em que consiste em liberdade e segurança firmado pelo próprio Estado. A segunda geração, por sequência, baseia os Direitos Fundamentais em direitos positivos, que garantem as questões sociais, econômicas, culturais, políticos, educacional. A última geração relaciona os direitos de todos, porém não há uma titularidade, uma vez que existe coletividade entre os valores agregados pelas normas.

De fato, os Direitos Fundamentais são o reconhecimento de entendimentos legais que contribuíram para o desenvolvimento histórico, que traz à concepção de direitos do ser humano, variando de acordo com lugar e época, suscitado princípios norteadores como Estado de direito, a garantia da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, fraternidade entre os povos do mesmo território, não podendo ser usado para prática de atos repudiados pela ordem. Estes princípios brevemente citados legitimam a existência dos Direitos Fundamentais, servindo-se como observância para outros parâmetros normativos.

As características, por seguinte, demonstram uma conotação para a sistematização dos Direitos Fundamentais. A relatividade é uma destas, informando que o Estado tem o poder absoluto, até o momento em que for previsto que pode ser limitado na medida de suas atribuições necessárias. Em âmbito nacional, o Supremo Tribunal Federal, em um de seus julgados, posiciona-se da seguinte maneira:

³ Nesta época, a realidade que se tem de social é diferente. Esta idéia de “*comuns a todas as pessoas*”, na verdade contemplava algumas classes, hierarquizando a proteção dos direitos e, principalmente, sua extensão.

STF - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL ADPF 187 DF (STF)
CARÁTER NÃO ABSOLUTO DE REFERIDA LIBERDADE FUNDAMENTAL (CF, art. 5º, incisos IV, V e X; CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Art. 13, § 5º) - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE PENSAMENTO COMO SALVAGUARDA NÃO APENAS DAS IDEIAS E PROPOSTAS PREVALECENTES NO ÂMBITO SOCIAL, MAS, SOBRETUDO, COMO AMPARO EFICIENTE ÀS POSIÇÕES QUE DIVERGEM, AINDA QUE RADICALMENTE, DAS CONCEPÇÕES PREDOMINANTES EM DADO MOMENTO HISTÓRICO-CULTURAL, NO ÂMBITO DAS FORMAÇÕES SOCIAIS - O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO, QUE DESEMPEÑA IMPORTANTE PAPEL NO PROCESSO DECISÓRIO, NÃO PODE LEGITIMAR A SUPRESSÃO, A FRUSTRAÇÃO OU A ANIQUILAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMO O LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE REUNIÃO E A PRÁTICA LEGÍTIMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, SOB PENA DE COMPROMETIMENTO DA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - INADMISSIBILIDADE DA "PROIBIÇÃO ESTATAL DO DISSENSO" - NECESSÁRIO RESPEITO AO DISCURSO ANTAGÔNICO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CIVIL COMPREENDIDA COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO QUE DEVE VALORIZAR O CONCEITO DE "LIVRE MERCADO DE IDEIAS" - O SENTIDO DA EXISTÊNCIA DO "FREE MARKETPLACE OF IDEAS" COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL E INERENTE AO REGIME DEMOCRÁTICO (AC 2.695-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO) ADPF 187 DF, Relator(a):Min. CELSO DE MELLO, Julgamento:15/06/2011, Publicação:ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 28-05-2014 PUBLIC 29-05-2014.

Desta forma, inclui-se nesta categoria a imprescritibilidade, expressando-se que os direitos fundamentados não podem ser perdidos pela passagem de tempo, salvo quando previsto em lei. A Teoria Geral do Direito classifica este instituto como prescrição e decadência.

