

Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Hector Luís C. Vieira

**Os entraves de aplicação das normas universais de
Direitos Humanos frente às particularidades culturais**

Brasília

2011

Hector Luís C. Vieira

**Os entraves de aplicação das normas universais de Direitos
Humanos frente às particularidades culturais**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direitos da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Estado e Constituição

Orientador: Eugênio José Guilherme de Aragão

Co-Orientador: Luís Roberto Cardoso de Oliveira

Brasília

2011

Hector Luís C. Vieira

**Os entraves de aplicação das normas universais de Direitos
Humanos frente às particularidades culturais**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direitos da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado pela Banca Examinadora em

Banca Examinadora

Prof. Dr. Eugênio José Guilherme de Aragão
Orientador

Prof. Dr. Luís Roberto Cardoso de Oliveira
Co-Orientador

Prof. Dr. André de Carvalho Ramos
Membro

Brasília, abril 2011.

In memoriam Marcos Vinícius da Silva Santos.

*A todos aqueles que acreditam que o conhecimento constitui o homem e não é seu mero
instrumental.*

Agradecimentos

Chegar ao fim de um trabalho como esse como diria alguém por aí não é tarefa para principiantes. A quase catarse platônica no sentido de libertação da alma em relação ao corpo por meio da renúncia aos prazeres, desejos e paixões, iniciada ainda em vida, mas só completada com a morte possui grande identidade com esse processo de imersão intelectual. A diferença é que neste caso a renúncia não culmina ou se completa com a morte, mas, sim, com uma nova perspectiva acerca do que está por vir.

Como repetidas vezes me ensinou meu orientador, o fato de se conseguir um canudo pode representar nada, frente ao que se fará com ele adiante. Não interessa tê-lo conquistado, interessa o que você fará com ele daqui para frente.

Os agradecimentos são, praticamente, uma retórica do reconhecimento. O difícil é exercê-la com a mente ainda em recuperação do intenso e profundo processo de imersão na pesquisa. Se falhar a lembrança, já deixo as minhas apologias e justificativas.

Agradeço ao Provedor total. Aos meus pais, Carmindo Lúcio Vieira e Adeilde Maria da C. C. Vieira, pela ética que me foi legada e o amor dedicado. Certamente, os meus defeitos eu adquiri no mundo. Com certeza, as minhas virtudes eu aprendi em casa. Agradeço também aos justos que os precederam, meus avós, Carmindo, Maria Clara e Nina que, para mim, simbolizam a origem dos sentimentos mais puros que já tive contato.

Agradeço aos demais familiares, tios, primos e afilhado, e aos amigos, Marcos Vinícius (*in memoriam*), Gleysson, Rodrigo, Amanda, Ana Fabíola, Lívia, Luciana, Marioli, Mariana, Renata e Werington pela grande força, incentivo e expectativas, que às vezes podem parecer um pouco desleais, mas que me serve ao crescimento interior. Obrigado pelo resgate nos momentos de overdose intelectual. Ao mesmo tempo, deixo aqui registradas as minhas sinceras desculpas por todas as ausências aos churrascos de final de semana, aos aniversários e comemorações, saídas para as comilanças, aos passeios de moto e, até mesmo, aos jogos decisivos dominicais do Flamengo. Em que pese isso, embora o sentimento inestimável de perda de cada momento ausente, essa pesquisa representa um alento que me auxilia na compreensão que a ausência é, às vezes, necessária e imperiosa.

Nesta seara, em especial agradeço à (tia) Odete Nepomuceno que efetuou a revisão textual desta dissertação, proporcionando com seus infinitos conhecimentos ortográficos uma leitura mais fluida e um texto gramaticalmente mais consistente.

Agradeço à Ana Elisa Dumont de Oliveira Resende, fonte inspiradora e incentivadora. Pessoa que une em seu ser as maiores e melhores qualidades e virtudes que um ser humano pode ter. Pessoa que desafia a razão e a percepção pela imensa quantidade de atributos positivos que parecem não fazer sentido que caibam em apenas uma pessoa. Pessoa por quem aprendi a ter incomensurável carinho. Pessoa que me mostrou o sentido do companheirismo nos maiores momentos de inquietação, dúvida e desmotivação. Pessoa, grande pessoa, grande mulher.

Agradeço aos colegas da turma de 2009 que junto comigo ingressaram no programa da pós-graduação. Embora quase sempre o tempo corrido e a timidez tenham sido impeditivos de contatos mais prolongados, deixo registrado o meu carinho e respeito por vocês, Carolina Grassi, Daniele Maranhão, Eduardo Cravo, Marcelo Torelli, Maria Tereza, Natália Medina Raphael Peixoto, Tahinah Albuquerque e Aline Salles. Em especial, agradeço à Daniela Wobeto, turma de 2010, com quem tive maior contato por causa da Comissão de Reforma do Projeto Pedagógico da Faculdade de Direito da UnB.

Também aos professores Alexandre B. Costa, Ana Frazão, Argemiro Cardoso, Cláudia Roesler, Cristiano Paixão, Ela Wiecko, Juliano Zaiden, Menelick de Carvalho Neto e Valcir Gassen com os quais, por motivos outros, tive maior contato e me propiciaram momentos de reflexão e crítica do campo do Direito, que tantas vezes quis me ver o mais longe possível. Em especial, agradeço à Profa. Loussia Felix com quem tive o grande prazer e prestígio de trabalhar como bolsista Reuni na Comissão de Reforma do Projeto Pedagógico da Faculdade de Direitos da Unb. E, como não podia deixar de ser diferente, em especial aos Orientadores deste estudo, prof. Eugênio José Guilherme de Aragão com quem aprendi que o reconhecimento de um grande profissional no hermético campo jurídico pode, sim, ser aliado à liberdade, veemência e contundência crítica, e ao prof. Luís Roberto Cardoso de Oliveira, pelo grande equilíbrio de idéias e por ter aceito o inefável desafio de trazer ao Direito os conhecimentos sobre a essência humana que só a Antropologia pode produzir. A todos estes e aqueles, por mais breves que tenham sido as idéias e experiências trocadas, as guardei com todo carinho e respeito para o meu crescimento pessoal.

Não poderia esquecer de maneira alguma de agradecer aos grandes suportes administrativos do programa de Pós da FD/UnB, Lia e (super) Helena que estiveram sempre muito dispostas a ajudar no que fosse preciso no decorrer desses dois anos.

Por fim, agradeço ao eterno mentor intelectual, o Prof. Dr. Thadeu de Jesus e Silva Filho, professor indescritível e companheiro intelectual de muitos debates que, silenciosamente, contribuiu muito para a reflexão aqui exposta.

Epígrafe

Os porcos revelaram que, nos últimos três meses, haviam aprendido a ler e escrever, num velho livro de ortografia que pertencera aos filhos de Jones e fora jogado ao lixo. Napoleão mandou buscar latas de tinta branca e marchou à frente até a porteira das cinco barras, que dava para a estrada principal. Então, Bola-de-Neve (quem escrevia melhor) pegou o pincel entre as juntas da pata, cobriu de tinta o nome “Granja do Solar”.

Seria esse o nome da granja, dali em diante. Depois disso, voltaram para as casas da granja; Bola-de-Neve e Napoleão mandaram buscar uma escada e fizeram-se encostar à parede do fundo do celeiro grande. Explicaram que, segundo estudos que haviam feito nos últimos três meses, era possível resumir os princípios do Animalismo em Sete Mandamentos. Esses Sete Mandamentos seriam agora escritos na parede, constituindo a lei inalterável pela qual a Granja dos Bichos deveria reger sua vida para sempre.

Com alguma dificuldade (pois não é fácil um porco equilibrar-se numa escada de mão), Bola-de-Neve subiu e começou a trabalhar, enquanto Garganta, alguns degraus abaixo, segurava a lata de tinta. Os Mandamentos foram escritos na parede alcatroada em grandes letras brancas que podiam ser lidas a muitos metros de distância. Eram os seguintes:

- 1. Qualquer coisa que ande sobre duas pernas é inimigo.*
- 2. O que ande sobre quatro pernas, ou tenha asas, é amigo.*
- 3. Nenhum animal usará roupa.*
- 4. Nenhum animal dormirá em cama.*
- 5. Nenhum animal beberá álcool.*
- 6. Nenhum animal matará outro animal.*
- 7. Todos os animais são iguais.”*

Foi logo após o retorno das ovelhas, numa noite agradável, quando os bichos haviam terminado seu trabalho e regressavam à granja, que se ouviu, vindo do pátio, um relinchar horripilante. Arrepiados os animais estacaram. Era a voz de Quitéria. Ela relinchou outra vez e os bichos dispararam a galope para o pátio. Viram, então, o que ela havia visto.

Um porco caminhava sobre as duas patas traseiras.

Sim, era Garganta. Um tanto desajeitado devido à falta de prática em manter seu volume naquela posição, mas em perfeito equilíbrio, passeava pelo pátio. Momentos depois, saiu pela porta da casa uma comprida coluna de porcos, todos caminhando sobre as patas de trás. Uns melhor que os outros, um ou dois até meio desequilibrados e dando a impressão de que apreciariam o apoio de uma bengala, mas todos fizeram a volta ao pátio bastante bem. Finalmente houve um alarido dos cachorros, ouviu-se o cocoricó esganiçado do garnisé e emergiu Napoleão, majestosamente, desempenado, largando olhares arrogantes para os lados, com os cachorros brincando à sua volta.

Trazia nas mãos um chicote.

Houve um silêncio mortal. Surpresos, aterrorizados, uns junto aos outros, os bichos olhavam a fila de porcos marchar lentamente em redor do pátio. Pareceu-lhes enxergar o mundo de cabeça para baixo. Então veio um momento em que, passado o choque e a despeito de tudo - a despeito do terror dos cachorros e do hábito, arraigado após tantos anos, de nunca se queixarem, nunca criticarem, pouco importava o que sucedesse -, poderiam lançar uma palavra de protesto. Porém, exatamente nesse instante, como se obedecessem a um sinal combinado, as ovelhas, em uníssono, estrondaram num espetacular balido:

- Quatro pernas bom, duas pernas melhor! Quatro pernas bom, duas pernas melhor! Quatro pernas bom, duas pernas melhor!

Baliram durante cinco minutos sem cessar. E, quando se calaram, fora-se a oportunidade da palavra de protesto, pois os porcos já haviam voltado para dentro da casa.

Benjamim sentiu um focinho esfregar-lhe o ombro. Era Quitéria. Seus olhos pareciam mais encobertos que nunca. Sem dizer palavra, ela o puxou delicadamente pela crina, levando-o até o fundo do grande celeiro, onde estavam escritos os Sete Mandamentos. Durante um ou dois minutos ficaram olhando a parede alcatroada com o grande letreiro branco.

Minha vista está falhando - disse ela finalmente. - Mesmo quando eu era moça não conseguia ler o que estava escrito aí. Mas parece-me agora que parede está meio diferente. Os Sete Mandamentos são os mesmos de sempre, Benjamim?

Pela primeira vez, Benjamim consentiu em quebrar sua norma, e leu para ela o que estava escrito na parede.

Nada havia, agora, senão um único Mandamento dizendo:

*TODOS OS ANIMAIS SÃO IGUAIS
MAS ALGUNS ANIMAIS SÃO MAIS
IGUAIS DO QUE OS OUTROS*

George Orwell – A revolução dos Bichos.

Resumo

Essa pesquisa problematiza a concepção pós-moderna dos Direitos Humanos. O tema apresentado tem profunda relevância sociológica e, especialmente, jurídica, pois na medida em que envolve preocupações pertinentes às interações sociais encontradas nas sociedades complexas, alcança fortemente o âmbito jurídico, tendo em vista a necessidade de se posicionar o Direito e o Estado frente às peculiaridades do tema dos Direitos Humanos. Ademais, na construção dos ordenamentos jurídicos dos modernos Estados Democráticos de Direito, os Direitos Humanos, amplamente presentes nos debates internacionais, estão intimamente ligados aos Direitos Fundamentais, baluartes da Carta Magna de 1988. Partindo da construção da história oficial e da reconstrução da história crítica desses direitos, a análise do discurso da doutrina dos Direitos Humanos torna-se imprescindível para uma reflexão acerca do debate entre universalidade normativa e particularidade cultural, cerne deste estudo. Assim, por meio do recontar da história dos Direitos Humanos a desconstrução da posição quase mítica que esses direitos assumiram após a Segunda Guerra Mundial é pressuposto do exame de afirmações ideológicas que se tornaram símbolos do caráter histórico, filosófico e político desses direitos como a universalidade da normativa. Durante bastante tempo o plano cultural envolto na expansão das ideologias ocidentais teve sua relevância questionada na medida em que houve a tentativa de imposição da idéia de que toda humanidade parecia estar predisposta a aceitar as construções ocidentais. O ganho de força política de minorias e os próprios conflitos de Direitos Humanos que envolviam os direitos desses grupos ao redor do mundo propiciaram a revisão da importância da cultura no processo de interiorização dos Direitos Humanos. Nesse sentido, o Outro passou a necessitar de um reconhecimento na equação da vida de modo que as suas singularidades fossem respeitadas, dando início ao estabelecimento da vertente do particularismo cultural frente à universalidade normativa. Contudo, a partir da análise dos argumentos de ambas as matrizes vários limites ao universalismo e ao particularismo parecem brotar e transformar a pretensão de completude de resposta dada por essas matrizes ruir. Como evidência da ineficácia das respostas fornecidas pela universalidade normativa e particularidade cultural, a análise de dois casos de Cortes Internacionais mostra-se de grande valia.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Universalidade Normativa. Particularismo Cultural.

Abstract

This study problematizes the post-modern conception of human rights. The theme has profound sociological and juridical relevance since it involves pertinent concerns as to the social interactions of complex societies. This strongly effects law, given the necessity of positioning the Law and the State in relation to the peculiarities of the theme of Human Rights. Furthermore, in the construction of the legal orders of modern Democratic States of Law, human rights at once widely present in international debates are intimately linked to Fundamental Rights, bastions of the Carta Magna of 1988. Starting with the construction of the official history and the reconstruction of the critical history of these rights, the analysis of discourse of the doctrine of Human Rights becomes crucial to a reflection on the debate between normative universalism and cultural particularism., the object of this study. Thus, by recounting the history of Human Rights, the deconstruction of an almost mythical position of these rights created after the Second World War is a prerequisite to the examination of ideological affirmations which became symbols of the historical, philosophical, and political character of these rights as a normative universality. For quite some time, the cultural plane involving the expansion of Western ideologies had its relevance questioned in that there was an attempt to impose the idea that all humanity seemed to be predisposed to accept Western formulations. The political force gained by minorities and due to the particular conflicts of Human Rights which involved the rights of these groups around the world led to a revision of the importance of culture in the process of interiorization of Human Rights. In this sense, the “other” came to necessitate the recognition in the equation of life in that its singularities should be respected, initiating the founding of the thrust of cultural particularism against normative universalism. Finally, from the analysis of the arguments of both matrixes, various limits to universalism and particularism seem to multiply and undercut the pretension of the absolute answers posited by these positions. As evidence of the ineffectiveness of the responses offered by normative universalism and cultural particularism, an analysis of two cases before the International Courts are of particular value.

Key Words: Human Rights, Normative Universalism, Cultural Particularism

Sumário

Introdução.....	11
1. Aparência e Substância: Um panorama sobre os Direitos Humanos	19
1.1 - A história da ideia dos Direitos Humanos.....	20
1.2 – A visão crítica dos Direitos Humanos: A outra história.....	54
1.3 – O Universalismo Normativo como aspecto central da construção da doutrina dos Direitos Humanos	79
2. Uma visão antropológica de uma categoria chamada Direitos Humanos	93
2.1 – O plano cultural e a doutrina dos Direitos Humanos.....	98
2.2 – O “outro” como beneficiário, por definição e excelência, dos direitos humanos: O não-reconhecimento do outro na equação da vida como um ser igual em direitos e deveres.	109
2.3 – Socialização, Civilização, pluralidade, completude e bloqueio da Cultura: Desigualdades, diferenças e multiculturalismo.	119
2.4 - O particularismo cultural e a essência dos Direitos Humanos: o mito dos direitos humanos universais; as complicações de se positivar normas de Direitos Humanos expressamente contrárias às tradições culturais de um país: O discurso universalista é sempre moral?.....	129
2.5 – Nem universal, nem particulares! Inócuos? Há saída para os Direitos Humanos? ...	155
3. Os Direitos Humanos e a Cultura: um diagnóstico antropológico em um caso jurídico.	183
3.1 - Otto Premminger Institut vs. Áustria	190
3.2 - Corte Interamericana vs Chile.....	196
3.3 – A dimensão simbólica e o exercício dos Direitos Humanos: aspectos dos conflitos dos casos e o preceito da universalidade normativa.	202
Conclusão: Por um “universalismo universal”	210
Referências Bibliográficas.....	217

Introdução

Os Direitos Humanos pertencem a todo ser humano? Todos podem ou querem alcançar tais direitos? Podem eles ser exercidos de maneira equânime sem distinções de quaisquer naturezas? Apesar de serem objetivamente indicados como universais, seriam eles percebidos na subjetividade da mesma maneira? Existe regra ou régua capaz de mensurar até que ponto os Direitos Humanos são, de fato, fundamentais para a coexistência humana e em que medida eles se prestam a essa função? É interessante iniciar este trabalho lançando algumas das perguntas sobre as quais as possíveis respostas, se é que existem prontas e incondicionais, são complexas e tortuosas.

Talvez a compreensão primária mais importante que se deva ter acerca de uma reflexão sobre os Direitos Humanos é que eles constituem e representam um campo de conflitos de interpretações, de lutas simbólicas.¹

O estudo desses direitos alcançou nas últimas décadas do século XX uma posição central de destaque frente a qualquer outra área do conhecimento jurídico que se possa conceber. Por motivos históricos, os Direitos Humanos ganharam uma importância incomensurável no processo de estabilização do moderno Estado Democrático de Direito. O próprio nascimento do constitucionalismo moderno teve como grandes alicerces a luta pelo reconhecimento de direitos que se pretendiam universais e inerentes a todo ser humano unicamente pela sua condição de ser humano.

A compreensão de que alguns direitos deveriam figurar como pedra de toque de um conjunto de normas organizacionais e precedê-las em importância representou ao momento histórico imediatamente anterior ao estabelecimento dessa compreensão. A campanha contra um poder central é simbolizada na mudança do paradigma da estruturação social ocidental pós-iluminismo. O passo adiante pareceu ser tomado rumo às reconceitualizações modernas das concepções antigas de igualdade e liberdade. Sem dúvida, não é possível examinar os últimos 300 anos de história do Direito sem se passar por essas duas concepções e as suas constantes resignificações.

Os direitos humanos enquanto um conjunto de valores acertados pelas vicissitudes da história e enquanto Direitos Humanos representativos de uma teoria de Estado que tem como pano de fundo essas características históricas também beberam das fontes de ambas as

¹ FONSECA, C.; CARDARELLO, A. “Direitos dos mais ou menos humanos”. *Horizontes Antropológicos*. Ano 5, n.10, mai/1999. pp. 83-121.

² DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 266.

³ A palavra doutrina será utilizada nesse estudo para designar princípios, ou conjunto de princípios,

concepções. Pode-se ir além e dizer que toda a estrutura da moderna Teoria dos Direitos Humanos tem como elementos balizadores dessas concepções.

Nesse sentido é que pode se identificar um objetivo que perpassa todas as campanhas em prol dos direitos humanos. Esse objetivo é “vincular o significativo flutuante e simbólico a um significado específico, deter sua indeterminação constitutiva e alcançar a união – parcial - da natureza humana com uma concepção regional de humanidade que outorgará à última o valor simbólico do conceito central, transformando-o em uma instância válida da natureza humana.”²

Aquilo que é entendido hoje como “direito humano” foi concebido como característica geral da condição humana que nenhuma tirania poderia subtrair. Desde Aristóteles, o homem tem sido definido e redefinido a partir de duas premissas básicas: a primeira é referente ao poder de fala e pensamento que o homem detém; a segunda refere-se à condição de “animal político” que o homem tem sido definido a partir da sua capacidade e necessidade, por excelência, da vida em comunidade. A perda dessas características significa a perda da relevância da fala e a perda de todo o sentido do relacionamento humano, o que, consequentemente, invalida a concepção do ser humano enquanto ser e enquanto humano.

Essas características podem ser utilizadas para refletir sobre diversas passagens da luta pelos direitos humanos no decorrer da história. Desde os escravos até os inimigos de guerra, passando pelos apátridas, refugiados e aqueles pertencentes a uma minoria étnica ou política, os direitos humanos nem sempre foram tão humanos assim. Durante dezenas de anos, grupos de pessoas foram considerados não humanos, isto é, não aptos a possuir os direitos que estavam sendo desenhados como os fundamentais para a categoria humana. Dessa maneira, nem sequer era cogitável a possibilidade de luta desses grupos específicos para ter acesso a esses direitos justamente pela contradição ontológica entre a norma e os seus destinatários.

Claro, é importante salientar que esses grupos e a intensidade da restrição deles aos direitos convencionados de humanos foram mudando no decorrer da história. Porém, pode-se dizer que sempre houve algum tipo de restrição.

O primeiro capítulo deste estudo tratará especificamente dessa abordagem histórica. A partir da história oficial dos Direitos Humanos que habita o conhecimento cediço e pacífico, isto é, a partir da história “oficial” que é contada nos livros acerca da formação e

² DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 266.

transformação desses direitos como forma de dar substrato às características jurídicas e sociais atribuídas a esses direitos pelo discurso legítimo, a idéia é recontar a história desses direitos sob uma perspectiva mais crítica e descritiva, à luz de concepções que minariam o discurso legítimo necessário à estabilização dos direitos humanos.

Com uma abordagem, em primeiro plano, eminentemente descritiva e, em segundo plano, substantiva, esse capítulo servirá para delinear os acontecimentos históricos caros ao processo de formação e compreensão moderno e pós-moderno da doutrina³ dos Direitos Humanos.

A luta social no campo dos direitos humanos conseguiu produzir no campo do Direito uma gama de valores que foram elevados ao patamar de alicerces de uma formação política do Estado que estava em fase embrionária. Com isso, os indivíduos foram cobertos pelo manto sagrado de proteção do Estado. Claro, alguns foram cobertos mais que outros e outros sequer foram contemplados.

A criação e o estabelecimento propiciaram a esses direitos a sua expansão por meio de influências que pareciam ser inevitáveis. Juntamente com essa expansão, toda a concepção dos direitos humanos nascida, basicamente, em dois países, Estados Unidos e França, foi transportada para outras realidade sociais que se apoderaram das ideias e as alinharam com a necessidade da reformulação do Estado, tanto na Europa como nos Estados Unidos.

Como parte integrante e protagonista da doutrina dos Direitos Humanos construída a partir do século XIX, a concepção de universalidade desses direitos foi transmitida. Dessa maneira, todos os indivíduos seriam destinatários de um conjunto de normas e proteções específicas contra arbitrariedade do poder do Estado. A teoria dos Direitos Humanos então passou a construir uma fundamentação racional para os direitos do ser humano, e é, sem dúvida, uma etapa fundamental no processo de sedimentação desses direitos. A própria fundamentação da teoria está ligada ao seu argumento central, necessária para situar os direitos no contexto social.⁴

Contudo, a busca constante pelo autorreconhecimento como ser humano capaz e apto de ser alvo desses direitos levou vários grupos, que tiveram no decorrer da história essa condição

³ A palavra doutrina será utilizada nesse estudo para designar princípios, ou conjunto de princípios, conhecimentos ou conjunto de conhecimentos que são entendidos e transmitidos como inequivocamente corretos, aliados a uma verdade absoluta quase imutável, por uma determinada categoria de indivíduos que possui legitimidade para assim classificá-los.

⁴BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 235.

negada, a um processo que, posteriormente, inverteu o fluxo da busca desses direitos. Quer dizer, enquanto em um dado momento histórico, indivíduos negados buscavam a posição de igualdade com o grupo majoritário, em outro momento histórico, esses mesmos indivíduos passaram a reivindicar a posição de diferentes.⁵ Aliado a isso, os estudos e observações sobre a cultura foram essenciais para perceber um movimento de autoafirmação dos indivíduos ou de um grupo deles das suas práticas culturais, encaixassem-se elas ou não no padrão cultural hegemônico.

Vários desafios surgiram a partir do enfrentamento de categorias clássicas do Estado ou do Direito Liberal frente a questões colocadas pelo processo avassalador da globalização de sentidos, vontades e desejos. Principalmente os princípios da sociedade liberal foram contestados, levando consigo dimensões como a da igualdade e da liberdade, criando contradições, até mesmo em seus países modelos.⁶

Nesse contexto, o capítulo dois visa estabelecer uma análise dos direitos humanos e da teoria dos Direitos Humanos a partir de um conjunto de preceitos e conceitos que são caros à Antropologia, contextualizados na história e premissas do capítulo anterior. Isso porque essa ciência, que pode ser definida como a ciência da observação e participação por excelência, fornece instrumentos que se mostram muito hábeis para uma observação mais profunda do contexto social e jurídico dos Direitos Humanos.

Nesse sentido Cardoso de Oliveira esclarece que

A Antropologia tem sido tradicionalmente caracterizada como uma disciplina que procura articular o olhar de fora com o olhar de dentro, para utilizarmos uma expressão vigente na tradição francesa; ou, como uma disciplina que privilegia o ponto de vista nativo, para acionar agora a expressão corrente no mundo anglo-saxão; ou ainda como aquela que leva a sério o ponto de vista do ator, como diria Weber.⁷

Assim, ao fugir da repetição doutrinária e dogmática da cosmovisão dos Direitos Humanos, a abordagem do segundo capítulo buscará estabelecer novos marcos importantes na

⁵ Para uma discussão mais elaborada sobre a concepção de igualdade como tratamento uniforme à igualdade de direitos e a concepção de igualdade como tratamento diferenciado à justificação de privilégios, ver: CARDOSO DE OLIVEIRA, L. R. *Direito Legal e Insulto Moral — Dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. 157 páginas; e TAYLOR, C. "The Politics of Recognition", in A. Gutmann (org.) *Multiculturalism and "The Politics of Recognition"*, New Jersey: Princeton University Press, 1994. pp. 25-73.

⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 216.

⁷ CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. O Ofício do Antropólogo, ou Como Desvendar Evidências Simbólicas. *Anuário Antropológico/2006*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008. pp. 9-30.

discussão sobre a consistência da teoria dos Direitos Humanos e desses próprios direitos frente aos percalços que se impõem. O caráter histórico dos direitos humanos indica que o seu exame jamais poderá ser desprovido do seu contexto social. A cultura tem força evidente na maneira que esses direitos são apreendidos e exercidos em um determinado tempo e local. Dessa maneira, qual seria o real impacto da cultura frente às normas de Direitos Humanos que se pretendem universais? O aspecto cultural refletido e construído por intermédio dos processos de socialização de um determinado grupo pode ser completamente abandonado em prol de um conjunto de preceitos que pretendem perpassar todas as culturas? Existe uma cultura geral e universal dos Direitos Humanos?

A princípio, todas essas questões estão ligadas à compreensão que o multiculturalismo e atenção às particularidades culturais e os direitos humanos embasados em normas universais repousam em premissas contraditórias e, portanto, não podem ser combinados com coerência. Isso acontece ao passo em que se justifica que o primeiro é relativista e privilegia o grupo e o segundo é universalista e privilegia o indivíduo. Assim, eles estão naturalmente em disputa, por mais que instituições em suas retóricas oficiais, como, por exemplo, a ONU, propaguem que não é dessa forma que a realidade se impõe.⁸

Com essas perguntas, o segundo capítulo buscará trazer ao debate a perspectiva do particularismo cultural frente à naturalização de certos direitos. Assim sendo, o respeito e tolerância às práticas culturais que divergem da ideologia universalista hegemônica pode acontecer até que ponto? Algum dos discursos, o universalismo ou o particularismo, é mais legítimo ou mais apropriado para a resolução de conflitos de normas de direitos humanos? Logo, uma questão central que se coloca é se o conflito estabelecido a partir do novo panorama político-social de um mundo cada vez mais globalizado em sentidos exige uma solução mais particularista ou há um núcleo duro e inegociável de direitos que devem ser oponíveis a quaisquer práticas .

Pode-se dizer de antemão que a diferença entre um universalismo postulado na essência do homem e um relativismo postulado na essência da comunidade é pequena. Significa dizer que em sua determinação comum de ver homem e comunidade como imanentes, eles formam

⁸ KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 220.

“o horizonte geral do nosso tempo, abrangendo tanto as democracias quanto os frágeis parapeitos jurídicos”.⁹

Grande parte das questões suscitadas nos primeiro e segundo capítulos está ligada ao que contemporaneamente tomou um espaço vital na discussão, isto é, a natureza dos Direitos Humanos. Significa dizer que a reflexão possui um grande marco que pode ser definido a partir da discussão sobre se os direitos humanos, se são constructos históricos ou se são expressões abstratas do intelecto humano, refletidas a partir da observação da natureza do homem. Consequentemente, parece evidente a importância do estudo da teoria dos Direitos Humanos não apenas sob uma perspectiva jurídica, mas sob o olhar antropológico. É preciso que o exame evidencie a importância da compreensão dos fundamentos desses direitos, de maneira que as particularidades empíricas dos conflitos reais entre as diferentes culturas seja alvo de atenções.

É importante destacar que uma Teoria dos Direitos Humanos tem duas dimensões. A primeira trata das normas em si, isto é, legislações, convenções, tratados e sistemas de regulação e controle internacionais e nacionais que servem para garantir os direitos fundamentais da pessoa humana. A segunda diz respeito ao exame das bases desses direitos, seu processo de formação filosófico, político, sociológico e, também, jurídico.

Após a Segunda Guerra Mundial, os Direitos Humanos adquiriram uma força autônoma culminando na massificação do processo de internacionalização desses direitos, com instituições e corpos de leis específicos para sua garantia. Com as grandes tragédias genocidas da guerra, essas instituições ganharam proeminência e passaram a representar simbolicamente a luta pelos Direitos Humanos. Igualmente, elas representaram o início de uma perspectiva de sociedade civil global. Juntamente com tais instituições a visão do ideal democrático, sustentado principalmente pela universalidade dos direitos humanos, parece ter se tornado a sina do mundo.

Agregado a esse fator, a idéia evolucionista monolinar do início do desenvolvimento da Antropologia parecia ainda motivar e provocar toda uma série de ideologias que proclamavam nos direitos humanos a idéia do “cada vez melhor” aliada a argumentos econômicos que tinham como estrutura uma evolução universal para todas as sociedades do globo. Isso acontecia na medida em que os Direitos Humanos passaram a ser adotados como o único

⁹ NANCY, Jean-Luc. *The Inoperative Community*, P.Connor (ed.), Minneapolis: University of Minnesota Press, 1991, xxxviii, p. 3.

discurso politicamente correto de Estados e grupos sociais, sem levar em consideração, é claro, o abismo existente entre o discurso e a prática. Nessa esteira, os conflitos já sinalizados anteriormente pelo crescimento da necessidade de reconhecimento do Outro como diferente, mas apto àqueles direitos humanos tornaram-se uma problemática recorrente no contexto dos Direitos Humanos.

Certamente, as idéias de democracia e dos Direitos Humanos não foram compartilhados com solenidade por governos e grupos sociais havendo total convergência quanto ao seu conteúdo como defendem alguns autores.¹⁰ Pode-se dizer que a revolução dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que limita, ela inspira a conquista do multiculturalismo.¹¹ Nesse contexto, de fato, o conflito principal quanto à aplicação dos Direitos Humanos surge desse pressuposto universalista. Como serão discutidos, conceitos como civilização, desenvolvimento e aperfeiçoamento foram atrelados aos Direitos Humanos, impondo um viés ideológico que ao ser encaixado nos conflitos reais e casos práticos e particulares se mostrou insustentável.

O terceiro e último capítulo tratará especificamente da maneira como o conflito entre o universalismo e o particularismo chega às Cortes Internacionais e como elas respondem às demandas desses conflitos. Para tanto, foram escolhidos dois casos: *Otto Preminger Institut vs. Áustria*, julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos com base na Convenção Européia de Direitos Humanos; e o caso *Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Olmedo Bastos y otros) vs. Chile*, julgado na Corte Interamericana de Direitos Humanos com base na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ambos os casos têm como cerne do conflito o direito à liberdade de expressão e de religião, sendo indiretamente atingidos também os direitos à liberdade de consciência, de crença e de respeito à crença. Também, os dois referem-se a produções cinematográficas com tema religioso, no caso da Áustria, o filme “*Das Liebeskonzil*” (“Council in Heaven” / “O concílio do amor”), e no caso chileno, o filme “*La Última Tentación de Cristo*”, que tiveram suas exibições prejudicadas por decisões das Cortes nacionais dos respectivos países.

Nesse contexto, existe, então, uma interpretação legítima e mais correta acerca de quais são os direitos humanos mais importantes ou que devem ser preservados em detrimento de

¹⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 228-229

¹¹ KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 224.

outros? E se a resposta a esta pergunta é positiva, existe alguma instituição ou agente legítimo para definir isso?

