

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Melina Girardi Fachin

**Verso e Anverso dos Fundamentos Contemporâneos dos Direitos Humanos e
dos Direitos Fundamentais: da localidade do *nós* à universalidade do outro**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2008**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Melina Girardi Fachin

**Verso e Anverso dos Fundamentos Contemporâneos dos Direitos Humanos e
dos Direitos Fundamentais: da localidade do *nós* à universalidade do outro**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Flávia Piovesan.

**SÃO PAULO
2008**

BANCA EXAMINADORA

A Marcos, companheiro que fez
minha existência conhecer o amor
maior, dedico esse escrito.
Com Fernando Pessoa aprendi a
felicidade está fora da felicidade; com
você, aprendi que ela está ao seu lado.
A você, dedico este trabalho e, junto com
ele, todo meu amor.

Agradeço o privilégio da orientação da Professora Flávia Piovesan, e ao fazê-lo relembro aqui o que Eduardo Galeano nos conta:

"Um homem da aldeia de Neguá, no litoral da Colômbia, conseguiu subir aos céus. Quando voltou, contou. Disse que tinha contemplado, lá do alto, a vida humana. E disse que somos um mar de fogueirinhas. – O mundo é isso – revelou. Um montão de gente, um mar de fogueirinhas. Cada pessoa brilha com luz própria entre todas as outras. Não existem duas fogueiras iguais. Existem fogueiras grandes e fogueiras pequenas e fogueiras de todas as cores. Existe gente de fogo sereno, que nem percebe o vento, e gente de fogo louco, que enche o ar de chispas. Alguns fogos, fogos bobos, não alumiam, nem queimam; mas outros incendeiam a vida com tamanha vontade que é impossível olhar para eles sem pestanejar, e quem chegar perto pega fogo"¹.

Registro minha gratidão à Professora Flávia Piovesan, que engrandece este pequeno trabalho, brilha como chama forte, incendiando aqueles a quem guia, contagiando-nos com seu brilho, brindando-nos com sua afabilidade e inspirando-nos com sua inexaurível força.

¹ O Mundo. **O livro dos abraços**. Porto Alegre: L&PM, 2007, p. 13.

AGRADECIMENTO ESPECIAL

Não poderia deixar de agradecer meus primeiros Mestres: Meu Pai e Minha Mãe – que me educaram sobre a vida e sobre o Direito.

A vocês não há signo vocabular passível de enclausurar a imensa gratidão, orgulho e amor que possuo.

*“Não serei o poeta de um mundo caduco.
Também não cantarei o mundo futuro.
Estou preso à vida e olho meus companheiros.
Estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças.
Entre eles, considero a enorme realidade.
O presente é tão grande, não nos afastemos.
Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas.*

*Não serei o cantor de uma mulher, de uma história,
não direi os suspiros ao anoitecer, a paisagem vista da
janela,
não distribuirei entorpecentes ou cartas de suicida,
não fugirei para as ilhas nem serei raptado por serafins.*

*O tempo é a minha matéria, o tempo presente,
os homens presentes,
a vida presente.”*

(Mãos Dadas. Carlos Drummond de Andrade.)

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo tratar, de modo plural e crítico, a complexa questão dos fundamentos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. O debate em questão não é novo, uma vez que imbricar pelas tortuosas sendas do universalismo dos direitos e do relativismo cultural remonta à própria origem – e à genealogia – desses direitos. Nada obstante, no cenário global contemporâneo, é tema que avulta com força na pauta das discussões. Isto porque a teoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais tem tido especial dificuldade para lidar com o mundo que emerge do choque civilizacional que marca o início do novo milênio. As estruturas e categorias, quer no plano teórico, quer no plano prático, foram concebidas à luz da dicotomia *nós/eles*. Neste cenário multicultural, emerge o desafio de mirar os direitos humanos e os direitos fundamentais como uma política simultaneamente global e cultural, ou seja, como artifícios teóricos de possibilidade universal que, ao revés de instrumentos hegemônicos, estejam abertos e permeados pela realidade cultural. Para cumprir tal mister, imperiosa a análise do surgimento histórico e evolução tanto da matriz universalista quanto da relativista no discurso jurídico. Ainda buscou-se, por meio da jurisprudência internacional, que tem sido arrostada por tais demandas, espelhar o presente debate. Emerge cristalino que, atualmente, há diversas respostas possíveis, embora contraditórias, à questão. O desafio que se coloca, e que o trabalho pretende explorar, é o de problematizar seus limites e suas possibilidades para além de uma resposta única.

Palavras-chave: direitos humanos – direitos fundamentais – multiculturalismo – cultura – diversidade – tolerância.

ABSTRACT

This dissertation is intended to treat, in a plural and critical way, the complex issue of the foundations of human rights and fundamental rights. The debate is not new, since walk down the tortuous roads of the universality of rights and cultural relativism transport us back to the very origin - and genealogy – of those rights. However, in the contemporary global scenario, this subject arises with strength. This is because for the theory of human rights and fundamental rights has been particularly difficult to deal with the world that emerges from the clash of civilizations, which marks the beginning of the new millennium. The structures and categories, in theory, and in a practical level, were designed in the light of the dichotomy *us/them*. In this multicultural scene, raise the challenge of targeting human rights and fundamental rights as a policy both global and cultural, as theoretical artifacts of possible universality, which instead of being hegemonic instruments, are open and influenced by cultural reality. To fulfill this mission, it is important the analysis of the emergence of both the history and evolution of the universalism and relativist matrix in legal discourse. Also important is to mirror this debate by international decisions, which have been confronted by such demands. Currently, there are several possible, though contradictory, answers to the demand. The challenge, that the work will explore, is think its limits and possibilities beyond a single answer.

Key – words: human rights – fundamental rights – multiculturalism – culture – diversity – tolerance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
PARTE I – “NÓS”: ASPECTOS DA FORMAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DA CONCEPÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS	10
Capítulo I – A Proto-História dos Direitos Humanos e Dos Direitos Fundamentais	14
Capítulo II – O Surgimento da Modernidade, as Idéias Iluministas e a Consagração dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais	24
Capítulo III – A Declaração de 1948 e a Concepção Contemporânea dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais.....	40
Capítulo IV – Cosmopolitismo e Cidadania Global: direitos humanos universais e questões contemporâneas	49
PARTE II – REFLEXÕES ACERCA DO RELATIVISMO CULTURAL E SEU IMPACTO NA TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	60
Capítulo I – Corte Metodológico: o sentido da crítica	63
Capítulo II – Cultura: um conceito necessário aos direitos humanos e aos direitos fundamentais.....	72
Capítulo III – O Impacto da Idéia de Cultura na Estrutura Subjetiva: <i>o Homem ou o homem?</i>	85
PARTE III: “NÓS” VERSUS “ELES”: ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA DOS FUNDAMENTOS À LUZ DE JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL	93
Capítulo I - Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos: caso <i>Sandra Lovelace</i>	98
Capítulo II - Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos: casos <i>Dahlab</i> e <i>Leyla Sahin</i>	107
Capítulo III - Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: casos <i>Yakye Axa</i> e <i>Yatama</i>	119
PARTE IV – NÓS NELES E ELES EM NÓS: A Superação da Bipolaridade do Discurso	138
Capítulo I – Relativismo e Universalismo: um debate a ser superado	142
Capítulo II – Novas Perspectivas para Velhos Problemas	151
Capítulo III – <i>Um mais Um é mais que Dois</i> : ética da (in)tolerância	165

CONCLUSÃO	174
REFERÊNCIAS	178

INTRODUÇÃO

Um específico desafio arrima a dissertação que ora se apresenta. A fim de aclará-lo cumpre introduzir o contexto presente no qual esse objetivo se insere, aí explorando, metodologicamente, limites e possibilidades, bem como paradoxos e contradições.

Hodiernamente é sob o argumento da *globalização*¹, em especial da globalização econômica², que se advoga em prol das respostas únicas em um mundo sem fronteiras³ de cidadãos iguais. A busca dessa homogeneização acabou por levar ao crescimento das desigualdades e da exclusão social⁴.

¹ “Aquilo que habitualmente designamos por globalização são, de facto, conjuntos diferenciados de relações sociais; diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenómenos de globalização. Nestes termos, não existe estritamente uma identidade única chamada globalização; existem, em vez disso, globalizações.” (SANTOS, Boaventura Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 239-277).

² Com propriedade, em que pese proferidas a algum tempo, as palavras ainda atuais de Bonavides: “Globalização serve de um Capitalismo de opressão que degrada e corrompe a natureza humana, ela esmaga a personalidade, conculca as franquias do cidadão, nega a soberania, anula a identidade dos povos. Globalização que criou um falso mundo sem alternativas para a liberdade, porque a liberdade nunca teve alternativa. É neste final de século uma tragédia para os direitos humanos.” (BONAVIDES, Paulo. Os direitos fundamentais e a globalização. In: LEITE, George Salomão. **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 172).

³ “Nos últimos 15 anos, o número de pessoas cruzando fronteiras em busca de uma vida melhor vem aumentando. No começo do século 21, uma em cada 35 pessoas é um migrante que veio de um país diferente. Se todos vivessem no mesmo país, ele seria o quinto mais populoso do mundo.” (**Boom da Migração**. http://www.bbc.co.uk/portuguese/especial/1323_migration/index.shtml (acesso em 31 ago. 2007).). Eis o paradoxo do mundo sem fronteiras: “O Canadá solicitará testes de detecção do vírus da Aids (HIV) para quem quiser imigrar para o país, mas não impedirá necessariamente sua instalação no país se o resultado for positivo, declarou terça-feira à ministra da Imigração, Elinor Caplan.” Agence France-Presse - Jun 12, 2001. Disponível em: http://www.aegis.com/news/afp/2001/AFO10677_PT.html. (acesso em 31 ago. 2007). Sem grifos no original.

⁴ “O Brasil é o oitavo país no “ranking” da desigualdade social, apenas atrás da latino-americana Guatemala, e das africanas Suazilândia, República Centro-Africana, Serra Leoa, Botsuana, Lesoto e Namíbia, segundo o coeficiente de Gini, parâmetro internacionalmente usado para medir a concentração de renda. O coeficiente de Gini varia de zero a 1,00. Zero significaria, hipoteticamente, que todos os indivíduos teriam a mesma renda e 1,00, mostraria que apenas um indivíduo teria toda a renda de uma sociedade. O índice brasileiro foi de 0,593 em 2003, segundo o relatório do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) sobre o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) em 177 países. De acordo com o documento, no Brasil 46,9% da renda nacional concentram-se nas mãos dos 10% mais ricos. Já os 10% mais pobres ficam com apenas 0,7% da renda. Na Guatemala, por exemplo, os 10% mais ricos ficam com 48,3% da renda nacional, enquanto na Namíbia, o país com o pior coeficiente de desigualdade, os 10% mais ricos ficam com 64,5% da renda.” (**Folha de S. Paulo**. Reportagem por Patrícia Zimmermann e Clarice Spitz em 7 set. 2005. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fofha/cotidiano/ult95u112798.shtml>. (acesso em 31 ago. 2007).).

Todavia, a globalização também traz consigo a abertura – de fronteiras, países e indivíduos – o *nós*, quiçá, nunca esteve tão próximo do *eles*. Esse movimento plurívoco da globalização "*pode ser muito menos 'pausterizador' das culturas nacionais do que as tradicionais nações*"⁵. Na lição de Otávio Ianni:

(...) o globo não é mais exclusivamente um conglomerado de nações, sociedades nacionais, estados-nações, em suas relações de interdependência, dependência, colonialismo, imperialismo, bilateralismo, multilateralismo. Ao mesmo tempo, o centro do mundo não é mais voltado só ao indivíduo, tomado singular e coletivamente como povo, classe, grupo, minoria, maioria, opinião pública. Ainda que a nação e o indivíduo continuem a ser muito reais, inquestionáveis e presentes todo o tempo, em todo o lugar, povoando a reflexão e a imaginação, ainda assim já não são "hegemônicos". Foram subsumidos, real ou formalmente, pela sociedade global, pelas configurações e movimentos da globalização. A Terra mundializou-se, de tal maneira que o globo deixou de ser uma figura astronômica para adquirir mais plenamente sua significação histórica.⁶

Destarte, ao mesmo tempo em que as globalizações instituem a hegemonia do pensamento único trazem também dentro de si o gérmen da sua própria falência, uma vez que se abrem as possibilidades para um diálogo intercultural. Esta contradição interna já foi apontada por Samuel Huntington:

The world cannot be both one and fundamentally divided between East and West or North and South. Nor can the nation state be the base rock of international affairs if it is fragmenting and torn by proliferating civil strife. The world is either one, or two, or 184 states, or potentially an almost infinite number of tribes, ethnic groups, and nationalities.⁷

É nesse contexto aporético que a doutrina dos direitos humanos e dos direitos fundamentais debruça-se na tentativa de mirá-los como uma política simultaneamente global e cultural. Ou seja, como categorias teóricas de validade universal que, ao revés de artifícios hegemônicos, estejam abertas e permeadas pela realidade cultural.

⁵ DOWBOR, Ladislau. Da globalização ao poder local: a nova hierarquia dos espaços. In: FREITAS, Marcos Cezar de. **A reinvenção do futuro**. São Paulo: Cortez, 1996. p. 63.

⁶ IANNI, Otávio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p.13-14.

⁷ "O mundo não pode ser ao mesmo tempo único e fundamentalmente dividido entre Leste e Oeste ou Norte e Sul. Nem o Estado Nação pode ser a pedra base dos negócios internacionais se ele estiver fragmentado e rasgado por conflitos civis. O mundo é um, ou dois, ou 184 Estados ou potencialmente quase um número infinito de tribos, grupos étnicos e nacionalidades." (Tradução Livre) (HUNTINGTON, Samuel Philip. **The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order**. New York: Simon & Schuster, 2003, p. 36).

Em resumo, direitos humanos globais e culturais – será isto possível?

Note-se, desde logo, que a presente introdução, arrostando a ortodoxia das formas acadêmicas, encontra-se recheada de dúvidas que traduzem os conflitos doutrinários e os conflitos internos desta que os subscreve – móbil do presente trabalho.

Na tentativa de serem plantadas ainda mais indagações – uma vez que o terreno dos pontos finais em matéria de direitos humanos mostra-se, no mínimo, arriscado – a presente dissertação divide-se em quatro momentos distintos para aportar, ao final, em uma conclusão à guisa de problematização.

No primeiro momento, analisar-se-ão algumas reflexões acerca da concepção universal dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. É um mergulho na história e percurso dessas categorias teóricas para trazer à tona a conjuntura histórica e política do surgimento próprio da categoria dos direitos humanos, e conseqüentemente dos direitos fundamentais, dotados de universalidade. Tal resgate e exposição serão levados a efeito tão-só *quantum satis*, sem pretensão de exaurir tema por demais intrincado.

Em contraposição, na segunda parte deste trabalho passar-se-ão em revista as construções que se opõem ao discurso universal ocidental dos direitos humanos. É sob a bandeira do relativismo cultural que o antagonismo ao *human rights talk* emerge. Nesse contexto concepções há em que a própria idéia dos direitos humanos é refutada. O traço fundamental que une todas essas vertentes críticas é a superação do paradigma burguês do individualismo exacerbado. O indivíduo é necessariamente mirado em sua coletividade, enfim, em seu meio cultural.

Necessárias, dessarte, serem levadas a efeito as ponderações acerca da idéia de cultura e seu desenvolvimento, em especial no campo da antropologia, e seu reflexo nas construções locais, ou ainda regionais, de direitos humanos.

O terceiro pilar que almeja equilibrar o trabalho tem como fito analisar casos na jurisprudência internacional das Cortes de direitos humanos que espelham a problemática aqui exposta. O objetivo do estudo de casos é duplo: de um lado, demonstrar que as expressões aqui postas estão no centro da pauta de debate dos direitos humanos no início deste novo milênio; e, de outro, sublinhar a importância do método *tópico*, pouco apreciado pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

Por fim, serão colacionadas as concepções contemporâneas no âmbito da temática apontando diversas correntes e conclusões doutrinárias colhidas acerca

dos fundamentos dos direitos humanos. Tratar-se-á de uma gama de argumentos que, em maior ou menor medida, apontam para a necessidade de um verdadeiro diálogo intercultural superando a usual contraposição dicotômica que se travou entre o *universalismo* e o *relativismo* em matéria de direitos humanos e fundamentais.

Eis aí o universo de nossas preocupações no âmbito deste estudo, contextualizando-o no espaço contemporâneo.

Vive-se hoje em um tempo de constantes conflitos. A bipolaridade que governou o mundo durante os quarenta e cinco anos de *guerra fria* dá vazão a uma multipolaridade desconexa e conflitual que marca o cenário global contemporâneo.

É justamente nesse influxo que Samuel Huntington, autor da polêmica tese do *choque das civilizações*⁸, afirma que a política global tornou-se multifocal e multicivilizacional⁹.

A natimorta proposição de Francis Fukuyama, enunciada após o término da *guerra fria*, acerca do “fim da história”¹⁰ com a preeminência da democracia liberal como última forma do desenvolvimento humano não prosperou.¹¹

Se a história de fato tivesse acabado, estaria presente no contexto global hodierno o nascimento de uma *nova história*, lastreada nos choques e conflitos étnicos e culturais, sob o macro controle dos valores e dos ideais daquela forma de governo planetário.¹²

⁸ A primeira publicação do autor sobre o tema foi, no verão de 1993, o artigo “*The clash of Civilizations?*” publicado no jornal *Foreign Affairs*. O intenso debate gerado a partir do escrito solidificou-se na obra: **The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order**, cuja primeira edição data de 1996. Apesar de mais de uma década de discussões o tema ainda continua na *agenda* política global e Samuel Huntington é reconhecido como um dos principais intelectuais nesta seara.

⁹ “The key issues on the international agenda involve differences among civilizations. Power is shifting from the long predominant West to non-Western civilizations. Global politics has become multipolar and multicivilizational”. “Os assuntos-chaves sobre a agenda internacional envolvem diferenças entre civilizações. O Poder está mudando do Ocidente longamente predominante, para civilizações não Ocidentais. As políticas globais se tornaram multipolares e multicivilizacionais.” (Tradução Livre) (HUNTINGTON, *op. cit.*, p. 29).

¹⁰ FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

¹¹ O referido autor prossegue inabalável em suas teorizações. Em entrevista recente ao jornal Folha de S. Paulo reafirmou suas enunciações de que o liberalismo democrático ocidental triunfou sobre as idéias comunistas haja vista que “não apareceu nenhuma ideologia nova”. Ao ser indagado acerca dos conflitos ocorrentes na atualidade asseverou: “O que aconteceu foi uma reação aos EUA, à globalização e à alternativa que eles representam.” (*Idem*. Entrevista concedida a Guiliano Guandalini. **Jornal Folha de S. Paulo**, 29 abr. 2001. Disponível em: //agenciafog.com.br/centralhall (acesso em 31 ago. 2007).).

¹² Pronuncia-se o atual fundador e editor da revista *Blindside* sem perder seu tom profético: “The collapse of communism, the rapid emergence of China and India as major economic powers, the

Haja vista a dinamicidade dos conflitos, não é objetivo do presente trabalho, sob pena de imediata desatualização, quantificá-los¹³. Porém é indubitável que se presencia no mundo atual alguns conflitos (re)correntes, apenas para citar: Iraque¹⁴, Afeganistão, Israel, Sudão, Colômbia, Cashemira, Paquistão, Costa do Marfim,

September 11 attacks, the appearance of relatively new diseases like HVI/AIDS and H5N1 bird flu, Hurricane Katrina – the past decade and half has demonstrated that nothing is as certain as uncertainty in global politics. (...) But far fewer people have ever tried to understand *why* the future is inherently difficult to anticipate and how to mitigate our blindness to its vicissitudes in a more systematic way than societies and governments have been able to do heretofore. The task is a complex one. Those who deal professionally with global politics, foreign policy, and national security affairs have particular biases when it comes to thinking about the future. (...) It is, of course, not possible to anticipate all the possible low-probability events that may litter world history in coming months and years. And even if one could anticipate many different futures, it would be impossible to hedge against any of them. Hedging is usually an expensive strategy in which high opportunity costs forsaken have to be weighed against other alternatives. So how does one deal practically with the problem of being blindsided?" "O colapso do comunismo, a rápida emergência da China e da Índia como potências econômicas principais, os ataques de 11 de setembro, o aparecimento de novas doenças como HIV/Aids e H5N1 gripe aviária, o furacão Katrina – a última década e meia demonstram que nada é tão certo como a incerteza nas políticas globais. (...) Mas, bem menos pessoas já tentaram entender por quê o futuro é inerentemente difícil de se antecipar e como suavizar nossa cegueira em relação a suas vicissitudes de modo mais sistemático do que as sociedades e governo puderam fazer até agora. A tarefa é muito complexa. Aqueles que lidam profissionalmente com políticas globais, política estrangeira e negócios de segurança nacional têm inclinações particulares no que se refere ao futuro. (...) Não é possível, é claro, antecipar todos os possíveis eventos de baixa probabilidade que podem se espalhar pela história mundial nos próximos meses e anos. E mesmo que alguém pudesse antecipar muitas diferenças futuras, seria impossível restringi-las, limitação é uma estratégia cara na qual renegados custos de grande oportunidade têm que ser pesados contra alternativas. Então, como é que a gente lida de modo prático com o problema de ser cego?" (Tradução Livre) (FUKUYAMA, Francis. *The Challenges of Uncertainty*. In: _____ [ed.]. **Blindside: how to anticipate forcing events and wild cards in global politics**. Washington: Brookings Institution Press, 2007. p. 1-3).

¹³ "As of early 1993, for instance an estimated 48 ethnic wars were occurring throughout the world, and 164 territorial-ethnic claims and conflicts concerning borders existed in the former Soviet Union, of which 30 had involved some form of armed conflict". "No começo de 1993, por exemplo, uma estimativa de 48 guerras étnicas estavam ocorrendo no mundo todo, e 164 conflitos relativos a fronteiras e reivindicações étnicas territoriais existiam na antiga União Soviética, das quais 30 envolviam alguma forma de conflito armado". (Tradução Livre) (HUNTINGTON, *op. cit.*, p. 35).

Em 14/08/2005, "the number of wars has been declining sharply since the end of the Cold War. There were about fifty wars going on in 1991, when the Soviet Union collapsed. Ten years later, there were half as many. Even after the 9/11 attacks, and the invasion of Iraq, the number of wars continued to decline. Today, it is about twenty. We track sixteen as active (**Iraq, Afghanistan, Israel, Sudan, Colombia, Kashmir, Pakistan, Ivory Coast, Congo, Somalia, Nepal, Sri Lanka, Philippines, Chechnya, Burundi and Thailand**), plus about a dozen that are really low level, just ended (and still liable to restart) or just dormant for the moment." "O número de guerras diminuiu acentuadamente desde o fim da Guerra fria. Havia cerca de 50 guerras acontecendo em 1991 quando a União Soviética caiu. Dez anos depois, havia metade. Mesmo depois do ataque de 11 de setembro e a invasão do Iraque, o número de guerras continuou a declinar. Hoje em dia, são cerca de 20. Nós rastreamos 16 ativas (Iraque, Afeganistão, Israel, Sudão, Colômbia, Caxemira, Paquistão, Costa do Marfim, Congo, Somália, Nepal, Sri Lanka, Filipinas, Chechênia, Burundi e Tailândia) e mais 12 que são de nível baixo ou acabaram de terminar (e ainda com probabilidade de recomeçar) ou apenas inativas no momento." (Tradução Livre) (*Ethnic Differences Are The Big Killer*. Disponível em: <http://www.strategypage.com/qnd/wars/articles/20050814.aspx> (acesso em 31 ago. 2007).).

¹⁴ De acordo com os dados oficiais trazidos pelo jornal **The New York Times**, o ano de 2007 foi o mais sangrento desde o início da guerra do Iraque matando pelo menos 18 (dezoito) mil civis. (**The New York Times**. Edição de 1º de janeiro de 2008. International. A8).

República Democrática do Congo¹⁵, Somália, Nepal, Sri Lanka, Filipinas, Chechênia, Burundi, Tailândia, Moçambique, Eritreia, Irã, Timor Leste, Armênia, entre outros.

A fantasia de consenso gerada pelo fim do duelo bipolar, estampada nas enunciações de Fukuyama, perdurou pouco. A *cortina de ferro* que dicotomizava¹⁶ o mundo, partindo a Europa central, em que pese sua alteração geográfica, ainda mantém-se viva nas mentes ao separar o cristianismo ocidental das culturas orientais e islâmicas.

Vê-se o despontar de países, dotados de potência econômica e militar, que reafirmam seus valores culturais e rejeitam a imposição dos valores ocidentais. As pretensões ocidentais universalistas, e a resistência dos “não-ocidentais”, geram conflitos e choques entre civilizações crescentes, em especial na Ásia e no mundo islâmico.

Nas observações de Huntington:

In the post-Cold War flags count and so do other symbols of cultural identity, including crosses, crescents, and even head coverings, because culture counts, and cultural identity is what is most meaningful to most people. People are discovering new but often old identities and marching under new but often old flags which lead to wars with new but often old enemies.¹⁷

A civilização ocidental tem tido especial dificuldade para lidar com este mundo pluripartido que emerge. Isto porque as estruturas e categorias, quer no plano teórico, quer no plano prático, sempre foram pensadas à luz da dicotomia

¹⁵ Antes conhecido como República do Zaire de 1971 até 1997. É nesse sentido que o periódico **The Washington Post** conceitua “the volatile East África”. (**The Washington Post**. Edição de 1º de janeiro de 2008. See: KENYA, Cover and A8, col. 4).

¹⁶ “People are always tempted to divide people into *us* and *them*. (...) Historically correlating with this economic division is the cultural division between West and East. (...) At a more general level, conflicts between rich and poor are unlikely because, except in special circumstances, the poor countries lack the political unity, economic, power, and military capability to challenge the rich countries. (...) The unity of the non-West and the East-West dichotomy are myths created by the West”. “As pessoas sempre são tentadas a dividir os povos entre *nós* e *eles*. Historicamente, combinando com esta divisão econômica está a divisão cultural entre o Leste e o Oeste. Em nível mais geral, os conflitos entre pobres e ricos são improváveis porque, exceto em circunstâncias especiais, os países pobres não têm unidade política, econômica, poder e capacidade militar para desafiar os países ricos (...). A Unidade da dicotomia não-Occidental e Ocidente-Oriente são mitos criados pelo Ocidente.” (Tradução Livre) (HUNTINGTON, *op. cit.*, p. 32-33).

¹⁷ “No pós-Guerra Fria as bandeiras e outros símbolos de identidade cultural contam, incluindo cruces, crescentes e até mesmo, véus para coberturas de cabeça, porque a cultura conta e a identidade cultural é o que é mais significativo para a maioria das pessoas. As pessoas estão descobrindo novas, mas com frequência, velhas identidades e marchando novas, mas com frequência, velhas bandeiras que levam à guerra com novos, porém com frequência, velhos inimigos.” (Tradução Livre) (*ibidem*, p. 20).

entre “*nós e eles*”¹⁸, a partir do foco hegemônico da dominação.

No plano teórico, a *cultura dos direitos humanos*¹⁹ não tem dado conta de responder às demandas que a fecunda dinâmica realidade dos fatos e das relações sociais lhes impõe cotidianamente.

Diversas respostas possíveis e contraditórias, porém igualmente válidas, se apresentam. O desafio que se coloca, e que este trabalho pretende modestamente analisar, é se existe uma resposta única.

A premissa básica é da conexão imperiosa com a realidade e sua própria diversidade que se está aqui a referir. Não há – nem haverá – uma apreciação uma aceitável para abraçar toda a complexidade da temática.²⁰

Entre o *nós e eles* os direitos humanos perderam-se nas teias e tramas intrincadas que formam as diferentes estruturas sociais e culturais. Isto porque este *choque de civilizações e culturas* remonta à aporia que reside, ainda insatisfatoriamente replicada, no âmago da categoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais²¹, seu próprio fundamento.

Em síntese: qual o baldrame unificador da categoria dos direitos humanos e fundamentais? Ou, melhor ainda, há um alicerce unificador? Em caso afirmativo, qual seria? – São estas as questões sobre as quais a presente dissertação pretende

¹⁸ IANNI, *op. cit.*

¹⁹ Nesse sentido ver: PUSSOLI, Lafaiete; MARCÍLIO, Maria Luiza. **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 1998.

²⁰ “Um conceito satisfatório somente poderia ser obtido com relação a uma ordem constitucional concreta”. (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 80).

²¹ Com a complexidade do real cotidiana, torna-se tarefa abstrusa identificar comando unívoco de nomenclatura para esta categoria teórica, uma vez que se refere a *direitos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem* entre diversos outros. O emprego da locução *direitos do homem* suscita, quiçá, menos indagações, uma vez que é refutada tomando em consideração sua base jusnaturalista. Isto posto, os direitos humanos podem ser compreendidos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional. Já a noção de direitos fundamentais tende aludir a aqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em sua normatividade constitucional, e gozam de uma tutela reforçada. O que fica claro é que, não obstante as inúmeras semelhanças entre ambas, há distinções entre os dois grupos não sendo estes reflexos recíprocos ou meros sinônimos. A falta de identidade entre o rol dos direitos humanos e o catálogo constitucional é, de certa forma, inevitável. Ainda assim, não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas sim de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas. Estas categorias são inequivocamente próximas e seus sentidos podem se somar, formando um corpo harmônico em busca de um desígnio comum que é a efetiva proteção da pessoa humana. Nas palavras de Michel Villey, “ninguém ganha em falar uma linguagem confusa, cujo recorte não corresponde bem às estruturas da realidade”. (VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 10).

refletir de modo crítico, dialético e poroso sem, contudo, a (perigosa) pretensão de aportar em resposta satisfatória.

A complexidade que surge do tema é patente, pois conduz a questionamento presente no cerne do próprio ordenamento jurídico: *por que nós, seres humanos, possuímos direitos?*

A busca desse denominador comum, ou melhor, de fundamento dos direitos humanos e fundamentais seria, nas palavras de Joaquín Herrera Flores, “*descobrir o processo pelo qual nós podemos captar nossa própria essência, é dizer, descobrir o processo a partir do qual nós, seres humanos, damos sentido a nossas exigências, necessidades e valorações mais genéricas*”.²²

No mundo do amanhã, que hoje se inicia, a resposta da teoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é imperativa, pois, “the challenge is endemic to liberal democracies because they are committed in principle to equal representation of all. Is democracy letting citizens down, excluding or discriminating against us in some morally troubling way, when major institutions fail to take account of our particular identities?”²³.

Eis, em breve síntese, o caminho que se pretende percorrer.

O texto e a pesquisa se lançam às tortuosas, porém fascinantes, viagens da busca flutuando entre os pólos universais e culturais, guiados pela bússola da necessidade da efetivação prática dos direitos humanos e fundamentais nas sociedades contemporâneas.

Resta aqui a perspectiva que ao trilhar, da terra do *nós*, à terra *deles*, emerja a descoberta do elemento aglutinador que torna todos iguais em humanidade, e que, nesta caminhada, se perceba que a *distância entre nós*²⁴ é maior do que deveria ser

²² FLORES, Joaquín Herrera. La fundamentación de los derechos humanos desde la Escuela de Budapest. In: PRIETO, Fernando; THEOTÓNIO, Vicente. [dir.]. **Los derechos humanos: una reflexión interdisciplinar**. Córdoba: ETEA, 1995. p. 27. [Tradução livre]

²³ “O desafio é endêmico às democracias liberais porque elas estão comprometidas, em princípio, a igualar representação de todos. A democracia está desapontando os cidadãos, excluindo ou discriminando de modo moralmente problemático, quando as grandes instituições deixam de contar com nossas identidades particulares?” (Tradução Livre) (GUTMAN, Amy. Prefácio. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalism: examining the Politics of Recognition**. Princeton: Princeton University Press, 1994. p. 3).

²⁴ Referência ao romance de Thrity UMBRIGAR (**A distância entre nós**. São Paulo: Nova Fronteira, 2007). De acordo com a resenha do romance ímpar: “BOMBAIM, ÍNDIA. Duas mulheres. Duas vidas. Dois destinos que poderiam ser um só. Sera e Bhima estão indiscutivelmente ligadas, seja pelo silêncio ou pela cumplicidade. Mas ao mesmo tempo estão distantes, separadas por uma fronteira intransponível. Como se o fio que as une não fosse forte o suficiente para agüentar uma descarga elétrica, força que parece definir a sorte e a tragédia da patroa e da empregada. Duas vidas

e menor do que pensávamos.

marcadas pela decepção, enganadas pela traição, sujeitas a uma sociedade cruel cuja voz berra e marca a fogo a existência dessas mulheres.”

PARTE I – “NÓS”: ASPECTOS DA FORMAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DA CONCEPÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O primeiro pilar para o qual aponta este singelo trabalho é o da formação e consolidação do fundamento universalista dos direitos humanos. Trata-se, portanto, da própria história²⁵ humana ocidental.

É justamente por ser esta a baliza dos direitos humanos e fundamentais que sua análise se torna tão complexa e dificultosa. Há que se despir das pré-compreensões²⁶ formadas para analisar, de fato, de onde elas abrolharam.

É nesse influxo que esta parte primeira divide-se, ao seu turno, em quatro partes distintas. Um capítulo inicial, acerca da *proto-história* dos direitos humanos, é destinado ao desvelar das concepções e construções teóricas pievas sobre essas categorias.

Em um segundo momento, com o analisar da modernidade iluminista e do gérmen da idéia *stricto sensu* de direitos humanos universais até hoje vigentes.

Em seguida, em um terceiro capítulo, impende explorar o contexto e as concepções teóricas que envolveram a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pelas Organizações das Nações Unidas, no ano de 1948, que inaugurou a dita *concepção contemporânea de direitos humanos*²⁷.

Por fim, cumpre trafejar pelas sendas do cosmopolitismo e da cidadania global como um dos fundamentos mantenedores do alicerce universalista dos direitos humanos e fundamentais no cenário globalizante.

²⁵ “Fazer filosofia da história significa, diante de um evento ou de uma série de eventos, pôr o problema do ‘sentido’, segundo uma concepção finalística (ou teleológica) da história (e isso vale não apenas para a história humana, mas também para a história natural), considerando o decurso histórico em seu conjunto, desde sua origem até sua consumação, como algo orientado para um fim, para um *telos*.” (BOBBIO. *A era ...*, p. 50). Essa teleologia pode nos conduzir para diversos caminhos. Dentro desses contrapõem-se a concepção hegeliana na qual a história é a realização da idéia de liberdade, e a amarga concepção nietzschiana, de acordo com a qual a humanidade dirige-se para o seu próprio fim (nihilismo).

²⁶ “O intérprete deve ter consciência de suas próprias pré-compreensões”, afirma Hans-George Gadamer. Nesse sentido surge a idéia do que o autor chamou de *círculo hermenêutico*: a interpretação de um problema pressupõe sempre um problema situado na história do intérprete e que, só poderá ser entendido a partir de sua pré-compreensão, o que implica uma conexão circular entre o texto interpretado e o ambiente que lhe circunda. Texto e contexto interagem. (GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997).

²⁷ Expressão cunhada pela Professora Flávia PIOVESAN. In: **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

No que tange à evolução histórica dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, Konrad Stern tripartiu-a em etapas, quais sejam: a primeira fase que cunhou de pré-história, a qual se estende até o século XVI; a segunda fase, intermediária, que corresponde às doutrinas jusnaturalistas dos direitos do homem; e, por fim, a fase da constitucionalização destes nas Cartas Modernas a partir de 1776²⁸.

Em que pese a relevância dessa contribuição doutrinária, não é exatamente este caminho que o presente trabalho irá traçar por opções metodológicas diversas e corte histórico diferenciado, todavia, este conjunto de idéias subsiste como pano de fundo das ponderações que ora seguem.

Este pequeno desenvolvimento histórico que se pretende abalizar, à vista dos cerimoniais acadêmicos, pode aparentar-se um tanto quanto recursivo, uma vez que o *mal* que acomete muitos dos trabalhos é justamente a necessidade de principiar resgatando elementos das tradições jurídicas, não raro do direito romano.

Neste caso, entretanto, justifica-se sua presença uma vez que, em matéria de direitos humanos e fundamentais, o mais longe que costumamos viajar é até o surgimento moderno da razão iluminista e a conseqüente concepção moderna (universal) de direitos humanos e fundamentais. “Sem a ajuda da história”, comenta Villey, “não há filosofia verdadeira”²⁹.

É justamente a relevância desse laço entre filosofia do direito e a história que salienta Habermas:

(...) a história da teoria é um componente necessário, um reflexo da tensão entre faticidade e validade, entre a positividade do direito e a legitimidade pretendida por ele, latentes no próprio direito. Essa tensão não pode ser trivializada nem ignorada, porque a racionalização do mundo da vida impede cada vez mais que se cubra a necessidade de legitimação do direito estabelecido – apoiado nas decisões modificáveis de um legislador político – lançando mão da tradição e da eticidade consuetudinária.³⁰

No mesmo diapasão, a lição de Ingo Sarlet:

²⁸ Citado por SARLET, Ingo Wolfgang (**A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 43).

²⁹ (VILLEY, *op. cit.*, p. 12). A reflexão histórica que neste trabalho delinea-se refuga duas concepções históricas equivocadas e bastante difundidas: a idéia de que tudo na história seja progresso e movimento.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a faticidade e a validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2, p. 128.

É necessário frisar que a perspectiva histórica ou genética assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.³¹

Para que o presente trabalho alcance seu objetivo, torna-se necessária a indagação e verificação das formulações teóricas anteriores, uma vez que comumente costuma-se falar que os *direitos humanos nascem universais*. Sabe-se, contudo, que este nascimento de direitos humanos e fundamentais universal possui data e contexto histórico-político bem marcado, a modernidade. O que nos deixa a lacuna e o ímpeto respectivo de analisar qual foi seu caminho até então.

“Os direitos humanos nasceram na Europa Moderna”³², afirma inequivocamente Michel Villey. No entanto, em que pese a configuração contemporânea dos direitos humanos remontar às reflexões européias modernas, foi justamente seu galgar histórico até então que assim os configurou.

Eis o porquê da digressão que ora segue, conforme justificativa do próprio autor: “A unidade da natureza do homem e sua eminência foram reconhecidas desde os tempos mais remotos. Mas coisas muito diferentes são os *direitos humanos*. A presente proliferação dos congressos internacionais não demonstra o progresso da ciência histórica”³³.

Nas palavras de Leszek Kolakowski:

It is often stressed that the Idea of human rights is of recent origin, and that this is enough to dismiss its claims to timeless validity. In its contemporary form, the doctrine is certainly new, though it is arguable that is a modern version of the natural law theory, whose origins we can trace back at least to the Stoic philosophers and, of course, to the Judaic and Christian sources of European Culture.³⁴

³¹ SARLET. **A eficácia** ..., p. 42.

³² VILLEY, *op. cit.*, p. 10.

³³ *Ibidem, loc. cit.*

³⁴ “Sempre se enfatiza que a idéia dos direitos humanos é de origem recente, e que é suficiente para liberar suas reivindicações de validade infinita. Na sua forma contemporânea, a doutrina certamente é nova, embora se argumenta que seja uma visão moderna da teoria do direito natural, cujas origens podemos rastrear por pelo menos, até os filósofos Estóicos e, é claro, às fontes judaicas e Cristãs da Cultura Européia.” (Tradução Livre) (KOLAKOWSKI, Leszek. **Modernity on Endless Trial**. Chicago: Chicago University Press, 1990, p. 214).

A presente investigação biográfica dos direitos humanos e fundamentais apóia-se, de certo modo, na própria natureza histórica desses, consoante convicção de Norberto Bobbio:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.³⁵

Mister ressaltar que o sentido da evolução dos direitos humanos e dos direitos fundamentais aqui posta é apenas um dos muitos trilhos possíveis para se analisar o desenvolvimento dessas categorias. A temática ainda hoje suscita controvérsias e não é uníssona na doutrina.

Eis que partimos.³⁶

³⁵ BOBBIO. **A era ...**, p. 5.

³⁶ Capta-se, aqui, ao menos em parte, a metáfora de Grogan: “(...) como na vida (...) o destino não era mais importante que a viagem”. (GROGAN, John. **Marley e eu**: a vida ao lado do pior cão do mundo. São Paulo: Prestígio, 2006, p. 236).

1 A PROTO-HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ausência de um pensamento sistemático quanto aos direitos humanos e fundamentais, e o desconhecimento do fenômeno da limitação do poder, levou, por muito tempo, a vertente historiográfica dominante a negar a importância das culturas antigas para a caracterização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Entretanto, se forem compreendidos os direitos humanos e os direitos fundamentais como direitos subjetivos atribuídos a um ser humano, se apreenderá manifestações diretas destes na antiguidade: “o Código de Hamurabi (Babilônia, século XVIII antes de Cristo); no pensamento de Amenófis IV (Egito, século XIV a. C.); na filosofia de Mêncio (China, século IV a. C.), na República de Platão (Grécia, século IV a. C.), no Direito Romano e nas inúmeras civilizações ancestrais”³⁷.

Os axiomas da liberdade, da igualdade entre os homens, e da dignidade da pessoa humana, têm suas raízes fincadas no pensamento da antiguidade clássica.

Historicamente, poder-se-ia remontar o nascimento e sentido dos direitos humanos e fundamentais ao cognominado *período axial*. De acordo com as lições de Karl Jaspers³⁸, essa ocasião histórica (*anchsenzeit*), que se estende dos séculos VII a II a.C., conformou o manancial histórico da humanidade.

Isso porque as explicações fantásticas, advindas da mitologia, reinantes até então, cedem espaço para o nascimento da racionalidade calcada na centralidade do sujeito. É justamente nesse período que acompanhamos o surgimento da filosofia

³⁷ (HERKENHOFF, João Batista. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994. v. 1, p. 51). Nesse sentido afirma Fernando Barcellos de Almeida: “A pedra, uma Estela redondada de basalto negro de 2,25 metros de altura por 1,90 de largura, sobreviveu até os nossos dias para atestar uma autolimitação do poder por um monarca absoluto, que se considerava o único representante de Deus na terra. (...) ele preferiu limitar, pela lei, os seus próprios poderes e os poderes de seus esperados descendentes ou sucessores. (...) Que o oprimido – proclama Hamurabi – que tenha um litígio, venha ante a minha imagem de Rei do Direito e leia as inscrições de meu código, que ouça minhas preciosas palavras e que meu código se aplique à sua causa”. (ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 43).

Em adição ao debate, afirma Sarlet: “Ainda que consagrada a afirmação de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, nos legou algumas idéias chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais inalienáveis”. (SARLET. **A eficácia** ..., p. 44).

³⁸ JASPERS, Karl. **Vom Ursprung und Ziel der Geschichte**. Munich und Zurich: R. Piper & Co Verlag, 1983, p. 19-42.

e a compreensão do homem como ser livre e racional.

Nas palavras de Fábio Konder Comparato:

No século V a.C., tanto na Ásia quanto na Grécia (o “século de Péricles”), nasce a filosofia, com a substituição, pela primeira vez na história, do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. O indivíduo ousa exercer sua faculdade de crítica racional da realidade.³⁹

Com essa centralidade racional, o homem – mirado em sua perspectiva aberta e coerente – torna-se *per se* o fundamento supremo de todas as ações humanas. Neste influxo, na filosofia, ao abandonar as explicações e bases fantásticas, “o homem torna-se, em si mesmo, o principal objeto de análise e reflexão”⁴⁰.

Nesse momento exsurge, originalmente, o próprio homem como fundamento intelectual para os direitos a ele dirigidos.

Com o desabrochar estruturante das religiões, tendo em vista o abandono mitológico, aparece pela primeira vez na história a fé monoteísta⁴¹, que tem por escopo a supremacia dos seres humanos e a igualdade essencial entre os homens livres e racionais.

Nas lições de Hannah Arendt, a supremacia humana é conseqüência direta de “Deus ter criado o homem à sua imagem e semelhança”⁴², pensamento presente na cultura judaico-cristã que “sempre sustentou que a própria vida é sagrada, mais sagrada que tudo mais no mundo, e que o homem é o ser supremo sobre a terra”⁴³.

³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9.

⁴⁰ *Ibidem, loc. cit.*

⁴¹ “Na linha dessa tendência à racionalização, durante o período axial, as religiões tornam-se mais éticas e menos rituais ou fantásticas. Em lugar dos antigos cultos à natureza, ou da adoração dos soberanos políticos, busca-se alcançar uma esfera transcendental ao mundo e aos homens; ou então, como na China, desenvolve-se a veneração aos antepassados como modelos éticos para as novas gerações. Algumas idéias cardeais do ensinamento de Zarathustra – a imortalidade da alma, o Julgamento Final, a atuação divina sobre o mundo através do Espírito Santo – são assimiladas pelo judaísmo e, por intermédio deste, passam ao cristianismo e ao islamismo. A fé monoteísta alcança em Israel sua expressão mais pura no século VI a. C. com o Dêutero-Isaías, o autor anônimo dos capítulos 40 a 55 do Livro de Isaías. A relação religiosa torna-se mais pessoal e o culto menos coletivo e indireto: a grande inovação é que os indivíduos podem, doravante, entrar em contato direto com Deus, sem necessidade da intermediação sacerdotal ou grupal. Enquanto isso, a força da idéia monoteísta acaba por transcender os limites do nacionalismo religioso, preparando o caminho para o culto universal do Deus único e a concórdia final das nações”. (*Ibidem*, p. 10).

⁴² BÍBLIA. Velho Testamento. Gênesis I, 26.

⁴³ *Apud*: LAFER, Celso. **A reconstrução histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Cia.

Na medida em que as especificidades religiosas locais abrem espaço para um culto único e assemelhado, observa-se o nascimento de vínculos de aproximação e compreensão recíprocos entre os diversos povos. Destarte, para além das divergências culturais próprias, os homens de diversas Nações unem-se sob o manto de um laço maior.

No que concerne ao período axial e sua suma importância para a fundamentação dos direitos humanos e fundamentais, sumaria Fábio Comparato:

Em suma, é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião, ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.⁴⁴

A evidência desse período universal seria a condição de validade para o pensamento universalista acerca dos direitos humanos e fundamentais. O período axial, que teve como mola propulsora a diferenciação entre humano e divino, alastrou-se pelas diferentes culturas existentes.

Neste diapasão, Habermas explica:

O potencial universalista não é absolutamente uma peculiaridade das tradições ocidentais, mas pode, ao contrário, ser documentado em todas as imagens do mundo nascidas entre 800 e 300 a.C., na China, Índia, Grécia e Israel. Essas doutrinas superam o pensamento mítico na medida em que objetivam o mundo *in totum*, distinguem a ordem natural da ordem histórica, reduzem a um princípio a multiplicidade dos fenômenos e substituem as explicações narrativas com explicações argumentativas. Ao mesmo tempo, o indivíduo singular aprende a refletir sobre sua posição e sobre as suas realizações construtivas; por isso surgem modelos individualizados do Eu e da alma. Ora, todas essas imagens racionalizadas do mundo expressam estruturas universalistas de consciência, quer provenham de filósofos chineses, indianos e gregos, quer de profetas ou de Buda. Somente por essa razão é que elas expressam um corte revolucionário entre as civilizações arcaicas e as que se desenvolvem sob uma forma imperial. K. Jaspers fala de 'período axial', já que foram abertas então possibilidades estruturais, 'das quais a humanidade viveu até hoje (...)' O fato é que, depois desse momento, a recordação e o despertar das possibilidades daquela época – renascimentos – sempre suscitaram um ímpeto espiritual.⁴⁵

das Letras, 1998, p. 119.

⁴⁴ COMPARATO, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Para a construção do materialismo histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 201.

Daí se pode inferir que a grande contribuição do dito período axial é a categorização universal dos seres humanos com base na igualdade essencial entre eles.

Essa compreensão abrangente nasce intimamente vinculada à lei escrita, pois esta inaugurou a apreensão de que todos os seres racionais e livres têm iguais direitos e devem ser igualmente respeitados.

Foi nas civilizações gregas, em especial na *cidade-estado* de Atenas, que a organização social assentou-se no império da lei escrita (*nomos êngraphon*).

Ao lado das leis escritas – que tinham como baldrame a condição subjetiva – havia outra categoria de normas não escritas – *nomos ágraphon* – que tinham como alicerce a compreensão divina.

Com a primazia racionalista, cada vez mais o fundamento religioso foi afastado das leis não-escritas. Já em Aristóteles⁴⁶ estas aparecem como “leis comuns”⁴⁷.

Imperativa, portanto, era a busca de um outro fundamento para lastrear as leis não-escritas que refletiam os costumes comuns do povo. Os sofistas, e mais tarde os estóicos, encontraram-no na natureza das coisas (*phisys*).

Nessa toada da tradição grega, ensina Celso Lafer:

Na vertente grega da tradição cabe mencionar o estoicismo, que na época helenística, com o fim da democracia e das cidades-estado, atribuiu ao indivíduo que tinha perdido a qualidade de cidadão, para se converter em súdito das grandes monarquias, uma nova dignidade. Esta nova dignidade resultou do significado filosófico conferido ao universalismo de Alexandre. O mundo é uma única cidade – *cosmo-polis* – da qual todos participam como amigos e iguais. À comunidade universal do gênero humano corresponde também um direito universal, fundado num patrimônio racional comum, daí derivando um dos precedentes da teoria cristã da *lex aeterna* e da *lex naturalis*, igualmente inspiradora dos direitos humanos.⁴⁸

O estoicismo, por sua vez, apoiou-se em duas idéias basilares, quais sejam, a *unidade moral do ser humano* e a *dignidade do homem*. Isto porque, na qualidade de filhos de Zeus, não obstante as inúmeras divergências culturais que havia, todos os homens livres e racionais eram iguais em dignidade.

⁴⁶ É nesse contexto que encontramos o sentido de *politea*, modo de ser da *polis*, em seus escritos. (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Bauru: Edipro, 2002, *passim*).

⁴⁷ Esta idéia após manifesta-se na civilização romana como o *ius gentium*. (COMPARATO, *op. cit.*, p. 14).

⁴⁸ LAFER, *op. cit.*, p. 119.

Nesse conjunto de idéias aporta o surgimento da concepção cristã. No pensamento cristão todos os homens são iguais perante os olhos de Deus. Sobre esta passagem histórica: “Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus).”⁴⁹

Nas palavras de Villey, “o cristianismo libertou os indivíduos, trouxe o senso da liberdade, da igualdade e fraternidade de todos”⁵⁰.

Sublinha-se que o conjunto de homens iguais em dignidade, na antiguidade clássica, possuía interpretação restritiva. Como alerta Ingo Sarlet: “verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade”⁵¹.

Estava-se aqui a tratar de uma igualdade formal, ou ainda, de um plano transcendente, haja vista os inúmeros atentados aos direitos humanos que foram institucionalmente subscritos pela fé cristã, em especial, pela entidade romana da Igreja Católica.⁵²

Nada obstante, no que concerne à afirmação cristã da pessoa humana, afirma Comparato:

De qualquer forma, a mensagem evangélica postulava, no plano divino, uma igualdade de todos os seres humanos, apesar de suas múltiplas diferenças individuais e grupais. Competia, portanto, aos teólogos aprofundar a idéia de uma natureza comum a todos os homens, o que acabou sendo feito a partir dos conceitos desenvolvidos pela filosofia grega.

A *pedra de toque* que diferencia esta vertente clássica que emerge acerca dos direitos humanos e fundamentais e outras que a sucedem, é que estas são

⁴⁹ SARLET. **A eficácia** ..., p. 44.

⁵⁰ (VILLEY, *op. cit.*, p. 80). Acerca do mesmo tema afirma o autor: “O lugar-comum de que os direitos humanos são um produto do cristianismo, ou do judaico-cristianismo é onipresente na literatura cristã”. (*Ibidem*, p. 107). Contestando essa ordem de idéias o mesmo autor: “Não nos parece que o catolicismo tenha sido o berço dos direitos humanos. Lembro que o papado, até uma época muito recente (salvo erro, até João XXIII), permaneceu constante em sua atitude de hostilidade aos ‘direitos humanos’”. (*Ibidem*, p. 136).

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30.

⁵² “Mas essa igualdade dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus.” (In: COMPARATO, *op. cit.*, p. 18).

“essencialmente concessões espontâneas de um monarca com poderes absolutos, mas justo e inteligente, como o Rei Hamurabi da Babilônia, há cerca de 3.700 anos; o Imperador Claudius Tiberirus, de Roma, que reinou de 41 a 54; e Frederico II, da Suábia”⁵³.

Ponderando essa diferença histórica, é nesse diapasão que preleciona Bobbio:

No início as regras são essencialmente imperativas, negativas ou positivas, e visam a obter comportamentos desejados ou a evitar os não desejados, recorrendo a sanções celestes ou terrenas. Logo nos vêm à mente os *Dez Mandamentos*, para darmos o exemplo que nos é mais familiar: eles foram durante séculos, e ainda o são, o código moral por excelência do mundo cristão, a ponto de serem identificados com a lei inscrita no coração dos homens ou com a lei conforme à natureza. Mas podem-se aduzir outros inúmeros exemplos, desde o Código de Hamurabi até a Lei das Doze Tábuas. (...)

Ao longo da história da moral entendida como conjunto de regras de conduta, sucedem-se por séculos códigos de leis (sejam estas consuetudinárias, propostas por sábios ou impostas pelos detentores do poder) ou, então, de proposições que contêm mandamentos e proibições. O herói do mundo clássico é o grande legislador: Minus, Licurgo, Sólon. (...) A obra de Platão começa com as seguintes palavras: “Quem é que vocês consideram como o autor da instituição das leis, um deus ou um homem?”, pergunta o ateniense a Clínia, e este responde: “Um deus, hóspede, um deus”.⁵⁴

Paradoxalmente, em que pese a filosofia cristã beber das fontes gregas, com o surgimento da dita *idade média*, o pensamento grego foi rechaçado e enclausurado⁵⁵, inaugurando-se uma nova fase na consolidação da idéia de pessoa, sua dignidade e seus direitos.

O valor absoluto de cada pessoa, no plano espiritual, defendido pelo cristianismo, é fruto direto do desenvolvimento da filosofia judaico-grega.⁵⁶

Tradicionalmente identifica-se essa nova fase histórica com o pensamento

⁵³ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁴ BOBBIO. *A era ...*, p. 56.

⁵⁵ Acerca dessa passagem histórica ver: ECO, Umberto. **O nome da rosa**. Lisboa: Difel, 2004. Por igual veja-se: O NOME DA ROSA (The Name of the Rose, ALE/FRA/ITA 1986). DIREÇÃO: Jean Jacques Annaud. ELENCO: Sean Conery, F. Murray Abraham, Cristian Slater. 130 min., Globo Vídeo.

⁵⁶ “O cristianismo retoma e aprofunda o ensinamento judaico e grego, procurando aclimatar no mundo, através da evangelização, a idéia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano universal”. (LAFER, *op. cit.*, p. 119).

de Boécio⁵⁷, romano da estirpe dos anícios, que tinha como mister a familiarização do pensamento do medievo com o pensamento clássico grego platônico e aristotélico.

Rompendo com a tradição romanesca da exterioridade subjetiva – o indivíduo era também *persona* – para Boécio, “diz-se propriamente pessoa a substância individual da natureza racional”⁵⁸. Pessoa passa a ser, assim, sua própria essência.

A relevância desta concepção é mirada a partir de seus reflexos na obra da *Suma Teológica* de São Tomás de Aquino⁵⁹. A partir das ponderações boecianas, para Santo Tomás, a substância humana repousa em uma base dúplice: espiritual e corpórea⁶⁰.

No pensamento de São Tomás de Aquino destaca-se a ostentação da idéia de dignidade humana, a saber:

São Tomás de Aquino que, além da já referida concepção de igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da

⁵⁷ “MÂNLIO SEVERINO BOÉCIO, da velha estirpe dos Anícios, nasceu em 470. Sob Teodorico foi investido em altas funções administrativas, é cônsul e *magister palatii*. Dando crédito a uma intriga política, o rei mandou executá-lo cruelmente em Pavia, em 525, depois de ter sofrido uma longa prisão. Boécio queria traduzir em latim todas as obras de Platão e Aristóteles. Apenas temos as suas traduções das *Categorias* e do *Perihermeneias*. (As traduções dos *Analíticos*, dos *Tópicos* e dos *Argumentos Sofísticos*, que andam editadas com as suas, não são autênticas. Modernamente é contestado, com bons fundamentos, que sejam de Jacó de Veneza), às suas traduções acrescentou comentários; igualmente ao *Isagogo* de PORFÍRIO, à tradução por Mario Vitorino e à sua própria tradução. Segue-se uma pequena série de escritos sobre lógica, sobretudo sobre o silogismo, também sobre o hipotético, por onde se vê quão familiarizado era com a filosofia estoíca. Além disso, deixou obras sobre música e aritmética. Sua obra mais conhecida foi escrita na prisão: *Da consolação pela filosofia* (*De consolatione philosophiae*), em 5 livros. É uma vasta teodicéia, onde vêm à baila os problemas do mundo, de Deus, da felicidade, da Providência, do destino, do livre arbítrio e, sobretudo, a questão do mal e da justiça divina.” (In: HIRSCHBERGER, Johannes. **História da filosofia na Idade Média**. São Paulo: Herder, 1980. Trad. Alexandre Correia. Disponível em: <http://www.haloscan.com/comments/rmalmeida/115392247711225068/?src=hsrs> (acesso em 23 jan. 2008).).

⁵⁸ *Apud*: COMPARATO, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁹ A característica primordial do pensamento de São Tomás de Aquino é “reconciliar essas duas formas de conhecimento aparentemente heterogêneas: a tradição religiosa e a filosofia pagã; integrar a cultura antiga na teologia cristã”. (VILLEY, *op. cit.*, p. 112). Para o filósofo francês estaria justamente nesse pensamento a eclosão remota dos direitos humanos.

⁶⁰ A duplicidade e a bipolaridade são traços característicos do pensamento medieval. Nesse sentido destaca-se Santo Agostinho que dicotomiza: a cidade dos homens e a cidade de Deus. Para tanto ver: SANTO AGOSTINHO. **A cidade de Deus**. São Paulo: Vozes, 1990.

população.⁶¹

Influenciados pelos ideais cristãos, foi “sobre a concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo o ser humano”⁶², não obstante suas diferenças étnicas, biológicas e culturais.

João Batista Herkenhoff, balizado pelos ensinamentos de Jean-François Collange, ensina:

O traço de união indissociável entre Cristianismo e Direitos Humanos resulta de que o valor do homem diante de Deus não está nem na sua cor de sua pele, nem no seu sexo, nem no seu estatuto social, nem muito menos na sua riqueza, mas no fato de que em Cristo ele é aceito como filho de um mesmo Deus.

Isto de cada um, de sua parte, reconhecer-se como filho de um mesmo Pai conduz a uma fraternidade autêntica, base dos Direitos Humanos.⁶³

Nesse sentido, infere-se que o pensamento cristão foi fundante para o desenvolvimento das idéias acerca dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. É por meio desse conjunto de idéias cristãs – todos os indivíduos iguais em essência – que se inaugura o substrato moralmente forte da idéia de direitos humanos universais.

“A grande reviravolta” – no que pertine aos direitos humanos – “teve início no Ocidente a partir da concepção cristã de vida, segundo a qual todos os homens são irmãos enquanto filhos de Deus”⁶⁴ – enfatiza Bobbio.

Nesse influxo, contemporaneamente o discurso cristão assevera:

The great concern of our contemporaries for historicity and for culture has led some to call into question (...) the existence of ‘objective norms of morality’ valid for all peoples of the present and the future, as for those of the past (...). It must certainly be admitted that man always exists in a particular culture, but it must also be admitted that man is not exhaustively defined by the same culture (...). The very progress of cultures demonstrates that there is something in man which transcends those cultures. That something is precisely human nature: this nature itself the measure of culture and the condition ensuring that man does not become the prisoner of any of his cultures, but asserts his personal dignity by living in accordance with the

⁶¹ SARLET. **A eficácia** ..., p. 45.