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgRg no AREsp 302979 PR 2013/0051940-2 ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. DITADURA MILITAR. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. IMPRESCRITIBILIDADE. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.º DO DECRETO N.º 20.910/32. REDUÇÃO DISPOSITIVOS DA LEI N. 10.559/2002. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 e 356/STF.
Processo: AgRg no AREsp 302979 PR 2013/0051940-2, Relator(a):Ministro CASTRO MEIRA. Julgamento: 28/05/2013. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Publicação: DJe 05/06/2013

Os Direitos Fundamentais são inalienáveis. Isso significa dizer que não podem ser vendidos, emprestados, transferidos. É uma regra objetiva que visa o bem coletivo, assim como a indisponibilidade. Estes direitos, como regra geral, são indisponíveis, mas há ressalvas em que traz expressa a disponibilidade, desde que não prejudique o panorama social.

Não obstante, inclui no rol característico a indivisibilidade. Os Direitos Fundamentais fazem parte de uma conjuntura, não podendo ser analisados de forma isolada. A cerca destas premissas, relata-se o entendimento da jurisprudência brasileira:

TST - RECURSO DE REVISTA: RR 1841792013505056
 RECURSO DE EMBARGOS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL -
 DIREITO DE IMAGEM - USO DE CAMISETA PROMOCIONAL DAS
 MARCAS COMERCIALIZADAS PELO EMPREGADOR.

(...) O direito à imagem reveste-se de características comuns aos direitos da personalidade, sendo inalienável, impenhorável, absoluto, imprescritível, irrenunciável e intransmissível, vez que não pode se dissociar de seu titular. Além disso, apresenta a peculiaridade da disponibilidade, a qual consiste na possibilidade de o indivíduo usar livremente a sua própria imagem ou impedir que outros a utilizem. O uso indevido da imagem do trabalhador, sem qualquer autorização do titular, constitui violação desse direito, e, via de consequência, um dano, o qual é passível de reparação civil, nos termos dos artigos 5º, X, da Constituição Federal e 20 e 186 Código Civil. Recurso de revista conhecido e desprovido.

Processo: E-RR - 19-66.2012.5.03.003.7 Data de Julgamento: 10/10/2013, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 18/10/2013.)

Os Direitos Fundamentais direciona-se para fazer com que o Estado tenha eficácia nas relações jurídicas com os cidadãos. Esta proposição é instituto das teorias da eficácia vertical e horizontal.

Antigamente se pensava que os direitos fundamentais incidiam apenas na relação entre o cidadão e o Estado. Trata-se da chamada “eficácia vertical”, ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre um poder “superior” (o Estado) e um “inferior” (o cidadão).

Em meados do século XX, porém, surgiu na Alemanha a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que defendia a incidência destes também nas relações privadas (particular-particular). É chamada eficácia horizontal ou efeito externo dos direitos fundamentais (horizontalwirkung), também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros (drittwirkung) (CAVALCANTE FILHO, 2010, p .9).

As teorias podem ser utilizadas não apenas na correlação do ente estatal com a sociedade, mas também nas relações particulares. Destaca-se o posicionamento⁴ do Supremo Tribunal Federal:

STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 201819 RJ (STF)
 SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE
 COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA
 DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS
 FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO
 DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
 RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem
 somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas
 igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito
 privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição
 vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando
 direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes
 privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À
 AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-
 constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a
 possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em

⁴ O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 2015, deu uma sentença a respeito da Teoria da Eficácia Vertical e Horizontal no processo TJDF - Apelação Cível: APC 20110110327085, no qual modificou a decisão que não reconhecia esta característica.

especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados [...]. Processo: RE 201819 RJ Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento:11/10/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577.

Ademais, os Direitos Fundamentais podem entrar em antagonismo, classificando a característica da Conflituosidade (concorrência). Isto ocorre pelo vasto rol de garantias fundamentais elencadas em textos normativos remetidos à coletividade. Como não há hierarquia entre qual direito prevalecerá, deverá analisar a concretude do caso, para então, estabelecer qual beneficiará. Critérios como a ponderação, boa-fé, razoabilidade são essenciais para findar o conflito.

O artigo 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal de 1988, determina a aplicabilidade incontinenter das normas e garantias fundamentais, definindo assim, a característica da aplicabilidade imediata.