Cabe fazer aqui uma ponderação e justificativa de ordem metodológica. Muito embora a posição do capítulo três pareça privilegiar uma abordagem e uma metodologia comumente utilizada pelo Direito que é a de fechar o estudo teórico acerca de um objeto com a apresentação de casos que possam confirmar o que já foi dito anteriormente, tentando aproximar a doutrina da empiria, neste trabalho houve a preocupação de que o estudo dos casos não servisse apenas para confirmar a construção teórica feita nos primeiros capítulos. De fato, sob o olhar da Antropologia, a apresentação dos casos precisa trazer consigo uma dimensão nova da empiria que não seria alcançada com a teoria ou a doutrina, mas que somente poderia ser percebida a partir da percepção do contexto do caso empírico. Como a proposta foi a de edificar um diálogo entre Direito e Antropologia, apesar de metodologicamente a conciliação entre essas áreas ser difícil, o plano conceitual não poderia ser privilegiado em contraposição à empiria.

Portanto, na companhia de mais questionamentos do que de respostas, em meio a batalhas ideológicas ferozes entre aqueles para quem os Direitos Humanos devem ser defendidos e aplicados de maneira universal e aqueles que crêem que os Direitos Humanos não só foram conquistados historicamente como limitadores de um poder como também devem ter suas limitações encontradas nas particularidades de cada povo e sua cultura. Isto porque a legitimação dos Direitos Humanos não se dá apenas no plano dos princípios, mas, também, no de suas implicações. Este estudo desenvolve-se buscando responder, antes de tudo, se algum dos discursos, universalismo ou particularismo, consegue por si só dar cabo da imensa complexidade que perpassa os conflitos e implicações entre direitos humanos.

1. Aparência e Substância: Um panorama sobre os Direitos Humanos

*O senhor... Mire veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam. Verdade maior. É o que a vida me ensinou. Isso que me alegra, montão.*¹²

Os Direitos Humanos¹³ tornaram-se cerne do debate constitucional internacional na segunda metade do século XX. Não se pode, obviamente, negar a importância que o arcabouço teórico e prático, jurídico e social dos debates acerca desse tema constitui grande parte dos principais debates contemporâneos que travam tanto nos âmbitos internacionais, como nos domésticos.

Pode-se dizer com relativa tranquilidade que o universo dos Direitos Humanos não apenas permeia as mais variadas cortes internacionais, como também constituem os seus maiores problemas. Isso porque a matéria não envolve apenas uma perspectiva jurídica. Pelo contrário, uma das maiores chaves, senão a maior, da questão dos Direitos Humanos é o fato de que a construção desses direitos demandou uma análise muito além do plano jurídico da existência humana. Exatamente por isso, os Direitos Humanos como fruto direto das experiências sociais têm uma história bastante cheia de contradições.

Como lembra Marco Mondaini:

Do seu revolucionário surgimento no decorrer dos séculos XVII e XVIII aos dias de hoje, a tradição dos direitos humanos sempre contou com um número significativo de detratores e adversários, sendo este contingente formado por uma séria ampla e bastante diferenciada tanto no que diz respeito às suas origens socioeconômicas, quanto no que se refere às suas orientações político-ideológicas.¹⁴

A faina dos Direitos Humanos perpassou vários contextos sociais, econômicos e políticos. Ora servidos sobre a bandeja da natureza, ora esculpidos nos mármore da racionalidade, certamente, a história desses direitos é das mais fascinantes que a humanidade pode conceber. Por consequência, esses direitos representam um grande desafio jurídico no século XXI, não

¹² ROSA, Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. pp. 24-25

¹³ A compreensão adotada de “Direitos Humanos” será diferente da de “direitos humanos”. Para esclarecer, a primeira se referirá ao conjunto específico de direitos que após um longo processo político, social e jurídico e da criação de uma doutrina e teoria, convencionou-se assim chamar. A segunda se referirá aos direitos em um sentido desvinculado especificamente de um plano doutrinário e jurídico, sendo privilegiado o aspecto social e empírico, mas que podem assumir outras adjetivações além de “humanos”. Apesar de facilitar o entendimento na maioria dos momentos, por vezes essa distinção se torna impossível, pois ambas as dimensões ficam atreladas de tal maneira que é impossível distingui-las nesses ou em quaisquer outros termos.

¹⁴ MONDAINI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 11.

apenas porque é árduo e tortuoso, talvez impossível de ser percorrido, o caminho para a pacificação jurídica desses direitos, mas, também, porque eles estão intimamente ligados às virtudes, para não usar a linguagem de cunho capitalista dos “bens”, mais importantes da humanidade.

O que se pode atestar a respeito dos Direitos Humanos é que esses fogem, em sua essência, do viés puramente dogmático e técnico na qual se baseiam as normas e sistemas jurídicos. Várias explicações podem ser tecidas e testadas para dar cabo desse fenômeno, como por exemplo a idéia de que os Direitos Humanos são naturalmente contestadores dos “standarts” montados com o fito de retroalimentar as estruturas da dogmática e do excesso de poder. Entretanto, em suas gêneses quaisquer dentre elas, certamente, partirá e terá certa base em um ponto histórico.

Isso significa que os Direitos Humanos, tais como genericamente entendidos, são fruto das transformações de concepções políticas e sociais ao longo da recente história, mais especificamente por volta de pouco mais que 200 anos. Parece evidente que, apesar da grande importância que requer a análise histórica dos Direitos Humanos, os maiores problemas não repousam sobre essa questão. A questão histórica é essencial para compreender os dilemas atuais desses direitos.

1.1 - A história da ideia dos Direitos Humanos

“A história é um profeta com olhar voltado para trás: pelo que foi, e contra o que foi, anuncia o que será.”

Eduardo Galeano¹⁵

Há, de fato, certo consenso entre os pesquisadores acerca de qual teria sido o início da compressão que se tem hoje acerca de Direitos Humanos. Esse consenso remonta ao final da Segunda Guerra Mundial quando da derrocada do Nazismo alemão e do Fascismo italiano. A partir de então, o sistema jurídico internacional que já tinha traços materiais de direitos humanos passou a se procedimentalizar no sentido de dar maior importância e eficácia aos direitos recém-evidenciados pelas atrocidades vistas em guerra.

¹⁵ GALEANO, Eduardo. *As Veias Abertas da América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

No entanto, podem-se elencar uma série de momentos históricos que aclaram os primeiros embriões desse sistema que teve sua necessidade evidenciada no pós-guerra. O que está por trás dessa digressão em busca de embriões nos quais se possam localizar prematuramente sinais da formulação de Direitos Humanos é a ideia de igualdade entre os seres humanos, simplesmente por gozarem dessa natureza humana. Bem se sabe que no decorrer da história, a condição de humanidade foi atribuída ora a um grupo restrito de pessoas, ora a um grupo mais amplo, ora ligado ao fator econômico, ora foi utilizado sob um viés político. Em suma, as pessoas nem sempre foram humanas.

O nascimento da Filosofia, a questão religiosa e a construção da razão, como leme da estruturação do pensamento humano, são alguns fatores que podem ser citados como grandes contribuições para essa mudança de perspectiva.

Um ponto de partida para o início desse caminho data-se do século V a. C., considerado o século de Péricles, no qual “nasce a filosofia, com a substituição, pela primeira vez na História, do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão”¹⁶. Com estes insumos, tem-se também a primeira notícia da concepção de democracia, na cidade de Atenas. Nesse sentido, o despontamento da utilização da razão na administração da pólis por intermédio do povo permitiu o desenvolvimento da ideia de que o poder pertencia ao povo e, conseqüentemente, todos aqueles pertencentes à categoria povo, o que não incluía os escravos ou estrangeiros, por exemplo, encontravam-se em uma posição de igualdade, munidos de razão e liberdade.

Anterior ao período grego, Comparato reconhece que a história dos direitos humanos começa, de certa maneira, nos séculos XI e X a.C. Para o autor, na instituição do reino unificado de Israel, tendo como capital Jerusalém, sob o reinado Davi, ocorreu pela primeira vez na história política da humanidade a figura de um monarca que não se proclamava deus, nem legislador, mas se apresentava como o responsável pela execução das leis divinas, a figura do rei-sacerdote. Nesse sentido, seria o estágio inicial do Estado de Direito, isto porque existia uma organização política em que o governante submetia-se aos princípios e normas elaboradas por uma autoridade superior.¹⁷

Após isso, as instituições democráticas atenienses, certamente, são a maior representação da limitação do poder institucional com a assunção da importância das leis. Relatado por

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 53-54.

Heródoto, um interessante diálogo entre o rei persa Xerxes e Demarato, que o acompanhava na expedição rumo à Grécia, evidencia o caráter de importância do instituto da lei para a engrenagem das polis gregas. Disse Xerxes:

[...] Mostra-me de que maneira mil homens, ou dez mil, ou mesmo cinqüenta mil, todos igualmente livres e fora da influência de qualquer senhor, poderiam resistir a um exército tão poderoso como o meu; pois, afinal, se eles são cinco mil, somos mais de mil contra um. Se eles agissem, como entre nós, sob as ordens de um senhor, o temor ao castigo inspirar-lhes-ia uma coragem fora do comum, e, impelidos por chicotadas, marchariam, embora fossem em pequeno número, contra tropas muito mais numerosas. Mas os teus compatriotas, independentes como são, não fariam tal coisa. Penso mesmo que, ainda que eles fossem iguais em número a nós, não levariam vantagens sobre os Persas, pois entre nós encontramos grandes exemplos de bravura. Há, entre os meus guardas, persas que se bateriam com três gregos de uma só vez; e se tanto exaltas as qualidades pessoais dos teus concidadãos, é porque nunca viste lutar um desses homens de que te falo”.

CIV — “Senhor — volveu Demarato —, eu já sabia, ao começar a falar, que a verdade não vos agradaria; mas, forçado a dizê-la, apresentei os Espartanos tal como são. [...] Num combate de homem para homem não são inferiores a ninguém, e, reunidos num corpo de exército, são os mais bravos de todos os homens. Na verdade, embora livres, não o são da maneira que imaginais. A lei é, para eles, um senhor absoluto, e não a temem menos que os vossos súditos a vós. Obedecem aos seus ditames, às suas determinações, que são ordens, e essas ordens impedem-nos de fugir diante do inimigo, qualquer que seja o seu número, e obriga-os a manterem-se firmes no seu posto, a vencer ou morrer. Se o que vos digo vos parece destituído de senso, guardarei, de agora em diante, silêncio sobre tudo o mais. Falei apenas em obediência às vossas ordens. Possa, senhor, esta expedição ser bem sucedida, segundo os vossos desejos.”¹⁸

O reconhecimento de limitação do poder absoluto do soberano tem na fase grega a semente de uma posição política que se desenvolveria profundamente após o período da Idade Média. A república romana também foi exemplo de limitação do poder político, embora sob uma perspectiva diferente da grega.

Não se pode deixar de agregar que a lei escrita representou uma etapa substancial para a consolidação da ideia de soberania do povo e da democracia. Essa discussão será aprofundada no tópico futuro.

Nesse diapasão, como consequência da escritura das leis, essa passou a gozar intimamente de um caráter mais universal do que nunca. Ora, uma vez que a lei estivesse reduzida na linguagem, as pessoas poderiam dela apropriar-se a seu favor. A partir da preocupação com a definição racional, o fundamento do Direito, sobretudo dessas leis universais, necessitou ser cambiado. Fábio Konder Comparato elucida que:

Descartado o fundamento religioso, foi preciso encontrar outra justificativa para a vigência dessas leis universais, aplicáveis portanto a todos os homens, em todas as

¹⁸ HERÓDOTO. *História*. Brasília : Universidade de Brasília, 1988. pp. 552-553.

partes do mundo. Para os sofistas e, mais tarde, para os estóicos, esse outro fundamento universal de vigência do direito só podia ser a natureza (*physis*).¹⁹

Entretanto, após sucumbirem as cidades-estados gregas e o esfacelamento da república romana, essas idéias foram deixadas à margem do processo histórico, isto é, não mais compuseram o teor político dos discursos utilizados doravante. Elas foram reaparecer apenas na Baixa Idade Média, por volta do século XII. Todo o período da Alta Idade Média, desde a derrocada do império romano em 453 d.C. até o século XI, representou o esquecimento de noções de igualdade, liberdade e limitação de poder do soberano. Note que as ideias de igualdade e liberdade aqui são apresentadas de maneira correlata ao período histórico em análise e não pode ser, obviamente, concebidas com as lentes da contemporaneidade.

Outros pontos históricos podem ser elencados como exemplificação do processo de ressurgimento das ideias esquecidas. A Declaração das Cortes de Leão de 1188 e a Magna Carta na Inglaterra em 1215.

Especificamente, a Magna Carta representou um suspiro do direito à liberdade, no meio de uma Europa que passava por um momento de evidente crescimento de poderes centrais. Ao se manifestar tanto na esfera da sociedade civil como na eclesiástica, o poder central definiu de maneira ainda mais clara os estamentos visíveis no contexto.

Em sua estrutura, a Carta Magna “constitui, na verdade, uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pela qual se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais”.²⁰ Entre as disposições mais interessantes do documento, podem-se citar o início, ainda que bastante incipiente, da normatização das relações de trabalho, deixando de lado a vontade arbitrária do senhor e colocando a norma geral e objetiva da lei em seu lugar; o reconhecimento da função do monarca enquanto de interesse público; o estabelecimento da garantia da propriedade privada; e, por fim, a cláusula 39 de grande importância, uma vez que estabeleceu a separação entre a pessoa do monarca e a lei e jurisdição:

39. Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.²¹

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010 Ibidem, p. 26.

²⁰ Ibidem. p. 91.

²¹ Magna Carta. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/magna.htm>. Acesso em 10.12.2010.

Konder Comparato lembra que “o embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a liberdade geral em benefício de todos, sem distinções de condição social, o que só viria a ser declarado ao final do século XVIII [...]”²².

A análise histórica quase sempre pode se constituir uma armadilha metodológica em uma análise alongada. Isso porque o motor da história não é unidimensional. O exame de fatos históricos que se pretende minimamente crível deve compreender as variadas dimensões da vida social. Assim, não se pode olvidar que os fatos políticos narrados até agora possuíram também uma dimensão econômica que é essencial para entender a engrenagem fatural.

Dessa maneira, deve-se lembrar que, em termos econômicos, os períodos históricos narrados, bem como os que serão narrados adiante, foram de grande transformação, acompanhados de substanciais avanços tecnológicos. Até então, valendo-se da classificação e elucidação da economia marxista, os modos de produção já haviam passado pelo primitivo, asiático, escravista e feudal.

Nesse sentido é que, mesmo não se tratando de um trabalho eminentemente de História, esse estudo, visando uma compreensão melhor do que se entende hoje por Direitos Humanos, busca mostrar as ideias e momentos históricos que deram o tom do desenvolvimento desses direitos.

O contexto começou a mudar efetivamente por volta do século XVII. A situação passou a ser sustentada com base nas teorias da monarquia absoluta²³. Essas teorias serviram à justificação do poder absoluto dos reis, servindo, inclusive, ao estabelecimento dos impérios coloniais ibéricos.

Como reação ao poder absoluto que detinha a monarquia, dois fatos específicos devem ser considerados. A lei de Habeas-Corpus, em 1679, e a Declaração de Direitos, *Bill of Rights*, em 1689, ambos na Inglaterra. Esses instrumentos visavam a proteção da liberdade individual das pessoas. Obviamente, não se pode dar a eles o alcance das liberdades individuais contemporâneas, uma vez que o acesso aos direitos previstos nesses documentos era praticamente restrito a alguns estamentos do reino.

²² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 58.

²³ Cabem ressaltar alguns pensadores que tentaram legitimar o poder absoluto do monarca seja mediante a ideia do “direito divino dos reis”, como, por exemplo Jean Bodin e Jacques Bossuet, seja pela ideia de “contrato social” como Thomas Hobbes e Nicolau Maquiavel.

A lei de Habeas Corpus apresentou-se, então, como baluarte da garantia da liberdade de locomoção. Pode-se dizer que, de fato, essa primeira manifestação de proteção efetiva dessa liberdade inspirou a posterior criação de proteções para as demais liberdades.²⁴

Por sua vez, no que toca a Declaração de Direitos, *Bill of Rights*, reitera-se que as vicissitudes históricas não são unidimensionais. Os aspectos econômicos, políticos e sociais estão permanentemente ligados de tal maneira que a alteração em qualquer desses aspectos certamente influenciará no outro, assumindo, então, um processo de retroalimentação. Dessa maneira, “pode-se mesmo afirmar que, sem esse novo estatuto das liberdades civis e políticas, o capitalismo industrial dos séculos seguintes dificilmente teria prosperado.”²⁵

Desde o renascentismo, iniciado por volta do século XIII e finalizado por volta do XVII, e o então nascimento do regime monárquico absoluto, o contexto político e jurídico da sociedade estava intimamente ligado à figura do rei como soberano de todo o poder ontologicamente constituído. O *Bill of Rights* foi o passo efetivo de desconstrução desse modelo. Isso porque essa Declaração de Direitos “criava, com a divisão dos poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria a denominar, sugestivamente, uma garantia institucional, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana.”²⁶, isto é, um “Estado fundado na separação dos poderes, um Estados de direito, um Estado dos cidadãos.”²⁷

Cabe ressaltar que, não obstante essa mudança tão intensa e inédita, essa delaração apresentou uma contradição imanente. Mesmo declarando a importância e garantia das liberdades públicas, enquanto forma de reação às querelas religiosas enervadas no contexto europeu, determinou a adoção de uma religião oficial do reino²⁸.

And whereas it hath been found by experience that it is inconsistent with the safety and welfare of this Protestant kingdom to be governed by a popish prince, or by any king or queen marrying a papist, the said Lords Spiritual and Temporal and Commons do further pray that it may be enacted, that all and every person and persons that is, are or shall be reconciled to or shall hold communion with the see or Church of Rome, or shall profess the popish religion, or shall marry a papist, shall be excluded and be forever incapable to inherit, possess or enjoy the crown and

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 100.

²⁵ *Ibidem*. p. 61.

²⁶ *Ibidem*. pp. 105-106.

²⁷ MONDAINI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 23.

²⁸ Nesse sentido, Locke também havia se manifestado pouco antes, defendendo a liberdade religiosa diante do Estado. Segundo ele: “O cuidado da alma e de assuntos espirituais, que não pertencem e não se subordinam ao estado, é reservado e mantido por cada indivíduo.” LOCKE, John. *Carta acerca da Tolerância*. São Paulo: Abril Cultural, 1978. pp. 1-29.

government of this realm and Ireland and the dominions thereunto belonging or any part of the same, or to have, use or exercise any regal power, authority or jurisdiction within the same [...].²⁹

É possível dizer que tal medida teve uma reação, privando, assim, uma liberdade, que mais tarde na Declaração de Independência dos Estados Unidos seria considerada, para os norte-americanos, a base de todo o sistema de liberdades individuais.

A referência intelectual do considerado pai do pensamento liberal ou liberalismo político, John Locke, tentou evidenciar em sua obra Segundo Tratado Sobre o Governo, 1690, que o escopo do governo civil seria defender determinados direitos naturais, isto é, preservar a propriedade que consiste para ele nos direitos a vida, liberdade e bens materiais.³⁰

Assim é que Locke define:

O objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidades, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade.

[...]

Todavia, embora os homens quando entram em sociedade abandonem a igualdade, a liberdade e o poder executivo que tinham no estado de natureza, nas mãos da sociedade, para que disponha deles por meio do poder legislativo conforme o exigir o bem dela mesma, entretanto, fazendo-o cada um apenas com a intenção de melhor preservar a si próprio, à sua liberdade e propriedade.³¹

Em sentido similar, Montesquieu também deixou sua contribuição em Do Espíritos das Leis no sentido de reafirmação das liberdades individuais, uma vez que propunha um Estado equilibrado entre três poderes, executivo, legislativo e judiciário ao invés do Estado absoluto. Para Montesquieu, “Não existe palavra que tenha recebido tantos significados e tenha marcado os espíritos de tantas maneiras quanto a palavra liberdade. Uns a tomaram como a facilidade de depor aquele a quem deram um poder tirânico; outros, como a faculdade de eleger a quem devem obedecer; outros, como o direito de estarem armados e de poderem

²⁹ *Bill of Rights*. Disponível em http://www.constitution.org/eng/eng_bor.htm. Acesso em 05/12/2010. Tradução livre: E considerando que tem sido encontrado por experiência própria que é incompatível com a segurança e o bem-estar deste reino protestante ser governado por um príncipe papista ou por qualquer rei ou rainha se casar com um papista, os ditos senhores espirituais e temporais e fazer ainda mais orem Commons que pode ser promulgada, para que todos e cada pessoa e das pessoas isto é, são ou devem ser conciliados ou deve manter comunhão com a Sé ou Igreja de Roma, ou deve professar a religião papista ou casar com um papista, será excluído e será para sempre incapaz de herdar, possuir ou desfrutar da coroa e do governo deste reino e da Irlanda e dos Territórios não vos pertencem ou qualquer parte do mesmo, ou ter, usar ou exercer qualquer régio poder, autoridade ou jurisdição dentro do mesmo.

³⁰ MONDAINI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 29.

³¹ LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre o governo*. São Paulo: Abril Cultural, 1978. pp. 82-83.

exercer a violência; estes, como o privilégio de só serem governados por um homem de sua nação, ou por suas próprias leis.”³²

A Revolução Industrial esteve entre o que se pode chamar do conjunto de Revoluções Burguesas do século XVIII, fator que influenciou diretamente a derrocada do Antigo Regime e a passagem do capitalismo comercial para o industrial. Além disso, outros dois movimentos que foram fundamentais para a mudança da estrutura político-social foram a Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa que, embebidos das ideias e princípios iluministas, marcaram a transição da Idade Moderna para a Idade Contemporânea.

Deve-se atentar para o fato de que nesse momento histórico, os direitos humanos surgem eminentemente como reação e resposta aos excessos do regime absolutista. Eles representavam uma tentativa de impor controle e limites à abusiva atuação do Estado. Diante da linha descontrolada que o poder do Estado havia tomado, a solução era limitar e controlar o seu poder, que deveria se pautar na legalidade e respeitar os direitos fundamentais.³³ A não atuação estatal significava liberdade.³⁴

Nesse sentido, Comparato lembra que:

A independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte, em 1776, reunidas primeiro sob a forma de uma confederação e constituídas em seguida em Estado federal, em 1787, representou o ato inaugural da democracia moderna, combinado, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos.³⁵

³² MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes 1996. p. 165.

³³ No final do século XVIII e no início do século XIX, o discurso dos direitos humanos foi uma resposta contestatória ao Absolutismo. Sobre o assunto, observa Nelson Saldanha: “O Estado Liberal, teoricamente nascido do consentimento dos indivíduos, tinha por finalidade fazer valerem os direitos destes. Daí a necessidade de estabelecer os limites do poder, mais as relações entre este poder e aqueles direitos. Ou seja, o Estado existiria para garantir tais direitos. No entendimento liberal ortodoxo, portanto, o Estado deveria ter por núcleo um sistema de garantias, e a primeira garantia seria a própria separação dos poderes. Daí a fundamental e primacial relevância do ‘princípio’ da separação dos poderes, um tema já legível em Aristóteles, retomado por Locke e reformulado com maior eficácia por Montesquieu. Para fixar, verbal e institucionalmente, a divisão do poder, ou, por outra, a separação dos poderes, o Estado Liberal precisou de um instrumento jurídico, a Constituição, que o converteu em Estado constitucional. SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987. p 38.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 143. (Ilustrativamente, Hobbes definia a liberdade como “não impedimento” (*abstence of opposition*), enquanto Montesquieu a conceituava como “o direito de fazer tudo o que as palavras de Bobbio, na ação dentro da esfera do permitido, isto é, do que não é nem comandado nem proibido. LAFER, Celso. *Ensaio sobre a Liberdade*. São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 1980, pp. 18-19.

³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 105-106.

Foi marcante a evidência que alcançou Thomas Paine ao destacar o aspecto radical do liberalismo e a defesa do direito de resistência à tirania, tornando mais concreto ainda o terreno para a independência das treze colônias. Segundo ele:

Sob nossa atual denominação de súditos britânicos, não podemos sequer ser recebidos ou ouvidos no estrangeiro. A praxe de todas as cortes estaria contra nós, e assim o seria até que, pela independência, pudéssemos ombrear com outras nações. Tais meios poderão parecer, em princípio, estranhos e difíceis, mas, como todas as outras etapas pelas quais já passamos, em pouco tempo tornar-se-ão conhecidos e agradáveis, e até a independência ser declarada, o continente irá sentir-se como um homem que viva adiando uma tarefa desagradável para o dia seguinte, sabendo porém que ela precisa ser feita, odiando empenhar-se nela, desejando vê-la terminada, e vivendo continuamente perseguido pelos pensamentos de sua necessidade.³⁶

A declaração de Independência dos Estados Unidos, sem dúvida, é um marco teórico, político e filosófico do caminho que a ideia dos Direitos Humanos viria a percorrer adiante. Historicamente, o processo de ocupação do território norte-americano teve bastantes peculiaridades. Não obstante haver uma ligação muito próxima da coroa inglesa, o viés ideológico se afastou significativamente dos costumes e padrões desta. A própria estrutura social não baseada em estamentos é um grande exemplo dessa diferença. Na verdade, o grande valor cultuado nas colônias e, conseqüentemente, na Declaração de Independência foi o da igualdade que é essencialmente paradoxal à estrutura social por estamentos.

É interessante pontuar a obra de Alexis de Tocqueville, *Democracia na América*. O autor francês em viagem pela América observou as práticas liberais e igualitárias daquele povo. Dessa maneira desenvolveu uma questão central que são “as formas pelas quais a tendência ao igualitarismo, presente na civilização americana, poderia ser realizada preservando as liberdades individuais, ou seja, afastando o perigo da construção de uma indesejável tirania da maioria.”³⁷

Essa igualdade manifestada, especialmente, na sua forma jurídica, fundamentou o desenvolvimento de outras características da sociedade americana como, por exemplo, a imensa preocupação com as liberdades individuais, a sobreposição da vontade popular aos poderes de

³⁶ PAINE, Thomas. *O senso comum e a crise*. Brasília: Universidade de Brasília, 1982. p. 44. Outra contribuição do mesmo autor constitui os escritos *Direitos do Homem (1791-1792)*, no qual ele demonstra-se favorável à Revolução Francesa e à introdução da República na Inglaterra. Interessante também notar a discussão gerada contra Edmund Burke que atacou a Revolução e defendeu a Monarquia britânica em sua obra *Reflexões sobre a revolução na França*. Ver, portanto: BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução em França*. Brasília: Editora da UNB, 1982.

³⁷ MONDAINI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 79. Para mais: TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracia na América*. Volume I. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.

governo, além da mudança de perspectiva no que toca a legitimidade política, inserindo a ideia de soberania popular.

Claramente, a igualdade jurídico-formal não foi naquela época, da mesma maneira que não o é atualmente, suficiente para erradicação das diversas formas de desigualdades existentes e suas imediatas consequências, como a discriminação e opressão. Assinale-se, no entanto, que essa igualdade no plano legal foi uma necessidade contextual, ao mesmo tempo em que se constitui uma etapa da realização, de fato, da igualdade social.

Deve-se fazer nesse ponto um parentêse. Apesar de a sociedade norte-americana não ter sido caracterizada em todo decorrer de sua história por divisões estamentais ou conflitos religiosos, essa igualdade jurídica teve um considerável esvaziamento de significado no que diz respeito à questão da escravidão negra. A permanência dessa condição, obviamente, representou um contrassenso no seio de uma sociedade que se pretendia igualitária por natureza. O inevitável resultado dessa situação foi a guerra civil ocorrida algumas dezenas de anos depois.³⁸

Pode-se dizer que a Declaração é “o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social.”³⁹

As Declarações de Direito norte-Americanas, especialmente a Declaração de Direitos da Virgínia, também exerceram influência capital na sedimentação da importância dos direitos firmados na Declaração de Independência. Pode-se dizer que o principal precedente jurídico das declarações foi o *Bill of Rights*. Entretanto, convém relevar que a sociedade norte-americana ampliou as concepções advindas da declaração de direito inglesa. De fato, os americanos “transformaram os antigos direitos naturais em direitos positivos reconhecendo-os como de nível superior a todos os demais. [...] deram aos direitos humanos a qualidade de direitos fundamentais, isto é, direitos reconhecidos expressamente pelo Estado, elevando-os ao nível constitucional [...]”⁴⁰.

³⁸ Especificamente sobre os contrastes das tradições francesa, americana e brasileira no que diz respeito aos direitos individuais e à visão de igualdade de direitos entre os cidadãos, ver: Holston, J. *Insurgent Citizenship: Disjunctions of Democracy and Modernity in Brazil*. Princeton and Oxford: Princeton University Press. 2008.

³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 116.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 124.

Pontue-se que a Declaração de Direitos da Virgínia demarca um momento histórico no qual a Guerra de Independência já estava em curso e explicita não apenas o rompimento com a metrópole, mas também a transformação do status do indivíduo norte-americano, isto é, a passagem do súdito ao cidadão.⁴¹

A grande consequência mediata do reconhecimento dos direitos das declarações de direitos foi dar início à profunda reflexão constitucional tal como o termo é entendido na modernidade. É importante ressaltar que

A Constituição em sua acepção moderna é, efetivamente, uma criação norte-americana. Para os antigos, a ideia de constituição significava a organização tradicional de determinada sociedade, incluindo não só as relações de poder político, como também o conjunto das instituições da vida privada, notadamente a família, o grupo familiar alargado (como a gens romana, por exemplo), a educação e a propriedade.

[...]

Essa ideia de Constituição, ligada aos direitos naturais ou tradicionais do povo, ainda permanece viva no direito político inglês. [...]

A Constituição moderna, ao contrário, tal como a conceberam pela primeira vez os norte-americanos, é um ato de vontade, o supremo ato de vontade política de um povo. A sua finalidade precípua é a proteção do indivíduo contra os abusos dos governantes. [...]”⁴².

Nesse sentido é que a Constituição Norte-Americana, juntamente com as suas dez primeiras emendas representaram a inauguração de um conjunto de ideias que doravante serviram como orientadoras da legitimidade política, da vida social e da operacionalização jurídica⁴³. Merecem destaque alguns direitos que se tornaram os alicerces das proteções dos Estados Unidos como, por exemplo, a liberdade religiosa, de palavra ou expressão, de imprensa e o respeito ao *due process of law*.

Ao lado das Declarações de Direito e da Constituição dos recém independentes Estados Unidos da América, a Declaração de Direitos Francesa também representa um importante pilar da proteção moderna dos direitos e garantias fundamentais. Deve-se observar de antemão que embora ambos momentos representem os grandes acontecimentos políticos, sociais e jurídicos da modernidade, eles detinham pressupostos consideravelmente diferentes.

⁴¹ MONDAINI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 48.

⁴² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 125.

⁴³ As dez primeiras emendas foram votadas pelo congresso dos Estados Unidos da América em 25 de setembro de 1789. Essas emendas à Constituição Federal constituíram a Declaração de Direitos que se encontrava ausente no texto constitucional estadunidense aprovado no ano de 1787. Para a discussão que gerou o conflito acerca da inclusão ou não desses direitos no corpo da Constituição, ver: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. MONDAINI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006.

Examinando o contexto social no qual ocorreram os dois momentos históricos, pode-se dizer no caso norte-americano as declarações de direitos e a proclamação de uma Constituição representaram uma intenção de restaurar os antigos direitos dos súditos norte-americanos. Isso quer dizer que é possível perceber por intermédio dos documentos americanos que a lógica não era contrária a uma suposta natureza injusta do regime monárquico, mas que a coroa inglesa havia perdido legitimidade política na América, uma vez que o rei havia adquirido a forma de tirano, pois negava aos súditos americanos da coroa inglesa determinadas liberdades tradicionais. Por outro lado, no caso francês, o que o contexto e os documentos deixam claros é que a lógica era outra. Na França, o que se visava com o movimento revolucionário era a deposição de uma determinada ordem política, intencionando, assim, a criação de um novo modelo com paradigmas inéditos. Fato interessante que auxilia na compreensão da diferença é que após a revolução francesa, os revolucionários criaram um novo calendário, abolindo o cristão de tão certos que estavam que estariam criando uma nova era histórica.⁴⁴

Habermas conclui que nos Estados Unidos “é uma questão de libertar as forças espontâneas da autorregulação em harmonia com a Lei Natural, ao passo que na [França, a Revolução] busca impor pela primeira vez uma constituição plena conforme a Lei Natural contra uma sociedade depravada e uma natureza humana que havia sido corrompida.”⁴⁵

Sintetizando a diferenciação, Comparato relata:

O estilo abstrato e generalizante distingue, nitidamente, a Declaração de 1789 dos *bill of rights* dos Estados Unidos. Os americanos, em regra, com a notável exceção, ainda aí, de Thomas Jefferson, estavam mais interessados em firmar a sua independência e estabelecer o seu próprio regime político do que levar a idéia de liberdade a outros povos. Aliás, o sentido que atribuíam à sua *revolution*, como acima lembrado, era essencialmente o de uma restauração das antigas liberdades e costumes, na linha da sua própria tradição histórica.

Os revolucionários de 1789, ao contrário, julgavam-se apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos e em todos os tempos vindouros.⁴⁶

A Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte também estabelecem pontos específicos acerca do status de prevalência da condição humana e seus direitos inerentes.⁴⁷ O modo de abordagem dos direitos é similar porque o enfoque

⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Theory and Practice*. Londres: Heinemann, 1974. p. 88.

⁴⁶ COMPARATO, op. Cit. pp. 145-146.

⁴⁷ Importante notar que a Constituição Norte Americana teve como um dos redatores Thomas Jefferson para quem os homens deveriam ter o direito inalienável à vida, à liberdade e à busca da felicidade. Para mais ver: JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. São

advindo das conquistas do povo da América do Norte no que toca o seu contexto político era diferente do vivido pelos franceses.

