

**A EFICÁCIA JURÍDICA DA
DECLARAÇÃO UNIVERSAL
DOS DIREITOS HUMANOS**

**THE LEGAL EFFECTIVENESS OF
THE UNIVERSAL DECLARATION
OF HUMAN RIGHTS**

ANA LETHEA DA CUNHA POSSA

Bacharel em Direito, graduada na Faculdade
de Direito da Universidade de Passo Fundo.

RESUMO

Tendo por norte o fato de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, fora concebida como uma mera declaração de princípios, sem apresentar força vinculante, objetiva-se com a presente pesquisa situar a referida Declaração dentro das fontes do Direito Internacional e, conseqüentemente, concluir acerca de sua obrigatoriedade ou não. Primeiramente, coloca-se a importância histórica de tal documento e o que este significou na luta pela proteção aos Direitos Humanos. Após, analisa-se a natureza jurídica da Declaração, abordando as modernas figuras do *jus cogens* e da *soft law*.

Palavras-chave: Declaração Universal dos Direitos Humanos; Direitos Humanos; Eficácia Jurídica; *Jus cogens*; *Soft Law*.

ABSTRACT

As the Universal Declaration of Human Rights, of 1948, had been conceived as a principle declaration, without madatory force, the present research objectives locate this Declaration within the sources of the International Law and, then, conclude about its obligation or not. First, there is the historical importance of this document and what it meant in the fight for the Human Rights' protection. Then, it is considered the juridical nature of the Declaration, tackling the modern figures of *jus cogens* and soft law.

Keywords: Human Rights; Jus Cogens; Legal Effectiveness; Soft Law; Universal Declaration of Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

Um assunto de vital importância para a proteção dos Direitos Humanos que é constantemente discutido se refere à possível eficácia jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ocorre que, inicialmente, ela não foi concebida como um documento jurídico, apenas como uma carta de princípios. Hodiernamente, a maioria dos direitos por ela consagrados está amplamente incorporada em tratados e convenções internacionais, além de Constituições nacionais.

Assim, será analisada a eficácia jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, com a finalidade de situá-la nas fontes de Direito Internacional. Primeiramente, será exposta a importância histórica da referida Declaração, bem como, a definição contemporânea assumida pelos Direitos Humanos com o seu advento. Concluindo, serão verificadas as opiniões de internacionalistas, ao longo dos anos, acerca da natureza jurídica do documento em tela, sendo cogitada a possibilidade de enquadrá-la dentro das normas de *jus cogens* ou de *soft law*.

2 IMPORTÂNCIA HISTÓRICA DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos serviu como ponto de partida para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, exprimindo, ineditamente, as normas e os princípios relativos ao tema, além de servir como inspiração para diversas Convenções que viriam a ser assinadas após, por todo o mundo.

Com a finalidade de promover o respeito aos Direitos Humanos, pensou-se na criação de um corpo de normas. Como primeira medida adotada, a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) criou um instrumento, a princípio, não vinculante, a fim de que fosse mais facilmente aceito pelos Estados. Tal instrumento seria a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual, ao longo dos seus 30 artigos, elenca diversos direitos tidos como essenciais, como a liberdade e igualdade entre todos, o direito à vida e à segurança, a proibição da escravidão e da tortura, igualdade de proteção sob a lei, proibição de prisão arbitrária e exílio, entre muitos outros, inclusive, direitos sociais, tidos como de segunda geração. (MURPHY, 2006, p. 303-304).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos¹ foi adotada em 10 de dezembro de 1948, em Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas, resultando em 48 votos a favor, nenhum contra e oito abstenções, sendo concebida como um complemento à Carta das Nações Unidas, a qual expressa claramente sua intenção de “reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres”². (PIOVESAN, 1997, p. 155-156).

Referida Declaração foi elaborada como resposta aos horrores cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, sendo que contribui com a consagração do respeito à dignidade humana e dos valores mínimos que o ser humano necessita para viver. Assim, introduz a concepção contemporânea de Direitos Humanos, caracterizada pela sua indivisibilidade e universalidade, afirmando, ainda, o seu movimento de internacionalização, já que esses direitos passam a ser de interesse da comunidade internacional, e não mais assunto doméstico de cada um dos Estados. (ARAÚJO, 2007, p. 287- 289).

Além disso, a Declaração introduz a indivisibilidade dos Direitos Humanos ao conjugar os direitos civis e políticos aos direitos econômicos, sociais e culturais, de forma a combinar o valor da liberdade com o valor da igualdade. Destarte, os Direitos Humanos são entendidos como uma unidade interdependente e indivisível. (MAZZUOLI, 2004, p. 161).