Essas circunstâncias levam a doutrina a entrever no art. 5º, §1º, da Constituição Federal uma norma-princípio, estabelecendo uma ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. O princípio em tela valeria como indicador de aplicabilidade imediata na norma constitucional, devendo-se presumir a sua perfeição, quando possível (CAVALCANTE FILHO *apud* BRANCO, 2007, p. 243).

Observa-se que os Direitos Fundamentais advêm de um imensurável processo histórico, composto por sérias discussões doutrinárias, quanto à sua conceituação. Estes direitos, essenciais à condição humana, transformam o cenário jus-político modificando as relações sociais, abrindo espaço para novas positivamente. No plano nacional, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi um marco jurídico ímpar para o avanço dos Direitos Fundamentais, pelo fator de (re)tratar as três dimensões deste direito, assegurando-os em seu Título II um vasto rol de garantias fundamentais, fazendo jus ao seu caráter de Constituição Cidadã.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS

Do mesmo modo, contata-se que os Direitos Humanos, em geral, nascem da filosofia, depois, tornam-se exigências políticas e, por vezes, materializam-se em direitos positivos; por isso é possível e, às vezes, é necessário entender os Direitos Humanos não só como direitos positivos, mas também como direitos morais. Como este Manual pretende, antes de mais nada, assistir aos profissionais no trabalho com o DIDH, optou-se por uma definição formal que considere o fato de que a defesa dos Direitos Humanos opera com base em normas vinculantes e, portanto, com base no direito positivo (PETERKE, 2009, p. 88).

Há que se destacar, em primeira análise, que os Direitos Humanos Internacionais além de ser um produto da história, são conquistas de vários embates políticos. Introduzido no contexto das ideias iluministas, este direito nasce claramente marcado por princípios, como liberdade, igualdade, dignidade, assim

como incorporação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e coletivos, deliberado pelos instrumentos internacionais, bem como pelo costume internacional, materializando-se em direitos positivos. Não obstante, podem ser ensejados sobre os aspectos morais das sociedades internacionais com suas raças, costumes, culturas, entre atributos particulares.

Esta definição faz referência (indireta ou até involuntária) às chamadas “gerações” de DHI. Conforme esse modelo, desenvolvido pelo jurista francês Karel Vasak, os DHI podem ser divididos, de acordo com sua evolução histórica e sua formação, em três grandes grupos: os direitos civis e políticos, como os clássicos “direitos de defesa”, criando obrigações negativas para o Estado (“primeira geração”); os direitos econômicos, sociais e culturais, como “direitos à prestação”, implicando uma série de obrigações positivas (“segunda geração”); e os direitos coletivos, conceituados, na verdade, como princípios e expressão da solidariedade entre os povos, como, p.ex., o direito ao desenvolvimento sustentável ou ao meio ambiente sadio (“terceira geração”) (PETERKE, 2009, p. 89).

Pode-se dizer, contudo, que os Direitos Humanos são instrumentos normativos que protegem os indivíduos e seu grupo social, garantindo liberdades fundamentais bem como dignidade humana. Estes direitos, surgidos em resistência à opressão e ameaça, adquirem caráter progressista. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), de fato, foi o propulsor para que as liberdades fundamentais ganhassem conotação no cenário jus-político internacional, positivando composições jurídicas revolucionando a história⁵, contribuindo para o desenvolvimento de proteção universal dos Direitos Humanos, devendo a sociedade internacional tratá-los de forma equitativa.

Neste sentido, em linhas gerais, as características que fundamentam o direito em questão são particulares. A universalidade (e o relativismo da cultura) se destina a todas as pessoas, em qualquer lugar do mundo, independentemente da sua condição de nacionalidade, raça, sexo, religião, idade, devem ser regidas por todos esses direitos. A indivisibilidade, por sua vez, diz respeito a direitos que não se transferem, uma vez que a constituição normativa confere a todos, não podendo ser desfeito, ao passo de serem classificados como indisponíveis. Este ponto foi alvo de debates acirrados na I Conferência Mundial de Direitos Humanos, de 1968, realizada em Teerã e também ratificada na II Conferência de Viena de 1993.