Thomas Jefferson foi, sem dúvida, um dos grandes responsáveis pelo estabelecimento da ordem política após a declaração de independência. Ao destacar a forma de governo republicana como único caminho para a conquista da felicidade e liberdade, ele expôs seu despreço pela monarquia e pelos governos opressores europeus.⁴⁸

Entretanto, mesmo considerando essa distinção, é possível afirmar que ambas as declarações de direitos tem estruturas muito bem definidas e substrato bastante claro. As duas declarações serviram como um marco filosófico, político e social do poder indiscriminado do Estado monárquico.

A chamada revolução Americana foi essencialmente, no mesmo espírito da Glorious Revolution inglesa, uma restauração das antigas franquias e dos tradicionais direitos de cidadania, diante dos abusos e usurpações do poder monárquico. Na Revolução Francesa, bem ao contrário, todo o ímpeto do movimento político tendeu ao futuro e representou uma tentativa de mudança radical das condições de vida em sociedade. O que se quis foi apagar completamente o passado e recomeçar a História do marco zero – reinício muito bem simbolizado pela mudança do calendário.⁴⁹

O fato é que se pode definir, por um lado, como marco teórico, filosófico e político dos Direitos Humanos sob essa perspectiva contemporânea a Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte. Por outro lado, as Declarações de Direitos da Revolução Francesa podem ser colocadas no mesmo patamar. Contudo, para ser fiel à análise de cada momento fundador da referida perspectiva, é necessário ter em mente que ambos documentos foram produzidos em contextos políticos e ideológicos completamente diferentes, não obstante lograrem essa posição de marco.

É interessante notar que a forma reativa de afirmação dos primeiros direitos nessas duas declarações possui características iguais ao que se pode chamar de processo de reafirmação desses direitos, dotados de uma roupagem intitulada Direitos Humanos, ocorrido após a Segunda Guerra Mundial. Claramente, o embasamento de afirmação desses direitos, suas interpretações, alcances dos sujeitos se transformaram no decorrer da história.

Paulo, Ibrasa, 1964 e HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Tradução, introdução e notas de V. Soromenho-Marques e J. C. S. Duarte. Lisboa: Colibri, 2003.

⁴⁸ MONDAINI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 55.

⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64.

Desenhado um novo panorama político e institucional, algumas mudanças essenciais à manutenção das novas ideias merecem destaque. De fato, com a Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América e a Declaração de Direitos da Revolução Francesa que proclamaram a igualdade de todos os seres humanos, a legitimidade política foi alterada consubstancialmente.

Alguns anos antes da Revolução Francesa, em 1755, um autor chamado Jean-Jacques Rousseau escreveu o Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens. Com esses escritos, Rousseau foi considerado destacadamente um mentor intelectual da Revolução Francesa. Rousseau foi quem reconheceu a necessidade do deslocamento da soberania, tirando-a do rei e repousando-a sobre o povo, propondo que a participação direta do povo nas coisas do Estado seria uma condição de libertação. Além do mais, na referida obra ele “buscou localizar as fontes da desigualdade social existente entre os homens na passagem hipotética ocorrida do ‘estado de natureza’ para a ‘sociedade civil’. Nesse momento, os seres humanos teriam perdido a sua condição natural de liberdade, passando a viver num mundo civilizado, em função da criação da propriedade.”⁵⁰

Rousseau reflete sobre a questão da propriedade e (des)igualdade. Nesse sentido, ele expõe que “o verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer isto é meu e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo”.⁵¹ Sobre a desigualdade coloca que:

Conclui-se dessa exposição que, sendo quase nula a desigualdade no estado de natureza, deve sua força e seu desenvolvimento a nossas faculdades e aos progressos do espírito humano, tornando-se, afinal, estável e legítima graças ao estabelecimento da propriedade e das leis. Conclui-se, ainda, que a desigualdade moral, autorizada unicamente pelo direito positivo, é contrária ao direito natural sempre que não ocorre juntamente e na mesma proporção, com a dedesigualdade física [...].⁵²

Pode-se dizer que “a natureza foi usada contra a cultura para criar o mais refinado conceito. Mas se a natureza foi um movimento tático motivado pela necessidade de combater as reivindicações de autoridade que governavam a sociedade grega no início, sua descoberta não foi tanto uma revelação ou uma retirada do véu, mas mais uma invenção ou criação.”⁵³

⁵⁰ MONDAINI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 36.

⁵¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Apresentação e comentários de Jean-François Braunstein; Tradução de Iracema Gomes Soares e Maria Cristina Roveri Nagle. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989. p. 84.

⁵² ROUSSEAU, op. Cit. pp. 117-118.

⁵³ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 48.

Em outra passagem, 1762, ao publicar *Do Contrato Social*, Rousseau reforça a crítica à civilização baseada na propriedade privada e na liberdade dos detentores dela. Nessa obra, o autor desenvolve melhor os argumentos acerca da liberdade, que serviram de base à Revolução. O ponto é que Rousseau argumenta que a liberdade não pode ser considerada como um fato individual, pois, de fato, ela só se realizará no dia em que o “eu individual” se transformar no “eu comum”. Aqui ele introduz um elemento central em sua teoria, isto é, a “vontade geral” em detrimento de uma “vontade particular”.⁵⁴

O ponto central da Revolução Francesa foi, certamente, o estabelecimento dos valores igualdade, liberdade e, posteriormente na Constituição de 1791, fraternidade. Tal estabelecimento fortaleceu de sobremodo a luta contra a estrutura estamental da sociedade francesa e pela consagração das liberdades individuais para todos. Como consequência dessa série de lutas o tombamento do modelo feudal, juntamente com seu modelo de servidão parecia inevitável. Além disso, também ficaram abalados os privilégios religiosos.

A Revolução, portanto, foi concebida com um caráter universal, isto é, as ideias que brotaram foram direcionadas para além das fronteiras nacionais do Estado Francês. A revolução “parecia mais interessada na regeneração da humanidade do que na reforma da França.”⁵⁵ O fato é que o movimento francês desencadeou o aparecimento de grupos políticos dos mais variados posicionamentos. Desde os conservadores extremados aos revolucionários extremados.

Como consequência disso, no cenário internacional, viu-se tomar forma desde:

um liberalismo tipicamente conservador – preocupado com a defesa a todos os custos da propriedade privada e da economia livre de mercado -, até um liberalismo democrático – engajado na necessidade de se incorporar ao projeto liberal clássico as demandas democráticas advindas de baixo, das classes sociais subalternas, como, por exemplo, o sufrágio universal- passando por um liberalismo social, patrocinador da proposta de implementação de reformas sociais capazes de manter sob controle as possíveis insatisfações surgidas entre os trabalhadores.[...] Na verdade, o liberalismo pós-Revolução Francesa de 1789 foi obrigado a conviver com três novas realidades político-ideológicas, três novos projetos que, entre os próprios liberais até então hegemônicos, disputavam entre si o papel de liderança na construção do novo mundo contemporâneo: a democracia, o socialismo e o nacionalismo.⁵⁶

⁵⁴ MONDAINI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 41. Para mais, verificar a obra: Rousseau, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo, Martins Fontes, 2001.

⁵⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de. *L'ancien regime et La révolution*. Paris: Gallimard, 1967. p. 89.

⁵⁶ MONDAINI, op. Cit. p. 64.

Por definição, a questão política que se enxerga por trás desse momento histórico está intimamente ligada às ideias de poder⁵⁷ e soberania. O contorno de poder que gozava o Estado Absolutista e as constantes exacerbações desse poder, propiciaram o engrandecimento de uma visão em prol do asseguramento dos direitos dos súditos que passariam, então, a ser não mais meros súditos, mas cidadãos.

Assim, ideologicamente, a crítica ao *Ancien Régime* consistiu na elaboração de uma forma de pensar oposta àquela baseada na tradição da Igreja Católica Romana, explicada pela percepção divina. O pensamento liberal, amplificado pelo Iluminismo, remodelou a lógica teológica na medida em que introduziu a razão como gênese e instrumento do conhecimento do mundo e alcance das pretensões humanas.⁵⁸

Grande problema político oriundo do contexto político francês consistiu na dúvida acerca de sobre quem ou o que deveria recair o poder da soberania após ser destituído monarca que, até então, o exercia de maneira absoluta. Assume, então, a soberania política a figura da assembléia nacional. Essa soberania política, similarmente ao caso norte-americano, conquanto guardadas algumas distinções, por intermédio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da primeira constituição republicana francesa, 1793, também assumiu o perfil popular mediante os artigos 25 e 26 de tal declaração:

Article 25. La souveraineté réside dans le peuple; elle est une et indivisible, imprescriptible et inaliénable.

Article 26. Aucune portion du peuple ne peut exercer la puissance du peuple entier; mais chaque section du souverain assemblée doit jouir du droit d'exprimer sa volonté avec une entière liberté.⁵⁹

Fica claro, portanto, que decaído o antigo regime, *Ancien Régime*, o novo soberano reina apenas simbolicamente, mas não governa.

Benjamin Constant, em 1819, manifestando-se em conferência no Ateneu Real de Paris⁶⁰, fundamentou a diferença entre as concepções de liberdade que permeava a Revolução

⁵⁷ Bom ressaltar que a alegação de que as relações de poder podem ser plenamente traduzidas para a linguagem da lei e dos direitos nunca foi totalmente digna de crédito e agora está mais esfarrapada do que nunca. DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

⁵⁸ MONDAINI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 22.

⁵⁹ Texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793). Acessado em http://www.aidh.org/Biblio/Text_fondat/FR_04.htm, em 05/12/2010. Tradução livre: Artigo 25. A soberania reside no povo; ela é uma, indivisível, imprescritível e inalienável. Artigo 26. Nenhuma parcela do povo pode exercer o poder do povo inteiro; mas cada segmento do soberano, reunido em assembléia, deve gozar do direito de exprimir sua vontade com inteira liberdade.

Francesa e a dos antigos gregos e Romanos. Segundo ele, para os antigos havia a liberdade somente na esfera política, tendo o cidadão participação no governo. Ao contrário, o ideal burguês é a liberdade moderna, isto é, voltada para um viés completamente privado, refutando qualquer interferência estatal na vida de família ou profissional.⁶¹

Apesar de todas as diferenças apontadas entre os contextos que produziram ambos os documentos, não se pode negar que os revolucionários franceses beberam na fonte das declarações de direito norte-americanas, além de levarem em consideração a gama de reivindicações e descontentamentos da população francesa.

Nesse panorama é que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarou, enfim, a morte do Antigo Regime. A tomada da Bastilha por homens e mulheres marcados pela fome representou não apenas o atestado de óbito do Antigo Regime, mas também o início de um caminho universalista de reconhecimento dos direitos civis. Com características de mensagem destinada, de fato, a toda humanidade, versando sobre direitos basilares da Revolução contra a monarquia absoluta, essa Declaração tornou-se, por assim dizer, um documento imprescindível ao movimento do constitucionalismo moderno.

Em suma, sem dúvida, o movimento do constitucionalismo moderno ocorrido a partir da Revolução de 1789 e das Declarações de Direitos norte-americanas de 1776 trouxe à baila várias preocupações com direitos individuais e coletivos que podem ser essencialmente reduzidos aos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, até então jamais concebidos como tais. Esse levante social carregou consigo o início de um processo de reestruturação mundial da concepção dos direitos das pessoas e dos próprios sistemas legais. A figura do

⁶⁰ Texto Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos. Acessado em <http://www.panarchy.org/constant/liberte.1819.html> em 06/12/2010. Texto original: De la liberté des anciens comparée à celle des modernes (1819). Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris. [...] Comparez maintenant à cette liberté celle des anciens. Celle-ci consistait à exercer collectivement, mais directement, plusieurs parties de la souveraineté toute entière, à délibérer, sur la place publique, de la guerre et de la paix, à conclure avec les étrangers des traités d'alliance, à voter les lois, à prononcer les jugements, à examiner les comptes, les actes, la gestion des magistrats, à les faire comparaître devant tout le peuple, à les mettre en accusation, à les condamner ou à les absoudre; mais en même temps que c'était là ce que les anciens nommaient liberté, ils admettaient comme compatible avec cette liberté collective l'assujettissement complet de l'individu à l'autorité de l'ensemble. Vous ne trouvez chez eux presque aucune des jouissances que nous venons de voir faisant partie de la liberté chez les modernes. Toutes les actions privées sont soumises à une surveillance sévère. Rien n'est accordé à l'indépendance individuelle, ni sous le rapport des opinions, ni sous celui de l'industrie, ni surtout sous le rapport de la religion. [...] Il résulte de ce que je viens d'exposer, que nous ne pouvons plus jouir de la liberté des anciens, qui se composait de la participation active et constante au pouvoir collectif. Notre liberté à nous, doit se composer de la jouissance paisible de l'indépendance privée. La part que dans l'antiquité chacun prenait à la souveraineté nationale n'était point, comme de nos jours, une supposition abstraite.

⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 159.

Estado, bastante embasada na figura do Leviatã hobbesiano⁶², passou a deter, com a ruptura com a coroa inglesa em um caso e com o Antigo Regime em outro, cada vez menos força, uma vez que seus agentes e o soberano tiveram remodelados os seus poderes e ações. A submissão ao império da lei⁶³ passou a ser constante na ideologia ocidental e na sistematização de direitos.

Na visão de Rabben, a época do Iluminismo, século XVII, configura o momento do primeiro uso moderno do termo “direitos humanos”, pois os filósofos e teólogos ocidentais estavam começando a utilizá-lo. Apesar disso, no século XVII, Hobbes já tinha admitido que todos os seres humanos são iguais por natureza, dando início à fórmula: “A ascensão econômica, política e social da burguesia, do protestantismo e do conceito do indivíduo soberano estava acontecendo ao mesmo tempo.” Neste contexto, a concepção de direitos como propriedade comum de todos os seres humanos foi sedimentada de maneira incompleta. Isso porque o pensamento popular da época continuou por considerar muitos grupos como inferiores e até subumanos.⁶⁴

Outros documentos produzidos imediatamente após essa primeira Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, ou seja, as declarações de direitos na Constituição de 1791, na Constituição de 1793 e na Constituição de 1795 serviram à confirmação do conteúdo daquela primeira, inclusive, aumentando o rol de direitos contemplados, além de explicitá-los mais detalhadamente. A primeira é considerada a que reconheceu “pela primeira vez na História, a existência de direitos humanos de caráter social”.⁶⁵ Por sua vez, a segunda, votada no meio do conflito entre os deputados eleitos pelo departamento da Gironda e os deputados pertencentes ao clube dos jacobinos, trouxe algumas inovações pertinentes como, por exemplo, a abolição do sufrágio censitário, a distinção entre cidadãos ativos e passivos, a declaração de que a soberania política pertencia ao povo e a afirmação das liberdades públicas e individuais. Enfim, a terceira é considerada uma “declaração de deveres”⁶⁶ na medida em que, apesar de proclamar um paradigma da universalidade dos cidadãos, não mencionando a soberania

⁶² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.

⁶³ Ronald Dworkin coloca que o império da lei deve ser defendido de seu inimigo, o ceticismo externo, que não usa “argumentos do tipo que o empreendimento exige”, e dos juristas críticos, os inimigos internos, “a serviço de objetivos políticos não revelados”. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁶⁴ RABBEN, Linda. O Universal e o Particular na Questão dos Direitos Humanos. In: FONSECA, Claudia (et. al.) (Org.) *Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos: Diálogos Interdisciplinares*. Porto Alegre: UFRGS, 2004. p. 20.

⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 165.

⁶⁶ *Ibidem*. p. 169.

popular e reiterar as engrenagens da lógica de separação e controle dos poderes estatais, suprimiu alguns direitos fundamentais já reconhecidos nas declarações anteriores, *e.g.*, as liberdades de opinião, de expressão e de culto.

Vale ponderar que, dado o contexto histórico, a elaboração dos direitos sociais e econômicos visava a ampliação da efetividade de algumas condições de sobrevivência a todas as pessoas. De sobremaneira, como resultado da revolução industrial e da massificação da produção econômica surgiu uma categoria titulada por Marx de classe operária ou trabalhadora. Com isso, a preocupação com os direitos de pessoas também entrou na pauta da reflexão social, dando ensejo ao proto-reconhecimento dos direitos humanos econômicos e sociais.

Embora a vanguarda francesa em termos de enunciação e reconhecimento de direitos humanos com todas as suas características, nos anos que se seguiram a situação política francesa foi bastante conturbada. O avanço tecnológico disparado pela Revolução Industrial e a alteração dos modos de produção, aliados à mudança substancial do capitalismo influenciaram na criação de novas prioridades sociais e, conseqüentemente, a necessidade de proteção de outros direitos que, dado o novo contexto social, necessitariam de proteção. Foi nesse contexto que no ano de publicação da publicação do Manifesto Comunista de Karl Marx, 1848, outra revolta popular teve como escopo a restauração da república.

Como toda história dos Direitos Humanos, a Constituição Francesa de 1848 é também detentora de algumas peculiaridades que podem se traduzir por contradições. Muito embora tenha inovado em alguns aspectos, por exemplo, a abolição da pena de morte em matéria política e a proibição da escravidão em todas as terras francesas, declarou que o território da Argélia e das colônias seria território francês, ao mesmo tempo em que na proclamação V contida no preâmbulo, afirmava que “não emprega jamais suas forças contra a liberdade de povo algum”.⁶⁷

Aqui nasce o projeto de cidadania, isto é, inicia-se o processo de formação de um sujeito parte do Estado e não alheio a ele. Logo, o sujeito passa a ser a gênese e o objetivo das políticas de Estado, bem como passa a compor a estrutura intrínseca da vida social como sujeito político com força decisiva na vida do recém-moldado Estado de Direito.

⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182.

No mesmo ano de 1848, entrou em vigor a Constituição da Segunda República Francesa. Na primeira metade do século XIX os direitos humanos ficaram estagnados. Juntamente, a idéia de cidadania sofreu retrocessos. A Segunda República, então, “deu-se na esteira da neutralização das propostas moderadas defensoras de uma República fundada na defesa da propriedade privada e na garantia da ordem pública.”⁶⁸

O novo panorama social engendrado pelos efeitos da Revolução Industrial pressionou o realinhamento político vigente. Nesse sentido, pode-se dizer que com o auxílio de John Stuart Mill, inaugurou-se uma nova etapa do pensamento liberal. O liberalismo, então, passou a se preocupar com as demandas democráticas advindas dos setores subalternos da sociedade capitalista. O modo de produção capitalista entrou em choque com ausência de alguns direitos para esses setores. Logo, as elites políticas inglesas perceberam que concessões como o sufrágio universal e a implementação de reformas sociais deveriam ser feitas para se evitar outras rebeliões ou revoltas.

Ao reconhecer a necessidade da ampliação do Estado liberal rumo àqueles direitos e da própria ideia de liberdade, Stuart Mill concretizou, ideologicamente o que seria chamado de liberalismo democrático. Assim Mill justificou sua posição:

O “povo” que exerce poder nem sempre é o mesmo povo sobre quem o poder é exercido, e o “autogoverno” de que se fala não é o poder de cada um por si mesmo, mas o de cada um por todos os outros. Além disso, a vontade do povo significa, em sentido prático, a vontade da parte, mais numerosa ou mais ativa do povo – a maioria, ou os que logram se fazer aceitos como maioria.⁶⁹

O pensamento socialista e a recém-nascida classe trabalhadora industrial propiciaram uma dura crítica ao sistema capitalista desenvolvido até então. Estava em jogo a dicotomia de socialização da produção e concentração do produzido. O movimento socialista abraçado à ideia de que o capitalismo seria um sistema incapaz de por si realizar o sonho de uma sociedade igualitária, passou a deter grande força, especialmente, a partir da primavera dos povos. Como dito acima, sob a inspiração de Marx as revoluções socialistas viraram realidade na história. Desde a experiência fracassada da Comuna de Paris, 1871 até as Revoluções na Rússia, 1917, China 1949 e Cuba 1959.

Ainda sobre o projeto emancipador do sujeito, uma gama de problemas foram introduzidos na história da ideia dos Direitos Humanos. Especificamente, ao se juntar dois

⁶⁸ MONDAINI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 84.

⁶⁹ MILL, John S. *A liberdade / Utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 5.

fatores que viriam cronologicamente posteriores aos supracitados, isto é, o início do processo de internacionalização dos Direitos Humanos e o atrelamento da ideia desses direitos à concepção doméstica de cidadania. A criação dessa relação entre sujeito e o conceito de cidadania é essencial para entender o panorama dos Direitos Humanos.

Ao elaborar uma crítica a essa percepção, Hannah Arendt esclarece que:

O conceito dos direitos humanos foi tratado de modo marginal pelo pensamento político do século XIX, e nenhum partido liberal do século XX houve por bem incluí-los em seu programa, mesmo quando havia urgência de fazer valer esses direitos. O motivo para isso parece óbvio: os direitos civis- isto é, os vários direitos de que desfrutava o cidadão em seu país – supostamente personificavam e enunciavam sob forma de leis os eternos Direitos do Homem, que, em si, se supunham independentes de cidadania e nacionalidade. Todos os Seres humanos eram cidadãos de algum tipo de comunidade política: se as leis do seu país não atendiam às exigências dos Direitos do Homem, esperava-se que nos países democráticos eles as mudassem através da legislação, e nos despóticos, por meio da ação revolucionária.

Os Direitos do Homem, supostamente inalienáveis, mostraram-se inexecutáveis – mesmo nos países cujas constituições se baseavam neles – sempre que surgiam pessoas que não eram cidadãos de algum Estado soberano. A esse fato, por si já suficientemente desconcertante, deve acrescentar-se a confusão criada pelas numerosas tentativas de moldar o conceito de direitos humanos no sentido de defini-los com alguma convicção, em contraste com os direitos do cidadão, claramente delineados.⁷⁰

A internacionalização dos direitos humanos apenas veio na segunda metade do século XIX. Após a Segunda Guerra Mundial, relevantes fatores contribuíram para que se fortalecesse o processo de internacionalização dos direitos humanos. Dentre eles, o mais importante foi a maciça expansão de organizações internacionais com propósitos de cooperação internacional.⁷¹ Para Comparato, ela manifestou-se “em três setores: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado.”⁷²

Esses três alicerces serviram para expandir o propósito de universalização das normas que abarcavam o que se chamava de direitos humanos. Aliados ao contexto econômico e social, esses três setores propiciaram a conjugação de valores como a igualdade e liberdade, forçando o estabelecimento de regras que se pretendiam universais no sentido de discipliná-las de maneira comum. Pode-se dizer que a introdução do Direito Humanitário foi a primeira

⁷⁰ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 326-327.

⁷¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 130.

⁷² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 67.

incursão dos direitos humanos no âmbito internacional. Por intermédio da Convenção de Genebra de 1864 é que esse direito foi introduzido na esfera internacional, visando normatizar algumas regras acerca de soldados e civis envolvidos em algum conflito bélico.

Pode-se dizer que além da perspectiva teórica aqui enfocada existe uma perspectiva institucional da história dos Direitos Humanos. Para Robertson e Merrills, essa visão é sustentada por três momentos históricos específicos, são eles a abolição da escravatura, o estabelecimento do Direito Humanitário e a proteção às minorias. Segundos esses autores, esses três pontos representam a história moderna da proteção internacional dos Direitos Humanos. Embora essa perspectiva seja bastante rica e auxilie na construção de uma história dos Direitos Humanos mais detalhista, a visão aqui apresentada é a histórica.⁷³

Nesse mesmo sentido lembra Douzinas:

Os grandes movimentos políticos da nossa era, que apelaram aos direitos humanos ou naturais, são os descendentes dos revolucionários franceses: eles incluem as campanhas antiescravidão e de descolonização, a luta popular contra o comunismo, o movimento contra o *apartheid*, movimentos de protesto sufragista pelos direitos civis, de movimentos sindicalistas e de trabalhadores às várias resistências contra a ocupação estrangeira e a opressão interna.⁷⁴

Ainda sobre a influência marxista, na primeira metade do século XX, algumas Constituições ao redor do mundo merecem destaque, pois trouxeram inovações em seus textos a respeito de Direitos Humanos. A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, 1917, assumindo o caráter radical da Revolução Mexicana, previu em seu texto, de forma inédita, os direitos trabalhistas no conjunto dos direitos fundamentais, entre civis e políticos. A Constituição da República de Weimar, 1919, foi o reflexo de um dos momentos menos instáveis da história alemã. Isso porque transpareceu a derrota na primeira guerra mundial, constituindo-se, portanto, uma tentativa malsucedida de imposição de uma revolução comunista. O ponto alto é que, embora ambígua, esse documento continha uma tentativa de conciliação das concepções socialistas e liberais, culminando bases legais de um Estado fundado no ideal da democracia social. Outras que apesar de reproduzirem alguns dispositivos de direitos humanos, não influenciaram tanto a sua história são a Constituição da República

⁷³ Para mais sobre essa perspectiva institucional: ROBERTSON, A.H./MERRILLS, J.G. *Human Rights in the World*, 4. ed. Manchester: Manchester University Press, 1996.

⁷⁴ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 105.

de Cuba, 1976; a Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, 1977; e a Constituição da República Popular da China, 1982.⁷⁵

O fato é que os Direitos Humanos apenas assumiram a roupagem contemporânea após a Segunda Guerra Mundial. Isto porque os contornos desse conflito apresentaram-se, explicitamente, como um imenso retrocesso a todo o caminho percorrido no sentido de se tentar reconhecer o direitos das pessoas a ter direitos.⁷⁶ O contexto e a maneira que se delinearam as motivações dessa guerra reafirmaram a necessidade ineludível de proteção dos Direitos Humanos. Até então, as regras dos conflitos bélicos estiveram quase sempre ligadas à ideia da posse da terra, isto é, à conquista de territórios ou impasses religiosos e políticos.

Entretanto, o que se buscava de um dos lados da Segunda Guerra era dar cabo a um projeto de subjugação de povos, criando doutrinas de superioridade de determinadas pessoas em vista das demais. As tragédias foram incomensuravelmente odiosas. De campos de extermínios a bombas atômicas, milhões de vidas humanas foram extintas. Em termos políticos, o ressurgimento de Estados Totalitários eivados de ideologias que abarcavam a concentração de poder e a pregação da desconsideração do outro levaram à necessidade de uma tomada de consciência que, dado o avanço tecnológico e a lógica do capitalismo implantada com sucesso e proporcionando fontes quase que inesgotáveis de capital, os homens, em natureza aqueles mesmos que foram aprendendo aos poucos a enxergar o outro enquanto sujeitos de direitos (humanos), atingiram um ponto de potencial autodestruição iminente. Assim lembra Comparato:

Ao emergir da Segunda Guerra Mundial, 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 aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.⁷⁷

De fato, pode-se dizer que a percepção acerca dos Direitos Humanos se tornou mais crítica. Mesmo diante do pretensível caráter universal desses direitos, eles não haviam se concretizado até a segunda metade do século XX. Tanto para agrupamentos de minorias políticas como de maiorias sociais, o reconhecimento efetivo dos direitos civis, políticos e

⁷⁵ MONDAINI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006.

⁷⁶ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

⁷⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 68-69.

sociais ainda não havia sido alcançado.⁷⁸ Ao revés, a negação a esses direitos estava baseada em barreiras naturalizadas que poderiam ser traduzidas em formas de discriminação social, opressão política e exploração econômica.⁷⁹

Com isso, findada a Segunda Guerra, entraram em ação tentativas de estabelecimento de mecanismos que pudessem auxiliar a dirimção de possíveis conflitos futuros. O primeiro deles foi a criação da Organização das Nações Unidas.

Conforme Hannah Arendt alertou:

O *anti-semitismo* (não apenas o ódio aos judeus), o imperialismo (não apenas a conquista) e o totalitarismo (não apenas a ditadura) – um após o outro, um mais brutalmente que os outros -, demonstraram que a dignidade humana precisa de nova garantia, somente encontrável em novos princípios políticos e em nova lei na Terra, cuja vigência desta vez, alcance toda humanidade, mas com força limitada, pois, ao mesmo tempo, gerada por novas entidades territoriais e controladas por elas.⁸⁰

A fase adiante foi a responsável pela inclusão de novas lutas por novos direitos. Direitos antes jamais concebidos como, por exemplo, os ambientais e questões que potencialmente poderiam afetar toda a humanidade como a questão das armas de destruição em massa. Os povos, em si, enquanto unidades, também assumiram um caráter bastante importante nos reconhecimentos que viriam nas décadas posteriores de proteção as suas integridades contra atos de perseguição, extermínio e genocídio.

Convém lembrar que as campanhas e movimentos populares pelos direitos no trabalho e contra a manutenção da colônia, por exemplo, tornaram-se globais no segundo terço do século XIX. No Japão, por exemplo, na década de 1870, imitando estratégias dos movimentos sociais e políticos ocidentais, o governo foi pressionado pelo povo para instituir um parlamento. É correto afirmar que nessas campanhas os indivíduos estavam exercendo seus direitos humanos básicos. Outro exemplo foi na África do Sul no final do século XIX e início do século XX, Gandhi, em luta contra o sistema racista deu início a uma campanha que mobilizou a população indiana em manifestações contra o sistema racista que seria chamado

⁷⁸ Vale apontar o as ideias desenvolvidas por Haroche e Vatin acerca da caracterização da consideração como um direito humanos que não pode ser contemplado judicialmente. Para isso ver: HAROCHE, C. & J-C. VATIN (orgs.). *La Considération*. Paris : Deselée de Brouwer, 1998.

⁷⁹ MONDANI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 141. Nesse mesmo sentido Ribeiro afirma que o valor dos direitos humanos adquire uma relevância sem precedentes após a Segunda Guerra Mundial, na esteira das atrocidades cometidas pelos nazistas, com a criação, em 1945, da Organização das Nações Unidas” RIBEIRO, Gustavo Lins. “Cultura, direitos humanos e poder. Mais além do império e dos humanos direitos. Por um universalismo heteroglóssico”. In: FONSECA, Claudia., TERTO JR, Veriano., e ALVES, Caleb Faria et al. *Antropologia, diversidade e direitos humanos: Diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 39.

⁸⁰ ARENDT, Hannah. *O sistema totalitário*. Lisboa: Dom Quixote, 1978. p. 11.

de *apartheid* algumas décadas depois. Ele baseou suas táticas no conceito de “desobediência civil”, do filósofo e abolicionista norte-americano Henry David Thoreu.⁸¹

Pode-se afirmar com precisão que a maior expansão dos Direitos Humanos ocorreu após a segunda grande guerra. Por isso, a concepção atual desses direitos é algo bastante recente e a estabilização das formas eleitas para a garantia desses direitos ainda está por vir.

Com a criação da Organização das Nações Unidas, a proteção aos Direitos Humanos passou a deter um caráter institucionalizado, como jamais visto antes. A Carta do Atlântico, produzida ainda no decorrer da guerra pelos principais países que combatiam o Eixo, já reconhecia os direitos humanos muito embora ainda apenas como liberdades individuais. Além disso, havia previsão expressa acerca da existência a um direito de autodeterminação. Essa Carta foi incorporada à Declaração de Direitos das Nações Unidas posteriormente. Importante ressaltar que esta Carta previa também a criação de um Conselho de Direitos Humanos. Esse conselho seria “um órgão com competência meramente consultiva junto à Assembleia Geral, para a qual deverá formular recomendações.” Ainda é importante destacar que “a oposição radical de alguns membros da ONU, notadamente os Estados Unidos, impediu que a Assembléia Geral aprovasse o Projeto inicial do Conselho, que lhe dava poderes muito mais amplos.”⁸²

Após, então, a Segunda Guerra Mundial, estabelecida as Nações Unidas, o marco de início da moderna preocupação com os Direitos Humanos pode ser atestado com a confecção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Com a Declaração, no plano internacional, direitos de cunho civil, político, social e econômico, além dos “direitos dos povos e direitos da humanidade”⁸³ passaram a deter maior visibilidade institucional, tornando-se, em grande medida, reconhecidos de maneira comum entre vários países. Frise-se que este documento, apesar de aprovado por unanimidade, tanto os países comunistas (Polônia, Iugoslávia, Tchecoslováquia, Ucrânia e União Soviética), quanto a Arábia Saudita e a África do Sul se abstiveram do voto, muito embora se tratar, juridicamente, apenas de uma orientação feita pela Assembleia das Nações Unidas e dirigida aos seus membros. A ideia foi “proclamar definitivamente os direitos fundamentais da humanidade, o respeito inviolável à

⁸¹ RABBEN, Linda. O Universal e o Particular na Questão dos Direitos Humanos. In: FONSECA, Claudia (et. al.) (Org.) *Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos: Diálogos Interdisciplinares*. Porto Alegre: UFRGS, 2004. p. 25.

⁸² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 229.

⁸³ *Ibidem*, p. 69.

dignidade da pessoa humana. Com ela, passa a ter reconhecimento internacional a definição de direitos humanos como o acúmulo de três níveis diferenciados, os direitos civis, políticos e sociais, além de ter sido dado um passo decisivo na direção de afirmação do direito dos povos.”⁸⁴

No plano das ideias, “[...] a Declaração de 1948 introduz extraordinária inovação ao conter uma linguagem de direitos até então inédita. Combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social, a Declaração passa a elencar tantos direitos civis e políticos (art. 3º a 21) como direitos sociais, econômicos e culturais (art. 22 a 28).”⁸⁵ Desse modo, para Piovesan, a Declaração de 1948 demarca a concepção contemporânea dos direitos humanos por dois motivos: primeiro pela fixação da ideia de que os direitos humanos são universais e, conseqüentemente, decorrentes da dignidade humana e não derivados das peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade; segundo, pela inclusão em seu elenco não só de direitos civis e políticos, mas também sociais, econômicos e culturais.⁸⁶

Nesse sentido, lembra Piovesan que essa Declaração definiu com exatidão o elenco dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Simbolicamente, a Declaração fixou um código comum e universal dos direitos humanos com o escopo de promover e proteger esses direitos como obrigações legais, já constantes na Carta das Nações Unidas.⁸⁷ O substrato dessas obrigações era de que elas “voltavam-se à salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados.”⁸⁸

Merece destaque a ponderação de Rabben quando diz que desde por volta de 10 mil anos atrás, com o início do Estado, existe conflito entre as categorias o Estado/governo/Igreja/Deus

⁸⁴ MONDAINI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 148.