A partir daí, por apresentarem esses direitos como uma unidade indivisível, “revela-se esvaziado o direito à liberdade quando não assegurado o direito à igualdade, e por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade quando não assegurada a liberdade”. (ARAÚJO, 2007, p. 288). Dessa forma, a Declaração lista regras referentes aos direitos civis e políticos (os chamados direitos de primeira geração), e aos direitos econômicos, sociais e culturais (direitos de segunda geração) que o indivíduo deve fruir como membro da sociedade, apesar de que a esses direitos se

¹ A partir deste ponto a Declaração Universal de Direitos Humanos será referida, apenas, como Declaração Universal, ou, simplesmente, Declaração.

² **Preâmbulo:** “Nós, os povos das nações unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. [...]”. (ONU, 1945). (grifo nosso).

deu menor relevância que aos anteriores, sendo tratados apenas em sua parte final. (REZEK, 1998, p. 220-222).

Além disso, Alves assinala o papel e a importância da referida Declaração, dizendo que ela:

Codificou as esperanças de todos os oprimidos, fornecendo linguagem autorizada à semântica de suas reivindicações. Proporcionou base legislativa às lutas políticas pela liberdade e inspirou a maioria das Constituições nacionais na positivação dos direitos da cidadania. Modificou o sistema "westfaliano" das relações internacionais, que tinha como atores exclusivos os Estados soberanos, conferindo à pessoa física a qualidade de sujeito do Direito além das jurisdições domésticas. Lançou os alicerces de uma nova e profusa disciplina jurídica, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, descartando o critério da reciprocidade em favor de obrigações erga omnes. Estabeleceu parâmetros para a aferição da legitimidade de qualquer governo, substituindo a eficácia da força pela força da ética. Mobilizou consciências e agências, governamentais e não-governamentais, para atuações solidárias, esboçando uma sociedade civil transcultural como possível embrião de uma verdadeira comunidade internacional. (1999, p. 139-140).

De qualquer forma, a Declaração Universal serve de fonte jurídica para os tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos, como paradigma e referencial ético para a conclusão desses tratados. Além disso, ao introduzir a concepção contemporânea de tais direitos, trouxe princípios relativos a eles, como o da universalidade, da indivisibilidade, da interdependência e inter-relacionariedade, os quais orientam os tratados supervenientes referentes à matéria. (MAZZUOLI, 2006, p. 522-524).

Bobbio assinala que os Direitos Humanos, apesar de serem coisas desejáveis (fins que merecem ser perseguidos), não foram igualmente reconhecidos, sendo certo que, para que isso ocorra, seria necessário encontrar seu fundamento. O problema relativo a tal fundamento, no entanto, fora solucionado, em certo sentido, com a Declaração Universal. Para ele, o documento em questão é considerado como um sistema de valores humanamente fundado, sendo que teve sua validade reconhecida por consenso geral, tendo sido expressamente aceito pela maioria dos homens da Terra, através de seus respectivos governos. (1992, p. 16 e 25-27).

Continua o mesmo autor dizendo que a Declaração de é universal, não apenas em princípio, mas de fato, já que "o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado". (1992, p. 28). Ainda em relação à sua universalidade, Bobbio declara:

Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha de alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer da universalidade dos valores, no único sentido em tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens. (1992, p. 28).

São apontados alguns problemas em relação à vigência e efetividade da Declaração, não obstante a sua importância histórica, sendo assuntos amplamente discutidos pela doutrina. Para Cunha, no entanto, o problema essencial que surge quando se trata deste documento não está relacionado à sua vigência, mas sim, à sua efetividade, ou seja, à realização no plano dos fatos do que foi estabelecido em norma. Assim, a não efetividade dos direitos ditados pela Declaração Universal pode assumir a forma de violações, como a do não-reconhecimento, ou da supressão desses direitos. (2006, p. 55).

Mazzuoli completa dizendo que esse problema é atribuído à falta de mecanismo de proteção próprio da Declaração, sendo que, por isso, procura-se firmar vários pactos e convenções internacionais a fim de assegurar a proteção dos Direitos Humanos. (2004, p. 164).

Por último, apesar de tais problemas de efetivação, Bobbio prevê que a Declaração de 1948 representa o início de uma nova fase na proteção dos Direitos Humanos, na qual a sua afirmação é, ao mesmo tempo, universal e positiva.

[...] universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. (1992, p. 30).

Nesse sentido, a Declaração Universal representou a universalização dos Direitos Humanos, concretizando-se sua concepção contemporânea. É fato que tal documento serviu, e ainda serve, de base para os tratados e convenções adotados com a finalidade de proteção a esses direitos, tomando-se os conceitos por ela adotados como princípios. Ocorre, no entanto, que ainda não há consenso quanto sua natureza jurídica, sendo que este será o próximo tópico a ser analisado.

