

**VI ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS II**

DANIELA MENENGOTI RIBEIRO

MARCOS LEITE GARCIA

TANIA LOBO MUNIZ

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro; Marcos Leite Garcia; Tania Lobo Muniz – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-738-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos humanos. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

O VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito deu enfoque à temática “Direito e Políticas Públicas na Era Digital”. Suas atividades se desenvolveram nos dias 20 a 24 de junho de 2023 e contou com inúmeros trabalhos que demonstraram, nessa vitrine, pesquisas oriundas de diferentes programas, permitindo a publicização e democratização do conhecimento e a ampla discussão, respeitosa, de diferentes pontos de vista pertinentes a objetos semelhantes, demonstrando a riqueza do conhecimento desenvolvido na nossa academia e, em especial, a diversidade que caracteriza o nosso país. Diversidade essa que é, também e sobretudo, uma riqueza que nos permite em um mesmo Brasil encontrar diferentes Brasis e perceber nuances e problemas tão distintos e tão próximos.

O Grupo de Trabalho (GT) em Direito Internacional dos Direitos Humanos II, coordenado por nós, ocorreu em 21 de junho, tendo como monitora a competente Lorene, e contou com a apresentação de 19 trabalhos, com objetos dos mais relevantes relacionados aos Direitos Humanos. As apresentações foram organizadas em quatro grupos, alinhados pela proximidade dos temas, que se conectaram e se complementaram, permitindo uma discussão enriquecedora.

Eis os trabalhos apresentados e seus respectivos autores:

Questões conceituais e teóricas e discussão de decisões e parâmetros das cortes:

A CENTRALIDADE DA PESSOA HUMANA E AS DECISÕES AUTOMATIZADAS: ESTUDO DE CASO “O SISTEMA DE CRÉDITO SOCIAL”, por Eduardo Lincoln Domingues Caldi e Zulmar Antonio Fachin;

A DINÂMICA DOS DIREITOS HUMANOS: UM CONCEITO EM MOVIMENTO?, por Alice Rocha da Silva e André Pires Gontijo;

APORTES CRÍTICOS DOS CRITÉRIOS DE RESTRIÇÃO AO DIREITO AO TERRITÓRIO ESTABELECIDOS PELA CORTE INTERAMERICANA: HIPÓTESES DE JUS COGENS?, por Rafaela Teixeira Sena Daibes Resque;

DIÁLOGO JUDICIAL SOBRE A LEI DE ANISTIA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O STF E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, por Rafaela Teixeira Sena Daibes Resque;

A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL PARA A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS TRANSEXUAIS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, por Elenita Araújo e Silva Neta e Adrualdo De Lima Catã.

Questões relativas à Liberdade Religiosa:

LIBERDADE RELIGIOSA E A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO: UM ESTUDO SOBRE A INFLUÊNCIA CANÔNICA NO DIREITO À VIDA, por Paulo Roberto Resende De Souza;

UM PARALELO DA POSIÇÃO DA ONU EM RELAÇÃO ÀS LEIS DE BLASFÊMIA E ÀS LEIS DE DISCURSO DE ÓDIO: DESAFIOS ATUAIS EM RELAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA, por Mariana Gouvêa de Oliveira;

LIBERDADE RELIGIOSA OU VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A RESPONSABILIDADE DE PROTEGER DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS FRENTE A MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA, por Paulo Roberto Resende De Souza e Renata Mantovani De Lima;

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL A ATOS COMETIDOS POR ATORES ARMADOS NÃO-ESTATAIS NA PERSEGUIÇÃO DE MINORIAS RELIGIOSAS, por Mariana Gouvêa de Oliveira.

A respeito do Refúgio e dos Povos Indígenas:

CAMPOS SEM REFÚGIO: QUESTÕES DE GÊNERO E DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES EM CAMPOS DE REFUGIADOS, por Luana Cristina da Silva Lima Dantas e Oswaldo Pereira De Lima Junior;

ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE AS MULHERES REFUGIADAS E A PINK TAX NO MERCADO DE CONSUMO DO BRASIL, por Adriely Alessandra Alves De Lima e Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro;

A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS REFUGIADAS DESACOMPANHADAS: OS DESAFIOS DO CONTEXTO MIGRATÓRIO NO BRASIL, por Adriely Alessandra Alves De Lima e Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro;

A RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE DOS POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS: UMA ANÁLISE DOS STANDARDS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, por Renã Margalho Silva, Horácio de Miranda Lobato Neto e Dafne Fernandez de Bastos;

JUSTIÇA ECOLÓGICA NA SUPERAÇÃO DA “INCAPACIDADE” INDÍGENA: DA TUTELA ESTATAL AO PROTAGONISMO INTERNACIONAL, por Adriana Biller Aparicio, Letícia Albuquerque e Isabele Bruna Barbieri.

E sobre a temática Ambiental e das “Smart Cities”:

BIODIVERSIDADE E DIREITOS HUMANOS: OS DESAFIOS DO ACORDO KUNMING-MONTREAL, por Letícia Albuquerque, Adriana Biller Aparicio e Isabele Bruna Barbieri;

A CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA DO DIREITO HUMANO À ÁGUA NO ÂMBITO INTERNACIONAL, por Fernanda Sales França de Farias;

MUDANÇA CLIMÁTICA E VIOLAÇÃO DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: UMA RELAÇÃO DE INTERDEPENDÊNCIA, por Joana D’Arc Dias Martins;

SMART CITIES E EDUCAÇÃO INTELIGENTE: ALÉM DO QUE SE VÊ, por Catharina Orbage De Britto Taquary Berino e Eneida Orbage De Britto Taquary;

SMART CITIES E LITÍGIOS: O CASO DE NOVA ORLEANS, por Catharina Orbage De Britto Taquary Berino, Eneida Orbage De Britto Taquary.

Além de se revelar uma rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho em Direito Internacional dos Direitos Humanos II também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica do CONPEDI pela participação abrangente de pesquisadores de diversas regiões em seus eventos.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da coordenação desta obra e do CONPEDI, e desejamos a todos uma excelente leitura.

Daniela Menengoti G. Ribeiro, Universidade Cesumar (UniCesumar)

Marcos Leite Garcia, Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Tania Lobo Muniz, Universidade Estadual de Londrina (UEL)

A DINÂMICA DOS DIREITOS HUMANOS: UM CONCEITO EM MOVIMENTO?

THE DYNAMICS OF HUMAN RIGHTS: A MOVING CONCEPT?

Alice Rocha da Silva ¹

Andre Pires Gontijo ²

Resumo

Artigo sobre a dinâmica dos direitos humanos como conceito em movimento. Os direitos humanos podem ser conceituados como o resultado de um processo histórico cumulativo que assume vida própria, de natureza sui generis, decorrentes de discursos, documentos, pensadores e de uma série de eventos que compõem uma época particular. Em comparação com os fundamentos do direito internacional, os direitos humanos foram colocados como um dos elementos principais na agenda de discussão dos Estados em um período histórico recente. Mediante a revisão bibliográfica, como objetivos buscou-se examinar se o direito natural pode ser considerado como fundamento de validade dos direitos humanos; em seguida, pretende-se analisá-los no contexto positivista do direito internacional; por fim, verificar se a concepção atual dos direitos humanos contribui para a construção do seu conceito, reconhecendo o papel dos precedentes nesta empreitada. Como hipótese, os direitos humanos apresentam-se como conceito em movimento, considerados como um conjunto de normas fundadas no reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos, de modo a assegurar o seu respeito efetivo. Como resultado, verificou-se que ainda que os direitos humanos, no contexto do direito internacional, estejam em “constante movimento”, parte do seu conteúdo pode ser considerado “estático”, prevalecendo a manutenção de um núcleo “duro e essencial”, responsável pela definição de sua identidade - como instituto jurídico responsável pela proteção da pessoa humana.