⁸⁵ SOHN, Louis B. e BUERGENTHAL, Thomas. *Intenational protection of human rights*, p. 516. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 144.

⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 148.

⁸⁷ Esses direitos e liberdades foram mencionados nos art. 1º (3), 13, 55, 56 e 62 da Carta das Nações Unidas. *Ibidem*, p. 136.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 119. Interessante é a analogia entre a feição desses institutos internacionais estudados e a especificidade dos tratados internacionais de direitos humanos. A respeito, comenta Antonio Augusto Trindade: “Já observamos que, em matéria de tratados, sobre proteção dos direitos humanos, a reciprocidade é suplantada pela noção de garantia coletiva e pelas considerações de *ordre public*. Tais tratados incorporam obrigações de caráter objetivo, que transcendem os meros compromissos recíprocos entre as partes. Voltam-se, em suma, à salvaguarda dos direitos do ser humano e não dos direitos dos Estados, na qual exerce função chave o elemento do ‘interesse público’ comum ou geral (ou *ordre public*) superior. Toda a evolução jurisprudencial quanto à interpretação própria dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontra-se orientada nesse sentido. Aqui reside um dos traços marcantes que refletem a especificidade dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. pp. 10-11.

e indivíduo/comunidade/grupo. Por exemplo, em algumas sociedades menos complexas, as categorias funcionais dos caçadores e coletores não era dotada de uma hierarquia tão vertical. “Há diferenças no status e poder de indivíduos, sim, mas existem dentro de um sistema de redistribuição e reciprocidade. Uma ausência relativa de propriedade particular suprime a dominação e a desigualdade de indivíduos, que caracterizam o Estado.”⁸⁹

Sobre o processo de confecção da Declaração, curiosamente, René Cassin assim resumiu o documento:

“Seja-me permitido, antes de concluir, resumir as características da Declaração elaborada a partir de nossos debates no período de 1947 a 1948. Esta Declaração se caracteriza, primeiramente, por sua amplitude. Compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Sua segunda característica é a universalidade: é aplicável a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide. Ao finalizar os trabalhos, a Assembléia Geral, graças à minha proposição, proclamou a Declaração Universal, tendo em vista que, até então, ao jugo dos trabalhos era denominada Declaração internacional. Ao fazê-lo, conscientemente, a comunidade internacional reconheceu que o indivíduo é membro direto da sociedade humana, na condição de sujeito direto do Direito das Gentes. Naturalmente, é cidadão de seu país, mas também é cidadão do mundo, pelo fato mesmo da proteção internacional que lhe é assegurada. Tais são as características centrais da Declaração. [...] A declaração, adotada por unanimidade (com apenas 8 abstenções, em face de 48 votos favoráveis), teve imediatamente uma grande repercussão moral na Nações. Os povos começaram a ter consciência de que o conjunto da comunidade humana se interessava pelo seu destino. [...] A Declaração consolidava a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados”⁹⁰

Este documento, portanto, é tido como o herdeiro dos preceitos idealizados pelas Declarações de Independência e de Direitos Norte-Americanas e da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão francesa, bem como fundador, na era moderna, da proteção e reconhecimento de alguns direitos julgados inerentes à condição humana, como, por exemplo, a igualdade. É interessante notar que, em que pese esse caráter universalizador comum de dois momentos históricos divididos por vários anos, a Declaração Universal dos Direitos do homem foi uma resposta às práticas perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial, embasadas na superioridade de um povo sobre outro.

⁸⁹ RABBEN, Linda. O Universal e o Particular na Questão dos Direitos Humanos. In: FONSECA, Claudia (et. al.) (Org.) *Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos: Diálogos Interdisciplinares*. Porto Alegre: UFRGS, 2004. p. 19.

⁹⁰ CASSIN, René, El problema de la realización de los derechos humanos en la sociedad universal, In: *Viente años de Evolucion de los Derechos Humanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974. p. 397.

A Declaração trouxe em seu conteúdo a afirmação dos três preceitos basilares, ou seja, a liberdade, igualdade e fraternidade. Dessa vez, o direito à liberdade teve seu alcance ampliado, uma vez que no corpo da Declaração, tanto o viés político, quanto o individual foram reconhecidos. Pode-se dizer que algumas das consequências diretas desse reconhecimento foram as convenções de 1952, sobre os direitos políticos das mulheres, a de 1962, sobre o consentimento para o casamento e, por fim, a de 1965 sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial.

Outro marco fundamental para o estabelecimento da doutrina dos Direitos Humanos na segunda metade do século XX, foi acerca da democracia. Comparato lembra que:

Outro traço saliente da Declaração Universal de 1948 é a afirmação da democracia como único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos (arts. XXI e XXIX, alínea 2). O regime democrático já não é, pois uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para a organização do Estado.⁹¹

Dessa maneira é que os Direitos Humanos reiniciaram a sua jornada após o retrocesso da Guerra. Sem dúvida, esse momento da Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser definido como o inaugurado de uma nova concepção acerca desses direitos. Tanto no sentido de intensificar a reflexão sobre alguns preceitos já reconhecidos na segunda metade do século XVIII, como no favorecimento e reconhecimento de outros direitos imprescindível ao novo panorama econômico e social do mundo.

Entretanto, o reconhecimento formal, por si, de direitos não fornece a garantia às pessoas de que esses direitos serão observados, respeitados ou executados. De fato, a máxima kantiana do ideal da moralidade consistente no imperativo categórico de apenas agir “apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”⁹². Nesse sentido, para Kant o imperativo supremo da moralidade exige que o homem trate a humanidade, seja na sua própria pessoa ou na de outra pessoa nunca como um meio, mas sempre como um fim⁹³. Contudo, a realidade apresenta-se na imensa maioria das vezes em dissonância. Muito pelo contrário, pode-se dizer que as ações dos sujeitos políticos estão muito mais voltadas, levando-se em conta a compreensão que esses sujeitos têm de um

⁹¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 246.

⁹² KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 59.

⁹³ *Ibidem*, p. 91.

contexto, para a persecução de um objetivo particular do que voltado à esperança de que de ações gerais com um fim universal.

Um excelente exemplo disso é a questão racial nos Estados Unidos no início da segunda metade do século XX. Considerados a pátria dos direitos civis, por meio de uma legislação segregacionista que declarava os negros norte-americanos cidadãos de segunda categoria, esse país separou a população branca da negra, numa evidente demonstração de negação da condição de universalidade desses direitos. Um grande nome da luta do movimento negro foi Martin Luther King que traduziu os ideias de liberdade e igualdade da seguinte maneira:

E quando isto acontecer, quando nós permitirmos o sino da liberdade soar, quando nós o deixarmos soar em toda moradia e todo vilarejo, em todo estado e em toda cidade, nós poderemos acelerar aquele dia quando todas as crianças de Deus, homens pretos e homens brancos, judeus e gentios, protestantes e católicos, poderão unir mãos e cantar nas palavras do velho *spiritual* negro:
 “Livre afinal, livre afinal; Agradeço a Deus todo-poderoso, nós somos livres, afinal.”⁹⁴

Outro exemplo como a Declaração no Julgamento de Rivônia, no caso Nelson Mandela, 1964, no mesmo sentido merece referência. Voltado contra o regime oficial de segregação nomeado de *apartheid* Nelson Mandela declarou em prol do povo negro da África do Sul que “acima de tudo, queremos direitos políticos iguais, porque sem eles nossas deficiências serão eternas”.⁹⁵

A Convenção Européia dos Direitos Humanos, 1950, deu o primeiro passo nesse sentido. Não obstante ter sido considerada um retrocesso em comparação à Declaração Universal, pois menciona apenas os direitos individuais clássicos. Como pontos positivos dessa declaração, pode-se citar a ampliação das medidas tradicionais de proteção à liberdade, como por exemplo a legalidade da detenção. Porém, a maior contribuição veio no sentido de instituir órgãos de fiscalização do respeito aos direitos declarados, assim como julgar as possíveis violações pelos Estados signatários. Também, deixou clara a posição do sujeito no âmbito internacional, isto é, o indivíduo foi admitido como sujeito de direito internacional.

Dessa maneira, Comparato avalia:

A existência de órgãos externos, incumbidos de fiscalizar o respeito aos direitos humanos e julgar as suas eventuais violações, dentro de cada Estado, é uma questão crucial para o progresso do sistema internacional de proteção da pessoa humana. Os Estados continuam a defender zelosamente sua soberania e a rejeitar toda e qualquer

⁹⁴ Texto disponível em <http://www.americanrhetoric.com/speeches/mlkihadream.htm>. Acessado em 02.01.2011.

⁹⁵ MANDELA, Nelson. *A luta é minha vida*. Rio de Janeiro: Globo, 1988. p. 255.

interferência externa em assuntos que consideram de sua exclusiva jurisdição. A própria Carta das Nações Unidas, de resto, declara a não ingerência em assuntos internos de cada Estado como um dos seus princípios fundamentais (art. 2º, alínea 7).⁹⁶

O ponto fundamental e divisor de águas foi a Segunda Guerra Mundial. Pode-se dizer que só com o conflito, “[...] os direitos humanos tornam-se uma legítima preocupação internacional com o fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação das Nações Unidas, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembléia Geral da ONU, em 1948 [...]”. Dessa maneira, esse direitos mudaram a constituição das agendas das instituições internacionais ao mesmo tempo em que a doutrina da soberania estatal foi profundamente revista.⁹⁷

Posteriormente, dois pactos foram essenciais para complementar o conteúdo e ampliar a compreensão da Declaração Universal. O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais 1966. A elaboração de dois pactos diferentes sobre Direitos Humanos representou bem o contexto político e a ordem mundial que estava estabelecida à época. De um lado, os países ocidentais, seguindo a linha histórica e lutando pelo reconhecimento das liberdades individuais para proteger a vida privada das ingerências do Estado. Por outro lado, os países de ideologia comunista e alguns africanos tentando estabelecer a relevância dos direitos sociais e econômicos, com um caráter mais coletivo.

Em tese, ambos os documentos abarcavam uma gama imensa de direitos humanos. Alguns desses, por exemplo, merecem destaque para os fins desse estudo. No Pacto de Direitos Civis e Políticos, estabeleceu-se o direito à autodeterminação dos povos e que consistia “em primeiro lugar, à inpedência, dos povos coloniais. Refere-se, também, em segundo lugar: à soberania de cada Estado independente sobre as riquezas e recursos naturais que se encontram em seu território.”⁹⁸ Além desse direito, a igualdade também foi mais bem explicitada no pacto, dando ensejo à ampliação dessa ideia, isto é, alguns aspectos da igualdade até então tidos como naturais, com a ajuda de movimentos sociais, saíram dessa condição e tornaram-se

⁹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 282.

⁹⁷ CLAUDE, Richard Pierre e WESTON, Burns H. (eds), *Human rights in the world community: issues and action*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989. pp. 4-5.

⁹⁸ COMPARATO, op. Cit. p. 298.

questões explícitas. Por exemplo, a igualdade de gênero ou de cor. Identifica-se, assim, o embrião do direito à diferença.⁹⁹

Outros direitos também foram abarcados nesse Pacto, *e. g.*, direito a vida, que contorna sérias discussões como a eutanásia, aborto e pena de morte; direito de não ser torturado ou submetido a quaisquer outros tratamentos ou penas cruéis; os direitos à liberdade de pensamento, de consciência, de religião e expressão.

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também foi de grande valor, não apenas para consolidar alguns direitos coletivos nascidos no bojo das consequências da Revolução Industrial, por intermédio dos movimentos socialistas, visando a proteção de classes ou grupos sociais, mas, também, estabelecer outros parâmetros mais condizentes com a realidade pós-guerra. Esses direitos, entretanto, apresentaram e ainda apresentam uma maior dificuldade de implementação. Embora, muito bem dispostos no Pacto, algumas leituras acerca de sua implementação desoneram o Estado de sua efetiva aplicação.

Garantir aos indivíduos de determinados grupos ou classe o acesso efetivo a um determinado direito, na democracia moderna, é sinônimo de realização de políticas públicas. “Uma política pública não é um ato isolado nem, menos ainda, a abstenção de praticar determinados atos. Ela consiste em uma atividade [...]”.¹⁰⁰ Nesse sentido é que:

[...] os direitos econômicos, sociais e culturais obedecem, primordialmente, ao princípio da solidariedade (ou fraternidade, no tríptico da Revolução Francesa), a qual impõe, segundo os ditames da justiça distributiva ou proporcional, a repartição

⁹⁹ Os artigos que permitiram essas compreensões são os artigos 1º e 2º do Pacto. Artigo 1º§1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. §2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo e do Direito Internacional. Em caso algum poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência. §3. Os Estados-partes no presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas. *Artigo 2º* §1. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação. §2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados-partes comprometem-se a tomar as providências necessárias, com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto. §3. [...]. Texto disponível em http://www.interlegis.gov.br/_processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030616104212/20030616113554/. Acessado em 10.11.2011.

¹⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 351.

das vantagens ou encargos sociais em função das carências de cada grupo ou estrato da sociedade.¹⁰¹

Como consequência dessa conjugação de ideias, não raro são as abordagens desses direitos que os encaram como meros projetos de ação aos Estados signatário do Pacto, sem qualquer força jurídica ou compromisso para sua implementação.

Em termos doutrinários, não adequado, tem-se compreendido, porém, que os Direitos Humanos têm um caráter uno e indissociável. Assim, não se pode falar da real e efetiva implementação de um direito civil e político sem que os demais direitos econômicos e sociais sejam também efetivados de maneira que as pessoas possam desfrutar de ambos na mesma medida e intensidade. Logo, “ a liberdade individual é ilusória, sem um mínimo de igualdade social; e a igualdade social imposta com sacrifício dos direitos civis e políticos acaba engendrando, mui rapidamente, novos privilégios econômicos e sociais.”¹⁰²

Os direitos econômicos, sociais e culturais foram definidos como, por exemplo, o direito ao trabalho, à previdência social, direito à moradia, direito de se alimentar suficientemente, direito à saúde, direito à educação, direito à livre manifestação cultural, além de ter enfatizado o entendimento de uma função social da propriedade privada.

O fato é que, como já foi comentado antes, sobretudo em termos dos direitos humanos sociais, econômicos e culturais, a realidade tem mostrado que ainda há muito a se fazer para garantir¹⁰³ que, com efeito, os direitos previstos em ambos os pactos possam ser aplicados de maneira una e indivisível. A conjugação dos dois documentos na realidade parece ainda não ter saído do papel, o que impede como um todo o gozo desses direitos, segundo a própria teoria dos Direitos Humanos.

Outro documento é a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José, de 1969. Esta convenção reiterou grande parte das declarações de direitos constantes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966. Vale ressaltar, no entanto, que em termos de acesso à jurisdição internacional para solução de algum conflito, esta convenção considerou que as denúncias apresentadas sobre violações têm legitimidade quando

¹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 351-352.

¹⁰² Ibidem. p. 350.

¹⁰³ Some-se isso ao fato de o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não criou nenhum órgão de fiscalização e controle à aplicação de suas normas, a exemplo do outro Pacto. Apenas em 1985, por meio de uma resolução do Conselho Econômico e Social da ONU que, contra o voto dos Estados Unidos, foi criado o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

apresentadas à comissão sem exigir que o Estado-parte indicado como violador tenha renhecido a competência prévia da comissão como estabeleceu a Convenção Europeia¹⁰⁴.

Após o estabelecimento das Nações Unidas, muitos pactos, convenções e tratados foram elaborados. Contudo, visando a aproximação com o tema desse estudo é que nem todos foram aqui comentados. A escolha prezou pelos que apresentaram maior identidade com a problemática desenvolvida.

Nesse sentido, por fim, cabe ressaltar a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, 1981. Esse documento inovou em estabelecer que os povos também são titulares de direitos humanos, no âmbito doméstico e internacional, ampliando o entendimento anterior de ser a autodeterminação o único direito dos povos. Nessa esteira, reconheceu-se o direito dos povos à existência enquanto tal, à livre disposição de sua riqueza e recursos naturais, ao desenvolvimento, à paz e à segurança e também à preservação do meio ambiente sadio (artigos 20, 21, 22, 23, 24).

A ideia da natureza como fundamento para as leis universais perdurou durante certo tempo, enquanto a justificativa e preocupação da filosofia estavam voltados especialmente para o mundo e não para o homem. Pressupondo como fundamento natural a ideia de imutabilidade e permanência constante das circunstâncias, o foco de exame filosófico foi refeito do objeto para o sujeito. Cabe ressaltar que ainda atualmente “[...] Os debates constitucionais britânicos sobre a Europa e o federalismo ou sobre a Declaração dos Direitos e a soberania parlamentar estão repletos de questões e conceitos do século XVIII. Parafraseando Foucault, no Direito Constitucional, a cabeça do rei ainda não foi cortada. Parafraseando Legendre, mesmo se cortada, devemos manter a cabeça no corpo do rei e fingir que ele ainda está vivo.”¹⁰⁵

Posteriormente, no início do século XX, no exame filosófico de Marx e Heidegger, apenas para citar dois, é que o homem, enquanto sujeito, passou a ser o cerne das questões propostas. Nessa linha é que Marx diz:

A existência profana do erro está comprometida, depois que a sua celestial *oratio pro aris et focis* foi refutada. O homem, que na realidade fantástica do céu, onde

¹⁰⁴ Artigo 44º- Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte. Texto disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>. Acessado em 13.11.2010.

¹⁰⁵ DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 335.

procurara um ser sobre-humano, encontrou apenas o seu próprio reflexo, já não será tentado a encontrar a aparência de si mesmo – um ser não humano – onde procura e deve buscar a sua autêntica realidade.

É este o fundamento da crítica irreligiosa: o homem faz a religião; a religião não faz o homem. E a religião é, de facto, a autoconsciência e o sentimento de si do homem, que ou ainda não se conquistou ou voltou a perder-se. Mas o homem não é um ser abstracto, acorçado fora do mundo. O homem é o mundo do homem, o Estado, a sociedade.¹⁰⁶

Nesse mesmo sentido, Heidegger também aponta para o projeto de inacabamento do ser, ou seja, o homem encontra-se em constante e permanente incompletude. Em contrassenso à ideia do imutável advindo da natureza, a assimilação é de que o homem é um ser que é naturalmente incompleto, sendo que “na presença, há sempre algo pendente, que ainda não se tornou ‘real’, como um poder-ser de si mesmo. Na essência da constituição fundamental da presença reside, portanto, uma constante inconclusão. A não totalidade significa o pendente do poder-ser”¹⁰⁷.

Em suma, pode-se dizer que, em termos políticos, os direitos humanos sofreram o seu mais profundo processo de institucionalização após a Segunda Guerra Mundial. Com isso, “após a sua inauguração institucional, eles foram sequestrados por governos cientes dos benefícios de uma política moralmente confiável.”¹⁰⁸

Não há como negar que a construção dos Direitos Humanos aconteceu sob uma perspectiva política completamente ocidentalizada. Não se está a dizer aqui que, por conta desses fatos, os Direitos Humanos não gozem de legitimidade ou eficácia.¹⁰⁹ Esta discussão será torneada posteriormente. Entretanto, considera-se importante pontuar que o processo de estabelecimento do que se poderia definir por Direitos Humanos perpassou a realidade filosófica e política do ocidente em maior medida. Tanto é que a preocupação com os direitos humanos dos povos não europeus e não norte-americanos por parte deles próprios precisou de um tempo maior de reflexão, sendo, inclusive, alvo de grandes debates na comunidade internacional.

¹⁰⁶ MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 145.

¹⁰⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. vol. II. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti Schuback. Editora Vozes. Rio de Janeiro/ RJ. 2005. p. 16.

¹⁰⁸ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 16.

¹⁰⁹ Como lembra Costas Douzinas, “para muitos, questionar os direitos humanos é tomar partido do que é inumano, anti-humano e do mal. Mas se os direitos humanos se tornaram o mito realizado das sociedades pós-modernas, a sua história exige que reavaliemos suas promessas longe da arrogância autossatisfeita dos Estados e dos apologistas liberais e tentemos descobrir estratégias políticas e princípios morais que não dependam exclusivamente da universalidade da lei, da arqueologia do mito ou do imperialismo da razão.

O que se quis demonstrar nesse tópico é que os direitos são construídos e reconstruídos, conhecidos e reconhecidos, modelados e remodelados em um espaço eivado de produção e reprodução permeado de contradições sociais, sendo, portanto, por excelência, um campo de conflitos. Além disso, são vários os momentos da história e continuarão sendo da história futura em que a aquisição de certos direitos desencadeou imediatamente a ampliação do pleito por novos direitos inconcebíveis no momento do primeiro direito.¹¹⁰

1.2 – A visão crítica dos Direitos Humanos: A outra história

A história se repete, mas a força deixa a história mal contada...

Toda Forma de Poder – Humberto Gessinger

As passagens históricas fornecem uma análise bastante verossímil acerca dos processos históricos e sociais. Especialmente no caso dos Direitos Humanos, os emaranhados de acontecimentos permitem enxergar além de uma simples narrativa histórica. O fato é que a ciência histórica precisa ir adiante. Um historiador, ao descrever determinado fato, o faz dessa ou daquela maneira, não que esteja intencionalmente buscando artifícios para narrar, mas que sua própria narrativa constitui um viés interpretativo do fato histórico.

Cabe ressaltar que é bastante intenso o debate sobre os fundamentos e a natureza dos direitos humanos, isto é, se são direitos naturais e inatos, direitos positivos, direitos históricos ou, ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral. Esse questionamento ainda permanece intenso no pensamento contemporâneo e tangencia a discussão proposta.¹¹¹

Dessa maneira, na história dos direitos humanos sempre esteve presente a indagação sobre a sua natureza ética e jurídica. Observando alguns marcos, isto é, as proclamações revolucionárias do século XVIII, os debates sobre as relações do Estado nacional com valores e direitos que se pretendem universais, durante os séculos XIX e XX, sempre o tema serviu como referência central e obrigatória para uma teoria ética, política e jurídica.¹¹²

¹¹⁰ MONDAINI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006. p.14.

¹¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹¹² BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 235.

Entretanto, a noção de historicidade dos direitos humanos, parece ser mais bem defendida, na medida em que esses direitos não são um dado, mas, inclusive como será analisado posteriormente, um constructo, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Dessa maneira, enquanto reivindicações morais, os direitos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório.¹¹³

Há também outro fator importante a ser considerado. Conforme referido no tópico anterior, o exame histórico não pode ser unidimensional, ou seja, analisar a história sob apenas uma perspectiva. A multidimensionalidade dos acontecimentos exige que a narrativa seja não apenas descritiva, mas uma narrativa multidescritiva. Como consequência quase inevitável é que a análise histórica pressupõe um comparar do devenir irreal com a possível alteração de um dos antecedentes com evolução real. Esse intuito é o de poder verificar se o elemento modificado foi, de fato, uma das causas do indivíduo histórico considerado na pesquisa.¹¹⁴

Como lembra Max Weber:

Não há absolutamente nada de “inútil na questão: o que poderia ter acontecido se Bismarck não tivesse tomada a decisão de fazer a guerra. Ela toca, de fato, o ponto decisivo para a estruturação histórica da realidade, a saber, que significação causal devemos, no fundo, atribuir a esta decisão individual, no centro da totalidade dos elementos infinitamente numerosos que deviam, justamente, ser agenciados daquela maneira, e não de outra, para levar àquele resultado; e que lugar tal decisão ocupa na exposição histórica. Se a história pretende se elevar acima do nível de uma simples crônica dos acontecimentos e das personalidades, não lhe resta outro caminho senão o de formular questões deste tipo. E, enquanto ciência, ela sempre procedeu assim.

¹¹⁵

¹¹³ ARENDT, Hanna. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. pp. 326-327. A respeito ver também: LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1ª edição, 2ª reimpressão, 1998. p. 134; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹¹⁴ ARON, Weber. Aron Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Tradução de Sérgio Bath. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 746.

¹¹⁵ WEBER, Max. *Essays sur La théorie de la science*. Tradução de J. Freund. Paris: Plon, 1965. p. 291. Do original: Malgré cela, il n'y a absolument rien de «oi- seux » à poser la question : qu'aurait-il pu arriver si Bismarck n'avait pas pris la décision de faire la guerre ? Elle concerne, en effet, le point décisif pour la structuration historique de la réalité, à savoir : quelle signification causale faut-il au fond attribuer à cette décision individuelle au sein de la totalité des éléments infiniment nombreux qui devaient précisément être agencés de cette manière-là et non d'une autre pour amener ce résultat-là, et quelle est la place de cette décision dans l'exposé historique ? Si l'histoire prétend s'élever au-dessus d'une simple chronique des événements et des personnalités, il ne lui reste d'autre voie que celle de poser des questions de ce genre. Et pour autant qu'elle est une science, elle a toujours procédé de cette manière.

O fato é que a história dos Direitos Humanos majoritariamente é contada de uma maneira mais gloriosa do que qualquer outra adjetivação que se possa encontrar. O indivíduo histórico parece ser único. Não há como negar que realmente se trata de uma construção que simboliza o resultado de muitas conquistas. Bastantes vitórias foram conseguidas em nome dos Direitos Humanos. Entretanto, inegociavelmente, outras tantas derrotas também foram em nome desses mesmos direitos. Quando se fala em vitórias e derrotas a pergunta consequente que mais interessa é o questionamento “quem?” teve essa ou aquela condição. O que se pode traduzir por intermédio dessa questão é um jogo que está presente no íntimo dos homens seja lá onde estejam, o jogo do poder¹¹⁶. Em termos de Direitos Humanos, em suma, ao se falar de relações de poder, não há que se falar em vencedores, mas apenas em uma derrotada, a humanidade.

Algumas questões modernas parecem fazer parte dessa saga dos Direitos Humanos e não podem ser deixadas à inspiração e entusiasmo da doutrina e teoria oficial. Essas questões precisam ser enfrentadas de maneira analítica para fins de responder às demandas desses direitos nesse século. A reprodução das teorias e a incongruência da doutrina com a prática revelam, em grande medida, que o discurso dos direitos possui uma dimensão política enviesada muito maior do que se poderia imaginar. Nesse sentido é que é interessante se questionar: “Será que existe uma relação interna entre o discurso e a prática dos direitos humanos e as desastrosas guerras recentes conduzidas em seu nome? Será que os direitos humanos constituem um instrumento de defesa eficaz contra a dominação e a opressão, ou são o brilho ideológico de um império emergente?”¹¹⁷

O exame dos direitos humanos admite dois caminhos epistemológicos. Um refere-se à questão da sua fundamentação, que na teoria do direito do século XX foi ligeiramente desconsiderada. O outro se refere aos mecanismos criados que servem para garantir os direitos humanos e sua prática. É importante salientar acerca do primeiro caminho, as

¹¹⁶ Vale lembrar Giddens que aponta que todas as pessoas e coletividades têm poder, pois em diferentes âmbitos podem exercer, com maior ou menor eficácia, pressões sobre outros. GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. Nesse sentido, Ribeiro coloca que “Poder é uma noção altamente plástica que frequentemente é utilizado como se todos estivéssemos de acordo sobre os seus significados e sua amplitude. Entre outros significados, o poder tem os de capacidade, vigor, potência, domínio, controle, autoridade e mando. Ele pode existir em pessoas, instituições ou, mais abstratamente, em relações sociais histórica e culturalmente construídas. O poder é relacional”. RIBEIRO, Gustavo Lins. “Cultura, direitos humanos e poder. Mais além do império e dos humanos direitos. Por um universalismo heteroglossico”. In: FONSECA, Claudia., TERTO JR, Veriano., e ALVES, Caleb Faria et al. *Antropologia, diversidade e direitos humanos: Diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 34.

¹¹⁷ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p.16.

influências positivistas apresentaram-se como preponderante na teoria do direito. Isso acarretou na limitação da “temática dos direitos humanos dentro dos seus próprios parâmetros conceituais e metodológicos, ao considerar a análise da sua fundamentação uma questão metajurídica e, como tal, irrelevante para a prática jurídica.”¹¹⁸

Neste tópico, propor-se-á uma análise alternativa do fenômeno dos Direitos Humanos. Leia-se em alternativa não por ter menor valor ou ser menos considerada, mas alternativa porque proporciona outra visão sobre os indivíduos históricos que compuseram a história desses direitos. Uma versão que não estará adstrita à realidade oficial dos acontecimentos, nem, conseqüentemente, às interpretações unidimensionais ou estritamente teóricas. Pode se dizer, então, que se trata de uma versão crítica¹¹⁹ dos Direitos Humanos.

Inicialmente, é importante ponderar que o processo de naturalização dos Direitos Humanos sempre esteve presente em sua história. Entretanto, esse processo de naturalização consiste em mais artifício ideológico que viabiliza de maneira mais fácil a estruturação da legitimidade e aceitação de tais direitos. Por isso, a análise histórica, especialmente sob uma perspectiva crítica, fornece fundamentos relevantes sobre o que se construiu como teoria e prática dos direitos.

Vários fatores devem ser levados em consideração para a observação desse viés da doutrina dos Direitos Humanos: o sujeito, o objeto, o contexto, a filosofia, a política, a economia, entre outros. No entanto, essa gama de aspectos possui ontologicamente unidos nesse assunto, como já foi sinalizado no tópico anterior, um paradoxo. Assim, “Intelectualmente, um imenso paradoxo caracteriza a filosofia dos direitos humanos. Embora os direitos representem uma das mais nobres instituições liberais, a política liberal e a filosofia do direito parecem incapazes de compreender a sua ação.”¹²⁰

Primeiramente, cabe ressaltar o abismo existente entre a teoria e filosofia dos Direitos Humanos e o sujeito para quem elas são dirigidas. Ao analisar o processo de construção desses direitos, observa-se que, essencialmente, o homem, enquanto ser político, foi a gênese e o fim. Enquanto movimento de reação aos ditames e abusos por parte do Estado evidenciam que o foco foi desde o início levar o homem à sua condição de humanidade. Poder parecer

¹¹⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 247.

¹¹⁹ Adota-se “crítica” aqui no sentido de uma crítica ideológica, de uma investida interna contra a procedência, aos pressupostos e à coerência interna do objeto.

¹²⁰ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 15.

pleonástico, mas, como foi dito no tópico anterior, o homem nem sempre foi humano. Aliás, essa condição de humanidade foi adquirida vagarosamente e até bem pouco tempo atrás era oficialmente negada a vários grupos de homens.

A teoria dos direitos humanos pressupõe sujeitos com alto grau do que se convencionou chamar de civilidade. Todo o processo descrito por Norbert Elias, em seus escritos do *Processo Civilizador*¹²¹, culminou na construção de um indivíduo em que a demanda pelo controle dos impulsos, pela privacidade e pelo estabelecimento de regras de comportamento social, isto é, em um extenso processo de socialização. Nesse sentido é que “o modelo de pessoa que povoa este mundo é o de um indivíduo autocentrado, racional e reflexivo, um sujeito autônomo kantiano, desvinculado de raça, classe ou gênero, sem experiências inconscientes ou traumáticas e que se encontra no perfeito domínio de si mesmo, pronto a usar os direitos humanos para adequar o mundo aos seus próprios fins.”¹²²

Pode-se dizer que

Os direitos humanos possuem não apenas aspectos institucionais, mas também subjetivos. Como entidades institucionais, pertencem a constituições, leis, decisões judiciais, organismos internacionais, tratados e convenções. Porém, sua função primeira é construir a pessoa individual como um sujeito (jurídico).¹²³

Cabe destacar que a fundamentação filosófica dos direitos humanos é um desafio que se identifica com a própria luta por sua observância. O pensamento iluminista, certamente, pode ser apontado como as raízes da fundamentação dos direitos humanos. Uma das primeiras formulações dessa ideia está no texto de Kant que assim se manifesta:

“os povos da terra participam em vários graus de uma comunidade universal, que se desenvolveu a ponto de que a violação do direito, cometida em lugar do mundo, repercute em todos os demais. A ideia de um direito cosmopolita não é, portanto, fantástica ou exagerada; é um complemento necessário ao código não escrito do Direito político e internacional, transformado-o num direito universal da humanidade. Somente nessas condições podemos congratular-nos de estar continuamente avançando em direção a uma paz perpétua”.¹²⁴

Essa construção da pessoa individual como um sujeito envolve várias etapas que não necessariamente ocorrem em uma determinada sequência lógica ou racional. Entre essas

¹²¹ ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador*. 2 vols. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

¹²² DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 15.

¹²³ Ibidem, p. 16.

¹²⁴ KANT, Immanuel. *Kant's Political Writings*. Ed. Hans Reiss. Cambridge: Cambridge University Press, 1970, p. 107-108. BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233.

etapas, a mais importante, para fins deste estudo, consiste na construção do reconhecimento recíproco de si e da identificação do outro. O “eu” e o “outro” são personagens centrais no enredo dos Direitos Humanos. Em verdade, desde o início, o pano de fundo desse processo de estruturação sempre foi a luta pelo reconhecimento do outro e emancipação de “eu” e, conseqüentemente, do “outro”. Esse ponto será mais bem aprofundado no próximo capítulo.