⁶² COMPARATO, *op. cit.*, p. 20.

⁶³ HERKENHOFF. **Curso** ..., p. 36.

⁶⁴ BOBBIO. **A era** ..., p. 57.

profound truth of his being.⁶⁵

Todos os sujeitos são, portanto, consoante a bipartição subjetiva de São Tomás de Aquino, iguais em essência. É esta ordem de idéias que conforma o cerne da concepção de dignidade da pessoa humana⁶⁶ e de direitos humanos que aporta com grande força na *modernidade*, conforme será estudado no próximo capítulo.

Foi no medievo, por meio do pensamento de São Tomás de Aquino, que o gérmen da idéia de dignidade da pessoa humana abrolhou. De fato, anota Klaus Stern, foi ele quem pela primeira vez cunhou a expressão *dignitas humana*. Eis a idéia que vigorava no pensamento escolástico:

(...) a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe *in actu* só no homem enquanto indivíduo, passando desta forma o homem deve agora não mais olhar apenas em direção a Deus, mas voltar-se para si mesmo, tomar consciência de sua dignidade e agir de modo compatível. Mais do que isso, para São Tomás, a natureza humana consiste no exercício da razão e é através desta que se espera sua submissão às leis naturais, emanadas diretamente da autoridade divina.⁶⁷

Ainda, bebendo da fonte tomista, há o pensamento de Giovanni Pico della Mirandola, estudioso do Direito Canônico da Universidade de Bolonha, que identificava nos indivíduos um valor próprio e inato, apregoado justamente na idéia da dignidade.⁶⁸

Para além, ainda sobreleva sublinhar a importância de Guilherme de

⁶⁵ “A grande preocupação de nossos contemporâneos pela historicidade e cultura tem levado alguns a questionar (...) a existência de ‘normas objetivas de moralidade’ válidas para todas as pessoas do presente e do futuro, e para aquelas do passado (...). Deve-se, certamente admitir que o homem sempre existe numa cultura particular, mas deve-se também admitir que o homem não é exaustivamente definido pela mesma cultura (...). O mesmo progresso de culturas demonstra que há algo no homem que transcende essas culturas. Esse algo é precisamente a natureza humana: esta natureza em si, a medida da cultura e a condição, garantindo uma dessas culturas, mas que afirme sua dignidade pessoal vivendo de acordo com a verdade profunda do seu ser.” (Tradução Livre) (JOÃO PAULO II. **Veritatis Splendor**. 1993. 23 Origins, 297, 314. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/393271/14lg-titoli07>. (acesso em 23 jan. 2008)

⁶⁶ “A expressão não é pleonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas”. (COMPARATO, *op. cit.*, p. 20).

⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 110.

⁶⁸ Para mais ver: **The Pico Project**. Estudos completos para o entendimento da *De hominis dignitate oratio*, elaborado pela Universidade de Bolonha e Brown University. Disponível em: http://www.brown.edu/Departments/Italian_Studies/pico/ (acesso em 9 jul. 2007).

Ockham⁶⁹, quem, por primeiro, desenvolveu as idéias de direito subjetivo, e Hugo Grócio que, aprofundando esta ordem de idéias, no acender das luzes da *modernidade*, definiu-o como “faculdade da pessoa que a torna apta para possuir ou fazer algo justamente”⁷⁰.

É apologia ao individualismo e o primado da lógica formal dedutiva que, mais adiante, dará base ao positivismo jurídico. Nas palavras de Villey: “Quanto aos juristas, eles renunciarão a buscar o direito na ‘natureza’; uma vez que o ‘direito’ já não existe fora da consciência dos homens, ele deixa de ser objeto de *conhecimento*. Cumprirá, como Hobbes, *construí-lo* artificialmente, a partir dos indivíduos”⁷¹.

Notam-se, portanto, aspectos de relevo no que diz respeito ao gérmen dos direitos humanos no pensamento antigo. Na lição de Michel Villey, os direitos humanos *stricto sensu*, não existiam, mas sim, “um sistema de deveres *morais*, uma moral universalista – com a condição de que a moral seja levada a sério, não confinada à esfera de um puro ideal e não desprovida de eficácia”⁷².

Algo estruturante, entretanto, não se altera com o principiar da era moderna: o fio condutor universalista é mantido como cerne das teorizações dos direitos humanos e fundamentais.

Com o brotar da *modernidade*, a partir dessas bases surgem outras concepções de pessoa, e conseqüentemente de direitos humanos e de direitos fundamentais, em especial com o processo de laicização do jusnaturalismo, que a seguir se verá.

⁶⁹ “A filosofia de Guilherme de Ockham vai reduzir a realidade à substancias individuais.” (VILLEY, *op. cit.*, p. 123).

⁷⁰ Passagem histórica citada por: (LAFER, *op. cit.*, p. 120-121).

⁷¹ VILLEY, *op. cit.*, p. 124.

⁷² *Ibidem*, p. 95.

2 O SURGIMENTO DA MODERNIDADE, AS IDÉIAS ILUMINISTAS E A CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É cediço que o *tempo moderno* consagrou a idéia de direitos e, conseqüentemente, de direitos humanos e direitos fundamentais.

Entretanto, o desenvolvimento de uma certa noção substancial de direitos humanos e fundamentais conforme anteriormente exposto, precede o processo de consagração que estes direitos colheram na era moderna.

Dois são os pilares da *modernidade* que propiciaram a consagração dos direitos humanos e fundamentais, em textos escritos, a partir de 1776: as teorias contratualistas e a laicidade do direito natural⁷³. Ambas vertentes são frutos do caminho histórico antes traçado.

Tais suportes são explicitados na doutrina, como escorre Sarlet:

Cumprе ressaltar que foi justamente na Inglaterra do século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a idéia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância, e isto não apenas no plano teórico, bastando, neste particular, a simples referência às diversas cartas de direitos assinadas pelos monarcas desse período.⁷⁴

No mesmo corte de conceitos, assevera Pérez-Luño:

Son ingredientes básicos en la formación histórica de la Idea de los derechos humanos dos direcciones doctrinales que alcanzan en su apogeo en el clima de la Ilustración: el iusnaturalismo racionalista y el contractualismo. El primero, al postular que todos los seres humanos desde su propia naturaleza poseen unos derechos naturales que dimanen de su racionalidad, en cuanto rasgo común a todos los hombres, y que esos derechos deben ser reconocidos por el poder político a través del derecho positivo. A su vez, el contractualismo, tesis cuyos antecedentes remotos cabe situar en la sofística y que alcanza amplia difusión en el siglo XVIII, sostiene que las normas jurídicas y las instituciones políticas no pueden concebirse como el producto del arbitrio de los gobernantes, sino como el resultado del consenso o voluntad popular.⁷⁵

⁷³ “Definido o direito natural como o direito que todo homem tem de obedecer apenas à lei que ele mesmo é legislador”. (BOBBIO. **A era ...**, p. 52).

⁷⁴ SARLET. **A eficácia ...**, p. 46.

⁷⁵ “São ingredientes básicos na formação histórica da idéia dos direitos humanos duas direções doutrinárias que alcançam seu apogeu no clima da Ilustração: o jusnaturalismo racionalista e o contratualismo. O primeiro, ao postular que todos os seres humanos desde sua própria natureza possuem direitos naturais que emanam de sua racionalidade, como um traço comum a todos os

A fim de bem apreender o sentido e alcance desse contexto, é, todavia, necessário dar um passo atrás, para mirar a evolução e gênese dos direitos humanos e dos direitos fundamentais sob o prisma do direito positivo.

Tradicionalmente é bastante comum a doutrina apontar, de um modo geral, como gênese dos direitos fundamentais a *Magna Charta Libertatum*, outorgada, em 1215, pelo Rei João Sem-Terra da Inglaterra. Assim não se passa, uma vez que não é possível parificar este fato aos desdobramentos históricos preambularmente expostos.

A diferenciação desta passagem daquela inicial é que “os direitos e liberdades seriam conquistas das elites, do alto clero ou da aristocracia, contra o Monarca, como foi o caso do Rei João Sem-Terra que outorgou aos seus súditos, mais essencialmente aos barões que o pressionaram, a Magna Carta⁷⁶ em 1215”⁷⁷.

Não se pode, sem dúvida, desconsiderar aquele documento, como Ingo Sarlet professa:

Serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e garantia da propriedade. Todavia, em que pese possa ser considerado o mais importante documento da época, a *Magna Carta* não foi nem o único, nem o primeiro, destacando-se, já nos séculos XII e XIII, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos portugueses e espanhóis.⁷⁸

Em tal momento também se destacam outros documentos históricos que contribuíram como antecedentes das declarações positivas de direitos, tais como, a *Petition of Rights* em 1628, o *Habeas Corpus Act* em 1679 e a *Bill of Rights* em

homens, e que esses direitos devem ser reconhecidos pelo poder político através do direito positivo. Por sua vez, o contratualismo, tese cujos antecedentes remotos podemos situar na sofística e que alcança ampla difusão no século XVIII, sustenta que as normas jurídicas e as instituições políticas não podem conceber-se como o produto do arbítrio dos governantes, senão como resultado do consenso da vontade popular.” (Tradução Livre) PÉREZ-LUÑO, António Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002, p. 23.

⁷⁶ A título de exemplo: “**art. 39.** Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra. **Art. 40.** A ninguém venderemos, a ninguém recusaremos ou atrasaremos, direito ou justiça.”

⁷⁷ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 45.

⁷⁸ SARLET. **A eficácia ...**, p. 48.

1698.

Ainda que tenham sido importantes documentos de limitação do poder estatal, tais *cartas* não eram propriamente declarações de direitos, conforme explica Herkenhoff:

Sabe-se, contudo, da origem feudal dos grandes documentos ingleses: não eram cartas de liberdade do homem comum. Pelo contrário, eram contratos feudais escritos nos quais o rei, como suserano, comprometia-se a respeitar os direitos de seus vassallos. Não afirmavam direitos 'humanos', mas direitos de 'estamentos'. Em consonância com a estrutura social feudal, o patrimônio jurídico de cada um era determinado pelo estamento, ordem ou estado a que pertencesse.⁷⁹

No mesmo diapasão, Vieira de Andrade, sustenta, com acerto, que esses documentos se distinguem "pela concessão ou reconhecimento de privilégios aos estamentos sociais (regalias da Nobreza, prerrogativas da Igreja, liberdades municipais, direitos corporativos), além de que verdadeiramente não se reconheciam direitos gerais, mas obrigações concretas daqueles reis que os subscreviam"⁸⁰.

Sob influência do pensamento religioso e do sistema político, as teorizações sobre direitos humanos encontravam-se profundamente relacionadas às prerrogativas estamentais e à hierarquia secular.

Nesse âmbito, a Reforma Religiosa representou uma importante ruptura, a partir da qual deriva o primeiro direito fundamental reivindicado: o da liberdade religiosa, conforme professa Jellinek⁸¹.

Fundado na liberdade, o individualismo emerge como embasamento dos direitos humanos. Na preleção de Lafer:

É nesse contexto que importa realçar outra dimensão importante da tradição que ensejou o tema dos direitos humanos, a saber, o individualismo na sua acepção mais ampla, ou seja, todas as tendências que vêem o indivíduo, na sua subjetividade, o dado fundamental da realidade. O individualismo é parte integrante da lógica da modernidade que concebe a liberdade como a faculdade de autodeterminação de todo ser humano.⁸²

⁷⁹ HERKENHOFF. **Curso** ..., p. 56.

⁸⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 25.

⁸¹ JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁸² LAFER, *op. cit.*, p. 120.

Eis aí o divisor de águas que, somado ao contratualismo, inaugura o pensamento *moderno* acerca da categoria dos direitos humanos e fundamentais, sempre sob o manto da universalidade presumida *ab initio*.

O binômio liberdade-individualismo encontra-se presente nas primeiras declarações de direitos na América do Norte, sobretudo na Constituição Americana, e também teve grande influência na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão⁸³.

Sobre este tema e no que concerne à precedência histórica, elucida a doutrina:

A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia em 1776, a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a tração dos direitos de liberdades legais ingleses para direitos fundamentais constitucionais.

(...) há que se reconhecer a inequívoca relação de reciprocidade, no que concerne à influência exercida por uma declaração de direitos sobre a outra, sendo desnecessária, para os fins deste estudo, qualquer análise que tenha como objeto a mensuração da graduação da intensidade desta influência mútua, se é que tal aferição se afigura viável.⁸⁴

Importa enfatizar, ao menos para as *famílias jurídicas romano-germânicas* ocidentais, o marco representado pela Revolução Francesa que “constitui, por cerca de dois séculos, o modelo ideal para todos os que combateram pela própria emancipação e pela libertação do próprio povo. Foram os princípios de 1789 que constituíram, no bem como no mal, um ponto de referência obrigatório para os amigos e para os inimigos da liberdade”⁸⁵.

Independente da primazia⁸⁶, pela primeira ocasião os direitos naturais do

⁸³ “Proclamando a liberdade, a igualdade e a soberania popular, a Declaração foi o atestado de óbito do antigo Regime, destruído pela Revolução”. (LEFEBVRE, George. **A Revolução Francesa**. São Paulo: Ibrasa, 1989, p. 162).

⁸⁴ SARLET. **A eficácia** ..., p. 50-51.

⁸⁵ (BOBBIO. **A era** ..., p. 92). Um contraponto recolhe-se da ácida obra de Nietzsche: “A nossa hostilidade à *Revolution* não se refere à farsa cruenta, à imoralidade com que ela se desenvolveu, mas a sua moralidade de rebanho, às ‘verdades’ com que sempre e ainda continua a operar, à sua imagem contagiosa da ‘justiça e liberdade’, a qual se entendam todas as almas mediocres, à subversão da autoridade das classes superiores”. *Apud: (ibidem)*, p. 93).

⁸⁶ Acerca da acirrada precedência entre a declaração americana e a francesa assevera Edmund Burke: “Nós não nos deixamos esvaziar de nossos sentimentos para nos encher artificialmente, como pássaros embalsamados num museu, de palha, de cinzas e de insípidos fragmentos de papel exaltando os direitos do homem”. (**Reflexões sobre a Revolução Francesa**. Brasília: UnB, 1982, p. 256).

homem foram reconhecidos e positivados em textos de índole constitucional. As declarações de direitos, americanas e francesa, são um novo degrau na teoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Baseadas em uma nova concepção de Estado, *ex parte civium*, avançam, uma vez que marcam a passagem das afirmações filosóficas para um verdadeiro e instituído sistema de direitos humanos positivos.

A partir dessa construção histórica, Perez Luño afirma que: “*Los derechos fundamentales aparecen, por tanto, como la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del estado de derecho, proceso que tendría su punto intermedio de conexión en los derechos humanos*”⁸⁷.

É igualmente essa ordem de idéias, no plano político, que auxilia na singra do Estado Absolutista ao Estado de Direito, haja vista a necessidade de estabelecer uma esfera individual de não ingerência estatal. É a passagem do Estado absoluto ao Estado liberal da modernidade que possui como *pedra de toque* a preocupação individual em estabelecer limites ao exercício do poder político. Nas palavras de Ingo Sarlet:

Atente-se, ainda, para a circunstância de que a evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais, recém traçada de forma sumária, culminou com a afirmação (ainda que não em caráter definitivo) do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada primeira dimensão (geração) de direitos.⁸⁸

Na célebre formulação de Bobbio trata-se da passagem da lente *ex parte principis* para a perspectiva *ex parte populi*. Sob tal prisma é que a teoria dos direitos humanos universais em muito sorve a filosofia política de John Locke, ao final do século XVIII. O pensador inglês estava preocupado em defender os interesses individuais em face dos abusos governamentais.

Dentre os teóricos contratualistas, John Locke foi precursor no reconhecimento de direitos naturais e inalienáveis do homem – aqui compreendido

⁸⁷ “Os direitos fundamentais aparecem, portanto, como a fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais do Estado de Direito, processo que teria seu ponto intermediário de conexão nos direitos humanos.” (Tradução Livre) PÉREZ LUÑO, António Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004, p. 45.

⁸⁸ SARLET. **A eficácia** ..., p. 52.

como cidadão proprietário.⁸⁹

O pressuposto das idéias lockianas é o individualismo, ou seja, isto “significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar) que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado”⁹⁰.

O pensamento do filósofo inglês remonta à primeira fase do universalismo dos direitos humanos e fundamentais⁹¹, qual seja, a do pensamento filosófico. De acordo com Locke o homem teria direitos, por sua própria natureza, sendo vedado ao Estado sua usurpação.

Precursor do jusnaturalismo moderno, afirmava que a condição primeira do homem era seu estado de natureza no qual todos os homens são iguais e livres.⁹²

Eis o predomínio das idéias iluministas que visavam, com as declarações de direitos, criar uma barreira individual segura na ingerência desmedida do ente estatal. De acordo com Celso Lafer: “a proclamação dos direitos do homem surge como medida desse tipo, quando a fonte da lei passa a ser o homem e não mais o comando de Deus ou dos Costumes”⁹³.

Surgem, assim, as principais declarações de direitos da época moderna – declaração americana e declaração francesa – com alicerce na concepção universal

⁸⁹ Não se pode olvidar nesse diapasão a contribuição crucial da filosofia de Jean Jacques Rousseau, sobre a qual afirma Charles Taylor: “The most important philosophical writer who helped to bring about this change was Jean-Jacques Rousseau. I think Rousseau is important not because he inaugurated the change; rather, I would argue that his great popularity comes in part from his articulating something that was in a sense already occurring in the culture. Rousseau frequently presents the issue of morality as that of our following a voice of nature within us. This voice is often drowned out by the passions that are induced by our dependence on others, the main one being *amour propre*, or pride. Our moral salvation comes from recovering authentic moral contact with ourselves. Rousseau even gives a name to the intimate contact with oneself, more fundamental than any moral view, that is a source of such joy and contentment: ‘*le sentiment de l’existence*’”. “O escritor filosófico mais importante que ajudou a trazer esta mudança foi J. J. Rousseau. Eu acho que Rousseau é importante não porque ele inaugurou a mudança, de preferência, eu argumentaria que sua grande popularidade vem, em parte, do fato de ele articular algo que já estava, num sentido, ocorrendo na cultura. Rousseau freqüentemente apresenta o assunto da moralidade como aquele de nós seguirmos uma voz de natureza dentro da gente. A voz sempre é afogada pelas paixões que são induzidas pela nossa dependência dos outros, sendo o principal o amor próprio ou orgulho. A salvação de nossa moral com nós mesmos. Rousseau até mesmo dá um nome ao contrato íntimo com a gente mesmo, mais fundamental do que qualquer visão moral, que é uma fonte de tal alegria e contentamento: ‘o sentimento da existência’”. (Tradução Livre) (TAYLOR, Charles. **Multiculturalism: examining the Politics of Recognition**. Princeton: Princeton University Press, 1994, p. 29).

⁹⁰ BOBBIO. **A era ...**, p. 60.

⁹¹ “O universalismo foi uma lenta conquista”. (*Ibidem*, p. 28).

⁹² Note-se a influência dessa ordem de idéias até os dias atuais uma vez que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 inicia seu texto justamente com a idéia que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

⁹³ LAFER, *op. cit.*, p. 123.

dos direitos humanos. Note-se, na declaração francesa de 1789, que a máxima da universalidade dirige-se a todos os homens e cidadãos indistintamente.

Nesse sentido ensina Martin Kriele: “enquanto os americanos tinham apenas direitos fundamentais, a França legou ao mundo direitos humanos”⁹⁴.

Saliente-se que os direitos humanos deixam de ser exclusivos das elites, mas, sob a denominação de direitos do homem, “são uma conquista de uma classe emergente como dona do poder econômico e que se torna dona também do poder político”⁹⁵.

Como expressa Pérez-Luño:

Por tanto, el rasgo básico que marca el origen de los derechos humanos en la modernidad es precisamente el de su carácter universal; el de ser facultades que deben reconocerse a todos los hombres sin exclusión. Conviene insistir en este aspecto, porque derechos, en su acepción de *status* o situaciones jurídicas activas de libertad, poder, pretensión o inmunidad han existido desde las culturas más remotas, pero como atributo de solo alguno de los miembros de la comunidad. (...)

Pues bien, resulta evidente que solo a partir del momento en el que pueden postularse derechos de todas las personas es posible hablar de derechos humanos. En las fases anteriores se podrá hablar de derechos de príncipes, de etnias, de estamentos o de grupos, pero no de derechos humanos en cuanto facultades jurídicas de titularidad universal. El gran invento jurídico-político de la modernidad reside, precisamente, en haber ampliado la titularidad de las posiciones jurídicas activas, o sea, de los derechos a todos los hombres, y en consecuencia, haber formulado el concepto de los derechos humanos.⁹⁶

No plano de vista teórico, conforme acima posto, foi com o desenvolvimento laico do pensamento jusnaturalista, nos séculos XVII e XVIII, que as idéias acerca da dignidade da pessoa humana ganham maior relevo. Especialmente por meio do

⁹⁴ *Apud*: SARLET. **A eficácia** ..., p. 52.

⁹⁵ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 45.

⁹⁶ “Por tanto, o traço básico que marca a origem dos direitos humanos na modernidade é precisamente seu caráter universal; o de serem facultades que deve reconhecer-se a todos os homens sem exclusão. Convém insistir neste aspecto, porque direitos, em sua aceção de *status* ou situações jurídicas ativas de liberdade, poder, pretensão ou imunidade existiram desde as culturas mais remotas, porém como atributo de apenas alguns membros da comunidade (...) Pois bem, resulta evidente que a partir do momento no qual podem-se postular direitos de todas as pessoas é possível falar em direitos humanos. Nas fases anteriores poder-se-ia falar de direitos de príncipes, de etnias, de estamentos, ou de grupos, mas não de direitos humanos como facultades jurídicas de titularidade universal. O grande invento jurídico-político da modernidade reside, precisamente, em haver ampliado a titularidade das posições jurídicas ativas, ou seja, dos direitos a todos os homens, e em consequência, ter formulado o conceito de direitos humanos.” (Tradução Livre) PÉREZ-LUÑO. **La universalidad** ..., p. 24-25.

pensamento de Samuel Pufendorf⁹⁷ e Immanuel Kant, o princípio da dignidade da pessoa humana é difundido a partir de uma perspectiva racional e laica.

Com Kant vê-se uma nova etapa de fundamentação do sujeito como substrato de uma categoria de direitos universais. Sobre a teoria kantiana, assevera Bobbio: “podemos considerar como a conclusão dessa primeira fase da história, dos direitos do homem, que culmina nas primeiras Declarações dos Direitos não mais enunciadas por filósofos, e portanto *sine imperio*, mas por detentores de governo, e portanto *com imperio*”⁹⁸.

O jusfilósofo alemão parte, em seus imperativos categóricos universais, de uma concepção exclusiva e teleológica do ser humano para fundamentar a idéia de *dignitas*. Afirma, a propósito: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio”.⁹⁹

Para Kant, o homem não pode ser utilizado como meio para obter determinados fins, pois, possui um valor intrínseco - sua dignidade - que não admite ser substituído por quaisquer equivalentes. Dessa maneira, “os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fim em si mesmos”¹⁰⁰.

O racionalismo, assim, desempenhou um importante papel nessas teorizações uma vez que:

A dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.¹⁰¹

Como resultante desse naipe de idéias insurge a afamada máxima que as

⁹⁷ Para Pufendorf a idéia de dignidade da pessoa humana era conectada à “liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção”. In: PUFENDORF. S. *Apud*: (SARLET. **A dignidade** ..., p. 32). O texto que segue elege a perspectiva kantiana como objeto de explicitação *quantum satis*.

⁹⁸ BOBBIO. **A era** ..., p. 73-74.

⁹⁹ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: **Crítica da razão pura e outros textos**. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 229.

¹⁰⁰ SARLET. **A dignidade** ..., p. 33.

¹⁰¹ COMPARATO, *op. cit.*, p. 21.

peças, seres que se pautam por suas escolhas racionais, possuem *valor* e as coisas têm *preço*. A partir desse substrato emerge o corolário da razão prática kantiana: “age unicamente segundo a máxima, pela qual tu possas querer, ao mesmo tempo, que ela se transforme em lei geral”¹⁰².

Concernente ao princípio basilar da filosofia de Kant, ensina Charles Taylor:

(...) what is picked out as of worth here is a *universal human potential*, a capacity that all humans share. This potential, rather than anything a person may have made of it, is what ensures that each person deserves respect. Indeed, our sense of the importance of potentiality reaches so far that we extend this protection even to people who though some circumstance that has befallen them are incapable of realizing their potential in the normal way.¹⁰³

O universalismo é o centro da filosofia moral kantiana, no ensinamento de Pérez-Luño: “Su imperativo categórico obligará a actuar a partir de reglas universalizables. Lo que hace que unas reglas de conducta sean morales, lo que distingue en definitiva, la autentica moralidad de la falsa es que sus principios sean susceptibles de universalización”¹⁰⁴.

Esses princípios éticos e racionais da filosofia kantiana ainda desempenham importante papel na fundamentação dos direitos humanos hodiernamente, e aparecem também como pano de fundo dos principais documentos internacionais acerca da temática, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

Ainda, as teorizações de Kant foram fundamentais para que fosse possível prosseguir adiante com o processo de evolução dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. A partir da premissa de que o homem possui um *valor intrínseco*, a filosofia jurídica da segunda metade do século XIX abre-se para a seara axiológica.

A propósito dessa estação histórica, leciona Comparato:

¹⁰² KANT, *op. cit.*

¹⁰³ “(...) o que é considerado de valor aqui é o potencial humano universal, uma capacidade que todos os humanos partilham. Esse potencial, mais do que qualquer coisa que uma pessoa possa ter feito dele, é o que assegura que cada pessoa merece respeito. Realmente, nosso sentido da importância de potencialidade vai tão longe que estendemos esta proteção até mesmo a pessoas que apesar de algumas circunstâncias terem acontecido a elas, são incapazes de perceber seu potencial de modo normal.” (Tradução Livre) (TAYLOR. **Multiculturalism** ..., p. 41-42).

¹⁰⁴ “Seu imperativo categórico obrigará a atuar a partir de regras universalizáveis. O que faz que umas regras de conduta sejam morais, o que distingue em definitivo, a autêntica moralidade da falsa é que seus princípios sejam suscetíveis de universalização.” (Tradução Livre) PÉREZ-LUÑO. **La universalidad** ..., p. 25-26.

O que a axiologia revelou foi uma inter-relação sujeito-objeto, no sentido de que cada um de nós aprecia algo, porque o objeto dessa apreciação tem objetivamente um valor.

Em contraposição, se o homem não cria valores do nada, não é menos verdade que a avaliação individual dos bens da vida varia enormemente. Ora, isso exige, como condição da convivência humana harmoniosa, o consenso social sobre a força ética de uma tábua hierárquica de valores.¹⁰⁵

Com essas idéias alterou-se profundamente o sentido da ética e a compreensão do sistema jurídico se transfigurou. A percepção axiológica fez elevar os direitos humanos e os direitos fundamentais a principais valores do ordenamento jurídico e da convivência humana.¹⁰⁶

Essa posição de supremacia mantém-se, porém, sua base jusnaturalista é rejeitada com a ascensão do positivismo jurídico que teve sua expressão máxima na obra de Hans Kelsen¹⁰⁷.

Para Kelsen, “os supostos direitos naturais não são mais do que direitos públicos subjetivos, ‘direitos reflexos’ do poder do Estado, que não constituem um limite ao poder do Estado, anterior ao nascimento do próprio Estado, mas são uma conseqüência – pelo menos na conhecida e célebre doutrina de Jellinek – da limitação que o Estado impõe a si mesmo”¹⁰⁸.

Sem embargo, todas essas teorizações apontam para confirmar as idéias reinantes no plano político, quais sejam, “conteúdo bastante individualista” com objetivo de consagrar “a chamada democracia burguesa”¹⁰⁹.

Somente no segundo período da Revolução Francesa aparecem alguns direitos cognominados sociais (ou, ainda, para parte da doutrina de *segunda geração*¹¹⁰) – referentes, sobretudo, às questões de trabalho – entretanto, é a ótica

¹⁰⁵ COMPARATO, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁶ “[...] a passagem de um sistema de direitos em sentido fraco, na medida em que estavam inseridos em códigos de normas naturais ou morais, para um sistema de direitos em sentido forte, como o são os sistemas jurídicos dos Estados nacionais. E hoje, através das várias cartas de direitos promulgadas em fóruns internacionais, ocorreu a passagem inversa, ou seja, de um sistema mais forte, como o nacional, não despótico, para um sistema mais fraco, como o internacional, onde os direitos proclamados são sustentados, quase que exclusivamente, pela pressão social, como ocorre habitualmente no caso dos códigos morais”. (BOBBIO. *A era ...*, p. 81-82).

¹⁰⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

¹⁰⁸ Na explicitação de: BOBBIO (*A era ...*, p. 127).

¹⁰⁹ HERKENHOFF. **Curso ...**, p. 57.

¹¹⁰ Quanto à gênese e falibilidade desse pensamento nos esclarece Cançado Trindade: “Em primeiro lugar, essa tese das gerações de direitos não tem nenhum fundamento jurídico, nem na

individualista dos direitos humanos e dos direitos fundamentais que reina até o início do século XX.

Não se logrou com o uso da fórmula individualista, a consagração prática desses direitos para grande parte da população, e então, a responsabilidade pela sua concretização, e conseqüente realização da justiça social, passa às mãos do Estado. A reação aos limites dos direitos de cunho individualista e a necessidade de sua complementação marcam a transição de Estado Liberal para o Estado Social que consagrará a passagem da dita primeira à segunda geração de direitos.

A peculiaridade destes direitos repousa em sua dimensão de atuação estatal positiva uma vez que, nas palavras de Celso Lafer, tratam de propiciar um "direito de participar do bem-estar social"¹¹¹. Não se cuida mais, portanto, de liberdade perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.

Daí porque a grande importância da consolidação da dimensão histórica do constitucionalismo no início do século passado, espelhada sobretudo na Carta Constitucional Mexicana de 1917, na Revolução Russa de 1918 e na Constituição Alemã de Weimar de 1919.

Para João Batista Herkenhoff, “a dimensão social do constitucionalismo, a afirmação da necessidade de satisfazer os direitos econômicos, ao lado dos direitos de liberdade, outorga ao Estado de prover essas aspirações – é fato histórico do século XX”¹¹².

realidade. Essa teoria é fragmentadora, atomista e toma os direitos de maneira absolutamente dividida, o que não corresponde à realidade. Eu conversei com Karel Vasak e perguntei: “Por que você formulou essa tese em 1979?”. Ele respondeu: “Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da – “bandeira francesa” – ele nasceu na velha Tchecoslováquia. Ele mesmo não levou essa tese muito a sério, mas, como tudo que é palavra “chavão”, pegou. Aí Norberto Bobbio começou a construir gerações de direitos etc. Essa conceituação de que primeiro vieram os direitos individuais e, nesta ordem, os direitos econômico-sociais e o direito de coletividade correspondem à evolução do direito constitucional. É verdade que isso ocorreu no plano dos direitos internos dos países, mas no plano internacional a evolução foi contrária. No plano internacional, os direitos que apareceram primeiro foram os econômicos e os sociais. As primeiras convenções da OIT anteriores às Nações Unidas, surgiram nos anos 20 e 30. O direito ao trabalho o direito às condições de trabalho é a primeira geração, do ponto de vista do Direito Internacional. A segunda geração corresponde aos direitos individuais, com a Declaração Universal e a Americana, de 1948. Então, a expressão gerações é falaciosa, porque não corresponde ao descompasso, que se pode comprovar entre o direito interno e o direito internacional em matéria de direitos humanos. Esta é a primeira razão histórica. Trata-se de construção vazia de sentido e que não corresponde à realidade histórica. (Entrevista cedida ao site DHnet. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm (acesso em 28 set. 2007).).

¹¹¹ LAFER, *op. cit.*, p. 127.

¹¹² HERKENHOFF. **Curso** ..., p. 58.

Exacerba-se a passagem da ótica *ex parte principis*, focada na governabilidade, para a lente *ex parte populi*, que tem como cerne os ideais de liberdade. Como ensina Celso Lafer:

(...) a perspectiva *ex parte populi*, em contraste com a *ex parte principis* não se ocupa com a governabilidade, mas se preocupa com a liberdade. É por essa razão que, na perspectiva *ex parte populi*, os direitos humanos, desde Locke, colocaram-se como uma conquista política a serviço dos governados. Daí porque, no século XIX, e principalmente depois da I Guerra Mundial, os direitos humanos, na interação governantes e governados, serviram de ponto de apoio para as reivindicações dos desprivilegiados, constituindo, nas palavras de Hannah Arendt, `uma espécie de lei adicional, um direito de exceção para aqueles que não tinham nada melhor em que se apoiar`.¹¹³

Rompe-se com o individualismo burguês superlativado, e os direitos humanos passam a ser “conquistas das classes dominadas, que não tem o poder político, mas lutam por ele, pressionam os donos do poder e obtêm direitos sociais, econômicos e culturais”¹¹⁴.

É nesse momento histórico que começam a florescer, no plano internacional, os primeiros antecedentes históricos à proteção internacional dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, quais sejam, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho. Estas duas últimas foram criadas após o fim da Primeira Guerra Mundial para promoção da paz e dos direitos humanos no cenário internacional.

A importância desses precedentes é sublinhada na lição da Professora Flávia Piovesan, pois essas experiências prévias “rompem ainda com a noção de soberania nacional absoluta, na medida em que admitem intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos”¹¹⁵.

É com o câmbio de significado dos signos soberania e nacionalidade que, ao final da Primeira Guerra Mundial, observam-se, no dizer de Hannah Arendt, as origens do totalitarismo¹¹⁶. Pela primeira vez, em grande escala, tem-se na seara internacional uma massa de *displaced persons* que, perdem sua perspectiva

¹¹³ LAFER, *op. cit.*, p. 126.

¹¹⁴ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 45.

¹¹⁵ PIOVESAN. **Direitos humanos e o direito constitucional** ..., p. 113-114.

¹¹⁶ Referência à obra de Hannah Arendt. **The Origins of Totalitarianism**. No Brasil: **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Cia. das Letras, 1989.

humana, ao se tornarem *seres supérfluos e incômodos* à organização estatal mundial.

Nas palavras de Celso Lafer:

As minorias, enquanto perdurou o sistema da Sociedade das Nações, apesar de deslocadas num sistema interestatal baseado no princípio das nacionalidades, eram povos sem Estado apenas parcialmente. Pertenciam a algum corpo político; apenas necessitavam de proteção internacional adicional sob a forma de garantias internacionais. Por isso, eram integradas por seres humanos capazes de direitos e obrigações, aptos, conseqüentemente, enquanto desprivilegiados, a valerem-se dos direitos humanos a interação com os governantes.

Não era esta a situação dos apátridas, cujo número também aumentou extraordinariamente depois da I Guerra Mundial, seja pela anulação da naturalização de estrangeiros pronunciada pelos Estados beligerantes (...). O número de apátridas viu-se também multiplicado por uma prática política nova, fruto de atos de Estado no exercício da competência soberana em matéria de emigração, naturalização e nacionalidade. Refiro-me ao cancelamento em massa da nacionalidade por motivos políticos, caminho inaugurado pelo governo soviético em 1921 (...) a seguir percorrido pelo nazismo, que promoveu desnacionalizações maciças (...).¹¹⁷

Essa afluência de apátridas¹¹⁸ estava totalmente desprivilegiada do incipiente sistema de proteção dos direitos humanos à época. Isto porque, a esfera de proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, de modo geral, concentrava-se dentro das unidades estatais. Foi esse cenário que se agravou com o início da II Guerra Mundial.

É nesse sentido que se torna imperioso o surgimento de um discurso internacional – e portanto universal – dos direitos humanos que assegure, em diferentes partes do globo, o *direito a ter direitos*, na célebre expressão de Hannah Arendt¹¹⁹.

¹¹⁷ LAFER, *op. cit.*, p. 143.

¹¹⁸ Nesse sentido assevera a voz lúcida dos refugiados: "For him history is no longer a closed book, and politics ceases to be the privilege of the Gentiles. He knows that the banishment of the Jewish people in Europe was followed immediately by that of the majority of the European peoples. Refugees expelled from one country to the next represent the avant-garde of their people." "Para ele a história não é mais um livro fechado e a política deixa de ser o privilégio dos Gentis. Ele sabe que o banimento de Judeus na Europa foi seguido imediatamente pela grande maioria dos povos europeus. Os refugiados expulsos de um país para o outro representam o *avant-garde* de seu povo." (Tradução Livre) (AGAMBEN, G. **We Refugees**. Uma reflexão do artigo de mesmo título publicado por Hannah Arendt em 1946 no *The Menorah Journal*. Disponível em: <http://www.egs.edu/faculty/agamben/agamben-we-refugees.html> (acesso em 15 set. 2007).

¹¹⁹ "O que Hannah Arendt estabelece é que o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para a convivência coletiva, exige um espaço público. Esta é kantianamente uma dimensão transcendental, que fixa as bases e traça os limites da interação política. A este espaço só se tem acesso pleno por meio da cidadania. É por essa razão que, para ela, o primeiro direito

A *força-motriz*, entretanto, para o movimento de internacionalização dos direitos humanos, sob a bandeira universal, é deveras recente e remete ao pós-guerra.

As atrocidades perpetradas necessitavam de uma resposta da comunidade internacional, como explica Flávia Piovesan: “Se a segunda guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução”¹²⁰.

Complementa-se com Bobbio que, com o pós-guerra, reconhece-se o início da *era dos direitos* já que “somente depois da Segunda Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo – pela primeira vez na história – todos os povos”¹²¹.

Esse processo de internacionalização apóia-se, por sua vez, em base dual: de um lado, a restrição da soberania estatal uma vez que é justamente o Estado que passa a ser mirado como um dos principais violadores de direitos humanos; e, por outro lado, a concepção universal acerca desses direitos que deveriam ser estendidos a todos.

No que tange à limitação da soberania estatal, o Tribunal de Nuremberg, instalado entre os anos de 1945 e 1946 merece destaque. Em que pese as duras críticas que podem ser erigidas à criação do tribunal militar *ad hoc*, inegável sua relevância para o fortalecimento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no plano internacional.

Como ensina Flávia Piovesan: “O significado do Tribunal de Nuremberg para o processo de internacionalização dos direitos humanos é duplo: não apenas consolida a idéia da necessária limitação da soberania nacional como reconhece que os indivíduos têm direitos protegidos pelo direito internacional”¹²².

De acordo com Flávia Piovesan¹²³, o período da segunda grande guerra mundial, suas causas e conseqüências, representou o *rompimento fático* com

humano, do qual derivam os demais, é o direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece.” (LAFER, *op. cit.*, p. 166).

¹²⁰ PIOVESAN. **Direitos humanos e o direito constitucional** ..., p. 117.

¹²¹ BOBBIO. **A era** ..., p. 49.

¹²² PIOVESAN. **Direitos humanos e o direito constitucional** ..., p. 123.

¹²³ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: _____. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

relação aos direitos humanos.¹²⁴ Destarte, durante o pós-guerra começa a se delinear uma perspectiva (*esperança*) de reconstrução destes. Nesse sentido expõe Fábio Konder Comparato:

Após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da história, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio a aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.¹²⁵

É essa conjuntura que fornece o alicerce fático, no âmbito do Direito Internacional, para que se esboce um sistema normativo internacional de proteção aos direitos humanos.

A criação da Organização das Nações Unidas¹²⁶, em 1945, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 são baldrames dessa nova etapa internacional protetiva.

Tal horizonte se capta nas palavras de Jorge Miranda:

(...) quando o Estado, não raramente, rompe as barreiras jurídicas de

¹²⁴ Hannah Arendt mostra, neste diapasão, que a idéia dos direitos humanos (e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana) foi tão profundamente negada durante o período da segunda guerra que as próprias vítimas perderam boa parte da compreensão destes. Relata, assim, prática corriqueira nos *guetos* judaicos em que havia trocas de judeus mais destacados ou influentes por judeus ordinários, cria-se, assim, uma hierarquia axiológica intersubjetiva. (ARENDR, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um retrato sob a banalidade do mal**. São Paulo: Cia. das Letras, 1999).

¹²⁵ COMPARATO, *op. cit.*, p. 54.

¹²⁶ A Organização das Nações Unidas surge no cenário internacional a partir da Carta de São Francisco, datada de 1945, que contém, entre as suas disposições, destaque ao papel da dignidade da pessoa humana. A propósito o preâmbulo do documento assevera: "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. E PARA TAIS FINS, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. RESOLVEMOS CONJUGAR NOSSOS ESFORÇOS PARA A CONSECUÇÃO DESSES OBJETIVOS. Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas."

limitação e se converte em fim em si mesmo e quando a soberania entra em crise, perante a multiplicação das interdependências e das formas de institucionalização da comunidade internacional, tornou-se possível reforçar e, se necessário, substituir, em parte, o sistema da proteção interna por vários sistemas de proteção internacional dos direitos do homem. Com antecedentes que remontam ao século XIX, tal é a nova perspectiva aberta pela Carta das Nações Unidas e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (...)¹²⁷

Eis que, com a assinatura da Carta das Nações Unidas¹²⁸, consolida-se o início de uma nova ordem internacional protetiva dos direitos humanos sob o manto da universalidade. Consoante a seguir será exposto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 fortifica este viés.

¹²⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1991. v. 4, p. 30.

¹²⁸ No dizer de Michel Freeman: “O conceito de direitos humanos está intrinsecamente e intimamente associado à organização das Nações Unidas. A Carta de Organização das Nações Unidas declara, no segundo parágrafo de seu preâmbulo, que um de seus principais objetivos é ‘reafirmar a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, nos direitos iguais de homens e mulheres e de grandes e pequenas nações’”. (FREEMAN, Michel. Direitos humanos universais e particularidades nacionais. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pedro. **Direitos Humanos no século XXI**. Brasília: IPRI, 2002. p. 307-308).

3 A DECLARAÇÃO DE 1948 E A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inaugura-se, com a primeira Declaração de direitos humanos de grande extensão internacional, outra etapa no transitar histórico da singra universal dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Este documento recolhe os ideais da filosofia de John Locke e Immanuel Kant ao procurar resguardar uma esfera individual de proteção em face dos abusos perpetrados pelos detentores do poder político.

A Declaração é fruto de seu tempo e traz, ou, ao menos, procura trazer, em seu bojo um conceito renovado de ser humano que rompe com a despersonalização e coisificação do homem operadas com as atrocidades das grandes guerras.

O indivíduo passa a ser mirado em sua perspectiva única e inigualável, necessariamente relacional, ou seja, conectado com a conjuntura na qual está imerso. É nesse sentido que Heidegger configura a pessoa como o “ser-no-mundo”¹²⁹, ou ainda, na célebre formulação de Ortega Y Gasset, o ser é ele e sua circunstância¹³⁰.

Colhendo os significativos avanços nas searas físico-químicas da biologia, incorpora-se à reflexão filosófica contemporânea a inexorável transformação à qual a essência do ser humano está sujeita. O indivíduo é, portanto, constante devir a ser, ou nas palavras de Heidegger, “um constante inacabamento”¹³¹.

Por fim, a descoberta do *código genético* que cada um porta consigo (DNA¹³²), apenas corroborou para a concepção única do ser. Nas palavras de Comparato: “O caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio, veio a demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo; e que, por conseguinte, nenhuma justificativa de utilidade pública ou

¹²⁹ No idioma original: “*In- der-Welt- sein*”. (HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 52).

¹³⁰ Na formulação autêntica e completa: “*Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo*”. (ORTEGA Y GASSET, José. **Meditaciones del Quijote**. Madrid: Alianza, 2001).

¹³¹ HEIDEGGER, *op. cit.*, p. 236.

¹³² A estrutura do DNA foi descoberta em 7 de março de 1953, no Laboratório de Cavendish, cidade de Cambridge na Inglaterra, pelos cientistas Francis Crick e James Watson. A descoberta levou os cientistas à vitória do Prêmio Nobel.

reprovação social pode legitimar a pena de morte”¹³³.

É esse o homem que serve de substrato para a compreensão dos direitos humanos e dos direitos fundamentais inaugurada com a Declaração Internacional dos Direitos do Homem de 1948¹³⁴.

A referida Declaração foi adotada em assembléia no dia 10 de dezembro de 1948 e seus debates espraiaram-se pelos 56 países membros à época das Organizações das Nações Unidas¹³⁵.

Sua aprovação deu-se com a unanimidade de 48 votos dos países membros e com a abstenção de oito deles, quais sejam, Bielo-rússia, Checoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânia, URSS, África do Sul e Iugoslávia.

Quando da aprovação do documento festejou René Cassin, um de seus mentores intelectuais: “Pela primeira vez na história uma tentativa foi feita pelos

¹³³ COMPARATO, *op. cit.*, p. 31.

¹³⁴ Eis o preâmbulo do documento: “CONSIDERANDO que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, CONSIDERANDO que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade, e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade, CONSIDERANDO ser essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, CONSIDERANDO ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, CONSIDERANDO que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, CONSIDERANDO que os Estados Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades, CONSIDERANDO que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, 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.”

¹³⁵ Impende salientar que: “A Declaração Universal não é um tratado. Foi adotada pela assembléia geral das nações unidas sob a forma de resolução e por sua vez não apresenta força de lei. O propósito da declaração, como proclama seu preâmbulo, é promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais a que faz menção a Carta da ONU, particularmente nos arts. 1º (3) e 55. Por isso, como já aludido, a Declaração Universal tem sido concebida como a interpretação autorizada da expressão direitos humanos, constante da Carta das Nações Unidas, apresentando, por esse motivo, força jurídica vinculante. (...) A Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma forma de tratado internacional, apresenta fora jurídica obrigatória e vinculante, na medida que constitui a interpretação autorizada dos direitos humanos (...) Ademais, a natureza jurídica vinculante da declaração universal é reforçada pelo fato de – na qualidade de um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX – ter-se transformado, ao longo dos mais de cinquenta anos de sua adoção em direito costumeiro internacional e princípio geral do direito internacional.” (PIOVESAN. **Direitos humanos e o direito constitucional** ..., p. 137 e ss.).

representantes do conjunto das nações emanando da humanidade, para formular juridicamente os princípios fundados sobre a ‘unidade da raça humana’ proclamada tanto pelas grandes religiões e filosofias universalistas, como pela Revolução Francesa e as doutrinas sociais marxistas”¹³⁶.

No mesmo influxo, Cassese assevera que a Declaração, marco da passagem dos direitos dos cidadãos de cada Estado para os direitos dos cidadãos do mundo, “favoreceu a emergência, embora débil, tênue e obstaculizada, do indivíduo, no interior de um espaço antes reservado exclusivamente aos Estados soberanos. Ela pôs em movimento um processo irreversível, com o qual todos deveriam se alegrar”¹³⁷.

Acerca do modelo instituído pela Declaração Universal assevera Jack Donnelly: “the Universal Declaration Model is rooted in an attractive moral vision of human beings as equal and autonomous agents living in states that treat each citizen with equal concern and respect”¹³⁸.

Duas são as principais características deste documento: sua amplitude e universalidade. Sobre o tema leciona Bobbio:

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, *na qual a afirmação de direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva*: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas 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.¹³⁹

No que tange à amplitude, a Declaração inova ao combinar, em um mesmo instrumento, direitos civis e políticos (cognominados de primeira geração ou dimensão) e direitos econômicos, sociais e culturais (ditos de segunda geração ou dimensão) – rompendo com o cartesianismo geracional que domina – até hoje – os documentos internacionais. Afirma, ainda, a inter-relação e co-dependência entre

¹³⁶ AGI, Marc. **Rene Cassin**. Paris: Perrin, 1998, p. 117.

¹³⁷ CASSESE, Antonio. **II Diritti Umani nel mondo contemporaneo**. Bari: Laterza, 1988, p. 143.

¹³⁸ “o modelo da Declaração Universal é enraizado numa atrativa visão moral dos seres humanos como agentes iguais e autônomos vivendo em estados que tratam cada cidadão com igual respeito e consideração.” (Tradução Livre) (DONNELLY, Jack. **Human Rights: in theory & in practice**. Ithaca and London: Cornell University Press, 2003, p. 38).

¹³⁹ BOBBIO. **A era ...**, p. 30.

esses direitos.

Já no que toca à universalidade, a Declaração universal apenas consolida a evolução histórica peculiar à metade ocidental do globo acerca dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Positiva, pela primeira vez, no plano internacional, a *ética da universalidade*.

Consoante José Gregori, a declaração de 1948:

[...] não constitui uma mera codificação dos princípios de direitos 'nacionais': ela é universal por sua expressão, por seu conteúdo, por seu campo de aplicação. Se considerarmos sua expressão, porque foi sistematicamente suprimido no texto o termo "Estado" para não se passar a noção de que o Estado é o único responsável pela garantia dos direitos humanos. Sob o ponto de vista do conteúdo, a universalidade da Declaração se manifesta pelo fato de que ela não é a ampliação fotográfica de qualquer declaração nacional. No que diz respeito ao seu campo de aplicação, ela aplica-se a todos os homens sem nenhuma distinção.¹⁴⁰

Forma-se, assim, no plano internacional, um discurso hegemônico dos direitos humanos vistos como uma categoria única e indivisível para todo o mundo. Inaugura-se, portanto, a *concepção contemporânea desses direitos*, a saber:

Seja por fixar a idéia de que os direitos humanos são universais, decorrentes da dignidade humana e não derivado das peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, seja por incluir em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também sociais, econômicos e culturais, a Declaração de 1948 demarca a concepção contemporânea dos direitos humanos.¹⁴¹

De modo original, consoante ensina Norberto Bobbio, a universalidade antes presumida no discurso dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no mundo ocidental passa também ao plano jurídico, consolidando valores comuns partilhados por toda a humanidade. Em suas palavras:

Com efeito, pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação

¹⁴⁰ GREGORI, José. Universalidade dos direitos humanos e peculiaridades nacionais. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pedro. **Direitos humanos no século XXI**. Brasília: IPRI, 2002. p. 210.

¹⁴¹ PIOVESAN. **Direitos humanos e o direito constitucional** ..., p. 137.

da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca de sua validade.¹⁴²

Abrem-se as portas para uma nova era dos direitos humanos e dos direitos fundamentais calcados em sua universalidade e positividade no plano internacional. É o início do processo de internacionalização dos direitos humanos que hoje se encontra pulverizado pelos sistemas internacional e regionais de proteção aos direitos humanos.¹⁴³

A propósito da importância deste documento internacional pioneiro, afirmou o ex-secretário geral das Nações Unidas Kofi Annan:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhecida pela comunidade internacional e baseada na dignidade e na igualdade de todos os membros da família humana tem o grande mérito de ser o primeiro instrumento legal a reunir um conjunto de princípios que incorporam os direitos e a liberdade do ser humano. Desde sua adoção, a Declaração serve como modelo para instituições nacionais, leis, políticas e prática de governos que protegem os direitos humanos. Tem instrumentos para prover inúmeros pontos de referência a tribunais internacionais, parlamentos, governos, advogados e instituições não-governamentais. Muitos desses instrumentos tornaram-se parte do direito internacional comum, unindo assim todos os Estados, quer sejam ou não signatários de convenções multilaterais de direitos humanos. Assim, o que começou como uma proclamação, não exatamente de união, de direitos humanos e liberdade tem, pelo menos em certos aspectos, adquirido, por meio de práticas do Estado, o *status* de lei universal.¹⁴⁴

Esta bagagem acerca do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos e fundamentais é recepcionada tardiamente, ao menos no plano fático, pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos¹⁴⁵.

Vê-se neste documento internacional o triunfo da universalidade de um código axiológico fundamental partilhado pela humanidade, uma vez que “podemos

¹⁴² BOBBIO. *A era ...*, p. 26.

¹⁴³ “[...] só será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia *dentro* do Estado – que é ainda característica predominante na atual fase – para a garantia *contra* o Estado.” (*Ibidem*, p. 40-41).

¹⁴⁴ ANNAN, Kofi. Prefácio. In: CASTRO, Reginaldo Oscar de (coord.). **Direitos humanos: conquistas e desafios**. Brasília: Letraviva, 1999. p. 7-8.

¹⁴⁵ O texto constitucional brasileiro, atrasado em relação a esta nova ordem, apenas abraçou a dignidade da pessoa humana como *princípio-fundamento* da República em 1988. Antes deste, assim o fez a Lei Fundamental Alemã (Grundgesetz) em 1949; a Constituição Portuguesa, em 1976 e a Constituição Espanhola em 1978.

finalmente crer na universalidade dos valores, no único sentido em que 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”¹⁴⁶.

Quase quarenta anos após a promulgação da declaração de 1948, foi realizada, em Viena, sob o sistema da Organização das Nações Unidas, a Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos.

Naquele momento foram reafirmados os termos universais da Declaração dos Direitos do Homem por mais 180 (cento e oitenta) dos Estados-membros presentes.

Em que pese o reconhecimento, em alguma medida, da importância cultural¹⁴⁷ dos direitos humanos, a Conferência de Viena¹⁴⁸ consagra e reafirma o

¹⁴⁶ BOBBIO. **A era ...**, p. 28.

¹⁴⁷ “Em abril de 1993, representantes de estados asiáticos, no final de uma reunião realizada em Bangkok para preparar a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos da ONU, prevista para acontecer em Viena, em junho de 1993, emitiram uma declaração na qual reafirmaram seu compromisso com os princípios contidos na Declaração Universal de Direitos Humanos ‘assim como a completa realização de todos os direitos humanos no mundo inteiro’. Eles avançaram, contudo, em ‘reconhecer que, enquanto os direitos humanos são universais por natureza, precisam ser considerados no contexto de um dinâmico e envolvente processo de definição de normas internacionais, tendo-se em mente o significado de particularidades regionais e nacionais e várias experiências históricas, culturais e religiosas’. A própria declaração de Viena reafirmou o princípio de que todos direitos humanos são universais, mas repetiu a qualificação de Bangkok de que ‘o significado de particularidades nacionais e regionais e várias experiências históricas, culturais e religiosas deve ser considerado”. (FREEMAN, Michel. *Direitos humanos universais e particularidades nacionais*. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pedro. **Direitos humanos no século XXI**. Brasília: IPRI, 2002. p. 307).

¹⁴⁸ “A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem, Considerando que a promoção e a proteção dos direitos do homem constituem questões prioritárias para a comunidade internacional e que a Conferência dispõe de uma oportunidade única de efetuar uma análise global do sistema internacional dos Direitos do homem e do mecanismo de proteção dos direitos do homem, por forma a efetivar e, conseqüentemente, a promover uma maior observância desses direitos, de forma justa e eqüitativa; Reconhecendo e afirmando que todos os direitos do homem derivam da dignidade e do valor inerente à pessoa humana, e que a pessoa humana é o tema central dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, devendo, conseqüentemente, ser o seu principal beneficiário e participar ativamente na concretização de tais direitos e liberdades; Reafirmando o seu compromisso para com os objetivos e aos princípios consignados na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos do homem; Reafirmando o compromisso consignado no Artigo 56º da Carta das Nações Unidas de empreender ações concertadas e individuais, colocando a devida ênfase no desenvolvimento de uma cooperação internacional efetiva com vista à consecução dos objetivos estabelecidos no Artigo 55º, incluindo o respeito e a observância universais dos Direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos; Realçando as responsabilidades de todos os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, no desenvolvimento e encorajamento do respeito pelos Direitos do homem e pelas liberdades fundamentais de todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; Relembrando o Preâmbulo da Carta das Nações Unidas, nomeadamente a determinação em reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homem e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas; Relembrando, igualmente, a determinação expressa no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas de preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, de estabelecer as condições necessárias à manutenção da justiça e do respeito pelas obrigações decorrentes de

compromisso universal datado de 1948.

Após esse momento histórico, conclui José Augusto Lindgren Alves: “os direitos humanos, em conseqüência, não podem mais ser entendidos como uma imposição unilateral sobre a cultura de outros. Ao reconciliar a universalidade com particularidades históricas, culturais, religiosas, econômicas e políticas, a Conferência de Viena contribuiu eficientemente para superar o tradicional dilema entre universalismo e relativismo”¹⁴⁹.

Importa salientar que este padrão não foi consensualmente absorvido por todos os Estados. Sob os fundamentos do relativismo cultural e da soberania estatal, iniciou-se, sob a liderança do governo chinês, o questionamento da própria idéia de

tratados e outras fontes do direito internacional, de promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade, de praticar a tolerância e a sã convivência e de empregar os mecanismos internacionais para promover o progresso econômico e social de todos os povos; Realçando que a Declaração Universal dos Direitos do homem, que constitui um modelo comum a seguir por todos os povos e por todas as nações, é a fonte de inspiração e tem sido o pilar, para as Nações Unidas, dos progressos com vista à fixação de padrões, conforme consta dos instrumentos internacionais em vigor sobre Direitos do homem, particularmente o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Considerando as alterações mais significativas que ocorrem na cena internacional e as aspirações de todos os povos a uma ordem internacional baseada nos princípios consignados na Carta das Nações Unidas, incluindo a promoção e o encorajamento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, bem como do respeito pelo princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, da paz, da democracia, da justiça, da igualdade, do primado da lei, do pluralismo, do desenvolvimento, de melhores padrões de vida e da solidariedade; Profundamente preocupada com as várias formas de discriminação e violência a que as mulheres continuam expostas em todo o mundo; Reconhecendo que as atividades das Nações Unidas no domínio dos direitos do homem deveriam ser racionalizadas e empreendidas de forma a fortalecerem os mecanismos das Nações Unidas neste campo e a alargarem os objetivos do respeito universal pela observância de normas internacionais sobre direitos do homem. Tendo tido em consideração as Declarações adotadas nas três reuniões regionais realizadas em Túnis, San Jose e Bangkok, bem como as contribuições dos Governos, e tendo presentes as sugestões apresentadas por organizações intergovernamentais e não governamentais, bem como os estudos elaborados por peritos independentes durante o processo preparatório que conduziu à Conferência Mundial sobre Direitos do Homem; Congratulando-se com a designação do ano de 1993 como o Ano Internacional dos Povos Indígenas do Mundo como forma de reafirmação do empenhamento da comunidade internacional em garantir a estes povos o gozo de todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais, bem como em respeitar o valor e a diversidade das suas culturas e identidades; Reconhecendo, igualmente, que a comunidade internacional deveria encontrar formas e meios para remover os atuais obstáculos, para responder aos desafios de uma total consecução de todos os direitos do homem e para impedir a continuada violação dos direitos do homem daí resultantes, em todo o mundo; Invocando o espírito da nossa era e as realidades do nosso tempo que incitam os povos do mundo e os Estados Membros das Nações Unidas a rededicarem-se à tarefa global de promoção e proteção dos Direitos do homem e das liberdades fundamentais, por forma a garantir o gozo pleno e universal de tais direitos; Determinada a tomar novas medidas no sentido de um maior empenhamento da comunidade internacional, visando assim alcançar um progresso substancial no domínio dos direitos do homem mediante um esforço acrescido e sustentado da cooperação e solidariedade internacionais; Adota, solenemente, a Declaração de Viena e o Programa de Ação”. Sem grifos no original.

¹⁴⁹ LINDGREN ALVES, José Augusto. The United Nations PostModernity and Humans Rights. **University of San Francisco Law Review**, v. 32, n. 3, p. 499-500, spring 1998.

direitos humanos.

Essa perspectiva foi enfrentada por Michael Freeman:

A Declaração de Viena de 1993 exigiu da comunidade internacional ‘ter em mente’ particularidades históricas, culturais, religiosas, nacionais e regionais na implementação dos direitos humanos universais. Lida de modo literal, essa ordem não é excepcional. Todo indivíduo humano, todo grupo humano, toda nação, todo Estado é *particular*, e possui uma história particular e um caráter particular. O imperativo do respeito pela pessoa humana, que é a base da doutrina dos direitos humanos universais, exige de nós ‘ter em mente’ que todo indivíduo humano vive em grupos sociais e nações, e dentro da jurisdição dos Estados, quando as soluções para os problemas *práticos* de implementação dos princípios dos direitos humanos em circunstanciais sociais reais são trabalhadas.¹⁵⁰

São essas as bases normativas internacionais – a Declaração Universal de 1948 e a Conferência de Viena em 1993 – da alocação hegemônica do ocidente acerca dos direitos humanos e fundamentais fincada sobre a pedra angular do universalismo.