Palavras-chave: Direitos humanos, Direito natural, Direito internacional, A dinâmica dos direitos humanos como conceito em movimento, Proteção da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

Essay about the dynamics of human rights as a moving concept. Human rights can be conceptualized as the result of a cumulative historical process that takes on a life of its own, a unique nature, resulting from speeches, documents, thinkers and a series of events that make up a particular era. Compared to the foundations of international law, human rights have been placed as one of the main elements on the discussion agenda of States in a recent historical

¹ Doutora em Direito Internacional Econômico pela Université d'Aix-Marseille III. Professora Titular no PPG-Dir do Centro Universitário de Brasília - CEUB. Assessora no IGESDF

² Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - CEUB. Professor Titular do CEUB. Professor do Centro Universitário UNIEURO. Membro da Assessoria de Conselheiro do CNJ

period. Through a bibliographical review, the objectives sought to examine whether natural law can be considered as a foundation for the validity of human rights; then, it is intended to analyze them in the positivist context of international law; finally, verifying whether the current conception of human rights contributes to the construction of its concept, recognizing the role of precedents in this endeavor. As a hypothesis, human rights are presented as a moving concept, considered as a set of norms based on the recognition of the inherent dignity of all human beings, in order to ensure their effective respect. As a result, it was found that even though human rights, in the context of international law, are in "constant movement", part of their content can be considered "static", with the maintenance of a "hard and essential" core, responsible by defining its identity - as a legal institute responsible for the protection of the human person.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Natural law, International law, The dynamics of human rights as a moving concept, Protection of the human person

1 Introdução

Os direitos humanos podem ser conceituados como o resultado de um processo histórico cumulativo que assume vida própria, de natureza *sui generis*, decorrentes de discursos, documentos, pensadores e de uma série de eventos que compõem uma época particular. São direitos pertencentes aos indivíduos pelo simples fato de ser um construto derivado do pensamento da espécie humana. Hoje, são direitos marcados pela perspectiva da equidade, os quais podem ser gozados, independentemente da opção sexual, da raça, da nacionalidade e do padrão financeiro e cultural de vida. Ao cruzar os séculos, diferentes componentes conceituais foram elaborados e incorporados em sua definição. Nos dias atuais, os diferentes significados dos direitos humanos refletem o processo histórico de continuidade e mudança¹, que conformaram o seu atual conteúdo, derivando deste, sobretudo, a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 (ISHAY, 2004, p. 2-3).

Ainda assim, a gênese dos direitos humanos é bastante controvertida, sobretudo no que diz respeito a sua pretensão de universalidade^{2,3}. Em comparação com os fundamentos do direito internacional, os direitos humanos foram colocados como um dos elementos principais na agenda de discussão dos Estados em um período histórico recente. Por essa razão, a estruturação inicial dos direitos humanos parte de uma concepção moderna, inspirada e idealizada pela expansão da sociedade ocidental em termos de alcance e expressão do poder. O desenvolvimento do capitalismo contribuiu

¹ Este processo é delineado por Bruce Ackerman (2006) e por Anne Peters (2006, p. 599) como “momentos constitucionais”, de intenso conteúdo constitutivo na formação de determinado sistema jurídico.

² A universalidade dos direitos humanos está associada à Revolução Francesa, de 1789, marco histórico que foi sufocado pela expansão nacionalista posterior, que ocorreu durante eventos como as conquistas de Napoleão Bonaparte, o surgimento das duas grandes guerras, a Revolução Bolchevique, o surgimento da Liga das Nações, posteriormente convertida em Nações Unidas, da qual resultou a Declaração Universal de 1948. Este tipo de expansão continuou com a concertação dos países em desenvolvimento, as disputas da Guerra Fria, culminando com a expansão da economia de mercado. Ainda que estas forças reacionárias tenham suprimido a expansão cognitiva dos direitos humanos, o progresso de cada fase destes direitos está demarcado em sua etapa evolutiva (ISHAY, 2004, p. 4).

³ De outro lado, Lynn Hunt defende uma visão mais crítica desta perspectiva evolutiva dos direitos humanos. Em sua análise, a Revolução Francesa – marco desta universalidade dos direitos humanos – é fruto de encontros e desencontros de uma intensa fertilização cruzada entre Estados Unidos e França neste período, cuja declaração Americana de Independência inspirou o texto da Revolução Francesa. Entretanto, em ambos os textos, nota-se que a pretensão de validade universal dos direitos humanos não guardaria conexão com a realidade, haja vista a existência de escravos e de uma separação das castas sociais fundadas no capital, o que remete a construção dos direitos humanos neste período em um ambiente de hipocrisia (HUNT, 2007, p. 17-19).

para a criação de circunstâncias necessárias, que evidenciaram a estruturação e o desenvolvimento de uma linguagem universal dos direitos humanos. Esta linguagem não foi apenas inventada pelos pensadores iluministas, mas eles se preocuparam em fornecer os insumos para a formulação de debates e a continuação do seu desenvolvimento (ISHAY, 2004, p. 8).

Diante deste contexto, a pesquisa apresenta a seguinte pergunta, considerada o problema de pesquisa: como categoria conceitual, **a dinâmica dos direitos humanos permite defini-los como um conceito em movimento?**

Como hipótese de pesquisa, os direitos humanos apresentam-se como um conjunto de normas fundadas no reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos, de modo a assegurar o seu respeito efetivo. A construção dos direitos humanos parte de um processo recíproco e contínuo de influência entre Estados, que passaram por experiências com guerras, períodos ditatoriais, massacres e revoluções que outros não vivenciaram (SILVA; MONT'ALVERNE, 2013). Com a emergência da multiplicidade de temas e instrumentos de proteção, os Estados foram estabelecendo conjuntos normativos de proteção a nível local, regional e mundial, sem que isso signifique uma sequência, sendo um nível influenciando o outro (VARELLA, 2013) e todos convergindo para o objetivo comum de proteção da pessoa humana. Há, nesse aspecto, a possibilidade de considerar esses três níveis a partir da especificidade de cada um, sem unificações ou fusões (ONUMA, 2010, p. 220).

Sobre esta perspectiva, a pesquisa defende a conceituação dos direitos humanos apresentam-se como um conceito em movimento. No âmbito da ONU, ao se debater sobre o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Estados não chegaram a um consenso sobre a definição de direitos humanos⁴. Apenas foram colocados parâmetros, como a necessidade de conter no texto o princípio da não discriminação, os direitos civis e políticos, os direitos econômicos e sociais, além do fato de que deveriam ser universais (CABRITA, 2011, p. 17-18).