⁵ A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, matriz dos direitos internacionais, afirmou diversos seguimentos em prol das garantias inerentes à pessoa humana.

Preâmbulo da DUDH - Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem; Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão; Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla; Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efectivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais; (ONU, DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948)

A ideia inicial durante a Conferência de Teerã era instituir um Pacto Internacional de Direitos Humanos, de natureza jurídica obrigatória, para complementar o sistema da Declaração Universal e estabelecer um mecanismo jurídico de controle internacional. Contudo, por razões políticas decorrentes da Guerra Fria, o Pacto Internacional foi dividido em dois: o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. (...) Atualmente, o entendimento predominante é de que todos os direitos humanos são interdependentes e indivisíveis, cabendo aos direitos cíveis e políticos importante papel na consecução do desenvolvimento. Se, por um lado, as condições estruturais têm reflexo óbvios na situação dos direitos econômicos e sociais, afetando também os direitos cíveis mais elementares; por outro lado, a ausência de níveis satisfatórios de desenvolvimento econômico e social não é mais aceita como escusa para a inobservância de tais direitos. Assim como as deficiências econômicas deixaram de ser justificativas para as violações, também perdeu valor explicativo o relativismo cultural (PINHEIRO, 2008, p. 6).

O exercício de parte considerável dos Direitos Humanos ocorre pelo fato de existirem reconhecimento na relação jurídica entre os Estados, intitulando-se assim, o aspecto da inter-relação, dando essência a universalização destes preceitos. Por serem inerentes à condição humana, estes direitos não possuem rol taxativo, podendo os signatários ampliar o leque de garantias, ressalvada qualquer possibilidade de retrocesso. Apesar não possuírem caráter absoluto, características como imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade perpassa por toda a positivação humanista, sendo originados não apenas como observância, mas como aplicação, em virtude da característica da efetivação.

Sob a ótica nacionalista, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 4º, inciso II, estabelece a prevalência dos Direitos Humanos como princípio do Estado brasileiro em suas relações internacionais. Ao firmar tal princípio, o Estado se compromete a respeitar e contribuir para a aplicação destes direitos à todos os povos, independente de sua nacionalidade.

A Carta de 1988 é a primeira constituição nacional a consagrar um universo de princípios que guiam o Brasil no cenário internacional, fixando valores que orientam a agenda internacional do País. Essa orientação internacionalista se traduz nos princípios da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, nos termos do artigo 4º, incisos II, III, VIII e IX. O artigo 4º, como um todo, simboliza a reinserção do Brasil na arena internacional. (ARAUJO; OLIVEIRA, 2002, p. 6).

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro passou pelo processo de constitucionalização das normas, colocando o princípio da dignidade humana como parâmetro para qualquer positivação. Os tratados internacionais que versem sobre os Direitos Humanos, após a Emenda Constitucional 45 de 2004, o Supremo Tribunal Federal concluiu que possuem hierarquia de norma constitucional, compondo assim, o bloco de constitucionalidade.

Desta forma, a inserção positivista dos Direitos Humanos no ordenamento internacional, sem dúvidas, foi um avanço para a evolução dos direitos da pessoa humana. Baseou diversos posicionamentos normativos, além de originar mecanismos de observância coletiva em prol das liberdades fundamentais. No plano

nacional, esta feita foi imprescindível para constituir uma sociedade democratizada, que preze por desenvolvimento humano.

4 FONTES FORMAIS E MATERIAIS DOS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS

Após os conceitos previamente estabelecidos neste texto, sabe-se que os Direitos Humanos Internacionais são a completude de fundamentos políticos, sociais, civis, culturais, econômicos e coletivos, e que esta construção é um processo contínuo que vai além da positivação, uma vez que a eficácia prática deve ser alcançada. Assim, este item abordar-se-á as fontes que emergem os Direitos Humanos Internacionais.