Sobre a importância singular da Declaração Universal dos Direitos do Homem manifestou-se o então secretário geral da ONU quando de seu cinquentenário:

Graças à Declaração Universal, os direitos humanos estabeleceram-se em todo o lugar como uma legítima preocupação política e moral e a comunidade internacional dá apoio aos direitos humanos, para que o cidadão comum possa recorrer a instrumentos de contestação e inspiração e que leis reforçando os direitos humanos se desenvolvam em diferentes regiões do mundo. Juristas do mundo todo estão entre aqueles que têm papel especial na defesa dos direitos humanos. E desejo que todos que têm as mesmas preocupações fiquem cada vez mais perto de nós para que possamos agir melhor que no passado. Não há volta na revolução dos direitos humanos.¹⁵¹

Focando essa base protetiva universal argüi Jack Donnelly que se formou “*an international overlapping consensus*”¹⁵². Isto porque a maioria dos países do

¹⁵⁰ FREEMAN, *op. cit.*, p. 327.

¹⁵¹ ANNAN, *op. cit.*

¹⁵² “Um consenso internacional sobreposto.” Relativizando a própria afirmação contrapõe: “Participation in the overlapping consensus on the Universal Declaration model is (only) possible for those who see ‘human being’ as a fundamental moral category and who see human beings as in some important sense autonomous actors”. “Participação no consenso sobreposto do modelo da Declaração Universal é (apenas) possível para aqueles que vêem ‘ser humano’ como uma categoria moral fundamental e que vê seres humanos como um senso importante de agentes autônomos.” (Tradução Livre) (DONNELLY. **Human** ..., p. 40-41).

globo teria o conteúdo da Declaração Universal como categorias jurídicas e morais universais. Na mesma direção aponta Bhikhu Parekh ao dizer que, a partir da Declaração, “some values are embedded in and underpin all human societies”¹⁵³.

O momento histórico da Declaração Universal dos Direitos do Homem marca, portanto, a travessia entre o incipiente debate segmentado anterior, para um novo momento de desenvolvimento teórico que carrega em seu cerne a rubrica universalista.

A Declaração de 1948 sinaliza o início de uma nova era de direitos humanos e, dialeticamente, sintetiza seu desenvolvimento até então e lança bases para o futuro. Bobbio bem delinea aquele momento histórico divisor de águas:

[...] os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. A Declaração universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.

Quando digo “contém em germe”, quero chamar a atenção para o fato de que a Declaração Universal é apenas o início de um longo processo, cuja realização final ainda não somos capazes de ver.¹⁵⁴

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que marca a vertente contemporânea dos direitos fundamentais, referendada pelas Nações Unidas em 1993, é estação primeira dessa etapa do processo de consolidação, ainda hodierno, dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, ao menos no plano teórico, como categorias universais.

¹⁵³ “Alguns valores estão assentados em um pressuposto de todas as sociedades humanas.” (Tradução Livre) (PAREKH, Bhikuh. Non-ethnocentric Universalism. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas [coord.]. **Human Rights in Global Politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 135).

¹⁵⁴ BOBBIO. **A era ...**, p. 30-31.

4 COSMOPOLITISMO E CIDADANIA GLOBAL: DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS E QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS

Tendo em vista o evoluir histórico no desenvolvimento das noções que permeiam as idéias dos direitos humanos e dos direitos fundamentais convencionou-se pensar, teoricamente, os direitos por meio de gerações.

Deste modo, a dita primeira geração de direitos possui cunho individualista, erigindo-se como direitos do indivíduo frente ao Estado – *liberdade em relação ao Estado*¹⁵⁵. São precisamente por isso direitos de defesa, circunscrevendo uma zona de não-intervenção do Estado, ou de atuação negativa, e uma esfera máxima de liberdade individual em face da soberania estatal.

Correspondem à primeira fase desses direitos o aqui delineado, quando tratou-se do período moderno.

Já a reação aos limites de tais direitos de cunho individualista e a necessidade de sua complementação marcam a transição de Estado Liberal para o Estado Social, e nela se que consagra a passagem da dita primeira para a segunda geração de direitos.

A peculiaridade desses direitos repousa em sua dimensão de atuação estatal positiva uma vez que, nas palavras de Celso Lafer, tratam de propiciar um "direito de participar do bem-estar social"¹⁵⁶. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de *liberdade através ou por meio do Estado*¹⁵⁷.

Paulo Bonavides afiança que “estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram 'abraçados ao princípio da igualdade', entendida esta num sentido material”¹⁵⁸.

Contemporaneamente, o redimensionamento das relações inter-humanas, do homem com a natureza e as relações do homem com o seu meio incitam o (re)aparecimento de direitos que, em todo caso, adquiriram uma nova forma.

¹⁵⁵ Expressão cunhada por: BOBBIO (*A era ...*, p. 32).

¹⁵⁶ LAFER, *op. cit.*, p. 127.

¹⁵⁷ Expressão cunhada por: BOBBIO (*A era ...*, p. 33).

¹⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.

Os direitos da terceira dimensão¹⁵⁹ – também denominados de direitos de fraternidade e de solidariedade – são singulares vez que seu pólo subjetivo desprende-se, em princípio, da figura do indivíduo, destinando-se à proteção de coletividades.¹⁶⁰

Ademais, reconhecida parcela da doutrina, capitaneada por Paulo Bonavides, faz menção a uma quarta geração de direitos que surge como resposta à globalização dos direitos fundamentais¹⁶¹. Segundo Bonavides, os direitos componentes desta dimensão “compendiam o futuro da cidadania e o porvir das

¹⁵⁹ Sobre o tema afirma BOBBIO: “[...] emergiram hoje direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”. (**A era ...**, p. 6).

¹⁶⁰ Para Antonio PÉREZ LUÑO estes direitos são resposta à “poluição das liberdades”, que marca a erosão e degradação sofrida pelos direitos humanos e fundamentais, sobretudo com o uso de novas tecnologias. (**Los derechos ...**, p. 41).

¹⁶¹ “O Brasil está sendo impelido para a utopia deste fim de século: a globalização do neoliberalismo, extraída da globalização econômica. O neoliberalismo cria, porém, mais problemas do que os que intenta resolver. Sua filosofia do poder é negativa e se move, de certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania e, ao mesmo passo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade. A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. Mas nem por isso deixa de fazer perceptível um desígnio de perpetuidade do *status quo* de dominação. Faz parte da estratégia mesma de formulação do futuro em proveito das hegemonias supranacionais já esboçadas no presente. Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, de outro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir. A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.” (BONAVIDES. **Curso ...**, p. 524).

Entretanto, o processo de globalização dos direitos humanos não traz consigo benesses:

“El paso a un capitalismo global apunta a agravar el cuadro de esta crisis de los derechos humanos. Crisis entendida de varias maneras: primero, de ausencia de derechos para la mayoría de la población mundial; segundo, de los movimientos de derechos humanos que se enfrentan hoy en día, en su lucha por el derecho a la vida, a un poder de exclusión total, invisibilizado (ley del valor) y protegido por la legislación; crisis de la institución llamada derechos humanos por eso mismo, por haberse convertido en institución, y ser vaciada de contenido por el uso del poder mundial que legitima políticas imperiales de muerte e intervención en su nombre; y finalmente crisis de la institución llamada derechos humanos por la emergencia del pensamiento cínico para el cual el derecho a la vida no es universal y por ende ningún otro derecho humano.” “O passo em direção a um capitalismo global aponta para o agravamento do quadro desta crise dos direitos humanos. Crise entendida de várias maneiras: primeiro, de ausência de direitos para a maioria da população mundial; segundo, dos movimentos de direitos humanos que se enfrentam hoje em dia, em sua luta pelo direito à vida, a um poder de exclusão total, invisibilizado (lei do valor) e protegido pela legislação; crise da instituição chamada direitos humanos por isso mesmo, por haver se convertido em instituição, e ser esvaziada de conteúdo pelo uso do poder mundial que legitima políticas imperiais de morte e intervenção em seu nome; e finalmente crise da instituição chamada direitos humanos pela emergência do pensamento cínico para o qual o direito e a vida não é universal e por fim nenhum outro direito humano.” (Tradução Livre) (GUTIÉRREZ, Germán. *Globalización y liberación de los derechos humanos*. In: FLORES, Joaquín Herrera. **El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal**. Bilbao: Desclée, 2000. p. 174-175).

liberdades de todos os povos. Tão somente com eles será possível a globalização política”¹⁶².

Anota-se, neste ponto, que há quem já trate de direitos de 5ª dimensão, a exemplo de Gustavo Zagrebelsky¹⁶³. Para este autor, esta categoria é beneplácita da universalização de certos direitos como o direito à democracia, ao desenvolvimento e ao progresso social, direitos que seriam associados a uma idéia de um constitucionalismo global, de uma cidadania mundial.

Há, contudo, de se ter cautela ao tratar dos direitos humanos e fundamentais segmentados em dimensões¹⁶⁴. Neste contexto é que Ingo Sarlet refere-se à *fantasia das chamadas gerações de direitos*, pois, “além da imprecisão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente expansão, cumulação e fortalecimento”¹⁶⁵.

Em nosso modo de ver, tem efetiva razão de ser a crítica aí levada a efeito. Os direitos humanos e fundamentais realmente apenas podem ser apreendidos em uma perspectiva complementar da qual a idéia geracional não dá conta. Há de se (re)pensar a maneira pela qual a teoria constitucional tradicionalmente mirou esses direitos. Há ainda um grande caminho a ser percorrido quanto à implementação dos direitos mais básicos – ditos de primeira geração – haja vista que 800 milhões de pessoas no mundo de hoje passam fome.¹⁶⁶ Um passo adiante impende ser dado.

Complementa Joaquín Herrera Flores ao dizer que “*no hay generaciones de derechos, hay generaciones de problemas que nos obligan a ir adaptando y*

¹⁶² BONAVIDES. **Curso** ..., p. 526.

¹⁶³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil** – ley, derechos y justicia. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

¹⁶⁴ Dirime, o professor Paulo Bonavides, o que ele mesmo denominou de *equivoco de linguagem*: “o vocábulo “dimensão” substituí, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo.” (BONAVIDES. **Curso** ..., p. 525).

¹⁶⁵ SARLET. **A eficácia** ..., p. 47.

¹⁶⁶ Dado divulgado pela Organização para a Alimentação e Agricultura (FAO), ligada à Organização das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=9093>. Acesso em: ago. 2005.

*readaptando nuestros anhelos y necesidades a las nuevas problemáticas*¹⁶⁷.

Essa escala de evolução, entretanto, possui o propósito didático de demonstrar o enriquecimento dessas categorias até os dias atuais, nos quais colocam-se novos horizontes – e com eles desafios – aos direitos humanos.

No magistério de Norberto Bobbio, eis o repto contemporâneo:

A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de vez para sempre.

Quero dizer, com isso, que a comunidade internacional se encontra hoje diante não só de fornecer garantias válidas para aqueles direitos, mas também de aperfeiçoar continuamente o conteúdo da declaração.¹⁶⁸

A abertura das fronteiras do mundo globalizado levou-nos a uma profunda crise da noção de direitos humanos, insurgida da Declaração Universal, sob o manto das especificidades culturais.

Destarte, germinam – em face dessa nova conjuntura global na qual se inserem os direitos humanos e os direitos fundamentais – outras compreensões teóricas acerca da universalidade destes.

É assim que Kwame Anthony Appiah¹⁶⁹ aponta para a existência de uma cidadania global, fincada no cosmopolitismo uma vez que, na cena presente, o diálogo para além das fronteiras é inevitável.

Duas são as premissas básicas sob as quais erige-se o pensamento cosmopolita: de um lado a opinião que possuímos obrigações com os outros que nos circundam, e de outro, a idéia do valor da vida humana. De acordo com Appiah:

So there are two strands that intertwine in the notion of cosmopolitanism. One is the idea that we have obligations to others, obligations that stretch beyond those to whom we are related by the ties of a kith and kina, or even the more formal ties of a shared citizenship. The other is that we take seriously the value not just of human life but of particular human lives, which means taking an interest in the practices and beliefs that lend them significance. People are different, the cosmopolitanism knows, and there is

¹⁶⁷ “Não há gerações de direitos, há gerações de problemas que nos obrigam a ir adaptando e readaptando nossos anseios e necessidades às novas problemáticas.” (Tradução Livre) (FLORES, Joaquín Herrera. *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. In: _____ [coord.]. **El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica da la razón liberal**. Bilbao: Desclée, 2000. p. 44).

¹⁶⁸ BOBBIO. **A era ...**, p. 34.

¹⁶⁹ APPIAH, Kwame Anthony. **Cosmopolitanism: ethics in a world of strangers**. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 2006.

much to learn from our differences.¹⁷⁰

Impossível não vincular essa ordem de idéias ao escritos kantianos que enunciavam um *ius cosmopolitum*¹⁷¹ que “é o necessário coroamento do código não escrito, tanto no direito público interno como no direito internacional, para a fundação de um direito público geral e, portanto, para a realização da paz perpétua”¹⁷².

O pressuposto coevo desse diálogo global assentar-se-ia na necessidade de, em qualquer comunidade, desenvolver-se hábitos de coexistência. É sob este influxo que o autor assevera que o cosmopolitanismo não é difícil, pois seu germen estaria na vida comunitária, repudiá-lo sim é espinhoso¹⁷³.

A partir da ótica cosmopolita, todas as sociedades possuem um conjunto de valores que lhes guia. Neste colóquio intercomunitário cada comunidade demonstra às demais, por formas variadas, a ordem axiológica que lhes orienta, abrindo-se, assim, no sentido da cidadania global, para a busca de respostas compartilhadas. Caso contrário:

For if relativism about ethics and morality were true, then, at the end of many discussions, we would each have to end up saying, “From where I stand, I am right. From where you stand, you are right”. And there would be nothing further to say. From our different perspectives, we would be living effectively in different worlds. And without a shared world, what is there to discuss? People often recommend relativism because they think it will lead to tolerance. But if we cannot learn from one another what is right to think and feel and do, then conversation between us will be pointless. Relativism of that sort isn’t a way to encourage conversation; it’s just a reason to fall silent.¹⁷⁴

¹⁷⁰ “Então há dois fios que se entrelaçam na noção de cosmopolitanismo. Um é a idéia de que temos obrigações para com os outros, obrigações que vão além daqueles com quem somos relacionados por laços de *kith e kina*, ou até mesmo laços mais formais de uma cidadania partilhada. O outro é que levamos a sério não só o valor da vida humana, mas de vidas humanas em particular, o que significa ter interesse nas práticas e crenças que lhe dão significado. As pessoas são diferentes, o cosmopolitanismo sabe, e há muito a se aprender de nossas diferenças.” (Tradução Livre) (APPIAH, *op. cit.*, p. xv).

¹⁷¹ Nas idéias de Kant o direito cosmopolita apóia-se sobre um pilar duplo: de um lado o dever de hospitalidade para com os estrangeiros e, de outro, o direito de visita que cabe a todos os homens.

¹⁷² BOBBIO. **A era ...**, p. 139.

¹⁷³ No idioma original: “Cosmopolitanism isn’t hard work; repudiating it is.” (APPIAH, *op. cit.*, p. xx).

¹⁷⁴ “Porque se o relativismo sobre ética e moralidade for verdadeiro, então, ao final de muitas discussões, cada um de nós acabaria dizendo: ‘Do meu ponto de vista, estou certo. Do seu ponto de vista, você está certo’. E não haveria mais nada a se dizer. De nossas perspectivas

Appiah não ignora o importante papel que a pré-compreensão possui, uma vez que “what you see dependes on what you believe”¹⁷⁵. Não obstante, em que pese existirem valores que nem todas as comunidades reconhecem como válidos, há muitos os quais compartilhamos¹⁷⁶ – essa é a base para uma alocução cosmopolita.

Destarte, remontando às bases kantianas que informam a procura de um princípio da ação universal, ter-se-ia a *golden rule* do cosmopolitismo: tratar os outros como gostaria de ser tratado. Ou seja, tratar-se-ia de ter em mente e em consideração a posição subjetiva alheia, seus interesses e valores. Nas palavras do autor:

The idea behind the Golden Rule is that we should take other people's interests seriously, take them into account. It suggests that we learn about other people situations, and then use our imaginations to walk a while in their moccasins. These are the aims that we cosmopolitans endorse. It's just that we can't claim that the way is easy.¹⁷⁷

Não se pode desconhecer que em um diálogo transcultural haverá dissonância em relação a determinados valores¹⁷⁸, seja pelo desconhecimento de

diferentes, nós estaríamos vivendo em mundos diferentes. E sem um mundo partilhado, o que há para se discutir? As pessoas sempre recomendam o relativismo porque acham que ele levará à tolerância. Mas, se não pudermos aprender com o outro o que é certo pensar e sentir e fazer, então, a conversa entre nós será sem objeto. Relativismo deste tipo não é uma maneira de encorajar a conversa; é apenas uma razão para se ficar quieto.” (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 31).

¹⁷⁵ “O que você vê depende do que você acredita”. (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 39).

¹⁷⁶ “Cross-cultural analysis reveals that are really some basic mental traits there are universal – in the sense that they're normal everywhere. It has also confirmed, for that matter, that some unusual traits – the incapacity to make sense of other people that we call autism – are found in every human population, too. (...) starting with our common biology and the shared problems of human situation (and granted that we may also share cultural traits because of our common origins), human societies have ended up having many deep things in common”. “Análises interculturais revelam que realmente alguns traços mentais básicos são universais – no sentido de serem normais em qualquer lugar. Também se confirmou nesse sentido, que alguns traços incomuns – a incapacidade de fazer sentidos de outras pessoas que chamamos autismo – são encontrados em todas populações humanas, também. (...) começando com nossa biologia comum e os problemas partilhados da situação humana (e garantido que nós também podemos partilhar laços culturais por causa de nossas origens comuns) as sociedades humanas acabaram tendo muitas coisas profundas em comum.” (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 96).

¹⁷⁷ “A idéia por detrás da *Golden Rule* é que devemos levar a sério o interesse de outras pessoas, levá-los em conta. Ela sugere que fiquemos sabendo sobre as situações de outras pessoas e então usemos nossa imaginação para colocar-nos, por um tempo, em seu lugar. Esses são os objetivos que nós cosmopolitanos endossamos. É justo que não possamos dizer que o caminho é fácil.” (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 63).

¹⁷⁸ De acordo com a expressão de Kwame Anthony Appiah: “disputing with strangers”.

determinado elemento axiológico, seja por sua diferente interpretação em outras culturas, ou ainda, pelo peso diverso que aquele determinado valor possui em outras organizações sociais. Fica claro que a discrepância axiológica é, em grande parte, inexorável.

Sem embargo, em busca de se construir uma cidadania global, torna-se indispensável, nessa cena, a tolerância ao diverso. Pois, “our political coexistence, as subjects or citizens, depends on being able to agree about practices while disagreeing about their justification”¹⁷⁹.

É neste horizonte que Cass Sustein propõe que vivamos, ao menos em termos da axiologia e compreensão jurídica, em “incompletely theorized agreements”¹⁸⁰. Uma vez que se pode coexistir harmonicamente sem concordar com os valores que tornam tal convívio pacífico, mas apenas sobre as ações que devem ser tomadas para esse fim.

Compreender os diferentes valores culturais é indispensável para a coexistência transcultural harmônica, mas isso não quer dizer que tenhamos que concordar com esta outra ordem axiológica¹⁸¹. Ou seja, entender e dialogar sem aceder: “Conversation doesn’t have to lead to consensus about anything, especially not values, it’s enough that it helps people get used to one another”¹⁸².

O colóquio transcultural deve ser mirado de modo concreto, quando dois *particular strangers* cambiam entre si suas experiências, partindo da base comum que compartilham. Não há necessidade da universalidade desse baldrame desde

(*Ibidem*, p. 66).

¹⁷⁹ “Nossa coexistência política como sujeitos ou cidadãos, depende de poder concordar sobre práticas enquanto se discorda sobre suas justificativas.” (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 70).

¹⁸⁰ “Argumentos teorizados incompletos.” (Tradução Livre) (SUSTEIN, Cass. Incompletely Theorized Agreements. **Harvard Law Review**, n. 108, p. 1.733-1772, 1995).

¹⁸¹ Cabe aqui aclarar que ainda que se compartilhe os mesmos valores, pode haver conflito cultural da mesma maneira: “What makes these conflicts so intense is that they are battles over the meaning of the *same* values, not that they oppose one value, held exclusively by one side, with another, held exclusively by their antagonists. It is, in part, because we have shared horizons of meaning, because these are debates between people who share so many other values and so much else in the way of belief and habit, that they are as sharp and as painful as they are.” “O que torna esses conflitos tão intensos é que eles são batalhas sobre o significado dos mesmos valores, não que eles se oponham a um valor, mantido exclusivamente, por um lado, com outro, mantido exclusivamente por seus antagonistas. É, em parte, porque nós dividimos os mesmos horizontes de significados, porque estes são debates entre pessoas que dividem tantos outros valores e muito mais no sentido de crença e hábito, que eles [os conflitos] são agudos e dolorosos como são.” (Tradução Livre) (APPIAH, *op. cit.*, p. 81).

¹⁸² “Conversa não tem que levar ao consenso sobre nada, especialmente não valores, basta que ela ajude as pessoas a se acostumarem uma com as outras.” (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 85).

que seja compartilhado pelos dois pólos interlocutores. Conforme entabulação de A.K. Appiah:

The problem of cross-cultural communication can seem immensely difficult in theory, when we are trying to imagine making sense of a stranger in abstract. But the great lesson of anthropology is that when the stranger is no longer imaginary, but real and present, sharing a human social life, you may like or dislike him, you may agree or disagree; but, if it is what you both want, you can make sense of each other in the end.¹⁸³

Eis a lógica do cosmopolitanismo: tolerar, compreender e dialogar sempre em vistas do caso concreto, dos sujeitos concretos em uma relação dialogal particular.

A necessidade da tolerância já havia sido, embora em outro tempo histórico, sublinhada por Locke:

Seria de desejar que um dia se permitisse à verdade defender-se por si só. Muito pouca ajuda conferiu o poder dos grandes, que nem sempre a conhecem e nem sempre lhe são favoráveis (...) A verdade não precisa da violência para ser ouvida pelo espírito dos homens; e não se pode ensiná-la pela boca da lei. São os erros que reinam graças à ajuda externa, tomada emprestada de outros meios. Mas a verdade, se não é captada pelo intelecto com sua luz, não poderá triunfar com a força externa.¹⁸⁴

Em revisão bibliográfica da interlocução entre Appiah e Habermas, afirma Amy Gutman: “the political project of preserving cultures of their vitality and endangered species deprives cultures of their vitality and individuals of their freedom to revise and even to reject their inherited cultural identities, but they guarantee survival to none”¹⁸⁵. E prossegue:

Can there be a politics of recognition that respects multitude of multicultural identities and does not script too tightly any one life? Both Appiah and Habermas offer complex answers to this question, pointing to the possibility

¹⁸³ “O problema da comunicação intercultural pode parecer imensamente difícil na teoria, quando estamos tentando imaginar fazer sentido de um estranho em abstrato. Mas, a grande lição de antropologia é que quando o estranho não é mais imaginário, mas real, e presente, partilhando uma vida humana social, você pode gostar ou não dele, você pode concordar ou discordar; mas, se é o que vocês dois querem, vocês podem fazer sentido de cada um no final.” (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 99).

¹⁸⁴ LOCKE, John. **Scritti sulla Tolleranza**. Turim: Utet, 1977. p. 165. *Apud*: (BOBBIO. **A era ...**, p. 208).

¹⁸⁵ “O projeto político de preservar as culturas de sua vitalidade e espécies em extinção priva as culturas de sua vitalidade e os indivíduos de sua liberdade para revisar e mesmo rejeitar suas identidades culturais herdadas, mas elas não garantem sobrevivência a ninguém”. (Tradução Livre) (GUTMAN, *op. cit.*, p. x).

that some form of constitutional democracy may offer such as politics, based not on class, race ethnicity, gender, or nationality, but rather on a democratic citizenship of equal liberties, opportunities, and responsibilities for individuals.¹⁸⁶

De acordo com Bobbio, a necessária tolerância pode ser conclamada por diversas razões: primeiramente, sob um aspecto vil, “a tolerância como mal menor”, lastreada na idéia “de que a verdade tem tudo a ganhar quando suporta o erro alheio”¹⁸⁷. Em um segundo aspecto, “a tolerância pode significar a escolha do método da persuasão em vez do método da força ou da coerção”¹⁸⁸.

Ainda, o filósofo italiano introduz o respeito à pessoa alheia como uma razão moral para o primado da tolerância. E, por fim, tolerar, do ponto de vista teórico, baseando-se na idéia de que “a verdade tem muitas faces” uma vez que “vivemos num multiuniverso” no qual “a tolerância não é apenas um método de convivência, não é apenas um dever moral, mas uma necessidade inerente à própria natureza da verdade”¹⁸⁹.

Entretanto, ainda, assim, muitas identidades culturais diversas legitimamente reclamam da homogeneização e da ameaça que a globalização¹⁹⁰ trouxe aos seus costumes locais e particulares.

As relações se transformam por forças inerciais ou até mesmo independentes do fenômeno da globalização, mas não se pode negar que mutações por ele são aceleradas. A ameaça que algumas comunidades alegam sofrer decorre do fato da necessidade inexorável de mudança.

O fato é que o mundo desse presente complexo, do ponto de vista cultural, é cosmopolita uma vez que intercâmbios sociais são inevitáveis. Destarte, a acese cultural por alguns almejada é teórica e praticamente impossível. Neste sentido:

¹⁸⁶ “Pode haver uma política de conhecimento que respeite uma miríade de identidades multiculturais e que não dirija tão estreitamente a vida de alguém? Ambos Appiah e Habermas oferecem respostas complexas a esta pergunta, apontando a possibilidade que alguma forma de democracia constitucional possa oferecer, tal como a política, baseada não em classe, etnias raciais, gênero, ou nacionalidade, mas sim numa cidadania democrática de iguais liberdades, oportunidades e responsabilidades para os indivíduos.” (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. xii).

¹⁸⁷ BOBBIO. *A era ...*, p. 206.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 207.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 209-210.

¹⁹⁰ “People who complain about the homogeneity produced by globalization often fail to notice that globalization is, equally, a threat to homogeneity”. “As pessoas que reclamam sobre a homogeneidade produzida pela globalização frequentemente deixam de perceber que a globalização é, igualmente, uma ameaça à homogeneidade.” (Tradução Livre) (APPIAH, *op. cit.*, p. 101).

Cultural purity is an oxymoron. The odds are that, culturally speaking, you already live a cosmopolitan life, enriched by literature, art, and film that come from many places, and that contains influences from many more. (...)

The point is that people in each place make their own uses even of the most famous global commodities.¹⁹¹

Não se trata, evidentemente, de “colonizar” culturas. Cogita-se do reconhecimento do *outro*. O cosmopolitanismo reconhece, assim, diferentes culturas calcadas em valores diversos, todavia, enxerga, ainda que tênue, um condão que perpassa comunidades e manifestações culturais que possibilitam o diálogo e a compreensão entre si, formando uma sociedade global. Sintetiza o autor:

Cosmopolitans think that there are many values worth living by and you cannot live by all of them. So we hope and expect that different people and different societies will embody different values. (But they have to have values worth living by.) Another aspect of cosmopolitanism is what philosophers call *fallibilism* – the sense that our knowledge is imperfect, provisional, subject to revision in the face of new evidence.¹⁹²

Ou ainda, na clara lição: “Cosmopolitanism is an ethical commitment strains to extend our concrete realities to include some distant and generalized ‘others’ who, we are told, are our global neighbors”¹⁹³.

É nesta roupagem que o fundamento universalista chega aos dias atuais: reconhecendo diferenças, propondo o diálogo, mas pressupondo – ainda que intrinsecamente – um liame (axiológico) comum que une a todos em humanidade e os forma cidadãos globais.

Tal ordem de idéias ressoa na doutrina constitucional pátria que enuncia um

¹⁹¹ “A pureza cultural é um oxímoro. As chances são que, culturalmente falando, você já vive uma vida cosmopolitana, enriquecida pela literatura, arte e filmes que vêm de muitos lugares e que contêm influências de muito mais. (...) O ponto é que as pessoas em cada lugar criam seus próprios usos, mesmo dos mais famosos *commodities* globais”. (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 113).

¹⁹² “Cosmopolitanos acham que existem muitos valores pelos quais se valhe a pena viver e que você não pode viver por todos eles. Então, esperamos que pessoas diferentes e sociedades diferentes incorporem valores diferentes. (Mas, eles têm que ter valores pelos quais valha a pena viver.) Outro aspecto do cosmopolitanismo é o que os filósofos chamam de *fallibilidade* – o sentido de que nosso conhecimento é imperfeito, provisional, sujeito a revisão em face de nova evidência.” (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 144).

¹⁹³ “Cosmopolitanismo é um compromisso ético que estende nossas realidades concretas para incluir alguns 'outros' distantes e generalizados, que, conforme nos dizem, são os nossos vizinhos globais.” (Tradução Livre) WALSON, William. Globalization and the meaning of Canadian Life. **Canadian Review of Book**, n 28. 8-9. (Winter 2000).

novo universalismo:

A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele País, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.¹⁹⁴

No entanto, essas diferentes concepções, sob a bandeira da universalidade, não têm dado conta, no cenário contemporâneo, de resolver os conflitos centrais acerca dos fundamentos dos direitos humanos.

Isto porque, ao fim e ao cabo, há, ao menos em casos-limite, de se escolher pela primazia dos direitos humanos, do homem, em face das manifestações culturais. É ilusório acreditar que o embate resolva a si mesmo, o diálogo, desta forma, é utilizado como subterfúgio de dominação na medida em que “os indivíduos e suas escolhas são mais importantes do que a cultura que se quer preservar”¹⁹⁵.

Desta maneira concluí que “se o costume é ruim para o bem-estar de uma grande parcela daquela população, o fato de fazer parte da cultura não é motivo para insistir no erro. O foco de nossa preocupação deve ser o indivíduo e não a tribo ou a nação”¹⁹⁶.

Haja vista esta presunção de supremacia *a priori*, a visão universalista dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, como legado de um longo caminhar histórico, *per se* não se mostra suficiente em face da força dos fatos sociais.

Mister singrarmos outro(s) caminho(s), sempre tendo em mente a lição de Norberto Bobbio que, não importa de onde partamos, “o caminho a percorrer é ainda longo”¹⁹⁷!

¹⁹⁴ BONAVIDES. **Curso** ..., p. 526-527.

¹⁹⁵ Afirmação de Kwame A. Appiah à revista *Veja*, seção páginas amarelas, 2006. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/080306/entrevista.html> (acesso 22 set. 2007).

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ BOBBIO. **A era** ..., p. 46.

PARTE II – REFLEXÕES ACERCA DO RELATIVISMO CULTURAL E SEU IMPACTO NA TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Expostas algumas ponderações a propósito do surgimento e migração histórica da concepção universal dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, por apego ao princípio dialético e como contra-ponto necessário ao discurso predominante, mister angariar, ainda que parcialmente, literatura que se posiciona de modo crítico aos fundamentos e, de certo modo, até mesmo à própria existência da categoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

O discurso dos direitos humanos hodiernamente hegemônico, delineado na primeira parte, é uma das alocações possíveis e “atesta a sobrevivência da filosofia da Escola do Direito Natural, em seu tempo continuadora de uma tradição escolástica; com muitas escolas de teologia tendo feito o direito o instrumento da lei moral”¹⁹⁸.

As ponderações que se opõem ao *human rights talk*, desde os tempos antigos até a contemporaneidade, encontram pensadores adeptos. É sob a bandeira do relativismo cultural¹⁹⁹ que o antagonismo mais forte emerge na atualidade. Na época presente concepções há em que a própria idéia dos direitos humanos é

¹⁹⁸ VILLEY, *op. cit.*, p. 22.

¹⁹⁹ “O relativismo representa no campo da antropologia uma ideologia social baseada na grandeza cultural de qualquer sociedade, inexistindo qualquer predomínio de uma organização social sobre outra. Por isso emprega-se o vocábulo “relativismo”, pois, relativizam-se – ou quiçá melhor seria dizer contextualizam-se – os conceitos de “bem” ou “mal” haja vista a diversidade dos padrões morais. A doutrina do relativismo cultural, no campo das ciências sociais, aflorou do pensamento do antropólogo Franz Boas que nunca chegou a empregar o termo *in literis*. A alocação foi cunhada primeiramente em 1948, na revista *American Anthropologist* pelos discípulos intelectuais de Boas como um resumo de suas principais idéias. Nas palavras de Harry Gensler: “O mito da objectividade afirma que as coisas podem ser um bem ou um mal de uma forma absoluta — e não relativamente a esta ou àquela cultura. Mas como poderemos saber o que é o bem ou o mal em termos absolutos? Como poderíamos argumentar a favor desta idéia sem pressupor os padrões da nossa própria sociedade? As pessoas que falam do bem e do mal de forma absoluta limitam-se a absolutizar as normas que vigoram na sua própria sociedade. Consideram as normas que lhes foram ensinadas como factos objectivos. Essas pessoas necessitam de estudar antropologia, ou viver algum tempo numa cultura diferente.” (GENSLER, Harry. **Ethics**: a contemporary introduction. London: Routledge, 1998. Disponível em: http://criticanarede.com/fil_relacultural.html. (acesso em 10 out. 2008). No mesmo sentido nos ensina Charles Taylor: “One doesn’t, properly speaking, make judgements that can be right or wrong; one expresses liking or dislike, one endorses or rejects another culture.”

“A gente, falando adequadamente, não faz julgamentos que possam estar certos ou errados; a gente expressa gostos e desgostos; a gente endossa ou rejeita outra cultura.” (Tradução Livre) (TAYLOR. **Multiculturalism** ..., p. 69).

refutada.

O traço fundamental que une todas as vertentes críticas é a mirada por meio de um outro paradigma (jurídico) dos direitos humanos²⁰⁰ que não aquele cuja gênese liberal-burguesa repousa sobre o individualismo exacerbado, mas sim no desenvolvimento trans e interpessoal de um povo²⁰¹. O indivíduo é necessariamente mirado em sua coletividade, enfim, em seu meio cultural.

O que se observa não é apenas um tom diverso agregado ao velho discurso, mas sim uma alteração do pensamento jurídico-filosófico que serve de alicerce a esta ordem de idéias.

Assim sendo, nessa segunda estação do presente trabalho, analisar-se-ão, sob o manto discursivo do relativismo cultural, outras possibilidades e reflexões da teoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Necessária, dessarte, a circunspeção a propósito da idéia de cultura e seu desenvolvimento, em especial no campo da antropologia²⁰², seu reflexo na concepção do próprio homem, e, por conseqüência, na própria categoria dos direitos humanos.²⁰³ Isso porque, na cena contemporânea, é sob a alcunha do *relativismo*

²⁰⁰ Em que pese os direitos humanos estarem dentro da seara jurídica porque são *direitos subjetivos* por excelência, os direitos humanos *strictu senso* surgem do pensamento 'não jurídico' de Hobbes e Locke, conforme anota Villey. Para mais ver: (VILLEY, *op. cit.*).

²⁰¹ Evitou-se aqui falar em "sociedade" e/ou "comunidade" uma vez que na seara antropológica comumente utiliza-se a dicotomia entre dois tipos básicos de organização social: de um lado, as *comunidades* vinculadas a uma estruturação pré-industrial e de menor escala, e, de outro, as *sociedades* tipicamente urbanas. (TÖNNIES, Ferdinand. **Community and Association**. London: Routledge & Kegan Paul, 1955).

²⁰² A antropologia é signo dotado de diversos significados. De acordo com o verbete constante do dicionário Aurélio, esta pode ser definida como "Ciência que reúne várias disciplinas cujas finalidades comuns são descrever o homem e analisá-lo com base nas características biológicas (*antropologia física*) e culturais (*antropologia cultural*) dos grupos em que se distribui, dando ênfase, através das épocas, às diferenças e variações entre esses grupos". (HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [s.d.]). Acerca dessa *summa divisio*: "Por oposição à antropologia americana definida e considerada uma antropologia *cultural* herdeira de Herder e de Tylor, a antropologia definiu-se na Grã-Bretanha por referência a Morgan e Durkheim, isto é, como uma antropologia *social*. À medida que não existe civilização que não seja a de uma dada sociedade, nem sociedade que não seja portadora de uma civilização, os adjetivos 'cultural' e 'social' que qualificam, respectivamente, a antropologia americana e britânica não indicam uma divergência teórica radical mas uma diferença de ênfase, ou, antes, de opção quanto à forma escolhida para abordar os fatos socioculturais". (LABURTHE-TOLRA, Philippe; WARNIER, Jean Pierre. **Etnologia-antropologia**. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 68).

²⁰³ O itinerário proposto neste segundo momento do trabalho revela a insuficiência do discurso jurídico em responder às questões a ele postas. Destarte, o discurso jurídico deve abrir-se a outros e novos discursos para satisfazer as demandas que lhe são colocadas. É neste sentido que neste estágio faz-se um estudo *transdisciplinar* do saber jurídico com o saber antropológico, mais especificamente da antropologia cultural. Não estamos a falar de qualquer transdisciplinariedade, mas sim, nas palavras de Morin, de um método baseado em um pensamento complexo: "A contrário de Descartes, que partia de um princípio simples de verdade, ou seja, que identificava a verdade com as

*cultural*²⁰⁴ que as vozes mais fortes de oposição aos direitos humanos exsurtem.

Trata-se de nadar contra o fluxo das correntes dominantes já expostas na primeira parte.

idéias claras e distintas, e por isso podia propor um discurso do método em poucas páginas, eu faço um discurso muito longo à procura de um método que não se revela por nenhuma evidência primária e que deve ser elaborado por esforço e risco. A missão desse método não é fornecer as fórmulas programáticas de um pensamento “são”. É convidar a pensar-se na complexidade. Não é dar a receita que fecharia o real numa caixa, é fortalecer-nos na luta contra a doença do intelecto – o idealismo –, que crê que o real se pode deixar fechar na idéia e que acaba por considerar o mapa como território, e contra a doença degenerativa da racionalidade, que é a racionalização, a qual crê que o real se pode esgotar em um sistema coerente de idéias.” (MORIN, Edgard. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 140).

²⁰⁴ “Existe também um etnocentrismo mitigado, segundo o qual não temos razão alguma para abandonar nossos valores, ainda que eles não pretendam ser universais, fato de que somos conscientes. Deste etnocentrismo menos arrogante, nasce o chamado relativismo cultural. Não existem povos superiores ou inferiores. Cada um tem seus valores e se fixa neles. Uma atitude desse tipo não produz aversão, mas, quando muito, separação.” (BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. São Paulo: Unesp, 2002).

1 CORTE METODOLÓGICO: O SENTIDO DA CRÍTICA

Para além do contexto cultural, observa-se no discurso jurídico-filosófico uma literatura crítica dos direitos humanos, focada em diversos contra-argumentos. Cumpre-se aqui principiar por uma certa aclaração.

É que algumas dessas críticas nos parecem relacionadas muito mais com o contexto de surgimento dessas classes de direitos do que com sua própria essência. Ousar-se-ia tratá-las como críticas mais conjunturais que estruturais. Ainda, por outro lado, é inegável que na cena global contemporânea é o argumento do relativismo cultural que emerge com mais intensidade.

De qualquer sorte, mesmo não compondo o imo das reflexões deste estudo, torna-se relevante passá-las em revista, ainda que de modo breve e sem a pretensão de um estudo pormenorizado, uma vez que tradicionalmente restam abafadas pelas vozes hegemônicas do discurso jurídico que ao invés de meditar de modo crítico sobre a realidade na qual incide, apenas reproduz o *status quo*.

Ademais, sua colação também parece oportuna, uma vez que muitos dos argumentos cotejados somam forças, ou até mesmo encontram seu núcleo, com a doutrina do dito relativismo cultural porque centradas em uma apreciação crítica do individualismo.

Importante advertir que a reflexão que ora se delineia não possui a pretensão de seguir um desenvolvimento histórico linear das idéias críticas quanto à concepção universal²⁰⁵ ocidentalizada²⁰⁶ dos direitos humanos e fundamentais.

²⁰⁵ “A universalização de atitude hegemônica não pode gerar uma ordem e sim um caos: o estado de *bellum omnium contra omnes*. A redução da agressão generalizada em concorrência pacífica lucrativa para todos, conforme o grande mito liberal, pressuporia que a hipótese da harmonia dos interesses fosse comprovada, o que está longe de ser o caso, e que a busca da riqueza fosse um fim em si, sem relação com a vontade de poder e a luta pelo poder, o que a observação imediata desmente.” (LATOUCHE, Serge. **A ocidentalização do mundo**: ensaio sobre a significação, o alcance e os limites da uniformização planetária. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 83).

²⁰⁶ A ocidentalização, de certo modo, não passa de “veste” cultural da industrialização, mas a ocidentalização do Terceiro Mundo é, antes de tudo, uma desculturação, isto é, uma destruição pura e simples das estruturas econômicas, sociais e mentais tradicionais, apenas para serem substituídas a prazo por um montão de sucata destinada à ferrugem. O impasse industrial leva diretamente ao impasse societal. Os dois fracassos seriam apenas um: a rejeição do transplante da ‘ocidentalização’.” (*Ibidem*, p. 84). Acerca do tema pronuncia-se Boaventura de Sousa Santos: “A questão é de saber se o que se designa por globalização não deveria ser mais corretamente designado por ocidentalização ou americanização (Ritzer, 1995), já que os valores, os artefatos culturais e os universos simbólicos que se globalizam são ocidentais e, por vezes, especificamente norte-americanos, sejam eles o individualismo, a democracia política, a racionalidade econômica, o

Os autores selecionados para o trabalho foram pinçados de acordo com a relevância de seu pensamento, sem o comprometimento que de sua reflexão conjunta, erija um pensamento sistemático.

Em um primeiro plano, em homenagem à origem do pensamento filosófico, destacam-se os apogemas do filósofo grego Aristóteles. Na concepção aristotélica, a percepção coletiva da realidade é pressuposto da ponderação política.

Para o filósofo estagirita, o foco da *política* não está no indivíduo, mas sim na cidade, ou melhor, na *polis*. Assim sendo, está centrada no elemento coletivo – *polis* – a existência de uma razão supra-individual.

Em suas palavras: “(...) a cidade inteira compartilha dos mesmos fins, (...). Também não é certo supor que cada cidadão deva cuidar de seu próprio destino, pois todos os cidadãos pertencem à Cidade; cada um é parte que integra o todo da Cidade, e os cuidados para com a parte são inseparáveis dos cuidados para com o todo”²⁰⁷.

Nesse aspecto, o discípulo de Platão chega ao extremo de supor que a própria felicidade do indivíduo é a mesma da Cidade na qual ele está inserido.²⁰⁸

Aristóteles, mais uma vez traçando um paralelo entre a vida individual e a vida da Cidade, afirma que estas reproduzem a “desigualdade original”²⁰⁹ humana. Ou seja, não há uma mesma lógica que coordene todas as cidades, cada *polis* é desigual e deverá buscar a sua própria *auto-suficiência*.

Falar em um todo que albergasse todas as cidades em uma lógica una, nesse contexto do pensamento aristotélico, seria, de acordo com o próprio autor, “uma evidente falácia”²¹⁰.

Assim sendo, na filosofia clássica aristotélica, é possível já identificar a supremacia do coletivo, bem como a necessidade de se levar em conta as especificidades locais que ferem de morte o discurso moderno individual pasteurizador – e ainda atual – dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Em um segundo momento, sem exclusão de outros pensamentos, poder-se-

utilitarismo, o primado do direito, o cinema, a publicidade, a televisão, a Internet, etc.” (SANTOS, Boaventura Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 45).

²⁰⁷ ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martins Claret, 2007, p. 267.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 235.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 80.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 81.

ia, com a devida vênia ao salto histórico, lançar mão da crítica de Edmund Burke à Revolução Francesa²¹¹, berço do surgimento moderno dos direitos humanos e dos direitos fundamentais ocidentais.

O filósofo político anglo-irlandês era um contra-revolucionário e afirmava preferir seus *direitos de inglês* aos direitos humanos proclamados pelos franceses, em referência explícita à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Em suas reflexões dedica um capítulo exclusivamente aos “verdadeiros direitos do homem”²¹² sobre os quais afirma:

(...) todos os homens têm direitos iguais, mas não às mesmas coisas. (...)

Uma das principais razões de ser da sociedade civil, e que se tornou um de suas regras principais, é a de que *nenhum homem pode ser juiz de sua própria causa*. Por isso, cada um dos membros da sociedade renunciou ao primeiro direito fundamental do indivíduo isolado, isto é, o de julgar por si mesmo e o de defender sua própria causa. Abdicou do direito de governar a si próprio. Abandonou, inclusive em grande medida, o direito à autodefesa, a primeira lei da natureza. O homem não pode gozar ao mesmo tempo dos direitos da sociedade civil e dos que teria se vivesse isolado. (...) A fim de assegurar alguma liberdade, entrega-a em inteira confiança à sociedade.

O Governo não foi criado em virtude dos direitos naturais, que podem existir e em verdade existem independentemente dele; e que com clareza e em grau infinitamente superior de perfeição abstrata – perfeição esta que precisamente se torna seu defeito prático. Tendo-se direito a tudo, quer-se tudo. O Governo é uma invenção da sabedoria humana para atender às necessidades humanas. Os homens têm o direito a que essas necessidades lhes sejam satisfeitas por meio daquela sabedoria. (...) A sociedade exige não apenas que as paixões dos indivíduos sejam dominadas, mas também que, mesmo na massa e no conjunto bem como nos indivíduos, as inclinações dos homens sejam freqüentemente contrariadas, sua vontade controlada, e suas paixões reprimidas. (...) Nesse sentido os direitos dos homens compreendem tanto suas liberdades quanto as restrições que lhes são impostas. Contudo, como as liberdades e as restrições variam conforme os tempos e as circunstâncias e admitem infinitas modificações, elas não podem ser fixadas mediante o estabelecimento de um princípio abstrato; e torna-se absolutamente leviano discuti-las tendo por base tal princípio.²¹³

Assim sendo, a possibilidade de manusear a soberania governamental a

²¹¹ “a Revolução Francesa é a mais extraordinária que o mundo já viu. Os resultados mais surpreendentes se deram e, em mais de um caso, produzidos pelos meios mais ridículos e absurdos, da maneira mais ridícula, e, aparentemente, pelos mais vis instrumentos. Tudo parece fora do normal neste estranho caos de leviandade e ferocidade, onde todos os crimes aparecem ao lado de todas as loucuras. Diante do espetáculo desta monstruosa tragicomédia, os mais opostos sentimentos se sucedem em nós e, algumas vezes, se confundem. Nós passamos do desprezo à indignação, do riso às lágrimas, da arrogância ao horror.” (BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a revolução em França**. Brasília: UnB, 1982, p. 52).

²¹² *Ibidem*, p. 88.

²¹³ *Ibidem*, p. 88-89.

partir da existência de direitos formais do homem, bem como sua exacerbada abstração, constituem o ponto central da crítica levada a cabo por Edmund Burke.

Mister sublinhar, ainda, a indispensável e relevante análise marxista – exposta, de modo especial, na obra *A questão judaica*²¹⁴ – que erige severas críticas aos direitos humanos, porque espelho de uma sociedade burguesa e egoística.

Nas palavras de Karl Marx:

A idéia dos direitos humanos só foi descoberta no século passado. Não é uma idéia inata ao homem, mas este a conquistou na luta contra as tradições históricas em que o homem antes se educara. Os direitos humanos não são, por conseguinte, uma dádiva da natureza, um presente da história, mas fruto da luta contra o acaso do nascimento, contra os privilégios que a história, até então, vinha transmitindo hereditariamente de geração em geração. São o resultado da cultura; só pode possuí-los aquele que os soube adquirir e merecê-los.²¹⁵

A partir dessa base de reflexão, distinguem-se os *droits de l' homme* dos *droits du citoyen*, sobre a qual conclui o intelectual alemão: “Direitos humanos, os *droits de l' homme*, ao contrário dos *droits du citoyen*, nada mais são do que direitos do membro da sociedade burguesa, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade”²¹⁶.

Os direitos do homem²¹⁷ são, portanto, direitos burgueses de profundo e marcado conteúdo individualista que visam, na via política, a um instrumento de acesso à vida burguesa. No diapasão da preleção marxista, os direitos humanos são, portanto, a preservação do egoísmo humano, a saber:

Nenhum dos chamados direitos humanos ultrapassa, portanto, o egoísmo do homem, do homem como membro da sociedade burguesa, isto é, do indivíduo voltado para si mesmo, para seu interesse particular, em sua arbitrariedade privada e dissociado da comunidade. (...) O único nexos que os mantém em coesão é a necessidade natural, a necessidade e o interesse particular, a conservação de suas propriedades e de suas individualidades egoístas.²¹⁸

²¹⁴ MARX, Karl. **A questão judaica**. São Paulo: Centauro, 2005.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 32.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 35.

²¹⁷ Expressão utilizada pelo autor, haja vista o contexto histórico e a profunda influência da doutrina jusnaturalista no discurso dos direitos humanos e dos direitos fundamentais (à época).

²¹⁸ MARX, *op. cit.*, p. 37.

Dessarte, conclui que os direitos humanos não são “*porta-vozes da massa*”²¹⁹ ou ainda “*direitos inatos*”²²⁰, mas sim, produto de um pensamento político-econômico com interesses (proprietários) individuais bem marcados.

Em contraposição, Bhikuh Parrekh afirma que o marxismo não combatia em essência ao universalismo dos direitos humanos e fundamentais, mas especialmente sua origem burguesa, uma vez que “marxism attacked capitalism in the name of a new civilization based on the kind of universalist identity represented by the proletariat”²²¹.

No segundo pós-guerra, na voz de Hannah Arendt, importante apreciação da categoria dos direitos humanos foi erigida – todavia, não a ponto de negá-la.

Para essa autora, “a concepção dos direitos do homem baseada na suposta existência de um ser humano como tal, caiu em ruínas tão logo aqueles que a professavam encontravam-se pela primeira vez diante de homens que haviam perdido toda e qualquer qualidade e relação específica – exceto o puro fato de serem humanos”²²².

Ao contrário das concepções de Burke e Marx, a filósofa alemã via na declaração dos direitos do homem a possibilidade de emancipação do humano. Assim, em seu desenvolvimento intelectual, a simples humanidade já era *per se* garantidora de direitos, democratizando-se a ordem jurídica.

Hannah Arendt identifica, contudo, um problema que reside na própria essência desses direitos, uma vez que obstaculizam a condição humana da pluralidade, essencial à ação e à dignidade humana. Acerca da gênese individualista dos direitos humanos afirma Celso Lafer: “A passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito transita pela preocupação do individualismo em estabelecer limites ao abuso de poder do todo em relação ao indivíduo. Estes limites, vistos como necessários para que as individualidades possam ser livres”.²²³

²¹⁹ *Ibidem*, p. 54.

²²⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

²²¹ “o marxismo ataca o capitalismo em nome da nova civilização baseada em uma espécie de identidade universalista representada pelo proletariado.” (Tradução Livre) (PARREKH, Bhikhu. **Rethinking Multiculturalism: cultural diversity and political theory.** 2nd. edition. New York: Palgrave McMillan, 2006, p. 2).

²²² ARENDT. **Origens** ..., p. 299.

²²³ (LAFER, *op. cit.*, p.122). Em complemento: “Nesse sentido, o indivíduo isolado continua sendo homem, porém ao separar-se do espaço público e da companhia de outras pessoas, ele não pode mais se revelar e confirmar sua identidade. De fato, na filosofia arendtiana, são as relações

Deste modo, ao mesmo tempo em que os direitos humanos possibilitam a emancipação ao homem, impossibilitam o surgimento das peculiaridades inerentes à própria natureza humana. O indivíduo passa a ser visto como um indivíduo abstrato, dissociado da esfera política.

Frente aos horrores perpetrados pelos regimes nazi-fascistas, Hannah Arendt desvelou a fragilidade do discurso dos direitos humanos e sua incidência e proteção parcial. Descobriram-se, assim, expressivos cantões nos quais o discurso dos direitos humanos não incidia, a exemplo dos refugiados e dos apátridas, e conseqüentemente a falibilidade do discurso protetivo da pessoa humana até então vigente.

Nesse diapasão, o pensamento de Hannah Arendt foi voltado para a extrusão, ou seja, para a lacuna entre o passado e o futuro. Foi o fenômeno do totalitarismo que gerou, para a pensadora, a consciência e a percepção da ruptura. Isto porque com ele provou-se que não existem limites à deformação da natureza humana. Para este fato, o pensamento da tradição ocidental não possuía nem categorias, muito menos respostas e justificativas.

Em síntese, Hannah Arendt asseverou que para o homem no intervalo, entre o passado e o futuro, a teoria dos direitos humanos não possui respostas. No entanto, é a partir desta aporia que a filósofa alemã assevera o caráter histórico²²⁴ dos direitos humanos e sua possibilidade de desenvolvimento, uma vez que são um “construído” e não um “dado”.²²⁵

estabelecidas no espaço público com os diversos homens que representam a atividade dignificadora do ser humano. No espaço público, o homem iniciará relações únicas, marcadas por sua existência unívoca e iluminadas por suas particularidades. Nessa esfera, cada ação tem sua importância exatamente porque é fruto da atividade livre de cada indivíduo específico, revelando a identidade única e singular daquele que age. A ação política, advinda da liberdade e da singularidade de cada um, revela o seu agente aos demais, e confirma para si mesmo quem de fato ele é.” (BRITTO, Renata Romolo. Os direitos humanos na perspectiva de Hannah Arendt. **Revista Ética & Filosofia Política**, v. 9, n. 1, jun. 2006. Disponível em: http://www.eticaefilosofia.ufjf.br/9_2_renata.html. (acesso em 23 nov. 2007)).

²²⁴ “O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.” (BOBBIO. **A era ...**, p.18).

²²⁵ Ressaltando a importância do pensamento arendtiano na construção dos direitos humanos, ensina Flávia Piovesan ao conceituar a locução “direitos humanos”: “Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas. **Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social.** No dizer de

Contemporaneamente, é na obra de Giorgio Agamben e de Michel Villey que encontramos críticas incisivas à teoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

De acordo com esses pensadores o desacerto presente entre o discurso dos direitos humanos e a realidade social suscita um impasse insuperável que espelha o *estado de exceção permanente* e a absurda inversão que presenciamos cotidianamente.

As reflexões do filósofo italiano encontram-se profundamente influenciadas pelo pensamento arendtiano²²⁶. De acordo com seus ensinamentos, "...as solenes evocações dos direitos 'sagrados e inalienáveis' do homem, demonstraram-se absolutamente incapazes não só de resolver o problema, mas até de simplesmente encará-lo de modo adequado"²²⁷.

Em analogia com a realidade criada nos campos de concentração pelos regimes totalitários, na metade do século passado, Agamben assevera: "O estado de exceção cessa, assim, de ser referido a uma situação externa e provisória de perigo fictício e tende a confundir-se com a própria norma"²²⁸.

No atual *estado de exceção* permanente no qual vivemos, a regra vira ressalva, e o discurso dos direitos humanos não dá conta de proteger a *vida nua* de seus sujeitos.

Por sua vez, Michel Villey identifica o discurso dos direitos humanos como um artifício retórico, uma vez que a partir das fontes de nosso direito, "o direito é relação entre homens, multilateral. Tenha ou não consciência disso, quando você

Joaquín Herrera Flores, os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam, neste sentido, uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana. Para Carlos Santiago Niño, os direitos humanos são uma construção consciente vocacionada a assegurar a dignidade humana e a evitar sofrimentos, em face da persistente brutalidade humana." (PIOVESAN, Flávia. **Dicionário de direitos humanos**. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos%20humanos>. (acesso em 1º. dez. 2007). *Grifo nosso*.

²²⁶ "Não apenas a perda de direitos nacionais levou à perda dos direitos humanos, mas a restauração desses direitos humanos só pôde ser realizada até agora pela restauração ou pelo estabelecimento de direitos nacionais. O mundo não viu nada de sagrado na abstrata nudez de ser unicamente humano." A presente citação de autoria de Hannah Arendt bem demonstra a conexão dos pensamentos aqui colacionados. *Apud*: (VASCONCELOS JUNIOR, Luiz Diogo. Hannah Arendt e os direitos humanos. **Revista Ética & Filosofia Política**, v. 9, n. 1, jun. 2006. Disponível em: http://www.eticaefilosofia.ufjf.br/9_2_luiz.html. (acesso em 23 jan. 2008).).

²²⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 140.

²²⁸ *Ibidem*, p. 175.

usa a palavra “direito”, trata-se de uma relação. Como é que se poderia inferir uma *relação*, que abrange vários termos, de um termo único: o Homem?”²²⁹.

Para além dessa falha técnica, do mesmo modo que Arendt e Agamben, Villey identifica a inefetividade prática desta categoria uma vez que “nunca se viu na história que os direitos humanos fossem exercidos em proveito de todos. O problema com os direitos humanos é que ninguém pode tirar partido se não em detrimento de alguns homens”²³⁰.

Isto assim posto, sobre a inadequação técnica e prática da categoria “direitos humanos” conclui sobre sua parcialidade:

Ó medicamento admirável! – capaz de tudo curar, até as doenças que ele mesmo produziu! Manipulados por Hobbes, os direitos do homem são uma arma contra a anarquia, para instauração do absolutismo; por Locke, um remédio para o absolutismo, para a instauração do liberalismo; quando se revelaram os malefícios do liberalismo, foram a justificação dos regimes totalitários e dos hospitais psiquiátricos. Mas, no Ocidente, nosso último recurso contra o Estado absoluto. E, se fossem levados a sério, trazer-nos-iam de volta a anarquia.²³¹

Expostos esses diversos entretons teóricos eleitos à crítica da categoria (jurídica) dos direitos humanos, resta claro que, ainda que de modo reflexo, a tensão individual *versus* coletivo perpassa-lhe a maior parte.

Dessarte, em que pese a relevância dos pronunciamentos erigidos, centrar-se-á na crítica do cognominado relativismo cultural à classe dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. A uma, porque precede muitas das críticas jurídicas feitas a essas categorias. A duas, porque, ao nosso ver, é descolada de um momento histórico próprio, ligando-se à própria essência dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

²²⁹ VILLEY, *op. cit.*, p. 163.

²³⁰ *Ibidem*, p. 162.

²³¹ (*Ibidem, loc. cit.*). Acerca das idéias do autor francês afirma Patrícia Jerônimo: “Contra o reconhecimento do seu caráter jurídico, os Direitos Humanos têm, entretanto, ainda o fato de serem uma criação relativamente recente e não dispõem, mesmo por isso, de um suporte na tradição jurídica ocidental, fundada com os mestres gregos e romanos. É este o aspecto fundamental da crítica que lhes dirige Michel Villey. Para este autor, o que distingue os teorizadores saídos da Escola do Direito Natural, responsáveis pela elaboração do conceito, é o seu profundo desconhecimento da lição civilística romana. Se puderam falar de Direitos Humanos isso deveu-se ao fato de nada saberem sobre o que fosse o Direito. Foi assim e assim é ainda hoje, na opinião do autor francês, para quem foram os antigos que descobriram a melhor forma de respeitar e garantir a dignidade da pessoa humana que agora é bradada para justificar esses modernos direitos.” (JERÔNIMO, Patrícia. **Os direitos do homem à escala das civilizações**: proposta de análise a partir do confronto dos modelos ocidental e islâmico. Coimbra: Almedina, 2001, p. 305).

A seguir, então, essa etapa da cronologia investigativa em percurso.

2 CULTURA: UM CONCEITO NECESSÁRIO AOS DIREITOS HUMANOS E AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Torna-se impraticável refletir sobre o relativismo cultural sem antes analisar a(s) própria(s) idéia(s) de cultura(s).