Para defender e corroborar esta hipótese, a pesquisa se vale da metodologia dogmática-instrumental, com o uso de doutrina, textos legislativos e tratados, bem como precedentes da CIJ. Como objetivos, busca-se examinar se o direito natural pode ser

⁴ Inclusive, o uso indiscriminado do termo “direitos humanos” por diversos campos, como a filosofia, a política, a jurisprudência, tem tornado a expressão degradada. Esta é a opinião de GRIFFIN (2008, p. 14-15).

considerado como fundamento de validade dos direitos humanos; em seguida, pretende-se analisar os direitos humanos no contexto positivista do direito internacional; o próximo passo é verificar se a concepção atual dos direitos humanos contribui para a construção do conceito de direitos humanos e, ao testar a hipótese, reconhecer o papel dos precedentes na construção dos direitos humanos.

A justificativa teórica da pesquisa está em comparar diferentes referenciais teóricos, com linhas de pensamento diversas, na construção de um conceito considerado valioso e utilizado por todos os atores do direito internacional. Por essa razão, aparecem como referenciais teóricos autores de linhas diferentes (CANÇADO TRINDADE, 2006; PIOVESAN, 2008; VARELLA, 2013; SILVA; MONT'ALVERNE, 2013), os quais buscam, em uma perspectiva dialética, alcançar os direitos humanos como conceito em movimento (KOSKENNIEMI, 2005; SHAW, 2010; CABRITA, 2011).

2 Direito natural como fundamento de validade dos direitos humanos?

Parte da doutrina considera que o direito natural seria o fundamento de validade do conteúdo essencial dos direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 2006). Determinados autores veem o direito natural como o conjunto de regras que se reconhece à luz do espírito e o considera como principal fundamento do direito internacional. Para estes autores, seria possível deduzir todas as disposições normativas relacionadas ao plano internacional, de modo que o Estado estaria subordinado ao direito natural, assim como às regras criadas pelo costume internacional (VERDROSS, 2013, p. 4, 16 e 29)⁵.

Os primeiros teóricos do direito internacional utilizaram-se do direito natural como base para o seu pensamento⁶. A lei natural era a fonte e origem não só de toda a

⁵ Conferir, ainda, a opinião de KLEINLEIN (2012). O próprio Verdross (2013) critica o direito natural no seu desenvolvimento como fundamento do direito internacional: “Entretanto, o objetivo final de nossa tarefa ainda não foi atingido, porque subsiste a objeção fundamental da teoria positivista contra qualquer ideia do direito natural. Conforme essa objeção, o pretense direito natural não é senão um sentimento subjetivo da justiça que varia conforme as civilizações e as circunstâncias. O erro da teoria do direito natural, dizem, é precisamente confundir o direito com a moral e a política, que devem estar separados claramente, porque a jurisprudência pode apenas analisar o conteúdo do direito positivo sem ter a competência de examinar se essas regras são ou não justas.”

⁶ No âmbito dos princípios do direito natural, houve a fusão de ideias cristãs e jusnaturalistas que caracterizaram a filosofia de São Tomás de Aquino. Para este, a lei natural fazia parte da lei de D'us, sendo o modo pelo qual as pessoas racionais participavam da lei eterna. Autores como Francisco Vitória (1480-1546) e Suárez (1548-1617) utilizaram-se desta fusão. Vitória considerava que o direito

moralidade, como também de todas as instituições sociais e políticas. A doutrina prévia à doutrina liberal⁷ apresenta-se como discurso que compartilha o pressuposto pré-liberal de uma ordem objetiva, de um código universalmente normativo, que preexiste o ser humano, mas é apreensível por ele por meio da fé⁸ ou da boa razão⁹.

Esta suposição inicial implica que a dicotomia de controle entre fé e pecado não pode ser problematizada dentro desta doutrina prévia. Ela vai prever um princípio profundo e estruturante contra o qual esta doutrina prévia apresenta-se como coerente. Este discurso não precisa se preocupar com a conciliação das demandas de liberdade e ordem ou equilibrar as liberdades de dois ou mais soberanos. Este discurso pode simplesmente defini-los como compatíveis. O problema da indeterminação das normas jurídicas situa-se no âmbito da fé e é resolvido pelo recurso à autoridade. Somente quando se verifica que a disparidade entre os resultados normativos e a percepção da realidade tornou-se muito grande, a fé poderia ser questionada e uma transição para o discurso clássico poderia ser possível (KOSKENNIEMI, 2005, p. 95).

Se o argumento se refere à lei proveniente de D'us ou à lei oriunda da natureza, esta relação é irrelevante para a estrutura do argumento no plano do direito natural¹⁰.

internacional fundava-se na universalidade do direito natural, para justificar a expansão do direito internacional europeu aos não europeus, sobretudo para as tribos indígenas. Suárez defendeu que o caráter obrigatório do direito internacional estava baseado no direito natural, porquanto sua substância era derivada “da norma natural de cumprir os acordos livremente firmados”. Nesse contexto, diante deste pano de fundo intelectual “os estudiosos do Renascimento abordaram a questão de qual seria o fundamento e a justificativa de um sistema de direito internacional. Maine, advogado inglês e estudioso da história do direito, escreveu que o nascimento do moderno direito internacional foi a obra magna da lei da natureza”. Ainda que este ponto de vista deva ser respeitado, se verá adiante que o direito internacional começou a se destacar como ramo independente, a ser estudado em seus próprios termos. Enquanto Gentili diminuiu a importância das teses teológicas no direito internacional, Grócio separou a teologia do direito internacional, pois a concepção de uma lei divina era desnecessária, vez que a lei da natureza era baseada na razão (SHAW, 2010, p. 18-20).

⁷ Koskenniemi a denomina de “Early scholarship” (KOSKENNIEMI, 2005, p. 95).

⁸ A doutrina prévia à doutrina liberal se desenvolveu com a Igreja Católica a partir do século 13. Suas fontes eram o direito canônico e suas sanções religiosas (EHRlich, 1962, p. 173-265).

⁹ A boa razão ou *recta ratio* está contida no pensamento de Platão e Aristóteles, bem como teria sido formulada como se conhece hoje por Cícero. Ela passou a ser identificada “a partir das obras dos ‘fundadores’ do direito internacional, nos séculos XVI e XVII, como pertencente aos domínios dos fundamentos do direito natural, e, para alguns, a identificar-se ela própria integralmente com este último. A contribuição dos ‘fundadores’ do *jus gentium* neste sentido se inspirou em grande parte, por sua vez, na filosofia escolástica do direito natural, em particular, na concepção aristotélica-estóica-tomista da *recta ratio* e da justiça, que concebeu o ser humano como um ser social, racional e dotado de dignidade intrínseca; a *recta ratio* passou a afigurar-se como indispensável à sobrevivência do próprio direito internacional.” (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 6).