Assim, pode-se dizer, por exemplo, que inicialmente os direitos humanos estiveram ligados à reação de uma determinada classe econômica frente ao poder político despótico e a organização social como óbice da imobilidade. Entretanto, assim como serviu à burguesia liberal em certo momento histórico, eles prestaram um imenso desserviço a essa mesma burguesia que, devido ao contexto político e econômico de outra época, havia mudado de posição, eram, então, conservadores.

Quando surgiram, os direitos humanos seguiram a tradição do Direito Natural e eram fundamento transcendente da crítica contra o que é opressivo e do senso-comum. Cabe questionar, se com o passar dos tempos eles não foram “transformados em um discurso de rebeldia e divergência em um discurso de legitimidade do Estado.”¹²⁵

A fundamentação inicial dos direitos jamais teria sido a mesma sem o auxílio do Direito Natural. O Direito Natural foi essencial na fundamentação dos direitos. Obviamente, não porque os direitos naturais carregassem em si quaisquer características dos direitos humanos, mas porque o discurso utilizado para legitimação dos Direitos Humanos em seu início, em maior medida, e no atual debate, em menor medida, tem traços vivos da idéia transcendental do sujeito detentor de tais direitos. Sinalize-se que juntamente com essas questões, a própria percepção da pessoa enquanto indivíduo e sujeito na sociedade tiveram substanciais modificações.

Cabem aqui fazer duas ponderações que facilitam o contexto narrado acima. A primeira delas é sobre a ideia de indivíduo. Nesse ponto, Dumont, com o auxílio de Weber, pondera que é necessário fazer uma distinção entre o indivíduo “agente empírico, presente em toda sociedade, que é nesse particular a matéria prima principal de toda sociologia” e o “ser da razão, o sujeito normativo das instituições; isto é próprio de nós, como testemunham os valores de igualdade e de liberdade, é uma representação ideacional e ideal que possuímos.”

¹²⁵ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 25.

¹²⁶ Assim, para definir melhor os conceitos, a ideia de pessoa será utilizada para a primeira aceção, enquanto que a de indivíduo para a segunda.

A segunda ponderação que facilita o entendimento é a compreensão de Dumont sobre o individualismo e o holismo. Nesse sentido, o individualismo é colocado como detentor de uma ideologia universalista que define a lógica científica de modo mais amplo. Por outro lado, o holismo pode ser compreendido como a idéia de buscar entender a forma como as sociedades vêm a si mesmas, como elas fazem sentido por elas próprias.¹²⁷

A vitória do Direito Natural em direitos naturais, século XVII, é considerada como a primeira da razão moderna sobre as bruxas medievais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, transformou a contradição naturalista em direitos positivos contundentes, traduzidos através de um conjunto de características que antes tidas como inatas passaram a ser frutos da razão. Essa virada de fundamento simboliza que a natureza, então, não serve mais como orientação do que é correto. A relação entre os direitos e o indivíduo tornou-se mais subjetiva, ou seja, os direitos passaram a ser afirmações e extensões do Eu, reconhecendo legalmente a vontade e o desejo do indivíduo.

O fato é que como lembra Costas Douzinas:

As instituições jurídicas ocasionalmente andam lado a lado com as aspirações da filosofia política ou os planos da ciência política, mas na maioria das vezes divergem. Os “direitos do homem” adentraram o cenário do mundo quando as duas tradições se uniram por um breve instante simbólico no início da modernidade, representado pelos textos de Hobbes, Locke e Rousseau, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa e pelas Declaração da Independência e Declaração de Direitos norte-americanas. A convergência da filosofia política e da feitura das constituições estabeleceu a modernidade política e jurídica, mas teve vida curta. A Filosofia, o Direito e a Ciência logo divergiram e se moveram em diferentes direções para se recombinarem novamente, depois da Segunda Grande Guerra, na nova configuração dos direitos humanos.¹²⁸

Pactos políticos e sociais adicionaram uma quantidade significativa de direitos políticos e sociais à Declaração de 1948. Porém, o aumento desses direitos era diretamente proporcional à quantidade de violações sistemáticas dos direitos proclamados nos documentos internacionais, pelos próprios Estados que assinaram a Declaração Universal. Parece ser por este motivo que o fundamento dos direitos humanos retomou uma posição de ainda não

¹²⁶ DUMONT, Louis. *Homo hierarchicus: o sistema de castas e suas implicações*. São Paulo: Edusp, 1992. p. 57.

¹²⁷ DUMONT, Louis. A comunidade antropológica e a ideologia. In: _____. *O individualismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. pp. 201-236.

¹²⁸ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 36.

resolvido e ganhou destaque na reflexão desses direitos, embora tenha sido, até então, considerado como superado.¹²⁹ Consequência disso foi o reaparecimento dele nas discussões sociais, políticas e jurídicas. “Verificou-se que o debate sobre a fundamentação racional e, portanto, sobre a natureza e validade universal dessa categoria de direitos, achava-se intimamente relacionada com a própria eficácia dos mecanismos garantidores do sistema dos direitos humanos.”¹³⁰

É importante lembrar Habermas sobre, conseqüentemente, a validade dos Direitos Humanos. Para o autor, os direitos humanos geram efeitos no âmbito da legislação nacional, relativos não apenas aos cidadãos nacionais, porém a todas as pessoas. Assim, a questão da fundamentação ética desses direitos está ligado à busca de argumentos racionais e morais, que justifiquem a sua pretensão a uma validade universal.¹³¹

Cabe lembrar aqui que “não é à toa que a declaração adota o título ‘universal’ e não ‘internacional’, porque o que se pretendeu, com sua adoção, é estabelecer um marco transversal de direitos fundamentais por todas as culturas e não mera diretriz de conduta estatal.”¹³²

Assim, em última análise, normalmente o problema de reflexão dos fundamentos dos direitos humanos está em buscar uma fundamentação racional e universal dos direitos humanos. Inclusive que possa ser utilizado para justificar ou legitimar os próprios princípios gerais do direito.¹³³

Nesse sentido é que a história dos Direitos Humanos apresenta uma enorme quantidade de paradoxos internos de todas as perspectivas, isto é, filosóficas, políticas e jurídicas. Com efeito, tanto pela transferência do padrão de direito da natureza para a história e, com o tempo, para a humanidade ou civilização, quanto pela legalização dos desejos, o homem foi transformado no centro do mundo. Esse processo separou o discurso clássico da natureza e a prática contemporânea dos direitos humanos. Outro paradoxo repousa nessa ideia. Significa

¹²⁹ Em uma análise mais detida pode-se dizer que o direito à consideração e/ou ao reconhecimento seriam, por definição, não superáveis. Para mais, ver nota 77.

¹³⁰ FERNANDEZ, Eusebio. *Teoria de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1987, pp. 110-111; BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 237.

¹³¹ HABERMAS, Jurgen. *La Paix Perpetuelle*. Paris: Cerf, 1996. pp. 87-88.

¹³² ARAGÃO, E. J. G. A Declaração Universal dos Direitos Humanos: mera declaração de propósitos ou norma vinculante de direito internacional? *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. Ano I, Número 1, 2009. p. 8.

¹³³ DELMAS-MARTHY, Mireille. *Pour un droit comum*. Paris: Seuil, 1994. p. 172 e segs.

dizer que ao mesmo tempo em que são usados como defesa do indivíduo contra um poder estatal, eles foram construídos à imagem de um indivíduo com direitos absolutos.¹³⁴

As Declarações de Independência (1776) e do Homem e do Cidadão (1791) e o *Bill of Rights* (1791) representam a inauguração simbólica da modernidade, encerrada pela queda do Muro de Berlim, 1989. Ao repassar a história dos direitos humanos de modo menos narrativo e mais analiticamente detido, algumas considerações podem ser feitas acerca das estratégias para a realização dos seus respectivos fins.

Historicamente, era intensa a dicotomia entre o direito à liberdade e o direito à igualdade. Somente no final do século XVIII, “as Declarações de Direitos, seja a Declaração Francesa de 1789, seja a Declaração Americana de 1776, consagravam a ótica contratualista liberal, pela qual os direitos humanos se reduziam aos direitos à liberdade, segurança e propriedade, complementados pela resistência à opressão.”¹³⁵

No caso francês, a revolução tomou uma postura mais moral e voluntarista, não obstante a confusão entre os direitos naturais do homem e os direitos políticos do cidadão, que ressalta a latente relação entre humanidade e política. Esses direitos são uma forma de política comprometida com um “senso moral de história” e “uma crença proativa de que a ação coletiva pode vencer a dominação, a opressão e o sofrimento”. Por outro lado, a norte-americana foi mais otimista.

É interessante notar que essa distinção traduziu-se até mesmo nas ideias de juristas de ambos os países. O jurista francês Émile Boutmy sustentou que os direitos humanos tinham traços distintivos eminentemente franceses, encontrando-se a sua origem no pensamento filosófico do século XVIII, principalmente em Rousseau¹³⁶. Em outro giro, Jellinek¹³⁷ rebateu que se a argumentação de Boutmy estivesse certa, não haveria explicação para o fato de que somente se ouviu falar de declarações de direitos depois da Revolução Americana. Jellinek questiona-se também sobre o fato de que os franceses esperaram um quarto de século para assimilar, embora fosse somente como teoria e no papel, a doutrina para que ela pudesse ser transformada em uma lista de diferentes direitos. Sem dúvida, a reflexão prática e teórica dos

¹³⁴ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 38.

¹³⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 142.

¹³⁶ BOUTMY, Emile. Études Politiques. In: *Droits de l'Homme et Philosophie*. Presses Pocket, 1993. pp. 437-443.

¹³⁷ JELLINEK, Georg. *La Declaration de los Derechos Del Hombre y Del Ciudadano*. Tradução de Adolfo Posada. Madrid: Libreria General de Victoriano Suárez, 1908. p. 205.

direitos humanos sofre uma repercussão dessa identificação do estado nacional como a fonte dos direitos humanos.

Remetendo ao tópico anterior acerca da multidimensionalidade dos acontecimentos históricos, decerto, “determinados traços sociais e leis permitiram a ação livre e, com algum incentivo gentil, vão conduzir inexoravelmente ao estabelecimento e à promoção dos direitos humanos e quase ao ajuste natural entre as demandas morais e as realidades empíricas.” O fato é que “da moralidade da história para a moralidade da lei, e da significância da cultura local para a predominância de valores anistóricos, todas as principais estratégias e argumentos dos direitos humanos estavam prefigurados nessas declarações clássicas.”¹³⁸

Nesse sentido é que se pode definir que os Direitos Humanos são uma mistura de dois fatores sem os quais, certamente, eles não teriam se desenvolvido a contento. São eles, o capitalismo e o Estado de direito. Ambos os fatores conjugados propiciaram um contexto de aparente incentivo à progressão dos direitos humanos rumo ao que são hoje. Formalmente, de certa maneira contraditoriamente, pode-se afirmar que esses direitos dependem mais de juristas, de relatórios e de protocolos e convenções do que de barricadas, rebeliões e protestos para seu triunfo.

Para a filosofia política que serviu às revoluções, a crença era de que os direitos naturais expressavam os direitos que eram inseparavelmente pertencentes à humanidade e que haviam sido distorcidos ante à problemática da falta de representação nos Estados Unidos e com as atitudes do Antigo Regime Francês.

O fato é que com a passagem do homem ao centro do motor do pensamento e da razão como combustível dessa engrenagem, o próprio homem foi elevado à condição, até então descartada, de centralidade do universo, pois seria o mais explícito ato de substituição de Deus, inventando a natureza para justificar os direitos criados, sem precedentes históricos, pelas declarações. Como Douzinas explica:

A força das declarações não deve ser buscada, portanto, em seus apelos a pactos originais fictícios ou em fontes divinas, nem nos igualmente místicos direitos institucionais do homem inglês que se autogoverna e se autotributa. Na verdade, a Declaração Francesa não faz qualquer referência a um pacto social. As declarações criam e exaurem a sua própria legitimidade em seu ato de enunciação. [...] Mas embora o “homem” na natureza humana ou abstrata seja o detentor ontológico de direitos em geral, nenhum direito humano no abstrato, nenhum direito ao direito foi criado ou desenvolvido. Direitos humanos envolvem sempre reivindicações

¹³⁸ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 105.

específicas de liberdade de expressão, segurança das pessoas etc. [...] Direitos humanos instalaram a contingência radical da proclamação linguística no coração dos acordos constitucionais.¹³⁹

A questão, portanto, passa a residir sobre o homem. Dado o contexto e as reivindicações específicas, quem seria esse “homem” que apesar de se tentar passar por abstrato, tinha seu substrato muito bem definido? O homem abstrato na filosofia é extremamente vazio, isto é, o homem não existe por si só, enquanto não há uma gama de aspectos, valores, posições políticas, religiosas, paixões, desejos *et cetera* que o constituem. O homem vazio não existe.

Entretanto, o caráter abstrato e universal empregado ao homem nos termos das declarações constituem evidentes sofismas. Na verdade, os homens não nascem iguais em nenhum sentido que não seja a sua constituição química corporal. Ao menor sinal de concretude de qualquer espécie, ou seja, pessoas às quais se atribuem aspectos de gênero, classe, idade ou raça, a natureza humana e a dignidade caem, em grande medida, por terra. Por isso, a “declaração é falsa, mas a distância entre sua realidade inexistente e sua futura aplicação é o espaço onde os direitos humanos se desenvolvem. Nesse sentido, direitos humanos são uma mentira do presente que pode ser parcialmente verificada no futuro.”¹⁴⁰

Essa é uma das grandes críticas à lógica de personificação dos Direitos Humanos que, muito embora tenha sido atenuada no decorrer de sua história, permanece viva em várias concepções de direitos atuais. O fato é que após examinar os aspectos de concretude do sujeito e suas circunstâncias, o homem das declarações torna-se bem menos abstrato e universal. Nessa linha é que se podem citar vários exemplos no decorrer da história como, v.g., o caso das mulheres, escravos, desempregados. Apenas para tangenciar um assunto que será mais bem abordado no tópico posterior, as mulheres na França apenas alcançaram o direito de voto em 1944. Igualmente é a questão da “raça” que também foi negligenciada pela declaração. Assim, “a superioridade dos homens brancos ocidentais em relação à sua contraparte ‘selvagem’ reside em uma individualidade alcançada e expressa por meio de divisões sociais e afetivas de trabalho, formalizadas pela instituição do casamento monogâmico.”¹⁴¹

¹³⁹ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 109.

¹⁴⁰ *Ibidem*. p. 110.

¹⁴¹ KINGDOM, Elizabeth. *Genderring Rights*. In: ARNOLD, A. J. e KINGDOM, E. *Women's Rights and the Rights of men*. Aberdeen: University Press, 1990. p. 99.

A questão da escravidão merece destaque especial pela intensa relação que teve com o desenvolvimento das ideias de Direitos Humanos. Para Rabben, a primeira campanha moderna pelos direitos humanos foi o movimento para acabar com o tráfico de escravos. Tendo seu auge na Inglaterra, nos Estados Unidos e em alguns outros países de 1787 até 1792, esse movimento foi caracterizado pela intensa luta, via de regra, embasada pelo argumento religioso, de grupos transatlânticos curiosamente compostos por menos de 100 pessoas. A maioria dessas pessoas eram membros dos Quaker, uma seita protestante, também conhecida como a Sociedade Religiosa dos Amigos.¹⁴²

Assim, pode-se dizer que a oposição religiosa foi decisiva na questão da escravidão, uma vez que durante o século XVIII vários seguimentos religiosos como os metodistas e batistas, após intensos debates e conflitos internos, decidiram-se opor à escravidão, especialmente em alguns países da Europa e na América do Norte. Igualmente, pode-se afirmar que, não obstante o efeito econômico positivo do tráfico escravo, a concepção de universalidade dos direitos humanos ganhava amplitude, empurrando a situação de abolição que seria inevitável, mesmo em colônias como o Brasil.¹⁴³

Historicamente, o movimento contra o tráfico de escravos recomeçou no início do século XIX, não obstante várias repressões ferozes e inatividade por um período. É interessante lembrar que apenas vinte anos depois do início do movimento inglês, em 1807, o Parlamento Britânico iniciou uma intensa batalha visando ao fim do tráfico em seu império e em suas colônias. “Imagine: menos de 100 pessoas organizaram essa campanha, numa civilização em que a escravidão foi considerada um fato da vida, inevitável e eterno. E realizaram seu objetivo de acabar com o tráfico em 20 anos só.”¹⁴⁴

Tempo depois, alcançou-se o fim da escravidão. Entretanto, o desafio dos direitos humanos nesse aspecto não diminuiu uma vez que novas ideologias surgiram para legitimar a discriminação, a desigualdade e a hierarquia social. Com o progresso da legitimação da ciência para apoiar argumentos de fundo político e jurídico, no final do século XIX, o chamado “racismo científico” reiniciou o discurso do racismo.¹⁴⁵

¹⁴² RABBEN, Linda. O Universal e o Particular na Questão dos Direitos Humanos. In: FONSECA, Claudia (et. al.) (Org.) *Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos: Diálogos Interdisciplinares*. Porto Alegre: UFRGS, 2004. p. 21-22.

¹⁴³ Ibidem. p. 21.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 23.

¹⁴⁵ Para Rabben, mesmo dominante, o racismo nunca conseguiu ser um discurso totalmente hegemônico. RABBEN, Linda. O Universal e o Particular na Questão dos Direitos Humanos. In: FONSECA, Claudia

Sem dúvida, os movimentos abolicionistas forneceram aos movimentos sociais do século XIX o modelo de atuação. Nesse sentido, a “[...] Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, a ordem internacional repudiou decisivamente ideias mais antigas de hierarquia étnica e racial, segundo as quais alguns povos seriam superiores a outros e, portanto, teriam o direito de lhes impor regras. [...]”. Como todo processo de conquista social, esse também teve seus exemplos de problema. Um deles foi quando em 1919 o Japão propôs a inclusão de uma cláusula sobre a igualdade racial no acordo da Liga das Nações. Ela foi inteiramente rechaçada pelos Estados Unidos, Canadá e outras potências Ocidentais.¹⁴⁶

Aliás, aprofundando essa questão, Kymlicka lembra que é perceptível que “[...] Poucos países que assinaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos esperavam que endossar o princípio da igualdade dos povos exigiria aceitar normas de multiculturalismo e de direitos das minorias.” A resposta a essa posição, que se tornou com o passar do tempo insustentável, foi a explicitação do elo entre a igualdade e o multiculturalismo na Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas da ONU, de 1992. Os últimos 40 anos testemunharam mudanças dramáticas ao redor do mundo no status e no tratamento de minorias étnico-culturais¹⁴⁷

Tudo isso demonstra claramente que a abstração e universalidade não serviram à realidade durante um bom tempo. O homem das declarações é bastante bem delimitado. Esse homem é aquele branco e dono de propriedades. Já que reflexos dos desejos do homem, como consequência disso vêm, então, os direitos que para Edmund Burke são “abstrações metafísicas” e “sua perfeição abstrata constitui seu defeito prático”¹⁴⁸. O mesmo autor questiona “de que adianta discutir o direito abstrato do homem à alimentação ou aos medicamentos? A questão coloca-se em encontrar o método pelo qual fornecê-la ou ministrá-los.”¹⁴⁹

Costas Douzinas cita Marx em *Grundrisse*, ao refletir sobre a questão do sujeito abstrato:

Para Marx, o “homem” dos direitos, ao contrário de ser um recipiente vazio sem determinação e, portanto, irreal e inexistente, é extremamente repleto de substância.

(et. al.) (Org.) *Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos: Diálogos Interdisciplinares*. Porto Alegre: UFRGS, 2004. p. 24.

¹⁴⁶ KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 221.

¹⁴⁷ Ibidem. p. 223.

¹⁴⁸ BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a revolução em França*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, 247 p. 105

¹⁴⁹ Ibidem, pp. 89-90.

Os direitos das declarações, sob o disfarce da universalidade e da abstração, celebram e entronizam o poder de um homem concreto, muito concreto: o indivíduo possessivo individual, o homem burguês branco orientado ao mercado cujo direito à propriedade é transformado no fundamento de todos os demais direitos e embasa o poder econômico do capital e o poder político da classe capitalista. Para Burke e Marx, o sujeito dos direitos não existe. Ou é muito abstrato para ser real, ou muito concreto para ser universal. Em ambos os casos, o sujeito é falso, pois sua essência não corresponde, e não pode corresponder, a pessoas reais.¹⁵⁰

Portanto, a conclusão que se pode chegar é que direitos não são universais nem absolutos, independente a partir de qual seja o prisma abordado. Essas criações às quais se chamam direitos não pertencem aos homens abstratos, mas a pessoas determinadas em sociedades concretas com sua permanente e sem fim alteração de circunstâncias, tradições e prerrogativas legais.¹⁵¹

Outra grande crítica que se pode fazer sobre a doutrina dos direitos humanos é que esses direitos foram declarados inalienáveis pelas Grandes Declarações porque, pela lógica de suas estruturações, estavam além dos governos, desamarrados aos fatores temporais e locais e expressavam de forma legal os direitos eternos do homem. Entretanto, convém notar que se todos os homens compartilham uma natureza humana comum, abstrata e geral, não haveria nenhuma necessidade de invocar poder algum para sua proclamação ou, mesmo, nenhuma legislação especial seria necessária, visto que todo poder de elaboração das leis agora emanava do povo soberano. Contudo, “o ato de enunciação estabelece o poder de um tipo particular de associação política, a nação e seu Estado, para tornar-se o soberano legislador e, depois, de um ‘homem’ em particular, o cidadão nacional, para tornar-se o beneficiário dos direitos.”¹⁵²

Assim, embora proclamados de maneira universal, o poder do qual emanavam esses direitos não detinha as mesmas características universais, como o é ainda hoje. Esse paradoxo, conseqüentemente, acarretou na problemática de não reconhecimento de detentores dos direitos, ou que não poderiam operacionalizá-los na prática, os indivíduos que não estivessem sob a classificação de cidadão nacional, beneficiários alvo.

Hannah Arendt identifica como aconteceu o processo de identificação dos direitos humanos com a nação, durante o século XIX. Esse processo serviu para mostrar a incapacidade que os Estados nacionais tinham de ampliar para os não-cidadãos os direitos

¹⁵⁰ MARX, Karl. Grundrisse. In: MCLELLAN, D. (ed.) *Selected Writings*. Oxford: Oxford University Press, 1975. p. 346

¹⁵¹ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 113.

¹⁵² *Ibidem*, p. 114.

públicos subjetivos, assegurados, de certa forma, aos cidadãos nacionais. Isso, claramente, se deu no contexto das circunstâncias históricas e das necessidades políticas das sociedades nacionais que estavam ainda em etapa de afirmação. Sem dúvida este ponto configura-se como o primeiro grande óbice para a objetivação dos direitos humanos, uma vez que a universalidade era um pressuposto.¹⁵³

A Declaração Francesa, entendida como inauguradora da modernidade, iniciou, também, a ideia de nacionalismo. As consequências da disseminação dessa ideia ecoaram durante muito tempo na história humana. Genocídios, conflitos étnicos e civis, purificação étnica, minorias, refugiados e apátridas são apenas alguns exemplos que decorreram da ideia de nacionalismo. O fato é que a cidadania criou barreiras de reconhecimento dos direitos universais quase intransponíveis e, ao mesmo tempo, invisíveis. O universal homem e o local cidadão ficaram ainda mais distintos.

Observa-se, então, mais um claro problema que os direitos humanos não foram capazes de resolver: “a elevação da lei natural à única mantenedora de direitos e o decorrente tratamento de estrangeiros como seres humanos inferiores indicam que a separação entre homem e cidadão é uma característica importante do Direito Moderno.”¹⁵⁴ Assim é que a cidadania torna-se pressuposto para o reconhecimento da humanidade e não o inverso. Como sintetiza Jay Bernstein, “a cidadania situa-se entre e medeia a particularidade abstrata da identidade pessoal e a universalidade abstrata dos direitos humanos. Os indivíduos somente têm direitos na comunidade.”¹⁵⁵

Assim, revela-se outra grande questão dos direitos humanos que, apesar de ter ampliada a sua reflexão a partir da Segunda Guerra Mundial, ainda há muito por se definir nesse contexto.

Apesar de parecer mera coincidência com a compreensão daqueles que criticam os direitos humanos hodiernamente, à época da Revolução e em momentos posteriores às reivindicações e afirmações dos direitos humanos por grupos ou classes excluídos da

¹⁵³ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p.290 e segs. Douzinas coloca que: “Os direitos humanos não “pertencem” apenas aos cidadãos dos Estados que explicitamente, mesmo de modo ineficaz, os reconhece. Após seu triunfo ideológico e retórico, os direitos humanos pós-modernos definem a fluida relação entre blocos de poder e as identidades contestadas do indivíduo e grupos. DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 352.

¹⁵⁴ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 118.

¹⁵⁵ BERNSTEIN, Jay. Rights, Revolution and Community: Marx’s ‘on the Jewish question’. In.: OSBORNE, Peter (ed.). *Socialism and the limits of Liberalism*. Londres: Verso, 1991. p. 114.

cidadania (mulheres, negros, trabalhadores e reformistas políticos e sociais) era lida com grande desconfiança e observadas como críticas egoístas do bem comum e democracia.

Ernst Bloch que frisa os vínculos entre o Direito Natural e os direitos humanos e considerando que estes descendem da tradição daquele, aponta que eles constituem o elemento utópico por trás dos direitos legais.¹⁵⁶ O século XIX, no entanto, foi o declínio do direito natural e por conta disso é que o contexto filosófico e político se condicionou em novas bases e raciocínios. “Edmund Burke ridicularizou sua abstração e racionalismo; Jeremy Bentham seu obscurantismo e indeterminação; Karl Marx sua íntima ligação com interesses de classe que, apesar das aparentes alegações da teoria, tornavam os direitos naturais adversos à emancipação do ser humano.”¹⁵⁷

Assim, essa transformação foi marcada pela evolução da teoria social, bem como pela alteração da história pela filosofia da história. Ganharam importância a análise dos processos e estruturas sociais que formulam a subjetividade e a ação individual, seguida por Comte, Durkheim, Marx, Weber, Hegel e Freud, em detrimento de um exame contido nos direitos individuais. A ideia de sociedade passou a gozar de um status sobreposto a de indivíduo na análise sociológica científica. Com as análises dos principais sociólogos, ou seja, a consciência coletiva de Durkheim, a primazia do econômico sobre os aspectos morais do desenvolvimento histórico de Marx e a racionalização de Weber, a concepção naturalista foi definitivamente abalada, pois os indivíduos e seus direitos não mais estavam em um patamar superior que os pleitos sociais. O nascimento da Teoria Social deu ênfase à estrutura que se tornou mais importante que a agência, uma vez que os indivíduos eram então vistos como sujeitos determinantemente influenciados por aspectos externos e limitações internalizadas. Dessa maneira, o indivíduo virou alvo de poder disciplinador, sendo que a sua suposta soberania e direito foram retirados de cena e no lugar sobram as técnicas de normalização.

158

O homem abstrato definido pelo direito natural foi, então, definindo no século XIX. A mudança de perspectiva tornou-se necessária ao “avanço” ideológico dos direitos humanos.

¹⁵⁶ BLOCH, Ernst. *The Philosophy of the Future*. Tradução de J. Cumming. Nova York: Herder and herder, 1970. p. 91.

¹⁵⁷ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 122.

¹⁵⁸ ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 509; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – O Nascimento da Prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis RJ: Vozes, 1987; _____. *História da Sexualidade - vol.1 - A vontade de saber*. 15. ed. Trad. Maria Thereza da C. Albuquerque e J. A. Guilhon de Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

Essa mudança estabeleceu-se no hiato entre o desaparecimento desse direito natural e o enfrentamento de duas guerras mundiais, que propiciou o “triunfo final dos direitos humanos”.¹⁵⁹

Após a Segunda Guerra Mundial, com a assinatura da Carta das Nações Unidas e da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os direitos humanos entraram definitivamente na esfera internacional com uma força política incomensurável e aparatos jurídicos que ainda estavam por se estabilizar e definir. Não cabe aqui recontar toda a história dos direitos humanos de maneira narrativa, uma vez que já foi contada em tópico anterior, além de haver grande bibliografia nesse sentido.¹⁶⁰

Lembra Douzinas:

Os direitos humanos diversificaram-se de direitos civis e políticos, ou “negativos”, da “primeira geração”, associados ao liberalismo, para direitos econômicos, sociais e culturais, ou “positivos”, da “segunda geração”, associados à tradição socialista, e, finalmente, para direitos de grupos e de soberania nacional da “terceira geração”, associados ao processo de descolonização.[...]

A transformação mais evidente na transição dos direitos naturais para os humanos foi a substituição de sua base filosófica e de suas origens institucionais. A crença na possibilidade de proteção dos direitos, fosse por intermédio do ajuste automático das prerrogativas da natureza humana e da ação das instituições jurídicas, ou por intermédio das adivinhações legislativas da soberania popular mostrou-se irreal.¹⁶¹

Sem dúvida, a maior proteção que os direitos humanos precisam são contra as próprias pessoas. A dignidade e a igualdade¹⁶² sob os auspícios do século XX ainda são bastante

¹⁵⁹ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 126.

¹⁶⁰ HENKIN, Louis. *The age of Rights*. Nova York: Columbia University Press, 1990; BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004; DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Ithaca: Cornell University Press, 1989.

¹⁶¹ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 127.

¹⁶² Vale ressaltar a discussão trazida por Cardoso de Oliveira acerca desses conceitos. Para ele, “Um desdobramento de minhas preocupações com a equidade de decisões, de acordos, e das diversas formas de equacionamento de conflitos é o meu interesse recente em pesquisar concepções de igualdade. Tais concepções, ou idéias-valor, ganharam uma abrangência quase universal no século XX, passando a constituir um componente central do princípio de justiça, ainda que o sentido ou significado das respectivas concepções seja incrivelmente diverso, e sua variação talvez seja proporcional à extensão de sua abrangência. Dumont já havia chamado a atenção para esta diversidade, ao dirigir o foco de suas investigações para o que definiu como diferentes configurações da ideologia individualista no Ocidente. Mesmo na Índia, matriz conceitual da noção de hierarquia que Dumont contrasta com o valor da igualdade no Ocidente, este último não deixa de ter vigência na esfera pública contemporaneamente, ainda que, certamente, seu significado não seja exatamente o mesmo difundido no Ocidente. Aparentemente, ficou muito difícil defender princípios de justiça que não estejam em sintonia com os ideais de igualdade.” CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. *A Dimensão Simbólica dos Direitos e a Análise de Conflitos*. Trabalho apresentado na mesa-redonda *Antropologia do Direito no Brasil: campo e perspectivas*, realizada durante o *I Encontro Nacional de Antropologia do Direito, na Faculdade de Filosofia, Letras e*

maleáveis e não é no sentido de preservar as diferenças, mas no sentido de tentativa de cooptação do que não é orientado pela lógica vigente. Exemplos históricos são evidentes nesse sentido como os votos das pessoas em regimes totalitários na Alemanha de Hitler ou de Milosevic na antiga Iugoslávia.

Hanna Arendt explicita:

O homem do século XX se tornou tão emancipado da natureza como o homem do século XVIII se emancipou da história. A história e a natureza tornaram-se, ambas, alheias a nós, no sentido de que a essência do homem já não pode ser compreendida em termos de uma nem de outra. Por outro lado, a humanidade, que para o século XVIII, na terminologia kantiana, não passava de uma idéia reguladora, tornou-se hoje fato inelutável. Esta nova situação, na qual a “humanidade” assumiu de fato um papel antes atribuído à natureza ou à história, significaria nesse contexto que o direito de ter direitos, ou o direito de cada indivíduo de pertencer à humanidade, deveria ser garantido pela própria humanidade. Nada nos assegura que isso seja possível. [...] Os crimes contra os direitos humanos, especialidade dos regimes totalitários, podem sempre justificar-se pela desculpa de que o direito equivale ao que é bom ou útil para um todo, em contraste com as suas partes. (O lema de Hitler, de que “o direito é aquilo que é bom para o alemão”, é apenas a forma vulgar de uma concepção da lei que pode ser encontrada em toda parte e que, na prática, só não permanecerá eficaz se as tradições mais antigas, ainda em vigor nas constituições, o evitarem.) Uma concepção da lei que identifica o direito com a noção do que é bom – para o indivíduo, ou para a família, ou para o povo, ou para a maioria- torna-se inevitável quando as medidas absolutas e transcendentes da religião ou da lei da natureza perdem a sua autoridade. E essa situação de forma alguma se resolverá pelo fato de ser a humanidade a unidade à qual se aplica o que é “bom”. Pois é perfeitamente concebível, e mesmo dentro das possibilidades políticas práticas, que, um belo dia, uma humanidade altamente organizada e mecanizada chegue, de maneira democrática - isto é, por decisão da maioria - , a conclusão de que, para a humanidade como um todo, convém liquidar certas partes de si mesma.