Após estas considerações, classificam-se os tratados internacionais (autônomos) como uma fonte formal relevante à proteção dos Direitos Humanos Internacionais por facilitar a aplicação das normas escritas⁶ conforme o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (ECIJ), que relaciona, exemplificativamente, as fontes referente a temática.

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.

A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem (ONU. Estatuto da Corte Internacional de Justiça, 1945).

O tratado internacional é um acordo internacional concluído e escrito entre os Estados e regido pelo direito internacional. É a afirmação de um consenso universal sobre a natureza vinculante do respectivo instrumento (PETERKE, 2009, p. 96). Os Estados se comprometerem com normas específicas, pelas quais são designadas em pactos, cartas, protocolos, convenções e acordos.

Os tratados devem ser cumpridos de boa-fé, resultando na *máxima pacta sunt servanda*. Alguns doutrinadores reconhecem sua existência e relevância deste princípio, mas há discussão quando sua natureza. Por outro lado, aqueles que vêm o princípio da *pacta sunt servanda* como uma regra de direito natural entendem que o caráter obrigatório de um tratado será encerrado em seu próprio conteúdo. Alguns o classificam como regra de Direito Internacional, outros, como um princípio geral do direito. Mas ainda há quem o classifique como uma regra consuetudinária (MORE, 2012, p. 6).

Diante deste relato, há que se fazer uma ressalva. Para o coordenador da obra referencial “Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais”, Sven Peterke, o princípio *pacta sunt servanda* ainda não se aplica. Na sua visão, a única obrigação jurídica internacional é a de não frustrar o objetivo e a finalidade do tratado antes de sua entrada em vigor.

⁶ Pode implicar em conflitos, não quanto à existência do direito, mas em relação à sua interpretação e aplicação.

Pode-se dizer, neste sentido, que os tratados são divididos em sub-regimes, como o sistema universal de proteção aos direitos humanos (tratados universais), e os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos (tratados regionais).

Para que os Estados façam parte dos referidos tratados, possuem alguns pressupostos de validade. No âmbito da validade material tem-se a *rationae materiae*, significando dizer que se exige a aprovação do Estado para dar o consentimento ao tratado, assumindo as consequências legais para entrada em vigor. O Estado que aceitar a ratificação da nova lei poderá fazer a reserva, o que consiste na opção de aceitar ou recusar um determinado dispositivo contratual da relação jurídica. Entende-se por reserva de acordo com o art. 2º (1, d) do CVTI:

Estados que não querem ou não podem aceitar a validade de um determinado dispositivo, mas pretendem tornar-se Estados-Partes, podem excluí-lo por meio de uma reserva. /esta consiste em uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado. (PETERKE, 2009, p. 110).

No que tange ao aspecto de validade territorial *rationae loci*, é necessário verificar as finalidades dos deveres e obrigação dos Estados regionais ou universais, uma vez que poderá haver regiões que não aderiram aos tratados.

O art. 1º da ConvADH obriga os Estados-Partes a respeitar e garantir os direitos e liberdades a toda a pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, enquanto o art. 2º do PIDCP fala de todos os indivíduos que se acham em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição. Contudo, a noção aparentemente favorecida pelo teor do art. 2º de que os Estados-Partes do PIDCP tenham de obedecê-lo dentro de suas próprias fronteiras é hoje amplamente rejeitada. Muito mais, é reconhecido que é meramente o conceito de "jurisdição" que determina o âmbito de validade territorial de tratados internacionalmente de direitos humanos. Embora o conceito ainda seja controverso, existe um consenso mínimo sobre seu conteúdo básico, isto é, que ele não só implica obrigações dos Estados em relação a todas as pessoas que se encontram no seu território, mas também em relação àquelas que estão de outro modo sujeitas à sua autoridade soberano (PETERKE, 2009, p. 121-122).