¹⁰ Ao tecer sua crítica, Koskenniemi considera que os estatutos oriundos de D'us ou as ordenações provenientes do estado de natureza seriam direito natural. Porém, é importante ressaltar uma distinção interessante entre o catolicismo – base utilizada por Ludwik Ehrlich, que compõe a crítica de Koskenniemi – e o judaísmo. Neste último, a Torá se apresenta como conjunto de regras postas, que

Divino, natural, humano e direito internacional seriam apenas tipos ou aspectos de uma mesma ordem imanente. A fé que conecta as conclusões normativas a D’us e a razão que as liga à natureza de agir pertencem a uma feição similar. Ambas assumem que esta obrigação é algo transcendental e decorre dos primeiros princípios. De uma forma ou de outra, a lei natural torna-se derivação dos estatutos de D’us, enquanto o conteúdo da última torna-se conhecido na primeira (KOSKENNIEMI, 2005, p. 95-99).

3 Do direito natural para a escola positivista: o pensamento moderno no direito internacional

Sem solução de continuidade aos pensamentos anteriores, houve uma cisão entre duas escolas diferentes do direito natural. Por um lado, houve a escola jusnaturalista, que procurou identificar o direito internacional com a lei da natureza¹¹. De outro, a escola positivista fazia distinção entre o direito natural e o direito internacional. Os autores desta escola conferiam ênfase aos problemas práticos e às atitudes efetivas dos Estados. Esta escola nasceu do pensamento moderno, por meio do método empírico adotado no Renascimento. Tinha uma perspectiva pragmática, na medida em que se preocupava em mapear os acontecimentos e de discutir os problemas que efetivamente ocorriam. Com isso, o fundamento do direito internacional migrou dos postulados da lei natural para o comportamento dos Estados. Assim, acordos e costumes reconhecidos pelos Estados tornaram-se a principal fonte do direito internacional (SHAW, 2010, p. 21).

A Paz de Vestfália foi um dos principais marcos históricos do positivismo no direito internacional. Após as guerras religiosas¹², houve o surgimento do sistema

não decorrem do estado de natureza. Na minha opinião, seria equivocado chamar de direito natural – ou atrelar as regras da Torá ao estado de natureza – na medida em que não se trata apenas de uma questão de fé, mas sim de positivação de comportamentos. Nesse aspecto, conferir a opinião de COHEN (2010). Esta positivação de comportamentos, inclusive, pode ser considerada fonte de inspiração para a estrutura do Direito (FACCIOLA, 2005; MARQUEZ, 2013). Sobre este aspecto, Levine (2009) chega a defender que a teoria jurídica fundada na Torá poderia elucidar a natureza da “regra constitucional” no caso *Miranda vs. Arizona*, apreciado pela Suprema Corte dos Estados Unidos: “Drawing a parallel to the interpretation of the Torah in Jewish legal theory, he proposes a comparative framework for analyzing the division between the majority and dissent over the concept and status of a ‘constitutional rule’ that ‘considers ways in which Jewish legal theory might elucidate the nature of the ‘constitutional rule’ delineated in *Miranda*”.

¹¹ Como teórico, destacou-se Samuel Pufendorf (1632-94). Sobre o autor, conferir CANÇADO TRINDADE (2006).

¹² Sobre o tema, confira-se GROSS (1948, p. 20-41).

moderno de Estados nacionais. Este surgimento foi associado com as teorias contratualistas da soberania¹³, conduzindo-a à noção de soberania estatal. Além disso, outros autores associaram os elementos de jusnaturalismo e positivismo, direcionando os princípios do direito natural para a prática dos Estados. A partir desta relação surgiu a doutrina da igualdade entre os Estados. Por meio dela, houve uma dissociação entre as leis da consciência (lei natural) e as leis da ação, prevalecendo esta última (VATTEL, 2008)¹⁴.

Paralelo ao avanço do positivismo, a lei natural ressurgiu em uma roupagem moderna, dando lugar ao conceito de direitos naturais (CANÇADO TRINDADE, 2005). Este ressurgimento tem como base a supremacia política do indivíduo no plano internacional, com a ênfase na atribuição ao indivíduo de um papel central, sobretudo no que tange a revoluções como a francesa e a estado-unidense¹⁵. De outro lado, esta mesma doutrina foi utilizada para defender o caráter absoluto da soberania e a inviolabilidade da propriedade, demonstrando o caráter reacionário desta proposição¹⁶.

É importante indicar um posicionamento crítico sobre o direito natural. Não há qualquer grau de consenso entre os Estados sobre o que esses valores (ou metas “naturais”, ou ainda a natureza da comunidade internacional) poderia ser. De outro lado, mesmo se existir o conhecimento sobre a natureza humana ou a natureza da comunidade internacional, isto parece envolver uma “falácia naturalista” para argumentar que poderia derivar normas materiais da justiça natural. Além disso, o recurso a valores, metas ou outras moralidades parece só aumentar a indeterminação do Direito. Como sua formulação é ampla, quanto mais concreta as moralidades se tornam, menos elas

¹³ O posicionamento crítico do tema pode ser visto em LUPI (2001, p. 28-66).

¹⁴ Para Varella (2013, p. 38-39), Vattel é considerado o pai do direito internacional. A partir dele, “o direito internacional reforça a ideia de uma sociedade internacional, fundada ora na visão da autonomia dos Estados para regular assuntos internos (autodeterminação dos Estados, com um cunho liberal do século XVIII), ora como um marco intervencionista na construção de determinados valores considerados positivos, que variavam entre os séculos XVIII, XIX e XX, entre socorrer os povos, trazer bem-estar, evitar pobreza, até chegar a ideia de promoção de direitos humanos, desenvolvimento e, numa lógica liberal do século XXI (outro conceito de liberalismo), de exportação de modelos democráticos”.

¹⁵ Importante ressaltar a crítica acima colocada por Lynn Hunt (2007, p. 8), em que a pretensão de universalidade dos direitos humanos não condizia com a realidade, sobretudo por se tratar de sociedades escravocratas.

¹⁶ Na visão de Malcolm Shaw (2010, p. 22), esta teoria tem um aspecto reacionário porque “pode justificar a ideia de que o que era no passado deve ser agora, uma vez que, dependendo de quão secular ou espiritual seja o entendimento da noção de direito natural, toda a sociedade evoluiu a partir do contrato social ou teve sua ordenação decretada por Deus”.

parecem refletir a experiência histórica. A aceitação de um conjunto de normas naturais – em conflito com a teoria liberal, que confere liberdade à criação normativa pelos Estados – pressupõe que estes ingressam em um mundo normativo pré-existente. Se normas naturais existem, o ponto do Direito formalmente neutro e com regras universalmente aplicáveis estaria perdido. Essas normas naturais parecem justificáveis apenas em uma via instrumental, como esclarecedoras do que este tipo de norma pré-existente requer (KOSKENNIEMI, 2005, p. 47-48).

Acreditamos que o direito natural serviu de norte para a formação teórica dos primeiros autores do direito internacional, tendo em vista que eles não tinham uma referência para a separação entre a moral e a ordem normativa (KOSKENNIEMI, 2005, p. 95-99). Porém, cremos que o direito natural não deve ser caracterizado como Direito. Para ser considerado Direito, determinada regra deve ser posta, positivada por atores legitimados – no caso, pelos Estados – na ordem jurídica¹⁷. Assim, o positivismo teve como efeito concentrar nos Estados todos os interesses do direito internacional. Apenas os Estados eram sujeitos de direito no plano internacional. No entanto, a paulatina sofisticação da doutrina positivista permitiu que novos atores participassem da elaboração do acervo normativo, sobretudo diante de novas formas de se compreender todo o sistema de relações internacionais (SHAW, 2010, p. 38).