O estudo da cultura nessa estação é imperativo, pois auxilia a compreensão da diversidade da espécie humana. Posto isto, é da profunda imbricação com o elemento humano que a cultura torna-se, neste início de século, conceito basilar para a idéia de direitos humanos.²³²

Na base das ponderações contemporâneas dos direitos humanos e dos direitos fundamentais está a indagação inexorável acerca de seu fundamento: o homem ou a cultura?

É justamente nessa toada que emerge a crítica à universalidade. Ao revés da afirmação que traduz o senso comum, não somos todos iguais em dignidade, mas sim somos seres diferentes e a cultura pertencente nos diferencia o comportamento social e nos diversifica enormemente uns dos outros.

Tal fato é empiricamente comprovado. Em que pese o campo jurídico ser avesso ao raciocínio indutivo-empirista²³³, não podemos negar que existem

²³² O estudo que ora se propõe não está relegado ao plano abstrato e possui inúmeras conseqüências práticas, a saber: “a definição de cultura e a importância dada as causas culturais não eram apenas questões acadêmicas abstratas, mas problemas com conseqüências políticas e sociais imediatas. Essas questões estavam no âmago dos debates nacionais sobre raça, sobre o caráter e o destino dos “povos indígenas”, sobre as causas da pobreza”. (KUPFER, Adam. **Cultura: a visão dos antropólogos**. São Paulo: EDUSC, 2002, p. 9).

²³³ Na seara jurídica um dos matizes do pensamento empírico, ainda que com *granus salis*, reside na idéia da tópica. Remontando às bases aristotélicas e ciceronianas, o método tópico foi pensado no contexto alemão primeiramente por Theodor Viehweg e Josef Esser. *Topik und Rechtsphilosophie*, de autoria de Viehweg foi uma das primeiras obras acerca da matéria, publicado cerca de 1954. De acordo com Theodor VIEHWEG, “a tópica é uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica.” (**Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 17). Destarte, nesse fluxo de idéias a tópica é técnica do pensamento que se orienta para o problema. Acerca da atualidade do tema na interpretação constitucional assevera Pérez Luño: “Respecto a los principios de la interpretación constitucional debe advertirse que no reducen a los modos o topoi clásicos de la argumentación analógica, ad absurdum, a contrario, a pari, a fortiori, a maiore ad minus, a minore ad maius..., sino que se presentan como criterios relevantes para orientar y dirigir el proceso de selección de lo punto de vista que permiten la solución del problema. Tales principios poseen una significación autónoma para la interpretación constitucional y, entre ellos, se alude a los de: unidad, concordancia práctica, efectividad, funcionalidad, fuerza integradora y fuerza normativa de la Constitución; así como el principio in dubio pro libertaten ordena la interpretación de los derechos fundamentales.”

“A respeito dos princípios da interpretação constitucional deve se advertir que não se reduzem aos modos ou *topoi* clássicos da argumentação analógica, *ad absurdum*, *a contrario*, *a pari*, *a fortiori*, *a maiore ad minus*, *a minore ad maius...*, senão que se apresentam como critérios

profundas diferenças que apartam os diferentes povos²³⁴ do mundo. Esquimós, lapões, pueblos, navajos, trumais, waruás nos demonstram a diversidade humana.

Essas diferenciações entre civilizações diversas já foram há muito observadas, todavia, submergiram sob o pano homogenizador da igualdade cristã. Muitos séculos antes da doutrina cristã, a filosofia chinesa de Confúcio já afirmava: “A natureza do homem é a mesma, são os seus hábitos que os mantêm separados”.

Heródoto²³⁵, Tácito²³⁶, Marco Polo²³⁷ e muitos outros observavam com

relevantes para orientar e dirigir o processo de seleção do ponto de vista que permitem a solução do problema. Tais princípios possuem um significado autônomo para a interpretação constitucional e, entre eles, alude-se aos princípios: unidade, concordância prática, efetividade, funcionalidade, força integradora e força normativa da constituição; assim como o princípio *in dubio pro libertatem* ordena a interpretação dos direitos fundamentais.” (Tradução Livre) (LUÑO, Antório Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995, p. 262).

²³⁴ O povo na célebre lição de José Joaquim Gomes Canotilho é uma “grandeza pluralística”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Curso de direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002). De acordo com Friedrich Muller o vocábulo *povo* possui uma miríade de significados. Em suas palavras: “Para definir um sistema democrático, pode-se começar verificando empiricamente os modos lingüísticos de utilização da palavra ‘povo’ nos textos das normas do direito vigente, sobretudo nas Constituições. Dessa análise, resultam vários modos de utilização. O primeiro deles é, também, o único que, até agora, foi usado na bibliografia da Ciência do Direito como conceito jurídico de “povo”: os titulares dos direitos eleitorais. Denomino esse modo de utilização “povo ativo”. Isso basta para o Poder Legislativo, na medida em que se compreende, graças à idéia de representação, que “o povo” é, indiretamente, a fonte da legislação. Mas isso não funciona no caso das atividades dos Poderes Executivo e Judiciário, que, afinal de contas, também devem ser ‘demo’craticamente justificadas. O povo ativo decide diretamente ou elege os seus representantes, os quais co-atuam, em princípio, nas deliberações sobre textos de normas legais que, por sua vez, devem ser implementadas pelo governo e controladas pelo Judiciário. Na medida em que isso é feito corretamente em termos do Estado de Direito, aparece, no entanto, uma contradição no discurso da democracia: por um lado, faz sentido dizer que os governantes, os funcionários públicos e os juízes estariam democraticamente vinculados; mas não faz sentido dizer que, aqui, o povo ativo ainda estaria atuando “por intermédio” de seus representantes. Onde funcionários públicos e juízes não são eleitos pelo povo, a concretização de leis não basta para torná-los representantes deste mesmo povo. O ciclo da legitimação foi rompido, ainda que de forma democrática; mas ele foi rompido. Os vínculos são cortados de forma não-democrática quando a decisão executiva ou judicial for ilegal; aqui, o povo invocado pelo titular do respectivo cargo (“em nome do povo, profiro a seguinte sentença...”) produz somente o efeito de um ícone, de um mero *passe-partout* ideológico. No caso já mencionado, ou seja, na decisão defensável em termos do Estado de Direito, o papel do povo apresenta-se diferentemente: como instância de uma atribuição global de legitimidade. Tal papel transcende, na sua abrangência, o povo ativo; abrange todos os que pertencem à Nação. Além disso, as decisões dos órgãos que instituem, concretizam e controlam as normas afetam a todos aqueles aos quais dizem respeito: o “povo” enquanto população efetiva. Uma democracia legitima-se a partir do modo pelo qual ela trata as pessoas que vivem no seu território - não importa se elas são ou não cidadãs, ou titulares de direitos eleitorais. Isso se aproxima, finalmente, da idéia central de democracia: autocodificação, no direito positivo, ou seja, elaboração das leis por todos os afetados pelo código normativo. O princípio “one man, one vote” (pensado em outra acepção) também pode ser compreendido não com vistas a uma camada social específica, mas com vistas à qualidade humana de cada pessoa afetada, independentemente da cidadania. Desse povo-destinatário, ao qual se destinam todos os bens e serviços providos pelo Estado Democrático de Direito, fazem parte todas as pessoas, independentemente, também, de idade, estado mental e *status* em termos de direitos civis.” (MÜLLER, Friedrich. **Democracia e exclusão social em face da globalização**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Friedrich_rev72.htm. (acesso em 21 nov. 2007).

²³⁵ Acerca dos lícios Heródoto afirmou: “eles têm um costume singular pelo qual diferem de

surpresa a diferenciação de seus usos e hábitos, de outros executados por povos diversos. O mesmo poder-se-ia constatar na literatura pós colonizatória²³⁸ acerca das populações indígenas brasileiras.

Lúcido adiante de seu tempo, Montaigne afirmou: “na verdade, cada qual considera bárbaro o que não se pratica em sua terra”²³⁹.

Desde a antiguidade evidencia-se a curiosidade científica acerca das diferenciações entre as civilizações que tornam o mesmo ser humano tão diferente um do outro. É justamente o fenômeno cultural que opera essa distinção.

Nas palavras de Roque de Barros Laraia: “As diferenças de comportamento entre os homens não podem ser explicadas através das diversidades somatológicas ou mesológicas. Tanto o determinismo geográfico como o determinismo biológico foram incapazes de resolver o dilema.”²⁴⁰

Em seguida, o mesmo autor completa: “o comportamento dos indivíduos depende de um processo de aprendizado, de um processo que chamamos de endoculturação”²⁴¹.

Ou seja, é o processo de aprendizado diferenciado no seio de sua cultura que torna os seres diversos entre si. Assim sendo, é justamente essa diferenciação, ou melhor, especialização produzida pela cultura que impossibilita a existência de uma categoria humana universal e isonômica.

Mas o que significa exatamente essa *cultura*?

Essa análise torna-se sobremaneira importante para a seara dos direitos humanos e dos direitos fundamentais que, conforme o discurso hegemônico, abraçaram-se com o elemento individual proclamando o homem-indivíduo²⁴², o sumo

todas as outras nações do mundo.” *Apud*: (PELTO, Pertti J. **Iniciação ao estudo da antropologia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 22).

²³⁶ Tácito foi um célebre cidadão romano que se preocupou com as relações e cultura germânicas. Para mais ver: PELTO, *op. cit.*, p. 23.

²³⁷ Marco Pólo, grande viajante italiano, repreendia os hábitos tártaros, os quais julgava como uma verdadeira desgraça. Para mais ver: PELTO, *op. cit.*, p. 24.

²³⁸ O padre José Anchieta, por exemplo, surpreendeu-se com a tradição familiar patriarcal e patrilinear dos índios Tupinambás, passagem consignada no clássico “**De Gestis a Mem de Sá**”. No Brasil: **Os feitos de Mem de Sá**. e-book/ PDF. VirtualBooks 2002.

²³⁹ MONTAIGNE, Michel de. **Ensaio**. São Paulo: Martins Fontes, 1972, p. 107.

²⁴⁰ LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 20. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2006, p. 16.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 20-21.

²⁴² “O drama da modernidade, situado em órbita planetária, não é provavelmente, nesse

fundamento dos direitos humanos.

Entretanto, na cena contemporânea, este reducionismo liberal-burguês não tem dado mais conta de responder satisfatoriamente ao *choque das civilizações*²⁴³. Assim sendo, nesta redefinição fundamental dos direitos humanos os olhos voltam-se, novamente, ao elemento cultural como possibilidade alternativa de baseamento dessa categoria.

O ponto de partida do qual o presente trabalho se lança é que, na sociedade cosmopolita atual, “as culturas são híbridas. Não existem culturas puras, distintas e permanentes. Toda cultura recorre a diversas fontes, depende de empréstimos e está em constante mudança”²⁴⁴.

Outra premissa²⁴⁵ da qual se parte, importante para o estudo dos direitos

plano, a dependência de uns e o *imperium* de outros, e o empobrecimento cultural que resultaria da padronização e assimilação das mensagens na tecnificação da mídia e o vazio da pretensa cultura da técnica. (...) A isto soma-se a propagação do individualismo. Pela integração econômica mundial, pela mundialização cultural, por mil canais diversos que mutuamente se reforçam, o individualismo se insinua e dissemina cada vez mais profundamente nas sociedades não ocidentais. A mentalidade individualista constitui, porém, um fermento de decomposição do vínculo social. Ela corrói o tecido das solidariedades tradicionais como um câncer. O que torna o individualismo irresistível é que ele aparece para cada um como a libertação. Ele efetivamente emancipa das limitações e abre possibilidades ilimitadas, mas às custas das solidariedades que constituíram a trama das coletividades.” (LATOUCHE, *op. cit.*, p. 105-106).

²⁴³ “a cultura e as identidades culturais estão moldando os padrões de coesão, desintegração e conflito no mundo pós guerra-fria (...) Nesse novo mundo a política local é a política da etnicidade: a política global é a política das civilizações. A rivalidade das superpotências é substituída pelo choque das civilizações”. (HUNTINGTON, *op. cit.*, p. 29). Discordando deste ponto de vista, Adam Kupfer sustenta que o verdadeiro conflito global será (ou quiçá, melhor dizer, “está sendo”) entre civilização e barbarismo, em suas palavras: “Enquanto patriotas da civilização ocidental reivindicam a superioridade da grande tradição, os multiculturalistas comemoram a diversidade da América e defendem a cultura dos marginalizados, das minorias, dos dissidentes e dos colonizados. A cultura do *establishment* é denunciada como opressiva. As culturas das minorias fortalecem os fracos: elas são autênticas elas falam para pessoas de verdade; elas mantêm variedade e escolha; elas alimentam a dissensão. Todas as culturas são iguais, ou deveriam ser tratadas como tal.” (KUPFER, *op. cit.*, p. 24).

²⁴⁴ (KUPFER, *op. cit.*, p. 34). Em sentido diverso, afirma Renato Ortiz: “Com o advento da sociedade urbano-industrial, a noção de pessoa já não mais se encontra centrada na tradição. Os laços de solidariedade se rompem. O anonimato das grandes cidades, o capitalismo corporativo pulveriza as relações sociais existentes, deixando os indivíduos “soltos” na malha social. A sociedade deve portanto inventar novas instâncias para a integração das pessoas. No mundo em que o mercado torna-se uma das principais forças reguladoras, a tradição torna-se insuficiente para orientar a conduta. Uma dessas instâncias é a publicidade pois cumpre o papel de elaborar o desejo do consumidor atomizado, conferindo-lhe uma certa estabilidade social.” (ORTIZ, Renato. **Mundialização e cultura**. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 119-120).

²⁴⁵ “When I call this claim a ‘presumption’, I mean that it is a starting hypothesis with which we ought to approach the study of any other culture. The validity of the claim has to be demonstrated concretely in the actual study of the culture”. “Quando chamo uma afirmação de ‘ousada’, quero dizer que ela é uma hipótese iniciante com a qual temos que aproximar o estudo de qualquer outra cultura. A validade da afirmação tem que ser demonstrada concretamente no estudo real da cultura”. (Tradução Livre) (TAYLOR. **Multiculturalism ...**, p. 67).

humanos e dos direitos fundamentais, é do igual valor que dispõem as culturas. Nas palavras de Charles Taylor: “that all human cultures that have animated whole societies over some considerable stretch of time have something important to say to all human beings”²⁴⁶.

Fixados esses alicerces²⁴⁷, em análise genealógica, o estudo da cultura nos remonta às tradições francesa, alemã e inglesa da primeira metade do século XX:

Na tradição francesa civilização era concebida como um todo complexo e multifacetado, que abrangia fatos políticos, econômicos, técnicos, morais ou sociais. (...) Para os alemães, contudo, civilização era algo exterior e utilitário e, em muitos aspectos, alheio aos valores nacionais. A civilização é aprimorada com o tempo e transcende as fronteiras nacionais, em contraste com a *Kultur*, limitada no tempo e no espaço e contém uma identidade nacional.²⁴⁸

É nessa conjunção que Max Weber definiu cultura como “o legado de uma parcela finita da infinitude de fatos do mundo sem significado, que tem significado e importância do ponto de vista dos seres humanos”²⁴⁹.

Em caminho diverso dos franceses e alemães, os filósofos da Grã-Bretanha buscavam conceituação mais abrangente, e desligada do elemento nacional. Nesse cenário é o pensamento de T.S. Eliot²⁵⁰ que se destaca.

Esse autor conceitua cultura como “o modo de vida de um determinado povo que vive junto em um determinado lugar”²⁵¹. É justamente no pós-guerra que este viés teórico advoga a valorização da diversidade cultural:

Podemos também aprender a respeitar qualquer outra cultura como um todo, por mais inferior que ela pareça em relação à nossa, ou por mais que possamos desaprovar com alguma razão algumas de suas características: a destruição deliberada de outra cultura como um todo é um erro irreparável,

²⁴⁶ “Que todas as sociedades humanas que têm animado sociedades inteiras por um bom tempo, têm algo importante a dizer para todos os seres humanos”. (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 66).

²⁴⁷ Nas palavras de Taylor, “it would take a supreme arrogance to discount the possibility *a priori*.” “Seria necessária uma arrogância suprema para descartar a possibilidade *a priori*”. (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 73).

²⁴⁸ KUPFER, *op. cit.*, p. 53-54.

²⁴⁹ *Apud*: SCHROEDER, Ralph. **Max Weber and the Sociology of Culture**. London: Sage, 1992, p. 6.

²⁵⁰ Para mais ver: ELIOT, Thomas Stearns. **The Idea of a Christian Society**. London: Faber and Faber, 1939.

²⁵¹ *Apud*: KUPFER, *op. cit.*, p. 60.

praticamente tão perverso como tratar seres humanos como animais.²⁵²

É da antropologia britânica o conceito de cultura, conforme definido atualmente, que foi cunhado pela primeira vez²⁵³ pelo autor inglês Edward Tylor. Segundo ele: “cultura é todo complexo que inclui conhecimento, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade”²⁵⁴.

A clássica definição traz consigo influências e elementos da doutrina contratualista. De acordo com John Locke²⁵⁵ a mente humana não passava de uma caixa vazia com capacidades ilimitadas de obter conhecimentos por meio da *endoculturação*²⁵⁶.

Locke e Rosseau²⁵⁷ combateram as idéias em voga à época, e de certo

²⁵² *Apud*: KUPFER, *op. cit.*, p. 62-63.

²⁵³ Antes disso, anota Laraia: “No final do século XVIII e no princípio do seguinte, o termo germânico *Kultur* era utilizado para simbolizar todos os aspectos espirituais de uma comunidade, enquanto a palavra francesa *Civilization* referia-se principalmente às realizações materiais de um povo”. (LARAIA, *op. cit.*, p. 25).

²⁵⁴ (TYLOR, Edward. **Primitive Culture**. Londres: John Murray, 1871, p. 1). Em crítica a esse conceito afirma Kupfer: “O problema com a definição de Tylor era que ela reunia uma grande quantidade de elementos díspares. Tylor afirmara que uma cultura formava um todo, mas sua idéia de todo era uma lista de traços, de modo que uma cultura podia ser descrita, mas jamais analisada. Kroeber e Kluckhohn acreditavam que a cultura tinha de ser tratada como um todo integrado e estruturado, formado de partes conectadas. Tylor, todavia, incluía elementos demais na cultura e, sobretudo, não fazia distinção entre cultura e organização social. Era preferível restringir a definição, diferenciar cultura de sociedade e definir cultura como uma questão de idéias, e não de atos ou instituições”. (KUPFER, *op. cit.*, p. 84).

²⁵⁵ LOCKE, Jonh. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

²⁵⁶ “Processo que explica a transmissão e a aprendizagem de comportamentos dentro de uma mesma cultura (geralmente quando se é criança), feito pela educação, pela imitação.” *endoculturação*. (Infopédia. Porto: Porto Editora, 2003-2007. [Consult. 2007-12-12]. Disponível na [www: <URL: http://www.infopedia.pt/\\$endoculturacao>](http://www.infopedia.pt/$endoculturacao)).

²⁵⁷ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a Origem e o Estabelecimento da Desigualdade entre os homens**. 1775. Rousseau atribui um grande papel à educação, “chegando mesmo ao exagero de acreditar que esse processo teria a possibilidade de completar a transição entre grandes macacos (chipanzé, gorila e orangotango) e os homens”. *Apud* LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 20ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006. p. 27. Ainda, anota Charles Taylor: “Em Rosseau três coisas parecem inseparáveis: a liberdade (o não-domínio), a ausência de papéis diferenciados e um propósito comum dotado de firme coesão. Todos temos de ser dependentes da vontade geral a fim de evitar que surjam formas bilaterais de dependência. Essa tem sido a fórmula para as mais terríveis formas de tirania homogeneizante, tendo início com os jacobinos e estendendo-se aos regimes totalitários de nosso século. Mas mesmo onde o terceiro elemento da trindade é descartado, o alinhamento da liberdade igual à ausência de diferenciação permaneceu como uma modalidade tentadora de pensamento. Onde quer que reine esse alinhamento, seja em forma de pensamento feminista ou na política liberal, é muito pequena a margem de reconhecimento do diferente.” (TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000, p. 259).

modo até hoje, segundo a qual os homens já nasciam com os traços e princípios inatos impressos em sua mente adquiridos por meio das características hereditárias. Em releitura, sintetiza Marvin Harris o pensamento dos autores: “Nenhuma ordem social é baseada em verdades inatas, uma mudança no ambiente resulta numa mudança no comportamento”²⁵⁸.

Daí poder-se-ia depreender que a *cultura* é, em grande parte, responsável pela explicitação dos laços que tecem a evolução e a diversificação humana. Nas palavras de Adam Kupfer, “em seu sentido mais amplo, cultura é simplesmente uma forma de falar sobre identidades coletivas”²⁵⁹.

A conceituação universal para o significado de cultura é tarefa impraticável; já em 1952, os antropólogos americanos Kroeber e Kluckhohn haviam catalogado mais de cento e cinquenta conceitos e definições diversos.²⁶⁰

O intento da antropologia do século XX foi o de reduzir o conceito de cultura por demais amplo que havia sido firmado, muito por influência da descrição de Tylor. Nesse sentido, assume especial relevância o trabalho de Talcott Parsons no âmbito universitário norte-americano. Ao seu ver, “em termos de ação, convém classificar o mundo objetivo como composto por três classes de objetos sociais, físicos e culturais”²⁶¹.

Atualmente, é na obra de Clifford Geertz, discípulo de Parsons, que se encontra difundido conceito de cultura como um discurso simbólico, *verbis*:

O conceito de cultura que eu defendo é essencialmente semiótico. Acreditando, como Max Weber, que o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu, assumo a cultura como sendo essas teias e a sua análise; portanto, não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura do significado.²⁶²

²⁵⁸ HARRIS, Marvin. *Apud*: KUPFER, *op. cit.*, p. 207-208.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 24.

²⁶⁰ KROEBER, Alfred Louis; KLUCKHOHN, Clyde. **Culture**: a critical review of concepts and definition. Cambridge Mass: Peabody Museum Papers, 1952.

²⁶¹ PARSONS, Talcott. **The Social System**. New York: Free Press, 1951. p. 4. Em que pese as críticas, “foi Parsons quem criou a necessidade de uma moderna concepção científico-social de cultura e quem persuadiu os mais proeminentes antropólogos dos Estados Unidos de que sua disciplina só poderia florescer se eles adotassem esse sentido de cultura como sua área de especialidade”. (KUPFER, *op. cit.*, p. 97).

²⁶² GEERTZ, Clifford. **A interpretação da cultura**. Rio de Janeiro: LTC, 1989, p. 4.

Geertz buscou uma teoria interpretativa da cultura que deixasse de lado o viés cientificista positivo que dominara o campo de estudo. Assim, seu conceito de cultura é simbólico, pois, ao seu sentir, a característica fundamental que distingue os seres humanos, e a eles permite produzir cultura, é a faculdade do comportamento simbólico.

Nesse patamar, a cultura é vista como um *texto* e o desafio da antropologia é interpretar²⁶³ e compreender os símbolos que compõem a comunicação humana.

No campo das ciências sociais, mas em similar influxo dialógico, Boaventura de Sousa Santos afirma que “a cultura é por definição um processo social construído sobre a intercepção entre o universal e o particular”²⁶⁴.

²⁶³ Etimologicamente, a idéia de interpretação é a junção do prefixo latino *inter* – que quer dizer entre – e da partícula indoeuropéia *pre* – que por sua vez significa falar. Assim sendo, interpretar significa uma fala entre dois interlocutores. O termo *hermenêutica* brota do grego *hermeneuein* derivada da mitologia, na figura de Hermes, portador divinal que transmitia – portanto tornava apreensível – aos humanos às mensagens divinas. Plauto Faraco de Azevedo ao sublinhar a importância da atividade hermenêutica adverte que “de certo modo tudo no direito se refere à interpretação. Elaboram-se leis para serem aplicadas à vida social e não há aplicação sem prévia interpretação.” (AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 14.)

A hermenêutica ganhou evidência, a partir do século XVI, com a interpretação das *sagradas escrituras*. Surge como especialidade filológica consubstanciada na restauração do sentido original dos textos bíblicos e religiosos. Contemporaneamente, a atividade hermenêutica passou a abranger a todas as formas de compreensão humana, o foco primordial da hermenêutica deixa então de ser o texto apenas, passando-se a focar no aspecto subjetivo - autor e leitor interlocutores - de determinado texto. No Direito essa postura traduziu-se na *escola da exegese* que tinha como fito a busca da *mens legislatoris*. Nesse influxo, o corolário máximo da interpretação tradicional deriva do brocardo latino *in claris cessat interpretatio/clara non sunt interpretanda*. Através da inspiração de Descartes, o que aí se quer dizer é que a norma clara não deve ser interpretada. Ao longo do século XX, entretanto, iniciar-se-ia um processo de questionamento dessas idéias. O desenvolvimento da física quântica foi decisivo para a ruína do positivismo interpretativo ao evidenciar a impossibilidade de uma “observação imparcial” do objeto científico. A física quântica comprovou que não é possível observar e medir partículas físicas sem alterará-las, já que estas, uma vez submetidas ao processo de observação e medição, modificam-se. Assim sendo, no âmbito da hermenêutica jurídica, algumas outras concepções começam a ganhar fôlego. Mais recentemente, é na obra de Hans-Georg Gadamer que se encontram elementos para uma (nova) hermenêutica que não se limita à pura técnica de interpretação (*Auslegung*) buscando, desta maneira, dar sentido (*Singebung*). Segundo ele, a hermenêutica é “básico estar-em-movimento do Ser que constitui a sua finitude e a sua historicidade e, por isso, inclui o conjunto da sua experiência no mundo”. (GADAMER, *op.cit.*, p. 15.) Em sua concepção, o intérprete não busca descobrir o que pretendia o autor do texto, mas reformula o próprio sentido do texto a partir de sua própria perspectiva e do problema posto. Suas idéias visam a combater a possibilidade de interpretação puramente objetiva e atemporal, uma vez que há grande vinculação entre o processo de conhecimento e o contexto histórico em que o sujeito cognoscente está situado. Nesse sentido surge a idéia do que o autor chamou de *círculo hermenêutico*: a interpretação de um problema pressupõe sempre um problema situado na história do intérprete e que, por isso, só poderá ser entendido a partir de sua pré-compreensão, o que implica uma conexão circular entre o texto interpretado e o ambiente que lhe circunda. Para mais, ver: HERKENHOFF, JOÃO BATISTA. **Como Aplicar o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994; GADAMER, *op.cit.*; RICOEUR Paul. **Interpretação e ideologias**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

²⁶⁴ “Como salienta Wallerstein, ‘definir uma cultura é uma questão de definir fronteiras’ (1991b:187). De modo convergente, Appadurai afirma que o cultural é o campo das diferenças, dos

No mesmo caminho Anthony Giddens consigna:

O conceito de **cultura** está entre as noções mais usadas da sociologia. Quando pensamos na palavra “cultura”, em conversas comuns do cotidiano, freqüentemente a vemos como equivalente a “coisas mais elevadas da mente” – à arte, à literatura, à música, e à pintura. Da maneira como os sociólogos usam o termo, ele inclui tais atividades e ainda muito mais. A cultura refere-se às formas de vida dos membros de uma sociedade ou de grupos dentro da sociedade.²⁶⁵

Esta sumariada revisão bibliográfica é apta a demonstrar a complexidade da projeção semântica do vocábulo que, consoante já destacado, na metade do século passado, tinha mais de cento e cinquenta diferentes definições. Era, é e será um significante plural e complexo.

Por derradeiro e, em síntese final, destaca a literatura antropológica que a “cultura consiste de padrões, explícitos e implícitos, de comportamento adquirido e transmitido por símbolos. E o núcleo essencial da cultura consiste de idéias tradicionais e, especificamente, dos valores a elas vinculados”²⁶⁶.

Aportando nessa diversidade é possível perceber que os múltiplos conceitos aglutinam-se ao redor de algumas idéias fundamentais. É sob esse olhar que parcela da doutrina²⁶⁷ segmenta a idéia de cultura em uma variedade de tendências.²⁶⁸

O conceito de cultura poderia ser captado inicialmente, de modo básico, como um conceito de exclusão: “tudo aquilo que não é natureza”²⁶⁹. Isto posto, todo produto humano corresponderia à cultura.

Partindo desse alicerce, por meio de uma perspectiva filosófica, poder-se-ia advogar que: “Cultura, na ótica filosófica, é a forma própria e específica da existência humana no mundo. É nossa própria existência fenomenologizada, ou seja, um

contrastes e das comparações (1997:12). Poderíamos até afirmar que a cultura é, em sua definição mais simples, a luta contra a uniformidade.” (SANTOS. **A globalização** ..., p. 47).

²⁶⁵ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 38.

²⁶⁶ KUPFER, *op.cit.*, p. 85.

²⁶⁷ VANNUCCHI, *op. cit.*

²⁶⁸ Acerca dessa divisão afirma KUPFER: “tratam-se de rótulos toscos para construtos complexos que são regularmente separados e reagrupados em novos padrões (...) apesar de grosseira essa classificação fornece uma orientação inicial”. (*op. cit.*, p. 26).

²⁶⁹ (*Ibidem*, p. 23). Nesse sentido assevera KUPFER: “Cultura sempre é definida em oposição a algo mais. Trata-se de uma forma local autêntica de ser diferente que resiste à sua inimiga implacável, uma civilização global universalizante”. (*op. cit.*, p. 36).

processo histórico permanente e inevitável, em que o ser humano tanto representa o sujeito produtivo como o objeto produzido. Em suma, os homens são seres culturais, por natureza.”²⁷⁰

Para Bhikuh Parrekh, “culture is a historically created system of meaning and significance or, what comes to the same thing, a system of beliefs and practices in terms of which a group of human beings understand, regulate and structure their individual and collective lives”²⁷¹.

Em aproximação dessa ordem de idéias, Seyla Benhabib apresenta sua delimitação: “I think of cultures as a complex human practice of signification and representation, of organization and attribution, which are internally riven by conflicting narratives”²⁷².

Ainda, através de uma lente humanista, que resgata valores cristãos, é possível entender cultura como “desenvolvimento multidimensional e harmonioso da pessoa ou da humanidade”²⁷³.

Outra idéia de cultura advém da etnologia. Nesse aspecto, a cultura representa um modo de vida típico, ou, de acordo com Kroeber e Kluckhohn, “um conjunto de atributos e de produtos das sociedades humanas e do gênero humano: por conseguinte, extra-somáticos e transmissíveis por meios diferentes da hereditariedade biológica”²⁷⁴.

No atual campo dos saberes antropológicos, é a antropologia cultural que tem se dedicado ao presente estudo. É justamente nessa seara que a complexidade avulta e as dificuldades conceituais se intensificam.

Neste sentido é que Clifford Geertz propõe uma nova mirada sobre do conceito de cultura:

a cultura é melhor vista não como complexos de padrões concretos de

²⁷⁰ VANNUCCHI, *op. cit.*, p. 24.

²⁷¹ “Cultura é um sistema criado historicamente de significado e significância ou, o que dá no mesmo, um sistema de crenças e práticas por meio do qual um grupo de seres humanos entende, regula e estrutura suas vidas individuais e coletiva”. (Tradução Livre) (PARREKH. **Rethinking** ..., p. 143).

²⁷² “Eu penso na cultura como uma prática humana de significação e representação, de organização e atribuição, que são separadas inteiramente por narrativas conflitantes”. (Tradução Livre) (BENHABIB, Seyla. **The claims of culture: equality and diversity in the global era**. New Jersey: Princeton University Press, 2002, p. ix).

²⁷³ VANNUCCHI, *op. cit.*, p. 24.

²⁷⁴ *Apud*: VANNUCCHI, *op. cit.*, p. 26.

comportamentos – costumes, usos, tradições, feixes de hábitos –, como tem sido o caso até agora, mas como um conjunto de mecanismos de controle – planos, receitas, regras, instruções (o que os engenheiros chamam de “programas”) – para governar o comportamento. A segunda idéia é que o homem é precisamente o animal mais desesperadamente dependente de tais mecanismos de controle, extragenéticos, fora da pele, de tais programas culturais, para ordenar seu comportamento.²⁷⁵

Didaticamente, Aldo Vannucchi diferencia, dentro da antropologia cultural, quatro tendências no que diz respeito à definição de cultura:

1º) há os que vêem cultura como sistema de padrões de comportamento, de modos de organização econômica e política, de tecnologias, em permanente adaptação, em vista do relacionamento dos grupos humanos com seus respectivos ecossistemas;

2º) há os que tratam a cultura como um sistema de conhecimento da realidade, como o código mental do grupo, não como um fenômeno material, mas cognitivo;

3º) há também os que encaram a cultura como um sistema estrutural, em que o eixo de tudo é a bipolaridade natureza-cultura, tendo como campos privilegiados de sua concretização o mito, a arte, a língua e o parentesco;

4º) por fim, há os que entendem cultura como sistema simbólico de um grupo humano, sistema que só poderá ser apreendido por outro grupo por meio de interpretação e não por mera descrição.²⁷⁶

Em que pese essas distintas correntes, como a cultura deve se fundar no comportamento humano que é, por excelência, variável, não se comporta no seu conceito um sentido universal, exato e definitivo. O que é inegável, a partir dos ensinamentos antropológicos, é que os seres humanos são necessariamente culturais, ou seja, a figura humana se constitui e se transforma conforme os sistemas culturais nos quais se insere.

A partir dessa premissa, o relativismo cultural – ou seja, a relativização da cultura individual ou coletiva, vale dizer, a ausência de um discurso cultural único – é fato inconteste. Nas lições de Laraia: “a idéia de relativismo cultural está implicitamente associada à de evolução multilinear. A unidade da espécie humana, por mais paradoxal que possa parecer tal afirmação, não pode ser explicada senão em termos de sua diversidade cultural”²⁷⁷.

Embora todos os indivíduos sejam humanos e possuam necessidades em

²⁷⁵ GEERTZ, *op. cit.*, p. 32.

²⁷⁶ VANNUCCHI, *op. cit.*, p. 27-28.

²⁷⁷ LARAIA, *op. cit.*, p. 34.

comum, o modo de satisfazer tais necessidades humanas torna-se diverso, uma vez que cada cultura segue seus próprios caminhos²⁷⁸.

Explicitando dessa concepção de evolução cultural multilinear, aduz Laraia:

O homem é resultado do meio cultural em que foi socializado. Ele é herdeiro de um longo processo acumulativo, que reflete o conhecimento e a experiência adquiridas pelas numerosas gerações que o antecederam. A manipulação adequada e criativa desse patrimônio cultural permite as inovações e as invenções. Esses não são, pois, o produto da ação isolada de um gênio, mas o resultado do esforço de toda uma comunidade.²⁷⁹

A cultura é, em tal percepção, um processo acumulativo e cambiante²⁸⁰ que recolhe as experiências históricas anteriores daquela comunidade e as projeta para o futuro, estimulando a ação humana inovadora. Por conseguinte, o ser necessariamente age de acordo com as padrões culturais que o cercam – tal fato é inexorável, suporte de um sistema cultural.

Contemporaneamente, Roger Keesing define os sistemas culturais como:

Padrões de comportamento socialmente transmitidos que servem para adaptar as comunidades humanas aos seus embasamentos biológicos. Esse modo de vida das comunidades inclui tecnologias e modos de organização econômica, padrões de estabelecimento, de agrupamento social e organização política, crenças e práticas religiosas²⁸¹.

As divergências antropológicas no que concerne ao conceito de cultura ainda persistem e não se chegou, nesta seara, a um denominador comum. O que pode ser tomado como fato nas ciências culturais e antropológicas é que, longe de um determinismo hipertorfiado, os padrões culturais circundantes condicionam e influem nas ações humanas.

O conceito de cultura traz, enfim, dentro de si, paradoxalmente, o gérmen da diversidade – pois, “o conceito de cultura nos fornece a única forma que conhecemos para falar sobre as diferenças entre os povos do mundo, diferenças

²⁷⁸ BOAS, Franz. **General anthropology**. Boston: D.C. Heath, 1938, *passim*.

²⁷⁹ LARAIA, *op. cit.*, p. 45.

²⁸⁰ “Cultures do not have fixed centres or precise boundaries”. “Culturas não possuem centros fixos ou barreiras precisas”. (Tradução Livre) (KYMLICKA, Will. **Multicultural Citizenship**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 83).

²⁸¹ *Apud*: LARAIA, *op. cit.*, p. 59.

que persistem a partir do processo de homogenização²⁸² – e também a semente do próprio homem, já que é a “cultura que nos faz”²⁸³.

Esses elementos e concepções, sem embargo da pluralidade de premissas e complexidade de conclusões, fornecem *inputs* e *outputs* para situar, no âmbito do trabalho em curso, circunstâncias de relevo à luz do objetivo preambularmente anunciado. Ver-se-á doravante alguns de seus desdobramentos.

²⁸² KUPFER, *op. cit.*, p. 272.

²⁸³ *Ibidem*, p. 42.

3 O IMPACTO DA IDÉIA DE CULTURA NA ESTRUTURA SUBJETIVA: O *HOMEM* OU O *homem*?

Cursado, ainda que de modo singelo, o *iter* dos diversos sentidos da (de) cultura, para a meditação sobre os direitos humanos e os direitos fundamentais, é indispensável analisar o impacto do conceito de cultura na própria idéia de homem, aqui apreendido na categoria do ser.

Nas palavras de Ruth Benedict, “a cultura é uma lente através da qual o homem vê o mundo”²⁸⁴.

O comportamento humano é condicionado pela herança cultural recebida, assim sendo, é inegável que a própria idéia subjetiva não se encontre tão-só influenciada pelo contexto cultural no qual está inserida.

O paradigma subjetivo dominante é ainda o ideário iluminista dos indivíduos como um elemento integrante da ordem natural e dotado de uma “uniformidade geral de composição”²⁸⁵. Nessa visão, “há uma natureza humana tão regularmente organizada, tão perfeitamente invariante e tão maravilhosamente simples como o universo de Newton. Algumas de suas leis talvez sejam diferentes, mas *existem* leis; parte de sua imutabilidade talvez seja obscurecida pelas armadilhas da moda local, mas ela é imutável”²⁸⁶.

Nesse mesmo sentido, afiança o historiador americano Arthur Oncken Lovejoy: “O cenário (em períodos e locais diferentes) é alterado, de fato, os atores mudam sua indumentária e aparência, mas seus movimentos internos surgem dos mesmos desejos e paixões dos homens e produzem seus efeitos nas vicissitudes dos reinos e dos povos”²⁸⁷.

Contraopondo-se a essa ordem de pensamentos, assevera Charles Taylor:

Those who take the view that individual rights must always come first, and, along with nondiscrimination provisions, must take precedence over collective goals, are often speaking of a liberal perspective that has become more and more widespread in the Anglo-American world. Its source is, of

²⁸⁴ BENEDICT, Ruth. **O crisântemo e a espada**. São Paulo: Perspectiva, 1997.

²⁸⁵ GEERTZ, *op. cit.*, p. 25.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 25.

²⁸⁷ LOVEJOY, Arthur Oncken. **Essays in the History of Ideas**. John Hopkins University Press, 1978.

course, the United States, and it has recently been elaborated and defended by some of the best philosophical and legal minds in that society, including John Rawls, Ronald Dworkin, Bruce Ackerman, and others. There are various formulations of the main idea(...).²⁸⁸

Por essa via, sob a ótica dominante – supostamente neutral²⁸⁹ – a imagem e natureza humana são constantes, pois, “a enorme e ampla variedade de diferenças entre os homens, em crenças e valores, em costumes e instituições, tanto no tempo como de lugar para lugar, é essencialmente sem significado ao definir sua natureza”²⁹⁰.

Além de *pasteurizadora*, este tipo de abordagem rejeita o outro, pois, de modo geral, sempre barbarizou e excluiu padrões diversos daqueles tradicionalmente aceitos pelos demais. Acerca desse juízo cultural de exclusão ao adverso preleciona Laraia:

O fato de que o homem vê o mundo através de sua cultura tem como conseqüência a propensão em considerar o seu modo de vida como o mais correto e o mais natural. Tal tendência, denominada etnocentrismo, é responsável em seus casos extremos pela ocorrência de numerosos conflitos sociais.

O etnocentrismo, de fato, é um fenômeno universal. É comum a crença de que a própria sociedade é o centro da humanidade, ou mesmo sua única expressão.

(...)

Comportamentos etnocêntricos resultam também em apreciações negativas dos padrões culturais de povos diferentes. Práticas de outros sistemas culturais são catalogadas como absurdas, deprimentes e imorais.²⁹¹

²⁸⁸ “Aqueles que acham que os direitos individuais devem sempre vir em primeiro lugar e junto com as provisões não-discriminadoras, devem ter preferência sobre objetivos coletivos, estão sempre falando de uma perspectiva liberal que se espalhou mais e mais no mundo Anglo-Americano. Sua fonte é, evidentemente, os Estados Unidos, e recentemente foi elaborada e defendida por algumas das melhores mentes legais e filosóficas naquela sociedade, incluindo John Rawls, Ronald Dworkin, Bruce Ackerman, e outros. Há várias formulações da idéia principal”. (Tradução Livre) (TAYLOR. **Multiculturalism** ..., p. 56).

²⁸⁹ “The claim is that the supposedly neutral set of difference-blind principles of the politics of equal dignity is in fact a reflection of one hegemonic culture. As it turns out, then, only the minority or suppressed cultures are being forced to take alien form. Consequently, the supposedly fair and difference-blind society is not only inhuman (because suppressing identities) but also, in a subtle and unconscious way, itself highly discriminatory”. “A afirmação é que o conjunto supostamente neutro de princípios cegos à diferença da política da dignidade igual é, de fato um reflexo de uma cultura hegemônica. O resultado, então, é que a minoria ou as culturas suprimidas estão sendo forçadas a tomar forma estranha. Conseqüentemente, a sociedade supostamente justa e cega às diferenças não é apenas inumana (devido à supressão de identidades) mas também, de modo sutil e inconsciente, ela mesma, altamente discriminatória”. (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 43).

²⁹⁰ GEERTZ, *op. cit.*, p. 26.

²⁹¹ (LARAIRA, *op. cit.*, p. 72-73). Isso não significa que as culturas não evoluam, ao revés:

A partir desse padrão de pensamento emergem muitas interrogações a propósito da possibilidade de se tomar determinadas categorias – a exemplo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais – como padrões morais e de comportamento válidos para diferentes culturas e diversos padrões de comportamento e realidade distintos.

Laraia enfrenta com negatividade essas possibilidades ao afirmar que “todo sistema cultural tem a sua própria lógica e não passa de um ato primário de etnocentrismo tentar transferir a lógica de um sistema para outro. Infelizmente, a tendência mais comum é de considerar lógico apenas o próprio sistema e atribuir aos demais um alto grau de irracionalismo”²⁹².

Com efeito, no que diz respeito ao paradigma dominante, ensina Geertz:

O problema com esse tipo de perspectiva (...) é que a imagem de uma natureza humana constante, independe de tempo, lugar e circunstância, de estudos e profissões, modas passageiras e opiniões temporárias, pode ser uma ilusão, que o que o homem é pode estar tão envolvido com onde ele está, quem ele é e no que ele acredita, que é inseparável deles. É precisamente o levar em conta tal possibilidade que deu margem ao surgimento do conceito de cultura e ao declínio da perspectiva uniforme do homem. O que quer que seja que a antropologia moderna afirme – e ela parece ter afirmado praticamente tudo em uma ou outra ocasião –, ela tem a firme convicção de que não existem de fato homens não modificados pelos costumes de lugares particulares, nunca existiram e, o que é mais importante, não poderiam pela própria natureza do caso.²⁹³

O legado das lições de Geertz é o de contribuir para o fim de afastar os extremos, pois é “extraordinariamente difícil traçar uma linha entre o que é natural, universal e constante no homem, e o que é convencional, local e variável. Com efeito, ela sugere que traçar tal linha é falsificar a situação humana, ou pelo menos interpretá-la mal”²⁹⁴.

Nesse entremeio é que se procura, para a seara desta investigação, um

“cada sistema cultural está sempre em mudança. Entender essa dinâmica é importante para atenuar o choque entre as gerações e evitar comportamentos preconceituosos. Da mesma forma que é fundamental para a humanidade a compreensão das diferenças entre povos e culturas diferentes, é necessário saber entender as diferenças que ocorrem dentro do mesmo sistema. Este é o único procedimento que prepara o homem para enfrentar serenamente este constante e admirável mundo novo do porvir.” (*Ibidem*, p. 101).

²⁹² *Ibidem*, p. 87.

²⁹³ GEERTZ, *op. cit.*, p. 26.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 27.

conceito subjetivo satisfatório à luz do importante papel cultural. Eis a missão dos estudos antropológicos contemporâneos:

(...) a antropologia tem tentado encontrar seu caminho para um conceito mais viável sobre o homem, no qual a cultura e a variabilidade cultural possam ser mais levadas em conta do que concebidas como capricho ou preconceito e, no entanto, ao mesmo tempo, um conceito no qual o princípio dominante na área, “a unidade básica da humanidade”, não seja transformada em uma expressão vazia. Assumir esse passo gigantesco longe da perspectiva uniforme da natureza humana, no que concerne ao estudo do homem, é abandonar o Paraíso. Alimentar a idéia de que a diversidade de costumes no tempo e no espaço não é simplesmente uma questão de indumentária ou aparência, de cenários e máscaras de comediantes, é também alimentar a idéia de que a humanidade é tão variada em sua essência como em sua expressão. E com essa reflexão começam a se afrouxar alguns ancoradouros filosóficos bem amarrados, iniciando-se uma jornada de águas bem perigosas.

Perigosas, porque, se nos descartamos da noção de que o Homem, com letra maiúscula, deve ser visto “por trás”, “debaixo”, ou “além” de seus costumes, e se a substituímos pela noção de que o homem, sem maiúscula, deve ser visto “dentro” deles, corre-se o perigo de perder por completa a perspectiva do homem. Ou ele se dissolve, sem deixar resíduos, em seu tempo e lugar, um filho e um cativo perfeito de sua era, ou ele se torna um soldado recrutado num vasto exército tolstoiano, engolfado em um ou outro dos terríveis determinismos históricos com que fomos assolados a partir de Hegel. Tivemos, e de alguma maneira ainda temos, ambas essas aberrações nas ciências sociais – uma marchando sob a bandeira do relativismo cultural, a outra sob a bandeira da evolução cultural. Mas tivemos também, e mais comumente, tentativas de evitar a ambas procurando nos próprios padrões culturais os elementos definidores de uma existência humana a qual, embora não constante na expressão, é ainda diferente no caráter.²⁹⁵

Parte dos estudos da antropologia moderna, em busca da afirmação do viés iluminista, dedicou-se, portanto, ao estudo do *consensus gentium* – isto é, análise de traços comuns dentro das diversas variedades culturais. Nessa linha se destacam os esforços de Clark Wissler²⁹⁶ e Bronislaw Malinowski²⁹⁷.

²⁹⁵ *Ibidem, loc. cit.*

²⁹⁶ “**Clark Wissler** (Hagerstown, 18 de setembro de 1870 – 25 de agosto de 1947) era um antropólogo americano. Graduou-se doutor em psicologia pela Universidade de Columbia em 1901. Subsequentemente, Wissler tornou-se interessado nos novos campos da antropologia, associando-se com Franz Boas. Wissler obteve um cargo no Museu Americano de História Natural, onde ele acabou por suceder Boas no cargo de curador de etnografia. Wissler era especialista em etnografia norte-americana, focando-se nos índios das planícies. Ele contribuiu às áreas cultural e histórica com a ideologia difusionista, atualmente não mais popular na antropologia. Não obstante, seus programas educacionais, publicações, e reunião de artefatos de *assemblages* das planícies lhe deram um invejável record. Sua grande influência sobre a segunda geração de antropólogos americanos foi importante, especialmente com ênfase no campo prático.” (Disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Clark_Wissler. Acesso em: 9 dez. 2007). (tradução livre) Para mais ver: WISLER, Clark. **Los indios de los Estados Unidos da America**. Buenos Aires: Paidós, 1970.

²⁹⁷ “**Bronisław Kasper Malinowski** (Cracóvia, 7 de Abril de 1884 — New Haven, 16 de

Geertz enfrenta com ceticismo essa vertente – que ainda nos dias de hoje encontra adeptos, conforme esclarece:

Meu ponto de vista, que deve ser claro e, espero, logo se tornará ainda mais claro não é que não existam generalizações que possam ser feitas sobre o homem como homem, além da que ele é um animal variado, ou de que o estudo da cultura nada tem a contribuir para a descoberta de tais generalizações. Minha opinião é que tais generalizações não podem ser descobertas através de uma pesquisa baconiana de universais culturais, uma espécie de pesquisa de opinião pública dos povos do mundo em busca de *consensus gentium* que de fato não existe e, além disso, que as tentativas de assim proceder conduzem precisamente à espécie de relativismo que toda abordagem se propunha expressamente evitar.²⁹⁸

De tal sorte, mesmo que existam comportamentos iguais em grande parte das tradições culturais, ainda mais em um mundo sob as influências globalizantes, esses traços semelhantes *per se* não possuem o condão de encontrar, ou sequer influir, pressupostos universais para a idéia do homem.

A aporia alocada no cerne da identidade humana – se é que há uma – flutua entre os extremos do universalismo e do historicismo. Eis dois padrões a serem evitados.

De modo que, partindo do pressuposto da cultura como mecanismo de controle de comportamento e da necessidade do homem de ter esses freios, Clifford Geertz assim sintetiza o pensamento antropológico contemporâneo: “a cultura, em vez de ser acrescentada, por assim dizer, a um animal acabado ou virtualmente acabado, foi um ingrediente, e um ingrediente essencial, na produção desse mesmo animal”²⁹⁹.

Maio de 1942), polonês, é considerado um dos fundadores da antropologia social, também conhecida como a escola funcionalista. Suas grandes influências incluíam James Frazer e Ernst Mach. Segundo o antropólogo Ernest Gellner, Malinowski tomou uma posição original em relação aos conflitos de idéias do seu tempo. Ele não repudiou o nacionalismo, uma das ideologias nascentes e marcantes do século XIX. Mas ele fusionou o romantismo com o positivismo de uma nova maneira, tornando possível investigar as velhas comunidades mas ao mesmo tempo recusando conferir autoridade ao passado. Ele rejeitou a especulação evolucionista e a manipulação do passado para fins do presente, pecados vulgares do seu tempo. Sem dúvida, a principal contribuição de Malinowski à antropologia foi o desenvolvimento de um novo método de investigação de campo, cuja origem remonta à sua intensa experiência de pesquisa na Austrália, inicialmente com o povo Mailu (1915) e posteriormente com os nativos das Ilhas Trobriand (1915-16, 1917-18).” Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Bronis%C5%82aw_Malinowski. Acesso em: 9 dez. 2007). Para mais, ver: MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.

²⁹⁸ GEERTZ, *op. cit.*, p. 30.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 34.

Nesse passo, a cultura não é simplesmente o meio onde o universal cultural está imerso e, em razão disso, condiciona seus comportamentos de determinada forma. Ao revés, a cultura participa da constituição do próprio homem, individualizando-o e impossibilitando a existência de uma essência universal. “*Grosso modo*, isso sugere não existir o que chamamos de natureza humana independente da cultura”³⁰⁰ – conclui.

Homem e cultura, geralmente contrapostos pelos discursos jurídicos e antropológicos dominantes, são dois interstícios que podem se fundir em um só. Ou seja, poder-se-ia afirmar que “sem os homens certamente não haveria a cultura, mas, de forma semelhante, e muito significativamente, sem a cultura não haveria homens”³⁰¹.

Eis, nesse influxo, a lição de Amy Gutman:

(...) people are also “culture-bearing”, and the cultures they bear differ depending on their past and present identifications. The unique, self-creating, and creative conception of human beings is not to be confused with a picture of “atomistic” individuals creating their identities *de novo* and pursuing their ends independently of each other. Part of the uniqueness of individuals results from the ways in which they integrate, reflect upon, and modify their own cultural heritage and that of other people with whom they come into contact. Human identity is created, as Taylor puts it, *dialogically*, in response to our relations, including our actual dialogues, with others.³⁰²

Portanto, a conclusão que emerge da análise da antropologia cultural corrente é que apenas uma visão acerca do homem, necessariamente com letra minúscula, pode prevalecer: aquela que privilegie a variedade e a alteridade.

³⁰⁰ Acrescenta: “Os homens sem cultura não seriam os selvagens inteligentes de *Lord of the Flies*, de Golding, atirados à sabedoria cruel dos seus instintos animais; nem seriam eles os bons selvagens do primitivismo iluminista, ou até mesmo, como a antropologia insinua, os macacos intrinsecamente talentosos que, por algum motivo, deixaram de se encontrar. Eles seriam monstruosidades incontroláveis, com muito poucos instintos úteis, menos sentimentos reconhecíveis e nenhum intelecto: verdadeiros casos psiquiátricos. Como nosso sistema nervoso central – e principalmente a maldição e a glória que o coram, o neocórtex – cresceu, em sua maior parte, com a interação com a cultura, ele é incapaz de dirigir nosso comportamento ou organizar nossa experiência sem a orientação fornecida por sistemas de símbolos e significantes”. (*Ibidem*, p. 35).

³⁰¹ *Ibidem*, p. 36.

³⁰² “as pessoas também são ‘produtos de cultura’ e as culturas que elas produzem diferem, dependendo de suas identificações passadas ou presentes. A única concepção de seres humanos auto-criada e criativa não deve ser confundida com um quadro de indivíduos ‘atomísticos’ criando sua própria identidade de novo e perseguindo seus fins, independentemente um do outro. Parte da unicidade de indivíduos resulta dos modos pelos quais eles se integram, refletem sobre e modificam sua própria herança cultural e aquela de outras pessoas com quem eles entram em contato. A identidade humana é criada, como Taylor coloca, dialogicamente, em resposta às nossas relações, incluindo nossos diálogos reais com os outros”. (Tradução Livre) Introdução da obra: TAYLOR. **Multiculturalism** ..., p. 7.

Nas lições de Charles Taylor: “This crucial feature of human life is its fundamentally dialogical character. We become full human agents, capable of understanding ourselves, and hence of defining our identity, through our acquisition of rich human languages or expression”³⁰³.

A busca de uma categoria subjetiva universal é vã, descolada do real, uma vez que “estamos buscando uma entidade metafísica, o Homem, com “H” maiúsculo, no interesse de quem sacrificamos a entidade empírica que de fato encontramos – o homem com “h” minúsculo”³⁰⁴.

A diversidade humana não pode ser ignorada pelo discurso teórico e é justamente assumindo essa lente da heterogeneidade humana que “chegaremos a construir um conceito da natureza humana que contenha ao mesmo tempo, a substância e a verdade, mais do que uma sombra estatística e menos do que o sonho de um primitivista”³⁰⁵.

O homem inato e a cultura são as duas perspectivas complementares do que é humano. Somente a cultura, ao preencher o vazio do homem, capacita os indivíduos a se tornarem humanos. Nesse sentido, é impossível distinguir quais os comportamentos individuais controlados de forma congênita pelo corpo e aqueles submetidos aos padrões culturais.

É possível, então, subscrever a conclusão do antropólogo americano:

(...) a cultura fornece o vínculo entre o que os homens são intrinsecamente capazes de se tornar e o que eles realmente se tornam, um por um. Tornar-se humano é tornar-se individual, e nós nos tornamos individuais sob a direção dos padrões culturais, sistemas de significados criados historicamente em termos dos quais damos forma, ordem, objetivo e direção às nossas vidas.³⁰⁶

Tomando por base a consideração consoante a qual os padrões humanos, como os culturais, são sempre específicos, não há possibilidade de definir o elemento subjetivo como um padrão universal. Os homens se definem de acordo com o padrão cultural no qual estão mergulhados, uns em relação aos outros,

³⁰³ “Essa característica crucial da vida humana é seu caráter fundamentalmente dialógico. Nós nos tornamos agentes humanos totais, capazes de nos entendermos e, então, de definir nossa identidade, através de nossa aquisição de ricos linguajares humanos ou expressões”. (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 32).

³⁰⁴ GEERTZ, *op. cit.*, p. 37.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 37.

³⁰⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

impossibilitando o ideal iluminista de um padrão humano universal.

Fulminada a idéia de um *homem comum*, resta claro que, através das lentes da antropologia cultural aqui expostas, não haveria como lhes atribuir direitos universais. Eis o cerne da crítica do relativismo cultural que, no cenário global atual, vem sendo firmemente contraposta ao discurso dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

De tal modo, os direitos humanos, como por nós concebidos, fruto do pensamento moderno, representariam apenas o desenvolvimento da florescente cultura burguesa européia do final do século XVI.

Ainda mais: em que pese a evolução do conceito, e de seu significado, não poderíamos exportá-lo a modelos culturais diversos posto que não haveria um substrato universal legitimador para tal ação.

Necessitamos, portanto, de uma nova teoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais que esteja em concordância com o mundo do amanhã, multicultural e poroso, e que, ao invés da imposição, promova uma *fusão de horizontes*³⁰⁷.

São essas algumas das aporias para as quais não emergem respostas exaurientes que ainda pairam na teoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais neste início de milênio.

³⁰⁷ Expressão utilizada por Hans-Georg Gadamer na obra: GADAMER, *op. cit.*, p. 289-290.

PARTE III: “NÓS” VERSUS “ELES”: ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA DOS FUNDAMENTOS À LUZ DE JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

As duas partes anteriores do presente estudo se destinaram a delinear, ainda que de maneira sucinta, dois extremos dos fundamentos dos direitos humanos: universalismo e relativismo cultural. Essas margens do rio ladeiam o percurso em exame.

O terceiro pilar que ora se inicia tem como objetivo analisar a problemática do embasamento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais à luz da jurisprudência internacional das Cortes de direitos humanos.

Tal esgrimir de casos cumpre, nesta estação do trabalho, dúplice função: em primeiro plano, evidenciar que a problemática em questão está na *ordem do dia* dos debates quanto aos direitos humanos; em segundo plano, realçar a relevância do método *tópico*³⁰⁸ na investigação da pesquisa científica.

Consoante já enfatizado, de um mundo de conflito, em especial após o 11/09/2001, emerge o propalado *choque de civilizações*³⁰⁹. Nesse contexto, o “nós” – mundo ocidental contemporâneo ainda marcado pelo paradigma individual e positivista dos direitos humanos – embate com o “eles” – tradições e culturas (inclusive jurídicas) diversas – estampando lides nas cortes internacionais de justiça.

Dessarte, sob a complexidade desse anátema, se torna importante

³⁰⁸ “ ‘Pensar o problema’ constitui o âmago da tópica em suas considerações acerca do método. Novo estilo de argumentação e acesso à coisa, a tópica não é uma revolta contra a lógica, conforme se pretendeu equivocadamente inculcar. Busca, em primeiro lugar, conforme ressaltou Esser, demonstrar que o argumento dedutivo não constitui o único veículo de controle da certeza racional, pelo menos o único que não engana.” (BONAVIDES, *op. cit.*, p. 448). Prossegue o Professor cearense acerca da utilização da tópica na hermenêutica constitucional: “Com a tópica, a norma e o sistema perdem o primado. Tornando-se meros pontos de vista ou simples *topoi*, cedendo lugar à hegemonia do problema, eixo fundamental da operação interpretativa. Todos os métodos clássicos são igualmente rebaixados à condição de pontos de vista ou *topoi* a saber, instrumentos auxiliares que o intérprete em presença do problema poderá empregar ou deixar de fazê-lo, conforme a valia ocasional eventualmente oferecida para lograr a solução precisa. Sendo a Constituição aberta, a interpretação também o é. Valem para tanto todas as considerações e pontos de vista que concorram ao esclarecimento do caso concreto, não havendo graus de hierarquia entre os distintos *loci* ministrados pela tópica. A Constituição com a metodologia tópica perde, até certo ponto, aquele caráter reverencial que o formalismo clássico lhe conferira. A tópica abre tantas janelas para a realidade circunjacente que o aspecto material da Constituição, tornando-se, quer se queira quer não, o elemento predominante, tende a absorver por inteiro o aspecto formal.” (*Ibidem*, p. 452-453). Conclui-se, nada obstante, pela cônica convivência entre o método tópico e a hermenêutica sistemática do Direito.