3 NATUREZA JURÍDICA DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS

O fato de que o documento mais importante na promoção e proteção dos Direitos Humanos não ter sido criado com a intenção de vincular seus contratantes, demonstra a fragilidade de que, ainda hoje, sofrem esses direitos. Contudo, a doutrina mais moderna vem elaborando diversas teorias acerca da obrigatoriedade dessa declaração, caminhando no sentido de adotá-la como uma fonte de direito.

A Declaração Universal não foi concebida em forma de tratado, não passando pelos processos necessários para celebração desse tipo de instrumento jurídico, de forma que é dito que seus dispositivos não constituem uma obrigação jurídica para os Estados representados na Assembléia Geral que a adotou, mas uma mera recomendação que essa fez aos seus membros, sem força de lei. (MURPHY, 2006, p. 304).

A negação da força jurídica da Declaração tem como um de seus motivos o fato de seu próprio preâmbulo afirmar que se configura em um “ideal comum a ser observado por todos os povos e nações” (ONU, 1948), de forma que seu objetivo deveria ser alcançado através do esforço de cada indivíduo e órgão da sociedade, não referindo, em qualquer momento, a sua obrigatoriedade³. Com efeito, Bobbio afirma que a Declaração é menos do que um sistema de normas jurídicas, pois proclama os princípios que nela estão contidos como um ideal e não como normas. (1992, p. 31). Além disso, utiliza-se a expressão declaração na sua denominação. Essa expressão é utilizada para designar os “acordos que criam princípios jurídicos” (MELLO, 2004, p. 213), demonstrando, mais uma vez, a intenção inicial de se criar uma mera carta de princípios.

Piovesan traz a afirmação de Roosevelt, representante dos Estados Unidos na Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, e representante da Comissão de Direitos Humanos, à época da adoção da Declaração Universal:

³ Preâmbulo: “A Assembléia Geral das Nações Unidas proclama a presente ‘Declaração Universal dos Direitos do Homem’ como o *ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações*, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, *se esforce*, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição”. (ONU, 1948). (grifo nosso).

Ao aprovar esta Declaração hoje, é de primeira importância ter a clareza das características básicas deste documento. Ele não é um tratado; ele não é um acordo internacional. Ele não é e não pretende ser um instrumento legal que contenha obrigação legal. É uma declaração de princípios básicos de direitos humanos e liberdades, que será selada com aprovação dos povos de todas as Nações. (apud PIOVESAN, 1997, p. 162).

Entretanto, tem sido amplamente aceita a força jurídica da Declaração, uma vez que serve como uma interpretação autorizada aos direitos referidos nos artigos 55 e 56 da Carta das Nações Unidas⁴, à qual os Estados estão juridicamente obrigados. (MURPHY, 2006, p. 304).

A esse respeito se diz, ainda, que algumas das disposições da Declaração “constituem princípios gerais de Direito ou representam considerações básicas de humanidade, constituindo um guia, da autoria da Assembléia Geral, para uma interpretação autêntica das disposições da Carta”. (BROWNLIE, 1997, p. 594). Mazzuoli, no entanto, vai além, dizendo que a Declaração Universal integra a Carta da ONU, “na medida em que passa a ser sua interpretação mais fiel, no que tange à qualificação jurídica da expressão ‘direitos humanos e liberdades fundamentais’”. O autor continua, afirmando: “Daí o motivo de a Declaração de 1948 ser referida em todo o mundo, ao longo de mais de 50 anos de sua adoção, como um código ético universal de direitos humanos”. (2006, p. 522).

No mesmo sentido estão Sieghart e Buergenthal, que afirmam que a força jurídica da Declaração advém do fato de que esse documento definiu o que os Estados entendiam por Direitos Humanos e fundamentais, expressão que a Carta da ONU não havia definido, mas a qual se referiu, de modo que todos os entes estatais dela signatários estariam obrigados a respeitar tais direitos, e por consequência, a referida Declaração, que passaria a participar de sua natureza e força jurídica. (apud PIOVESAN, 1997, p. 163).

⁴ Artigo 55: “Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. E, Artigo 56: “Para a realização dos propósitos enumerados no Artigo 55, todos os Membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente”. (ONU, 1945).

Muito se questiona acerca do valor jurídico do documento, mas uma coisa é tida como certa perante os doutrinadores: a Declaração Universal não é um tratado. (PIOVESAN, 1997, p. 162). Analisa-se o conceito de referida fonte, entretanto, a fim de se certificar o motivo que determinou tal concepção. Assim, os tratados internacionais se consubstanciam na principal fonte de Direito Internacional em razão de serem formados pela vontade livre e participação direta dos Estados, trazendo segurança e estabilidade às relações internacionais. (MAZZUOLI, 2004, p. 31-32).