Logo, o quadro jurídico que valoriza determinados valores como sendo direito natural poderia ser compreendido como direito cultural¹⁸. Nesse aspecto, a concepção

¹⁷ Kelsen (1979, p. 6-8) faz esta distinção entre as normas morais – que compreendem a ideia de justiça – e o direito positivo: “Nesta independência da validade do direito positivo da relação que este tenha com uma norma de justiça reside o essencial da distinção entre a doutrina do direito natural e o positivismo jurídico. Uma norma de justiça prescreve uma determinada conduta de homens em face de outros homens. Esta conduta pode consistir na estatuição de normas. Na medida em que uma norma de justiça se refere ao direito positivo, postula um determinado aperfeiçoamento do conteúdo das suas normas; prescreve a *estatuição* de normas com determinado conteúdo. Isto, porém, significa que ela se dirige à criação do direito positivo. A conduta que ela prescreve, o seu objecto, são actos através dos quais são postas as normas. Estes actos podem corresponder à norma de justiça ou contradizê-la. Correspondem à norma de justiça quando a norma que estatuem tem aquele conteúdo que a norma de justiça prescreve; contradizem a norma de justiça quando a norma que estabelecem tem o conteúdo oposto. Como a justiça ou a injustiça consiste nesta correspondência ou não correspondência dos actos legiferantes, são estes actos fixadores do direito positivo, a conduta dos homens que estatuem as normas do direito positivo, factos da ordem do ser, portanto, que formam o objecto da apreciação efectuada através da norma de justiça, que, medidos pelo estalão desta norma de justiça, são valorados como justos ou injustos, têm um valor de justiça positivo ou negativo. Este valor de justiça do acto normativo, porém, deve ser claramente distinguido do valor jurídico que as normas do direito positivo constituem. Do ponto de vista do direito positivo, uma tal norma não constitui um valor jurídico positivo por ser posta através de um acto que tem um valor de justiça positivo, e constitui um valor jurídico positivo mesmo quando seja posta através de um acto que tem um valor de justiça negativo.”

¹⁸ A defesa do direito natural como direito cultural é feita por HÄBERLE (1998).

dos direitos humanos alicerça-se na construção de seu conteúdo essencial a partir da perspectiva cultural. Por esse ângulo, estabelece-se o multiculturalismo e a diversidade cultural¹⁹ como parte estruturante da concepção dos direitos humanos (ISHAY, 2004, p. 5). O desenvolvimento desta perspectiva contribui para a evolução dos direitos humanos, em sua concepção discutida atualmente.

4 Concepção atual dos direitos humanos

A concepção atual de direitos humanos apresenta-se como uma resposta ao período Pós-Guerra. Metodologicamente, a concepção atual conecta-se com a internacionalização dos direitos humanos, movimento responsável por desencadear uma resposta aos atos cometidos pelos diferentes regimes totalitários. Com a internacionalização dos direitos, revela-se o esforço de reconstrução dos direitos humanos como paradigma e referencial ético a orientar e redimensionar a ordem internacional (PIOVESAN, 2008, p. 51-52).

Como valores, os instrumentos imediatos após a Segunda Guerra Mundial refletiram a concepção liberal e ocidental de direitos, com ênfase nos direitos civis e políticos sobre os direitos econômicos, sociais, culturais, além dos direitos individuais sobre os direitos da comunidade. Os principais direitos protegidos no plano internacional incluem o direito à vida, à liberdade e à segurança, bem como os direitos às liberdades relacionadas à expressão, não-discriminação e associação. Direitos humanos fundamentais também eram protegidos com as proibições contra a escravidão, genocídio e tortura (ARMSTRONG; FARRELL; LAMBERT, 2012, p. 165-166).

O desenvolvimento dos direitos humanos ocorre em diversas camadas (VARELLA; MONEBHURRUN; GONTIJO, 2019), que se referem não apenas ao contexto internacional, como também se relacionam com os âmbitos regionais e locais. A partir da vontade dos Estados, os direitos humanos foram enquadrados como ramo específico para o tratamento da defesa dos direitos relacionados à pessoa humana. Isso

¹⁹ Ver, em especial, BURRI (2010); BELL; NATHAN; PELEG (2001); AN-NA'IM (1992); DELMAS-MARTY (2004); VERDROSS (2013, p. 17); KLEINLEIN (2012); AYTON-SHENKER (1995). Ver também, em especial, a Declaração Universal da Diversidade Cultural, adotada pela Conferência Geral das Nações Unidas sobre Organização Educacional, Científica e Cultural, na 31ª sessão, de 02/11/2001 e DONDERS (2012).

ocorreu após a Segunda Guerra Mundial²⁰, tendo em vista que os Estados almejavam buscar valores universais de proteção da pessoa humana (SILVA; MONT’ALVERNE, 2013).

A agenda do mundo no Pós-Segunda Guerra compreendeu a proteção de situações que beneficiaram os Estados e os cidadãos. Temas como paz, propriedade cultural, relações familiares, proteção ao trabalho, proteção de minorias, de gênero, das crianças, além das discussões em matéria ambiental foram tratadas tanto no plano regional como no âmbito internacional. Neste período, questões relacionadas aos aspectos procedimentais do direito internacional foram disciplinadas em convenções específicas. Com isso, o conjunto de tratados celebrados desde o Pós-Guerra²¹ demonstra o aumento da interdependência – política, econômica, cultural ou relacionada ao meio ambiente – entre os Estados²².

Nesse aspecto, o direito internacional apresenta-se entre a convivência da política internacional com os parâmetros de moralidade universal. A experiência negativa de autonomia dos Estados inicia o processo de aproximação destes, caminhando-se para a necessidade de formação de uma ordem normativa. Este argumento comunitário refere-se às normas “naturalmente” dadas pelas necessidades de interdependência (KOSKENNIEMI, 2005, p. 477). Logo, é importante destacar que os Estados precisam do Direito para buscar e alcançar certos objetivos, desde o bem-estar econômico até a promoção de determinada ideologia, bem como pela sua segurança e sua própria sobrevivência. Assim, para que tais objetivos possam ser alcançados, o sistema jurídico deve ser estável por um lado, mas flexível por outro, para permitir a mudança quando esta se tornar necessária, em virtude da confluência de forças que a exigem (SHAW, 2010, p. 38).

Este argumento comunitário representa a criação de um cenário de regulação entre os Estados sobre os diversos temas. Isto aumenta o grau de interdependência entre

²⁰ Após a Segunda Guerra Mundial, a referência à proteção dos direitos humanos ocupou um lugar de preocupação de diferentes atores da construção europeia. Na perspectiva europeia, a tendência geral que iniciou a partir deste período transformou os direitos humanos em um dos principais temas da vida interna dos Estados e das relações internacionais, sendo considerados uma das grandes aspirações da sociedade moderna e um componente fundamental do Estado de Direito (RIDEAU, 1997, p. 29).

²¹ Desde o ano de 1945 até 2002, estão registrados pouco mais de 314 documentos internacionais que reforçam o caráter de interdependência entre os Estados.