³⁰⁹ HUNTINGTON, *op. cit.*

considerar como – e se – os organismos contenciosos internacionais têm respondido às demandas complexas e cada vez mais freqüentes de um mundo multicultural.

Tendo em vista que os dois paradigmas delineados nas duas parcelas iniciais desta dissertação não deram conta de responder satisfatoriamente às demandas postas perante *a porta da lei*³¹⁰, mister analisar de que modo os conflitos fundantes dos direitos humanos e dos direitos fundamentais têm sido dirimidos.

Têm as Cortes de Direitos Humanos – *lato sensu* – dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos conseguido unir as duas margens deste caudaloso e turbulento rio?

Para esta reflexão foram selecionados³¹¹ alguns casos, dentre os inúmeros insurgentes, que, sem a pretensão de esgotar a complexidade que a matéria abarca, demonstram a discussão ora exposta. Todas as lides avaliadas trazem diferentes maneiras de arrostar similar problemática: o fundamento dos direitos humanos.

A escolha de casos e Cortes levou em conta os limites e as possibilidades presentes para esta investigação.

O universo de casos mostra-se plural, advindo de diversos sistemas de proteção dos direitos humanos; a coleta excetuou a Corte Africana de Direitos

³¹⁰ “Há uma porta que dá para a lei. Diante dela, um guardião, o guardião da porta da lei. Um homem simples chega e pede para entrar. O guardião responde que, naquele dia, não é permitido entrar. O homem pensa um pouco e pergunta quando poderá entrar. O guardião responde que de repente, mas não agora. Como a porta da lei está aberta, o homem simples se agacha para olhar para dentro por entre as pernas do guardião. O guardião impede o homem de olhar e o adverte que lá dentro há outras portas e outros guardiões, cada um mais forte e feroz que o outro. O homem simples não imaginava encontrar obstáculos, pois sempre pensara que a lei deveria ser acessível a todos os homens. O guardião lhe empresta um banquinho para que possa sentar-se à porta da lei e ficar esperando a hora de entrar. Passam-se os dias e os anos. O homem simples continua perguntando quando poderá entrar. O guardião lhe dá respostas vagas e impessoais, repetindo sempre que a hora de entrar ainda não chegou. O homem simples tira a roupa do corpo e tenta subornar com ela o guardião da porta da lei. O guardião não recusa: “Aceito, para que você não diga que não tentou tudo. Aceito, mas ainda não posso permitir a sua entrada”. Com o passar dos anos, o homem simples maldiz seu destino perverso, de dor, sofrimento e velhice sem poder cruzar a porta da lei, que ali continua, diante dele, emanando uma claridade que ofusca seus olhos cansados. Nada lhe resta senão a morte. Agonizando, ocorre-lhe perguntar ao guardião por que durante todos aqueles anos em que esperou, não apareceu nenhuma outra pessoa pedindo para entrar pela porta da lei. E o guardião responde: “Ninguém quis entrar por esta porta porque ela se destina apenas a você!... Agora, com sua morte, terei de fechá-la”. (KAFKA, Franz. **Perante a lei**. Disponível em <http://artelivre.slg.br/portal/>. (acesso em 27 dez. 2007).

³¹¹ “Três são os critérios a justificar tal seleção de casos: a) traduzem novos desafios não contemplados pelos textos convencionais; b) acenam a construção da concepção da igualdade material e do reconhecimento de identidades; e c) demandam criatividade e ousadia por parte das Cortes regionais, mediante o recurso à interpretação evolutiva, culminando em decisões paradigmáticas, que se referem a situações originalmente não previstas pelos tratados.” (PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**: perspectivas global e regional, p. 30. (Mimeo)

Humanos que foi recentemente instalada e ainda não apresenta jurisprudência³¹².

³¹² “In Africa, the protection of individual and collective human rights is centred on the African Charter on Human and Peoples’ Rights (the Charter or the African Charter). The African Charter sets up a system whose purpose is to promote and protect fundamental human rights, with particular emphases on African tradition and the Peoples’ right to development. The system is designed to function with the framework of the organization of African Unity (OAU), a regional governmental association of 52 African States. The OAU’s chief policy-making body, the Assembly of Heads of State and Government, adopted the Charter on 27 June 1981. The African Charter, the most important African Human Rights initiative to date, entered into force on 21 October 1986, and has been ratified by all the OAU Member States except for Ethiopia and Eritrea. This instrument is of special significance because it marks the beginning of African States organized commitment to protecting human rights. Previously, intervention in the realm of human rights had come almost exclusively from Western powers. The modernization of Africa has necessitated a regimen for the protection of human rights. As the continent has been exposed to European-American culture and capitalism, large, multicultural States have emerged from what was once a multitude of small, traditional communities. In this modern environment, the protective communitarian ideals can no longer function effectively. Although development and democracy appear conducive to an atmosphere of respect for fundamental human rights, this do not buy themselves guarantee successful protection of such rights; a concrete framework is needed to ensure human rights in modern society. By the late 1970’s it had become imperative to formulate an African system of human rights to defend the rights of those no longer cared by the disappearing traditional communities.” “Na África, a proteção dos direitos humanos individuais e coletivos está centrada na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (a Carta ou Carta Africana). A Carta Africana estabelece um sistema cuja finalidade é a de promover e proteger os direitos humanos fundamentais, com especial ênfase sobre a tradição africana e o direito dos Povos ao desenvolvimento. O sistema é projetado para funcionar com o quadro da organização da Organização da Unidade Africana (OUA), uma associação regional governamental de 52 Estados Africanos. O Corpo político principal da OUA, a Assembléia de Chefes de Estado e de Governo, adotou a Carta em 27 de Junho de 1981. A Carta Africana, a iniciativa mais importante até à data, entrou em vigor em 21 de Outubro de 1986, e foi ratificada por todos os Estados-Membros da OUA, exceto Etiópia e Eritreia. Este instrumento é de especial importância, uma vez que marca o início do compromisso organizado dos Estados Africanos com a defesa dos direitos humanos. Anteriormente, a intervenção no domínio dos direitos humanos haviam chegado quase exclusivamente das potências ocidentais. A modernização da África tem exigido um regime de proteção dos direitos humanos. À medida que o continente foi exposto à cultura e capitalismo europeu-americano, grandes Estados multiculturais surgiram a partir do que foi certa vez um grande número de pequenas comunidades tradicionais. Neste ambiente moderno, os ideais comunitários protetivos, já não pode funcionar eficazmente. Embora o desenvolvimento e a democracia parecem conducentes a um clima de respeito dos direitos humanos fundamentais, isto não garante sucesso proteção destes direitos; um enquadramento concreto é necessário para garantir os direitos humanos na sociedade moderna. No fim de 1970 tornou-se imperativo formular para um sistema de direitos humanos para defender os direitos daqueles que já não se preocupam com o desaparecimento comunidades tradicionais.” (Tradução Livre) (FLINTERMAN, Cees; HENDERSON, Catherine. *The African Charter on Human and Peoples’ Rights*. In: HANSKI, Raija; SUKSI, Markku. **An Introduction to the International Protection of Human Rights**. 2nd edition. Turku: Institute for Human Rights Abo Akademi University, 2004. p. 387-388). Acerca da Corte Africana de Direitos Humanos prossegue: “In June 1998, the Assembly of the Heads of State and Government of the OAU adopted the Protocol on the Establishment of the African Court on Human and Peoples’ Rights. The main purpose of the Court is to complement and reinforce the functions of the African Commission on Human Rights and to work in cooperation with the Commission. The Court will exercise both advisory and contentious jurisdiction. Cases may be submitted to the Court by the Commission, by a State which has lodged a complaint with the Commission, by a State against which the complaint has been lodged, by a State whose citizen is a victim of a human rights violation, and by an African intergovernmental organization. The States Parties also made, by a separate declaration, accept the competence of the Court to receive communications from individuals and NGO’s.” “Em Junho de 1998, a Assembléia dos Chefes de Estado e de Governo da OUA aprovou o Protocolo no Estabelecimento da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. O principal objetivo da Corte é o de complementar e reforçar as funções da Comissão Africana dos Direitos Humanos e de trabalhar em cooperação com a Comissão. A Corte exercerá ambas jurisdições, consultiva e contenciosa. Os casos podem ser submetidos à Corte pela

Em que pese sua riqueza cultural, o continente asiático também não foi abordado nesta análise de casos tendo em vista a ausência de um sistema regional estruturado de proteção aos direitos humanos³¹³.

Sob o prisma de uma avaliação qualitativa, e não quantitativa, serão ponderados cinco casos recolhidos do Sistema Global, do Sistema Europeu e do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

No que tange ao Sistema Global de proteção aos direitos humanos, e aqui leia-se aquele instituído sob a égide das Nações Unidas, analisar-se-á o caso de Sandra Lovelace *versus* Canadá (comunicação nº 24/1977), julgado perante o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas em trinta e um de julho de mil novecentos e oitenta.

Já do sistema europeu recolher-se-ão experiências de julgamento de dois casos que envolvem a discussão do uso do véu islâmico – *hijab* (ou também chamado de *xador*³¹⁴) – quais sejam: Dahlab *versus* Suíça (nº 42393/98) julgado em

Comissão, por um Estado-membro que tenha registrado uma queixa à Comissão, por um Estado contra o qual a queixa foi registrada, por um Estado cujo cidadão é vítima de uma violação dos direitos humanos praticada por uma organização intergovernamental africana. Os Estados-Partes também, por uma declaração separada, aceitaram a competência do Tribunal para receber comunicações dos cidadãos e das ONG's." (Tradução Livre) (FLINTERMAN; HENDERSON, *op. cit.*, p. 395). O Protocolo adicional entrou em vigor em janeiro de 2004, após a décima quinta ratificação. A Corte Africana está localizada em Arusha na Tanzânia, idêntica sede de funcionamento do Tribunal *ad hoc* para Ruanda. Em janeiro de 2006 foram eleitos os onze juízes membros que se reuniram, pela primeira vez, em julho do mesmo ano.

³¹³ "Asia is the most populous continent of the globe. It is a region of marked contrasts ranging from vast countries with enormous populations to tiny countries with minute communities. It is the seat of great religions and philosophies, and a multitude of rich traditions emphasizing not only the preferred material side of life but also the spiritual elements of existence. (...) From a human rights perspective, the Record of the region is likely to be – and actually is – highly diverse. Some countries perform well while others fairly poorly. (...) A poignant question pertaining to all countries of the region is this: if the national setting is unable or unwilling to promote and protect human rights, is there an intergovernmental system at the Asian regional level to provide access to justice in the pursuit of human rights? If not, should there be one? To date, the answer of Asia – at least from the governmental position – has been No. There is no such system covering the whole of the Asian region(...)." "A Ásia é o continente mais populoso do mundo. É uma região de grandes e marcados contrastes variando entre países com enormes populações de países minúsculos com comunidades mínimas. É a sede das grandes religiões e filosofias, e uma multidão de ricas tradições destacando não só lado material, mas também os elementos espirituais da existência. (...) A partir de uma perspectiva de direitos humanos, o registro da região é provavelmente diversificado. Alguns países apresentam um bom desempenho, enquanto outros bastante mal. (...) A questão pungente relativa a todos os países da região é a seguinte: se o cenário nacional é incapaz ou não quer promover e proteger os direitos humanos, há um sistema intergovernamental na Ásia nível regional para proporcionar o acesso à justiça no Exercício dos direitos humanos? Se isso não acontecer, deverá haver um? Até o momento, a resposta da Ásia, pelo menos, a partir da posição governamental, foi não. Não existe tal sistema abrangendo a totalidade da Ásia." (Tradução Livre) (MUNTARBHORN, Vitit. **Towards a Human Rights System in the Asia Region?** (Apostila do Curso Fundamental em Inglês do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, sessão de 4-29 de julho de 2005, p. 177).

³¹⁴ Registre-se que esta é a nomenclatura preponderante perante a Corte julgadora, todavia,

quinze de fevereiro de dois mil e um; e *Leyla Sahin versus Turquia* (nº 44774/98) julgado em vinte e nove de junho de dois mil e quatro.

Finalmente, do sistema regional interamericano as lides sob consideração versam sobre os direitos das comunidades indígenas, realidade próxima e comum à maioria dos países americanos. Nesse influxo, estudar-se-ão o caso da Comunidade Indígena *Yakye Axa versus Paraguai*, julgado em dezessete de junho de dois mil e cinco, e o caso *Yatama versus Nicarágua* julgado em vinte e três de junho de dois mil e cinco.

Desde logo, pela tipologia dos pleitos, constata-se certa especialização – e também inclinação – dos órgãos julgadores. No sistema europeu, destaca-se um grande número de questões relacionadas a direitos individuais, com destaque ao direito à liberdade religiosa. Já no cenário interamericano, há expressiva jurisprudência envolvendo direitos coletivos das comunidades e povos indígenas.

Ainda, as diversas datas de tais exames pelas Cortes demonstram, por um lado, a atualidade do tema, e de outro, sua transcendência e conexão com a própria temática dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Passemos, assim, a análise pontual de cada uma das demandas.

1 SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: CASO SANDRA LOVELACE

O caso sob estudo originou-se da comunicação número 24/1977, subscrita perante o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) por Sandra Lovelace em 29 de dezembro de 1977 contra o Estado do Canadá.

Antes de adentrar a investigação pormenorizada da demanda, mister dedicar algumas linhas para esclarecimento sobre o sistema global de proteção dos direitos humanos, em especial, haja vista as recentes alterações operadas.

Foram os horrores perpetrados na Segunda Guerra Mundial e o rompimento fático com a idéia de direitos humanos que araram, no momento subsequente, solo fértil para a expansão das organizações de cooperação internacional, e, conseqüentemente, a solidificação dos direitos humanos no cenário internacional.

É nesse contexto que abrolha a Organização das Nações Unidas, como expressam as palavras de Flávia Piovesan:

A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio-ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos.³¹⁵

A Carta das Nações Unidas, assinada em 1945 na cidade de São Francisco, foi o marco inicial e estabelece, em seu artigo 1º³¹⁶, os propósitos da instituição que,

³¹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional** ..., p. 124.

³¹⁶ "Art. 1º. Os objetivos das Nações Unidas são:

Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim: tomar medidas coletivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão, ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz;

Desenvolver relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;

Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do

sinteticamente são: manter a paz, desenvolver relações de amizade entre as nações, realizar a cooperação internacional, resolver os problemas internacionais de cunho econômico, social, cultural ou humanitário, promover os direitos do homem e harmonizar as ações de todas as Nações integrantes.

Para viabilização de tais objetivos, as Nações Unidas se estruturam em diversos órgãos, quais sejam: Assembléia Geral, Conselho de Segurança, Corte Internacional de Justiça, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela e o Secretariado, segundo dispõe o artigo 7º da Carta³¹⁷. De acordo com seu documento fundante cabe ao Conselho Econômico e Social a promoção dos direitos humanos.³¹⁸

Esses são os órgãos criados pela Carta de 1945, sem embargo, há ainda um conjunto de órgãos que integra a estrutura da Organização das Nações Unidas e que foram criados por tratados internacionais.³¹⁹ Comumente, a doutrina biparte-os em mecanismos não-convencionais e mecanismos convencionais – que exsurtem de uma convenção específica adotada – de proteção aos direitos humanos.

É nesse influxo que, em 23 de março de 1976, foi o Comitê dos Direitos Humanos estabelecido no domínio do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos³²⁰. O Comitê tem como desígnio monitorar a observância do referido

homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;

Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.”

³¹⁷ “Art. 7. 1. Ficam estabelecidos como órgãos principais das Nações Unidas: uma Assembléia Geral, um Conselho de Segurança, um Conselho Econômico e Social, um Conselho de Tutela, um Tribunal Internacional de Justiça, e um Secretariado.

2. Poderão ser criados, de acordo com a presente Carta, os órgãos subsidiários considerados necessários.”

³¹⁸ “Art. 62. 1. O Conselho Econômico e Social poderá fazer ou iniciar estudos e relatórios a respeito de assuntos internacionais de caráter econômico, social, cultural, educacional, de saúde e conexos, e poderá fazer recomendações a respeito de tais assuntos à Assembléia Geral, aos membros das Nações Unidas e às organizações especializadas interessadas.

2. Poderá fazer recomendações destinadas a assegurar o respeito efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos.

3. Poderá preparar, sobre assuntos da sua competência, projetos de convenções a serem submetidos à Assembléia Geral.

4. Poderá convocar, de acordo com as regras estipuladas pelas Nações Unidas, conferências internacionais sobre assuntos da sua competência.” (grifo nosso)

³¹⁹ Para mais ver: STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. **International Human Rights in Context: law, politics and morals**. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 597 e seguintes; PIOVESAN. **Direitos humanos e o direito constitucional ...**, p. 124 e seguintes.

³²⁰ “Art. 28. 1. Constituir-se-á um Comitê de Direitos Humanos (doravante denominado

Pacto³²¹ e de seu Protocolo Facultativo.

No que tange ao Protocolo Facultativo, adotado na mesma data que o Pacto (16 de dezembro de 1966) pela Assembléia Geral da ONU, preleciona Flávia Piovesan: “O Protocolo Facultativo, adotado em 16 de dezembro de 1966, vem adicionar a essa sistemática um importante mecanismo, que traz significativos avanços no âmbito internacional, especialmente no plano da *international accountability*. Trata-se do mecanismo das petições individuais, a serem apreciadas pelo Comitê de Direitos Humanos, instituído pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos”³²².

Mister apenas dissociar o Comitê dos Direitos Humanos de que se trata o caso em questão, no âmbito do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, da Comissão de Direitos Humanos³²³, hodiernamente Conselho de Direitos Humanos,

“Comitê” no presente Pacto). O Comitê será composto de dezoito membros e desempenhará as funções descritas adiante.

O Comitê será integrado por nacionais dos Estados-partes no presente Pacto, os quais deverão ser pessoas de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos, levando-se em consideração a utilidade da participação de algumas pessoas com experiência jurídica.

3. Os membros do comitê serão eleitos e exercerão suas funções a título pessoal.”

³²¹ Acerca da relevância do documento em questão: “Together with the Universal Declaration of Human Rights of 10 December 1948 and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), the International Covenant on Civil and Political Rights and its two Optional Protocols constitute the core of the United Nations human rights law commonly referred to as the *International Bill of Human Rights*.” “Junto com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seus dois protocolos adicionais constituem o cerne da lei de direitos humanos das Nações Unidas comumente mencionados como *Carta Internacional dos Direitos Humanos*. (Tradução Livre) (NOWAK, Manfred. *The International Covenant on Civil and Political Rights*. In: HANSKI, Raija; SUKSI, Markku. **An Introduction to the International Protection of Human Rights**. 2nd edition. Turku: Institute for Human Rights Abo Akademi University, 2004, p. 81).

³²² PIOVESAN. **Direitos humanos e o direito constitucional** ..., p. 162.

³²³ “Estabelecida em 1946, a Comissão é integrada por cinquenta e três membros governamentais eleitos, para mandato de três anos, pelo Conselho Econômico e Social. A Comissão se reporta a esse conselho, e qualquer resolução ou decisão com conseqüências financeiras requer sua aprovação final”. (*Ibidem*, p. 127). A Comissão, todavia, foi substituída pelo recém-criado Conselho dos Direitos Humanos que foi aprovado pela ONU em 15 de março de 2006 com o voto contra dos Estados Unidos, Ilhas Marshall, Palau e Israel. O novo Conselho conta com 47 cadeiras ocupadas de acordo com critério de distribuição regional: 13 para a África, 13 para a Ásia, 6 para a Europa Ocidental, 8 para a América Latina e Caribe, e 7 para a Europa Oriental e outros. De acordo com informe no *site* das Nações Unidas: **“Em que difere o Conselho de Direitos Humanos do órgão que o antecedeu?** A Comissão de Direitos Humanos conseguiu grandes avanços, como o estabelecimento de normas internacionais na área de direitos humanos. Mas muitas das características do Conselho fazem dele um órgão ainda mais forte. Por exemplo, os membros da Comissão eram escolhidos longe dos olhares do público e, depois, “eleitos” por aclamação. Os membros do Conselho – pelo contrário - tiveram que competir por assentos e os candidatos bem sucedidos precisaram conseguir o apoio da maioria dos Estados-membros, numa votação secreta.

instituída em 1946 sob a égide do Conselho Econômico e Social.

Acerca do Comitê esclarece Nowak:

Much has been said about the Human Rights Committee without explaining what it is. Similar to the Racial Committee and the Committee on the Rights of the Child, it is not a UN organ in the strict sense but a *treaty monitoring body*, i.e. it is established by a treaty (article 28 of the CCPR) with the task of monitoring the compliance of States Parties with their obligations under this treaty. It consists of 18 independent experts who are elected for a period of four years at biannual meetings of States Parties. Although they are nominated and elected by governments for a relatively short period, most members in fact enjoy a surprisingly high independence from 'their' governments as compared, for example, to the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. They are usually professors of law or judges in their home countries and represent all geopolitical regional and the major legal systems.³²⁴

É sob este olhar imperativo, submetido ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo adicional, que o caso em tela foi analisado.

Sandra Lovelace, a peticionária, que na época dos fatos tinha trinta e dois anos, é de nacionalidade e cidadania canadense e de origem indígena – ela nasceu e foi registrada como índia da etnia “maliseet”.

Pela primeira vez, os candidatos comprometeram-se voluntariamente a promover e respeitar os direitos humanos, devendo cumprir esse compromisso, sob pena de serem suspensos como membros do Conselho. A resolução que cria o Conselho também salienta a importância de acabar com a prática de dois pesos e duas medidas, um problema que muito prejudicou a Comissão. Assim, o Conselho terá também um novo mecanismo periódico de análise que lhe dará -- e também ao mundo -- a oportunidade de examinar a atuação de todos os 191 Estados-membros das Nações Unidas. Ao contrário do que acontecia antes, nenhum país poderá escapar a essa investigação. Isto promete ser um forte instrumento para os defensores dos direitos humanos em nível mundial. Além disso, o Conselho se reunirá ao longo do ano, enquanto o programa de seis semanas da Comissão prejudicava seriamente a sua eficácia e flexibilidade. Graças a esse tempo suplementar, o Conselho poderá levar a cabo iniciativas preventivas, para evitar que situações de tensão se transformem em crises, e responder rapidamente a novas crises na área dos direitos humanos.” (Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/view_news.php?id=4215 (acesso em 6 jan. 2008)). Resta-nos aguardar para ver se, agora sob a forma de Conselho, as Nações Unidas conseguirão finalmente cumprir com as metas de proteção dos direitos humanos. Sobre a frágil atuação até então, emblemática a frase do então secretário geral, Kofi Anan, quando da aprovação da criação do Conselho: "Teremos agora pela primeira vez uma oportunidade de lutar pelos direitos humanos em todo o mundo", declaração disponível no site <http://www.ndc.uff.br/news.asp?index=150> (acesso em 6 jan. 2008).

³²⁴ “Muito se disse sobre o Comitê dos Direitos Humanos, sem se explicar o que é. Similar ao Comitê Racial e o Comitê dos Direitos das Crianças, não é um órgão da ONU no sentido estrito, mas um órgão de monitoramento do tratado, i.e., estabelecido por um tratado (art. 28 CCPR) com a tarefa de monitorar a obediência dos Estados-Partes com suas obrigações sob este tratado. Consiste de 18 peritos independentes que são eleitos por um período de quatro anos em reuniões bianuais dos Estados-Partes. Embora sejam indicados e eleitos pelos governos por um período relativamente curto, a maioria dos membros de fato tem uma independência surpreendentemente alta de ‘seus’ governos quando comparados, por exemplo, à sub-Comissão de Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias. Geralmente são professores de direito ou juizes em seus países de origem e representam todos os sistemas legais majoritários e geopolíticos”. (Tradução Livre) (NOWAK, *op. cit.*, p. 91).

Todavia, ela perdeu seu *status* e direitos de índia – de acordo com a seção 12 (1) (b) do *Indian Act*³²⁵ – após ter se casado com um não-índio em maio de 1970. É esta a base fática de sua reclamação ao Comitê de Direitos Humanos uma vez que, de acordo com ela, as disposições do *Indian Act* são discriminatórias já que um índio que se casa com uma mulher que não possua etnia íncola não perde seu *status* e direitos indígenas.

Na data de 14 de agosto de 1978 o Comitê de Direitos Humanos considerou admissível a comunicação da autora.

Em sua resposta o Estado-membro reconheceu que algumas partes controversas do *Indian Act* deveriam ser objeto de debate pelo Parlamento Canadense, porém, ressaltou que a referida legislação foi desenhada para a proteção dos direitos da minoria indígena.

De acordo com o Estado, não seria possível delimitar a proteção legal especial sem ter em conta um corte de quem enquadrar-se-ia na corporatura de índio. Para essa definição foram levadas em conta a cultura e as tradições dos indígenas canadenses, sabidamente patrilineares.

Tais determinações foram tomadas de acordo com as comunidades nativas que, no século XIX, viram suas reservas ameaçadas por não-índios e, portanto, em face da tradição patriarcal da comunidade, decidiram pela perda da condição indígena das mulheres que se casassem com não-índios.

A petionária acredita que tal fato não justifica a suposta injusta discriminação que estava a sofrer uma vez que uma índia e um índio não estavam sujeitos a mesma desvantagem e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos garantia a igualdade entre os sexos.

No entanto, é de se ressaltar que o mesmo Pacto determina, de igual modo, a proteção de minorias étnicas e lingüísticas e suas tradições. Além disso, mister sublinhar que de acordo com o mesmo *Indian Act*, quando uma mulher índia casa-se com um índio de outra comunidade, ela passa a pertencer à comunidade e etnia do seu marido, desligando-se da sua identidade social anterior.

³²⁵ Conforme assevera a seção 14 do *Indian Act* então em vigor à época: “(an Indian) woman who is a member of a band ceases to be a member of the band if she marries a person who is not a member of the band. As such, she loses the right to use and benefits, in common with other members of the band, of the land allotted to the band”. “Uma mulher Índia que é membro de um grupo, deixa de ser membro desse grupo se casar com uma pessoa que não é membro do grupo. Desse modo, ela perde o direito de usar e se beneficiar, em comum com os outros membros do grupo, da terra, loteada ao grupo”. (Tradução Livre)

De acordo com a legislação canadense, um índio, de qualquer sexo, que não é mais membro da comunidade perde o direito de residir na reserva legal indígena. É possível, entretanto, para um indivíduo não-índio residir na área legal reservada, se sua presença foi tolerada pela tribo.

Sandra Lovelace aclara que antes de casar, vivia na reserva indígena Tobique, mas, como resultado de seu matrimônio, lhe foi negado o direito de permanecer habitando lá.

Desde o término de seu casamento, que culminou em divórcio, Sandra Lovelace deseja voltar a morar permanentemente na reserva Tobique. Entretanto, o Conselho da tribo não lhe conferiu o direito à residência uma vez que não era mais da comunidade.

A presença da requerente foi tolerada pela comunidade na Reserva Tobique, uma vez que, após o fim de seu casamento, ela lá retornou com seus filhos, haja vista que não possui outro lugar para residir. O Conselho tribal apenas consentiu com sua estada, uma vez que alguns membros dissidentes da tribo que apóiam Sandra ameaçaram recorrer à violência física caso ela fosse expulsa.

Em face dos fatos narrados, o Comitê de Direitos Humanos decidiu em favor da petionária, Sandra Lovelace. Isto porque, de acordo com o julgamento, nos Estados em que existem minorias étnicas, a ninguém poderá ser negado o direito de viver a sua própria cultura³²⁶.

E prossegue a decisão do Comitê afirmando que aqueles que nascem e se criam dentro da comunidade, em sua reserva legal, e que sempre mantiveram os laços com sua identidade, devem ser, aos olhos do Pacto, considerados como integrantes daquela determinada minoria.

Nesse sentido consignou a decisão: “Since Sandra Lovelace is ethnically a Maliseet Indian and has only been absent from her home reserve for a few years during the existence of her marriage, she is, in the opinion of the Comitee, entitled to

³²⁶ “In those States which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of the group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language”. “Naqueles Estados em que existem minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, pessoas pertencentes a essas minorias não devem ser banidas de direitos, em comunidade com outros membros do grupo, de desfrutar de sua própria cultura, de professar e praticar sua própria religião, ou de usar a sua própria linguagem”. (Tradução Livre) In: Sandra Lovelace v. Canadá, Communication nº 24/1977, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 AT 37 (1984).

be regarded as ‘belonging’ to this minority”³²⁷.

E em conclusão, o Comitê determinou que:

The case of Sandra Lovelace should be considered in the light of the fact her marriage to a non-Indian has broken up. It is natural that in such a situation she wishes to return to the environment in which she was born, particularly as after the dissolution of her marriage her main cultural attachment again was to the Maliseet band. Whatever may be the merits of the Indian Act in other respects, it does not seem to the Committee that to deny Sandra Lovelace the right to reside on the reserve is reasonable, or necessary to preserve the identity of the tribe.³²⁸

Da decisão acima exarada, avulta clara a filiação do Comitê de Direitos Humanos, que, de modo geral, reflete a ideologia presente nas Nações Unidas, a uma postura universalista dos direitos humanos. Isto porque, a despeito das tradições indígenas, o Comitê não vê na questão cultural justificativa razoável para o banimento de Sandra Lovelace.

Ao deliberar pelo direito de cada indivíduo viver sua cultura o aparelho integrante do sistema global de proteção dos direitos humanos, em ponderação, assinalou a prevalência da autonomia individual em face da possibilidade de autodeterminação dos povos. Esta opção exara matiz ocidental do órgão julgador, uma vez que prevalece o direito individual frente a visão coletivista destes direitos.

Diante da impossibilidade de conciliar o direito individual de cada pessoa viver a cultura eleita e de cada povo determinar-se de acordo com seus usos, costumes e valores, o Comitê optou por uma visão mais individual, e portanto, ocidentalizada, dos direitos humanos.

Não se trata, nada obstante, de um individualismo ao modo do século XVIII, mas sim de uma postura interessante que intenta o respeito ao direito do sujeito ou da minoria viver etnicamente sua própria cultural.

Sobre o sistema de idéias que reina nas estruturas internacionais –

³²⁷ “Já que Sandra Lovelace etnicamente é uma índia maliseet e só se absteve de sua reserva de origem por poucos anos durante a existência de seu casamento, ela tem, na opinião do Comitê, direito de ser vista como ‘pertencendo’ a esta minoria”. (Tradução Livre) Sandra Lovelace v. Canadá, Communication n 24/1977, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 AT 37 (1984).

³²⁸ “O caso de Sandra Lovelace deve ser considerado à luz do fato que seu casamento com um não-índio terminou. É natural nessas ocasiões querer retornar ao ambiente no qual ela nasceu, particularmente após a dissolução de seu casamento seu principal laço cultural era, novamente, o grupo Maliseet. Qualquer que seja o mérito do Indian Act sobre outros assuntos, não parece ao Comitê que negar a Sandra Lovelace o direito de residir na reserva é razoável, ou necessário para preservar a identidade da tribo”. (Tradução Livre) Sandra Lovelace v. Canadá, Communication n 24/1977, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 AT 37 (1984).

sobretudo na global – enfatiza Flávia Piovesan:

Note-se que os instrumentos internacionais de direitos humanos são claramente universalistas, uma vez que buscam assegurar a proteção universal dos direitos e liberdades fundamentais. Daí a adoção de expressões como “todas as pessoas” (ex.: “todas as pessoas tem direito à vida e à liberdade – art. 2º da Declaração), “ninguém” (ex.: “ninguém poderá ser submetido à tortura” – art. 5º da Declaração), dentre outras. Em face disso, ainda que a prerrogativa de exercer a própria cultura seja um direito fundamental (inclusive previsto na Declaração Universal), nenhuma concessão é feita às “peculiaridades culturais” quando houver risco de violação a direitos humanos fundamentais. Isto é, para os universalistas o fundamento dos direitos humanos é a dignidade humana, como valor intrínseco à própria condição humana. Nesse sentido, qualquer afronta ao chamado “mínimo ético irreduzível” que comprometa a dignidade humana, ainda que em nome da cultura, importará em violação a direitos humanos.³²⁹

Ainda que a demandante estivesse ciente das conseqüências culturais que penderiam sobre si antes de seu casamento, o referido Comitê acreditou ser natural o seu direito ao arrependimento e o desejo de voltar para casa, tendo em vista que seu rompimento com a comunidade foi breve.

Ancorado na ufania cultural do mundo ocidental, isto é, na concepção individual de direitos da qual parte, o Comitê de Direitos Humanos não considerou a formação cultural do povo Maliseet, residente na reserva Tobique, justificativa suficientemente razoável para embasar a perda da qualidade e direitos indígenas por Sandra Lovelace.

Do mesmo modo, afastando as tradições e culturas patriarcais indígenas, o órgão julgador não encontrou justificativa plausível para a discriminação baseada no gênero para a perda do *status* indígena.

Nota-se que se está diante da existência de uma vulnerabilidade interna – sexo feminino – de um grupo já vulnerável. Nesse diapasão, atenta Flávia Piovesan: “...determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário as mulheres, as crianças, as populações afro-descendentes, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social”³³⁰.

A conduta do Comitê, em face da vulnerabilidade intrínseca, não admitiu,

³²⁹ PIOVESAN. **Direitos humanos e o direito constitucional** ..., p. 144.

³³⁰ *Idem*. **Igualdade** ...,p. 4. (Mimeo)

mesmo diante do argumento cultural, a discriminação com base no gênero vez que, consoante o paradigma dominante, “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”³³¹.

Assim se deu ao caso a solução oferecida pelo sistema global de proteção dos direitos humanos.

³³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

2 SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: CASOS DAHLAB E LEYLA SAHIN

Ao lado do aparelho das Nações Unidas, o sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos é um dos mais estruturados e antigos. Do mesmo modo que se deu com a estrutura global, surge como meio de contraponto à aversão humanitária cometida durante a Segunda Guerra Mundial – até porque as maiores atrocidades foram cometidas em solo europeu³³².

Sem dúvida, no contexto da justiça internacional de proteção dos direitos humanos, “dos sistemas regionais existentes, o europeu é o mais consolidado e amadurecido, exercendo forte influência sobre os demais”³³³.

É justamente nessa conjuntura que estão mergulhados os dois casos ora analisados: Dahlab *versus* Suíça, reclamação nº 42393, e Leyla Sahin *versus* Turquia, reclamação nº 4474/98.

A temática conjugada com a variação do contexto bem demonstra as dificuldades que a Comunidade Européia vem enfrentando neste início de milênio com a integração progressiva dos países do Leste Europeu e, sobretudo, da Turquia. Esse desafio é abordado por Flávia Piovesan:

um dos maiores desafios do sistema europeu na atualidade é a efetiva incorporação de seus *standards* pelos países da Europa Central e do leste. Observe-se que, diversamente dos sistemas regionais interamericano e africano, o europeu alcança uma região relativamente homogênea, com a sólida instituição do regime democrático e do Estado de Direito. Com a inclusão dos países do Leste Europeu, todavia, maior diversidade e heterogeneidade tem sido agregadas, o que passa a abarcar o desafio do sistema em enfrentar situações graves e sistemáticas violações aos direitos humanos, somadas a insipientes regimes democráticos e a Estados de Direito ainda em construção.³³⁴

Antes da análise pontual dos dois casos pinçados, que se colocam neste

³³² Acerca de seu surgimento leciona Flávia PIOVESAN: “A compreensão do sistema europeu demanda que se enfatize o contexto no qual ele emerge: um contexto de ruptura e de reconstrução dos direitos humanos, caracterizado pela busca de integração e cooperação dos países da Europa ocidental, bem como de consolidação, fortalecimento e expansão de seus valores, dentre eles a proteção dos direitos humanos.” (**Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 63).

³³³ *Ibidem*, p. 63.

³³⁴ *Ibidem*, p. 64.

novo contexto desafiador da Comunidade Européia, mister aclarar, de modo, sucinto o funcionamento do sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos tendo em vista a pujança da Corte Européia.

A Corte Européia de Direitos Humanos está prevista nos artigos 19 e seguintes da Convenção Européia de Direitos Humanos, adotada em 4 de novembro de 1950 pelo Conselho da Europa, com o intuito de assegurar a observância dos compromissos internacionais assumidos pelos Estados-partes, sobretudo em matéria de direitos humanos.

A Corte é formada por um número de juízes igual ao total das partes signatárias do tratado e está localizada em Estrasburgo na França. Tendo em vista a expansão do Conselho da Europa desde a adoção da Convenção – o número de Estados-Partes praticamente quadruplicou – em 1998 entrou em vigor o Protocolo nº 11 que ampliou o sistema de judicialização dos direitos humanos, garantindo a todos os cidadãos acesso direto à Corte.

No que diz respeito a essas alterações J.G. Merrills:

Since the Convention was signed in 1950, membership of the Council of Europe has quadrupled and there has been a corresponding increase in the number of parties to the Convention. This expansion, and in particular the general acceptance of the right of individual application under article 25, generated an even increasing work load for the Strasbourg institutions. Contributing factors were the dynamic approach of the Commission and the Court to the interpretation of the Convention, which along with the conclusion of new protocols, widened its protection, and the dissemination of knowledge about the Convention, which has encouraged more and more people to explore its possibilities. The developments are, of course, an indication of the Convention's success. But they have also put its institutional machinery under increasing strain and raised the question of how it can be adapted to cope with the new situation. (...)

Protocol nº 11 came into force in November 1998 and its main effect is to replace the Commission and the Court of Human Rights with a single fulltime Court able to perform all the functions of the original organs. Although the new Court has the same name as the previous institution, it is a new and quite different organ.³³⁵

³³⁵ “Desde que a Convenção foi assinada em 1950, a filiação do Conselho da Europa quadruplicou e houve um aumento correspondente no número de partes da Convenção. Essa expansão, e em particular a aceitação geral do direito de inscrição individual sob o artigo 25, gerou uma carga de trabalho ainda maior para as instituições de Estrasburgo. Fatores contributivos foram a abordagem dinâmica da Comissão e da Corte, para a interpretação da Convenção, que junto com a conclusão de novos protocolos, ampliou sua proteção e a disseminação de conhecimento sobre a Convenção, o que encorajou mais e mais pessoas a explorar suas possibilidades. Os desenvolvimentos são, é claro, uma indicação do sucesso da Convenção. Mas eles também puseram sua máquina institucional sob stress crescente e levantaram a questão de como ela pode ser adaptada para lidar com a nova situação. (...) O Protocolo nº 11 entrou em vigor em novembro de 1988 e seu efeito principal é substituir a Comissão e a Corte de Direitos Humanos por uma única

No mesmo sentido, ensina Flávia Piovesan:

o grande avanço trazido pelo Protocolo n. 11 foi conferir aos indivíduos, grupos de indivíduos e ONGs acesso direto à Corte Européia, por meio do direito de petição, na hipótese de violação a direito. Indivíduos, grupos de indivíduos e ONGs passam, assim, a ter pleno *locus standi* perante a Corte Européia. A jurisdição da Corte é prevista agora por uma cláusula obrigatória com aplicação automática. Atente-se que, até o advento do Protocolo n. 11, apenas Estados-partes e a Comissão podiam submeter casos à Corte Européia. A maior parte dos casos, entretanto, era submetida pela Comissão à Corte.³³⁶

É nesta nova e desafiadora³³⁷ conjuntura da Corte Européia de Direitos Humanos que as demandas analisadas foram apreciadas.

Utilizando-se do direito de petição individual garantido pelo Protocolo nº 11 que Lucia Dahlab, de nacionalidade suíça, nascida em 1965, entrou com a representação nº 42393/1998 perante a Corte Européia de Direitos Humanos.

Lucia Dhalab alega ter tido seus direitos à liberdade religiosa e à igualdade sexual violados pelo Governo Cantonal de Genebra, Suíça.

De acordo com a requerente, ela foi nomeada como professora primária pelo Conselho de Estado do Governo Cantonal de Genebra em 1º de setembro de 1990. Desde então lecionou aulas na Escola Primária de Châteleine situada no Cantão de Genebra.

Em março de 1991, após um período de busca espiritual, a peticionária abandonou a fé católica e converteu-se ao islamismo. No mesmo ano, em outubro, casou-se com um algeriano que também professava a fé islâmica.

Nesse influxo, Lucia Dahlab começou a usar o véu islâmico – *hijab* ou *xador* – para cobrir sua cabeça, inclusive durante o período laboral, haja vista os preceitos religiosos expostos no Alcorão.

Durante os anos escolares de 1992 a 1994, a requerente ausentou-se

Corte em tempo integral, capaz de realizar todas as funções dos órgãos originais. Embora a nova corte tenha o mesmo nome da instituição anterior, é um órgão novo e bem diferente”. (Tradução Livre) MERRILLS, J. G. *The Council of Europe (I): the European Convention on Human Rights*. (HANSKI, Raija; SUKSI, Markku. **An Introduction to the International Protection of Human Rights**. 2nd edition. Turku: Institute for Human Rights Abo Akademi University, 2004, p. 299).

³³⁶ PIOVESAN. **Direitos humanos e justiça** ..., p. 73.

³³⁷ “Ao mesmo tempo que a inovação significou extraordinário avanço, também constituiu um desafio em face do aumento significativo de demandas submetidas à Corte. Se apenas 10 decisões foram proferidas pela Corte em Européia na década de 60, 26 na década de 70 e 169 na década de 80, mais de 800 decisões foram proferidas na década de 90”. (*Ibidem*, p. 74). A Corte Européia sofre as conseqüências de seu próprio êxito.

substancialmente de suas atividades profissionais às custas de licença maternidade. Quando regressou em 1995, o inspetor encarregado da Escola Primária de Châteleine informou à Direção Geral para Educação Primária do Cantão de Genebra que Lucia Dahlab trajava regularmente o véu islâmico na escola.

Com base nessa informação, a Direção Geral para Educação Primária do Cantão de Genebra notificou a professora para que não vestisse o *hijab* (ou também chamado de *xador*) durante o desempenho de suas atividades profissionais uma vez que constituiria “an obvious means of identification imposed by a teacher on her pupils, especially in a public, secular education system”³³⁸.

Em agosto de 1996, a peticionária apelou da decisão do Governo Cantonal de Genebra, todavia, sem sucesso, uma vez que “the clothing in issue....represents...regardless of the apelant’s intention, a means of conveying a religious message in a mannner which in her case is sufficiently strong ...to extend beyond her purely personal sphere and to have repercussions for the institution she represents, namely the State School System”³³⁹.

Em nova apelação, agora perante a Corte Federal de Genebra, a requerente alegou a ausência de interesse público a subsidiar a proibição ao seu uso do véu. Para além disso, contra-argumentou que nunca houve nenhuma reclamação de pais ou alunos sobre sua utilização da *hijab* e, ainda, ressaltou que seu direito à liberdade religiosa deveria ser sopesado com o interesse público em questão.

O Governo do Cantão de Genebra, por sua vez, alegou que a liberdade religiosa não poderia ser utilizada como um artifício para absolver alguém dos deveres de seu cargo ou a ele relacionados. Além disso, enfatizou a particular importância que o princípio da laicidade assume nas Escolas públicas.

Mais uma vez o Poder Judiciário suíço entendeu que a decisão da Direção Geral para Educação Primária do Cantão de Genebra era adequada, uma vez que o véu poderia ser considerado “such a powerful religious symbol”³⁴⁰ a influenciar a

³³⁸ “Um meio obvio de identificação imposto por uma professora a seus alunos, especialmente num sistema público de educação secular”. (Tradução Livre) Dahlab v. Switzerland. Communication nº 42393/98. ECHR 2001 – V.

³³⁹ “A roupa em questão...representa...independente da intenção da apelante, um meio de levar uma mensagem religiosa de tal maneira que, no caso dela, seja suficientemente forte para estender-se para além de sua esfera puramente pessoal e ter repercussões para a instituição que ela representa, nomeadamente o Sistema Escolar do Estado”. (Tradução Livre) Dahlab v. Switzerland. Communication nº 42393/98. ECHR 2001 – V.

³⁴⁰ “símbolo religioso muito poderoso” (Tradução Livre) Dahlab v. Switzerland. Communication nº 42393/98. ECHR 2001 – V.

formação infantil, ainda mais no caso de seus pupilos de tenra idade.

E prossegue: “the wearing of a headscarf and loose-fitting clothes remains an outward manifestation which, as such, is not part of the inviolable core of freedom of religion”³⁴¹.

Ainda, a Corte Federal acrescentou, haja vista o princípio da laicidade estatal e a conseqüente separação entre Estado e Igreja, que a professora, na qualidade de autoridade educacional, ao personificar o sistema educacional aos olhos de seus pupilos, não poderia trajar o véu islâmico em sala.

Por fim, o julgado consignou que “it is difficult to reconcile the wearing of a headscarf with the principle of gender equality”³⁴².

Face às negativas internas, a requerente protocolou, junto à Corte Européia de Direitos Humanos, reclamação de suposta violação de seu direito à liberdade religiosa e à igualdade sexual – uma vez que um homem muçulmano não estaria sujeito à mesma proibição – ambos protegidos pelo Convenção Européia de Direitos Humanos.

Os mesmos argumentos anteriores expendidos perante o judiciário local foram trazidos à Corte Européia que tem, em sua jurisprudência consolidada, o entendimento que em sociedades democráticas, nas quais várias religiões coexistem, algumas restrições à manifestação religiosa fazem-se necessárias para convivência harmônica de todas as fés³⁴³.

A decisão da Corte do sistema regional não diferiu daquela suíça, uma vez que “the Court notes that the Federal Court held that the measure by which the applicant was prohibited, purely in the context of her activities as a teacher, from wearing a headscarf was justified by the potential interference with the religious beliefs of her pupils”³⁴⁴.

Ainda, o órgão julgador entende que o direito à liberdade religiosa da

³⁴¹ “O uso de um véu e de roupas folgadas é uma manifestação externa que, como tal, não é parte do âmago inviolável da liberdade de religião”. (Tradução Livre) Dahlab v. Switzerland. Communication n° 42393/98. ECHR 2001 – V.

³⁴² “é difícil reconciliar o uso do véu com o princípio de igualdade dos sexos”. (Tradução Livre) Dahlab v. Switzerland. Communication n° 42393/98. ECHR 2001 – V.

³⁴³ Nesse sentido ver: Kokkinakis v. Greece, 25 may 1993, ECHR series A n° 260-A.

³⁴⁴ “a Corte observa que a Corte Federal mantém que a medida pela qual a requerente foi proibida, puramente no contexto de sua atividade como professora, de usar o véu, foi justificada pela potencial interferência nas crenças religiosas de seus alunos”. (Tradução Livre) Dahlab v. Switzerland. Communication n° 42393/98. ECHR 2001 – V.

professora deve ceder ao direito dos alunos das escolas públicas serem ensinados em um contexto denominadamente neutral e laico.

Assim sendo, o Tribunal de Estrasburgo decidiu que as autoridades suíças não excederam os limites razoáveis de sua discricionariedade uma vez que:

It cannot be denied outright that the wearing of a headscarf might have some kind of proselytizing effect, seeing that it appears to be imposed on woman by a precept which is laid down in the Koran and which, as the Federal Court noted, is hard to square with the principle of gender equality. It therefore appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discriminations that all teachers in a democratic society must convey to their pupils.³⁴⁵

Destarte, no que toca à denúncia de discriminação sexual, a Corte Européia, de igual modo, indeferiu-a sob o argumento de que tal medida foi destinada à proteção da neutralidade da educação primária e poderia ser aplicada a um professor, do sexo masculino, praticante de outra fé.

Por todo o exposto, a Corte Européia de Direitos Humanos julgou inadmissível a reclamação nº 42393/98, da lavra de Lucia Dahlab contra o Estado da Suíça, evidenciando sua matiz ideológica assaz universalista.

É esse mesmo posicionamento que abrolha no julgamento do mesmo órgão da reclamação nº 44.774/98 da petionária Leyla Sahin contra o Estado da Turquia.

A demandante nasceu em 1973, em Istambul, no seio de uma família muçulmana praticante e desde pequena considera o traje do véu islâmico como seu dever religioso.

A requerente cursava o quinto ano de Medicina, em Bursa, na Faculdade de Cerrahpasa da Universidade de Istambul. Durante toda sua frequência ao curso ela usou o véu islâmico até fevereiro de 1998, quando o vice-chanceler da Universidade emitiu circular regulando o comportamento estudantil no *campus*, na qual estabeleceu:

³⁴⁵ “Não se pode negar que o uso de um véu pode ter algum tipo de efeito de proselitismo, uma vez que parece ser imposto a mulheres por um preceito – que é ditado pelo Alcorão e que, como observa a Corte Federal, é difícil de enquadrar com o princípio da igualdade de gêneros. Entretanto, parece ser difícil reconciliar o uso de um véu islâmico com a mensagem de tolerância, respeito pelos outros e, acima de tudo, igualdade e não-discriminação que todos os professores numa sociedade democrática devem ensinar a seus alunos”. (Tradução Livre) Dahlab v. Switzerland. Communication nº 42393/98. ECHR 2001 – V.

By virtue of the Constitution, the law and regulations, and in accordance with the case-law of the Supreme Administrative Court and the European Commission of Human Rights and the resolutions adopted by the university administrative boards, students whose 'heads are covered' (wearing the Islamic headscarf) and students (including overseas students) with beards must not be admitted to lectures, courses or tutorials. Consequently, the name and number of any student with a beard or wearing the Islamic headscarf must not be added to the lists of registered students. (...)³⁴⁶

Como conseqüência a requerente teve seu acesso negado a diversos exames e sua matrícula negada em diversas disciplinas, pois, trajava o *hijab* ou *xador*.

A estudante recorreu à Corte Administrativa de Istambul alegando seu direito à liberdade religiosa e conseqüentemente seu direito de freqüentar as aulas e provas, como fizera pelos primeiros cinco anos do curso. Porém, no julgamento, a Corte de Istambul decidiu que os órgãos da universidade poderiam controlar as vestimentas discentes para manter a ordem na Universidade e julgou sua reclamação improcedente.

A requerente se dirigiu, então, à Corte Européia de Direitos Humanos em Estrasburgo, uma vez que seu direito à liberdade religiosa havia sido supostamente violado pela circular da reitoria da Universidade de Istambul.

A requerente alegou perante a instituição regional que o governo turco falhou na tentativa de provar como o traje do véu havia, nos cinco anos em que ela freqüentou a Universidade, causado quaisquer perturbações ou ameaças públicas. Afirmou, ainda, que a medida adotada pela Universidade – e ratificada pelo governo turco – era discriminatória, dado que não se aplica de igual modo para todas as religiões.

O Governo turco, em sua defesa sustentou, por sua vez, que o direito à liberdade de culto e crença não é direito absoluto e que deveria obedecer as margens do Estado laico democrático de direito.

Antes de adentrar a análise de mérito, a Corte, em exame histórico-político, teceu considerações acerca da adoção do princípio da laicidade estatal vigente na

³⁴⁶ “Em virtude da Constituição, a lei e regulamentos, e de acordo com o processo da Corte Administrativa Suprema e a Comissão Européia de Direitos Humanos e as resoluções adotadas pelos quadros administrativos da Universidade, estudantes cujas cabeças estejam cobertas (usando o véu islâmico) e estudantes (incluindo estrangeiros) com barba não devem ser admitidos em palestras, cursos ou tutoriais. Conseqüentemente, o nome e número de qualquer estudante com barba ou usando o véu islâmico devem ser adicionados a listas de estudantes registrados(...)”. (Tradução Livre) *Leyla Sahin v. Turkey*. 4474/98 (2004) ECHR 299 (29 June 2004).

República da Turquia desde 1926, com o advento republicano que, por sua vez, reconheceu a igualdade entre os sexos e os direitos das mulheres.

A decisão esclarece que a imposição das vestimentas no território turco data do Império Otomano que exigia que os cidadãos se vestissem de acordo com suas crenças religiosas. Com o crescimento do espírito republicano e democrático na Turquia, tais injunções foram afastadas para garantir a liberdade de escolha das vestimentas, independente da religião.

A partir da década de 1980, entretanto, viu-se renascer o fenômeno da utilização pública do véu. O país, desde então, encontra-se dividido, pois aqueles que apóiam o uso o vêem como uma expressão religiosa de identidade, e aqueles que o rejeitam vêem o símbolo de um fundamentalismo político e religioso.

A Corte registra, entretanto, que foi a ascensão dos partidos islâmicos de centro-direita *Refah e Dogru Yol*, em 1996, que reforçou a tensão já existente, uma vez que este grupo político ampara a utilização do véu bem como a disposição de um regime político baseado na lei religiosa, *Sharia*.

Desde o início da década de 1980, o governo turco vem tomando posições para evitar a utilização do véu e o império da lei religiosa. Em 1984, a Suprema Corte Administrativa decidiu: “Beyond being a mere innocent practice, wearing the headscarf is in the process of becoming the symbol of a vision that is contrary to the freedoms of women and the fundamental principles of the Republic”³⁴⁷.

Foi nesse mesmo influxo que já em 1988 havia sido promulgado o *Higher-Education Act* que bania a utilização de véus com conotação religiosa.

A Corte Européia levou em consideração os posicionamentos da Suprema Corte Turca que também se deparou com a apreciação dessas questões. Nessa senda, a Corte turca decidiu que o princípio da liberdade de crença não pode estar atado à utilização de nenhum símbolo ou vestimenta, pois, o princípio da liberdade religiosa pode ser, na esfera pública, restrito para garantir a convivência harmônica³⁴⁸ e o secularismo.

³⁴⁷ “Além de ser uma simples prática inocente, usar o véu está no processo de se tornar o símbolo de uma visão que é contrária às liberdades de mulheres e dos princípios fundamentais da República”. (Tradução Livre) *Leyla Sahin v. Turkey*. 4474/98 (2004) ECHR 299 (29 June 2004).

³⁴⁸ “The Constitutional Court also said that students had to be able to work and pursue their education together in a calm, tolerant and mutually supportive atmosphere without being deflected from that goal by signs of religion affiliation. It found that, irrespective of whether the Islamic headscarf was a precept of Islam, granting legal recognition to a religious symbol of that type in higher-education institutions was not compatible with the principle that State education must be neutral, as it would be

O governo turco defendeu-se da suposta violação ao direito de manifestação religiosa da requerente, com base nos precedentes judiciais pátrios, afirmando a necessidade da defesa do Estado laico. Nesse sentido o vice-chanceler da Universidade de Istambul defendeu a circular proibitiva:

The ban prohibiting female students enrolled on the midwifery course from wearing the headscarf during tutorials is not intended to infringe their freedom of conscience and religion, but to comply with the laws and regulations in force. When doing their work, midwives and nurses wear a uniform. That uniform is prescribed in and identified by regulations issued by the Ministry of Health...Students who wish to join the profession are aware of this. Imagine a student of midwifery trying to put a baby in or to remove it from an incubator, or assisting a doctor in an operating theatre or maternity unit while wearing a long-sleeved coat.³⁴⁹

Novamente, a Corte de Estrasburgo enfatizou que uma sociedade democrática pressupõe o pluralismo de idéias e que, em uma comunidade, o direito de expressar sua crença religiosa pode ceder perante o interesse público.³⁵⁰

O órgão julgador não modificou o entendimento jurisprudencial local, uma vez que entendeu que o vice-chanceler possuía os poderes necessários para emissão de tal proibição que tinha como objetivo um fim legítimo de manter a ordem pública, o princípio do secularismo estatal e proteger os direitos e liberdades das outras pessoas.

Nesse diapasão pronunciou-se a Corte:

liable to generate conflicts between students with differing religious convictions or beliefs". "A Corte Constitucional também disse que as estudantes têm que ter capacidade de trabalhar e perseguir sua educação junto com um ambiente de apoio mútuo, tolerante e calmo, sem ser desviada de seu objetivo por causa de filiação religiosa. Descobriu-se que, independente de o véu islâmico ser um preceito do Islã, conceder reconhecimento legal a um símbolo religioso desse tipo em instituições de nível superior, não é compatível com o princípio de que a educação do Estado deva ser neutra, pois poderia ser responsável por gerar conflitos entre estudantes com diferentes convicções religiosas ou crenças". (Tradução Livre) In: Leyla Sahin v. Turkey. 4474/98 (2004) ECHR 299 (29 June 2004).

³⁴⁹ "O banimento proibindo estudantes femininas matriculadas no curso de obstetrícia de usarem o véu durante as aulas não o pretende desrespeitar sua liberdade de consciência e religião, mas obedecer as leis e regulamentos em vigor. Quando fazem seu trabalho, as parteiras e enfermeiras usam um uniforme do Ministério da Saúde. As estudantes que quiserem seguir essa profissão têm conhecimento disso. Imagine uma aluna de obstetrícia tentando colocar ou remover um bebê de uma incubadora, ou assistindo um médico num centro cirúrgico ou maternidade, usando um casaco de mangas compridas". (Tradução Livre) Leyla Sahin v. Turkey. 4474/98 (2004) ECHR 299 (29 June 2004).

³⁵⁰ Acerca do tema ver os precedentes: *Buscarini and Others v. San Marino* (GC), nº 24645/94, ECHR, 1999-I; *CHA'ARE SHALOM VE TSEDEK v. France* (GC), nº 27417/95, ECHR 2000-VII.

(...) the principle of secularism in Turkey is undoubtedly one of the fundamental principles of the State, which are in harmony with the rule of law and respect for human rights. In a country like Turkey, where the great majority of the population belong to a particular religion, measures taken in universities to prevent certain fundamentalist religious movements from exerting pressure on students who do not practice that religion (...).³⁵¹

Portanto, levando em consideração o exposto pelas partes, a Corte Europeia julgou válido e defensável o ato da Universidade de Istambul uma vez que teve como fito a defesa do secularismo, do pluralismo e do respeito aos demais. Em conclusão o órgão julgador consignou:

The Court considers that when examining the question of the Islamic headscarf in the Turkish context, there must be borne in mind the impact which wearing such a symbol, which is present or perceived as a compulsory religious duty, may have on those who choose not to wear it. As has already been noted, the issues at stake include the protection of the “rights and freedoms of others” and the “maintenance of public order” in a country in which the majority of the population, while professing a strong attachment to the rights of women and a secular way of life, adhere to the Islamic faith. Imposing limitations on freedom in this sphere may, therefore, be regarded as meeting a pressing social need by seeking to achieve those who legitimate aims, especially since, as the Turkish courts stated; this religious symbol has taken on political significance in Turkey in recent years.³⁵²

Ao final, a Corte Europeia de Direitos Humanos indeferiu o pleito de número 44774/98, erigido por Leyla Sahin, por entender que o ato do governo turco é necessário em uma sociedade democrática.

Avulta clara, de ambas as decisões aqui colacionadas, a forte postura universalista assumida por este órgão julgador. Tal posicionamento leva em

³⁵¹ “O princípio do secularismo na Turquia é sem dúvida um dos princípios fundamentais do Estado, que estão em harmonia com as leis e respeito com os direitos humanos. Num país como a Turquia, onde a grande maioria da população pertence a uma religião em particular, medidas foram tomadas em universidades, para impedir certos movimentos religiosos fundamentalistas de exercer pressão nos estudantes que não praticam aquela religião”. (Tradução Livre) Leyla Sahin v. Turkey. 4474/98 (2004) ECHR 299 (29 June 2004).

³⁵² “A Corte considera que ao se examinar a questão do véu islâmico no contexto turco, deve-se ter em mente o impacto que usar um símbolo, que está presente ou é percebido como uma obrigação religiosa compulsória, pode ter naqueles que escolhem não usá-lo. Como já se percebeu, estes assuntos incluem a proteção dos ‘direitos e liberdades dos outros’ e a ‘manutenção da ordem pública’ num país no qual a maioria da população enquanto professam forte ligação com o direito das mulheres e um modo de vida secular, adere à fé islâmica. Impor limites à liberdade nesta esfera pode, entretanto, ser considerado como encontrar uma necessidade social premente ao se procurar aqueles que legitimam os objetivos; especialmente desde, como declararam as Cortes turcas; este símbolo religioso tem tido significado político na Turquia nos anos atuais”. (Tradução Livre) Leyla Sahin v. Turkey. 4474/98 (2004) ECHR 299 (29 June 2004).

consideração, conforme anteriormente exposto, o *idioma* dos direitos humanos na forma que brotou em território europeu ocidental; por outro lado, justifica a convergência do posicionamento do sistema global com as decisões do sistema regional europeu.