São definidos pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, em seu artigo 2, §1º, letra a: “tratado significa um acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regulado pelo DI, consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos”⁵. (ONU, 1969).

Da mesma Convenção se extraem os elementos essenciais que configuram o conceito de tratado, sendo eles: o livre consentimento das nações, a formalidade (devendo, sempre, serem escritos), a capacidade de assumir direitos e obrigações no âmbito externo dos entes que concluem o tratado (atente-se que, hoje, as organizações internacionais, ao lado dos Estados, também possuem capacidade internacional para celebrá-los), o fato de ser regido pelo Direito Internacional, a possibilidade de existência de dois ou mais instrumentos que o acompanham (a exemplo dos protocolos adicionais e dos anexos), a variação das denominações utilizadas em conformidade com a sua forma, seu conteúdo, o seu objeto ou o seu fim. (MAZZUOLI, 2004, p. 49-51).

Com efeito, os dois primeiros elementos característicos dessa fonte demonstram que, de fato, a Declaração não pode ser considerada um tratado, pelo fato de não ter assumido as formalidades necessárias para a adoção desse tipo de instrumento, além de que, a intenção dos Estados não era a de criar um instrumento vinculante, e, sim, uma declaração de princípios.

Existem, ainda, muitos internacionalistas que defendem que a Declaração integra o direito costumeiro internacional ou os princípios gerais de direito, e como tais, apresenta força jurídica vinculante. Como costume internacional, a referida Declaração geraria norma jurídica através de uma prática geral aceita como direito, ou seja, a repetição de certo modo de

⁵ Artigo 2: “Expressões Empregadas: §1. Para os fins da presente Convenção: (a) ‘tratado’ significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica; [...]”. (ONU, 1969).

proceder, que pode se constituir tanto em uma ação, quanto em uma omissão, perante determinada situação, como sendo necessário, justo, e conseqüentemente jurídico. (REZEK, 1998, p. 121-129).

Assim, para que o costume seja aceito como direito, é necessária a conjugação de seus dois elementos essenciais, a prática estatal consistente e uniforme (elemento objetivo) e a aceitação do costume pela comunidade internacional como sendo legal, ou *opinio juris* (elemento subjetivo). O elemento objetivo se refere à repetição de uma prática, não existindo prazo para essa repetição, mas que ocorra por um período considerável de tempo. Além disso, geralmente, tratam-se de regras globais, porém podem haver regras regionais. De qualquer foram, a prática constante deve implicar os sujeitos interessados em sua observância, sendo obrigatória. Em relação ao elemento subjetivo, a *opinio juris*, é dito que se trata da convicção dos Estados de que a prática em questão é permitida e obrigatória pelo Direito Internacional. (MURPHY, 2006, p. 78-80).

A fundamentação do costume internacional é abordada por duas correntes, sendo elas a voluntarista, a qual afirma que ele se sustenta no acordo tácito entre os Estados, e a objetivista, que considera que as regras costumeiras são uma manifestação sociológica, obrigando os sujeitos de direito em sua totalidade. (SEINTENFUS; VENTURA, 2006, p. 59-60). Como crítica à teoria voluntarista, há o entendimento de que os costumes internacionalmente reconhecidos têm eficácia *erga omnes*, podendo vigorar inclusive para aqueles Estados que com ele não compactuam, já que a norma costumeira geral pode não ser unânime. (MELLO, 2004, p. 295).

Entre os internacionalistas que defendem a idéia de que a Declaração Universal é parte do direito costumeiro estão Humphrey, Sieghart, Lillich, Riedel, Henkin, Bielder, e entre os nacionais Lindgren Alves, todos citados por Piovesan, dizendo eles, em geral, que a Declaração se tornou, de fato, parte do direito costumeiro internacional, e assim, vinculante a todos os Estados, devido à ampla aceitação das Nações relativamente aos seus efeitos normativos. (1997, p. 161-162).

Para essa corrente, a força jurídica vinculante do documento se deve ao fato de suas previsões terem sido amplamente incorporadas por Constituições nacionais, além de ser referida em decisões proferidas por Cortes nacionais como fonte de direito. Ainda, as Nações Unidas se referem, freqüentemente, em suas resoluções, à obrigação legal de todos os Estados em observar a Declaração. Atenta-se que os dispositivos desse documento, ao assumirem o valor de direito costumeiro internacional ou princípio geral de direito, aplicariam-se a todos os Estados e não apenas aqueles

signatários da referida Declaração. (PIOVESAN, 1997, p. 164-165).