²² De acordo com o pensamento de Koskenniemi (2005, p. 477): “Humanity today, taking into consideration the whole world, knows that ‘one world’ has become the imperative of survival.”

eles. Quanto à interdependência em matéria de direitos humanos (SCOTT, 1989), a natureza destas regras é descrita como normas de direito internacional fixadas pelo comportamento dos Estados. São princípios derivados da autodeterminação estatal, de modo que o conjunto normativo de direitos humanos decorre da definição de padrões entre os Estados, acumulados em um código de convenções multilaterais. As regras contidas nestes tratados fluem dos princípios do direito internacional consuetudinário e contribuem para o fortalecimento destes na ordem internacional (BROWNLIE, 1995, p. 36)²³.

O fim da Guerra Fria – e com ela o fim da bipolaridade entre Estados Unidos e União Soviética – tornou possível o avanço da construção do poder pela interdependência entre os Estados, mediante o uso de normas jurídicas. Este contexto permitiu a ascensão e a consolidação de ideias humanísticas, além da construção de um direito com pretensão universal²⁴.

5 A construção do conceito de direitos humanos: o papel dos precedentes

A construção dos direitos humanos sempre envolve a participação dos Estados. No entanto, em decorrência da mundialização, houve um redimensionamento deste processo. Além do desenvolvimento dos direitos humanos pelas instituições do Estado (VARELLA, 2013), a construção dos direitos humanos passa a ser papel da comunidade internacional, em que valores comuns (DELMAS-MARTY, 2004) são compartilhados entre os Estados, ou simplesmente impostos por atores centrais (SILVA;

²³ Brownlie (1995, p. 83-84) destaca os Pactos de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos de 1966), as Convenções Europeia (1950), Americana (1969) e Africana (1981), além das convenções específicas (genocídio, tortura, discriminação racial) e da proteção específica de categorias de pessoas (refugiados, mulheres, crianças, migrantes e trabalhadores) como o conjunto de convenções que formam a base do padrão de comportamento dos Estados em matéria de direitos humanos.

²⁴ Na opinião de Varella (2013, p. 27), um exemplo interessante “é a emergência de um poderoso conjunto normativo de resoluções sobre ingerência militar no Conselho de Segurança da ONU. Antes de 1990, dificilmente seria possível a intervenção em um país, em nome da comunidade internacional, porque, quando o interesse de intervir era dos Estados Unidos, da França ou do Reino Unido, a China e a União Soviética exerciam seu poder de veto e vice-versa. Assim, torna-se possível às principais potências do planeta, membros do Conselho de Segurança da ONU, agir de maneira concertada e construir um conjunto de regras obrigatórias sobre a manutenção e o restabelecimento da paz internacional. É evidente que o próprio conceito de paz internacional se amplia, abordando novas situações, antes ignorada pelo direito internacional”.

MONT'ALVERNE, 2013). Nesse contexto, os Estados voltam-se para três concepções do direito internacional. A primeira delas diz respeito à construção de uma sociedade internacional. Nela, há avanços em diferentes temas, com certo tipo de coordenação (e não apenas a mera convivência entre países). A segunda relaciona-se com a ideia de comunidade internacional, em virtude da identidade de interesses. A terceira concepção parte da ideia de solidariedade internacional, com a construção do conceito de humanidade²⁵.

Não houve modificação na lógica dos argumentos egoísticos e comunitários que fundamentam o direito internacional. Atualmente, porém, há a prevalência do argumento comunitário, de acordo com a interdependência e a identidade de interesses compartilhados entre os Estados. Este cenário permite a maior coordenação entre os Estados, conforme seus interesses e com a legitimação decorrente do Direito (KOSKENNIEMI, 2005, p. 497).

Destarte, a concepção contemporânea dos direitos humanos reveste-se desta lógica comunitária. Apresenta-se nos pilares da universalidade, da indivisibilidade e da interdependência²⁶. Por sua vez, estes pilares levaram os direitos humanos a se organizarem em diversos sistemas de proteção. Enquanto no plano internacional os direitos humanos contam com os diferentes comitês e escritórios pertencentes ao Sistema ONU, no plano regional, os direitos humanos encontram estruturas mais avançadas de proteção, tanto no sistema europeu como no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Inspirados no ideal de salvaguarda da pessoa humana e nos parâmetros “protetivos do mínimo ético irreduzível”, os sistemas de proteção têm como escopo a interação em benefício dos indivíduos protegidos. Estes sistemas possuem como finalidade proporcionar a maior efetividade possível na tutela e na proteção dos

²⁵ Para Dupuy (2002), os três conceitos coexistem diante de suas diferenças de princípios e de tensões nos sistemas políticos e jurídicos no atual plano internacional. A diferença é que humanidade é um conceito abstrato, que transpassa a linha do tempo e alcança as gerações futuras. A partir da ideia de comunidade humana, Jouannet (2003) e Varela (2013, p. 410) avançam para a defesa dos conceitos de comunidade mundial e global, respectivamente, em que há uma pluralidade de atores envolvidos. Em um sentido diferente, porém, convergente, adota-se como referência o conceito de comunidade internacional (SIMMA, 1994).

²⁶ O parágrafo 5º da Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, enaltece: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”

conteúdos essenciais constitucionalmente e convencionalmente protegidos. Em tese, são complementares em suas esferas de atuação e trabalham em conjunto com os sistemas jurídicos dos Estados, vez que seria esta a lógica inerente ao direito internacional dos direitos humanos (PIOVESAN, 2008, p. 53).

A formulação dos sistemas regionais de proteção advém do processo de internacionalização dos direitos humanos, responsável pela profusão de suas normas e na multiplicação dos órgãos de controle. Com o desenvolvimento dos sistemas regionais de proteção, estes avançam na construção de novos conceitos e, como consequência, contribuem para a proliferação do direito internacional (2013, p. 315), sendo responsáveis por parte da emergência do direito internacional dos direitos humanos.

O direito internacional dos direitos humanos tem como peculiaridade buscar a proteção individualizada do ser humano. Para chegar a este ponto, foi necessário o desmembramento da proteção da pessoa humana. Este desmembramento foi inaugurado no contencioso Barcelona Traction (CIJ, 1970), no qual a CIJ reconheceu que no plano internacional, a configuração de proteção à pessoa humana está alicerçada nos direitos humanos, no direito humanitário e no direito dos refugiados²⁷.

Com efeito, a doutrina internacional realiza algumas distinções, que se apresentam importantes para definir a fase atual dos direitos humanos. Em relação à distinção com o direito humanitário, este ramo cuida da defesa dos direitos da pessoa humana imersa em conflito armado. Originalmente proposto pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, apresenta aparente divisão no plano internacional, relacionada com a condução das hostilidades (direito humanitário de Haia) e a proteção das pessoas que estão sob o domínio da parte adversa (direito humanitário de Genebra – BUGNION, 2001, p. 901). Estas divisões misturam-se em função da proximidade das relações desenvolvidas no plano internacional (MERON, 2000), de modo que a tendência é de se unificarem em um único sistema complexo denominado de direito humanitário (CIJ. Legalidade da ameaça ou do uso de armas nucleares. Opinião Consultiva, 1996, § 75). Sobre o tema, a CIJ (Consequências jurídicas da edificação de um muro no território

²⁷ Sobre o tema, conferir CANÇADO TRINDADE; PEYTRIGNET; SANTIAGO (1996). Para Varella (2013, p. 315), a proteção contra a violação dos direitos humanos “trata-se de um conjunto normativo que se diferencia do direito humanitário, cujo foco é voltado para a violação massiva dos direitos humanos, bem como do direito dos refugiados, sendo estes três ramos parte de um subsistema relacionado à proteção do ser humano, como reconheceu a CIJ”.

palestino ocupado. Opinião Consultiva, 2004, § 25) trata o direito humanitário como uma lei especial em relação ao direito internacional dos direitos humanos.