„163

Pode-se dizer que o universalismo do Direito Natural clássico ou a universalização kantiana conferiram um viés através do qual cada ação em particular poderia ser julgada, pelo menos em teoria, em nome do universal. Entretanto, aqui está outro grande problema dos Direitos Humanos: a fragilidade institucional e inadequações do Direito Internacional. Mesmo com a adoção da Declaração Universal, é possível constatar que os direitos humanos são

Ciências Humanas na Universidade de São Paulo, nos dias 20 e 21 de agosto de 2009. p. 9. Para mais, ver: CARDOSO DE OLIVEIRA, L. R. “Concepções de Igualdade e (Des)Igualdades no Brasil”, em LIMA, Roberto Kant de; EILBAUM, Lucia; PIRES, Lenin. (Org.) *Conflitos, Direitos e Moralidades em Perspectiva Comparada*. Volume 1. Rio de Janeiro: Garamond, 2010. pp. 19-33. Sobre a relação entre justiça e igualdade, ver também a contribuição de: RICOEUR, Paul. *Le juste, la justice et son échec*. Paris: Éditions de L’Herne, 2005; DUMONT, Louis. *From Mandeville to Marx: The Genesis and Triumph of Economic Ideology*. Chicago: The University of Chicago Press, 1977; _____. *Essays on Individualism: Modern Ideology in Anthropological Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1986; e, por fim, _____. *German Ideology: From France to Germany and Back*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

¹⁶³ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 332.

violados ou protegidos em âmbito local. Porém, eles foram construídos como uma proteção superior ao local, isto é, eram para servir de proteção contra o Estado e seus desdobramentos.

O que se deve perceber nesse ponto é que não faz muita diferença a maneira como as instituições internacionais se manifestam ou, mesmo, quantos são os tratados assinados pelos órgãos oficiais de relações exteriores, incluindo o âmbito formal, percebe-se que as constituições e as leis nacionais são muito mais importantes que os encargos na seara internacional.¹⁶⁴

Na esteira dessa discussão, surgem outros dois conceitos que, como mostrado no tópico anterior, são bastante recentes na história dos direitos humanos. A soberania nacional e a não-intervenção aprofundaram a discussão sobre o alcance e eficácia do Direito Internacional. De fato, a própria concepção dos direitos humanos serviu para garantir a intocabilidade da soberania nacional no pós-guerra. Esses direitos foram instrumentos para legitimar, tanto no âmbito nacional como no internacional, a nova ordem estabelecida pelos efeitos da guerra. Apesar de serem evidentemente discrepantes, os princípios dos direitos humanos e da soberania foram de caráter esquizofrenicamente essencial no Direito Internacional pós-guerra. Ambos foram bases dos planos das grandes potências. Por um lado, evitando expor os Estados que saíram vitoriosos do conflito a questionamentos, foram úteis para legitimar a nova ordem por intermédio de seu comprometimento com os direitos; Por outro, criticaram sobre as suas próprias violações flagrantes.¹⁶⁵

Norman Lewis esclarece:

O debate sobre direitos humanos e a manutenção da dignidade humana foi, na realidade, um processo de relegitimação dos princípios de soberania e de não-intervenção em questões internas dos Estados soberanos. Os Estados mais poderosos, por meio do discurso dos direitos humanos, fizeram das suas prioridades a preocupação principal dos outros.”¹⁶⁶

Em suma, a análise histórica aprofundada parece demonstrar com precisão que na medida em que os direitos humanos e os interesses nacionais estão justapostos, os governos são seus grandes defensores. Isso, evidentemente, sinaliza que após o engrandecimento do nacionalismo e, conseqüentemente, da invenção do interesse nacional, a leitura acerca dos

¹⁶⁴ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p.129.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 130.

¹⁶⁶ LEWIS, Norman. Human rights, Law and democracy in an unfree world. In.: Evans, Tony (ed.). *Human Rights Fifty Years On: A reappraisal*. Manchester: Manchester University Press, 1988. p. 89.

direitos humanos parece ainda mais enviesada. O grande problema é que a justaposição desses dois elementos em termos de política internacional é bastante rara.

Grande medida da Declaração Universal dos Direitos Humanos repetiu, objetiva e subjetivamente, as compreensões e leituras de mundo que possuía a Declaração Francesa. O homem alvo daquela declaração, assim como nesta, era bem definido. De maneira menos intensa e mais aberta, é verdade, mas também tinha contornos bem delineados. Assim, a ideologia da Declaração era claramente ocidental e liberal.

É importante lembrar o que circundou a discussão da elaboração do texto da Declaração. John Humphrey, diretor canadense da Divisão de Direitos Humanos da ONU, foi o responsável pela preparação da primeira versão da Declaração, além de um cristão libanês e um chinês que também compunham a comissão preparatória. Humphrey, ao relatar alguns momentos, destaca que um membro chinês responsável pela elaboração dessa versão sugeriu a ele que suspendesse suas outras obrigações por seis meses para estudar filosofia chinesa pelo mesmo período e só então estaria apto a preparar o texto. A resposta do membro canadense que teve seu texto substancialmente adotado pelo comitê revela a “atitude ocidental que afinal se tornou a face universalista do debate em oposição ao relativismo cultural.”¹⁶⁷. Humphrey respondeu: “Não fui à China nem estudei os textos de Confúcius.”¹⁶⁸

A tensão sempre esteve presente na história dos direitos humanos. Esta história foi ideologicamente marcada pelo conflito entre o liberalismo ocidental e outras concepções de dignidade humana. As matrizes ideológicas passaram a ser o cerne da questão quando da elaboração desse documento que entre seus sete elaboradores principais, seis eram cristãos. A tentativa de combinação de elementos diametralmente opostos ou filosoficamente incompatíveis não poderia mesmo dar certo. O diálogo (ou falta de) entre diferentes culturas, filosofias, economias não permitiu o reverberar de uma voz uníssona na Declaração.

Para Humphrey a versão da Declaração representava “uma tentativa de combinar o liberalismo humanitário e a democracia social.”¹⁶⁹ Os elementos dessa última vertente consistiam em direitos econômicos, sociais e culturais. Para Antonio Cassese, a elucidação desses direitos representava uma perda de identidade da Declaração e uma sucumbência a princípios que não eram relevantes. A colocação desses direitos “reduzia consideravelmente o

¹⁶⁷ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 135.

¹⁶⁸ HUMPHREY, John. *Human Rights and the United Nations*. Nova York: Epping Bowker, 1984. p. 29.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 40.

impacto das idéias ocidentais ao assegurar aprovação para alguns postulados fundamentais da ideologia marxista”.¹⁷⁰

Nesse ponto específico, “o Estado passa a ser visto como agente de processos transformadores, e o direito à abstenção do Estado, nesse sentido, converte-se em direito à atuação estatal, com a emergência dos direitos à prestação social.”¹⁷¹

Ressalte-se que o bloco soviético e a Arábia Saudita abstiveram-se da votação final na Assembléia Geral e a África do Sul votou contra. Na visão do representante soviético, a Declaração consistia em meras palavras de devotamento. Como lembra Douzinas, a posição do representante soviético não foi isolada. O representante norte-americano nas Nações Unidas também criticou a Carta afirmando que ela era uma carta para Papai Noel. Também pelo embaixador norte-americano da época, dirigindo-se à Comissão de Direitos Humanos da ONU, rejeitou como um “incitamento perigoso”, além de “pouco mais do que um recipiente vazio dentro do qual esperanças vagas e expectativas incipientes podem ser despejadas”, o direito ao desenvolvimento.¹⁷²

Ribero pondera que nenhuma “ideologia/utopia” foi tão eficaz quanto a do desenvolvimento na segunda metade do século XX. Nesse sentido, o autor lembra que “ideologias e utopias são relacionadas intimamente com o exercício do poder”¹⁷³. Além disso, pode-se dizer que ambas demonstram conflitos entre interpretações acerca do passado. Isso se dá por meio do estabelecimento de certas visões que apresentam uma retrospectiva ou prospecção, pretendendo sedimentar concretizar verdades e as ordens naturais do mundo.¹⁷⁴ É óbvio, portanto, que a teologia do desenvolvimento possui um caráter eminentemente ocidental, ajudada pela concepção judaico-cristã sobre o tempo.

O fato é que a história pós-guerra está repleta de exemplos que simbolizaram a retórica do dissenso quando da elaboração da Declaração. Como parecia não poder ser diferente, a lógica

¹⁷⁰ CASSESE, Antonio. *Human Rights in a Changing World*. Cambridge: Polity, 1990. p. 44.

¹⁷¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 144.

¹⁷² DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 135.

¹⁷³ RIBEIRO, Gustavo Lins. “Cultura, direitos humanos e poder. Mais além do império e dos humanos direitos. Por um universalismo heteroglóssico”. In: FONSECA, Claudia., TERTO JR, Veriano., e ALVES, Caleb Faria et al. *Antropologia, diversidade e direitos humanos: Diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 37. Para mais sobre a questão do desenvolvimento, ver: RIBEIRO, Gustavo Lins. *Ambientalismo e desenvolvimento sustentado: nova utopia/ideologia do desenvolvimento*. *Revista de Antropologia*, v. 34, p. 59-101, 1991.

¹⁷⁴ MANHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1976; e RICOEUR, Paul. *Lectures on Ideology na Utopia*. New York: Columbia University Press, 1986.

dos direitos humanos sofreu uma reviravolta e passou a operar a partir de soberanias nacionais, mesmo no âmbito internacional, e jogos de interesses particulares ou oligárquicos. Aquele homem abstrato e genérico parece ter sido definitivamente sepultado e a única coisa que restava dele eram apenas lembranças.

Os direitos humanos foram descartados enquanto baluartes da civilização e do direito internacional. Em lugar de abstrações filosóficas e crenças transcendentais, os direitos humanos parecem ter saído de uma perspectiva ontologicamente ética para servir ao capital, seja ele simbólico ou econômico. Frise-se que quando se refere aos direitos humanos dessa maneira, não se está referindo à conquista chamada “Direitos Humanos” ou a alguma entidade personificada específica, senão se refere ao que há por trás desses direitos e que no plano político pós-moderno dá voz a sua (ir)realização.

Vários exemplos são elencados por Douzinas:

Um exemplo interessante vem das prósperas relações sino-ocidentais. Supostamente, elas foram seriamente afetadas após o massacre de centenas de estudantes que protestavam na Praça da Paz Celestial, em maio de 1989, e da ampla repressão a dissidentes que ainda ocorre na China. Mas esse esfriamento das relações perdurou por um período limitado, e as relações normais foram logo restabelecidas. Tem sido repetidamente relatado que toda vez que um líder ocidental visita Beijing, listas de dissidentes conhecidos são entregues às autoridades chinesas. “Diplomatas cínicos dizem que isso mantém o *lobby* doméstico dos direitos humanos em silêncio. De tempos em tempos, a China ganha créditos diplomáticos pela libertação de um nome famoso”. O país tem sido particularmente perito no uso de negociações comerciais para evitar o opróbrio internacional. Em consequência, nenhuma resolução criticando violações chinesas passou pela Comissão de Direitos Humanos da ONU. Do mesmo modo, em 1997, apesar de sua política externa “ética”, o governo britânico foi adiante com a negociação para vender jatos Hawk ao regime indonésio genocida do Presidente Suharto, cujo longo e repressivo reinado levou à morte meio milhão de timorenses do leste. [...] De acordo com revelações recentes, os Estados Unidos treinaram o exército indonésio, incluindo uma força de elite anti-insurgentes envolvida nos massacres do Timor Leste, até o final de 1998 apesar da suspensão oficial do programa após os primeiros massacres em 1991.¹⁷⁵

Na década de 90, os governos das principais potências sinalizaram uma possível virada moral das políticas externas tocantes aos direitos humanos. Essa sinalização, entretanto, serviu apenas para demonstrar que o capital simbólico dos direitos humanos havia aumentado no Ocidente. Douzinas exemplifica mais uma vez:

A OTAN dos norte-americanos e britânicos estava preparada para conduzir ações militares contra o Iraque e contra os sérvios em Kosovo. Além disso, pouco protesto se ouviu acerca da matança de cerca de 250 mil curdos pelas forças turcas ao longo dos 25 anos, nem a respeito do genocídio do povo do Timor Leste pelas forças

¹⁷⁵ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. pp. 138-139.

indonésias durante mais de trinta anos, ou da faxina étnica dos sérvios da Croácia. Saddam Hussein e Slobodan Milosevic eram velhos ditadores imersos na retórica antiamericana da Guerra Fria. Sucessivos governos turcos, por outro lado, fossem ditaduras militares ou democracias supervisionadas pelas forças armadas, sempre foram fortemente pró-americanos e um aliado valioso no delicado Mediterrâneo oriental. Do mesmo modo, o ditador indonésio Suharto foi um confiável aliado ocidental devido a protestos diários do povo que tomou as ruas durante meses, apesar de serem mortos e mutilados pelas forças de segurança do ditador.¹⁷⁶

Ainda que se acredite, por intermédio da doutrina dos Direitos Humanos em ideias como as que a “força da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como a de qualquer outro documento congênere, advém de sua conversão gradativa em norma consuetudinária.” o que se tem verificado em toda a estrutura dos Direitos Humanos seja em qual plano prático for é o contrário.

Ainda nesse sentido, Alves coloca que “independentemente da doutrina esposada, o que se verifica na prática é a inovação generalizada da Declaração Universal como regra adotada de *jus cogens*, invocação que não tem sido contestada sequer pelos Estados mais acusados de violações de seus dispositivos.”¹⁷⁷

Contudo, ficou mais claro, episódio a episódio, que a lógica dos direitos humanos não era mais aquela que tinha no fundo de seu substrato uma moral. Ao revés, a reivindicação moral ou é fraudulenta ou ingênua. Os direitos humanos assumiram uma forma de racionalidade econômica na qual se reveste de instrumento de política internacional.¹⁷⁸

Sobre a guerra do Kosovo, Douzinas observa:

As políticas hegemônicas, as estratégias e os planos dos últimos anos foram introduzidos bem antes dos ataques de 2001. O Afeganistão e o Iraque foram invadidos sob a violação do Direito Internacional, mas a ilegalidade da guerra do Kosovo foi muito maior. Quando sua justificação, a partir de argumentos de defesa preventiva, tornou-se absurda, as invasões se transformaram em instâncias de mudanças de regime, “apenas guerras” para libertar os afegãos e os iraquianos de líderes militares e ditadores. Essas invasões representam uma continuação mais tenebrosa do “espírito de Kosovo”, no qual o Ocidente demonstrou uma nova disposição de disseminar os direitos humanos, a liberdade e a democracia pelo mundo afora. O fim dos Direitos humanos anteviu que excêntricos alardes sobre o alvorecer de uma nova era humanitária seriam acompanhados de sofrimento não computado. As “vitórias em nome da liberdade e da democracia” no Afeganistão e

¹⁷⁶ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 139.

¹⁷⁷ ALVES, José Augusto Lindgren. O sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos e o Brasil. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*. nº 46. Imprensa Nacional: Brasília. jul./dez. 1993. p. 91.; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 151.

¹⁷⁸ DOUZINAS, op. Cit. p. 139.

no Iraque confirmaram isso. Essas vitórias foram afogadas em um naufrágio dos direitos humanos para as pessoas locais.¹⁷⁹

Ao analisar todo esse conjunto de acontecimentos¹⁸⁰ e transformações, parece claro o que levou a essa conjuntura. De fato, a incoerência moral foi um fator de grande peso. Isso porque a coerência moral necessita da existência de uma moralidade internacional e transcultural comum, fato que talvez não esteja nem mesmo passível de realização, ainda que com o máximo de otimismo religioso possível.

Os direitos humanos são ao mesmo tempo afirmados para uns, reafirmados para outros e veementemente negados ao restante. A equação matemática dessas categorias, decerto, apontará para a grande maioria pertencente a esta última categoria, isto é, aqueles que têm negado o reconhecimento e acesso a esses direitos. Observe-se que nem sempre os direitos humanos são simplesmente negados ou não reconhecidos para esse grupo. Na maioria das vezes o que acontece é que eles são reconhecidos ou afirmados para outros grupos e, quase que num movimento engendrado num motor mecânico, conseqüentemente, negados àqueles.

A realidade objetiva, portanto, é que os direitos do homem rousseauanos e os direitos do homem inglês burkeanos constituíam um viés legal do compromisso de emancipação do sujeito no Iluminismo. Diante da observação de que os maiores crimes da e contra humanidade foram perpetrados em nome do que parecia inofensivo, isto é, da nação, ordem ou bem, esse compromisso se revela definitivamente insuficiente.¹⁸¹

Tanto o efeito da Segunda Guerra, como de guerras havidas posteriormente e os conflitos nos quais a humanidade se envolveu na segunda metade do século XX, redelinearam a crença na realização das promessas Iluministas. Ao se agregar às considerações metafísicas dos direitos humanos o jogo do interesse de gênese nacionalista, tais direitos parecem ter se dissolvidos pelos ares.

¹⁷⁹ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 15.

¹⁸⁰ O Genocídio ocorrido em Ruanda também não pode ser esquecido. Durante meses, em 1994, um milhão de pessoas foram chacinadas no que continua sendo, juntamente com o Camboja, o maior genocídio do século XX ou do século dos direitos humanos, depois do Holocausto. p. 144; FORGES, Alison des. *Leave No One to tell the Story: Genocide in Ruanda*. Nova York: Human Rights Watch, 1999. MELVERN, Linda. "How the system failed to save Rwanda", *The Guardian*, 7 dez 1998. Forges cita um episódio no qual várias ONGs pediram aos Estados Unidos que bloqueassem a RTLM, uma vez que essa estação proferia palavras de ordem e incentivo ao genocídio. Por intermédio do Departamento de Estado, a manifestação foi no sentido de que o tradicional comprometimento norte-americano com a liberdade de expressão era mais importante do que interromper a voz do genocídio.

¹⁸¹ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 140.

Toda essa história crítica e os grandes problemas dos direitos humanos sejam eles filosóficos, teóricos ou práticos, não retiram a sua importância. Pelo contrário, prestam-se ao processo identitário e legitimidade desses direitos. De fato, tratados e declarações de direitos humanos ocupam um valor formal importantíssimo no desenvolvimento do Direito Internacional.

Mas é preciso cautela. É preciso examinar os confins da doutrina jurídica e aliar a ela conhecimentos outros que possam visar um melhor cuidado com esses direitos, isto é, para além das formalidades jurídicas do Direito Internacional. Nesse sentido, Hannah Arendt observa:

Pois, contrariamente às tentativas humanitárias das organizações internacionais, por melhor intencionadas que sejam ao formular novas declarações dos direitos humanos, é preciso compreender que essa ideia transcende a atual esfera da lei internacional, que ainda funciona em termos de acordos e tratados recíprocos entre Estados soberanos; e, por enquanto, não existe uma esfera superior às nações. Além disso, o dilema não seria resolvido pela criação de um “governo mundial”. Esse governo mundial está, realmente, dentro dos limites do possível, mas há motivos para suspeitar que, na realidade, seria muito diferente daquele que é promovido por organizações idealistas.¹⁸²

Na pior (ou melhor) das hipóteses, os direitos humanos fornecem um “padrão de crítica” aos seus governos. A questão é que apenas pessoas “de base e local” podem assumir uma postura ativa por direitos humanos, as demais, “incluindo organizações por direitos humanos” podem apenas sustentá-los. Um Estado que adota certos direitos formalmente se vê menos propício à violação daqueles, embora não seja impossível.¹⁸³

Portanto, levando-se em conta a tradição dos direitos humanos “desde a invenção clássica da natureza contra a convenção até as lutas contemporâneas por libertação política e dignidade contra a lei do Estado”, a construção dos Direitos Humanos sempre se exibiu em uma forma pseudo-profética. Isto significa que a lógica externalizada por intermédio das conquistas graduais dos direitos e das compreensões espaçadamente amplas sempre foi expressada pelo futuro, do porvir. São mecanismos que atuam “no abismo entre a natureza ideal e a lei, ou entre as pessoas reais e as abstrações universais.”¹⁸⁴

Nesse sentido, Zygmunt Bauman relata:

¹⁸² ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 332.

¹⁸³ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 156.

¹⁸⁴ *Ibidem*. pp. 156.157.

Entrevistado por Robert Maggiori para o *Libération* a 24 de novembro de 1994, Jacques Derrida insistiu em que, em vez de se abandonar, se repense na idéia moderna do humanismo. O “direito humano”, como começamos a vê-lo hoje, mas acima de tudo como podemos e devemos vê-lo, não é o produto da legislação, mas precisamente o oposto: é aquilo que estabelece o limite “à força, às leis proclamadas, aos discursos políticos” e aos direitos “instituídos” (sem levar em conta quem tem, ou exige, ou usurpa, a prerrogativa de “instituí-los autoritariamente). “O humano” da filosofia humanista tradicional, inclusive o sujeito kantiano, é – assim indica Derrida – “ainda ‘fraternal’ demais, subliminalmente viril, familiar, étnico, nacional etc.” O que – como sugiro – resulta daí é que a moderna teorização sobre a essência humana e os direitos humanos se enganou no sentido de se afastar demais, antes do que de menos, do elemento “embaraçado” ou “encaixado” em sua idéia do humano – e é por essa falha, mais do que por tomar partido, tão acriticamente, das ambições de homogeneização do estado moderno e, por isso, colocar a autoridade “embaraçadora” ou “encaixadora” no lugar errado, que ela deve ser submetida à inquirição crítica e à reavaliação.¹⁸⁵

A grande pergunta que se faz é: Para que ou a quem servem os Direitos Humanos hoje? Muito se discutiu acerca dessa resposta por intermédio dos acontecimentos históricos. Obviamente, a resposta não foi nem será estática. Os fins dos Direitos Humanos variaram na história na mesma medida que concepções de mundo e a forma de enxergar o outro mudaram também. Já serviram desde um símbolo de luta contra abusos de poder até baluartes formais de proteção teórica, passando, inclusive, por moedas simbólicas de troca na esfera internacional. Entretanto, é imprescindível saber qual é a história dos direitos humanos que deve ou pode ser contada atualmente, o que representa e a que estão destinados. Para isso, a repetição de concepções enviesadas e de promessas ilusórias que nunca vão se concretizar precisam ser repensadas e a teoria dos direitos humanos ser submetida à inquirição crítica e à reavaliação.

1.3 – O Universalismo Normativo como aspecto central da construção da doutrina dos Direitos Humanos

A maneira pela qual se estruturaram a história, a filosofia e a legalidade dos direitos humanos demonstra que o caráter instável desses direitos é tão presente quanto o câmbio de motivos que o suporta e as pessoas às quais eles são destinados. A essa série de mudanças acerca da concepção de direitos humanos no decorrer da história podem ser dados vários motivos. Entretanto, a maneira pela qual essas mudanças são condensadas e distribuídas a fim de atingir os intelectos e conformar as ações humanas parece ser por um único caminho.

¹⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 47.

A linguagem, sem dúvidas, representa o caminho pelo qual os indivíduos estipulam um conjunto de códigos comuns entre si para que a interlocução possa fazer sentido e produzir algum efeito pretendido na sociedade. A partir disso, esses códigos são construídos em uma determinada perspectiva visando que a interação entre os indivíduos de determinado grupo social faça um mínimo de sentido. A linguagem produz e reproduz sentido aos fenômenos sociais, além de permitir a externalização da subjetividade dos indivíduos.

As interações que são baseadas em linguagem entre os indivíduos podem ser compreendidas pela intenção dos indivíduos de transmitir aos demais o que se pretende que faça sentido. Essa transmissão pode ser definida por meio da produção dos discursos que perpassam quaisquer esferas de atuação social por intermédio da linguagem. Todas as esferas e entidades sociais sejam elas o Estado, a Religião, a Ciência, a Economia, o Direito, Governos, Organizações não-governamentais e internacionais, grupos minoritários etc produzem discursos. Michel Foucault observa:

Suponho que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seus acontecimentos aleatórios, esquivar sua pesada e temível materialidade.¹⁸⁶

Como lembrou Foucault, apesar da produção de discurso se dar em todas as esferas sociais, os discursos produzidos não os são feitos de maneira indiscriminada. A própria sociedade cria mecanismos de produção dos discursos que os classifica de várias maneiras. Da mesma forma, a sociedade seleciona quais são os discursos que devem ser levados em consideração para um determinado fim e aqueles que devem cair no ostracismo. “Sabe-se bem que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa.”¹⁸⁷

Sem dúvida, o discurso é capaz de engendrar nas sociedades orientações de comportamento e introjeções ideológicas fortíssimas. Por isso, parece evidente que a produção de discursos está intimamente ligada à disputa de poder. Por intermédio dos tópicos anteriores, foi possível constatar, também, que os discursos assim como as vicissitudes sociais podem caminhar por diversos vieses, ora centralizando, ora descentralizando, ora construindo, ora desconstruindo. O fato é que mais importante do que o discurso que se produz, talvez sejam as objeções criadas pelo próprio discurso. Significa dizer que a todo discurso produzido

¹⁸⁶ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 2008. p. 8.

¹⁸⁷ Ibidem. p. 9.

corresponde uma série de objeções advindas do próprio discurso que legitimam ou deslegitimam situações. Sobre as relações de poder que permeiam os discursos, Foucault lembra:

Por mais que o discurso seja aparentemente bem pouca coisa, as interdições que o atingem revelam logo, rapidamente, sua ligação com o desejo e o poder. Nisto não há nada de espantoso, visto que o discurso – como a psicanálise mostrou – não é simplesmente aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é, também, aquilo que é o objeto do desejo; e visto que – isto a história não cessa de nos ensinar – o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar.¹⁸⁸

Nessa esteira, e como consequência inevitável, construiu-se a doutrina dos Direitos Humanos. Diz-se doutrina uma vez que os direitos humanos foram além do campo simplesmente ideal, pois foram transformados em conteúdos e compreensões de cunho altamente jurídico. As doutrinas, jurídicas ou não, possuem uma evidente pretensão de verdade, no sentido de Foucault, sem demonstração empírica. No âmbito jurídico, “a preocupação dos doutrinadores em legitimar seu saber é maior do que o compromisso com o conteúdo daquilo que sustentam”.¹⁸⁹ Essa pretensão de verdade que compõem os discursos e as doutrinas sejam lá quais forem as autoexplicações para a constituição dessa verdade consequentemente produzem também os discursos de inverdades.

Essa lógica dicotômica embasa um sistema de exclusão. A medida que os discursos, com vontade de verdade, são proferidos por instituições, eles são apoiados por um conjunto de práticas, de cunho oficial, que retroalimentam de formas ainda mais eficazes a sustentação desse discurso. Por consequência, o sistema de exclusões dos discursos provê o controle dos discursos que não devem ser replicados e esses passam a um status marginal nas relações sociais.

Ora, essa vontade de verdade, como os outros sistemas de exclusão, apóia-se sobre um suporte institucional: é ao mesmo tempo reforçada e reconduzida por todo um compacto conjunto de práticas como a pedagogia, é claro, como o sistema dos livros, da edição, das bibliotecas, como as sociedades de sábios outrora, os laboratórios hoje. Mas ela é também reconduzida, mais profundamente sem dúvida, pelo modo como o saber é aplicado em uma sociedade, como é valorizado, distribuído, repartido e de certo modo atribuído.¹⁹⁰

¹⁸⁸ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 2008. p. 10.

¹⁸⁹ LUPETTI BATISTA, Barbara. 2010 “A pesquisa empírica no Direito: obstáculos e contribuições”. Em, Kant de Lima, R., L. Eilbaum & L. Pires (orgs) *Conflitos, Direitos e Moralidades em Perspectiva Comparada* (volume II). Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2010. p. 136.

¹⁹⁰ FOUCAULT, op. Cit. p. 17.

O procedimento de se legalizar e dar juridicidade a um determinado padrão de comportamento ou condutas aceitas ou não para certo grupo de pessoas demanda dos juristas, pretensos especialistas na lei, a criação de um conjunto de parâmetros que visam auxiliar a produção jurídica e o entendimento coerente a respeito das leis. Aí estão os discursos jurídicos. Inescapavelmente, as doutrinas jurídicas representam discursos construídos para um fim específico. Não apenas isso, como dito acima, elas representam uma forma, em grande parte eficaz, de deslegitimação de compreensões e condutas parciais ou totalmente opostas.

No caso dos Direitos Humanos deve-se basear a discussão no discurso contemporâneo de que esses direitos possuem quatro características indefectíveis e inseparáveis de sua análise, isto é, os Direitos Humanos contemporâneos são 1) inerentes à condição de pessoa humana, 2) é universal, 3) indivisível e interdependente 4) e transnacional, como lembra Carlos Weis¹⁹¹. O autor explica as quatro características: “os direitos humanos são inerentes a cada pessoa, pelo simples fato de existir”¹⁹²; “a concepção universal (...) decorre da idéia de inerência, a significar que estes direitos pertencem a todos os membros da espécie humana, sem qualquer distinção fundada em atributos inerentes ao ser humano ”¹⁹³; sobre a indivisibilidade “se está a dizer que não existe meio-termo: só há vida verdadeiramente digna se todos os direitos previstos no Direito Internacional dos Direitos Humanos estiverem sendo respeitados, sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais”¹⁹⁴; “a interdependência diz respeito aos direitos humanos considerados em espécie, ao se entender que um certo direito não alcança a eficácia plena sem a realização simultânea de alguns ou de todos os outros direitos humanos”¹⁹⁵. Por fim, para ele, a transnacionalidade está ligada a idéia de que o indivíduo terá seus direitos humanos respeitados em quaisquer Estados, independentemente de seu reconhecimento pela cidadania ou nacionalidade.¹⁹⁶

Dessa maneira, para o tema proposto, a característica atribuída aos direitos humanos que mais interessa analisar é a universalidade. Como lembra Antônio Augusto Cançado Trindade, “o tema da universalidade dos direitos humanos e dos ‘particularismos’ culturais tem sido objeto de debates prolongados e inconclusos nos foros internacionais (tanto acadêmicos como

¹⁹¹ WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 108.

¹⁹² Ibidem. p. 109.

¹⁹³ Ibidem. p. 112.

¹⁹⁴ Ibidem. p. 118.

¹⁹⁵ Ibidem. p. 118.

¹⁹⁶ Ibidem. p. 121.

políticos)”.¹⁹⁷ Como se verá adiante, o equacionamento desse conflito no plano doutrinário não é possível.

Pode-se mesmo dizer que o embate criado a respeito da concepção dos Direitos Humanos como direitos universais não é de longa data. Segundo Flávia Piovesan, “o processo de universalização dos direitos humanos permitiu, por sua vez, a formação de um sistema normativo internacional de proteção a esses direitos”¹⁹⁸. Continua explicando a autora que

“como marco do processo de internacionalização dos direitos humanos, a Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos (...) a declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais (...) a universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência de determinada raça.”¹⁹⁹

Apesar da imensa importância contitudinal que tem a Declaração de 1948 e da amplitude formal em termos de fundação do argumento universalista, é curioso notar que os próprios autores da Declaração de 1948 rejeitavam a possibilidade de existir uma gama de direitos humanos universais, válidos, que fossem independentes de sua contemplação nas Constituições dos diferentes Estados.²⁰⁰

O Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos. Como se verá, para que os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi para que se tornasse verdadeiro sujeito de Direito Internacional.²⁰¹

Contudo, a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial.²⁰²

¹⁹⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*, volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 303.

¹⁹⁸ 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. 48.

¹⁹⁹ Ibidem. p. 49.

²⁰⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 236.

²⁰¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 115.

²⁰² Ibidem. p. 121.

No momento em que os seres humanos tornam-se supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos Direitos Humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral.²⁰³

Nesse contexto é que “[...] Direitos humanos seriam, assim, princípios que perpassem diferentes culturas, mas somente poderiam ser considerados como direitos, na medida em que fossem incorporados pelos sistemas jurídicos nacionais.”²⁰⁴ Não apenas isso, mas ainda se efetivou a idéia de que “todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, no qual os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si.”²⁰⁵

A característica universal desses direitos também é discutida por Paulo Hamilton Siqueira Jr., que diz que “os direitos humanos são aqueles válidos para todos os povos, em todas as épocas, se constituindo daquelas cláusulas mínimas que o homem deve possuir em face da sociedade em que está inserido”²⁰⁶. Percebe-se que a concepção de universalidade está intimamente ligada à ideia de inerência, pois à medida que tais direitos superam barreiras socialmente postas, são considerados também como provenientes de uma condição própria do ser. Atribui-se, então, a ideia de naturalidade a tais direitos colocando-os como “inerentes à pessoa humana e anteriores ao direito positivo (...) são inerentes ao homem independentemente da vida social”²⁰⁷.

Assim, o universal assim o é porque assentou sobre a totalidade dos seres humanos um tratamento baseado em critérios igualitários, independentemente das suas diferenciações de caráter biológico-natural, cultural-ideal e econômico-material.²⁰⁸

²⁰³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 122.

²⁰⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 237.

²⁰⁵ PIOVESAN, op. Cit. p. 147.

²⁰⁶ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direitos humanos e Cidadania*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 47.

²⁰⁷ Ibidem. p. 48.

²⁰⁸ MONDAINI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 12.

Percebe-se que a pretensa universalidade e inerência das normas de Direitos Humanos colidem frontalmente com a perspectiva da tomada de consciência de cada cultura, de forma particular, na inserção do bojo normativo internacional. O debate transcende a área de atuação do conhecimento puramente jurídico, demonstrando a necessidade de se trazer à discussão o arcabouço teórico da Sociologia e da Antropologia. Essa discussão será apurada no próximo capítulo.

A universalidade dos direitos humanos atribuída pelos principais pensadores e defensores da ideia enfrenta uma evidente oposição teórica e empírica na generalização dos preceitos de direitos fundamentais ambientados internacionalmente. Cançado Trindade lembra que “uma das questões centrais dos debates da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993) [...] foi a suposta contraposição dos chamados ‘particularismos’ culturais à universalidade dos direitos humanos”²⁰⁹. O debate entre universalistas e relativistas coloca uma questão substancial à reflexão acerca de direitos humanos na medida em que questiona se tais normas poderiam ter um significado universal ou deveriam ser submetidas às raízes culturais de determinado povo, país ou região²¹⁰.