Por outro lado, alguns autores vão além, dizendo que a Declaração Universal é constituída por direitos caracterizados como norma peremptória de Direito Internacional geral, o *jus cogens*. Há, ainda, a hipótese de que tal documento se consubstancie em *soft law*. Referidas hipóteses serão abordadas a seguir.

3.1 *Jus cogens*

A primeira figura analisada é a do *jus cogens*, ou norma imperativa. De fato, é considerada como a mais importante fonte do Direito Internacional, superior a quaisquer outras. Ainda existem, no entanto, resistência quanto ao seu conceito, porém, a tendência absoluta é a de aceitá-la como uma norma obrigatória universal, a exemplo dos direitos de proteção à pessoa humana.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, em seu artigo 53, define *jus cogens* como uma norma imperativa de Direito Internacional Geral, a qual não pode ser derogada, a não ser por norma superveniente de mesmo caráter⁶. (ONU, 1969). Daí advém sua principal característica: a inderrogabilidade, não podendo ser afastadas nem por tratados, nem por autonomia das partes, apenas por normas, também imperativas de caráter geral, com efeito contrário. (BROWNLIE, 1997, p. 537).

Murphy define *jus cogens* como um super costume internacional, ou seja, uma norma tão fundamental que mesmo um Estado, através de tratados ou quaisquer outras formas, não pode se esquivar de cumpri-la. Apesar disso, esse tipo de regra não compartilha da mesma forma de criação do direito costumeiro, sendo que dá menos importância ao consenso estatal, enfatizando mais a moral universal e a justiça. Ademais, como uma noção abstrata, o *jus cogens* reflete a crença de que existem certas normas de Direito Internacional que possuem autoridade superior a outras. (2006, p. 81-83).

⁶ Artigo 53: "Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*): É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza". (ONU, 1969).

As regras de *jus cogens* são formadas, essencialmente, por certos princípios fundamentais de Direito Internacional, sendo assim, Brownlie traz como exemplos de *jus cogens* as regras contra o genocídio, a não-discriminação racial, os crimes contra a humanidade, proibição do comércio de escravos e a pirataria, além das regras que dizem respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. (1997, p. 537).

Pereira e Quadros assinalam que integram o *jus cogens* as normas advindas do costume internacional geral, como a proibição do uso da força e aquelas relativas à cooperação pacífica na proteção de interesses comuns, as normas convencionais de Direito Internacional geral, a exemplo dos princípios constantes na Carta das Nações Unidas, e por último, o Direito Internacional geral, de fonte unilateral ou convencional, relativo à proteção do ser humano, tendo como principal exemplo a Declaração Universal de Direitos Humanos. (1997, p. 282-283).

Para os autores que negam a existência dessas normas não há um governo centralizado com força física dominante e tribunais com jurisdição compulsória que possuam o poder de formular e impor normas da natureza do *jus cogens* na comunidade internacional. (VIEGAS, 1999, p. 182).

Entre eles, Rezek a critica como conjunto de normas que se impõem aos Estados, por ser, em seu entendimento, uma afronta à idéia de consentimento, de forma que as regras imperativas geradas por voto majoritário ou consenso de assembléias, ou ainda, deduzidas de um cenário que ele considera menos representativo do interesse geral, frustrem a liberdade e soberania de países não aquiescentes. (1998, p. 119-120).

Mesmo assim, abandona-se, gradativamente, o dogma da teoria voluntarista, a qual baseia o Direito Internacional exclusivamente à vontade dos Estados, de forma que estas normas, absolutamente imperativas e inderrogáveis, devem ser aplicadas com prelázia a quaisquer outras, opondo-se às regras emanadas da livre manifestação de vontade das partes. Assim, intenciona-se assegurar a ordem pública no cenário mundial, proibindo os entes estatais de celebrarem tratados que privilegiam interesses particulares em detrimento de interesses comuns a toda sociedade internacional. (MAZZUOLI, 2006, p. 106-108).

Dessa forma, as normas de *jus cogens* podem ser consideradas como sendo hierarquicamente superiores a qualquer outro tipo de norma do Direito Internacional, tanto que se considera que tais regras estão incorporadas a um direito costumeiro de natureza imperativa, obrigando todos os Estados, sendo possível, inclusive, a relativização da soberania estatal em casos em que ocorrem violações a tais direitos. Nesses casos,

possibilita-se a reclamação direta de indivíduos perante as Cortes criadas para julgar essas violações. (PANEZI, 2003, p. 206-212).