Como parte necessária para a definição, o direito dos refugiados aparece como ramo responsável pela defesa dos direitos de dignidade e integridade de grupos específicos, denominados de refugiados. De modo amplo, caracterizam-se pelo fato de os refugiados estarem fora de seu Estado de origem e, como aspecto comum, não desejam retornar, seja em função do receio de perseguição – por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas –, seja devido a grave e generalizada violação de direitos humanos existente²⁸. Além disso, o regime de proteção dos refugiados constitui um exemplo de que o Estado tem interesse próprio para constituir a ordem internacional objetiva e normativa. Isto porque os Estados possuem um forte interesse na regulação do fluxo transfronteiriço de refugiados (ARMSTRONG; FARRELL; LAMBERT, 2012, p. 179)²⁹. É um exemplo de que a perspectiva descendente pode ser transformada em argumentação ascendente no discurso sobre a proteção humana (KOSKENNIEMI, 2005).

Logo, com esta ramificação, o direito internacional dos direitos humanos pode se dedicar à proteção da pessoa humana, em especial no que tange a seu conjunto de direitos, previstos nos tratados e convenções sobre a matéria. Neste cenário, os esforços sobre a contextualização dos direitos humanos concentram-se nas discussões de seu conteúdo essencial. Este conteúdo é desenvolvido mediante a criação de novos direitos, pelo processo de interpretação, em diferentes e fragmentados tipos de esfera de atuação³⁰.

Dentro deste contexto, uma das possibilidades de interpretação dos direitos humanos revela-se por meio de um progressivo processo de persuasão. Estimulam-se os

²⁸ A Lei n. 9.474/97 define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951. Segundo o artigo 1º de referido diploma:

“Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.”

²⁹ ARMSTRONG, David; FARRELL, Theo; LAMBERT, Hélène. *Internarional Law and International Relations*. Ob. cit., 2012, p. 179.

³⁰ Sobre este aspecto, conferir FISCHER-LESCANO; TEUBNER (2004).

Estados e os particulares a refletirem sobre o conteúdo essencial dos direitos humanos e a criarem mecanismos mútuos de persuasão para o seu implemento. Este convencimento mediante o uso de argumentos decorreria de uma série de variáveis, alicerçadas em expectativas cognitivas, oriundas dos diferentes ambientes nos quais os direitos humanos são debatidos³¹. Por meio da persuasão, benefícios são estabelecidos para a obediência e não violação de direitos humanos, conferindo-se maior “*status* de pertencimento” a uma comunidade, incluindo uma gama de sanções – públicas ou privadas – que colaboram para formatar uma espécie de identidade no que tange à proteção dos direitos humanos³².

6 Considerações finais: as diferentes feições da conceituação de direitos humanos

O lugar natural dos direitos humanos é estar fora da política internacional, desempenhando a função de restringi-la (KOSKENNIEMI, 2010, p. 47-58). Por essa razão, a conceituação de direitos humanos assume diferentes tipos de feições. Para esta abordagem, adota-se o exame das perspectivas ascendente e descendente sobre os direitos humanos. A perspectiva descendente tem como premissa o pressuposto de que o sistema normativo se sobrepõe sobre o comportamento individual do Estados, sua vontade ou seus interesses. Como método jurídico, este discurso descendente funciona de modo a produzir conclusões sobre as obrigações do Estado oriundas da ordem jurídica internacional. De outro lado, a perspectiva ascendente considera que o comportamento do Estado, sua vontade e seus interesses determinam a formação do direito internacional. Se a prática do Estado, vontade ou interesse caminha para uma direção, o direito internacional deve apontar para esta direção também. Esta visão pressupõe a existência do comportamento, da vontade ou do interesse do Estado, de modo que a ordem jurídica internacional é construída a partir deste tipo de manifestação (KOSKENNIEMI, 2005, p. 59).

³¹ Sobre o tema, ver o escrito de GOODMAN e JINKS (2004).

³² Nesse sentido, é o pensamento de Varella (2013, p. 316): “A construção de uma identidade internacional, com o reforço das ideias de direitos humanos, contribuiria para melhor chamar a atenção de Estados mais recalcitrantes, cuja internacionalização do direito é mais facilitada de dentro para fora do que por pressões internacionais. Todos os países, pobres ou ricos, grandes ou pequenos, sofrem o processo, que é transformado por suas próprias percepções e contribuem para sua construção, numa relação dialógica com menor grau de influência, conforme o tema. Em se tratando de direitos humanos, nota-se que, em muitos temas, os Estados mais poderosos estão entre os últimos a aceitar regimes internacionais cogentes”.

O padrão descendente do discurso em direitos humanos privilegia a normatividade ao invés da concretude. Já o padrão ascendente confere ênfase à resolução dos problemas concretos, do que se vincular à normatividade. Sob o padrão descendente, o direito passa a ser objeto de constrangimento, pois a justificação vem a partir das ideias contidas nas regras. Sob o padrão ascendente, a justificação das regras decorre do comportamento, da vontade ou do interesse do Estado (KOSKENNIEMI, 2005, p. 60).

Os padrões ascendente e descendente se opõem entre si, pois eles se consideram muito subjetivos. Do ponto de vista ascendente, o modelo descendente cai no subjetivismo, porque não pode demonstrar o conteúdo normativo da sua apriorística de forma confiável, sendo vulnerável à objeção do utopismo. Da perspectiva descendente, o modelo ascendente parece subjetivo por privilegiar o comportamento, a vontade ou interesse do Estado sobre as normas objetivamente vinculantes, sendo vulnerável à acusação de apologismo. Por essa razão, o discurso jurídico internacional não pode aceitar totalmente qualquer um dos argumentos. Isso parece torná-los compatíveis. No entanto, o resultado é um argumento incoerente, que constantemente é modificado entre as posições opostas, permanecendo aberto para a crítica do argumento oposto. Isso fornece a dinâmica para a construção do argumento jurídico no plano internacional (KOSKENNIEMI, 2005, p. 60).

Este processo de convencimento sobre as perspectivas ascendente e descendente é um dos fatores que confere dinamicidade ao tratamento dos direitos humanos no plano internacional. A partir do cotejo entre estas perspectivas, os direitos humanos movimentam os institutos do direito internacional. Como protagonistas desta dinâmica, aparecem os mais diferentes atores, dentre os Estados e as cortes internacionais, ao analisar os parâmetros de definição dos direitos humanos.