Além disso, ambas as decisões partem da premissa do véu islâmico representar um forte e externo símbolo com conotações para além de religiosas e que, portanto, não deve ser tolerado.

Os julgados partem do pressuposto do *hijab* ou *xador* como um emblema de opressão feminina e nem sequer questionam o fato das petionárias manifestarem vontade consciente de utilizá-lo. Este último julgado, sutilmente, aponta para a manipulação política da vontade individual associando o traje islâmico em questão, aos fundamentalistas religiosos.

Novamente, como no caso do sistema global, volta à tona a problemática da existência de vulnerabilidades internas às próprias comunidades vulneráveis. Nesses casos, dentro da comunidade migrante islâmica, a questão de gênero – ou quiçá melhor seria dizer a repressão do gênero feminino – foi fundamento decisivo na sentença da Corte. Novamente os argumentos culturais não foram suficientes para suplantar a visão tradicional – e ocidental – do princípio da igualdade uma vez que o uso do véu realça a assimétrica e opressora relação entre os gêneros nessas comunidades.

O órgão julgador europeu vai além, contudo, pois, estabeleceu limite à liberdade de escolha – tolhendo assim o próprio dogma da autonomia da vontade, basilar à concepção ocidental de direitos humanos – feminina ao uso do véu. A Corte Européia deliberou que não haveria efetivamente, em casos como os trazidos a colação, liberdade de escolha incondicionada porque o uso do véu surgiu como imposição de um sistema baseado na desigualdade e opressão do sexo feminino.

Emerge, aí, horizonte conexo (embora seu desenvolvimento não constitua o núcleo do presente estudo, uma vez que, ele mesmo, por si só, fundaria outra investigação teórica e prática) que revela, no avesso do direito, explícita ou implicitamente, o *não-direito* das mulheres e o vinco do patriarcalismo que perpassa a carga contra a condição feminina.

Tal forte e polêmica postura do órgão julgador europeu vem sendo mantida em outros diversos pronunciamentos, sempre com base na necessidade de, em sociedades democráticas e portanto pluralistas, restringir direitos a manifestações

religiosas de outros para proteger o direito à religião dos demais e para garantir a segurança pública.

Todavia, muitas vezes opositoristas argumentam que o recurso genérico ao bem-estar coletivo e à segurança pública seriam apenas argumentos retóricos para pasteurizar a intolerável diferença. Afinal, em ambos casos acima postos, de fato não houve nenhum ato registrado nos procedimentos de violência ou insurreição contra o uso do véu. Expressivo que na primeira demanda – *Dahlab v. Suíça* – a professora foi banida de usar o véu mesmo não tendo havido nenhuma reclamação sequer.

Estaria a Corte Europeia de Direitos Humanos satisfatoriamente respondendo às demandas, ou apenas alimentando um padrão de aversão e exclusão do diverso? A única certeza é que, independente do decidido, esse debate ainda ressoará com força pelos corredores de Estrasburgo nos próximos anos.

3 SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: CASOS YAKYE AXA E YATAMA

Recolhidas as experiências da jurisprudência internacional já expostas, vem à tona, nesta derradeira etapa, o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o modo pelo qual responde às demandas acerca dos fundamentos dos direitos humanos que lhe são postas.

A análise comparativa de casos fornece a oportunidade de esquadriñar características marcantes de cada sistema – regionais e global – e realçar as construções e posicionamentos diversos que cada aparelho institucional fornece, por si só.

De acordo com o declinado anteriormente, o sistema interamericano tem se debruçado com afinco nas questões de base dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, por meio do julgamento de diversos pleitos que versam sobre direitos das comunidades e grupos indígenas. Estas demandas geram interessante e destacado posicionamento da Comissão e da Corte Interamericana nesse sentido.

Os instrumentos do sistema interamericano têm demonstrado grande sensibilidade ao tratar de questões relacionadas a concepções jurídicas diversas, como é o caso dos direitos indígenas.³⁵³

Nesse sentido analisar-se-ão os seguintes casos julgados perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, e Caso Yatama vs. Nicarágua.

Mister aclarar, ainda que de modo sucinto, preliminarmente à análise dos casos, o funcionamento do sistema interamericano, que em muito difere dos acima delineados.

O sistema interamericano é bastante peculiar, pois repousa sobre uma base dual: de um lado baseado na Convenção Americana de Direitos Humanos, o

³⁵³ “Ainda que os direitos indígenas tenham sido matéria de interesse do Sistema Interamericano de Direitos Humanos quase que desde seu nascimento, entre 2001 e 2005 a Corte Interamericana de Direitos Humanos solucionou vários casos que, envolvendo esses direitos, desenvolvem linhas jurisprudenciais que implicam avanços significativos, em vários sentidos”. (MELO, Mário. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no sistema interamericano de direitos humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos SUR**, v. 6, 2007. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/6/unzip/UPRIMNY.pdf>. Acesso em: 04/01/2008). Nesse sentido não se pode deixar de lembrar a célebre decisão no caso Awas Tingni.

cognominado Pacto de São José da Costa Rica, que entrou em vigor em 1978; por outro lado, a Carta da Organização dos Estados Americanos, adotada em 1948. A dualidade persiste até os dias atuais sobretudo tendo em vista que há substancial divergência nos países signatários³⁵⁴.

A estrutura organizacional, em termos gerais, é posta nos seguintes termos:

In the last four decades, the inter-American system for the protection of human rights has developed within the framework of the Organization of American States (OAS) in ways that mirror the European system of human rights protection. However, the interamerican system has distinguished itself from the other regional or global systems of human rights protection by developing tool and interpretations of the law in order to deal effectively with the particular politics and circumstances of the region. In particular, the inter-American Commission and Court of Human Rights, the two bodies that supervise the implementation of human rights instruments in the Americas, have developed their powers and jurisprudence in order to prevent or redress the Gross and massive human rights violations recurring in the region.³⁵⁵

No aparelho interamericano, além da Corte Interamericana de Direitos Humanos, há ainda uma estrutura comissional. A Comissão de Direitos Humanos, neste contexto, tem como fito primordial promover a proteção dos direitos humanos nas Américas³⁵⁶.

³⁵⁴ São países signatários da Convenção Americana (Pacto de São José): Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela. São países signatários da Carta da OEA (Declaração Americana de Direitos Humanos): Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba (desde 1962 o atual governo de Cuba está excluído da OEA), Dominica, Equador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Republica Dominicana, São Vicente e as Granadinas, São Kitts e Nevis, Santa Lúcia, Suriname, Trindade e Tobago, Uruguai e Venezuela.

³⁵⁵ “Nas últimas quatro décadas, o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos tem se desenvolvido dentro da estrutura da Organização dos Estados Americanos (OEA) de modo a espelhar o sistema europeu de proteção dos direitos humanos. Entretanto, o sistema interamericano se distinguiu de outros sistemas globais ou regionais de proteção de direitos humanos ao desenvolver ferramentas e interpretações da lei, a fim de lidar de modo eficiente com as políticas e circunstâncias particulares da região. Em particular, a Comissão Interamericana e a Corte dos Direitos Humanos, os dois órgãos que fiscalizam a implementação dos instrumentos dos direitos humanos nas Américas, desenvolveram seus poderes e jurisprudência, a fim de evitar ou reformar as brutais e massivas violações de direitos humanos recorrentes na região”. (Tradução Livre) (WILT, Harmem van der; KRSTICEVIC, Viviana. *The OAS System and Human Rights*. In: HANSKI, Raija; SUKSI, Markku. **An Introduction to the International Protection of Human Rights**. 2nd edition. Turku: Institute for Human Rights Abo Akademi University, 2004. p. 371).

³⁵⁶ Para a persecução de seu objetivo, três são as principais funções das Comissão: o processamento de reclamações individuais, a confecção de relatórios sobre a situação dos direitos humanos nos Estados membros, e proposição de medidas de fortalecimento dos direitos humanos na região. Para mais ver: WILT; KRSTICEVIC, *op. cit.*, p. 375.

Quanto ao surgimento deste órgão esclarece Antônio Cançado Trindade, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Created (in 1959) by a resolution (rather than a treaty), the Inter-American Commission on Human Rights had originally a mandate limited to the promotion of human rights and enjoyed a *sui generis* position within the inter-American system. Soon it endeavored to enlarge its own competence, as an organ of *in loco* investigation of situations of human rights and of examination of communications of alleged violations of human rights. Its enlarged attributions and powers were also to comprise the reporting system (reports of distinct kinds, such as session and annual reports, and reports on specific countries). With the 1967 Protocol of Reform of the OAS Charter (which entered into force in 1970) the Commission was at last established as one of the main organs of the OAS and thus endowed with a conventional basis. Ever since it has had a duality of functions, namely, *vis-a-vis* States Parties to the American Convention as well as States not Parties to the Convention (as to these latter, on the basis of OAS Charter and 1948 American Declaration).³⁵⁷

Todos os Estados integrantes da Organização dos Estados Americanos estão sujeitos à jurisdição da Comissão, ou seja, “o Estado, ao se tornar parte da Convenção, aceita automática e obrigatoriamente a competência da Comissão”³⁵⁸.

A Comissão, formada por sete *experts*, possui jurisdição acessível a todos os indivíduos³⁵⁹ e organismos não-governamentais dos países membros.³⁶⁰ Na

³⁵⁷ “Criada (em 1959) pela resolução (ao invés de um tratado) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tinha originalmente um mandato limitado à promoção de direitos humanos e tinha uma posição *sui generis* dentro do sistema interamericano. Logo ela se esforçou para aumentar sua própria competência, como um órgão de investigação de situação de direitos humanos e de exame de comunicações de alegadas violações de direitos humanos. Suas atribuições e poderes alargados também foram para incluir o sistema de relatórios (relatórios de tipos distintos, tais como relatórios anuais e de sessão e relatórios sobre países específicos). Com o Protocolo de Reforma da Carta da OEA de 1967 (que entrou em vigor em 1970) a Comissão finalmente se estabeleceu como um dos principais órgãos da OEA e deste modo favorecido por bases convencionais. Desde então ela tem uma dualidade de funções, por exemplo, Estados-Partes *vis-a-vis* da Convenção Americana, bem como os Estados não Partes da Convenção (para os últimos com base na Carta da OEA e na Declaração Americana de 1948”. (Tradução Livre) (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-2005)**: evolution, present state and perspectives. (Apostila do Curso Fundamental em Inglês do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, sessão de 4-29 jul. 2005, p. 53).

³⁵⁸ PIOVESAN. **Direitos humanos e justiça** ..., p. 93.

³⁵⁹ “In the 1965, the petition system was formalized and expanded at the Second Special Inter-American Conference held in Rio de Janeiro, Brazil. Henceforth, the Commission could *examine* communications submitted to it, but this possibility was restricted to a number of essential human rights.” “Em 1965, o sistema de petição foi formalizado e expandido na 2ª Conferência Interamericana Especial, realizada no Rio de Janeiro, Brasil. Daí em diante, a Comissão poderia examinar as comunicações a ela submetidas, mas esta possibilidade estava restrita a um número de direitos humanos essenciais”. (Tradução Livre) (WILT; KRSTICEVIC, *op. cit.*, p. 372).

³⁶⁰ “The Inter-American system deviates from other individual complaints systems in providing a generous right of petition. According to article 44 any person or group of persons or any non-governmental entity, regardless of whether the complainant is a victim, may lodge petitions with

atualidade, é o principal organismo de acionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que apenas a Comissão Interamericana ou os Estados partes podem submeter uma lide à Corte.

Essa, por sua vez, foi estruturada pela Convenção Americana dos Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, como um engenho de salvaguarda dos direitos fundamentais no continente americano.

A Convenção de 1969 previu mecanismo dúplice de fiscalização de seu implemento: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, como visto acima, já havia sido criada em 1959, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos que se reuniu, pela primeira vez, em 1979.

Sobre a estrutura da Corte esclarece Flávia Piovesan: “Quanto à Corte Interamericana, órgão jurisdicional do sistema regional, é composta por sete juízes nacionais de Estados membros da OEA, eleitos a título pessoal pelos Estados partes da Convenção”³⁶¹.

Tal como no modelo europeu, a Corte Interamericana possui competência dúplice: contenciosa³⁶² e consultiva; esta última muito mais desenvolvida que no velho continente, o que demonstra a peculiaridade dos sistemas regionais³⁶³. Acerca das atividades da Corte, explana Cançado Trindade:

the Commission. This is particular important in a region where many victims might be threatened if they bring a complaint.” “O sistema interamericano se diferencia de outros sistemas individuais de reivindicações ao fornecer um direito generoso de peticionar. De acordo com o artigo 44, qualquer pessoa, ou grupo de pessoas, ou qualquer entidade não governamental, independente de ser, ou não, o reclamante a vítima, pode apresentar uma petição à Comissão. Isto é bastante importante numa região onde muitas vítimas podem ser ameaçadas se fizerem uma queixa”. (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 376).

³⁶¹ PIOVESAN. **Direitos humanos e justiça** ..., p. 98.

³⁶² “The Court contentious jurisdiction is an extension of the Commission’s handling of individual petitions...”. “A jurisdição contenciosa da Corte é uma extensão do recebimento de petições individuais pela Comissão...”. (Tradução Livre) (WILT; KRSTICEVIC, *op. cit.*, p. 378).

³⁶³ Sobre as particularidades regionais complementa Antônio Augusto Cançado Trindade: “Each regional system of protection has evolved and operates at its own pace, and lives its own historical moment. But all current efforts point to the gradual strengthening of each system. To the three existing regional systems of protection in operation one may add the 1994 Arab Charter on Human Rights. The perspectives of the regional systems of protection ought to be considered necessarily within the framework of the universality of human rights. Universality, which does not amount to uniformity, is made to prevail at both normative and operational (non-selectivity) levels.” “Cada sistema regional de proteção evolui e opera em seu próprio passo, e vive seu próprio momento histórico. Mas, todos os esforços atuais apontam para um fortalecimento gradual de cada sistema. Para os três sistemas regionais de proteção em operação, a gente pode acrescentar a Carta Árabe de Direitos Humanos de 1994. As perspectivas dos sistemas de proteção devem ser consideradas necessariamente dentro da estrutura da universalidade dos direitos humanos. Universalidade que não atinge a uniformidade, é feita para prevalecer em ambos os níveis normativo e operacional (não-seletivo)”. (Tradução Livre) (CANÇADO TRINDADE. **The Inter-American** ..., p. 85).

For the exercise of the Court's contentious jurisdiction, a declaration of acceptance is required from States Parties to the American Convention. In its turn, the advisory jurisdiction is particularly wide, given that all OAS member States and all organs mentioned in the chapter X of the OAS Charter can request advisory opinions from the Court on distinct topics (e.g., interpretation of the American Convention or of other treaties relating to the protection of human rights in the American States with the American Convention or other human rights treaties). The Court has also been developing, in recent years, a remarkable practice on provisional or interim measures of protection.³⁶⁴

É precisamente sob a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos que as lides escolhidas foram julgadas. Passemos à análise.³⁶⁵

A primeira contenda selecionada dentro desse mecanismo regional é a da Comunidade Indígena Yakye Axa *versus* o Estado do Paraguai, julgado no dia 17 de junho de 2005 pela Corte Interamericana.

A denúncia foi formulada junto à Comissão de Direitos Humanos em janeiro de 2000, e esta submeteu em março de 2003 à Corte a apreciação das supostas violações de direitos humanos (à vida, às garantias judiciais, à propriedade privada, e à proteção judicial) pelo Estado do Paraguai, em face da comunidade indígena Yakye Axa da etnia Enxet-Lengua.

A Comunidade indígena Yakye Axa (“Ilha das Palmas”) pertence ao povo Lengua Enxet Sur e faz parte da família lingüística Lengua-Maskoy que tradicionalmente ocupa o chaco paraguaio – em especial a região das estâncias de Loma Verde, Maroma e Ledesma.

Os membros da comunidade em questão, aproximadamente 320 pessoas,

³⁶⁴ “Para o exercício da jurisdição contenciosa de Corte, uma declaração de aceitação é necessária dos Estados-Partes para a Convenção Americana. Por sua vez, a jurisdição consultiva é particularmente ampla, dado que todos os Estados membros da OEA e todos os órgãos mencionados no capítulo X da Carta da OEA podem pedir opiniões consultivas para a Corte sobre tópicos distintos (ex. interpretação da Corte Americana ou de outros tratados de direitos humanos). A Corte também está desenvolvendo, nos anos recentes, uma prática excelente de medidas de proteção interinas e provisionais”. (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 58).

³⁶⁵ Após o delineamento, ainda que breve dos sistemas regionais de direitos humanos, inevitável é a comparação. Deve-se, contudo, levar em conta as grandes diferenças, inclusive orçamentárias, que apartam os sistemas existentes. Importa sempre advertir que o sistema interamericano é de existência recente e que, em que pese suas grandes conquistas, o aprimoramento faz-se imperativo (ao nosso ver, também no sistema europeu com os desafios atuais). Na lição da professora Flávia Piovesan, quatro são as principais vertentes para o futuro do sistema interamericano: 1- adoção pelos Estados de legislação interna relativa à implementação de decisões internacionais; 2- previsão de sanção ao Estado que descumprir as decisões internacionais; 3 – permitir o acesso direto dos indivíduos à Corte; 4 – funcionamento permanente da Comissão e da Corte. (PIOVESAN. **Direitos humanos e justiça** ..., p. 116-118).

tradicionalmente subsistem da caça e da colheita, particularmente dentro da Estância de Loma Verde – como ficou comprovado no informe antropológico feito para o caso.

Entretanto, desde 1996 grande parte da população indígena Yakye Axa está assentada nas margens de uma rodovia do departamento de Hayes, Paraguai, em frente à cerca que hoje limita a estância de Loma Verde que um dia lhes pertenceu.

Seu *habitat* foi devassado ao final do século XIX, ocasião na qual grandes extensões de terra do chaco paraguaio foram negociadas – como se terras públicas desocupadas fossem – na bolsa de valores de Londres. Como consequência, diversos empresários e missões anglicanas instalaram-se na localidade forçando a retirada das comunidades indígenas.

Desalojados, os índios passaram por diversas localidades em busca de melhores condições de vida, todavia, sem sucesso. Destarte, no ano de 1993 os membros da comunidade Yakye Axa, em face das miseráveis condições de vida, decidiram iniciar os trâmites para reaver sua morada tradicional – cerca de 15 mil hectares ao largo da estância de Loma Verde.

No que concerne às condições de pobreza da Comunidade, comprovadas perante Corte, impende registrar:

Las condiciones de miseria en las que viven los miembros de la Comunidad Yakye Axa que están asentados al costado de la carretera pública son extremas. Los miembros de esta Comunidad no pueden cultivar ni practicar sus actividades tradicionales de subsistencia en la zona de asentamiento. Además, no les está permitido ingresar a las tierras que reclaman como tradicionales, para cazar animales silvestres, pescar, recolectar frutos, miel y agua, entre otros. Para obtener alimentos, los hombres de la Comunidad se ven obligados a hacer largos viajes para cazar y pescar en otras zonas. Esta situación se ve agravada por el hecho de que pocos miembros de la Comunidad tienen trabajo o algún tipo de ingreso económico, por lo que su fuente de alimentación ha dependido principalmente de la voluntad de organismos del Estado e instituciones privadas.³⁶⁶

³⁶⁶ “As condições de miséria nas quais vivem os membros da Comunidade Yakye Axa que estão assentados ao longo do acostamento da via pública são extremas. Os membros desta comunidade não podem cultivar nem praticar suas atividades tradicionais de subsistência na zona de acostamento. Ademais, não lhes é permitido ingressar nas terras que reclamam como tradicionais, para caçar animais silvestres, pescar, coletar frutos, mel e água, entre outros. Para obter alimentos, os homens da Comunidade se vêem obrigados a fazer longas viagens para caçar e pescar em outras zonas. Esta situação se vê agravada pelo feito de que poucos membros da Comunidade têm trabalho ou algum tipo de ingresso econômico, pelo que a fonte de alimentação tem dependido principalmente da vontade de organismos estatais e instituições privadas.” (Tradução Livre) Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005. p. 50.

Fora de suas terras, os índios não contam com serviços básicos mínimos como energia elétrica, água potável, saneamento básico e atendimento de saúde, o que levou a massiva parte da Comunidade a desenvolver casos de anemia, desnutrição e parasitoses em geral. A gravidade da situação foi reconhecida pelo governo paraguaio que decretou estado de emergência na região no ano de 1999.

Justamente para buscar seus direitos e melhores acomodações e qualidade de vida, erigiu-se o pedido administrativo para reaver as terras tradicionais, feito pelo líder da Comunidade aos órgãos competentes.

Os então “proprietários privados” das terras indígenas foram identificados como empresas agrícolas multinacionais.

De acordo com a perícia antropológica levada a cabo pelo Instituto do Bem-Estar Rural Paraguuaio, certificou-se a Estância de Loma Verde como *habitat* tradicional da comunidade silvícola requerente, uma vez que “queda reconocida la existencia de los pueblos indígenas como grupos de culturas anteriores a la formación y a la organización del Estado paraguayo, de esto surge que el derecho de los indígenas a la posesión de la tierra es anterior e en consecuencia superior a la Institución de la Propiedad Privada”³⁶⁷.

Com base nas conclusões do procedimento administrativo, os órgãos responsáveis solicitaram ao parlamento paraguaio, em novembro de 2001, a aprovação de projeto de lei para a expropriação de parte das terras reclamadas pelos índios. Após alguns percalços internos, o projeto de lei foi definitivamente rechaçado em junho de 2002.

Ante a negativa, a reivindicação foi levada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e após, por esta à Corte, para que a Comunidade indígena Yakye Axa obtivesse o direito de regressar ao seu *locus* de origem e que o Estado Paraguuaio ressarcisse os danos materiais e morais da Comunidade. Isto porque: “debido a falta de tierra comunitaria, los miembros de la Comunidad Yakye Axa no han podido realizar sus ceremonias tradicionales, ni practicar sus actividades tradicionales de subsistencia. Asimismo, la preservación de la cultura se ha visto afectada por la muerte de los ancianos, quienes son los principales encargados de la

³⁶⁷ “Fica reconhecida a existência dos povos indígenas como grupos de culturas anteriores à formação e organização do Estado paraguaio, disto surge que o direito dos indígenas à posse da terra é anterior e, em conseqüência superior, à instituição da propriedade privada.” (Tradução Livre) Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005. p. 36.

transmisión oral de la cultura”.³⁶⁸

A Corte Interamericana, reforçando seu posicionamento anterior, consolidou inicialmente que “en lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.³⁶⁹

A seguir, partindo de uma interpretação evolutiva dos documentos que versam sobre direitos humanos, o mesmo órgão julgador considerou que o direito de propriedade – que deve ser visto a partir de outro paradigma no presente caso³⁷⁰ – da Comunidade havia sido violado e, com isso, seu próprio direito à vida³⁷¹ e à

³⁶⁸ “devido a falta de terra comunitária, os membros da Comunidade Yakye Axa não puderam realizar suas cerimônias tradicionais, nem praticar suas atividades tradicionais de subsistência. Também, a preservação da cultura, afetada pela morte dos anciãos, que são os principais encarregados da transmissão oral da cultura.” (Tradução Livre) Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005. p. 54/55.

³⁶⁹ “no que diz respeito aos povos indígenas, é indispensável que os Estados outorguem uma proteção efetiva que leve em conta suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais, bem como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes.” (Tradução Livre) Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005. p. 61.

³⁷⁰ Pertinente aos modos indígenas de apropriação da terra, assevera Carlos Frederico Marés de Souza Filho: “A terra, este sempre foi bem coletivo, generosamente oferecido pelos antepassados que descobriram seus segredos e legado necessário aos herdeiros que a perpetuariam. A repartição haveria de ser dos frutos da terra, de tal forma que não faltasse ao necessitado nem sobejasse ao indivíduo. Às vezes se haveria de domesticar uma planta ou um animal, às vezes bastava cuidar da natureza que ela retribuía numa lógica talvez inconsciente mas quase perfeita. Não havia necessidade de Estado nem de teorias sobre a propriedade privada, nem de instrumentos que justificassem seu exercício, nem que os garantisse. Ao não haver um era escusada a existência do outro. Assim, a terra indígena se traduz em território ou controle de um povo sobre um espaço determinado.” (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A terra, um direito à vida.** (Trabalho apresentado ao concurso para Professor Titular de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em dezembro de 2000, p. 43. Curitiba-PR).

³⁷¹ “Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia”. “As afetações especiais do direito à saúde, e intimamente vinculadas com ele, o direito à alimentação e o acesso à água limpa impactam de maneira aguda o direito a uma existência digna e as condições básicas para o exercício de outros direitos humanos, como o direito à educação ou o direito a identidade cultural. No caso dos povos indígenas o acesso a suas terras ancestrais e ao uso e disfrute dos recursos naturais que nelas se encontram estão diretamente vinculados à obtenção de alimento e acesso à água limpa. A este respeito, o citado Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais destacou a especial vulnerabilidade de muitos grupos de povos indígenas cujo acesso às

dignidade estaria sendo negado. Na decisão, *verbis*:

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.

(...)

En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.³⁷²

Daí se infere o entendimento da Corte quanto à possibilidade de restrição legítima ao direito de propriedade privada, em um Estado democrático de direito, quando estiver em pauta preservação das identidades culturais de determinada comunidade.³⁷³

Assim sendo, ao julgar procedente demanda comunitária, a Corte não só reconheceu que a inatividade do Estado paraguaio frente à Comunidade Yakye Axa violou seu direito de propriedade comunal, como também sua própria identidade cultural e subsistência.

Determinou-se, portanto, que o Estado do Paraguai reparasse os danos materiais e morais causados às vítimas membros da Comunidade, e como em casos anteriores, realizasse um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade perante os membros da comunidade peticionária.

terras ancestrais pode ver-se ameaçados e, por outro lado, sua possibilidade de acessar os meios para obter alimento e água limpa.” (Tradução Livre) In: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005. p. 90.

³⁷² “A cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, ver e atuar no mundo, constituído a partir de sua estreita relação com seus territórios tradicionais e com os recursos que ali se encontram, não só por estes serem seu principal meio de subsistência, senão porque constituem um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e, por fim, sua identidade cultura. (...) Em conseqüência, a estreita vinculação dos povos indígenas sobre seus territórios tradicionais e os recursos naturais ligados a sua cultura que aí se encontrem, assim como os elementos incorporais que se desprendam deles, devem ser salvaguardados pelo artigo 21 da Convenção Americana.” (Tradução Livre) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005. p. 79/80.

³⁷³ “A Corte aclara que nem sempre o conflito entre os ‘interesses territoriais’ particulares ou do Estado pode ser preterido diante dos das comunidades indígenas. Se os Estados se vêem na impossibilidade, ‘por razões concretas e justificáveis’, de não restringir os direitos territoriais indígenas, a compensação que outorgue aos prejudicados deverá ser orientada principalmente pelo profundo significado que a terra tem para os indígenas”. (MELO, *op. cit.*).

Nota-se que na situação em tela a Corte Interamericana de Direitos Humanos não apenas se mostrou sensível à outra configuração social e concepção jurídica, como reconheceu e assegurou o direito à alteridade dessa identidade cultural diferenciada, com base em interpretação evolutiva dos dispositivos acerca dos direitos humanos incidentes no caso.

Igual análise foi levada a cabo no Caso *Yatama versus Nicarágua*, julgado em 23 de junho de 2005.

Na data de 26 de abril de 2001, a organização indígena Yapti Tasba Masraka Asla Takanka (YATAMA) apresentou perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos petição em que alegava a indevida exclusão de sua participação das eleições municipais, realizadas em 05 de novembro de 2000, nas Regiões Autônomas do Atlântico Norte e do Atlântico Sul na República da Nicarágua. Tal supressão ocorreu em virtude de resolução da lavra do Conselho Supremo Eleitoral, em 15 de agosto de 2000.

Após os trâmites internos da estrutura comissional, na data de 17 de junho de 2003, submeteu-se à Corte Interamericana de Direitos Humanos a apreciação da alegada violação de direitos humanos (garantias judiciais, direitos políticos, proteção judicial, obrigação de respeitar direitos e dever de adotar medidas de direito interno), em face dos candidatos a prefeitos, vice-prefeitos e conselheiros do partido político YATAMA que foram banidos de participar das eleições municipais de 2000 na Nicarágua.

Afastadas todas as objeções preliminares erigidas pelo Estado da Nicarágua, a Corte passou às considerações do caso.

Importante consignar, conforme as provas testemunhais carreadas aos autos, que o partido YATAMA não é apenas uma organização política regional, mas sim a organização etnopolítica de maior trajetória na Costa Atlântica da Nicarágua que congrega a maioria indígena do povo *miskitu*.³⁷⁴

A população da Nicarágua é multiétnica e multicultural, dentro dela se

³⁷⁴ “En la Costa Atlántica o del Caribe habitan diferentes comunidades étnicas e indígenas multilingües, como los mestizos, miskitos, sumos, ramas, creoles y garífunas. Poseen identidad cultural, mantienen rasgos y valores de su cultura tradicional, así como formas de tenencia y uso comunal y de organización social propias.” “Na costa atlântica do Caribe habitam diferentes comunidades étnicas e indígenas multilingües, como os mestiços, miskitos, ramas, crioulos e garifunas. Possuem identidade cultural, mantém traços e valores de sua cultura tradicional, assim como formas de propriedade e uso comunal e de organização social própria.” (Tradução Livre) In: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Yatama vs. Nicarágua*. Sentença de 23 de junho de 2005. p. 42.

encontram diversas comunidades indígenas que habitam, em geral, a região costeira. A Costa Atlântica da Nicarágua ocupa metade do território nacional e possui população aproximada de meio milhão de pessoas, das quais quase duzentas mil são indígenas.³⁷⁵

A importância dos povos indígenas da Costa Atlântica está, inclusive, consignada na Carta Constitucional do País que os considera parte indissolúvel do povo nicaraguense, com direito a “preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones”³⁷⁶.

A Organização Política YATAMA, antes uma associação popular com capacidade eleitoral ativa³⁷⁷, formou-se com a finalidade de “promover el

³⁷⁵ Conforme informações da Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junho de 2005. p. 35. Acerca da questão: “La Costa Atlántica representa aproximadamente un 45,8% de la superficie territorial del Estado y constituye la segunda área más poblada de Nicaragua, pues en ella habitan alrededor de 626.619 personas, es decir, el 11,4% de la población total del país. Aproximadamente el 72,54% de la población es mestiza. El 28% de la población de la Costa Atlántica o del Caribe se identifica con alguna comunidad indígena. Aproximadamente 172.069 habitantes de la Costa Atlántica pertenecen a comunidades indígenas y étnicas, es decir, el 3,13% de la población nacional. En la RAAN se concentra el mayor número de población indígena de Nicaragua.” “A Costa Atlántica representa aproximadamente 45% da superfície territorial do Estado e constitui a segunda área mais populosa da Nicarágua, pois nela habitam cerca de 626.619 pessoas, é dizer, 11,24% da população total do país. Aproximadamente 72,54% da população mestiça. 28% da população da Costa Atlântica ou do Caribe se identifica com alguma comunidade indígena. Aproximadamente 172,069 habitantes da Costa Atlântica pertencem a comunidades indígenas e étnicas, é dizer, 3,13% da população nacional. Na RAAN se concentra o maior número de populações indígenas da Nicarágua.” (Tradução Livre) In: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junho de 2005. p. 42.

³⁷⁶ “preservar e desenvolver sua identidade cultural na unidade nacional; dotar-se de suas próprias formas de organização social e administrar seus assuntos locais conforme suas tradições.” (Tradução Livre) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junho de 2005. p. 40.

³⁷⁷ “YATAMA participó por primera vez en las elecciones regionales de Nicaragua en 1990. En 1994 volvió a participar en dichas elecciones. En 1996 YATAMA participó por primera vez en las elecciones municipales. En 1998 participó en las elecciones de concejales al parlamento regional, en las cuales obtuvo 8 de 45 escaños de Concejos Regionales Autónomos de la RAAN y 4 de 45 en la RAAS. YATAMA participó en las contiendas electorales mencionadas bajo la figura de asociación de suscripción popular, de acuerdo con lo dispuesto en las leyes electorales de 1990 y de 1996. Dicha figura permitía la participación política de cualquier organización que reuniera un mínimo de 5% de ciudadanos incluidos en el padrón electoral de la respectiva circunscripción electoral, o inscritos en los Catálogos de Electores de la última elección. Las asociaciones de suscripción popular podían presentar candidatos para alcaldes, vice alcaldes y concejales municipales en todo el país y para miembros de los Consejos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica. El 24 de enero de 2000 se publicó en la Gaceta Oficial de Nicaragua una nueva Ley Electoral (Ley No. 331) (en adelante Ley Electoral de 2000 o Ley Electoral No. 331 de 2000), aproximadamente 9 meses antes de la fecha de las siguientes elecciones municipales. Esta nueva Ley no contempló la figura de las asociaciones de suscripción popular para que participaran en las elecciones, que se recogía en las leyes electorales de 1990 y 1996 (*supra* párr. 124.18). En la nueva ley sólo se permite la participación en los procesos electorales a través de la figura jurídica de partidos políticos, forma de organización que no es propia de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica”. Corte Interamericana de Derechos

autogobierno comunal, por medio de la democracia comunitaria, y en particular, para la defensa de sus tierras comunales tradicionales”³⁷⁸.

YATAMA, que significa *organização dos povos da terra mãe*, formou-se com o propósito histórico de “defender el derecho histórico de los pueblos indígenas y comunidades étnicas sobre sus territorios tradicionales y promover el autogobierno, (...) impulsar el desarrollo económico, social y cultural de Yapti Tasba, forjando así la democracia comunitaria en el marco de la democracia, la paz y la unidad de estado/nación nicaragüense”³⁷⁹.

De acordo com seus dirigentes políticos, a estrutura desse partido é intimamente associada às tradições, usos e costumes indígenas e sua organização funciona com a participação ativa de toda a comunidade – diversamente do arquétipo dos partidos tradicionais. As deliberações políticas internas são tomadas com base nos pressupostos da democracia comunitária, a qual se articula por meio de assembleias comunitárias nos territórios indígenas e étnicos.

E, anote-se, no que concerne à associação política indígena:

YATAMA decidió incursionar en la vida política para lograr la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas. Se vio obligada a transformarse en partido político para cumplir los requerimientos de la Ley Electoral de 2000, que eliminó la figura de la asociación de suscripción popular. El partido político es una forma de organización ajena a las tradiciones de las comunidades indígenas. Esto llevó a la organización a pasar de una tradición oral a una escrita. Para cumplir los requisitos de la Ley Electoral, los candidatos de YATAMA han tenido que participar políticamente en territorios donde no existen comunidades indígenas. En estas áreas hay municipios en los que YATAMA tiene influencia, pero también algunos que no revisten interés para la organización.³⁸⁰

Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentença de 23 de junho de 2005. p. 45/46.

³⁷⁸ “promover o autogoverno comunal, por meio da democracia comunitária, e, em particular, para a defesa de suas terras comunais tradicionais.” (Tradução Livre) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentença de 23 de junho de 2005. p. 29.

³⁷⁹ “defender o direito histórico dos povos indígenas e comunidades étnicas sobre seus territórios tradicionais e promover o autogoverno, (...) impulsar o desenvolvimento econômico, social e cultural de Yapi Tasba, forjando assim a democracia comunitária no marco da democracia, da paz e da unidade do estado/nação nicaragüense. “ (Tradução Livre) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentença de 23 de junho de 2005. p. 44.

³⁸⁰ “YATAMA decidió incursionar na vida política para lograr a reivindicação dos direitos dos povos indígenas. Viu-se obrigada a transformar-se em partido político para cumprir com os requerimientos da lei eleitoral de 2000, que eliminou a figura da associação popular. O partido político é uma forma de organização alheia às tradições das comunidades indígenas. Isto levou a organização a passar de uma tradição oral para uma escrita. Para cumprir os requisitos da Lei Eleitoral, os candidatos do YATAMA tiveram que participar politicamente no território onde não existem comunidades indígenas. Nestas áreas existem municípios nos quais YATAMA tem influência, mas também alguns que não revertem interesse para a organização.” (Tradução Livre) Corte

Nas eleições municipais de 2000, o partido YATAMA disputava cargos tanto as Regiões Autônomas do Atlântico Norte (RAAN), quanto as do Atlântico Sul (RAAS). Na região do Atlântico Sul, formou-se aliança com os Partidos dos Povos Costeiros (PPC) e do Partido Indígena Multiétnico (PIM).

Por questões políticas internas, o Partido Indígena Multiétnico retirou-se da aliança. Assim sendo, no dia 15 de julho de 2000, último dia do prazo, a aliança PPC YATAMA inscreveu, junto ao Conselho Regional Eleitoral, seus candidatos municipais.

O cadastro dos candidatos, todavia, não foi realizado por ausência do cumprimento de alguns requisitos pelo Partido dos Povos Costeiros. Ao interar-se do óbice, YATAMA solicitou ao órgão eleitoral sua participação isolada no certame eleitoral.

O Conselho Supremo Eleitoral³⁸¹, por sua vez, negou a solicitação de YATAMA, que foi excluído das eleições. A decisão a saber:

El 15 de agosto de 2000, un mes después de que venciera el plazo establecido en el calendario electoral para que los partidos políticos presentaran la lista de candidatos, el Consejo Supremo Electoral emitió una resolución, que excluyó a YATAMA de las elecciones de 5 de noviembre de 2000, tanto en la RAAN, como en la RAAS. El Consejo Supremo Electoral no otorgó a YATAMA la oportunidad de que procediera a subsanar los defectos o a sustituir los candidatos, de conformidad con los artículos 83 y 84 de la Ley Electoral No. 331 de 2000 (*supra* párr. 124.25). En su Resolución, el Consejo Electoral resolvió: a) en cuanto a la participación de YATAMA en la Región Autónoma del Atlántico Sur, no ha lugar a la solicitud de YATAMA de registrar como candidatos de ese partido a los presentados por la Alianza YATAMA/PPC en la Región Autónoma del Atlántico Sur. (*supra* párr. 124.48). En este sentido, consideró que YATAMA era un partido legalmente constituido y en pleno uso de los derechos que establecía la Ley Electoral y que como tal podía participar en las elecciones de noviembre de 2000, ya sea en alianzas o individualmente, siempre y cuando cumpliera

Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentença de 23 de junho de 2005. p. 30.

³⁸¹ “El Poder Electoral es uno de los cuatro poderes establecidos por la Constitución Política de Nicaragua, junto a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Está integrado por el Consejo Supremo Electoral, máximo órgano de dicho poder, así como por organismos electorales subordinados, tales como Consejos Electorales de los Departamentos y de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica, Consejos Electorales Municipales y Juntas Receptoras de Votos. Le corresponde de forma exclusiva organizar y dirigir las elecciones, plebiscitos [y] referendos.” “O Poder eleitoral é um dos quatro poderes estabelecidos pela Constituição Política da Nicarágua, junto aos poderes executivo, legislativo e judiciário. É integrado pelo Conselho Supremo Eleitoral, órgão máximo deste poder, e também por organismos eleitorais subordinados, tais como os Conselhos Eleitorais dos Departamentos e das Regiões autônomas da Costa Atlântica, Conselhos Eleitorais Municipais e Juntas receptoras de votos. É sua competência exclusiva organizar e dirigir as eleições, plebiscitos e referendos”. (Tradução Livre) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentença de 23 de junho de 2005. p. 53/54.

con la Ley Electoral y Términos establecidos en el Candelario Electoral. Asimismo, señaló que como consecuencia [de que el PPC] no cumplió con el porcentaje de firmas a que se refiere el artículo] 77 numeral 7, el número de municipios en los cuales YATAMA presentó candidatos no alcanzaba el 80% a que se refiere el artículo 82 párrafo segundo en concordancia con el artículo 80 in fine de la Ley Electoral, que establecía que los partidos o Alianzas de partidos debían inscribir candidatos para todas las elecciones y cargos a que se refería el artículo 1 de dicha Ley, así como el párrafo primero del artículo 89 de la Constitución Política establece que las comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y, como tal, gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones; y b) en cuanto a la participación de YATAMA en la Región Autónoma del Atlántico Norte (RAAN), que no se registrarían los candidatos presentados en el Atlántico Norte por dicha Organización, en vista de que no llenaba el tiempo requerido consignado en la Ley Electoral.³⁸²

Os representantes legais do partido indígena interpuseram, sem sucesso, recurso de revisão contra a decisão supra.

YATAMA não participou das referidas eleições municipais, haja vista a deliberação do Conselho Supremo Eleitoral, o que desencadeou revolta e manifestações de conhecimento internacional.³⁸³

³⁸² “Em 15 de agosto de 2000, um mês depois de que vencido o prazo estabelecido no calendário eleitoral para que os partidos políticos apresentassem a lista de candidatos, o Conselho Supremo Eleitoral emitiu una resolución, que excluiu a YATAMA das eleições de 5 de novembro de 2000, tanto na RAAN, como na RAAS. O Conselho Supremo Eleitoral não outorgou ao YATAMA a oportunidade de sanar os defeitos ou substituir os candidatos, em conformidade com os artigos 83 e 84 da Lei Eleitoral No. 331 de 2000 (*supra* par. 124.25). Em sua Resolução, o Conselho Eleitoral resolveu: a) sobre a participação de YATAMA na Região Autónoma do Atlântico Sul, não há lugar à solicitação de YATAMA de registrar como candidatos de seu partido os apresentados pela Aliança YATAMA/PPC na Região Autónoma do Atlântico Sul. (*supra* par. 124.48). Neste sentido, considerou que YATAMA era um partido legalmente constituído e em pleno uso dos direitos que estabelecia a Lei Eleitoral e que como tal podia participar nas eleições de novembro de 2000, seja em alianças ou individualmente, sempre e quando de acordo com a Lei Eleitoral e Termos estabelecidos no Calendário Eleitoral. Também assinalou que como consequência [de que o PPC] não cumpriu com a porcentagem de assinaturas a que se refere o artigo 77, 7, o número de municípios nos quais YATAMA apresentou candidatos não alcançava 80% a que se refere o artigo 82, § 2º em concordância com o artigo 80 in fine da Lei Eleitoral, que estabelecia que os partidos ou Alianças de partidos deviam inscrever candidatos para todas as eleições e cargos a que se referia o artigo 1 desta Lei, assim como o parágrafo primeiro do artigo 89 da Constituição Política estabelece que as comunidades da Costa Atlântica são parte indissolúvel do povo nicaragüense e, como tal, gozam dos mesmos direitos e tem as mesmas obrigações; e b) enquanto a participação de YATAMA na Região Autónoma do Atlântico Norte (RAAN), que no foram registrados os candidatos apresentados no Atlântico Norte porque a referida Organização, em vista de que não cumpriu o tempo requerido consignado na Lei Eleitoral.” (Tradução Livre) Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Yatama vs. Nicarágua. Sentença de 23 de junho de 2005. p. 56/57.

³⁸³ “En la RAAN se registró un nivel de abstencionismo de aproximadamente 80%, dado que una parte del electorado, compuesto por miembros de comunidades indígenas y étnicas, no se encontraba debidamente representado por los partidos nacionales.” “Na RAAN registrou-se um nível de abstenção de aproximadamente 80%, dado que uma parte do eleitorado, composto por membros de comunidades indígenas e étnicas, não se encontrava debidamente representado pelos partidos nacionais”. (Tradução Livre) Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Yatama vs. Nicarágua. Sentença de 23 de junho de 2005. p. 63.

Na data de 30 de outubro de 2000, em face da intensa repercussão interna e externa, o Conselho Eleitoral Nicaragüense publicou a seguinte comunicação: “(...) hacer de su conocimiento que le otorgó personalidad jurídica al partido político YATAMA, ya que se mantenía en toda su vigencia y fuerza legal., así como que dicho partido político regional podría participar y presentar candidatos en sus respectivas Regiones Autónomas en las elecciones de noviembre de 2001”³⁸⁴.

Foi, então, protocolado, junto ao sistema interamericano de direitos humanos, reclamo, por parte do partido político YATAMA, motivado pelas alegadas violações a direitos humanos, em especial a restrição dos direitos políticos que, em face da aplicação da nova lei eleitoral nicaragüense e seus requisitos, diminuiram a possibilidade de participação das associações indígenas e étnicas da Costa Atlântica.

Nesse influxo, a Corte entendeu tratar-se de um grupo que demandava proteção específica aos seus direitos políticos pelo Estado da Nicarágua, o que não ocorreu. A sentença consigna:

Al analizar el goce de estos derechos por las presuntas víctimas en este caso, se debe tomar en consideración que se trata de personas que pertenecen a comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua, quienes se diferencian de la mayoría de la población, *inter alia*, por sus lenguas, costumbres y formas de organización, y enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad y marginalidad. Ello ha sido reconocido en el propio Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua (*supra* párr. 124.3) y en el informe Desarrollo Humano en la Costa Caribe de Nicaragua de 2001. Además, la perito María Dolores Álvarez Arzate y los testigos Jorge Frederick y John Alex Delio Bans se refirieron particularmente a las dificultades que enfrentaron los miembros de las referidas comunidades en el proceso electoral municipal de 2000 (*supra* párr. 111).³⁸⁵

³⁸⁴ “(...) tornar de seu conhecimento que lhe outorgou personalidade jurídica ao partido político YATAMA, já que se mantinha em toda sua vigência e força legal, assim como que este partido político regional poderia participar e apresentar candidatos em suas respectivas regiões autônomas nas eleições de novembro de 2001.” (Tradução Livre) Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Yatama vs. Nicarágua. Sentença de 23 de junho de 2005. p. 60.

³⁸⁵ “Ao analisar o gozo destes direitos pelas vítimas presumidas neste caso, deve-se levar em consideração que se tratam de pessoas que pertencem à comunidades indígenas e étnicas da Costa Atlântica da Nicarágua, que se diferenciam da maioria da população, *inter alia*, por suas línguas, costumes, e formas de organização, e enfrentam sérias dificuldades que os mantém em uma situação de vulnerabilidade e marginalidade. Isto foi reconhecido pelo próprio Estatuto de Autonomia das Regiões da Costa Atlântica da Nicarágua (*supra* par. 124.3) e no informe de Desenvolvimento Humano na Costa Caribe da Nicarágua de 2001. Ademais, a perita Maria Dolores Alvarez Arzate, e as testemunhas Jorge Frederick e John Alex Delio Bans, referiram-se particularmente as dificuldades que enfrentaram os membros das referidas comunidades no processo eleitoral municipal de 2000 (*supra* par. 111).” (Tradução Livre) Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Yatama vs. Nicarágua. Sentença de 23 de junho de 2005. p. 90.

O órgão julgador reconheceu violação indevida ao gozo dos direitos civis e políticos da associação YATAMA. A restrição – injustificada, aos olhos da Corte – da lei eleitoral que exigia a participação política na forma de partidos, impôs à comunidade indígena forma de organização alheia a seus usos e costumes, e por isso não deveria ser tolerada. Em suas palavras:

Por otra parte, la Ley Electoral No. 331 de 2000 sólo permite la participación en los procesos electorales a través de partidos políticos (*supra* párr. 124.20). Esta forma de organización no es propia de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica. Se ha probado que YATAMA logró obtener personalidad jurídica para participar como partido político en las elecciones municipales de noviembre de 2000, cumpliendo los requisitos correspondientes (*supra* párr. 124.28). Sin embargo, los testigos Brooklyn Rivera Bryan y Jorge Teytom Fedrick, y el perito María Dolores Álvarez Arzate, enfatizaron que el requisito de transformarse en partido político desconoció las costumbres, organización y cultura de los candidatos propuestos por YATAMA, quienes son miembros de comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica.

No existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político. No se desconoce la importancia que revisten los partidos políticos como formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, pero se reconoce que hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ello es pertinente e incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales, cuya legitimidad ha sido reconocida e incluso se halla sujeta a la protección explícita del Estado. Incluso, la Carta Democrática Interamericana señala que para la democracia es prioritario el fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas.³⁸⁶

³⁸⁶ “Por outra parte, a Lei Eleitoral No. 331 de 2000 só permite a participação nos processos eleitorais através de partidos políticos (*supra* par. 124.20). Esta forma de organização não é própria das comunidades indígenas da Costa Atlântica. Restou provado que YATAMA logrou êxito em obter personalidade jurídica para participar como partido político nas eleições municipais de novembro de 2000, cumprindo os requisitos correspondentes (*supra* par. 124.28). Sem embargo, as testemunhas Brooklyn Rivera Bryan, Jorge Teytom Fedrick, e a perita Maria Dolores Álvarez Arzate, enfatizaram que o requisito de transformar-se em partido político era desconhecido pelos costumes, organização e cultura dos candidatos propostos por YATAMA, que são membros de comunidades indígenas e étnicas da Costa Atlântica. Não existe disposição na Convenção Americana que permita sustentar que os cidadãos só podem exercer o direito a colocarem-se como candidatos a um cargo eletivo através de um partido político. Não se desconhece a importância dos partidos políticos como formas de associação essenciais para o desenvolvimento e fortalecimento da democracia, mas se reconhece que há outras formas através das quais se lançam candidaturas para cargos de eleição popular com vistas a realização de fins comuns, quando pertinente e inclusive necessário para favorecer ou assegurar a participação política de grupos específicos da sociedade, tomando em conta suas tradições y ordenamientos especiales, cuja legitimidade foi reconhecida e inclusive sujeita à proteção explícita do Estado. Inclusive, a Carta Democrática Interamericana assinala que para aa democracia é prioritário o fortalecimento dos partidos e de outras organizações políticas.” (Tradução Livre) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentença de 23 de junho de 2005. p. 93/94.

Pelo acima exposto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que a Nicarágua violou os direitos humanos da comunidade indígeno-política YATAMA, porque restringiu injustificadamente seus direitos políticos e não adotou as medidas necessárias para uma minoria que necessitava de proteção especial.

Além disso, a Corte ainda determinou que o Estado demandado publicasse a sentença e lhe desse ampla divulgação nacional, bem como adotasse medidas legislativas para previsão de recurso judicial contra a decisão do Conselho Eleitoral Supremo e efetuasse reformas na lei eleitoral.

Ambas as decisões mostram arrojada postura dos órgãos que compõem o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos em adaptar o discurso tradicional e universal dos direitos humanos às situações insurgentes que não cabem nas estreitas molduras jurídicas habituais.

As identidades emergentes impõem, com efeito, a necessidade do repensar do Direito e de suas categorias teóricas classicamente concebidas. Essa nova racionalidade insurgente, alheia a *ratio* codificada universalizante, impõe a obrigação do ajuste do fenômeno jurídico a determinadas situações de fato, tais como as espelhadas em comunidades indígenas.

O destacado trabalho da Corte consiste em transformar e dar vida a textos de documentos de direitos humanos que aparentemente não contêm a proteção de outras identidades e culturas. É neste sentido que se fortaleceu a cognominada *progressividade* hermenêutica que faz dos instrumentos de direitos humanos documentos vivos.

Nesse diapasão pronunciou-se a Corte: “Os termos de um tratado internacional de direitos humanos têm sentido autônomo, pelo que não podem ser equiparados ao sentido que lhes é atribuído no direito interno. Além disso, ditos tratados de direitos humanos são instrumentos vivos cuja interpretação tem que se adequar à evolução dos tempos e, em particular, às condições de vida atuais”³⁸⁷.

No que tange à interpretação do direito à propriedade, espelhado na primeira lide acima posta (Caso Yakyé Axa *versus* Paraguai), a Corte Interamericana mostrou-se atenta à identidade cultural de um povo que não possui a apropriação

³⁸⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença do Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni *versus* Nicarágua. Sentença de 31 de agosto de 2001. parágrafo 146.

privada como meio de acesso à terra. Tal mister não é simplificado, uma vez que não se pode apenas transpor o discurso jurídico estatal àquelas comunidades. Na lição de Carlos Frederico Marés:

A difícil porque complexa relação entre povos indígenas e Estados organizados nunca foi perfeitamente resolvida, os Estados modernos têm como fundamento a propriedade privada individual e os povos indígenas se organizam coletivamente, sem a apropriação individual. É claro que a possibilidade da propriedade privada significa a possibilidade de acumulação de bens e de patrimônio individual, conceitos impensáveis para as populações indígenas (...).³⁸⁸

Dessarte, ainda que filiado ao pressuposto da universalidade, indissociável dos sistemas internacionais de proteção, o sistema interamericano tem se mostrado mais atento e aberto às demandas culturais e aos modelos jurídicos diversos que clamam por sua proteção.

Pertinente à decisão no caso *Yakye Axa*, afiança Flávia Piovesan:

A respeito do direito à identidade cultural, aludiu a Corte à necessidade de adotar uma interpretação evolutiva e dinâmica, tal como acena a jurisprudência da Corte Européia, no sentido de fazer da Convenção um instrumento vivo, capaz de acompanhar as evoluções temporais e as condições de vida atuais. Ao demarcar os delineamentos do direito à identidade cultural, afirmou a Corte o significado especial da propriedade coletiva das terras ancestrais para os povos indígenas, "inclusive para preservar sua identidade cultural e transmiti-la para as gerações futuras". Adicionou que "a cultura dos membros da comunidade indígena corresponde a uma forma de vida particular de ser, ver e atuar no mundo, construída a partir de sua relação com suas terras tradicionais". Pontuou que a terra, para os povos indígenas, não é apenas um meio de subsistência, mas um elemento integrante de sua cosmovisão, de sua religiosidade e de sua identidade cultural. Isto porque a terra estaria estreitamente relacionada com suas tradições e expressões orais, costumes e línguas, artes e rituais, bem como com a sua relação com a natureza, arte culinária, direito consuetudinário, (...). Em virtude de sua relação com a natureza, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração para geração este patrimônio cultural imaterial, que é recriado constantemente pelos membros da comunidade indígena. Concluiu a Corte que a identidade cultural é um componente agregado ao próprio direito à vida *lato sensu*. Deste modo, se é violada a identidade cultural, a própria vida vê-se inevitavelmente violada.³⁸⁹

Partindo do artigo 21 da Convenção Americana, que reflete o espírito individual-burguês do nascimento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais ao consagrar dentre eles a propriedade privada, a virada hermenêutica realizada

³⁸⁸ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 48.

³⁸⁹ PIOVESAN. *Igualdade* ..., p. 40.

pelo aparato interamericano permite “abarcas dimensões como a propriedade coletiva, a territorialidade, a ancestralidade, a sacralidade, imprescindíveis de serem levadas em consideração para a plena garantia desse direito no contexto dos povos indígenas”³⁹⁰.

De igual maneira procedeu ao interpretar os direitos políticos no caso Yatama. Trata-se de caso em que as particularidades culturais das comunidades indígenas – sua forma de organização e deliberação política – são postas acima das enunciações genéricas de direitos humanos.

Quanto ao tema, consigna Mário Melo: “essa decisão constitui um precedente importante para situações análogas, nas quais o pleno exercício de direitos por parte de membros de comunidades indígenas e étnicas implica que não sejam impostas condições ou requisitos que ignorem suas particularidades culturais”³⁹¹.

O que a Corte tem assinalado em tais casos é que o discurso tradicional dos direitos humanos deve se adaptar às (novas) especificidades étnicas e culturais. Deste modo, o sistema regional interamericano vem se mostrando mais cauto e acessível às novas realidades a serem enfrentadas do ponto de vista do desafio cultural aos direitos humanos.

³⁹⁰ MELO, *op. cit.*

³⁹¹ *Ibidem.*

PARTE IV – NÓS NELES E ELES EM NÓS: A SUPERAÇÃO DA BIPOLARIDADE DO DISCURSO

Singrado o caminho teórico proposto, bem como o repertório de casos analisados, emerge incontestemente a complexidade das demandas que batem às portas do direito internacional dos direitos humanos na cena hodierna.

Em que pese o crescimento e destaque galgados, tal seara jurídica ainda não foi capaz de responder satisfatoriamente aos pleitos erigidos, em especial àqueles atinentes ao contexto (multi)cultural³⁹² dos direitos humanos.

Os periódicos de nosso tempo em diversos meios denunciam³⁹³, ainda que a

³⁹² Impende afastar de vez o discurso unilateral, em regra de matiz ocidental, sobre o multiculturalismo que “ao contrário de estar concentrado nas cifras da miséria e nos efeitos produzidos pela “globalização” das lutas de classe, dedica-se a bramar contra os perigos multiculturais que supõe os diferentes, principalmente aqueles que se vêem obrigados a emigrar para melhorar, na medida do possível, suas precárias condições de vida”. (FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência*. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 361).

³⁹³ Eis alguns exemplos: a) CNN, em 23/02/2004: **“Woman sentenced to stoning freed: KATSINA, Nigeria (CNN) -- An appeals court has freed a Nigerian mother sentenced to death by stoning for adultery. The Shariah Court of Appeal ruled on Thursday that Amina Lawal's conviction was invalid because she was already pregnant when harsh Islamic Shariah law was implemented in her home province.”** “Mulher condenada a apedrejamento libertada: KATSINA, Nigéria (CNN) - Um recurso jurisdicional livrou uma mãe nigeriana condenada à morte por apedrejamento por adultério. O Tribunal de Recurso da *Sharia* declarou, na quinta-feira, que a condenação de Amina Lawal era inválida porque ela já estava grávida quando dura lei islâmica da *sharia* foi implementada em sua província.” (Tradução Livre) (Disponível em: <http://www.cnn.com/2003/WORLD/africa/09/25/nigeria.stoning/index.html>. (acesso em 24 fev. 2004).). b) Jornal Folha de São Paulo, em 13/10/2004: **“Justiça manda apedrejar duas nigerianas: Cortes islâmicas da Nigéria condenaram duas mulheres à morte por apedrejamento porque elas fizeram sexo sem serem casadas. Os dois homens que são acusados de manter relações com elas foram inocentados por falta de provas.”** c) BBC, em 15/11/2007: **“Extremistas atacam mulheres em cidade do Iraque.** O chefe da polícia de Basra, Abdul Jalil Khalaf, afirmou que a cidade iraquiana está sendo palco de uma campanha de violência contra mulheres, realizada por extremistas religiosos. ‘Existe uma terrível repressão contra mulheres em Basra. Eles matam mulheres, deixam um pedaço de papel nos vestidos delas ou vestem estas mulheres com roupas indecentes, para justificar seus crimes horríveis’, disse à BBC o militar, enviado à Basra em 2007 pelo primeiro-ministro Nouri Maliki para impor a ordem na cidade.(...) uma estudante universitária foi baleada nas pernas por não usar o véu islâmico.” (Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2007/11/071115_ataquesiraquemulheresfn.shtml. (acesso em 15 nov. 2007).). d) Gazeta do Povo, em 18/01/2008: **“Crença da Purificação: Homem se prepara para atravessar fogueira na tradicional festa ‘Luminárias’, que ocorreu em São Bartolomeu de Pinares, Espanha, na quarta-feira. Segundo crenças religiosas, a travessia purifica os animais”.** e) BBC Brasil, em 30/01/2008: **“Austrália pedirá desculpas a aborígenes: O governo australiano anunciou nesta quarta-feira que fará seu primeiro pedido formal de desculpas à população aborígine por injustiças cometidas no passado. (...) o governo quer se desculpar pela ‘política de assimilação’, que permitia que crianças aborígenes fossem tiradas de suas famílias para viver com famílias brancas. Milhares de crianças aborígenes foram vítimas dessa política, adotada pelo país entre 1915 e 1969.”** (Disponível em:

seu modo, a insuficiência do tratamento às questões concernentes ao debate acerca dos fundamentos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Mesmo no plano das Cortes Internacionais, consoante se revela neste trabalho, ainda não se tem conseguido dar uma plena resposta satisfatória à problemática.

Do rol de casos antes colacionados, destaca-se a Corte Interamericana como órgão mais sensível às realidades e identidades culturais. Todavia, importante atentar que se trata de jurisprudência relacionada especificamente à questão indígena, ou seja, não é um discurso ou postura ideológica *lato sensu*, assumida pelo órgão julgador.