Por isso, a espécie de regra em comento desenvolveu uma intrínseca relação com os Direitos Humanos, de forma que as características do *jus cogens* compartilham com aquelas afetas a esses direitos, como a universalidade, a imperatividade, a impossibilidade de derrogação e a conseqüente nulidade de normas que o derroguem. Destarte, essa relação traz modificações de alguns conceitos antes tidos como absolutos, como é o caso da soberania, que passa a ser limitada pelo *jus cogens*, como resultado de sua evolução. (GALLO, 2006, p. 30-33).

Em relação à posição jurídica da Declaração Universal de 1948, são consideradas normas cogentes aquelas mais importantes ali consagradas e que não fazem parte do direito consuetudinário geral, sendo que há uma tendência de o conceito de *jus cogens* se alargar, abrangendo todos os direitos e liberdades reconhecidas pela referida Declaração. (PEREIRA; QUADROS, 1997, p. 284).

Para que isso aconteça, é necessário que tais direitos sejam reconhecidos como pertencentes ao *jus cogens*, sendo que podem ter origem nos princípios gerais de Direito que forem encarados internacionalmente como obrigatórios, cogentes e inderrogáveis, e nos costumes internacionais, que se destinam a proteger interesses fundamentais, sendo que seu elemento psicológico deve estar no sentido da sua inderrogabilidade, além da obrigatoriedade da prática. (VIEGAS, 1999, p. 186).

Tal norma deve ter caráter geral, ou seja, ser obrigatória universalmente, dirigida a todos os sujeitos da comunidade internacional e vinculando a todos. Por outro lado, entende-se que a oposição de um determinado Estado não impede o nascimento desse tipo de norma, sendo que não há necessidade de unanimidade para isso, bastando que um número representativo da comunidade internacional expresse seu convencimento quanto à sua natureza cogente. (VIEGAS, 1999, p. 183-185).

Comparato considera, no entanto, que “os direitos definidos na Declaração de 1948 correspondem, integralmente, ao que o costume e os princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje, como normas imperativas de Direito Internacional geral (*jus cogens*)”. (2005, p. 224).

Ao que parece, os direitos abarcados pela Declaração Universal preenchem os requisitos para a formação de uma norma da natureza do *jus cogens*, podendo ser vinculante a todos. Assinala-se o já referido caráter universal dos Direitos Humanos, além do fato de que um número expressivo de Estados vêm admitindo a imperatividade desses direitos, incorporando-os em seus ordenamentos internos.

3.2 *Soft Law*

A *soft law* é um novo conceito abordado pela doutrina como, em uma tradução literal, um direito mole, flexível. O fato de a Declaração Universal não ter, em tese, força obrigatória, suscita-se a questão de ela se enquadrar nesse novo tipo de norma internacional.

Seguindo uma tendência moderna do Direito Internacional, surge a *soft law*, a qual se constitui em um conjunto de regras normalmente relacionadas aos Direitos Humanos, relações econômicas internacionais e a proteção do meio-ambiente, sendo que, geralmente, o assunto tratado por esse tipo de norma se refere a novas preocupações da sociedade internacional, mas que ainda não passaram por uma análise efetiva ou, então, certos motivos econômicos ou políticos impedem que os Estados aceitem um instrumento obrigatório a respeito, conseqüentemente, não possuem caráter jurídico. (CASSESE, 2005, p. 196-197).

Nasser assinala que o fenômeno do *soft law* surgiu devido às transformações sociais ocorridas no âmbito das relações estatais, às quais o Direito Internacional deve se adaptar, através da flexibilização em relação às suas normas substantivas, inclusive ao processo de sua elaboração dessas normas. As transformações citadas são referentes à importância dos atores não-estatais e ao emergente debate quanto à elaboração e funcionamento do direito. (2004, p. 421-422).

A *soft law* se relaciona à qualidade de certas normas flexíveis, abertas, ou a instrumentos cuja capacidade para criar direito é incerta ou discutível. (NASSER, 2004, p. 423). Mazzuoli, por sua vez, afirma que a *soft law* compreende

[...] aquelas regras cujo valor normativo é menos constringente que o das normas jurídicas tradicionais, seja porque os instrumentos que as abrigam não detêm o status de 'normas jurídicas', seja porque os seus dispositivos, ainda que insertos dentro do quadro de instrumentos obrigatórios, não criam obrigações de direito positivo aos Estados, ou não criam senão obrigações pouco constringentes. (2006, p. 111).

Para distinguir a *soft law* das demais normas jurídicas, tomam-se dois fatores: é um produto jurídico voltado para a assunção de compromissos futuros e a existência de um sistema de sanções distinto daquele relativo às normas tradicionais, sendo que o seu cumprimento se caracteriza mais como uma recomendação do que uma obrigação dirigida aos Estados. Assim, o segundo fator é concebido como um dos maiores problemas desse tipo de norma. (MAZZUOLI, 2006, p. 111).