Em certa medida, pode-se definir essa questão nas considerações de Siqueira Jr.:

Para o jusnaturalismo, os direitos humanos são inerentes, inatos, ou seja, direitos naturais da pessoa humana. São direitos anteriores e se sobrepõem ao próprio direito positivo. Para o culturalismo, os direitos humanos encontram sua fundamentação no prisma histórico-axiológico, surgindo assim dos valores consagrados pela humanidade. Esses axiomas foram nascendo e se sedimentando por intermédio da luta histórica dos mais variados povos, fazendo despertar na consciência coletiva um rol básico de direitos.²¹¹

É importante ressaltar que não há qualquer discussão acerca do fato de serem os Direitos Humanos universalistas ou não. Há, claramente, uma definição sobre a universalidade desses direitos baseadas em expressões utilizadas corriqueiramente nos documentos internacionais, como, por exemplo, “todas as pessoas” ou “ninguém”. Logo, o que se busca entender não é propriamente a universalidade desses direitos, mas o entrave que se cria a partir do momento em que a comunidade internacional toma tal aspecto como dado e o tenta aplicar aos mais

²⁰⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*, volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 304.

²¹⁰ 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. 58.

²¹¹ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direitos humanos e Cidadania*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 56.

variados casos, de forma a se conceber a inexistência de quaisquer barreiras alguma ordem para tanto. Mas uma questão que se pode fazer é:

Mas quem autoriza o discurso do universal? Os direitos humanos universais superam divergências morais ou são eles uma faceta do conflito? São eles uma “regra de julgamento” que pode reconciliar os diferendos, na terminologia de Lyotard, ou são eles um diferendo a mais no conflito?²¹²

O fato é que, conforme visto, o discurso da universalidade encontrou respaldo entre as cabeças pensantes dos Direitos Humanos na medida em que foi possível opô-lo de forma quase que cogente e irrefletida. Porém, uma série de acontecimentos puseram a reflexão sobre a realidade dessa universalidade. Seriam as normas e os Direitos Humanos, de fato, universais ou esse discurso serviria apenas aos interesses de quem o produz?

Pontua Cançado Trindade que “a diversidade cultural, bem entendida, não se configura, pois, como um obstáculo à universalidade dos direitos humanos”²¹³. Continua o autor explicitando o que seria um dos pontos de maior defesa à universalidade dos direitos humanos, dizendo que “do mesmo modo, afigura-se-nos insustentável evocar tradições culturais para acobertar ou tentar justificar, violações dos direitos humanos universais.”²¹⁴. Ainda nessa linha de visão, sustenta que “na relação indivíduo-sociedade, sempre se verificou a existência de normas que garantissem os aludidos direitos em face da sociedade ou do Estado em que está inserido o indivíduo”²¹⁵. Como exemplo de sustentação dessa universalidade, alguns autores como o supracitado defendem a ideia de que a Declaração Universal de 1948 conseguiu lograr uma dimensão de universalidade que a tornou aceita por todos os seres humanos de todas civilizações e culturas²¹⁶.

Assim sendo, o impulso universalizador ganhou amplitude com o processo de globalização moderna. Exauridas as teorias ilustres, após o colapso do comunismo, tornou-se mais relevante a busca por elementos como a certeza moral e a segurança existencial. Os antigos fundamentos, o bem, Deus, o homem transcendental ou a humanidade abstrata,

²¹² DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 143.

²¹³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*, volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 305.

²¹⁴ Ibidem. p. 305.

²¹⁵ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direitos humanos e Cidadania*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 51.

²¹⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*, volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 305.

perderam o poder de determinar a aceitação. “A condição pós-moderna busca fundações que não pareçam fundacionais.”²¹⁷

Logo, resta claro a conflitualidade acerca desse embate universalidade *versus* culturalidade. Ponto importantíssimo na análise desse tema é, portanto, a cultura. Ora, levar em consideração que existem direitos humanos universais é considerar que todas as culturas partilham de valores mínimos que compõem o ethos humano. Contudo, é preciso relevar que mesmo que seja possível constatar nas muitas manifestações culturais definições particulares de valores mais importantes que os demais, é próprio da cultura ocidental os abordarem como universais. “A questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental.”²¹⁸

Nessa relação entre direitos humanos e Direito Natural, é digno de ponderação que a primeira expressão admitiu uma multiplicidade de usos. Essa proximidade gerou, certamente, uma confusão acerca da utilização da expressão direitos humanos e direitos naturais. Vários autores utilizaram esses termos como sinonímia, isto é, utilizaram a expressão “direitos humanos” como sinônimo de “direitos naturais”, sendo que aqueles seriam a versão moderna destes.²¹⁹ Ressalte-se, ainda, que outros autores empregaram a expressão “direitos humanos” como o conjunto de direitos que assim se encontram definidos nos textos internacionais e legais, ressaltando que nada impedia que “novos direitos sejam [fossem] consagrados no futuro”²²⁰. O fato é que a multiplicidade dos usos da expressão que se tem notícia na história deixa clara a falta de fundamentos comuns que possam sustentar a ideia universalizante de seu significado e, conseqüentemente, o problema da sua prática.

Nesse sentido é que a afirmação de que alguns princípios sólidos, aparentemente aceitáveis e isentos de controvérsias, é o pano de fundo para as crenças, sistemas de valores e emoções complexos e contraditórios de uma sociedade contemporânea ou de um sistema jurídico, “é empiricamente improvável e teoricamente absurda”. Esta suposição tem como cerne a ideia de que todas as sociedades consentiram e aprovaram, de alguma maneira, as

²¹⁷ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 253.

²¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 251.

²¹⁹ FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1989, p.198. ROMMEN, Heinrich A. *The State in Catholic Thought*. St. Louis, B. Herder Book, Co, 1955, p. 624. MARITAIN, Jacques. *Les Droits de L'Homme et la Loi Naturel*. Paris: Paul Hartmann Éditeur, 1947.

²²⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997. p.5.

prioridades liberais e seguem rumo à homogeneidade cultural e moral. Mas “sociólogos, economistas e historiadores culturais nos dizem que as sociedades estão se tornando mais diversas, abertas e conflitantes.”²²¹

Para Boaventura:

Tudo leva a crer que a universalidade sociológica da questão da universalidade dos direitos humanos se tenha sobreposto à sua universalidade filosófica. A marca ocidental, ou melhor, a marca ocidental liberal do discurso dominante dos direitos humanos pode ser facilmente identificada: na Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo;[...]²²²

O fato é que a história recente dos Direitos Humanos está cheia de exemplos que conduzem a uma consideração bastante mais profunda sobre a legitimidade do caráter universal. Nesse sentido, Douzinas aponta que:

Contam-nos que a nova ordem mundial (final do século XX) fundamenta-se no respeito aos direitos humanos, que padrões morais universais foram estipulados e aceitos pela comunidade internacional e que tribunais legais e diretorias morais foram criados para navegar entre alegações morais conflitantes. Pode-se desconfiar ligeiramente da probidade moral do Conselho de Segurança da ONU, que inclui um Estado que, apenas alguns anos atrás, chacinou seus próprios estudantes manifestantes (China), ou outro que ratificou o menor número de tratados de direitos humanos e votou contra a criação de um novo e permanente Tribunal para Crimes de Guerra (EUA). Essas questões agravam-se ainda mais quando nos damos conta de que os Estados Unidos e a Grã-Bretanha foram adiante com o bombardeio do Iraque, em 1998, e da Sérvia, em 1999, sem a autorização do Conselho de Segurança, a única entidade encarregada de ordenar ações militares em defesa da paz e da segurança internacional.²²³

Como forma de superar a disposição conflitual que envolve o universalismo, Boaventura sugere que “é precisamente no campo dos Direitos Humanos que a cultura ocidental tem que aprender com o Sul para que a falsa universalidade atribuída aos Direitos Humanos no contexto imperial seja convertida numa nova universalidade, construída a partir de baixo”²²⁴. Segundo o autor, o modo como o universalismo é construído na comunidade internacional atualmente não é o melhor, nem a forma mais indicada para superação dos percalços que a diversidade cultural, certamente, fará incidir.

²²¹ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 258.

²²² SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 15.

²²³ DOUZINAS, op. Cit. p. 142.

²²⁴ SANTOS, op. Cit. p. 266.

O fato é que a visão jurídica, isto é, a doutrina dos direitos humanos, não é capaz de resolver esse problema, assim como outros tantos, quando se alia à teoria da universalidade com a sua observação e/ou aplicação prática. Ambos os argumentos parecem servir aos dois lados opostos sendo plenamente possível que suas posições sejam invertidas como justificativas de determinados atos. Na prática atual, seja sob uma perspectiva universalista, seja sob uma perspectiva particularista ou relativista da cultura, no plano internacional, tudo é feito em nome dos Direitos Humanos. “Deus pode ter morrido, de acordo com Nietzsche, mas pelo menos temos o Direito Internacional”.²²⁵

Uma visão mais concreta acerca desse conflito é apresentada por Costas Douzinas, levando em consideração recentes conflitos bélicos no quais ambos os lados do conflito evocaram a linguagem dos Direitos Humanos:

Sérvios massacrados em nome de uma comunidade ameaçada, enquanto os aliados bombardeavam em nome da humanidade ameaçada. Os dois princípios (universalismo e relativismo), quando se tornam essências absolutas e definem o significado e o calor de uma cultura sem um resto ou uma exceção, podem julgar tudo o que resista a eles dispensável. [...] O universalista alega que todo valor cultural e, em particular, todas as normas morais não são históricas e territorialmente limitados, mas devem submeter-se a um teste de consistência universal. Em consequência, julgamentos que derivam sua força e legitimidade a partir de condições locais são moralmente suspeitos. Mas, como toda vida é situada, um julgamento “desobstruído” com base exclusivamente em protocolos da razão vai contra os princípios da experiência humana, a menos é claro que o universalismo e suas demandas procedurais tenham se tornado a tradição cultural de algum lugar. Os EUA seriam um candidato de primeira; mas até mesmo os norte-americanos liberais teimosos não podem reivindicar isso para seu país, uma vez que morrem nas mãos de seus legítimos compatriotas armados, um bom exemplo da natureza homicida de um relativismo cultural que transformou a posse de armas no direito mais sacrossanto e na mais vívida expressão do paroquialismo norte-americano.²²⁶

Em termos práticos, o que se pode perceber é que o discurso universalista funciona como bibelô ideológico coordenado com o momento e espaço mais propício para que seja usado. Além disso, o universalismo é discurso padrão normalmente utilizado por aqueles que detêm a palavra no discurso maior, ou seja, as grandes potências. O fato é que direitos positivados universais preenchem “a lacuna entre a realidade empírica e a ideal deixada aberta pela separação francesa entre homem e cidadão, apesar de seus problemas evidentes.”²²⁷ Embutido no universalismo vem a opção pelo não, que quer dizer a aderência ao relativismo. Isso não é apenas uma hipocrisia do poder. Por isso é que uma reivindicação de

²²⁵ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 27.

²²⁶ Ibidem. p. 148.

²²⁷ Ibidem. p. 129.

universalidade pode ser feita se uma potência não está sob o guarda-chuva desse discurso, sendo ela capaz de definir seu teor, isto é, para usar Foucault, tem a legitimidade para proferir aquele conteúdo. Na ordem moderna antiga, a França era um ótimo exemplo; na nova ordem mundial, esse papel fica com os Estados Unidos.²²⁸

Entretanto, ao analisar a empiria da universalidade, pode-se concluir que ela não é um princípio normativo. Aliás, é uma questão matemática bem simples. Pode ser definida simplesmente por meio da contagem de quantos Estados adotaram tratados, ou quantos fizeram reservas ou derrogações nas obrigações dos tratados. De ideal nobre, porém impossível, a universalidade normativa transforma-se em um menor denominador comum dos interesses e rivalidades dos Estados, quando ela própria torna-se uma globalização calculável. “A comunidade dos direitos humanos é universal, porém imaginária; a humanidade universal não existe empiricamente e não pode atuar como um princípio transcendental filosoficamente.”²²⁹

Ainda lembrando a correlação entre o natural e a ideologia da universalidade, conclui-se, como Douzinas, que o mais fraco dos naturalismos não possui persuasão suficiente contra a afirmação pragmática de que “a natureza humana é maleável, é um produto de fatores culturais historicamente contingentes e não pode oferecer nenhum conhecimento moralmente relevante.”²³⁰ Douzinas ainda coloca que “[...] a universalidade torna-se um horizonte continuamente retrocedente, resultado da expansão de uma cadeia indefinida de demandas particulares.”²³¹

Bauman afirma que há uma evidente ausência de soberania realmente universal das agências e agentes que promovem o universalismo. Com isso, o retrato da universalidade “realmente existente” inclina-se a parar na fronteira do Estado. O discurso universalista pode transformar-se em apenas um tipo de poder voltado para identificar o tipo humano como um todo com a população sujeita a seu presente de regra prospectiva.²³²

Nesse sentido é que a segunda metade do século XX é um excelente exemplo para tanto. As campanhas de extermínio e genocídio ocorridos nesse período evidenciaram que a admissão formal dos seres humanos ao discurso da dignidade humana não é definitiva,

²²⁸ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 134.

²²⁹ Ibidem. p. 129.

²³⁰ Ibidem. p. 253.

²³¹ Ibidem. p. 263.

²³² BAUMAN, Zygmunt. *Postmodem Ethics*, Oxford: Backwell, 1993, p. 41.

indelével ou inapagável. Mesmo com a garantia doutrinária da universalidade, alemães, cambojanos, ruandeses e sérvios foram reduzidos à condição de seres inferiores e perigosos para aqueles que podiam ser considerados completamente humanos. Revestidos sob a couraça de parasitas não-humanos, os seus extermínios foram encarados como uma saída natural. Diante desses acontecimentos, pode-se concluir que o reconhecimento da humanidade nunca é garantido a todos de forma integral. E a questão não é apenas de relacionar os seres humanos aos seus “direitos inerentes”, mas perceber que os direitos constroem o humano e que essa construção não obedece a única orientação, ela é tão variada quanto são variados as tonalidades e os tipos humanos.²³³

O exame dos “Direitos Humanos” quando embebidos do discurso universalista funcionam como um discurso que, ao “intervir em crises e a classificar comportamentos coletividades (grupos socialmente diferenciados, minorias étnicas e inclusive Estados-Nações), pode, potencialmente, levar-nos a desvendar quais mecanismos de (re)produção do poder estão sendo subsumidos por esses discurso no presente.”²³⁴

Ribeiro chama a atenção para a tentativa de se evitar a aceitação acrítica de um universalismo. Para isso ele propõe a construção de um universalismo heteroglóssico que consiste na convivência com cosmopolíticas diferenciadas e compreensão da diversidade cultural sem fazer vista grossa às violências ilegítimas onde quer que ocorram.²³⁵

Não se pode negar que há no discurso universalista uma pretensão de verdade. E como lembra Foucault, “essa vontade de verdade quando apoiada sobre um suporte e uma distribuição institucional inclina-se a exercer sobre os outros discursos [...] uma espécie de pressão e como que um poder de coerção.” Além disso, quase sempre há um embasamento que é pretensamente legítimo no qual, segundo Foucault, a literatura ocidental, durante séculos, precisou buscar apoio “no natural, no verossímil, na sinceridade, na ciência também – em suma, no discurso verdadeiro”.²³⁶

Douzinas observa que

²³³ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 376.

²³⁴ RIBEIRO, Gustavo Lins. “Cultura, direitos humanos e poder. Mais além do império e dos humanos direitos. Por um universalismo heteroglóssico”. In: FONSECA, Claudia., TERTO JR, Veriano., e ALVES, Caleb Faria et al. *Antropologia, diversidade e direitos humanos: Diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 31.

²³⁵ Ibidem. p. 48.

²³⁶ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 2008. p. 18.

A natureza contraintuitiva do universalismo pode levar seu proponente ao extremo individualismo: somente eu mesmo, na qualidade de verdadeiro agente moral ou aliança ética ou representante do universal, posso compreender o que a moralidade requer. Egoísmo moral facilmente conduz à arrogância, e universalismo a imperialismo: se existe uma verdade moral, mas muitos erros, é incumbência de seus agentes impô-la a outros. O que começou como rebelião contra os absurdos do localismo acaba por legitimar a opressão e a dominação.²³⁷

Portanto, constata-se uma perceptível e incômoda situação de oposição de pensamentos que será mais bem refletida no próximo capítulo. O que está evidente é que o discurso universalista puro não serve ao estabelecimento minimamente seguro e não instável dos Direitos Humanos. O desenvolvimento dos Direitos Humanos e sua efetiva proteção, tanto por parte dos Estados Nacionais como por parte da comunidade internacional, necessita, antes, de algumas respostas que são imprescindíveis à aderência e eficácia de tal política. “Afinal, quantas vezes em nome da democracia e da liberdade não se implantaram sistemas autoritários ou foram feitas intervenções imperialistas violentas? Quantas vezes em nome de concepções universais de direitos humanos os mesmos não foram violados?”²³⁸

²³⁷ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 148.

²³⁸ RIBEIRO, Gustavo Lins. “Cultura, direitos humanos e poder. Mais além do império e dos humanos direitos. Por um universalismo heteroglóssico”. In: FONSECA, Claudia., TERTO JR, Veriano., e ALVES, Caleb Faria et al. *Antropologia, diversidade e direitos humanos: Diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 38.

2. Uma visão antropológica de uma categoria chamada Direitos Humanos

O campo de pesquisa possível sobre o tema que se apresentou no capítulo anterior é bastante rico em análises não apenas de cunho jurídico. De fato, examinar alguns dos fatos narrados sob um prisma único do Direito, certamente, acarretará em uma visão estrita e incompleta. Além disso, os conflitos que sempre se apresentam de cunho jurídico, apresentam indefectivelmente conflitos de naturezas outras como pano de fundo. Assim, a abordagem estritamente jurídica torna-se contraprodutiva levando a conclusões escatológicas.

O exame de um fato social²³⁹ sob a batuta unicamente do Direito corresponde à situação de um sujeito com problema de miopia ao tentar tomar uma condução pública para um lugar desejado, sem utilizar seus óculos de grau. A visão do sujeito por si só tem alcance limitado. Não é possível desvendar com concretude segura se, realmente, a condução que se avizinha é a que poderá levá-lo ao lugar desejado. Nessa situação, ao sujeito que pretende tomar a condução correta lhe cabem duas opções: ou ele auxilia-se de outrem que se encontre por perto ou recoloca seus óculos que lhe permitirão uma visão correta. Em termos concretos, sem os óculos o sujeito enxerga, porém com acuidade menor. Não significa que não consiga apreender o mundo externo ou que sua visão seja errada. Sim, ele enxerga o veículo que se aproxima mas não é capaz de distinguir para qual direção ele irá levá-lo. Da mesma maneira são os fatos sociais observados sob a perspectiva única do mundo jurídico ou de qualquer outra área de conhecimento isolada. É uma percepção inadequada e insegura.

“O Direito é por demais hermético, daí a dificuldade de reconhecer e legitimar outros campos do conhecimento, mesmo sendo cediço o fato de se tratar, o Direito, de uma disciplina que não pode se compreender a partir de sua própria estrutura, lógica e sistemática interna.”²⁴⁰ Por isso, para ajudar na reflexão deste estudo a Antropologia tem lugar cativo. Bem se sabe que o conhecimento antropológico é eminentemente produzido por pesquisa empírica. Para tanto servirá o capítulo final deste trabalho no qual se analisarão dois casos que versam sobre direitos humanos e que foram julgados por Cortes Internacionais a partir de promoções de agentes sociais. Isto é, quais são os discursos dos agentes envolvidos no

²³⁹ Fato social é utilizado à maneira de Durkheim. Para ele, “ Fato social é toda maneira de fazer, fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior, ou então que é geral em toda extensão de uma dada sociedade, embora tenha existência própria, independente das suas manifestações individuais.” DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 23.

²⁴⁰ LUPETTI BATISTA, Barbara. 2010 “A pesquisa empírica no Direito: obstáculos e contribuições”. Em, Kant de Lima, R., L. Eilbaum & L. Pires (orgs) *Conflitos, Direitos e Moralidades em Perspectiva Comparada* (volume II). Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2010. p. 131.

conflito? Quais as suas motivações e como esses casos são percebidos nos contextos inseridos?

Há quem defenda que

a leitura antropológica dos direitos humanos não consegue ler na evidência empírica a possível existência de valores humanos universais, pois existe pluralidade de manifestações culturais, quando, na verdade, essas manifestações culturais expressam de forma diferente o mesmo conjunto mínimo de valores humanos. Verificamos, assim, que não se encontra uma mesma resposta sobre a natureza dos direitos humanos, quando ficamos prisioneiros da experiência cultural e particular de cada povo. Trata-se de uma questão que deverá ser solucionada no plano propriamente da reflexão filosófica e não no terreno da pesquisa social empírica, onde casos particulares per se não confirmam, nem desmentem, a possibilidade ou não da universalidade de valores e normas.²⁴¹

É claro que críticas como essas carecem de um aprofundamento acerca do que vem a ser a abordagem antropológica no Direito. Além disso, não se pode negar que ainda que o conhecimento interdisciplinar seja perseguido, cada área do conhecimento tem seus objetos específicos de estudo. A cultura é eminentemente das Ciências Sociais, Antropologia e Sociologia e, justamente por isso, é que é útil ao Direito o diálogo com essa maneira diferente de abordagem da realidade. Mas para que esse diálogo ocorra de forma saudável e proveitosa, é imperioso que ambas as áreas conheçam as suas premissas e as do outro.

Cabe ressaltar que “embora o Direito seja um campo demasiado hermético, a interdisciplinaridade na pesquisa jurídica vem ganhando espaço [...]”.²⁴² Assim, muito embora o Direito se utilize de um processo de “encasulamento” de suas práticas e teorias, o assunto Direitos Humanos pela sua complexidade e história pertence a outros vários campos do conhecimento. O papel da Antropologia no exame dos Direitos Humanos é essencial, pois ela mesma dota àquele que a observa de uma visão mais questionadora das práticas que são construídas apenas em nível de doutrina.

Luís Eduardo Soares revela duas leituras que convivem paradoxalmente quando os antropólogos pensam os Direitos Humanos. A primeira delas é que esses direitos, para os antropólogos contemporâneos, representam a expressão etnocêntrica das intenções hegemônicas de formações culturais específicas sustentadas em instituições, Estados e alguns outros aparatos de poder. A segunda delas é que, da mesma forma para os antropólogos, os

²⁴¹ BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 242.

²⁴² LUPETTI BATISTA, Bárbara. 2010 “A pesquisa empírica no Direito: obstáculos e contribuições”. Em, Kant de Lima, R., L. Eilbaum & L. Pires (orgs) *Conflitos, Direitos e Moralidades em Perspectiva Comparada* (volume II). Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2010. pp. 127-128.

Direitos Humanos constituem instrumento indispensável de luta política democrática e constituem um momento especialmente significativo do processo civilizatório.²⁴³

A questão é que, conforme lembram Bourdieu, Chamboredon e Passeron, “toda operação, por mais rotineira e rotinizada que seja, deve ser repensada, tanto em si mesma quanto em função do caso particular”.²⁴⁴ Nesse sentido é que o enorme abismo que existe entre o discurso dogmático e a realidade empírica precisa ser evidenciado e delineado. Esse abismo advém da ideia intrínseca que carrega o Direito e que o liga inegociavelmente ao modal deontico da realidade, ou seja, o dever-ser, abstendo-se, em princípio, de qualquer preocupação com a realidade.²⁴⁵

É importante, então, lembrar que a caracterização da Antropologia se dá a partir do foco na tensão entre duas dimensões do pensamento contraintuitivo. Essas duas dimensões podem ser definidas como material e a simbólica. Esta apresenta grande significação para alcançar o objeto da pesquisa. “Em uma palavra, o ofício do antropólogo teria como principal característica a capacidade de desvendar ou de interpretar evidências simbólicas.”²⁴⁶

As normas de direitos humanos, assim como as demais normas, são dirigidas às pessoas. No caso específico dos Direitos Humanos, o raciocínio não foge à lógica. Cabe ressaltar, porém, que as normas de direitos humanos pressupõem em sua cognição um alto grau de socialização dos sujeitos a quem são destinados, ou melhor, um certo tipo de socialização. Leia-se socialização não no sentido absoluto, mas relativo, isto é, no sentido de que as sociedades a que pretensamente são orientadas as normas compartilhem aquele grau de socialização exposto nas Declarações, Protocolos, Convenções e Pactos. Tudo sem esquecer a ideia de que “Direitos são instrumentos e estratégias para definir o significado e os poderes da humanidade.”²⁴⁷

Obviamente, as várias sociedades que existem no mundo não têm constituições iguais. Elas se organizam de maneiras diferentes, professam crenças variadas, estipulam seus valores

²⁴³ SOARES, Luiz Eduardo. Algumas palavras sobre direitos humanos e antropologia. In: NOVAES, Regina Reyes; LIMA, Roberto Kant de (Org.). *Antropologia e direitos humanos*. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2001. pp. 47-79.

²⁴⁴ BOURDIEU, P.; CHAMBOREDON, J.-C., PASSERON, J.-C. *Ofício de sociólogo: metodologia da pesquisa na sociologia*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 18.

²⁴⁵ LUPETTI BATISTA, Barbara. 2010 “A pesquisa empírica no Direito: obstáculos e contribuições”. Em, Kant de Lima, R., L. Eilbaum & L. Pires (orgs) *Conflitos, Direitos e Moralidades em Perspectiva Comparada* (volume II). Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2010. p. 130.

²⁴⁶ CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. O Ofício do Antropólogo, ou Como Desvendar Evidências Simbólicas. *Anuário Antropológico/2006*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008. p. 15.

²⁴⁷ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 16.

mais caros, criam leis sobre o que lhes são mais relevantes. Por mais similares que sejam em vários aspectos de suas constituições, as sociedades continuam detentoras de um elemento que as identifica e as distingue perante as demais: a cultura. Nem mesmo em termos de nacionalidade pode-se definir igualdade entre as pessoas e sociedades. A cultura não obedece à lógica das fronteiras nacionais.

Em termos de lógica da disciplina, é interessante notar que, durante grande período de tempo, o Direito ocupou-se quase que exclusivamente com o conhecimento dogmático. “A dogmática faz parecer que o objeto de estudo não é real; parece que o saber que você busca está em outro lugar; superior; ideal e inacessível; o que nos faz pensar que o próprio Direito se coloca nesse patamar de certa forma impalpável; exclusivo; não pragmático.”²⁴⁸ Afortunadamente, o panorama parece que tem mudado nas últimas décadas.

Embora compreendido amiúde que o conhecimento jurídico não é científico, é dogmático²⁴⁹, é possível observar uma mudança constante na maneira de encarar o universo jurídico. Tanto na academia como na própria prática forense, a necessidade por aperfeiçoar o sistema que, especialmente, no caso brasileiro parece fadado ao insucesso, tem trazido à tona uma versão mais contestadora e questionadora do Direito. Parece que, gradativamente, tem-se entendido que a dogmática serve apenas para manter o famoso *status quo*. Ir além da dogmática, isto é, desvincilhar-se das amarras dos pressupostos de *opinio* e preocupar-se mais com o que a empiria pode proporcionar como meio de aproximação do Direito formal e da realidade, significa sair do determinismo jurídico, mudar as possibilidades e produzir resultados inéditos.

Portanto:

apenas a *distância* em relação a nossa sociedade (mas uma distância que faz com que nos tomemos extremamente próximos daquilo que é longínquo) nos permite fazer esta descoberta: aquilo que tomávamos por natural em nós mesmos é, de fato, cultural; aquilo que era evidente é infinitamente problemático. Disso decorre a necessidade, na formação antropológica, daquilo que não hesitarei em chamar de “estranhamento” (*depaysement*), a perplexidade provocada pelo encontro das culturas que são para nós as mais distantes, e cujo encontro vai levar a uma modificação do

²⁴⁸ LUPETTI BATISTA, Bárbara. 2010 “A pesquisa empírica no Direito: obstáculos e contribuições”. Em, Kant de Lima, R., L. Eilbaum & L. Pires (orgs) *Conflitos, Direitos e Moralidades em Perspectiva Comparada* (volume II). Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2010. p. 134.

²⁴⁹ BERMAN, H. J. *La formación de La tradición jurídica de occidente*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 18.

olhar que se tinha sobre si mesmo. De fato, presos a uma única cultura, somos não apenas cegos a dos outros, mas míopes quando se trata da nossa.²⁵⁰

Assim, o papel da antropologia no campo intelectual e político dos direitos humanos consiste em “interpretar e orquestrar uma multiplicidade de pontos de vista culturalmente diferenciados e propugnar por uma comunidade argumentativa democrática na qual todos tenham o mesmo poder de fala com a sua capacidade de identificar.”²⁵¹ Além disso, deve-se esclarecer que “a antropologia é uma disciplina voltada para a compreensão do Outro, seja ele uma sociedade diferente ou um grupo social distante do pesquisador”.²⁵²

Um ponto importante consiste na diferenciação do foco entre as duas disciplinas, Antropologia e Direito. A primeira enfoca a “elucidação do caso ou situação pesquisada para ampliar o horizonte compreensivo do intérprete (e da disciplina), procurando levar em conta todas as visões e opiniões enunciadas no processo”. Por outro lado, “o Direito dá precedência à resolução dos conflitos examinados ou à produção de um desfecho institucionalmente balizado para os mesmos. O foco na compreensão num caso é substituído pelo foco na decisão no outro.”²⁵³

É por isso que a compreensão dos fenômenos que circundam os Direitos Humanos são caros à Antropologia do Direito, uma vez que ela se ocupa com as formas reconhecidas pelos atores como formas indicadas ou adequadas para orientar os conflitos, bem como com os procedimentos sociais que contornam disputas e os adotados na busca de dar efetividade aos direitos e interesses.²⁵⁴

O objetivo deste capítulo, portanto, é analisar a problemática jurídica de aplicação das normas de Direitos Humanos que se presumem universais por força do discurso jurídico frente às particularidades culturais que se apresentam como um obstáculo à constituição dessa pretensa universalidade. Isso se fará à luz de alguns conceitos e metodologia da Antropologia.

²⁵⁰ LAPLANTINE, François. *Aprender Antropologia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987. p. 21.

²⁵¹ RIBEIRO, Gustavo Lins. “Cultura, direitos humanos e poder. Mais além do império e dos humanos direitos. Por um universalismo heteroglóssico”. In: FONSECA, Claudia., TERTO JR, Veriano., e ALVES, Caleb Faria et al. *Antropologia, diversidade e direitos humanos: Diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 48.

²⁵² CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. O Ofício do Antropólogo, ou Como Desvendar Evidências Simbólicas. *Anuário Antropológico/2006*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008. p. 14.

²⁵³ CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. A Dimensão Simbólica dos Direitos e a Análise de Conflitos. Trabalho apresentado na mesa-redonda *Antropologia do Direito no Brasil: campo e perspectivas*, realizada durante o *I Encontro Nacional de Antropologia do Direito, na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas na Universidade de São Paulo*, nos dias 20 e 21 de agosto de 2009. p. 4

²⁵⁴ *Ibidem*. p. 6.

2.1 – O plano cultural e a doutrina dos Direitos Humanos

Aos gurus da Índia. Aos judeus da Palestina. Aos índios da América Latina. E aos brancos da África do Sul. O mundo é azul. Qual é a cor do amor? O meu sangue é negro, branco, amarelo e vermelho.

Cazuza / Rogério Meanda

Cultura é uma expressão que possui variadas acepções. Ela pode ter vários significados e designar muitas coisas diferentes, permitindo compreensões infinitas. Entre o final do século XVIII e o início do XIX, usava-se um termo para designar todos os aspectos espirituais de uma comunidade, era o termo germânico *Kultur*. Havia também a palavra francesa *Civilization* que designava, especialmente, as realizações materiais de um povo.²⁵⁵

Edward Tylor, a partir do vocábulo inglês “Culture”, definiu cultura “tomado em seu amplo sentido etnográfico é este todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade”²⁵⁶. A definição de Tylor demarcou claramente a separação que começaria a se tornar definitiva entre a cultura e o biológico. Anteriormente a esse período, a cultura esteve atrelada à ideia biológica, isto é, à ideia de aquisição inata, orientada por estruturas biológicas. Com esse novo conceito de cultura, a ideia ficou diretamente ligada ao caráter de aprendizado das práticas. “Em 1871, Tylor definiu cultura como sendo todo o comportamento aprendido, tudo aquilo que independe de uma transmissão genética, como diríamos hoje.”²⁵⁷

É possível perceber que uma grande preocupação inicial quando se falou em cultura foi retirá-la de um viés naturalista, muito embora durante um período relativamente longo tenha persistido, na concepção de cultura, a ideia evolucionista. Note-se que a obra de Tylor foi produzida nos anos seguintes à publicação da *Origem das Espécies* de Charles Darwin²⁵⁸. O início da antropologia foi fortemente marcado pela perspectiva do evolucionismo unilinear.

²⁵⁵ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 14.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 25.

²⁵⁶ TYLOR, Edward. *Primitive culture*. 1. ed. Londres: John Mursay & Company,. 1871. [Nova York: Harper Torchbooks, 1958].

²⁵⁷ LARAIA, op. Cit. p. 25.