Acredita-se que a hipótese deve ser confirmada em parte. Como regra, os direitos humanos são um conceito em movimento. Não apenas determinada época ou contexto podem definir o instituto. Atores – em suas diferentes funções – demonstram a carga histórica e a complexidade deste instituto. Desta forma, ainda que os direitos humanos, no contexto do direito internacional, esteja em “constante movimento”, parte do seu conteúdo pode ser considerado “estático”. É dizer: ainda que assuma feições diferenciadas ao longo do tempo e do contexto, prevalece a manutenção de um núcleo

“duro e essencial”, o qual é responsável pela definição de sua identidade, isto é, como instituto jurídico responsável pela proteção da pessoa humana.

Referências

- AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. *Human Rights In Cross-Cultural Perspectives: a quest for consensus*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.
- ARCKEMAN, Bruce. *Nós, O Povo Soberano: fundamentos do direito constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ARMSTRONG, David; FARRELL, Theo; LAMBERT, Hélène. *Internarional Law and International Relations*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- AYTON-SHENKER, Diana. *The Challenge of Human Rights and Cultural Diversity*. United Nations Department of Public Information, March 1995. Disponível em: <<http://www.un.org/rights/dpi1627e.htm>>. Acesso em: 17/06/2021.
- BELL, Lynda S.; NATHAN, Andrew J.; PELEG, Ilan (coord.). *Negotiating Culture and Human Rights*. New York: Columbia University Press, 2001.
- BROWNLIE, Ian. *International law at the fiftieth anniversary of the United Nations: general course on public international law*. RCADI, tomo 255, p. 9-228, 1995.
- BUGNION, François. Droit de Genève et droit de La Haye. *Revue Internationale de la Croix-rouge*, n. 844, 2001.
- BURRI, Mira. Cultural Diversity as a Concept of Global Law: Origins, Evolution and Prospects. *Diversity*, n. 2, p. 1059-1084, 2010.
- CABRITA, Isabel. *Direitos Humanos: Um Conceito em Movimento*. Coimbra: Almedina, 2011.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. RCADI, tomo 316, p. 9-439, 2005.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGNET, Gerard; SANTIAGO, Jaime Ruiz. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados*. Brasília: IIDH, 1996.
- CIJ. Contencioso Barcelona Traction. Julgamento de 05/02/1970.
- CIJ. *Legalidade da ameaça ou do uso de armas nucleares*. Opinião Consultiva emitida em 08/07/1996, § 75.
- CIJ. Consequências jurídicas da edificação de um muro no território palestino ocupado. Opinião Consultiva emitida em 09/07/2004, § 25.

- COHEN, Yitshak. Midrashic Exegesis and Biblical Interpretation in the Meshekh Hokhmah – The Man and the Work – Their Legal Stature and Normative Influence. *Jewish Law Annual*, 2010. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2190431>>. Acesso em: 17/06/2021.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: SEUIL, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DONDERS, Yvonne. Human Rights and Cultural Diversity: too hot to handle? *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 30/4, p. 377-381, 2012.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2002.
- EHRlich, Ludwik. *The development of international law as a science*. RCADI, tomo 105, 1962, p. 173-265.
- FACCIOLA, Branca Lescher. *A Lei de Moisés: Torá como Fonte do Direito*. São Paulo: RCS Editora, 2005.
- FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-Collisions: the vain search for legal unit in the Fragmentation of Global Law. Trad. Michelle Everson. *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, Summer 2004, p. 999-1046.
- GOODMAN, Ryan.; JINKS, Derek. How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law. *Duke Law Journal*, n. 54, p. 7-55, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=519565>>. Acesso em: 17/06/2021.
- GRIFFIN, James. *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- GROSS, Leo. The Peace of Westphalia (1648-1948). *The American Journal of International Law*, v. 42, n. 1, 1948, p. 20-41.
- HÄBERLE, Peter. *Verfassung als öffentlicher Prozeß: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Dritte Auflage (3. ed/3. Aufl.). Berlin: Duncker & Humblot, 1998. (Schriften zum öffentlichen Recht; Band 353).
- HUNT, Lynn Avery. *Inventing Human Rights: A History*. New York: W. W. Norton & Company, 2007.
- ISHAY, Micheline R. *The History of Human Rights: from ancient times to the globalization era*. Berkeley, California: University of California Press, 2004.
- JOUANNET, Emmanuelle. L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des Etats et de la communauté mondiale. In: *La mondialisation entre illusion et l'utopie*. Paris: Archives des philosophie du droit, 2003, t. 47, p. 191-232.
- KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*. Trad. João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.
- KLEINLEIN, Thomas. Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism. *Goettingen Journal of International Law*, v. 4, n. 2, 2012, p. 385-416.

KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

KOSKENNIEMI, Martti. Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power. *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism and Development*, v. 1, n. 1, 2010, p. 47-58.

LEVINE, Samuel J. Miranda, Dickerson, and Jewish Legal Theory: The Constitutional Rule in a Comparative Analytical Framework. *Maryland Law Review*, v. 69, n. 1, 2009. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1531857>>. Acesso em: 17/06/2021.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

MARQUEZ, Káccia Beatriz Alves. *Fontes do Direito: a influência da Torá na formação do sistema normativo brasileiro*. Brasília: UniCEUB, 2013.

MERON, Theodor. The Humanization of Humanitarian Law. *The American Journal of International Law*, v. 94, n. 2, abr. 2000, p. 239-278.

ONU. Declaração Universal da Diversidade Cultural, adotada pela Conferência Geral das Nações Unidas sobre Organização Educacional, Científica e Cultural, na 31ª sessão, de 02/11/2001. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CulturalDiversity.aspx>>. Acesso em: 17/06/2021.

ONUMA, Yasuaki. A transcivilizational perspective on international law. Questioning prevalent cognitive frameworks in the emerging multi-polar and multi-civilization world of the twenty first century. *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International*, v. 342, 2010.

PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, p. 579–610, 2006, p. 599.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIDEAU, Joël. *Le Rôle de L'Union Européenne en Matière de Protection des Droits de L'Homme*. RCADI, tomo 265, 1997.

SCOTT, Craig. Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 27, n. 4, 1989, p. 769-878.

SHAW, Malcolm N. *Direito Internacional*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla et. al. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SILVA, Alice Rocha da; MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota. A construção da jurisprudência sobre direitos humanos a partir do diálogo entre juízes de tribunais internacionais, regionais e nacionais. In: GUIMARÃES, Antonio Marcio da Cunha; GOMES, Eduardo Biacchi e LEISTER, Margareth Anne (coord.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

SIMMA, Bruno. *From bilateralism to community interest in international law*. RCADI, tomo 250, p. 217-384, 1994.

VARELLA, Marcelo Dias. *Building International Law from the Inside Out: The Making of International Law by Infra-State and Non-State Actors*. Available at SSRN 2288209, 2013.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

VARELLA, Marcelo Dias; MONEBHURRUN, Nitish; GONTIJO, André Pires. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

VATTEL, Emmerich de. *O Direito das Gentes (ou Princípios da Lei Natural Aplicados à Condução e aos Negócios das Nações e dos Governantes)*. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: UNIJUÍ, 2008.

VERDROSS, Alfred. O fundamento do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 02, 2013.