Por possuir o grau de efetividade comum aos tratados, costumes internacionais e princípios gerais de direito, principalmente porque não é acompanhada de sanção, como o seu oposto, a *hard law*, ainda se nega à *soft law* um caráter jurídico, além de considerá-la como obrigações naturais ou morais. (SOARES, 2002, p. 129).

Por outro lado, mesmo que essas normas não sejam obrigatórias, servem como referência para acordos ou para tomada de posição por parte dos Estados. Dessa forma, caminham para uma formação gradual de direito costumeiro ou para provisões de tratados, podendo se transformar tecnicamente em lei. Assim, a relevância dos instrumentos de *soft law*, muito embora não se constitua em verdadeira fonte do Direito Internacional, já é assinalada pela prática internacional. (CASSESE, 2005, p. 196-197).

Essas regras podem ter como finalidade fixar metas para futuras ações políticas internacionais ou recomendar aos Estados adequarem as normas internas às regras internacionais contidas na *soft law*, podendo assumir as denominações de *non-binding agreements*, *gentlemen's agreements*, códigos de conduta, declaração de princípios, ata final, entre outras. (SOARES, 2003, p. 93).

A Declaração Universal de 1948, não obstante não estar revestida da natureza de tratado, não se pode caracterizá-la como um instrumento de *soft law*, sendo dito que, nesse caso, por estabelecer um código de ética universal referente à proteção dos Direitos Humanos, integra o chamado *jus cogens*. Além disso, a *soft law* diz respeito à plasticidade e maleabilidade de suas normas, fazendo com que não haja comprometimento estrito a regras previamente estabelecidas pelas partes, o que, em termos de proteção de Direitos Humanos, é inadmissível. (MAZZUOLI, 2006, p. 112-113).

A *soft law* aparece como uma forma de flexibilizar as regras do Direito Internacional. Como o objetivo último da elaboração da Declaração é a promoção e proteção dos Direitos Humanos, direitos esses que devem ser considerados superiores a quaisquer outros, não há que como concebê-la como norma flexível. Ora, se não obstante todos os instrumentos obrigatórios que existem, ocorrem diversas violações a esses direitos, considerar um documento destinado a promovê-los como *soft law* só retrocederia no processo de proteção do ser humano.

4 CONCLUSÃO

Como visto na presente pesquisa, a doutrina apresenta as seguintes hipóteses acerca da natureza jurídica da Declaração: possui eficácia por ser uma interpretação autorizada da Carta das Nações Unidas, quando esta se refere aos Direitos Humanos e liberdades fundamentais; possui eficácia por ser uma norma costumeira internacional; possui eficácia por se constituir em norma peremptória de Direito Internacional geral, ou *jus cogens*; se constitui em *soft law*, e como tal, é uma norma flexível; ela não possui eficácia, sendo apenas uma declaração de princípios.

A Declaração Universal marcou o início do Direito Internacional dos Direitos Humanos, exprimindo normas e princípios relativos ao tema, além de servir como inspiração para instrumentos jurídicos ao redor do mundo, desde tratados e convenções que tratam desses direitos, ou de outros assuntos, até Constituições contemporâneas e leis internas, demonstrando que, de fato, tais direitos são os valores maiores, que devem ser respeitados e protegidos. Além disso, representou a universalização dos Direitos Humanos, concretizando sua concepção contemporânea.

Diante das hipóteses apresentadas na pesquisa acerca da natureza jurídica da Declaração, pode-se concluir que, ao ser ratificada a Carta das Nações Unidas, os Estados concordaram com seus dispositivos, inclusive com aqueles que se referem especificamente aos Direitos Humanos. A Carta, porém, não os definiu. Ato contínuo da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas foi adotar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo unânime aceitação pelos mesmos Estados que ratificaram a referida Carta (salvo as oito abstenções e as duas ausências). Dessa forma, não há como não concluir que um documento depende do outro para sua plena eficácia. Nessa hipótese, apenas os Estados signatários da Carta da ONU estariam obrigados a respeitar a Declaração Universal.

Quanto à possibilidade de ser uma norma costumeira internacional, a Declaração Universal corresponde aos requisitos necessários para tal. Desde sua adoção, os direitos nela dispostos vêm sendo amplamente incorporados em outros documentos vinculantes, além de que a maioria dos Estados passou a adotar condutas correspondentes àquelas ditadas pela Declaração. Dessa forma, ocorreu a repetição de uma prática, e os Estados têm a convicção de que ela é obrigatória e vinculante perante o Direito Internacional. Sendo entendida como norma costumeira, a Declaração Universal tem força vinculante a todos os Estados e não apenas aqueles que a firmaram.