A consequência da validade temporal *rationae temporae* respalda em uma alteração unilateral do Estado, sobre o conteúdo elencado para a ratificação da nova lei, poderá ter ressalvas. Assim, estabelecem-se duas formas optantes pelos Estados para resolução da problemática: denúncia e suspensão. A possibilidade do direito à denúncia, sobre o caso concreto dos tratados internacionais, depende de justificativa devendo ser observando o tempo eficaz permitido do tratado. Esta exceção é possível em virtude do princípio da liberdade. Em contrapartida, a suspensão é classificada como a disposição contratual que permite regular/suspender as obrigações específicas do tratado, sendo utilizada em situações esporádicas, devendo apresentar pressupostos materiais e/ou formais.

Desta forma, ainda que os Direitos Humanos sejam firmados em tratados, provêm dos costumes internacionais. O caráter vinculativo e obrigatório de um costume internacional vem da comprovação de sua existência bem como de sua relação com questões jurídicas internacionais, sendo fundamental para o comprometimento dos Estados com a ordem social internacional.

Costume é um conjunto de normas sedimentadas pela prática reiterada no longo espaço de tempo. Estas normas quando adotadas tornam-se obrigatórias para toda a comunidade internacional, o que significa dizer que em caso de descumprimento o Estado estará sujeito a uma sanção. Além da obrigatoriedade, outras características inerentes do costume são: a uniformidade que consiste na repetição de certos atos na vida internacional e a evolução, pois se adéqua à realidade social. (RAPOSO, 2009).

Além disso, os costumes internacionais são constituídos de elementos como a prática geral e a opinião jurídica (dos Estados). Considera-se a prática geral o elemento objetivo, sendo uma conduta oficial dos órgãos estatais, influenciando na formação do novo Direito Internacional Público. A opinião jurídica, como elemento subjetivo, diz respeito a uma obrigação jurídica por parte dos Estados, podendo ser extraída de declarações, conferências, resoluções, entre outros, mas tudo em prol de estabelecerem um novo direito. Estes elementos são inter-relacionados não podendo ser completamente separados.

Os costumes possuem como fórmula o *ius cogens*, isso porque o direito é cogente (ou imperativo) das normas internacionais. Sua existência é fundamentada pela jurisprudência que abrange as normas universais do Direito Humano. Os seus efeitos são *erga omnes*, portanto, cria obrigações pelos quais, as suas violações podem sancionar direitos para o Estado que descumprir com as leis.

Ademais, as fontes formais não são as únicas a originarem o direito. As fontes matérias (adicional clássica ou subsidiária) integram este processo de surgimento. Elas, por sua vez, são compostas pelos princípios gerais do direito, equidade, decisões judiciais e doutrinas jurisprudenciais internacionais⁷.

Os princípios gerais do direito referem-se a todos os princípios elencados a ordem jurídica, de forma que compeli lacunas jurídicas sob o âmbito internacional entre os Estados. A equidade pode ser brevemente definida como a oportunidade de um equilíbrio entre o caso concreto proporcional á aplicação do direito internacional em determinados casos que contém desconformidade com a corte a respeito de alguns princípios. Ao que pese a doutrina e jurisprudência, ressalta-se as considerações de Rodrigo F. More:

Doutrina e jurisprudência não se enquadram como fontes imediatas de direito internacional. São, nos próprios dizeres do artigo 38 do ECIJ “meios auxiliares para determinação de regras de direito”. Doutrina e jurisprudência não tem caráter obrigatório ou vinculante no âmbito internacional: quanto a ela não vigora a regra do precedente, importada do sistema do *commom law*, e que se exprime pelo brocardo *stare decisis et non quieta movere*. Sua função é a revelação das fontes de direito internacional, especialmente dos costumes. (MORE, 2012, p.13).