Nota-se que a maioria da jurisprudência ainda reproduz os dois extremos do discurso maniqueísta acerca dos direitos humanos (universalismo *versus* relativismo). Preleção que, na prática, ainda não logrou responder suficientemente essas questões – o que se espelha no número cada vez maior de demandas, em que pese a jurisprudência reiterada dos Tribunais.

Eis o desafio contemporâneo:

Multicultural societies throw up problems that have no parallel in history. They need to find ways of reconciling the legitimate demands of unity and diversity, achieving political unity without cultural uniformity, being inclusive without being assimilationist, cultivating among their citizens a common sense of belonging while respecting their legitimate cultural differences, and cherishing plural cultural identities without weakening the shared and precious identity of shared citizenship. This is a formidable political task and no multicultural society so far has succeeded in tackling it.³⁹⁴

A usual maneira contraposta, universalismo *versus* relativismo cultural, não

http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/01/080130_aborigeneaustralia_gv.shtml (acesso em 30 jan. 2008).). f) BBC, em 30/01/2008: Senado afegão apóia condenação à morte de jornalista por blasfêmia. O Senado afegão apoiou a condenação à morte de um jornalista julgado por blasfêmia no norte do Afeganistão. Pervez Kambaksh, de 23 anos, foi condenado na semana passada por baixar e distribuir na Internet um artigo que criticava a relação do Islã com mulheres - e que foi visto como ofensivo à religião. (Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/01/080130_afegaoparlamento_ba.shtml.) (acesso em 31 jan. 2008).).

³⁹⁴ “As sociedades multiculturais apresentam problemas que não têm paralelo na história. Elas precisam encontrar modos de reconciliar as demandas legítimas de unidade e diversidade, alcançando unidade política sem uniformidade cultural, sendo integrador sem ser assimilacionista, cultivando entre seus cidadãos um sentido comum de pertencimento enquanto respeitam suas diferenças culturais legítimas e apreciam identidades culturais plurais sem enfraquecer a identidade preciosa e compartilhada da cidadania. Esta é uma tarefa política formidável e nenhuma sociedade multicultural até agora conseguiu acompanhá-la.” (Tradução Livre) (PARREKH. **Rethinking** ..., p. 343).

dá conta das intrincadas teias e tramas complexas que as discussões acerca dos direitos humanos suscitam na sociedade cosmopolita hodierna³⁹⁵. Não se deve, nada obstante, deixar de reconhecer as dificuldades patentes nessa superação.

Para além dessa carência, o maniqueísmo bipolar que permeia, em geral, a discussão teórica acerca do tema é sintoma de um *mal* mais grave, pois serve a um conhecido conjunto de pressupostos do discurso jurídico dominante e hegemônico.

Assumir, *a priori*, a tensão irreconciliável, entre uma concepção universal e outra cultural dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, encerra o espaço e a possibilidade do diálogo. Significa não reconhecer o *outro* como sujeito ativo e habilitado à necessária comunicação. O não reconhecimento consiste na depreciação e subordinação de determinada identidade cultural (do diferente, o *não-eu*). Cerra-se a porta dialógica, uma vez que o intuito não é conciliar, mas sim (re)conquistar – agora sob a vela da *lex mercatoria* globalizada.

Essa postura, no entanto, não concorda com a cultura dos direitos humanos – a *era dos direitos*³⁹⁶, já há muito anunciada por Bobbio – e torna-se inaceitável em nosso mundo *sem fronteiras*³⁹⁷.

O comprometimento com os direitos humanos implica cogente exercício de alteridade e tolerância. Na linguagem dos direitos humanos, o idioma é o da *reciprocidade*, conforme nos ensina Nancy Frasier³⁹⁸.

Posto isso, o caminho a percorrer nessa última estação pretende, ainda que de modo singelo, realizar a travessia do atual *estado da arte* acerca dos

³⁹⁵ Nas palavras de José Eduardo Faria: “Pouco mais de meio século depois (da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948), o horror da guerra está de volta. A barbárie inerente às mais diversas formas de opressão continua banalizada. Genocídios são cometidos a pretexto de “defesas preventivas” contra atentados terroristas. E o multilateralismo foi substituído pela vontade unilateral do país hegemônico do mundo contemporâneo(...). Assim tem sido a evolução contemporânea dos direitos humanos – uma trajetória resultante de rios de sangue e tinta, de incertezas e definições, de avanços e recuos.” (FARIA, José Eduardo. Prefácio. BALDI, César Augusto [org.]. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004). (sem grifos no original.)

³⁹⁶ BOBBIO. **A era ...**, *op. cit.*

³⁹⁷ Consoante nos alerta Boaventura de Sousa Santos, não existe globalização, mas sim, globalizações. Assim que a globalização não implica necessariamente em dominação. Conforme nos ensina Gustavo Zagrebelsky esta pode significar, na seara dos direitos humanos, a universalização de certos direitos como o direito à democracia, ao desenvolvimento e ao progresso social, direitos que seriam associados a uma idéia de um constitucionalismo global, de uma cidadania mundial. Para mais, ver: (ZAGREBELSKY, *op. cit.*).

³⁹⁸ FRASIER, Nancy. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. In: BALDI, César Augusto [org.]. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 601-622.

fundamentos dos direitos humanos, ao demonstrar a insuficiência das concepções unívocas extremadas, para aportar em interpretações alternativas às tradicionalmente colocadas.

1 RELATIVISMO E UNIVERSALISMO: UM DEBATE A SER SUPERADO

Impende aprofundar o debate acerca do fundamento³⁹⁹ dos direitos humanos e fundamentais e este enfrentamento não pode ser mais adiado.

Desde o surgimento da concepção contemporânea dos direitos humanos, isto é, a partir da declaração universal em 1948⁴⁰⁰, o questionamento basilar – *por que temos direitos?* – ainda ecoa sem respostas satisfatórias.

A tensão latente entre a concepção universal dos direitos humanos e as particularidades culturais tornou-se (ainda) mais aguçada após o término da denominada *guerra fria*⁴⁰¹, com a inserção de pensamentos não alinhados, propalados por vozes suficientemente fortes, nos fóruns internacionais de discussão⁴⁰².

Em especial, destaque-se a já citada Conferência da Organização das Nações Unidas, em Viena, no ano de 1993, na qual, sob os fundamentos do

³⁹⁹ Consoante aponta Fábio Konder Comparato podemos compreender a idéia de fundamento de duas formas: como princípio, a partir do pensamento aristotélico, ou como razão justificativa aportando da ordem de idéias kantiana. (COMPARATO, *op. cit.*).

⁴⁰⁰ Ensina Flávia Piovesan: “No dizer de Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Considerando a historicidade destes direitos, pode-se afirmar que a definição de direitos humanos aponta a uma pluralidade de significados. Tendo em vista tal pluralidade, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida com o advento da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993”. (PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto [org.]. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 46).

⁴⁰¹ “Since the end of the Cold War, ethno-cultural conflicts have become the most common source of political violence in the world, and they show no sign of abating”. “Desde de o final da Guerra Fria, conflitos etno-culturais tornaram-se a fonte mais comum de violência política no mundo, e não demonstram sinais de enfraquecimento”. (Tradução Livre) (KYMLICKA, *op. cit.*, p. 1). No mesmo sentido: “9 de Novembro de 1989. A queda do Muro de Berlim declara o fim da Guerra Fria e impõe a definição de um novo paradigma que identifique a realidade emergente e permita prever as principais fontes de conflito na sociedade internacional do futuro. A comunidade científica assume o projecto e, em 1993, estão já delineadas quatro grandes definições da ‘nova era’, todas fundadas, por continuidade ou analogia, em conceitos e experiências passadas e estreitamente ligadas aos acontecimentos dominantes da política internacional no início da década de 90 – guerras comerciais, guerras religiosas, guerras étnicas, novas guerras frias. Nenhuma das propostas, no entanto, reúne o desejado consenso e o nosso tempo permanece, aparentemente, indefinido”. (JERÓNIMO, *op. cit.*, p. 9).

⁴⁰² Nesse sentido eis manchete da revista Veja, edição número 1981, de 8 de novembro de 2006, à página 62: “O Conselho dos Direitos Islâmicos. Domínio muçulmano leva órgão de direitos humanos da ONU a defender ditaduras”. Não se está aqui a corroborar com o paradigma preconceituoso, e por vezes rasteiro, adotado por periódicos de circulação semanal brasileiras. A manchete, todavia, ilustra a tomada de espaço por países não alinhados com as políticas do eixo dominante.

relativismo cultural e da soberania estatal, iniciou-se, sob a liderança do governo chinês, o questionamento da própria idéia de direitos humanos.

Os acontecidos em 11/09/2001 também foram decisivos para o *choque das civilizações*⁴⁰³ no qual os direitos humanos são instrumentalizados como armas de conquistas, invertendo sua própria lógica e sentido. Novamente biparte-se o mundo e fecham-se as portas do diálogo.

É nessa cena que se colocam as reflexões ora expostas, que oscilam entre os valores individualistas e comunitaristas. Questiona-se o próprio conceito de direitos humanos e seus baldrames filosóficos: *o homem ou a cultura?* Dito de outra forma, medeia entre *doxa* e *episteme*, o debate que arrosta o encontrar de respostas no balanceamento entre universalismo e relativismo.

Não nos parece que os rótulos “universalista” ou “relativista” tenham logrado êxito na tarefa de responder de modo assaz à gama de violações dos direitos humanos que existe na atualidade. A justiça necessita tanto de princípios abstratos, como de elementos de juízo concreto que levem em conta as demandas de contexto.

Nas palavras de Bhikhu Parrekh:

We have discussed two major traditions of thought and concluded that neither provides a coherent theory of cultural and moral diversity. Monists take no account of the role of culture in shaping human beings and defining the nature and content of the good life, and have little appreciation of the source and significance of cultural diversity. As for their pluralist critics they either take a radically culturalist view of human beings and see them as wholly constituted by their culture, or see culture as a kind of superstructure resting on and interacting with an unchanging and identical human nature.⁴⁰⁴

O esteio que aglutina o (re)pensar (dos fundamentos) dos direitos

⁴⁰³ Nas premonições de Samuel HUNTINGTON: “In the emerging era, clashes of civilizations are the greatest threat to world peace, and an international order based on civilizations is the surest safeguard against world war”. “Na era emergente, confrontos de civilizações são as maiores ameaças à paz do mundo e uma ordem internacional, baseada em civilizações é a salvaguarda mais certa contra a guerra mundial”. (Tradução Livre) (*op. cit.*, p. 321).

⁴⁰⁴ “Discutimos duas grandes tradições de pensamento e concluímos que nenhuma delas fornece uma teoria coerente da liberdade moral e cultural. Os monistas não levam em conta o papel da cultura de moldar os seres humanos e definir a natureza e o conflito da boa vida, e têm pouca apreciação da fonte e significado da diversidade cultural. Quanto às suas críticas pluralistas, eles ou têm visão radicalmente culturalista dos seres humanos e os vêem como totalmente constituídos por sua cultura, ou vêem a cultura como um tipo de superestrutura descansando em e interagindo com a natureza humana idêntica e imutável”. (Tradução Livre) (PARREKH. **Rethinking** ..., p. 80).

humanos⁴⁰⁵ é precisamente a superação do embate entre universalismo e relativismo cultural tendo em vista que é “um debate intrinsecamente falso cujos conceitos polares são igualmente prejudiciais para uma concepção emancipatória de direitos humanos”⁴⁰⁶.

Na rota da superação do pêndulo que paira sobre esse campo, o primeiro passo a ser dado, ignorado pelas versões tradicionais – a saber, universalismo ou relativismo cultural – é partir da convicção que os problemas culturais que desafiam a cena dos direitos humanos são também problemas políticos e econômicos.

Nessa toada, aduz Joaquín Herrera Flores: “A cultura não é uma entidade alheia ou separada das estratégias de ação social; ao contrário, é uma resposta, uma reação à forma como se constituem e se desenvolvem as relações sociais, econômicas e políticas em um tempo e espaços determinados”⁴⁰⁷.

Os debates polarizados, entre um pretensão universalismo ou relativismo, não levam em conta, ao menos em um primeiro plano, esta dimensão política-social. Possuem, destarte, uma visão parcial, e portanto reduzida, do real através da qual “acabam por ontologizar e dogmatizar seus pontos de vista ao não relacionar suas propostas com os contextos reais”⁴⁰⁸.

Salienta-se, nesse aspecto, o primeiro problema⁴⁰⁹ das visões tradicionais acerca dos fundamentos dos direitos humanos: *o do contexto*. Conforme nos ensina Herrera Flores, na visão universal abstrata há carência absoluta deste uma vez que “se desenvolve no vazio de um existencialismo perigoso por não se considerar como tal, mas fala de fatos e dados ‘da’ realidade”⁴¹⁰.

A vertente assaz abstrata do universalismo é ressaltada por Bhikuh Parrekh, ao assegurar que não se pode basear a idéia do que seria uma “boa vida” (*good life*) na noção abstrata do sujeito. O mesmo autor prossegue alegando:

A way of life cannot therefore be judged good or bad without taking full

⁴⁰⁵ Insere-se, destarte, a fórmula (re)pensar (dos fundamentos) dos direitos humanos na medida em que é impossível refletir acerca dos fundamentos sem que isso se espelhe em um repensar das próprias categorias *direitos humanos* e *direitos fundamentais*.

⁴⁰⁶ SANTOS. **Reconhecer** ..., p. 441.

⁴⁰⁷ FLORES. **Direitos humanos** ..., p. 363.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 366.

⁴⁰⁹ Enumeração retirada da obra: FLORES, *op. cit.*

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 368.

account of the system of meaning, traditions, temperament and the moral and emotional resources of the people involved. No attempt to prescribe one in the abstract would necessarily be based not on what human beings are like, but on what they should ideally be like, and would have no relevance for not carry conviction with any community.⁴¹¹

Já na visão localista relativista há abundância de contexto que serve como elemento de exclusão, uma vez que é “existencialismo que somente aceita o que inclui, o que incorpora e o que valora, excluindo e desdenhando o que não coincide com ele”⁴¹².

Não há dúvidas de que a cultura conforma a personalidade e o comportamento humano⁴¹³, contudo, esta não pode ser mirada como uma entidade suprema, autônoma, estática e homogênea. Eis aí o equívoco recorrente do relativismo – ou pluralismo, como quer Bhikuh Parrek. Não raro, partindo do pressuposto que a vida humana não pode ser dissociada de seu ambiente cultural, apreende o elemento cultural de forma equivocada como um “integrated and organic whole”⁴¹⁴.

A visão universal abstrata, ancorada em uma racionalidade formal, é *vazia de conteúdo*, uma vez que seu cerne repousa na “concepção ocidental de direito e no valor da identidade”⁴¹⁵. Já a visão localista, ancorada em uma razão cultural, possui como centro “a idéia particular de cultura e o valor da diferença”⁴¹⁶.

“Ambas funcionam como um padrão de medidas de exclusão”⁴¹⁷, alerta Joaquín Herrera Flores. Prossegue asseverando que por meio dessa ótica deriva *um*

⁴¹¹ “Um modo de vida não pode ser julgado bom ou ruim sem se levar em conta o sistema de significados, tradições, temperamentos e os recursos morais e emocionais das pessoas envolvidas. Nenhuma tentativa de se prescrever um no abstrato seria necessariamente baseada não no que são os seres humanos, mas no que seles deveriam idealmente ser, e não teria qualquer relevância por não ter convicção com qualquer comunidade”. (Tradução Livre) (PARREKH. **Rethinking** ..., p. 47).

⁴¹² FLORES. **Direitos humanos** ..., p. 368.

⁴¹³ “[...] human beings were born within and profoundly shaped by their cultural communities, and that different cultures differently reconstituted the shared human nature and give rise to human beings who were at once both similar and different”. “Seres humanos nasceram dentro e profundamente formados por suas comunidade culturais e que culturas diferentes de forma diferente reconstruíram a natureza humana compartilhada e fazem surgir seres humanos que são ao mesmo tempo similares e diferentes”. (Tradução Livre) (PARREKH. **Rethinking** ..., p. 76).

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 77.

⁴¹⁵ FLORES. **Direitos humanos** ..., p. 364.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 364.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 366.

mundo desintegrado, porque “toda centralização implica automatização. Sempre haverá algo que não esteja submetido à lei da gravidade dominante e que deve ficar marginalizada da análise e da prática”⁴¹⁸.

O debate contraposto e polarizado do *universalismo versus relativismo* ainda nos conduz à *unissonoriedade*. Ou seja, o que Flores convencionou denominar de *aceitação cega dos discursos especializados*, já que “provenha de uma *philosophe* ou de um *chamán*, o conhecimento estará relegado a uma casta que sabe que o universal é que estabelece os limites do particular”⁴¹⁹.

A unicidade de caminhos transforma a multiculturalidade em monoculturalidade, conforme nos adverte Parrekh:

A multicultural society, then, is one that includes two or more cultural communities. It might respond to its cultural diversity in one of two ways, each in turn capable of taking several forms. It might welcome and cherish it, make it central to its self-understanding, and respect the cultural demands of its constituent communities; or it might seek to assimilate these communities into its mainstream culture either wholly or substantially. In the first case it is multiculturalist and in the second monoculturalist in its orientation and ethos. Both alike are multicultural societies, but only one of them is multiculturalist. The term multicultural refers to the fact of cultural diversity(...)⁴²⁰

Os enfoques universalistas, por apego ao discurso jurídico abstrato, tendem a ignorar a diversidade e diferenças de poder existentes entre as identidades sociais diversas. Estes axiomas, entretanto, apenas podem ser vistos sob as lentes de determinados contextos espaço-temporais.

Os focos relativistas, por outro lado, ao universalizar em seus particularismos, podem ser complacentes com práticas que promovem e favorecem a iniquidade e, em certas ocasiões, podem até justificar atos de violência física e morte.⁴²¹

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 366.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 368.

⁴²⁰ “Uma sociedade multicultural, então, é aquela que inclui duas ou mais comunidades culturais. Ela pode reagir a sua diversidade cultural de uma ou duas maneiras, cada uma capaz de tomar várias formas. Ela deveria recepioná-la e apreciá-la, fazê-la o centro de seu auto-entendimento e respeitar as demandas culturais de suas comunidades constituintes; ou ela deve procurar assimilar essas comunidades para sua cultura principal quer no todo, quer em parte. No primeiro caso ela é multiculturalista e no segundo monoculturalista em sua orientação e *ethos*. Ambas são sociedades multiculturais, mas apenas uma delas é multiculturalista. O termo multicultural se refere ao fato da diversidade cultural”. (Tradução Livre) (PARREKH. **Rethinking ...**, p. 6).

⁴²¹ É justamente nesse influxo que se coloca a delicada questão sobre a mutilação genital feminina. “Mutilación genital femenina es el término utilizado para referirse a la extirpación parcial o

total de los órganos genitales femeninos. Su forma más severa es la infibulación, también conocida como circuncisión faraónica. Aproximadamente un 15 por ciento de todas las mutilaciones que se practican en África son infibulaciones. El procedimiento incluye la clitoridectomía (por la que se extirpa total o parcialmente el clítoris), la escisión (extirpación de la totalidad o de parte de los labios menores) y la ablación de los labios mayores para crear superficies en carne viva que después se cosen o se mantienen unidas con el fin de que, al cicatrizar, tapen la vagina. Se deja una pequeña abertura para permitir el paso de la orina y del flujo menstrual. En algunas formas menos convencionales de infibulación, se extirpa menor cantidad de tejido, dejándose una abertura más grande. (...) Unos 135 millones de niñas y mujeres de todo el mundo han sufrido la mutilación genital, y cada año millones corren el riesgo de sufrirla (unas 6.000 al día). En África se lleva a cabo de forma generalizada y es una práctica común en algunos países de Oriente Medio. También se produce, sobre todo en comunidades de inmigrantes, en zonas de Asia y Pacífico, América Del Norte, Latinoamérica y Europa.(...) La costumbre y la tradición son, con diferencia, las razones más invocadas para explicar la mutilación genital femenina. Junto con otras características físicas o de comportamiento, la mutilación genital femenina define quién pertenece al grupo. Esto es más evidente cuando la mutilación se lleva a cabo como parte de la iniciación a la edad adulta.” “Mutilação genital feminina é o termo utilizado para se referir à extirpação parcial ou total dos órgãos genitais femininos. Sua forma mais severa é a infibulação, também conhecida como circuncisão faraônica. Aproximadamente 15% de todas as mutilações que se pratica na África são infibulações. O procedimento inclui a clitoridectomia (pela qual se extirpa total ou parcialmente o clitóris), a incisão (extirpação da totalidade ou de parte dos lábios menores) e a ablação dos lábios maiores para criar superfícies em carne viva que depois se costumam ou se mantêm unidas com o fim de que, ao cicatrizar, tapem a vagina. Deixa-se uma pequena abertura para permitir a passagem de urina e do fluxo menstrual. Em algumas formas menos convencional de infibulação, extirpa-se menor quantidade de tecido, deixando a cobertura de tecido maior. (...) Aproximadamente 135 milhões de crianças e mulheres do mundo todo sofreram a mutilação genital, e a cada ano, milhões correm o risco de sofrê-la diariamente (umas 6.000 ao dia) Na África possui uma forma generalizada e é uma prática comum em países do oriente médio”. Também se produzem sobre as comunidades de imigrantes, em zonas da Ásia e do Pacífico, América do Norte, América Latina e Europa. (...) O costume a tradição são, com diferenças, as razões mais invocadas para explicar a mutilação genital feminina. Junto com outras características físicas ou de comportamento, a mutilação genital feminina define quem pertence ao grupo. Isto é mais evidente quando a mutilação se dá como parte de iniciação da vida adulta.” (Tradução Livre) **(LA MUTILACIÓN genital femenina y los derechos humanos: infibulación, escisión y otras prácticas cruentas de iniciación. Amnistía internacional, 1998, p. 21, 23 e 26).**

Ainda sobre o tema: “We do not believe that force changes traditional habits and practices. Superior Western attitudes do not enhance dialogue or equal Exchange of ideas. Genital mutilation does not exist in a vacuum but as a part of the social fabric, stemming from the power imbalance in relations between the sexes, from the levels of education and the low economic and social status of most women. All eradication efforts must begin and proceed from these basic premises. Five countries – Sudan, Kenya, Egypt, Ivory Coast and Burkina Faso – have taken legal or policy measures against genital mutilation, and there are some groups working on it in almost every country where there is practiced. (...) A media campaign in the West will not stop genital mutilation. Westerns and those of us living in the West who wish to work on this issue must forge partnerships with the hundreds of African women on the continent who are working to eradicate the practice.” “Nós não acreditamos que a força mude hábitos e práticas tradicionais: atitudes ocidentais superiores não realçam diálogos ou igualam troca de idéias. Mutilação Genital Feminina não existe no vácuo, mas como parte do tecido social, derivando do desequilíbrio de poder em relações entre os sexos, dos níveis de educação e de status social e econômicos baixos da maioria das mulheres. Todos os esforços de erradicação devem começar e proceder dessas premissas básicas. Cinco países – Sudão, Quênia, Egito, Costa do Marfim e Burkina Faso – tomaram medidas políticas e legais contra a mutilação genital e há alguns grupos trabalhando nelas em quase todos os países onde são praticadas (...) Uma campanha de mídia no Ocidente não acabará com a mutilação genital. Os ocidentais e aqueles de nós morando no Ocidente e que desejamos trabalhar com isto, devem forjar parcerias com as centenas de mulheres africanas no continente que trabalham para erradicar a prática”. (Tradução Livre) (DAWIT, Seble; MEKURIA, Salem. *The West just doesn't get it*. New York Times, dec. 7, 1993, p. A27. In: HENKIN, Louis *et al.* **Human Rights**. New York: Foundation Press, 1999, p. 391).

Por fim, importa esclarecer: “There is no single explanation for the practice of the many

É nessa senda excludente que o debate, como tradicionalmente posto, pugna pela unicidade hermenêutica, uma vez que “tanto as visões abstratas quanto as visões localistas abominam o contínuo fluxo de interpretações e re-interpretações. Cada uma por seu lado procura colocar um ponto final hermenêutico que determine a racionalidade em suas análises e propostas”⁴²².

Dessarte, fixar-se nesses dois extremos configuraria o que se chama de *inversão dos direitos fundamentais* que, pelo discurso de defesa desses direitos, violam-se ainda mais os próprios.⁴²³ Impõe um dever de travessia.

Acerca da necessidade de rejeitar os extremos:

In the light of our discussion, we can reject two extreme views. Human beings are neither determined by their culture, nor are they transcendental beings whose inner core or basic nature remains wholly unaffected by it. Their culture shapes them deeply, but they are able to take a critical view of it and rise above it in varying degrees. The extent to which they do so cannot be generalized, for that depends on the nature of the culture and the critical resources available to its members.⁴²⁴

forms of traditional FGS (female genital surgery). Different ethnic groups identify different motivations or point to a mixture of rationales. Female genital surgery is most prevalent in predominantly Islamic countries in Africa, but it is also found among groups that practice Christian, Jewish, and African religions. While a few Muslim religious leaders continue to promote the practice of FGS on religious grounds, historians suggest that FGS pre-dates Islam, and that its origins in other religious traditions are unclear”. “Não há uma única explicação para a prática de muitas formas de cirurgia genital feminina. Grupos étnicos diferentes identificam motivações diferentes ou apontam para uma mistura de razões. A cirurgia genital feminina é mais prevalente em países predominantemente islâmicos na África. Mas também é encontrada entre grupos cristãos, judeus e de religiões africanas. Enquanto poucos líderes religiosos muçulmanos continuam a promover essa prática com base na religião, os historiadores sugerem que a mutilação genital feminina existe desde antes do islamismo e que sua origem em outras tradições religiosas é obscura”. (Tradução Livre) (LEWIS, Hope. *Between Irua and the Female Genital Mutilation: Feminist Human Rights Discourse and the Cultural Divide*. In: HENKIN, Louis *et al.* **Human Rights**. New York: Foundation Press, 1999. p. 392).

⁴²² FLORES. **Direitos humanos** ..., p. 369.

⁴²³ Os direitos humanos se transformaram, paradoxalmente, em certos casos, em uma agressividade humanitária. Esta lógica edificou-se sobre uma racionalidade pela qual é possível violar os direitos humanos daqueles que os violam. O pano de fundo que perpassa este cenário ainda é mais equivocado segundo o qual quem viola os direitos humanos não os possui. É alarmante que no panorama hodierno este modelo ainda se faça presente e com manifestações cada vez mais extremadas. Em viagem ao passado recente, início da década de 1990, quando o Kosovo e a Sérvia foram as paisagens escolhidas para receber a “intervenção humanitária” promovida pela OTAN, em nome das violações de direitos que a Sérvia cometeu frente aos kosovares. Mais recém ainda, a guerra do Afeganistão ressaltou a ambivalência dos direitos humanos. Um país foi destruído em nome de assegurar a vigência dos direitos fundamentais. Assim, os Estados Unidos puseram em marcha uma grande fábrica de mortes, levando a cabo uma ação de aniquilamento onde a maioria dos mortos era civil. O que se destruiu foi a base de vida da população, aniquilou-se a já parca e incipiente infra-estrutura econômica nacional. O ataque não se dirigiu apenas contra as vidas humanas diretamente, mas também contra os meios de vida de um país inteiro. Ainda presenciemos, cotidianamente, as repercussões deste raciocínio quando, nos meios de comunicação, as notícias apontam para a continuidade da guerra no Iraque.

⁴²⁴ “À luz de nossa discussão podemos rejeitar dois pontos de vista extremos. Os seres

O problema do contexto, a centralidade unilateral, a unissonoridade e a unicidade hermenêutica conduzem a um panorama extremado, intolerante e excludente que, *ipso facto*, não orna com a ética da alteridade que deveria permear o discurso jurídico dos direitos humanos.

Cada qual ao seu modo, as concepções atomistas e maniqueístas acerca dos fundamentos dos direitos humanos, paradoxalmente colaboram para o mesmo fim: “a separação entre nós e eles, o despreço pelo outro, a ignorância com respeito a que o único que nos faz idênticos é a relação com os outros; a contaminação de alteridade”⁴²⁵.

Questionando essas posições excludentes, é possível advogar por uma *teoria alternativa dos direitos humanos*⁴²⁶, ou ainda uma *terceira via*⁴²⁷ que comprometa o discurso teórico com a realidade dos direitos humanos hodiernamente.

Vale dizer, *abstração sem idealização*. Ou seja, reconhecer a existência de princípios abstratos, todavia, sem universalismos, perfilhando, *pari passu*, o papel *sui generis* que a cultura desempenha na formação, e proteção do rol dos direitos humanos em cada sociedade.

Isso implica em que a justiça concreta deve aderir-se a princípios mínimos que possam ser adotados por qualquer pluralidade de seres, que não negue sua condição de sujeito, nem sua autonomia. Apela-se a uma mínima idéia de justiça sem que esta implique em modelos de agentes humanos idealizados⁴²⁸.

humanos não são nem determinados por sua cultura, nem são seres transcendentais cujo cerne íntimo ou natureza básica permanece totalmente inafetada pela cultura. Sua cultura os amolda profundamente, mas eles podem ter uma visão crítica e se elevar acima dela em vários graus. A extensão na qual eles a fazem não pode ser generalizada porque depende da natureza da cultura e dos recursos críticos disponíveis para seus membros”. (Tradução Livre) (PARREKH. **Rethinking** ..., p. 158).

⁴²⁵ FLORES. **Direitos humanos** ..., p. 373.

⁴²⁶ Expressão cunhada por Joaquín Herrera Flores. (FLORES. **Direitos humanos** ..., *op. cit.*).

⁴²⁷ Concepção veiculada pela antropóloga colombiana Marcela Tóvar em palestra proferida no II Encontro de Direito e Cultura Latino-Americanos, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 25-28 de julho de 2006.

⁴²⁸ Para tal feito, a noção de autonomia herdada do filósofo Cornelius Castoriadis fornece base para uma fundamentação que, apesar de possuir caráter normativo, não implica numa fundamentação em standarts extra-sociais: “a autonomia é um projeto ou condição sócio-histórica que implica a atividade reflexiva e deliberante dos membros de uma sociedade. É a capacidade de questionar o instituído.” (TÓVAR, *op. cit.*).

Frente a essa aporia contemporânea na teoria dos fundamentos dos direitos humanos e, em que pese já termos aprendido com o mestre Drummond que *os lírios não nascem das leis*⁴²⁹, faz-se imperiosa a busca de outras teorias – aliadas à prática respectiva – dos direitos humanos e fundamentais que respondam justa e democraticamente às demandas da comunidade plural e heterogênea a qual se aplicam.

⁴²⁹ “Esse é tempo de partido, tempo de homens partidos. Em vão percorremos volumes, viajamos e nos colorimos. A hora pressentida esmigalha-se em pó na rua. Os homens pedem carne. Fogo. Sapatos. As leis não bastam. Os lírios não nascem das leis”. (DRUMMOND, Carlos. **Antologia poética**. Rio de Janeiro: Record, 2001).

2 NOVAS PERSPECTIVAS PARA VELHOS PROBLEMAS

Registrada a impossibilidade de prosseguirmos guiando o debate acerca dos fundamentos dos direitos humanos nesta bipolaridade – universalismo e relativismo cultural – abrem-se, na teoria contemporânea dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, uma miríade de novas perspectivas, na tentativa de conciliar as duas bases fundantes dos direitos humanos, o homem e a cultura.

São horizontes inovadores, não por sua enunciação atual, mas sim, porque renovam o tradicional e desgastado discurso jurídico com novos elementos formadores de uma concepção jurídica aberta e plural.

As dificuldades, por sua vez, são encanecidas, uma vez que o problema do fundamento dos direitos humanos acompanha-os desde seu surgimento. Nas palavras de Seyla Benhabib:

Our contemporary condition is marked by the emergence of new forms of identity politics all around the globe. These new forms complicate and increase centuries-old tensions between the universalistic principles ushered in by the American and French Revolutions and the particularities of nationality, ethnicity, religion, gender, “race”, and language.⁴³⁰

A base da qual se lançam, no mais das vezes, é compartilhada: afastar os extremos e reconciliar discursos (aparentemente) antagônicos.

No sentido de apartar as extremidades, na busca do ansiado meio-termo aristotélico⁴³¹, Jack Donnelly nos apresenta uma escala que aponta para diversos graus do universalismo e do relativismo.⁴³²

⁴³⁰ “Nossa condição contemporânea é marcada pelo surgimento de novas formas de políticas de identidade em todo o globo terrestre. Estas novas formas complicam e aumentam as velhas tensões seculares entre os princípios universalistas conduzidos pelas revoluções Francesa e Americana e as particularidades de nacionalidade, etnia, religião, gênero, ‘raça’, e linguagem”. (Tradução Livre) (BENHABIB, *op. cit.*, p. vii).

⁴³¹ Em sentido crítico: “Não acreditamos em universais pré-fixados. E também não confiamos muito nas fórmulas intermediárias recentemente ensaiadas”. (JERÓNIMO, *op. cit.*, p. 259).

⁴³² Acerca da temática nos ensina Daniela Ikawa: “Jack Donnelly indica a existência de vários graus de universalismo e de relativismo, no que toca, vale dizer, a aceitação da idéia de direitos humanos, ligando, de certa forma, o universalismo mais radical ao liberalismo e o relativismo ao comunitarismo – uma simplificação que se adapta, em grande medida, ao debate traçado na atualidade”. (IKAWA, Daniela. Universalismo, relativismo e direitos humanos. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional dos direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2004).

A pluralidade de posições e tendências trazidas pelo autor reflete a multiplicidade, e conseqüente complexidade, da temática. Rompe-se, destarte, com a bipolaridade do discurso – ou seja, ou é universalista ou é relativista.

O tema é plural e assim deverá ser tratado. É conveniente apenas para o pensamento jurídico dominante prosseguir figurando dois pólos inconciliáveis. Demonstrar estes aspectos é o grande mérito da escala de gradações, dos vários graus de universalismo e relativismo, indicada por Jack Donnelly.

Aportando, de um lado, do relativismo cultural como fato inegável, e de outro, que no mundo contemporâneo é impossível negar o consenso que há ao redor da Declaração de 1948⁴³³, o autor demonstra o liame que há entre as teses universalistas e relativistas.⁴³⁴

De outro lado o diálogo entre “nós” e “eles” não é apenas possível, mas

⁴³³ “O Ocidente não se limitou, por isso, a ser o ‘berço’. As marcas que deixou sobre a sua criação são indelévels e isso não pode deixar de representar uma dificuldade de vulto para todos os que pretendem para os Direitos Humanos um caráter universal – seja este entendido como um *a priori* imediatamente decorrente do sustento jusfilosófico que os acompanha ou, simplesmente como o estado actual da abrangência dos instrumentos normativos internacionais que os consagram”. (JERÓNIMO, *op. cit.*, p. 245).

⁴³⁴ Esquemáticamente, sua escala pode ser assim mirada: Nos dois extremos encontramos, de um lado, o universalismo radical que pugna: “*Culture is irrelevant to the (universal) validity of moral rights and rules*”. E prossegue: “*the radical universalist would give absolute priority to the demands of the cosmopolitan moral community over the other (“lower”) communities*”. “A Cultura é irrelevante à validade (universal) dos direitos e regras morais. O universalismo radical daria absoluta prioridade às demandas da comunidade moral cosmopolita sobre as outras comunidades (‘inferiores’).” (Tradução Livre) Já no outro pólo, há o relativismo radical que baseia o fundamento dos direitos apenas na cultura como fonte de validade moral destes. Dentro deste último aspecto, o conceito de “ser humano”, em si, não possui significação moral, uma vez que “*Culture is the soul source of the validity of a moral right or rule*”. “Cultura é a fonte espiritual de validade de um regulamento ou direito moral.” (Tradução Livre) Entre esses dois pólos subsiste o chamado relativismo forte no qual “*culture is the principal source of the validity of a right or a rule. At its furthest extreme, strong cultural relativism accepts a few basic rights with virtually universal application but allows such a wide range of variation that two entirely justifiable sets of rights might overlap only slightly*.” “Cultura é a principal fonte de validade de um regulamento ou direito. Na sua parte mais extrema, o relativismo cultural forte aceita poucos direitos básicos com aplicação virtualmente universal, mas permite que gama tão ampla de variação que dois conjuntos de direitos totalmente justificáveis possam ultrapassar apenas levemente”. (Tradução Livre) Mostrando a interconexão dos dois pólos desse esquema, o que paradoxalmente revela quão semelhantes são, associa esta idéia com o que cognominou de universalismo fraco que, por sua vez, reconhece tanto de um valor intrínseco da cultura quanto do homem como fundamento de validade do direito. Por fim, ainda abroham os entretons do relativismo fraco, que combina com uma postura universalista forte. Neste aspecto assevera Donnelly: “Weak cultural relativism, which might also be called strong universalism, considers culture a secondary source of the validity of a right or rule. Universality is initially presumed, but the relativity of human nature, communities, and rules checks potential excesses of universalism”. “O fraco relativismo cultural, que também pode ser chamado de universalismo forte, considera a cultura como uma fonte secundária de validade de um direito ou regulamento. A universalidade é presumida de início, mas a relatividade da natureza humana, comunidades e regulamentos checam os potenciais excessos do universalismo”. (Tradução Livre) (DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory and in Practice**. Ithaca: Cornell University Press, 2003, p. 90).

também necessário. A existência de direitos humanos é umbilicalmente ligada à existência do próprio homem – nele e na sua dignidade intrínseca estão seus fundamentos.⁴³⁵

Essa concepção, paradoxalmente, ao mesmo tempo que reforça a universalidade dos direitos, não nega seu relativismo. Todos os direitos, e não apenas os fundamentais, são historicamente relativos porque sua fonte primária – a pessoa humana – é essencialmente histórica.⁴³⁶

Dessarte, por um lado, o relativismo cultural é inegável, haja vista a historicidade do(s) direito(s), e por outro, se os direitos humanos são, por definição, direitos dos humanos, também o são, por definição, universais.

A partir desse salutar paradoxo, parcela da doutrina nos oferece caminhos alternativos para navegar o *iter* das águas da realidade, banhadas pela correnteza da diversidade.

Boaventura de Sousa Santos aponta, por isso mesmo, a insuficiência do maniqueísmo para lidar com as demandas hodiernas dos direitos humanos:

É sabido que os direitos humanos não são universais na sua aplicação. Actualmente são consensualmente identificados quatro regimes internacionais de aplicação de direitos humanos: o europeu, o inter-americano, o africano e o asiático. Mas serão os direitos humanos universais enquanto artefacto cultural, um tipo de invariante cultural ou transcultural, parte de uma cultura global? A minha resposta é não. Ainda que todas as culturas tendam a definir os seus valores mais importantes como os mais abrangentes, apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais. Por isso mesmo, a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona ao questioná-lo. Por outras palavras, a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental. O conceito de direitos humanos se assenta num bem conhecido conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais(...)⁴³⁷

Como forma de superação desta inópta bipolaridade, o autor português opta

⁴³⁵ Consoante questiona Jack Donnelly: *if human rights are based in nature, on the simple fact that one is a human being, then how can human rights be relative in any fundamental way?* “Se os direitos humanos são baseados na natureza pelo simples fato de alguém ser um ser humano, como, então, podem ser relativos em qualquer modo fundamental?” (Tradução Livre) (DONNELLY. **Universal** ..., p. 90).

⁴³⁶ “Esqueceram a dimensão cultural da natureza humana, permitindo-se dizê-la universal, quando ela é, na verdade, relativa. Esqueceram a dimensão societária da natureza humana, concebendo o homem como um ser isolado, independente e indiferente a qualquer grupo. E depois tiveram a veleidade de pretender impor o modelo ao mundo inteiro. Uma pretensão que – aos olhos dos relativistas – se afigura totalmente insustentável.” (JERÓNIMO, *op. cit.*, p. 249-250).

⁴³⁷ SANTOS. **Por uma concepção** ..., p. 250-253.

pela centralidade do sistema axiológico do princípio da dignidade da pessoa humana. O autor desloca o foco em questão: ao invés de direitos humanos passa a falar em dignidade da pessoa humana porque “todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos”.⁴³⁸

Partindo dessas premissas, Boaventura de Sousa Santos aponta para algumas diretrizes para um diálogo intercultural sobre a dignidade da pessoa humana: a primeira delas é o reconhecimento, em diversas culturas, de preocupações isomórficas com a dignidade humana; a segunda é assumir a incompletude e problematicidade das diversas concepções de dignidade humana que recolhemos de diferentes culturas; em terceiro lugar impende aceitar a dessemelhança das versões da dignidade humana oferecidas pelos distintos feixes culturais; por fim, deve-se saber distinguir entre a luta pela igualdade e a luta pelo reconhecimento igualitário das diferenças.

Nessa concepção, a luta pelos (dos) direitos humanos impõe o necessário diálogo intercultural, baseado em uma *hermenêutica diatópica*⁴³⁹ como forma de, a partir da consciência de sua própria incompletude, ampliar o diálogo entre culturas.

Do mesmo modo que o autor português, Abdullahi An-Na'im identifica que, ao revés de percepção de direitos humanos, a maioria das sociedades possui – ainda que de modo subjacente – concepções de dignidade humana e de justiça social. Em suas palavras: “While all societies have underlying concepts of dignity and justice, few have concepts of rights. Human rights, then, are a particular expression of human dignity”⁴⁴⁰.

⁴³⁸ (*Ibidem*, p. 442). Acerca da temática, acrescenta Ingo Sarlet: “Com efeito, é de se perguntar até que ponto a dignidade não está acima das especificidades culturais, que, muitas vezes, justificam atos que, para a maior parte da humanidade, são considerados atentatórios à dignidade da pessoa humana, mas que para determinados povos são tidos como legítimos. Esta é, sem dúvida, apenas mais uma das questões que aqui deixaremos em aberto”. (SARLET. **A dignidade** ..., p. 56). No mesmo sentido Joaquín Herrera Flores anota que, em que pese a diversidade, as teorias hodiernas dos direitos humanos convergem distintamente à idéia de um conjunto de processos (normativos, institucionais e sociais) que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. (FLORES. **El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal**. Bilbao: Desclée, 2000, p. iv).

⁴³⁹ “A hermenêutica diatópica requer não apenas um tipo de conhecimento diferente, mas também um diferente processo de criação do conhecimento. A hermenêutica diatópica exige uma produção de conhecimento colectiva, participativa, interactiva, intersubjetiva e reticular, uma produção baseada em trocas cognitivas e afectivas que avançam através do aprofundamento da reciprocidade entre elas. Em suma, a hermenêutica diatópica privilegia o conhecimento-emancipação em detrimento do conhecimento-regulação”. (SANTOS. **Por uma concepção** ..., p. 264-265).

⁴⁴⁰ “Enquanto todas as sociedades têm conceitos fundamentais de dignidade e justiça,

Tentando mediar os dois extremos incomunicáveis, Abdullahi A. Na-Na'im propõe um *conceito moderno de direitos humanos*⁴⁴¹ que acolha uma concepção cultural com maior diversidade possível. Em seus ensinamentos:

Para impedir que esta inevitável tensão [entre o relativo e o universal] rejeite o conceito de direitos humanos e frustrate o seu propósito nas diferentes sociedades, deve haver um esforço deliberado para construir um consenso em torno do conteúdo normativo e dos mecanismos de implementação dos direitos humanos. Isto é, o projeto da universalidade dos direitos humanos deve ser concretizado por meio de uma congruência de respostas da sociedade à injustiça e à opressão, e não pelo transplante de um conceito totalmente desenvolvido e de seus mecanismos de implementação de uma sociedade para outra.⁴⁴²

Nesse influxo, a universalidade deve ser buscada não como transposição de um conceito alheio, mas sim, “como mecanismos de implementação [dos direitos humanos], devem refletir um consenso que emerge das experiências reais de todas as sociedades humanas”⁴⁴³.

Jürgen Habermas, por sua vez, enxerga os direitos humanos como uma parametrização ética para transcender os limites das diferentes culturas. Partindo de sua abordagem universalista da filosofia prática, o autor vê factibilidade no projeto universal dos direitos humanos.⁴⁴⁴

poucas têm conceitos de direitos. Os direitos humanos, então, são uma expressão particular da dignidade humana”. (Tradução Livre) (AN-NA'IM, Abdullahi A. Proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 400).

⁴⁴¹ “[...] o conceito moderno de direitos humanos é o produto de uma longa história de luta por justiça social e resistência à opressão que constantemente está-se adaptando às condições variáveis para melhor atingir seus objetivos. Na medida em que as estruturas e os processos de injustiça e opressão sociais são específicos para a sociedade, o relativismo cultural e contextual – a alegação de que uma sociedade deve viver de acordo com suas próprias normas e valores e exerce alguma influência. Por outro lado, na medida em que as particularidades locais diminuem por força da globalização, o impulso para os direitos humanos universais torna-se mais comum. Entretanto, uma vez que a globalização reflete as relações desiguais de poder entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, permanecerá a tensão entre o relativo e o universal”. (AN-NA'IM, *op. cit.*, p. 437).

⁴⁴² *Ibidem*, p. 438.

⁴⁴³ “Isto é, deve ser estabelecida a universalidade dos direitos humanos como premissa em relação a particularidades culturais e contextuais, em vez de se ignorar a existência ou significância dessas condições específicas”. (*Ibidem*, p. 447).

⁴⁴⁴ “Tal posição se encontra na contra-corrente do cenário filosófico contemporâneo. Nosso horizonte cultural está, por um lado – no âmbito da cultura anglo-saxônica –, submetido à acachapante influência do pensamento wittgensteiniano (que como consequência das idéias expostas de seu trabalho de 1953, *As Investigações Filosóficas*, ensejou o desenvolvimento de uma crescente consciência contextualista com o desenvolvimento de um ‘perspectivismo sem relativismo’; por outro – na cultura européia continental –, impulsionado pela historicização imposta às nossas mais caras categorias de pensamento pela filosofia heideggeriana (e por todos seus

Os direitos humanos são, sob esta ótica, *fundamento de validade* da ordem jurídica democrática como linguagem universal e transcultural.⁴⁴⁵ Nessa toada, afirma:

Apesar de sua origem européia, eles [os direitos humanos] representam hoje a linguagem universal no âmbito da qual as relações de intercâmbio global são reguladas normativamente. Ela constitui uma única linguagem na Ásia, na África e na América do Sul, na qual os oponentes e as vítimas de regimes assassinos e de guerras civis conseguem levantar a sua voz contra a violência, a repressão, a perseguição e o desrespeito à sua dignidade humana. Porém, na medida em que os direitos humanos são aceitos como uma linguagem transcultural, agudizou-se, nas diferentes culturas, a disputa acerca de sua correta interpretação. E uma vez que esse discurso intercultural sobre os direitos humanos é conduzido pelos critérios do reconhecimento recíproco, ele pode levar a uma compreensão descentrada de uma construção normativa, inclusive dos europeus, que deixa de ser, aos poucos, propriedade da cultura européia.⁴⁴⁶

É da própria natureza de pressuposto universal e transcultural que o projeto dos direitos humanos torna-se democrático ao estabelecer o diálogo intercultural, desligando-se dos padrões excludentes anteriores. Nesse diapasão certifica: “A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica”⁴⁴⁷.

O princípio universalizante decorre, assim, da própria teoria do agir comunicativo que tem como pressuposto dos direitos humanos a autonomia⁴⁴⁸ dos sujeitos discursivos, propiciada pelo exercício democrático.⁴⁴⁹

desenvolvimentos na seara do pós-estruturalismo francês e dos seus desdobramentos pós-modernos), profundamente cético em face de qualquer ponto de vista universalista que sustente a existência de princípios morais (e até padrões de racionalidade) que possam transcender os horizontes culturais de uma determinada forma de vida”. (MAIA, Antônio Cavalcanti. *Acerca dos direitos humanos e o diálogo intercultural*. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 93).

⁴⁴⁵ Para um exame mais aprofundado ver: HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 143-163.

⁴⁴⁶ *Idem*. **Era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 204.

⁴⁴⁷ *Idem*. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 139.

⁴⁴⁸ Acerca da conexão dos direitos do homem com a autonomia individual afirma o autor alemão: “Os direitos do homem, fundamentados na autonomia moral dos indivíduos, só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos”. (*Ibidem*, p. 127).

⁴⁴⁹ “O nexa interno entre ‘direitos humanos’ e soberania popular, reside, pois, no fato de que a exigência de institucionalizar a auto-legislação em termos de direito tem que ser preenchida com o auxílio de um código, o qual implica, ao mesmo tempo, a garantia de liberdades subjetivas de ação e

Dando um passo adiante, Enrique Dussel⁴⁵⁰ entrevê, para além de uma validade universal formal como queria Habermas⁴⁵¹, a exigência de uma fundamentação material dos direitos humanos⁴⁵² através das lentes da *filosofia da libertação*. Em suas palavras: “De fato, uma filosofia da “*libertação*” (genitivo objetivo: seu tema) parece que deveria antes de tudo partir de uma libertação da própria “*filosofia*” (genitivo subjetivo: o sujeito que exerce o próprio discurso exercido)”⁴⁵³.

A filosofia contemporânea deve libertar-se da falácia do eurocentrismo europeu moderno para resgatar “o *contradiscorso* não hegemônico, dominado, silenciado, esquecido e até excluído, o da alteridade...”⁴⁵⁴, com pretensão de mundialidade.⁴⁵⁵

de reclamação. Inversamente, a repartição igualitária desses direitos subjetivos (e de seu valor eqüitativo) só pode ser satisfeita através de um processo democrático que justifica a suposição de que os resultados da formação política da opinião e da vontade são racionais. Deste modo, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que uma possa reivindicar o primado sobre a outra.” (*Ibidem*, p. 316).

⁴⁵⁰ “A todo instante a sensação de que o ser humano se encontra “preso” em uma jaula, idéia que bem simboliza o autofechamento crescente de cada país em relação a seu vizinho, impõe mais medo do que proteção. A institucionalização do terror sistêmico, questão amplamente debatida por Hannah Arendt, em especial em *Origens do Totalitarismo*, retira do homem a espontaneidade e a convivência, e faz da solidariedade uma característica tão distante quanto a utópica *paz perpétua* kantiana, em seu sentido mais ordinário. Nessa ordem de idéias, impõe-se a premissa da necessidade da fundamentação em todos os campos, e mais precisamente no direito internacional dos direitos humanos. Assim sendo, a tematização dos direitos humanos exige o enfrentamento da questão relativa à sua fundamentação filosófica no horizonte de um paradigma metodológico caracterizado pela complexidade atual do assunto. Tanto é necessário, que novas tentativas são apresentadas por filósofos contemporâneos, que consideram insuficientes as já tradicionais justificações filosóficas. Exemplos disso são as filosofias do giro-lingüístico, em especial a versão da razão comunicativa de Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas, e da ética da libertação, proposta por Enrique Dussel.” (MEDEIROS, Ana Leticia Duarte Baraúna. Direito internacional dos direitos humanos e filosofia na América Latina: contribuições para uma possível fundamentação crítica. **Cadernos PROLAM/USP**, a. 4, v. 2, p. 106, 2005).

⁴⁵¹ “Para a Ética da Libertação os enunciados normativos podem ser avaliados (com pretensão de retidão por seu conteúdo material de valor), éticos em sentido forte (com pretensão de verdade prática), ou simplesmente morais (com pretensão de validade formal). Não assim para Habermas: ‘A esse propósito cabe qualifica, com razão, a ética discursiva de formal. Esta não oferece orientações de conteúdo algum, mas um procedimento (*Verfahren*): o do discurso prático.’” (DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 198).

⁴⁵² “Dessa forma, ao se estabelecer essa distinção entre validade e verdade nasce a possibilidade de se buscar também uma fundamentação de conteúdo (material) com pretensão de universalidade, orientação esta que de maneira inovadora é objeto das reflexões filosóficas de Enrique Dussel em sua fundamentação de uma ética da libertação.” (MEDEIROS, *op. cit.*, p 114).

⁴⁵³ DUSSEL, *op. cit.*, p. 67.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 72.

⁴⁵⁵ “A filosofia, e a ética em especial, portanto, precisa liberar-se do “eurocentrismo” para devir, empírica e faticamente, mundial a partir da afirmação de sua alteridade excluída, para analisar

Na teoria filosófica crítica, os direitos humanos, por sua vez, substanciam-se materialmente no princípio da “obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade”⁴⁵⁶.

Através dessa visão universal, o fundamento cultural não é ignorado por Dussel. As culturas, para esta teoria, são balizadores da significação dos direitos humanos em cada sociedade, porém não como baldrame único, em razão de sua incomensurabilidade.

Com a filosofia de Enrique Dussel, inaugura-se um novo paradigma jusfilosófico, pensado a partir do *outro* – da periferia latino-americana: o paradigma da *vida concreta de cada sujeito*⁴⁵⁷ que parte de um exercício de profunda alteridade e inclusão.

Também partindo de um programa comunicativo, Seyla Benhabib coloca os valores do respeito universal e da igualdade recíproca como pré-condições dialogais do debate dos direitos humanos na cena multicultural.

De acordo com a autora, auto-proclamada universalista⁴⁵⁸, democracia e diversidade cultural são valores que podem caminhar juntos no mundo contemporâneo. A síntese seria possível por meio da adoção do modelo de democracia deliberativa, em suas palavras:

(...) I propose a deliberative democratic model that permits maximum cultural contestation within the public sphere, in and through the institutions and associations of civil society. While defending constitutional and legal universalism at the level of the polity, I also argue that certain kinds of legal pluralism and institutional power-sharing through regional and local parliaments are perfectly compatible with deliberative democratic approaches.⁴⁵⁹

agora desconstrutivamente seu ‘ser periférico’”. (*Ibidem*, p. 76-77).

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 573.

⁴⁵⁷ Em consonância com esta ordem de idéias, a condição de possibilidade de (co)existência repousa na própria vida. De tal modo, a vida passa da condição de direito fundamental juridicamente reconhecido para se tornar condição essencial de possibilidade dos outros direitos. A vida humana - que, para assim ser compreendida, deve ser impreterivelmente digna - é mirada a partir de seu substrato material (biológico), como experiência palpável que não se limita a um plano metafísico, haja vista sua essência concreta (física e biológica).

⁴⁵⁸ “If one must choose, I value the expansion of democratic inclusion and equality over the preservation of cultural distinctiveness...”. “Se a gente deve escolher, eu valorizo a expansão da igualdade e inclusão democrática sobre a preservação de distinção cultural”. (Tradução Livre) (BENHABIB, *op. cit.*, p. x).

⁴⁵⁹ “Eu proponho um modelo de democracia deliberativa que permita máxima contestação cultural dentro da esfera pública, em e por meio de instituições e associações de sociedade civil. Enquanto defendo o universalismo legal e constitucional em nível de política, também argumento que certos tipos de pluralismo legal e divisão de poderes institucional através de parlamentos locais e

Tendo como método de análise o construtivismo social⁴⁶⁰ (*social constructivism*) concluí a autora: “within a deliberative democratic model, sensitivity to the politics of culture and a strong universalist position are not incompatible”⁴⁶¹.

Importante ressaltar que a busca da universalidade não ignora as especificidades culturais. As culturas são cruciais na compleição da aceção dos direitos humanos em cada povo, entretanto, não como embasamento último, haja vista sua incomensurabilidade, mas como intermédio para uma fundamentação possível e libertária.

É no caminho do liberalismo que Will Kymlicka busca fundamentar a existência de uma cidadania multicultural ao suplementar a teoria tradicional dos direitos humanos com o que cognominou de uma teoria dos direitos das minorias⁴⁶².

Partindo do pressuposto básico do liberalismo – a liberdade e autonomia individual – o autor canadense pretende revisitar a teoria liberal, à luz das sociedades contemporâneas, para mostrar que a liberdade individual e as estruturas culturais⁴⁶³ são profundamente interligadas.⁴⁶⁴

regras são perfeitamente compatíveis com abordagens democráticas deliberativas”. (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. ix).

⁴⁶⁰ “[...] all analyses of cultures, whether empirical or normative, must begin by distinguishing the standpoint of the social observer from that of the social agent. (...) From within, a culture need not appear as a whole; rather, it forms a horizon that recedes each time one approaches it”. “Todas as análises da cultura, empíricas ou normativas, devem começar por distinguir entre o ponto de vista de um observador social e do agente social. (...) De dentro, uma cultura não precisa parecer como um todo, de preferência, ela forma um horizonte que recua cada vez que a gente se aproxima dela”. (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 5). Através dessa ordem de idéias fica clara a impossibilidade de um conceito fixo de cultura uma vez que este se encontra em constante mutação.

⁴⁶¹ “dentro de um modelo democrático deliberativo, sensibilidade às políticas de cultura e uma forte posição universalista não são incompatíveis”. (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. x).

⁴⁶² “[...] it has become increasiling clear that minority rights cannot be subsumed under the category of human rights. Traditional human rights standards are simply unable to resolve some of the most important and controversial questions relating to cultural minorities (...)”. “Tornou-se bastante claro que os direitos da minoria não podem ser subsumidos sob a categoria dos direitos humanos. Os padrões tradicionais de direitos humanos são simplesmente incapazes de resolver algumas das mais importantes e controversas questões relacionadas às minorias culturais”. (Tradução Livre) In: (KYMLICKA, *op. cit.*, p. 4).

⁴⁶³ KYMLICKA trata o elemento cultural com base no conceito de *societal culture*, qual seja, “a culture which provides its members with meaningful ways of life across the full range of human activities, including social, educational, religious, recreational, and economic life, encompassing both public and private spheres. These cultures tend to be territorially concentrated and based on shared language”. “uma cultura que dá a seus membros modos significativos de vida através de uma gama completa de atividades humanas, incluindo a vida econômica, recreacional, religiosa e educacional, englobando ambas as esferas pública e privada. Essas culturas tendem a ser territorialmente concentradas e baseadas em linguagem partilhada”. (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 76).

⁴⁶⁴ “Respecting minority rights can enlarge the freedom of individuals, because freedom is intimately linked with and dependent of culture”. “Respeitar os direitos das minorias pode alargar a liberdade de indivíduos, porque a liberdade está intimamente ligada com e dependente da cultura”.

Independente da estrutura social cultural a qual se integre, sob as lentes do liberalismo, duas são as pré-condições para conjugar liberdade e cultura: de um lado, a liberdade de escolha da concepção de (boa) vida que se quer levar e, de outro, a possibilidade de questionar essas escolhas e crenças em face de novas informações e/ou experiências.⁴⁶⁵

Categoricamente aduz Kymlicka: “Put simply, freedom involves making choices amongst various options, and our societal culture not only provides these options, but also makes them meaningful to us”⁴⁶⁶.

O pertencimento cultural capacita intelegivelmente os indivíduos para suas escolhas e lhes fornece senso de identidade e pertencimento – eis a sua relevância à liberdade individual. Todavia, nas palavras de Kymlicka, liberais não podem apoiar, por esta razão, de modo acrítico a ligação cultural. A única sociedade cultural que deve ser promovida é aquela que estabelece, em maior medida⁴⁶⁷, a autonomia individual.

Em face disso, “liberals should not prevent illiberal nations from maintaining their societal culture, but should promote the liberalization of these cultures”⁴⁶⁸. Para os padrões da teoria liberal aqui delineada os limites da tolerância à diversidade cultural residem na existência de liberdade dentro de determinada cultura e entre os membros que dela partilham e os demais.

(Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 75).

⁴⁶⁵ Nessa passagem a herança liberal torna-se condicionante e o próprio autor já traça uma linha excludente para países islâmicos que crêem que o direito à liberdade religiosa não inclui a liberdade de mudar de religião. Nesse sentido cita a experiência egípcia que vem interpretando o direito constitucional à liberdade de consciência de modo restrito a não incluir o direito de desertar ou abandonar a crença religiosa. (*Ibidem*, p. 82).

⁴⁶⁶ “Colocando de modo simplificado, a liberdade envolve fazer escolhas entre várias opções e nossa cultura societária não só fornece estas opções, mas também as tornam significativas para nós”. (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 83).