A referida Declaração pode ser considerada, também, como norma peremptória de direito internacional geral, ou *jus cogens*. Como tal, é considerada como a mais importante fonte do Direito Internacional, superior a quaisquer outras. Diante da ampla aceitação de que os Direitos Humanos são, de fato, *jus cogens*, ambos compartilham das mesmas características, como a universalidade, a imperatividade, a impossibilidade de derrogação e a conseqüente nulidade de normas que o derroguem. No entanto, a questão central não é a de elevar o documento em si ao patamar de *jus cogens*, bastando que as normas contidas nele sejam consideradas como imperativas e obrigatórias a todos os Estados, mesmo os não signatários.

Como uma forma de flexibilizar as regras do Direito Internacional, a *soft law* aparece para resolver problemas relativos a questões políticas e econômicas, as quais impedem a elaboração de normas jurídicas. No entanto, os Direitos Humanos não podem sofrer diminuição na qualidade dos instrumentos destinados a protegê-los. A *soft law* corresponde a normas às quais os atores estatais não estão obrigados a respeitar, o que, em termos de proteção de Direitos Humanos, é inadmissível. Dessa forma, não há como conceber que a Declaração Universal, destinada à promoção e proteção dos Direitos Humanos, possa ser considerada como uma norma flexível.

De todo o exposto, pode-se concluir que a Declaração Universal é obrigatória e vinculante, seja por ser considerada parte integrante da Carta da ONU, ou direito costumeiro internacional, ou, ainda, porque é considerada como norma imperativa. O que importa é que o indivíduo deve ter a opção de pleitear os direitos constantes, também, na referida Declaração, principalmente porque nem todos os Estados ratificaram as diversas Convenções destinadas à proteção dos Direitos Humanos, e, além disso, muitos países ainda não fazem parte de sistemas regionais de proteção.

Assim, pelo fato de a Declaração ter iniciado o processo de concretização dos Direitos Humanos em âmbito universal, e por se constituir no documento mais expressivo nesse tema, não há como negar sua eficácia jurídica. Entretanto, o fato de, ainda hoje, existir relutância em aceitar referido documento como um instrumento vinculante, demonstra o quanto se deve evoluir para o fortalecimento da proteção aos Direitos Humanos. A realidade atual, infelizmente, mostra que as violações continuam a ocorrer, o que deve ser absolutamente aniquilado

REFERÊNCIAS

ALVES, J. A. Lindgren. **A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade**. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nádía. (Org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 139-166.

ARAÚJO, Giselle Ferreira. **Proteção dos direitos humanos por organismos internacionais**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n. 58, p. 280-305, jan./mar., 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. 19ª. Reimpressão.

BROWNLIE, Ian; STOCKINGER, Victor Richard; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Coord.) **Princípios de direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 809 p.

CASSESE, Antonio. **International Law**. Oxford University Press, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CUNHA, Renan Severo Teixeira. **Sobre soberania, hegemônias e Direitos Humanos**. *Revista Jurídica*. Campinas, v. 22, n. 1, p. 51-57, 2006.

GALLO, Ronaldo Guimarães. **Soberania: poder limitado (parte II)**. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal. Brasília. 43, n. 170, abr/jun. 2006. p. 25-38. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_170/R170-03.pdf>. Acesso em: 24 out. 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público: Parte Geral**. Manuais para concursos e graduação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15.ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

MURPHY, Sean. **Principles of International Law**. Concise Hornbook Series. Thomson/West, 2006.

NASSER, Salem Hikmat. **Soft law e a transformação do Direito Internacional**. *Estudos de Direito Internacional: Anais do 2º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Curitiba, v. 2, p. 421-424, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta da Organização das Nações Unidas**. Assinada em São Francisco, Estados Unidos, em 1945. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php>. Acesso em: 16 mai. 2007.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada pela Assembléia Geral, Resolução 217 A(III), 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.un.org/Overview/rights.html>. Acesso em: 16 mai. 2007.

_____. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. Adotada em Viena, em 1969. Entrada em vigor em 1980. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>. Acesso em: 25 abr. 2007.

PANEZI, Maria. **Sovereign immunity and violation of jus cogens norms**. *Revue Hellénique de Droit International*. Athenas: L'institut Hellénique de Droit International et Étranger. a. 56, v. 1, 2003.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3.ed. Coimbra: Almeida, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. 3ª. Ed. Atual.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 7. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

SEINTENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Direito internacional público**. 4. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri: Manole, 2003.

VIEGAS, Vera Lúcia. Ius cogens e o tema da nulidade dos tratados. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 144, p. 181-196, out/dez. 1999. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_144/r144-13.PDF>. Acesso em: 04 set. 2007.