De modo geral, as fontes, formais ou matérias, contribuem para o surgimento de novas positavações jurídicas internacionais. São elas que pautam a essência da norma, classificando-a de acordo com a sua origem. Essenciais para pautar os Direitos Humanos Internacionais, embora houvesse grandes discussões doutrinárias. Introduzem, dentro desta grande área, fundamentos que são parâmetros para que se possa elencar o direito e as garantias inerentes a condição humana.

⁷ Para alguns doutrinadores, a equidade, a jurisprudência e a doutrina são consideradas fontes auxiliares. Para outra parte de doutrinadores, não às consideram como uma fonte do direito (internacional), mas sim, como uma regra de aplicação de princípios da justiça aos casos concretos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do respaldo das considerações expostas, nota-se que os Direitos Fundamentais, assim como os Direitos Humanos são temáticas infundáveis. Possuem amplos ordenamentos jurídicos, nacionais e/ou internacionais, que tratam com clareza e profundidade sobre a questão ora em voga, o que mostra a relevância de positivar determinados conceitos.

Os Direitos Fundamentais, observados antes mesmo das Constituições, foram valorosos para avanço das garantias fundamentais. Eles abarcaram diversos seguimentos de notório interesse social contribuindo para a constituição e fortalecimento da democracia. Esta premissa fica mais expressa, no caso nacional, quando comparada com antigas constituições, que apenas tratavam da organização do Estado. Com o advento de outros instrumentos normativos e marcos históricos que, inegavelmente, coadjuvaram em prol das garantias humanitárias, nota-se que o rol constitucional ganhou uma nova roupagem, fazendo jus ao caráter Cidadã.

No que concerne aos Direitos Humanos, de fato, foi imprescindível para a construção de outra mentalidade humanista. A história, como mencionado nos itens acima, indica um progresso para a positivação do preceito da dignidade humana. A pessoa humana foi colocada em grau superior, dando ensejo a uma vasta disposição que garantisse liberdades fundamentais, pautadas pelo princípio da dignidade humana. Estes direitos elencados em tratados internacionais, como exemplo, deram maior conotação na sociedade internacional, que se viu determinada a consagrar os Direitos Humanos.

Ademais, as fontes são elementos primordiais para que os direitos sejam originados. Embora o artigo 38 da Corte Internacional de Justiça pautasse quais são as fontes que embasam os direitos internacionais, entende-se que esta enumeração é meramente exemplificativa.

Diante de todo o exposto, a eminência dos Direitos Fundamentais colabora substancialmente para a valoração do ideal democrático, sendo inquestionável tal positivação. Os Direitos Humanos Internacionais, apesar de várias divergências doutrinárias sobre sua conceituação, é indispensável para promover fatores que elevam a dignidade humana como uma norma soberana.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maurício Azevedo de; OLIVEIRA, Murilo Sampaio. Programa Juristas Leigos: **Direitos Humanos Fundamentais**. Revista da AATR, 2002. Disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr/a_pdf/01_aatr_dh_fundamentais.pdf. Acessado em 20 jan. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais ° 1/92 a 52/2006. Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.

MORE, Rodrigo Fernandes, In Artigo "**FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL**", 2012. Disponível em <http://www.more.com.br/artigos/Fontes%20do%20Direito%20Internacional.pdf>. Acessado em 01 de Agosto de 2015.

ONU, **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**, 1948. Disponível em <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acessado em 01 de Agosto de 2015.

ONU. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Disponível em: www.direitoshumanos.usp.br/index.php/CorteInternacional/estatuto-da-corte-internacional-dejustica.html. Acessado em 01 de Agosto de 2015.

PETERKE, Seven. Coord. **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/>. Acesso em: 20 de Setembro de 2015.

PINHEIRO, Flávio Maria Leite. **A Teoria dos Direitos Humanos**. In revista OAB: 2008. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242739498174218181901.pdf>. Acessado em 20 de Setembro de 2015.

RAPOSO, Rodrigo Bastos. **Direito Internacional** (blog), 2009. Disponível em <<http://dipundb.blogspot.com>>. Acesso em 02 fev. 2015.