⁴⁶⁷ “All cultures have illiberal strands”. “Todas as culturas possuem tendências iliberais”. (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 94).

⁴⁶⁸ “Liberais não deveriam proibir nações não liberais de manter sua cultura societária, mas deveriam promover a liberação dessas culturas”. (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 95). Atenuando, esclarece: “Liberals have no automatic right to impose their views on non-liberal national minorities. But they do have the rights, and indeed the responsibility, to identify what those views actually are. (...) To talk as if the world was divided into completely liberal societies on the one hand, and completely illiberal ones on the other, inhibits a constructive dialogue among cultures”. “Liberais não têm direito automático de impor seu ponto de vista sobre as minorias nacionais não-liberais. Mas eles têm o direito e, na verdade, a responsabilidade, de identificar o que essas opiniões são realmente. (...) Falar como se o mundo estava dividido em sociedades completamente liberais, por um lado, e completamente não-liberais, de outro lado, inibe um diálogo construtivo entre as culturas.” (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 171).

Conclui, Will Kymlicka que conciliar teoricamente a autonomia individual e o pertencimento cultural não resolve, *per se*, os problemas culturais das sociedades hodiernas. Porém, desta contrafação nasce a hipótese de que essas intrincadas dificuldades sejam tratadas de modo justo e pacífico, necessitando apenas um pouco de boa-vontade política.

Partindo de tradição político-jurídica diversa, mas com o mesmo fito, Joaquín Herrera Flores enuncia o cognominado *universalismo de confluência*. Trata-se, segundo o autor, de “um universalismo que não se interpõe, de um ou outro modo, à existência e à convivência, mas que se descobre no transcorrer da vivência interpessoal e intercultural. *Se a universalidade não se impõe, a diferença não se inibe: sai à luz*”⁴⁶⁹.

Assumindo a complexidade do real, propõe-se um *universalismo de ponto de chegada*, através de uma prática *intercultural* que assuma seu contexto, conviva com a diversidade e pluralidade de interpretações possíveis e que estimule postura social *híbrida e anti-sistêmica* que abra novos horizontes pertinentes à seara dos direitos humanos.

Com propriedade pontua o autor:

Os direitos humanos no mundo contemporâneo necessitam desta visão complexa, desta racionalidade de resistência e destas práticas interculturais, nômades e híbridas para superar os resultados universalistas e particularistas que impedem uma análise comprometida dos direitos já há muito tempo. Os direitos humanos não são declarações textuais. Tampouco são produtos unívocos de uma cultura determinada. Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que pugnam por reinserir os seres humanos no circuito de reprodução e manutenção da vida, permitindo-nos abrir espaços de luta e reivindicação. (...)

O único universalismo válido consiste, pois, no respeito e na criação de condições sociais, econômicas e culturais que permitam e potenciem a luta pela dignidade: em outras palavras, consiste na generalização do valor da liberdade, entendida esta como a “propriedade” das que nunca “existiram” na construção das hegemonias.⁴⁷⁰

Note-se a convergência teórica para a necessidade da abertura da via dialogal entre os pólos antes tidos como antagônicos, para que haja o pleno respeito à diversidade e a dignidade humana, tendo a alteridade como pano de fundo.

É nesse mesmo influxo que leciona Bhikhu Parekh acerca da necessidade

⁴⁶⁹ FLORES. *Direitos humanos* ..., p. 375.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 382-383.

de adotar-se um *universalismo pluralista não-etnocêntrico*: “É possível e necessário desenvolver um catálogo de valores universais não etnocêntricos por meio de um diálogo intercultural aberto, no qual os participantes decidam quais os valores a serem respeitados”⁴⁷¹.

A multiculturalidade, compreendida como diversidade cultural⁴⁷², é fato implacável e ineliminável de nosso tempo.⁴⁷³ Posto isso, para abraçar a diversidade sem sufocá-la, faz-se mister levar em conta uma perspectiva tríplice: em primeiro lugar, aceitar que os homens estão embutidos culturalmente – não no sentido de um determinismo cultural, mas sim, profundamente influenciados pelo sistema de valores e significados que cercam seus mundos. Em segundo lugar, acolher o fato de que diferentes culturas suportam diferentes sistemas de valores e significados, e que, a partir dessas diferenças, as culturas dialogam entre si. E, por fim, acatar a pluralidade e fluidez existente em qualquer sistema cultural hodierno.

É esta a perspectiva multicultural dos direitos humanos que nos propõe Bhikhu Parrekh: “cultural embeddedness of human beings, the inescapability and desirability of cultural diversity and intercultural dialogue, and the internal plurality of

⁴⁷¹ DUNNE, Timm; WHEELER, Nicholas J. **Human Rights in Global Politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 140.

⁴⁷² “Multiculturalism is not about difference and identity *per se* but about those that are embedded in and sustained by culture; that is, a body of beliefs and practices in terms of which a group of people understand themselves and the world and organize their individual and collective lives. (...) Multiculturalism, then, is about cultural diversity or culturally embedded differences.” “Multiculturalismo não é sobre a diferença em si, mas, sobre aqueles que estão embutidos e são sustentados pela cultura, isto é, um corpo de crenças e práticas pelas quais um grupo de pessoas se entendem e ao mundo e organizam suas vidas coletivas e individuais. (...) Multiculturalismo, então, é sobre diversidade cultural ou diferenças culturalmente ‘embutidas’”. (Tradução Livre) (PARREKH. **Rethinking** ..., p. 3).

⁴⁷³ Em sentido contrário: “It can no longer be said that all people need their rootness in the particular culture in which they and their ancestors were reared in the way that they need food, clothing, and shelter....Such immersion may be something that particular people like and enjoy. But they no longer can claim that it is something that they need...The collapse of the Herderian argument based on distinctively human need seriously undercuts any claim that minority cultures might have to special support or assistance or to extraordinary provision of forbearance. At best, it leaves the right to culture roughly on the same footing as the right to religious freedom.” “Não se pode mais dizer que todas as pessoas precisam de suas raízes na cultura particular, na qual eles e seus ancestrais foram criados, de modo que precisem de comida, roupas e abrigo...Tal imersão pode ser algo que pessoas particulares gostem de apreciar. Mas, eles não podem mais dizer que é algo que precisam...O colapso do argumento herderiano, baseado na necessidade humana distinta, enfraquece seriamente qualquer reclamação que as culturas de minoria possam ter para apoio especial ou assistência ou provisão extraordinária de contenção. Na melhor das hipóteses, ela deixa o direito à cultura, a grosso modo, no mesmo pé que o direito à liberdade religiosa”. (Tradução Livre) WALDRON, Jeremy. **Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative**. University of Michigan Journal of Law Reform, 25/3: 751-93. *Apud*: (KYMLICKA, *op. cit.*, p. 85).

each culture”⁴⁷⁴.

Essa tentativa de interseção é vista com prevenção por Patrícia Jerónimo, adepta do pensamento relativista⁴⁷⁵. Consoante assevera: “o relativismo que defendemos não vai, portanto, ao ponto de negar aos indivíduos a possibilidade de contestarem os referentes próprios dos universos culturais em que vivem. Aquilo que o ‘nosso’ relativismo implica é que lhes seja negada a possibilidade de ajuizar sobre referentes próprios de universos culturais que não os seus”⁴⁷⁶.

Um dos efeitos colaterais dessa postura é, todavia, *tolerar o intolerável*, conforme avalia:

Parece-nos, no entanto, que não pode ser de outro modo. Se acreditamos, como fazemos, na igual dignidade de todos os homens e respectivas identidades culturais, somos forçados a admitir que as formas de vida por eles apontadas não têm que ser idênticas à nós. Por muito que estejamos certos da bondade de nossos valores, nada nos autoriza a pretender estendê-los aos outros. Nem mesmo a pretexto de os libertar. O respeito pelos outros passa, afinal, também pela confiança na capacidade que estes têm de defender aos seus interesses e de lutar por uma vida melhor.⁴⁷⁷

Patrícia Jerónimo, entretanto, afasta-se do extremismo cultural ao reconhecer a necessidade dos *universalismos possíveis*. Tais mediações plausíveis, ao mesmo tempo que reconhecem os valores intrínsecos das comunidades, buscam “um corpo de referentes ético-jurídicos de dimensão transcivilizacional”⁴⁷⁸. Os *universalismos possíveis* seriam condições de possibilidade do diálogo entre civilizações diversas.

Do inventário teórico acima exposto, uma coisa é certa: o conflito entre o particular e o universal é ineliminável. É justamente esta crise permanente que fornece, *in casu*, uma solução que, comprometendo-se com uma visão inter-

⁴⁷⁴ “O embutimento cultural de seres humanos, o inescapável desejo de diversidade cultural e diálogo intercultural e a pluralidade interna de cada cultura”. (Tradução Livre) (PARREKH. *Rethinking* ..., p. 338).

⁴⁷⁵ “Em que pese reconhecer o paradoxo constitutivo do relativismo, pois, se tudo é relativo a máxima que tudo é relativo é absoluto – o que fere de morte o *core* relativista.” (JERÓNIMO, *op. cit.*, p. 254).

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 263.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 261.

⁴⁷⁸ Sobre o tema prossegue: “Os universais possíveis haverão de ser encontrados neste diálogo e não descobertos numa natureza misteriosa e susceptível de leituras sempre tendenciosas”. (*Ibidem*, p. 312).

relacional da dignidade da pessoa humana⁴⁷⁹, melhor coordene os vetores vigentes em determinada sociedade, sem cair em universalismos ou particularismos.

As diferentes compreensões exibidas de modo sintético, como (re)ação ao maniqueísmo tradicional, revelam a necessidade atávica de mirar os direitos humanos sob as lentes da diversidade e da complexidade⁴⁸⁰, o que nos permitirá uma melhor compreensão dos tecidos sociais múltiplos que estão em sua base.

⁴⁷⁹ Na esteira desta superação da percepção meramente individualista do princípio de feito kantiano, parcela da doutrina na qual se destaca, neste ponto, Perez Luño e Maihofer, enfatiza o *aspecto comunitário* da dignidade da pessoa humana. Deste modo, a concepção de dignidade da pessoa humana cambia seu foco: não apenas em função do indivíduo singular, mas das relações deste com os demais (*intersubjetiva*). Ver: PÉREZ LUÑO, António Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995, p. 318.

⁴⁸⁰ “À primeira vista, a complexidade é um tecido (*complexus*: o que é tecido em conjunto) de constituintes heterogêneos inseparavelmente associados: coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Na segunda abordagem, a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem o nosso mundo fenomenal. Mas então a complexidade apresenta-se com os traços inquietantes da confusão, do inextricável, da desordem, da ambigüidade, da incerteza (...) Daí a necessidade, para o conhecimento, de pôr ordem nos fenômenos ao rejeitar a desordem, de afastar o incerto, isto é, de selecionar os elementos de ordem e de certeza, de retirar a ambigüidade, de clarificar, de distinguir, de hierarquizar (...). Mas tais operações, necessárias à inteligibilidade, correm o risco de a tornar cega se eliminarem os outros caracteres do *complexus*; e efetivamente, como o indiquei, elas tornam-nos cegos.” (MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Portugal: Instituto Piaget, 1995, p. 17-19).

3 UM MAIS UM É MAIS QUE DOIS⁴⁸¹: ÉTICA DA (IN)TOLERÂNCIA

Percorridas as veredas teóricas eleitas e expostas no capítulo anterior, em que pese sua diversidade e pluralidade de alternativas, chama a atenção que todas – ainda que partindo de pressupostos bastante diversos, frise-se – apontem para a necessidade do diálogo entre as diferentes culturas.

Diálogo. Eis a unânime porta de saída – ou seria de chegada? – para superar o maniqueísmo reinante acerca dos fundamentos dos direitos humanos.

“The claims of cultures to retain their individuality in face of such interdependencies can be realized only through risky dialogues with other cultures that can lead to estrangement and contestation as well as comprehension and mutual learning”⁴⁸² – afirma Seyla Benhabib.

No mesmo sentido aponta a preleção de Patrícia Jerónimo:

Pelas evidentes marcas de ocidentalidade que apresentam – na sua fundamentação e na sua tradição normativa – os Direitos Humanos não constituem matéria para uma ética mundial. Isso não significa, no entanto, que devemos prescindir da definição de valores e regras que sejam comuns a todos os homens. Um tal quadro de referentes afigura-se de extrema importância para a sobrevivência da comunidade das nações e das civilizações. O progresso científico e técnico não uniformizou o mundo, como muitos pretendem, mas possibilitou tantos e tão poderosos meios de comunicação que não podemos mais alhear-nos dos outros e das suas diferenças. **Somos forçados a dialogar com eles** e este diálogo – como qualquer diálogo – precisa de referentes comuns. Importante é que estes referentes não sejam tomados como absolutos pré-definidos – retirados de uma misteriosa natureza universal –, mas que resultem de um genuíno acordo conseguido no termo de um diálogo pautado pelo reconhecimento e respeito mútuos.⁴⁸³

Também Boaventura de Sousa Santos aponta para “um diálogo intercultural sobre a dignidade da pessoa humana que pode levar, eventualmente, a uma concepção mestiça de direitos humanos”⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ Expressão cunhada por André Porto no texto: **Diálogo e Identidade**. In: http://www.unicrio.org.br/textos/diálogos/andré_porto.htm. Acesso em 28/01/2008.

⁴⁸² “Os clamores da cultura para reter sua individualidade em face de suas interdependências podem ser percebidas apenas através de diálogos arriscados com outras culturas que podem levar ao estranhamento e à constatação, bem como à compreensão e aprendizado mútuo”. (Tradução Livre) (BENHABIB, *op. cit.*, p. xiv). (sem grifos no original)

⁴⁸³ JERÓNIMO, *op. cit.*, p. 264;265. (sem grifos no original)

⁴⁸⁴ SANTOS. **Por uma concepção** ..., p. 255.

Na mesma singra afiguram-se, em termos gerais, os ensinamentos de Abdullahi An-Na'im, Bhikuh Parrekh, Joaquín Herrera Flores, Enrique Dussel, entre diversos outros representantes da doutrina dos direitos humanos e dos direitos fundamentais na atualidade.

Mais importante que citar todos, é, na realidade, compreender o sentido e o alcance da proposição a que todos convergem: o diálogo.

Na superficialidade dos significados, diálogo poder-se-ia confundir com debate ou disputa de idéias, mas aqui está a se tratar de uma dimensão mais profunda.⁴⁸⁵ Diálogo, nesse diapasão, rima com a compreensão e reconhecimento do outro, a necessidade de ouvi-lo e não apenas de intentar conquistá-lo também pelo viés comunicativo.

Acerca da distorção dessa idéia, consigna André Porto:

A lógica dualista que vem nos conduzindo na ilusão simplista do certo e errado, do bem e do mal, do Céu e do Inferno, da Direita e da Esquerda, distorce os processos de auto-entendimento e de comunicação do ser humano. Ficamos polarizados esquizofrenicamente entre conceitos e ideologias estreitas e antagônicas, míopes para as infinitas possibilidades do caminho do meio. Ao invés de apreciarmos a vida e o que há de bom nos outros, na maioria das vezes, passamos o tempo julgando e comparando. O diálogo revela e soma a experiência e a intuição das pessoas num processo de respiração de idéias.⁴⁸⁶

A dimensão dialógica deve ser compreendida como “reflexão conjunta, observação cooperativa da experiência, é uma metodologia de conversação que visa melhorar a comunicação entre as pessoas e a produção de idéias novas e significados compartilhados. Ou, posto de outra forma, é uma metodologia que permite que as pessoas pensem juntas e compartilhem os dados que surgem desta interação sem procurar analisá-los ou julgá-los de imediato”⁴⁸⁷.

Superando a monotonia da homogeneidade, a ação comunicativa entre dois sujeitos reconhecidos reciprocamente como capazes de comunicar faz-se mister para a intercessão – ou seja, uma cessão mútua – entre as culturas.

De acordo com André Porto:

⁴⁸⁵ **Diálogo.** (...): 3. Troca ou discussão de idéias, de opiniões, de conceitos, com vista a solução de problemas, ao entendimento ou à harmonia; comunicação (...). (HOLANDA, *op. cit.*).

⁴⁸⁶ PORTO, *op. cit.*

⁴⁸⁷ MARIOTTI, Humberto. *Apud*: PORTO, *op. cit.*

O diálogo e a apreciação oferecem alternativas para essa forma corriqueira e colonial de apropriação e exploração entre os povos. Não existem fórmulas para haver Paz na Terra que não comecem pela soma de todos os elementos. A lógica da complexidade holográfica precisa suplantar a do reducionismo dualista, para então vivermos a unidade na diversidade. Somos um e muitos ao mesmo tempo. Somos o problema e a solução. Somos o início e o fim.⁴⁸⁸

No mesmo influxo consigna o Manifesto 2000, lavrado pela UNESCO: “Ouvir para compreender. Defender a liberdade de expressão e a diversidade cultural, privilegiando sempre a capacidade de ouvir e de dialogar sem ceder ao fanatismo, à maledicência e à rejeição do próximo”⁴⁸⁹.

Devemos, assim, proceder à passagem do *choque entre as civilizações*⁴⁹⁰ ao diálogo entre as mesmas, para desvelar a lógica da alteridade que nos ensina que “um mais um é mais que dois”⁴⁹¹.

O diálogo, todavia, não é ponto de partida, mas sim, de chegada, e deve ser construído a partir do respeito e contribuições mútuas.

Dessarte, para esse exercício dialogal faz-se mister utilizar-se de um novo método que não sirva ao paradigma dominante, mas que represente essa contra-cultura baseada no diálogo.

Nessa toada, Boaventura de Sousa Santos, consoante acima exarado, propõe uma *hermenêutica diatópica* que tem como baldrame a inexorável incompletude cultural⁴⁹². Em sua formulação:

A hermenêutica diatópica baseia-se na idéia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível a partir do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz-se que se tome a parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu carácter dia-tópico.⁴⁹³

⁴⁸⁸ *Ibidem*.

⁴⁸⁹

Disponível

em:

http://www.unesco.org.br/publicacoes/docinternacionais/index_html/mostra_documento. Acesso em 29 jan. 2008.

⁴⁹⁰ HUNTINGTON, *op. cit.*

⁴⁹¹ PORTO, *op. cit.*

⁴⁹² “O reconhecimento de incompletudes mútuas é condição *sine qua non* de um diálogo intercultural.” (SANTOS. **Por uma concepção** ..., p. 260).

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 256, 257.

Com o mesmo tom, Enrique Dussel enuncia o *método analético* como conseqüência da necessidade de reconhecer o outro⁴⁹⁴ – “eles”, participantes de outras culturas – como sujeito ético e disposto ao diálogo.

A hermenêutica analética, também chamada pelo autor de *momento analético*, ou ainda, de *método analético*, “parte da possibilidade ‘dis-tinta’, a diversidade alternativa, para encontrar a universalidade na profundidade de cada diversidade, na qual se reflete a particularidade da alteridade dos outros sujeitos históricos”⁴⁹⁵.

A partir dessa virada metodológica é possível combinar a busca de um diálogo intercultural acerca dos direitos humanos – ou ainda da dignidade da pessoa humana⁴⁹⁶, como querem alguns autores – com a ineliminável diversidade sem que isso implique em imposição ou dominação de determinado paradigma de pensamento.

Pode-se inferir dessas perspectivas que a incompletude das culturas é pré-

⁴⁹⁴ “Neste colóquio falou-se do outro...Desejou-se a inclusão do outro. Raras vezes, porém, uma palavra está tão intimamente associada à sua contrária. Com efeito, falar de inclusão significa aludir a exclusões. Mais concretamente, a problematização das comunidades inclusivas obriga-nos a pensar em expulsos, refugiados, asilantes, extraditos, recambiados. Gentes de fora e de dentro, à procura de uma cidadania cívica, política, económica, social e cultural.” (Nota prévia do Professor José Joaquim Gomes Canotilho ao colóquio “A Inclusão do Outro”, realizado em 21 de novembro de 1997 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. In: **Stvdia Ivridica** – boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Colóquia – 9: A Inclusão do Outro. Coimbra: Coimbra, 2002).

⁴⁹⁵ DUSSEL, *op. cit.*, p. 568.

⁴⁹⁶ “Todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos. Torna-se, por isso, importante identificar preocupações isomórficas entre diferentes culturas. Designações, conceitos e *Weltanschauungen* diferentes podem transmitir preocupações ou aspirações semelhantes ou mutuamente inteligíveis.” (SANTOS. **Por uma concepção** ..., p. 254). Diversos autores, dentre os quais destacam-se Peter Häberle e Boaventura de Sousa Santos, sustentam defesa do que se convencionou denominar de *contexto cultural da dignidade da pessoa humana*. A esse respeito: “Há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza do homem (no sentido de uma qualidade inata), na medida que a dignidade também possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações da humanidade em seu todo, razão pela qual a dimensão natural e a dimensão cultural da dignidade da pessoa humana se complementam e interagem mutuamente” (SARLET. **Eficácia** ..., p. 105). Importante advertir que “ainda que se pudesse ter o conceito de dignidade como universal, isto é, comum a todas as pessoas em todos os lugares, não haveria como evitar uma disparidade e até mesmo conflituosidade sempre que se tivesse de avaliar se uma determinada conduta é, ou não, ofensiva da dignidade” (*Idem*. **O princípio** ..., p. 56). Assim sendo, a substituição da idéia de direitos humanos e direitos fundamentais por aquela da dignidade da pessoa humana na busca de um denominar possível para um diálogo intercultural, não seria, portanto, esta uma tática de apenas deslocar o foco do problema? Ou seja, uma alteração de signo sem câmbio efetivo nas bases do problema? Esta é, sem dúvida, apenas mais uma das questões que aqui deixaremos em aberto para a reflexão. Nessa toada ver: SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. **Dimensões da dignidade** – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

condição para o diálogo, uma vez que este inacabamento é justamente a mola propulsora para o estabelecimento da ação comunicativa.⁴⁹⁷

A alteração do método, porém, não é condição assecuratória do diálogo. Consoante acima já firmado, para que haja a possibilidade de verdadeiro exercício comunicativo intercultural, precisam-se de *referentes comuns*.

Ou seja, para que haja efetiva altercação faz-se mister que se parta de uma base dialogal compartilhada, ainda que mínima, para que a comunicação seja possível.

No que pertine ao diálogo acerca dos fundamentos dos direitos humanos, duas perspectivas despontam como diretrizes basilares: de um lado, a inegável diversidade cultural, e, de outro, a liberdade como fundamento maior do equilíbrio entre disparidade cultural e direitos humanos.

A diversidade cultural é característica intrínseca da humanidade e deve ser tomada como ponto de partida para todo e qualquer diálogo. As Organizações das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) ratificaram esse ponto de vista na Convenção sobre a Proteção e Prevenção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de setembro de 2005.⁴⁹⁸

O documento parte da inequívoca “importância da diversidade cultural para a plena realização dos direitos humanos” e consigna:

Sabendo que a diversidade cultural cria um mundo rico e variado que aumenta a gama de possibilidades e nutre as capacidades e valores humanos, constituindo, assim, um dos principais motores do desenvolvimento sustentável das comunidades, povos e nações,(...)

Considerando que a cultura assume formas diversas através do tempo e do espaço, e que esta diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade das identidades, assim como nas expressões culturais dos povos e das sociedades que formam a humanidade, (...)⁴⁹⁹

A heterogeneidade, outrossim, opera tanto no nível inter ou transcultural, quanto no nível intracultural. Ou seja, não há cultura em si homogênia – tal decorre

⁴⁹⁷ “Longe de pretender reconstruir a completude cultural, a hermenêutica diatópica aprofunda, à medida que progride, a incompletude cultural, transformando a consciência inicial de incompletude, em grande medida difusa e pouco articulada, numa consciência auto-reflexiva. O objectivo central da hermenêutica diatópica consiste precisamente em fomentar auto-reflexividade a respeito da incompletude cultural”. (SANTOS. **Por uma concepção** ..., p. 269).

⁴⁹⁸ Texto ratificado pelo Brasil por meio do Decreto legislativo número 485/2006.

⁴⁹⁹ Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224POR.pdf>. (acesso em 30 jan. 2008).

da própria conseqüência da multiplicidade humana, vez que somos muitos em um⁵⁰⁰. Destarte, a diversidade impera e, em termos democráticos, é ineliminável.

Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos: “Longe de serem entidades monolíticas, as culturas têm grande variedade interna. A consciência dessa diversidade aprofunda-se a medida que a hermenêutica diatópica progride”⁵⁰¹.

Os direitos humanos não se enfraquecem diante da diversidade cultural, mas sim, se fortalecem com a pluralidade de suas formas e conhecimentos.

O segundo pilar sobre o qual o diálogo a respeito do fundamento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais equilibra-se é o princípio da liberdade como instrumental de balanceamento entre a diversidade e os direitos humanos.

São os dois extremos fixados por Amartya Sen: “open dialogue” e “free choice”.⁵⁰² A liberdade é, assim, um instrumento ensejador da possibilidade discursiva entre diferentes culturas – e até mesmo entre as diferenças existentes dentro de uma mesma cultura.

Na qualidade instrumental, o princípio da liberdade não deve trazer consigo um conteúdo universal e acabado.⁵⁰³ A liberdade que se está aqui a inferir é balizada nos seguintes termos:

⁵⁰⁰ Na lição poética, **Não sei quantas almas tenho**, de Fernando Pessoa que foi maior em muitos: “Não sei quantas almas tenho. / Cada momento mudei. / Continuamente me estranho. / Nunca me vi nem acabei. / De tanto ser, só tenho alma. / Quem tem alma não tem calma. / Quem vê é só o que vê, / Quem sente não é quem é, / Atento ao que sou e vejo, / Torno-me eles e não eu. / Cada meu sonho ou desejo / É do que nasce e não meu. / Sou minha própria paisagem; / Assisto à minha passagem, / Diverso, móbil e só, / Não sei sentir-me onde estou. / Por isso, alheio, vou lendo / Como páginas, meu ser. / O que segue não prevendo, / O que passou a esquecer. / Noto à margem do que li / O que julguei que senti. / Releio e digo: “Fui eu?” / Deus sabe, porque o escreveu”.

Sobre o tema, a partir dessa mirada, escreveu Amartya Sen: “If a person can have only one identity, then the choice between the national and global becomes an “all or nothing” contest. (...) But to see these stark and exclusive terms reflects a profound misunderstanding of the nature of the human identity, in particular its inescapable plurality.” “Se uma pessoa só pode ter uma identidade, então a escolha entre a nacional e a global torna-se uma luta do ‘tudo ou nada’. Mas, para se ver isso, termos exclusivos e absolutos refletem um profundo mal-entendido da natureza da identidade humana, em particular sua pluralidade inescapável”. (Tradução Livre) (SEN, Amartya. **Identity and Violence**. New York: W.W. Norton & Company, 2006, p. 182).

⁵⁰¹ (SANTOS. **Por uma concepção** ..., p. 269). No mesmo sentido Amartya SEN fala da “illusion of singular identity” (*Ibidem*, p. 175).

⁵⁰² SEN, *op. cit.*, p. 162.

⁵⁰³ Acerca do tema: “Ao direito de liberdade da pessoa, porém, será contraposto – ou com ele sopesado – o dever de solidariedade social, no sentido que se exporá a seguir, mas já definitivamente marcado pela consciência de que, se por um lado, já não se pode conceber o indivíduo como um homo clausus – concepção mítica e ilusória -, por outro lado, tampouco existem direitos que se reconduzam a esta figura ficcional”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107).

Se tomássemos a liberdade de traduzir as concepções de Las Casas para institutos jurídicos modernos, despidos do direito natural e da teologia, talvez pudéssemos dizer que a universalidade consiste, exatamente, em cada povo construir seus próprios direitos humanos, segundo seus usos, costumes e tradições. Quer dizer não existem direitos humanos universais, mas existe um direito universal de cada povo elaborar seus direitos humanos com única limitação de não violar os direitos humanos dos outros povos. A universalidade, assim formulada, está muito longe daquela proposta pela Declaração de 1948 e traduzida juridicamente nas nossas Constituições atuais, porque estas são na verdade princípios civilizatórios impostos para todas as culturas. (...) **O único princípio universal pensável é a liberdade que possibilita cada povo viver segundo seus usos e costumes** e transformá-los, quando desejável e necessário, em Constituições rígidas, após inventar sua própria forma estatal de organização".⁵⁰⁴

Dentro de determinada identidade cultural, a liberdade opera em dois sentidos paralelos: no plano coletivo – de cada povo constituir-se de acordo com suas tradições culturais – e no plano individual – de cada indivíduo, a partir de suas convicções pessoais, submeter-se, ou não, a determinado padrão. Trata-se de liberdade individual ampla de pensar⁵⁰⁵, agir, ponderar, escolher e discernir o arquétipo – ou contra-arquétipo – a ser adotado.

As culturas são livres para se estruturar do modo que melhor lhes aprouver e os indivíduos, por sua vez, são alforriados para se submeter – de acordo com seu julgamento – à tradição cultural estabelecida.

Eis o que nos parece um equilíbrio interessante para a questão, todavia, tal comedimento requisitará dos sujeitos, ao menos, uma prática de tolerância, interna e externamente ao sistema cultural ao qual pertencem.⁵⁰⁶

Tolerância torna-se neste contexto mais que adjetivo. É tempero indispensável do banquete hodierno e traz consigo a aceitação do outro, a admissão de “novos modos de pensar, de agir e de sentir que diferem dos de um indivíduo ou

⁵⁰⁴ MARÉS, Carlos Frederico de Souza. **A universalidade parcial dos direitos humanos**. Este trabalho foi preparado originalmente para um Seminário em Quito, Equador, organizado pelo Instituto Latino-americano de Serviços Legais Alternativos, em outubro de 1994. O trabalho foi publicado em espanhol na série documentos de ILSA, Bogotá. Corrigido para o Seminário Internacional "Ciência, cientistas e tolerância". (sem grifos no original)

⁵⁰⁵ “Freedom to Think”- eis a expressão com a qual Amartya SEN abotoa sua obra (*op. cit.*, p. 162).

⁵⁰⁶ Tendo em vista as delimitações e propósitos da presente dissertação, imperativo destacar que este é um caminho dentre os muitos possíveis na teoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Em matéria de direitos humanos torna-se impossível a unicidade. Esta senda espelha a opção feita no presente trabalho. Como captou a sensibilidade da poetisa paranaense Helena Kolody: “A todo momento/ uma encruzilhada./ Livremente preferimos/ um caminho entre os possíveis./ A escolha é vitória/ coroada de renúncias.” (KOLODY, Helena. **Sempre poesia**. Curitiba: Imã Publicidade, 1994, p. 48).

de grupos determinados”⁵⁰⁷.

A alteridade abrolha a partir da *ética da tolerância* que deve ser mirada como elemento integrante do núcleo substancial que conforma a idéia de cultura. Cultura e tolerância devem caminhar juntas em face das limitações e diversidades culturais.

No plano intrínseco de determinado sistema, a tolerância deve ponderar, por um lado, as tradições culturais e, por outro, a autonomia individual de submeter-se àquelas.

Já extrinsecamente, a tolerância é o pressuposto para que o diálogo intercultural não se transfigure em dominação do padrão cultural hegemônico. Faz-se mister olhar para o diferente e com ele conviver.

É nessa medida que Patrícia Jerónimo enuncia o exercício subjetivo necessário de tolerar a intolerância.⁵⁰⁸ Isso quer dizer que, quiçá, tenha-se que conviver com situações que, aos olhos de quem vê, julgam-se bárbaras.

Há um duplo crivo pelos quais os costumes culturais, que *a priori* se chocam com o pré-conceito de direitos humanos, devem submeter-se: em primeiro plano, partindo-se sempre do pressuposto da diversidade cultural, deve ser eleito pela tradição do povo no qual se insere; em segundo lugar, deve ser expressão volitiva do sujeito que a ela se submete.

Estando essa dúplice dimensão presente não caberia ao sujeito da ação comunicativa intercultural nada mais que dialogar e tolerar o que a ele soa como intolerável.

Parece-nos que nesta esfera da liberdade e autonomia – coletiva e individual – encontra-se a barreira da reflexão jurídica neste campo. Não cabe ao Direito suplantar tais desígnios e investigar as motivações da formação do elemento volitivo. Resta, assim, a tolerância como zona de interseção.

A tolerância emerge como núcleo irreduzível do debate acerca dos direitos humanos, é o ínfimo factível que sustenta o diálogo (inter)cultural. Quiçá, poder-se-á entrevê-la como mínimo *minimorum* do qual se parte para, em um futuro próximo, dar um passo adiante e fixar o respeito como o *core* dos debates acerca do(s) fundamento(s) do(s) direitos humanos e dos direitos fundamentais.⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ TOLERÂNCIA. In: HOLANDA, *op. cit.*

⁵⁰⁸ JERÓNIMO, *op. cit.*

⁵⁰⁹ Acerca do tema, pondera Bhikuh Parrekh: “Their [movements thus form part of the wider struggle for recognition of identity and difference] demand for recognition goes far beyond the familiar

A *ética da tolerância* não encerra o problema aqui enunciado, sobre o qual este trabalho gira em torno, muito menos o diálogo. É, na realidade, a porta de entrada da dimensão dialógica da alteridade; um convite para singrarmos um outro caminho, como bem enunciam as palavras de Helena Kolody, com as quais arremata-se esta singela marcha:

Completo-se uma jornada.

Chegar é cair na inércia

de um ponto final.

Na euforia da chegada

há um convite irrecusável

*para uma nova partida.*⁵¹⁰

plea for toleration, for the latter implies conceding the validity of society's disapproval and relying on its self-restraint. Rather they ask for the acceptance, respect and even public affirmation of their differences." "Sua [movimentos que formam parte de uma ampla luta para o reconhecimento de identidade e diferença] demanda pelo reconhecimento vai mais além do que o pedido familiar de tolerância, porque este implica em conceder a validade de desaprovação da sociedade e confiar em sua própria moderação". (Tradução Livre) (PARREKH. **Rethinking** ..., p. 1).

⁵¹⁰ KOLODY, *op. cit.*, p. 39.

CONCLUSÃO

Complexidade, heterogeneidade e alteridade: estão aí as perspectivas que se apresentam no repto inalcançável do fundamento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Tendo sido percorridas as rotas da trajetória inicialmente proposta, a presente dissertação aporta nas conclusões que surgem das idéias expostas, na procura de respostas às perguntas inicialmente formuladas: *qual o baldrame unificador da categoria dos direitos humanos e fundamentais? Ou, melhor ainda, há um alicerce unificador? Em caso afirmativo, qual seria?*

O trabalho pode decepcionar aqueles que pretendiam nele encontrar respostas certas a tais questionamentos. Dele não emerge um prontuário de recursos para se afadigar com a problemática do fundamento desses direitos – até porque se assim procedesse reduziria, de modo perigoso, tão abstruso assunto.

Aliás, quiçá seja justamente este o arremate que do trabalho abrolhe: a impossibilidade de enunciação de um denominador compartilhado; a carência de um ponto de chegada, mas sim, a certeza de uma eterna travessia! A ausência de formal conclusão apta a itemizar o percurso não deixa de revelar, por si só, a eloqüência (ainda que silenciosa) de uma conclusão substancial.

Acerca desse redivivo caminhar, aduz Emmanuel Carneiro Leão: "No discurso mora sempre uma esperança, a esperança de ser uma ponte entre os dois mundos. Toda ponte realiza em seu ser um convite de travessia ... Assim não é para se chegar que se caminha pelos caminhos do silêncio nas falas. É simplesmente pela alegria de saber o sabor da diferença entre o ser e o nada na aventura criadora do sem-fim."⁵¹¹

A conclusão, correndo do risco de desafiar os itinerários acadêmicos propostos, não irá resumir as conclusões parciais de cada capítulo em tópicos, ou ainda, abreviar a percurso traçado.

A derradeira seção deste diálogo será, por isso mesmo, destinada a expor e problematizar dúvida que, à medida que o presente texto vinha sendo gerado, aguçava os pensamentos da autora.

⁵¹¹ LEÃO, Emmanuel Carneiro. **Aprendendo a pensar II**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 28.

Deste modo, não poderia ser mais oportuno – no solo fértil da temática – finalizar as reflexões expostas com pontos de interrogação, ao revés de pontos finais.

A inquirição que ecoa nas entrelinhas deste escrito é exatamente aquela pertinente a quem interessa esta discussão (dos fundamentos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais), divorciada da maneira pela qual é usualmente (contra)posta: cultura *versus* direitos.

Ou seja, a quais propósitos serve transportar essa *summa divisio* à teoria dos direitos humanos, exasperando, ainda mais, a linha divisória entre *nós* e *eles*?

Paul Farmer em contundente rebate anuncia: “Human rights violations are not accidents; they are not random in distribution or effect. Rights violations are, rather, symptoms of deeper pathologies of power and are linked intimately to the social conditions that so often determine who will suffer abuse and who will be shielded from harm”⁵¹².

Do mesmo modo, em sua lição poética, Eduardo Galeano enuncia os efeitos de se viver em um mundo de divórcios:

Um sistema de desvínculos: para que os calados não se façam perguntas, para que os opinados não se transformem em opinadores. Para que não se juntem os solitários, nem a alma junte seus pedaços.

O sistema divorcia a emoção do pensamento como divorcia o sexo do amor, a vida íntima da vida pública, o passado do presente. Se o passado não tem nada para dizer ao presente, a história pode permanecer adormecida, sem incomodar, no guarda-roupa onde o sistema guarda os velhos disfarces.

O sistema esvazia nossa memória, ou enche a nossa memória de lixo, e assim nos ensina a repetir a história em vez de fazê-la. As tragédias se repetem como farsas, anunciava a célebre profecia. Mas entre nós, é pior: as tragédias se repetem como tragédias.⁵¹³

Focar na discussão contemporânea sobre os direitos humanos o fosso abissal entre a cultura e os direitos humanos – entre o “nós” e “eles” – emerge, pois, como estratégia discursiva para ocultar um mal maior: sistemáticas violações de

⁵¹² “As violações dos direitos humanos não são acidentes, elas não são aleatórias em distribuição ou efeito. As violações dos direitos são sintomas de patologias mais profundas de poder e estão ligadas intimamente às condições sociais que com frequência determinam quem sofrerá abuso e quem ficará protegido do dano”. (Tradução Livre) (FARMER, Paul. **Pathologies of Power: Health, Human Rights and the New war on the Poor**. Berkeley/Los Angeles: University of Califórnia Press, 2005, p. xiii).

⁵¹³ GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. Porto Alegre: L&PM, 2007, p. 121.

direitos humanos como patologias de um sistema econômico, político e jurídico⁵¹⁴ de exclusão. Eis aí, por conseguinte, a comunhão na diversidade que este estudo advoga, sustentando crítica ao discurso dicotômico e bipolar que pode seqüestrar a complexidade e domesticar a luta pela efetividade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

De fato, é, ao mínimo, curiosa a insistência demasiada oferecida a algumas temáticas, em contraposição ao silêncio eloqüente em outros campos. A exemplo, as 800 milhões de pessoas desnutridas no mundo⁵¹⁵ não entram nas estatísticas de violações dos direitos humanos; do mesmo modo o 1,3 bilhão de pessoas que não têm acesso à água potável⁵¹⁶; ou ainda, os 22,5 milhões de africanos que estão contaminados com o vírus da AIDS⁵¹⁷.

Essas estatísticas, em que pese estarem mais próximas do que se imagina, não interessam diretamente aos *policy makers* dos direitos humanos na atualidade. O discurso presente e dominante dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é preleção da dicotomia e do maniqueísmo.

Apartar, usurpar e sobrepujar são os verbos dominantes na conjugação do cenário hodierno— ao invés de conviver, tolerar e respeitar.

Isso não quer dizer que o tema eleito como objeto de reflexão torna-se diminuto em face das mazelas acima apresentadas; ao revés: são questões complementares que devem ser tratadas *pari passu* nas reflexões contemporâneas da teoria do direito internacional e constitucional dos direitos humanos.

As ressalvas erigem-se, no que toca ao usual modo contraposto pelo qual a problemática dos fundamentos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais vem sendo explorada pela doutrina dominante, pois, esta dicotomia é sintoma de um mal mais grave.

Posto isso, partindo sempre da diversidade cultural como pressuposto salutar indelével, a tolerância desponta como cerne basilar e sustentáculo do diálogo (inter)cultural.

⁵¹⁴ Sobre a ordem atual, singelamente esboça Eduardo GALEANO: “O sistema: Com uma das mãos rouba o que com a outra empresta. *Suas vítimas*: Quanto mais pagam, mais devem. Quanto mais recebem, menos têm. Quando mais vendem, menos compram” (*op. cit.*, p. 107).

⁵¹⁵ Dados obtidos no site: <http://www.pime.org.br/mundoemissao/fomesolucao.htm>. Acesso em 8 fev. 2008.

⁵¹⁶ *Idem.*

⁵¹⁷ Dados obtidos no site: http://www.webciencia.com/10_africa.htm. Acesso em 8 fev, 2008.

No verdadeiro diálogo entre “nós” e “eles” – do qual abrolhamos todos juntos – o princípio da tolerância, somado com a esfera da liberdade e autonomia individual de submeter-se à determinada condição cultural, situa-se no imo dos debates acerca do(s) fundamento(s) do(s) direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Avistando o porto de chegada, o presente trabalho prepara-se para partir, com a esperança de ter cumprido seu mister problematizador e ter lançado luzes sobre a complexa temática.

Sob a orientação sempre presente de António José Avelãs Nunes, encerra-se a primeira etapa desta perene travessia:

As mudanças necessárias não acontecem só porque nós acreditamos que é possível um mundo melhor. Essas mudanças não de verificar-se como resultado das leis de movimento das sociedades humanas, e todos sabemos também que o voluntarismo e as boas intenções nunca foram o motor da história. Mas, a consciência disto mesmo não tem que matar nosso direito à utopia e nosso direito ao sonho. Porque a utopia ajuda a fazer o caminho. Porque sonhar é preciso, porque o sonho comanda a vida.⁵¹⁸

Impende, pois, não sucumbir à desesperança e reafirmar o imperativo deontológico ao olhar para o futuro.

⁵¹⁸ AVELÃS NUNES, António José. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 123.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____. **We Refugees**. Uma reflexão do artigo de mesmo título publicado por Hannah Arendt em 1946 no *The Menorah Journal*. Disponível em: <http://www.egs.edu/faculty/agamben/agamben-we-refugees.html> (acesso em 15 set. 2007)

AGENCE France-Presse - Jun 12, 2001. Disponível em: http://www.aegis.com/news/afp/2001/AFO10677_PT.html. (acesso em 31 ago. 2007).

AGI, Marc. **Rene Cassin**. Paris: Perrin, 1998.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1996.

ALSTON, Philip; STEINER, Henry. **International Human Rights in Context: law, politics and morals**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

AN-NA'IM, Abdullahi A. Proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos. In: BALDI, C. A. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p 429-464.

ANNAN, Kofi. Prefácio. In: CASTRO, Reginaldo Oscar de (coord.). **Direitos humanos: conquistas e desafios**. Brasília: Letraviva, 1999.

APPIAH, Kwame Anthony. **Cosmopolitanism: ethics in a world of strangers**. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 2006.

_____. Entrevista concedida. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/080306/entrevista.html> (acesso 22 set. 2007).

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um retrato sob a banalidade do mal**. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

_____. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Cia. das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Bauru: Edipro, 2002.

_____. **Política**. São Paulo: Martins Claret, 2007.

AVELÃS NUNES, António José. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.

BBC. Disponível em:
http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2007/11/071115_ataquesiraquemulheresfn.shtml. (acesso em 15 nov. 2007).

BENEDICT, Ruth. **O crisântemo e a espada**. São Paulo: Perspectiva, 1997.

BENHABIB, Seyla. **The claims of culture: equality and diversity in the global era**. New Jérsei: Princeton University Press, 2002.

BOAS, Franz. **General anthropology**. Boston: D.C. Heath, 1938.

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

_____. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. São Paulo: Unesp, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Os direitos fundamentais e a globalização. In: LEITE, George Salomão. **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 165 -179.

BOOM da Migração. Disponível em:
http://www.bbc.co.uk/portuguese/especial/1323_migration/index.shtml (acesso em 31 ago. 2007)

BRITTO, Renata Romolo. Os direitos humanos na perspectiva de Hannah Arendt. **Revista Ética & Filosofia Política**, v. 9, n. 1, jun. 2006. Disponível em:
http://www.eticaefilosofia.ufjf.br/9_2_renata.html. (acesso em 23 nov. 2007).

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a revolução em França**. Brasília: UnB, 1982.

_____. **Reflexões sobre a Revolução Francesa**. Brasília: UnB, 1982.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-2005): evolution, present state and perspecvties**. (Apostila do Curso Fundamental em Inglês do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, sessão de 4-29 jul. 2005).

_____. Entrevista cedida ao site DHnet. Disponível em:
http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm
 (acesso em 28 set. 2007).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Curso de direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Nota prévia. In: COLÓQUIO "A INCLUSÃO DO OUTRO". Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 21 nov. 1997. **Stvdia Ivridica – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Colóquia – 9: A Inclusão do Outro. Coimbra: Coimbra, 2002.

CASSESE, Antonio. **Il Diriti Umani nel mondo contemporaneo**. Bari: Laterza, 1988.

CASTRO, Reginaldo Oscar de (coord.). **Direitos humanos: conquistas e desafios**. Brasília: Letraviva, 1999.

CNN. Disponível em: <http://www.cnn.com/2003/WORLD/africa/09/25/nigeria.stoning/index.html>. (acesso em 24 fev. 2004).

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DAWIT, Seble; MEKURIA, Salem. The West just doesn't get it. *New York Times*, dec. 7, 1993, p. A27. In: HENKIN, Louis *et al.* **Human Rights**. New York: Foundation Press, 1999. p. 391.

DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory and in Practice**. Ithaca: Cornell University Press, 2003.

_____. **Human Rights: in theory & in practice**. Ithaca and London: Cornell University Press, 2003.

DOWBOR, Ladislau. Da globalização ao poder local: a nova hierarquia dos espaços. In: FREITAS, Marcos Cezar de. **A reinvenção do futuro**. São Paulo: Cortez, 1996.

DRUMMOND, Carlos. **Antologia poética**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

DUNNE, Timm; WHEELER, Nicholas J. **Human Rights in Global Politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2002.

ECO, Umberto. **O nome da rosa**. Lisboa: Difel, 2004.

ELIOT, Thomas Stearns. **The Idea of a Christian Society**. London: Faber and Faber, 1939.

ETHNIC Differences Are The Big Killer. Disponível em: <http://www.strategypage.com/qnd/wars/articles/20050814.aspx> (acesso em 31 ago. 2007).

FARIA, José Eduardo. Prefácio. BALDI, César Augusto [org.]. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-14.

FARMER, Paul. **Patologies of Power: Health, Human Rights and the New war on the Poor**. Berkeley/Los Angeles: University of Califórnia Press, 2005.

FLINTERMAN, Cees; HENDERSON, Catherine. The African Charter on Human and Peoples' Rights. In: HANSKI, Raija; SUKSI, Markku. **An Introduction to the International Protection of Human Rights**. 2nd edition. Turku: Institute for Human Rights Abo Akademi University, 2004. p. 387-398.

FLORES, Joaquin Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. In: WOLKMER, Antônio Carlos. **Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 359-385.

_____. **El vuelo de Anteo**: derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée, 2000.

_____. La fundamentación de los derechos humanos desde la Escuela de Budapest. In: PRIETO, Fernando; THEOTÓNIO, Vicente. [dir.]. **Los derechos humanos**: una reflexión interdisciplinar. Córdoba: ETEA, 1995. p. 23-56.

_____. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: _____[coord.]. **El vuelo de Anteo**: derechos humanos y crítica da la razón liberal. Bilbao: Desclée, 2000. p. 19-78.

FRASIER, Nancy. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. In: BALDI, César Augusto [org.]. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 601-622.

FREEMAN, Michel. Direitos humanos universais e particularidades nacionais. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pedro. **Direitos humanos no século XXI**. Brasília: IPRI, 2002. p. 307-308.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

_____. The Challenges of Uncertainty. In: _____ [ed.]. **Blindside**: how to anticipate forcing events and wild cards in global politics. Washington: Brookings Institution Press, 2007. p. 1-3.

_____. Entrevista concedida a Guiliano Guandalini. **Jornal Folha de S. Paulo**, 29 abr. 2001. Disponível em: //agenciafog.com.br/centralhall (acesso em 31 ago. 2007).

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. Porto Alegre: L&PM, 2007.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação da cultura**. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GENSLER, Harry. **Ethics**: a contemporary introduction. London: Routledge, 1998. Disponível em: http://criticanarede.com/fil_relacultural.html. (acesso em 10 out. 2008).

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GREGORI, José. Universalidade dos direitos humanos e peculiaridades nacionais. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pedro. **Direitos humanos no século XXI**. Brasília: IPRI, 2002. p. 209-224.

GROGAN, John. **Marley e eu**: a vida ao lado do pior cão do mundo. São Paulo: Prestígio, 2006.

GUTIÉRREZ, Germán. Globalización y liberación de los derechos humanos. In: FLORES, Joaquín Herrera. **El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal**. Bilbao: Desclée, 2000. p. 174-175.

GUTMAN, Amy. Prefácio. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalism: examining the Politics of Recognition**. Princeton: Princeton University Press, 1994. p. 3.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a faticidade e a validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

_____. **Era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

_____. **Para a construção do materialismo histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HANSKI, Raija; SUKSI, Markku. **An Introduction to the International Protection of Human Rights**. 2nd edition. Turku: Institute for Human Rights Abo Akademi University, 2004.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 1997.

HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994. v. 1.

HIRSCHBERGER, Johannes. **História da filosofia na Idade Média**. São Paulo: Herder, 1980. Trad. Alexandre Correia. Disponível em: <http://www.haloscan.com/comments/rmalmeida/115392247711225068/?src=hsrs> (acesso em 23 jan. 2008).

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [s.d.].

HUNTINGTON, Samuel Philip. **The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order**. New York: Simon & Schuster, 2003.

IANNI, Otávio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

INFOPÉDIA. Porto: Porto Editora, 2003-2007. [Consult. 2007-12-12]. Disponível na [www](http://www.infopedia.pt/$endoculturacao): <URL: [http://www.infopedia.pt/\\$endoculturacao](http://www.infopedia.pt/$endoculturacao)>.

IKAWA, Daniela. Universalismo, relativismo e direitos humanos. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional dos direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 115-126.

JASPERS, Karl. **Vom Ursprung und Ziel der Geschichte**. Munich und Zurich: R. Piper & Co Verlag, 1983.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JERÓNIMO, Patrícia. **Os direitos do homem à escala das civilizações**: proposta de análise a partir do confronto dos modelos ocidental e islâmico. Coimbra: Almedina, 2001.

JOÃO PAULO II. **Veritatis Splendor**. 1993. 23 **Origins**, 297, 314. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/393271/14lg-titoli07>. (acesso em 23 jan. 2008)

KAFKA, Franz. **Perante a lei**. Disponível em <http://artelivre.slg.br/portal/>. (acesso em 27 dez. 2007).

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura e outros textos**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KOLAKOWSKI, Leszek. **Modernity on Endless Trial**. Chicago: Chicago University Press, 1990.

KOLOGY, Helena. **Sempre poesia**. Curitiba: Imã Publicidade, 1994.

KROEBER, Alfred Louis; KLUCKHOHN, Clyde. **Culture**: a critical review of concepts and definition. Cambridge Mass: Peabody Museum Papers, 1952.

KUPFER, Adam. **Cultura**: a visão dos antropólogos. São Paulo: EDUSC, 2002.

KYMLICKA, Will. **Multicultural Citizenship**. New York: Oxford University Press, 1996.

LA MUTILACIÓN genital femenina y los derechos humanos: infibulación, escisión y otras prácticas cruentas de iniciación. Amnistía internacional, 1998.

LABURTHE-TOLRA, Philippe; WARNIER, Jean Pierre. **Etnologia-antropologia**. Petrópolis: Vozes, 1997.

LAFER, Celso. **A reconstrução histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

LARAIRA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 20. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

LATOCHE, Serge. **A ocidentalização do mundo**: ensaio sobre a significação, o alcance e os limites da uniformização planetária. Petrópolis: Vozes, 1994.

LEÃO, Emmanuel Carneiro. **Aprendendo a pensar II**. Petrópolis: Vozes, 1992.

LEFEBVRE, George. **A Revolução Francesa**. São Paulo: Ibrasa, 1989.

LEWIS, Hope. Between Irua and the Female Genital Mutilation: Feminist Human Rights Discourse and the Cultural Divide. In: HENKIN, Louis *et al.* **Human Rights**. New York: Foundation Press, 1999. p. 392

LINDGREN ALVES, José Augusto. The United Nations PostModernity and Humans Rights. **University of San Francisco Law Review**, v. 32, n. 3, spring 1998.

LOCKE, Jonh. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

LOVEJOY, Arthur Oncken. **Essays in the History of Ideas**. John Hopkins University Press, 1978.

LUÑO, Antório Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Acerca dos direitos humanos e o diálogo intercultural. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.89-100.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.

MANIFESTO 2000. UNESCO. Disponível em: http://www.unesco.org.br/publicacoes/docinternacionais/index_html/mostra_documento. Acesso em 29 jan. 2008.

MARÉS, Carlos Frederico de Souza. **A universalidade parcial dos direitos humanos**. (Este trabalho foi preparado originalmente para um Seminário em Quito, Equador, organizado pelo Instituto Latino-americano de Serviços Legais Alternativos, em outubro de 1994. O trabalho foi publicado em espanhol na série documentos de ILSA, Bogotá. Corrigido para o Seminário Internacional "Ciência, cientistas e tolerância").

MARX, Karl. **A questão judaica**. São Paulo: Centauro, 2005.

MEDEIROS, Ana Letícia Duarte Baraúna. Direito internacional dos direitos humanos e filosofia na América Latina: contribuições para uma possível fundamentação crítica. **Cadernos PROLAM/USP**, a. 4, v. 2, p. 103-121, 2005.

MELO, Mário. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no sistema interamericano de direitos humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos SUR**, v. 6, 2007. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/6/unzip/UPRIMNY.pdf>. Acesso em: 04/01/2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1991. v. 4.

MONTAIGNE, Michel de. **Ensaio**. São Paulo: Martins Fontes, 1972.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-148.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.** Portugal: Instituto Piaget, 1995.

_____. **Ciência com consciência.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Democracia e exclusão social em face da globalização.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Friedrich_rev72.htm. (acesso em 21 nov. 2007).

MUNTARBHORN, Vitit. **Towards a Human Rights System in the Asia Region?** (Apostila do Curso Fundamental em Inglês do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, sessão de 4-29 de julho de 2005).

NDC/UFF. disponível no site <http://www.ndc.uff.br/news.asp?index=150> (acesso em 6 jan. 2008).

NOWAK, Manfred. The International Covenant on Civil and Political Rights. In: HANSKI, Raija; SUKSI, Markku. **An Introduction to the International Protection of Human Rights.** 2nd edition. Turku: Institute for Human Rights Abo Akademi University, 2004. p. 79-100.

ONU-BRASIL. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/view_news.php?id=4215 (acesso em 6 jan. 2008).

ORGANIZAÇÃO para a Alimentação e Agricultura (FAO), ligada à Organização das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=9093>. Acesso em: ago. 2005.

ORTEGA Y GASSET, José. **Meditaciones del Quijote.** Madrid: Alianza, 2001.

ORTIZ, Renato. **Mundialização e cultura.** São Paulo: Brasiliense, 2003.

OS FEITOS DE MEM DE SÁ. e-book/ PDF. VirtualBooks 2002.

PAREKH, Bhikuh. Non-ethnocentric Universalism. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas [coord.]. **Human Rights in Global Politics.** Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 398-400.

_____. **Rethinking Multiculturalism: cultural diversity and political theory.** 2nd. edition. New York: Palgrave MacMillan, 2006.

PARSONS, Talcott. **The Social System.** New York: Free Press, 1951.

PELTO, Pertti J. **Iniciação ao estudo da antropologia.** Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

PÉREZ LUÑO, António Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

_____. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002.

_____. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

_____. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

PIME. Disponível em: <http://www.pime.org.br/mundoemissao/fomesolucao.htm>. Acesso em 8 fev. 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Dicionário de direitos humanos**. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos%20humanos>. (acesso em 1º. dez. 2007).

_____. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional**. (Mimeo)

_____. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto [org.]. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 45-72.

_____; VIEIRA, Renato Stanzola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: _____. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 355-398.

PORTO, André. **Diálogo e identidade**. Disponível em: http://www.unicrio.org.br/textos/diálogos/andré_porto.htm. (acesso em 28 jan. 2008).

PUSSOLI, Lafaiete; MARCÍLIO, Maria Luiza. **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 1998.

RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional dos direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2004.

RICOEUR Paul. **Interpretação e ideologias**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

SANTO AGOSTINHO. **A cidade de Deus**. São Paulo: Vozes, 1990.

SANTOS, Boaventura Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 239-277.

_____. **Reconhecer para libertar**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. **Dimensões da dignidade** – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHROEDER, Ralph. **Max Weber and the Sociology of Culture**. London: Sage, 1992.

SEN, Amartya. **Identity and Violence**. New York: W.W. Norton & Company, 2006.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A terra, um direito à vida**. (Trabalho apresentado ao concurso para Professor Titular de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em dezembro de 2000. Curitiba-PR).

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. **International Human Rights in Context: law, politics and morals**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SUSTEIN, Cass. Incompletely Theorized Agreements. **Harvard Law Review**, n. 108, p. 1.733-1.772, 1995.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.

_____. **Multiculturalism: examining the Politics of Recognition**. Princeton: Princeton University Press, 1994.

THE NEW York Times. Edição de 1º de janeiro de 2008. International. A8.

THE PICO PROJECT. Estudos completos para o entendimento da *De hominis dignitate oratio*, elaborado pela Universidade de Bolonha e Brown University. Disponível em: http://www.brown.edu/Departments/Italian_Studies/pico/ (acesso em 9 jul. 2007).

THE WASHINGTON Post. Edição de 1º de janeiro de 2008. See: KENYA, Cover and A8, col. 4.

TÖNNIES, Ferdinand. **Community and Association**. London: Routledge & Kegan Paul, 1955.

TÓVAR, Marcela. Palestra proferida. In: II ENCONTRO DE DIREITO E CULTURA LATINO-AMERICANOS. Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, 25-28 jul. 2006.

TYLOR, Edward. **Primitive Culture**. Londres: John Murray, 1871.

UMBRIGAR, Thrity. **A distância entre nós**. São Paulo: Nova Fronteira, 2007.

UNESCO. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224POR.pdf>. (acesso em 30 jan. 2008).

VANNUCCHI, Aldo. **Cultura brasileira**. São Paulo: Loyola, 1999.

VASCONCELOS JUNIOR, Luiz Diogo. Hannah Arendt e os direitos humanos. **Revista Ética & Filosofia Política**, v. 9, n. 1, jun. 2006. Disponível em: http://www.eticaefilosofia.ufjf.br/9_2_luiz.html. (acesso em 23 jan. 2008).

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WALSON, William. Globalization and the meaning of Canadian Life. **Canadian Review of Book**, n 28. 8-9. (Winter 2000).

WEBCIENCIA. Disponível em: http://www.webciencia.com/10_africa.htm. Acesso em 8 fev. 2008.

WIKIPEDIA. Disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Clark_Wissler. Acesso em: 9 dez. 2007.

WILT, Harmem van der; KRSTICEVIC, Viviana. The OAS System and Human Rights. In: HANSKI, Raija; SUKSI, Markku. **An Introduction to the International Protection of Human Rights**. 2nd edition. Turku: Institute for Human Rights Abo Akademi University, 2004. p. 371-386.

WISSELER, Clark. **Los indios de los Estados Unidos da America**. Buenos Aires: Paidós, 1970.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – ley, derechos y justicia**. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

ZIMMERMANN, Patrícia; SPITZ, Clarice. **Reportagem Folha de S. Paulo em 7 set. 2005**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u112798.shtml>. (acesso em 31 ago. 2007).

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)