²⁵⁸ DARWIN, Charles. *A origem das espécies*. Tradução de E. Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia / São Paulo: Ed. da USP, 1985. Bom ressaltar que os geneticistas provaram que os seres humanos fazem parte de uma espécie só e que as variações biológicas entre populações humanas são mínimas. RABBEN, Linda. O Universal e o Particular na Questão dos Direitos Humanos. In: FONSECA, Claudia (et. al.) (Org.) *Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos: Diálogos Interdisciplinares*. Porto Alegre: UFRGS, 2004. p. 20.

Para este entendimento, todas as culturas deveriam percorrer o mesmo caminho no sentido de completar as mesmas etapas de evolução. Com essa linha de compreensão, era possível estabelecer patamares variados nos quais as distintas sociedades se encaixariam em um nível dentro de uma única escala que variava desde a menos desenvolvida até a mais desenvolvida.²⁵⁹

A ideia principal era a de que em todas as sociedades do planeta a cultura se desenvolveria de apenas uma maneira. Isto significava que era esperado que num dado momento a cultura “A” alcançasse o nível de evolução da cultura “B”²⁶⁰. Obviamente, as sociedades que representavam as culturas “B’s”, ou seja, as mais avançadas eram as culturas europeias. Nesse momento, “etnocentrismo e a ciência marchavam então de mãos juntas.”²⁶¹

George Stocking, entretanto, criticou Tylor por causa dessa abordagem unilinear da cultura. Tylor acreditava em uma unidade psíquica da humanidade, o que tornava a sua teoria incompatível com a ideia de relativismo cultural e evolução multilinear das culturas. Nesse sentido é que a crítica de Stocking foi dirigida por “deixar de lado toda a questão do relativismo cultural e tornar impossível o moderno conceito da cultura.”²⁶²

O principal expoente da reação ao evolucionismo foi o antropólogo Franz Boas. Esse autor foi um grande responsável pela formação do particularismo histórico, Escola Cultural Americana. Essa Escola Antropológica, basicamente, desenvolveu a ideia de que cada cultura desenvolve-se através de seu próprio caminho, levando em consideração seus próprios eventos históricos. Assim, a possibilidade de desenvolvimento múltiplo configura a abordagem da evolução multilinear.²⁶³

Nesse ponto, a diferenciação entre orgânico e cultural é mais bem definida. Laraia argumenta que:

[...] o homem [...] depende muito de seu equipamento biológico. Para se manter vivo, independente do sistema cultural ao qual pertença, ele tem que satisfazer um número determinado de funções vitais, como a alimentação, o sono, a respiração, a

²⁵⁹ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 14.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 33.

²⁶⁰ Os evolucionistas do século XIX sustentavam que a evolução percorria um caminho único, tendo ela origem em uma unidade psíquica por intermédio do qual todos os grupos humanos poderiam se desenvolver de maneira igual, conquanto uns grupos se encontrassem em estágio mais avançado que outros. Para a compreensão unilinear havia três etapas: selvageria, barbarismo e civilização. MORGAN, Lewis. *A sociedade primitiva* I. Lisboa: Ed. Presença, s/d. p. 7-30. O texto está disponível em <http://www.marxists.org/reference/archive/morgan-lewis/ancient-society/>, acessado em 15/12/2010.

²⁶¹ LARAIA, op. Cit. p. 34.

²⁶² STOCKING, Jr., George W. *Race, Culture and Evolution*. Nova York: Free Press, 1968.

²⁶³ BOAS, Franz. "The Limitation of Comparative Method of Anthropology". *Science*, N.S., vol.4. 1896.

atividade sexual etc. Mas, embora estas funções sejam comuns a toda humanidade, a maneira de satisfazê-las varia de uma cultura para outra. É esta grande variedade na operação de um número tão pequeno de funções que faz com que o homem seja considerado um ser predominantemente cultural. Os seus comportamentos não são biologicamente determinados. A sua herança genética nada tem a ver com as suas ações e pensamentos, pois todos os seus atos dependem inteiramente de um processo de aprendizado.²⁶⁴

Fica fácil perceber que a cultura influi diretamente sobre o homem e que graças a ela o homem afastou-se do mundo animal e das ideias de comportamentos naturais. Parece evidente que algumas características do ser humano provêm da natureza, isto é, são dadas pela hereditariedade. Contudo, outra grande parte das características que integram as pessoas é adquirida por intermédio de agentes que nada têm a ver com a hereditariedade.²⁶⁵

O mesmo autor argumenta ainda que:

O homem é o resultado do meio cultural em que foi socializado. Ele é um herdeiro de um longo processo acumulativo, que reflete o conhecimento e a experiência adquirida pelas numerosas gerações que o antecederam. A manipulação adequada e criativa desse patrimônio cultural permite as inovações e as invenções. Estas não são, pois o produto da ação isolada de um gênio, mas o resultado do esforço de toda uma comunidade.²⁶⁶

Sendo a cultura um processo acumulativo de aprendizagem, socialização ou endoculturação, é este processo que determina o comportamento do homem, sua capacidade artística ou profissional. Deve-se ressaltar que todo esse processo é potencializado por intermédio da linguagem. A acumulação de todo aprendizado é transmitido pela linguagem. Conseqüentemente, pode-se afirmar que a comunicação é um processo cultural e, logo, “a linguagem é um produto da cultura, mas não existiria cultura se o homem não tivesse a possibilidade de desenvolver um sistema articulado de comunicação oral.”²⁶⁷

É preciso argumentar que a noção de cultura jamais foi consenso entre os antropólogos. Em consequência disso, transformou-se em objeto de disputa do interesse de diferentes grupos internamente ao mundo acadêmico e externamente, pelo poder que detém e em

²⁶⁴ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 14.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 38-39.

²⁶⁵ KROEBER, Alfred. "O superorgânico". In.: Donald Pierson (org), *Estudos de organização social*, São Paulo, Livraria Martins Editora. 1949. Ou Idem. "Anthropology". *Scientific American*, vol.83, 1950.

²⁶⁶ LARAIA, op. Cit. p. 46.

²⁶⁷ Ibidem. p. 53. O autor exemplifica ainda que o desenvolvimento de uma criança humana e de uma criança chimpanzé até o primeiro ano de vida não é muito diferente. Ambas têm a capacidade de aprender, mais ou menos, as mesmas coisas. Mas quando a criança começa a aprender a falar, coisa que o chimpanzé não consegue, a distância entre as crianças torna-se imensa.

consonância com a sua própria origem histórica.²⁶⁸ Entre tantos juízos, a noção de cultura certamente se enriqueceu. Entretanto, popularizou-se de tal forma que se tornou uma arma para atores coletivos envolvidos em lutas políticas identitárias. Contextualmente, esse processo ocorreu na toada de grandes transformações causadas por movimentos sociais contra o processo de homogeneização e promoção dos Estados-Nações.²⁶⁹

Assim, a “[...] noção de cultura também é um campo de conflitos interpretativos que por sua vez, refletem conflitos sociais e políticos que são historicamente variáveis. Não é por acaso, portanto, que sempre a ela se retorne, e que “cultura” interpele de maneira diferente a tantos agentes e agências.”²⁷⁰

Douzinas lembra que, de fato, como produtores de uma poderosa energia política e moral, os direitos humanos “podem preencher o não-lugar da utopia pós-moderna”. Isso porque esses direitos tiram a sua força de “memórias passadas e esperanças futuras”, sempre perpetuando a existência de promessas que se encontram além de convenções, tratados e declarações, ou seja, “em uma variedade de formas culturais inconspícuas.” Por isso, finaliza Douzinas, é que “Os direitos humanos, fundados como estão no frágil sentido de identidade pessoal na esperança – impossível – de integridade social, conectam integralmente o individual e o coletivo.”²⁷¹

No decorrer da história da antropologia outros conceitos de cultura foram elaborados, examinando-se, inclusive, o momento de surgimento da cultura e sua relação com o aparato biológico do ser humano. Alguns sistemas foram criados para considerar a cultura. O primeiro coloca a cultura como um sistema cognitivo. Nesse caso, a cultura “consiste em tudo aquilo que alguém tem de conhecer ou acreditar para operar de maneira aceitável dentro de sua sociedade.”²⁷² A segunda abordagem é a que define cultura como um sistema estrutural. Aqui, a cultura é tida “como um sistema simbólico que como uma criação acumulativa da mente humana. O seu trabalho tem sido o de descobrir na estruturação dos domínios culturais — mito, arte, parentesco e linguagem — os princípios da mente que geram essas elaborações

²⁶⁸ RIBEIRO, Gustavo Lins. “Cultura, direitos humanos e poder. Mais além do império e dos humanos direitos. Por um universalismo heteroglóssico”. In: FONSECA, Claudia., TERTO JR, Veriano., e ALVES, Caleb Faria et al. *Antropologia, diversidade e direitos humanos: Diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 33-34. A respeito dessa questão, ver: FOX, Richard G.; KING, Barbara J. (Org.). *Anthropology beyond culture*. Oxford: Berg, 2002.

²⁶⁹ Ibidem. p. 34.

²⁷⁰ Ibidem. p. 34.

²⁷¹ DOUZINAS, Costa. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 347.

²⁷² GOODENOUGH, Ward. *apud* LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 62.

culturais.²⁷³ A terceira abordagem é a que considera cultura como sistemas simbólicos. Essa concepção tem como expoente Clifford Geertz. Para ele:

O conceito de cultura que eu defendo, e cuja utilidade os ensaios abaixo tentam demonstrar, 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.

[...]

a cultura não é um poder, algo ao qual podem ser atribuídos casualmente os acontecimentos sociais, os comportamentos, as instituições ou os processos; ela é um contexto, algo dentro do qual eles podem ser descritos de forma inteligível — isto é, descritos com densidade.²⁷⁴

David Schneider, dentro da mesma concepção, também definiu cultura como sendo um “sistema de símbolos e significados. Compreende categorias ou unidades e regras sobre relações e modo de comportamento. O status epistemológico das unidades ou ‘coisas’ culturais não depende de sua observabilidade: mesmo fantasmas e pessoas mortas podem ser categorias culturais.”²⁷⁵

A Antropologia muito se ocupou em definir cultura, contudo não se alcançou um consenso acerca de tal definição. Pode-se dizer que “uma compreensão exata do conceito de cultura significa compreensão da própria natureza humana, tema perene da incansável reflexão humana.”²⁷⁶ Vários elementos foram apresentados como sendo composição dessa ideia ao mesmo tempo em que várias vertentes de compreensões teóricas foram construídas a fim de entender esse conceito por inteiro. A discussão não teve fim e parece que um consenso não existirá. O que há é uma convergência de uma série de características que compõe cada

²⁷³ LÉVI-STRAUSS, Claude. *apud* LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 14.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 62. Para mais: LÉVY-STRAUSS, Claude. *O pensamento selvagem*. São Paulo: Cia. Editoria Nacional, 1976.

²⁷⁴ GEERTZ, Clifford. *Interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 4. e _____. "A transição para a humanidade", in Sol Tax (org), *Panorama da antropologia*. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura. 1966.

²⁷⁵ SCHNEIDER, David. *American Kinship: A Cultural Account*. Nova Jersey: Prentice Hall, 1968. É interessante destacar que citado por Laraia, Geertz, nessa perspectiva, diz que “um dos mais significativos fatos sobre nós pode ser finalmente a constatação que todos nascemos com um equipamento para viver mil vidas, mas terminamos no fim tendo vivido uma só!”

²⁷⁶ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 53.

definição. Observou Murdock: “Os antropólogos sabem de fato o que é cultura, mas divergem na maneira de exteriorizar este conhecimento.”²⁷⁷

A cultura, portanto, é um elemento essencial na vida humana. Ela é tão fundamental na constituição do indivíduo quanto o seu aparato biológico. O homem não pode existir sem a cultura. Tudo o que o engloba em termos de percepções, que não sejam puramente fisiológicas, sofre os seus efeitos. Esses efeitos são bastante particulares, isto é, culturalmente, uma mesma expressão humana pode conter diferentes significados dependendo do local. A definição e a interpretação desses significados ocorrem por intermédio da herança cultural que cada indivíduo obtém de sua própria sociedade. Isso exprime que o modo como cada um enxerga o mundo, isto é, as concepções morais e valorativas dos comportamentos sociais são vistos pelas lentes da cultura.²⁷⁸ Essas concepções morais e valorativas criam padrões de comportamentos esperados e reproduzidos com a prática.

Como consequência natural dessa percepção particular da cultura, ao se deparar com definições e interpretações diversas da sua, o indivíduo tende a tentar redefini-las e reinterpretá-las a partir das lentes de sua própria cultura. O traço comum das sociedades ocidentais que possuem uma herança cultural advinda da Europa, grosso modo, é a condição de reagir de maneira depreciativa em relação a um comportamento que não se encaixa dentro de um determinado padrão aceito pela maioria da comunidade. Com isso, pode-se entender a maneira relativamente fácil pela qual um indivíduo consegue perceber o outro que não pertence a sua cultura. Características como forma de agir, vestir, caminhar, comer, linguagem (mesmo que sejam provenientes de um lugar com o mesmo idioma) são definidos pela cultura ao mesmo tempo em que definem o sujeito.

Marcel Mauss exemplifica isso de maneira clara:

Uma espécie de revelação me veio no hospital. Eu estava doente em Nova York e me perguntava onde tinha visto moças andando como minhas enfermeiras. Eu tinha tempo para refletir sobre isso. Descobri, por fim, que fora no cinema. De volta à França, passei a observar, sobretudo em Paris, a frequência desse andar; as jovens eram francesas e caminhavam também dessa maneira. De fato, os modos de andar americanos, graças ao cinema, começavam a se disseminar entre nós. Era uma idéia que eu podia generalizar. A posição dos braços e das mãos enquanto se anda é uma idiosincrasia social, e não simplesmente um produto de não sei que arranjos e mecanismos puramente individuais, quase inteiramente psíquicos. Por exemplo: creio poder reconhecer assim uma jovem que foi educada no convento. Ela anda,

²⁷⁷ MURDOCK, G. P. "The Science of Culture," *American Anthropologist*, n.s., 34: 200-215 (1932). Disponível em <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1525/aa.1932.34.2.02a00020/pdf>, acessado em 16/12/2010.

²⁷⁸ BENEDICT, Ruth. *O crisântemo e a espada*. São Paulo: Perspectiva, 1972.

geralmente, com as mãos fechadas. E lembro-me ainda de meu professor do ginásio interpelando-me: "Seu animal! Andas o tempo todo com as manoplas abertas!". Portanto, existe igualmente uma educação do andar.²⁷⁹

O mundo, portanto, é visto por intermédio da cultura daquele que observa. Com isso, há uma tendência forte de o indivíduo considerar o seu modo de viver mais natural do que os outros. Do mesmo modo, o juízo valorativo pressupõe o mesmo sentido, tendo o indivíduo a percepção de que o seu modo de vida é o mais correto. Essa tendência é nomeada de etnocentrismo. Esse fenômeno pode ser considerado universal, pois é comum a crença de que sua própria sociedade é o centro da humanidade ou mesmo a sua única expressão.²⁸⁰

A lógica engendrada pelo etnocentrismo é definidora da dicotomia do “eu” e o “outro” ou “nós” e os “outros”. Essa delimitação é sempre projetada para o senso de grupos. Sob um panorama mais recente ela foi proclamada sob a roupagem nacionalista, culminando em formas de xenofobia e outros problemas sociais. Pode-se dizer que todos os conflitos humanos, desde a pré-história, tiveram um caráter etnocentrista, em maior ou menor medida. Ainda se levando em consideração batalhas por territórios, poder ou ideologias, a semente etnocêntrica sempre levou o homem a conflitar o seu modo de viver com os demais, claro, partindo do pressuposto de que o seu era o mais apropriado.

É importante ressaltar que o etnocentrismo quase sempre desemboca num viés de discriminação e/ou imposição cultural. Ele pode ocorrer, na primeira forma, inclusive, dentro de uma mesma sociedade. Com efeito, esses 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.”²⁸¹

A imposição cultural, por sua vez, é desenvolvida sob pseudológica de evolução, isto é, o discurso presente está voltado à tentativa de localizar uma determinada cultura como a mais fraca ou a menos importante e que, por isso, precisa ser corrigida, substituída e, às vezes, eliminada como forma de proporcionar à “humanidade” uma evolução contínua e saudável. Repare que o termo humanidade é, via de regra, incorporado por certo grupo que a partir da sua leitura de mundo julga-se no papel principal dos seres humanos e responsável pela

²⁷⁹ MAUSS, Marcel. As técnicas corporais. In: *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: EPU/Edusp, 1974. pp. 403-404.

²⁸⁰ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 75.

²⁸¹ Ibidem. p. 76.

libertação daqueles que fogem à humanidade, ou seja, fogem a características detidas por este grupo.

Atribui-se, então, àquele grupo discursivamente inferiorizado, por meio de um discurso que pretende a verdade, uma posição de irracionalidade e falta de lógica. Outra grande característica desse discurso é a visão de que a cultura que se sobrepõe às demais é uma cultura completa, enquanto as outras são eminentemente incompletas. Essa completude, como se verá adiante representará um profundo problema no estabelecimento do diálogo entre as culturas e os Direitos Humanos.

Essa lógica compõe todos os sistemas culturais. Tentar comparar ou sobrepor a lógica de um sistema cultural sobre outro é um evidente erro etnocêntrico. Dois sistemas não podem ser comparados se foram formados em sua essência por elementos diversos. Não há como mensurar as medidas de uma sociedade por meio de uma régua construída a partir das vivências e experiências de outra.²⁸²

Nesse sentido é que Evans-Pritchard apresenta um clássico exemplo de como a feitiçaria é concebida pela lógica Azande:

Considerada como sistema de filosofia natural, ela [a feitiçaria] implica uma teoria de causas: a infelicidade resulta da feitiçaria, que trabalha em combinação com as forças naturais. Caso um homem receba uma chifrada de um búfalo, caso lhe caia na cabeça um celeiro cujos suportes tenham sido minados pelas térmitas, ou contraia uma meningite cérebro-espinal, os Azande afirmarão que o búfalo, o celeiro ou a doença são causas que se conjugam com a feitiçaria para matar o homem. Pelo búfalo, pelo celeiro, pela doença, a feitiçaria não é responsável, pois existem por si mesmos; mas o é pela circunstância particular que os põe em relação destruidora com um certo indivíduo. O celeiro teria caído de qualquer maneira, mas foi pela feitiçaria que caiu em um dado momento e quando certo indivíduo repousava embaixo. Entre todas essas causas, apenas a feitiçaria é significativa no plano das relações sociais.²⁸³

Logo, os elementos que compõem a cultura são particulares e só permitem interpretações a partir da lógica daquela própria cultura a qual pertencem. A única coisa que existe de universal nas culturas é, normalmente, a forma como elas próprias se veem.

Por ora, diante desses elementos, a grande questão que se coloca é: sendo então os sistemas culturais compostos por características únicas e particulares que definem cada sociedade, é possível encontrar algum tipo de elemento contido em todas as culturas e que, assim, possa ser considerado universal?

²⁸² LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 90.

²⁸³ EVANS-PRITCHARD, E.E. "Witchcraft". *África*, vol.8, nº4, Londres, 1955. pp. 418-19.

Clifford Geertz, em *A interpretação das Culturas*, discute essa questão. Nesse sentido ele analisa que:

Ao nível da pesquisa concreta e da análise específica, essa estratégia grandiosa desceu, primeiro, a uma caçada por universais na cultura, por uniformidades empíricas que, em face da diversidade de costumes no mundo e no tempo podiam ser encontradas em todo o lugar em praticamente a mesma forma e, segundo, um esforço para relacionar tais universais, uma vez encontrados, com as constantes estabelecidas de biologia, psicologia e organização social humanas. Se alguns costumes pudessem ser destacados no meio de um abarrotado catálogo da cultura mundial como comuns a todas as variantes locais, e se eles pudessem ser ligados, de maneira determinada, a certos pontos invariantes de referência nos níveis subculturais, então pelo menos algum progresso poderia ser feito para especificar quais os traços culturais que são essenciais para a existência humana e quais aqueles que são apenas adventícios, periféricos ou ornamentais. Dessa forma, a antropologia podia determinar as dimensões culturais de um conceito do homem coincidente com as dimensões fornecidas, de maneira semelhante, pela biologia, pela psicologia ou pela sociologia.²⁸⁴

Para examinar tal questão, Geertz explica a noção de *consensus gentium* segundo a qual existem algumas coisas sobre as quais a totalidade humana concorda como corretas, reais, justas ou atrativas. Dessa maneira, essas tais coisas são, de fato, corretas, reais justas ou atrativas. Essa concepção esteve presente no Iluminismo e perdurou no início do século XX até meados da metade desse mesmo século com categorias como “padrão cultural universal”, “tipos institucionais universais” e “denominadores comuns da cultura.”²⁸⁵

Entretanto, para Geertz, para que algum aspecto possa ser considerado como universal por todas as culturas, haveria de preencher três requisitos: “(1) que os universais propostos sejam substanciais e não categorias vazias;²⁸⁶ (2) que eles sejam especificamente fundamentados em processos particulares biológicos, psicológicos ou sociológicos, e não vagamente associados a ‘realidades subjacentes’; e (3) que eles possam ser convincentemente defendidos como elementos essenciais numa definição da humanidade em comparação com a qual as muito mais numerosas particularidades culturais são, claramente, de importância secundária.”²⁸⁷

Geertz conclui que a aproximação da idéia de *consensus gentium* não consegue alcançar respostas satisfatórias a esses três requisitos. Sendo assim, afirma:

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 muito variado, ou de que o estudo da cultura nada tem a contribuir para a descoberta de tais generalizações. Minha opinião é que

²⁸⁴ GEERTZ, Clifford. *Interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 28.

²⁸⁵ Ibidem. p. 29.

²⁸⁶ O autor exemplifica o casamento ou a religião.

²⁸⁷ GEERTZ, op. Cit. p. 29.

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 um *consensus gentium* que de fato não existe e, além disso, que as tentativas de assim proceder conduzem precisamente à espécie de relativismo que toda a abordagem se propunha expressamente evitar.²⁸⁸

Assim, parece problemática a afirmação de que existem elementos universais que perpassam todas as culturas. Uma afirmação de tal monta entra em conflito evidente com a ideia de processo de aprendizado exposto pela Antropologia quando de sua preocupação em distinguir os aspectos culturais dos biológicos.

Outro ponto é que, por ser um processo de aprendizado constante, a cultura está em permanente mudança. A cultura é dotada de um processo dinâmico que insere e reinsere elementos no seu bojo constantemente, em alguns casos de maneira mais célere, em outros mais demorada. Há sempre, portanto, a necessidade do homem em lidar com algo novo, com um porvir.²⁸⁹ “O ser humano é altamente social, e não pode ser entendido só como um indivíduo. Sempre evoluindo, ele define sua identidade no contexto social em que vive.”²⁹⁰

Os Direitos Humanos podem ser considerados esse algo novo, uma vez que na história humana são bastante recentes. Além disso, não é difícil perceber que é um aspecto jurídico que tem se tornado, com o apoio da ideia universalista, um discurso de acultramento. As ideias universalistas, embora contraditórias à essência da cultura, muitas vezes embasadas num projeto evolucionista, tentam dispor dos elementos de culturas determinadas para definir uma perspectiva naturalizadora do mundo.

É possível dizer, então, que desde as Revoluções do século XVIII e a produção das Declarações de Direitos ou, mesmo, desde o final da Segunda Guerra Mundial, vive-se em uma cultura dos direitos humanos? Douzinas coloca que:

Finalmente, vivemos em uma cultura dos direitos humanos? Richard Rorty afirma que sim e que, se devemos esquecer o impulso metafísico para encontrar bases unitárias, melhor seria servir a seus fins. [...] Rorty argumenta acertadamente, acredito, que a razão sozinha não consegue oferecer respostas universais a questões morais, tampouco mobilizar as pessoas para agirem contra seus instintos morais. A educação de sentimentos é, evidentemente, uma importante ferramenta na luta pelos direitos humanos. Mas seu argumento contra os moralismos fundacionais, que são baseados em improváveis “afirmações de conhecimento sobre a natureza dos seres humanos”, depende da asserção arrogante de que a “cultura eurocêntrica dos direitos

²⁸⁸GEERTZ, Clifford. *Interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p.30.

²⁸⁹LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 105.

²⁹⁰RABBEN, Linda. O Universal e o Particular na Questão dos Direitos Humanos. In: FONSECA, Claudia (et. al.) (Org.) *Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos: Diálogos Interdisciplinares*. Porto Alegre: UFRGS, 2004. pp. 19-20.

humanos” é obviamente superior à de outros, e a tarefa de dirigir seus sentimentos para as instituições morais ocidentais está obviamente correta. Todavia, a experiência do século passado nos diz que, quando o fenômeno dos direitos humanos se torna um “fato do mundo”, como alega Rorty, a empatia pelo outro que sofre pode perder a vantagem que tinha quando era um grito de protesto e rebelião. Se este é o caso, podemos ter nos tornado uma cultura de direitos, mas, contrariando as esperanças de Rorty, enfraquecemos a paixão pelos direitos humanos.²⁹¹

Obviamente, tanto a pergunta como a resposta pressupõem um contexto universalizador. No caso específico da resposta apresentada por Douzinas e Rorty, a base de raciocínio são as práticas visualizadas no ocidente de uma maneira geral. Parece que “quanto mais direitos eu tenho, mais preciso reivindicar e, paradoxalmente, maior o sentido de fragmentação do Eu. Os direitos são autofágicos; a “cultura dos direitos” transforma tudo em uma reivindicação legal e nada deixa à sua integridade “natural”.²⁹²

“Vivemos em uma cultura dos direitos humanos.”²⁹³ Mas o que isso significa? Em termos de compreensão das ideologias e práticas dos direitos humanos, o significado disso é constituído por uma imensidão de simbolizações e discursos velados acerca da superposição dos Direitos Humanos sobre quaisquer outros fenômenos da humanidade, inclusive as próprias manifestações culturais de cada sociedade.

É possível coexistirem uma cultura dos direitos humanos e as culturas particulares das sociedades? Melhor dizendo, existe uma cultura que é mais importante ou mais apropriada para a humanidade de uma maneira geral? A particularidade das culturas deve sucumbir aos projetos normativos universalizantes dos direitos humanos? Essas são questões de inegociável importância para a conclusão desse estudo e que serão discutidas posteriormente.

Entretanto, há um ponto muito importante em toda essa discussão que passará a ser analisado adiante. Com o que foi examinado até aqui, as culturas não apenas se constroem internamente, produzindo e reproduzindo práticas e comportamentos aos indivíduos que pertencem a determinada cultura, mas, também, elas se constroem externamente, isto é, a partir de um processo de simbiose ou parasitismo. Esse processo é efetivado por intermédio da edificação da identidade, da relação “Eu” e o “outro” e os efeitos dessa relação.

²⁹¹ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 260. Para as compreensões de Rorty, ver: RORTY, Richard. *Human Rights and Sentimentality*. In.: SHUTE, Stephen e HURLEY, Susan (eds.). *On Human Rights*, Nova York: Basic Books, 1993, p. 16. Este texto também está disponível em: <http://usm.maine.edu/~bcj/issues/three/rorty.html>, acessado em 13/12/2010.

²⁹² Ibidem. p. 330.

²⁹³ Ibidem. p. 253.

2.2 – O “outro” como beneficiário, por definição e excelência, dos direitos humanos: O não-reconhecimento do outro na equação da vida como um ser igual em direitos e deveres.

“Aprendi que um homem só tem o direito de olhar um outro de cima para baixo para ajudá-lo a levantar-se”

Gabriel Garcia Marquez.

O “outro” é, sem dúvida, figura central na estrutura dos Direitos Humanos. A ação de enxergar o outro é, também, eminentemente cultural. A consideração do outro enquanto sujeito é ponto de partida da construção da doutrina dos Direitos Humanos. Obviamente, essa consideração, pelo que a história conta, é gradual, lenta e obedece a certas lógicas contextuais que jamais permitiram esse reconhecimento de maneira completa. O fato é que o outro frequentemente é visto não como uma pessoa, isto é, não é reconhecido na equação da vida como um ser igual em direitos e deveres, mas, sim, é visto como uma categoria.

No decorrer da história dos direitos humanos foi possível perceber que a figura do “outro” mudou de personagem várias vezes. No início, como reação ao poder autoritário, “o outro” eram pessoas pertencentes a uma mesma cultura, sem, contudo, gozar dos privilégios de certos grupos estamentais, além de sofrerem mais contundentemente as ações do Estado, representado pelo monarca absolutista. A figura do outro do século XXI é completamente diferente e, talvez, um pouco mais problemática. Na verdade, defini-lo na pós-modernidade parece tarefa praticamente impossível. Muito se tem feito a partir da Segunda Guerra Mundial, pois algumas categorias que sempre foram consideradas “outro” passaram a integrar formalmente a preocupação da doutrina. Em termos de Direitos Humanos, um bom início é compreender o outro como todo aquele que não faz parte do processo de construção desses direitos e que sofrem uma profunda dificuldade em ter reconhecidas as suas práticas “despadronizadas”. Levinas coloca que:

Começar de novo e num outro tempo está relacionado com o começar frente a “um outro”, que não é um alter-ego constituído e reconhecido pelo “eu” como que num espelho. O “outro” que não é o “eu” é o “outro diferente”, desconhecido, não familiar. Não se trata de um outro em posição simétrica ao “eu”, a intersubjetividade a que se refere Levinas é originalmente assimétrica.²⁹⁴

Ao considerar e tratar o outro, seja um indivíduo, classe social ou povo como um ser inferior usando-se a desculpa de etnia, gênero, costume ou fortuna patrimonial, atenta-se de

²⁹⁴ COSTA, Marcio Luiz. *Levinas Uma introdução*. Petrópolis RJ: Vozes, 2000. p. 92.

maneira conclusiva contra um dos grandes alicerces dos direitos humanos, a dignidade humana.²⁹⁵

É possível afirmar, ao analisar mais profundamente a doutrina dos Direitos Humanos que eles reconhecem, no viés político e legal, a “inter-subjetividade radical da identidade humana e envolvem o Outro e a lei na construção do Eu”.²⁹⁶ O problema é que nesse processo de construção, o Eu que se reconhecer é um eu monolítico, isto é, com características muito menos variantes do que a pluralidade cultural humana permite.

O simples reconhecimento do Outro tem um significado apenas formal e bastante limitado. De fato, esse reconhecimento envolve o reconhecimento não apenas da outra pessoa, mas também o reconhecimento de suas práticas, identidade, pertencimento, suas crenças etc. Ou seja, uma reivindicação de direitos deve substancialmente conter duas demandas gerais ao Outro: primeiramente, ter os aspectos de sua personalidade ou sua situação de reivindicante observados como as dos demais sujeitos, por exemplo, não sofrer em sua integridade física ou ser tratado com igualdade; depois, uma solicitação bem mais ampla com o fim de ter sua plena identidade reconhecida, superando-se todo o processo de estranhamento, para que as características únicas e singulares possam gozar do mesmo respeito.²⁹⁷ A tentativa desse reconhecimento se dá por meio da lógica em que o reivindicante busca afirmar num mesmo discurso não apenas a sua semelhança, mas, também a sua diferença com o Eu ou o grupo cujas reivindicações foram admitidas.²⁹⁸

A formação da identidade do Eu dá-se a partir do Outro. É uma questão de necessidade de distinção, afirmação perante o Outro acerca de suas características e autoafirmação no sentido de aumentar a adesão psíquica e sociológica, qualitativa e quantitativamente, das características e práticas, via de regra, super valoradas e com traços que as ligam a um discurso naturalizante e maniqueísta, que compõem o Eu. Parece que quase sempre essa ação continuada foge aos limites da sua afirmação e passam ao projeto de imposição.

Nesse ponto específico é possível constatar grande parte das violações dos direitos humanos. Essas violações ilustram a carência do reconhecimento das diferentes identidades. Isso porque o fenômeno do não-reconhecimento e a violação de um direito humano faz

²⁹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 241.

²⁹⁶ DOUZINAS, Costa. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, pp. 325-326.

²⁹⁷ Ibidem. p. 326.

²⁹⁸ Ibidem. p. 263.

transparecer que a fuga aos limites dessa afirmação evidencia o grande problema desse processo, minando a ideia de formação de identidade através do reconhecimento do outro.²⁹⁹

Segundo Douzinas:

Os direitos humanos redirecionam o desejo do objeto primário, o vínculo primitivo com o Outro (a mãe) ou o Real, para substitutos secundários e simbólicos. Ao fazê-lo, eles não apenas representam mal à estrutura do desejo radical ou do gozo, mas também protegem o sujeito de suas conseqüências catastróficas. Possuir um direito é ser reconhecido em algum aspecto do Eu, e, portanto, negar a morte, adiar e protelar o desejo radical, evitar falar sobre o Outro absoluto. [...] Se, na conhecida formulação de Lacan, o sujeito é um significante para outro significante, ao exigir e exercer nossos direitos revelamos a nós mesmos como seres dirigidos a um Outro. Possuir direitos, viver conforme os direitos é, portanto, de maior importância ontológica que os conteúdos desses direitos. Direitos são nossa mentira verdadeira.³⁰⁰

Cabe ressaltar que essa demanda por reconhecimento pode ocorrer tanto em termos culturais como não. Significa dizer que a problemática de reconhecimento do Outro é constantemente (re)definida, é um processo de (re)aprendizado constante. No entanto, essa problemática pode ocorrer sob várias perspectivas como, por exemplo, culturais quando há embate entre duas culturas distintas. Pode ocorrer também sob o aspecto interno de uma mesma cultura, seja em relação ao Outro que compartilha essa cultura, seja em relação ao Outro que não compartilha essa cultura, mas está fisicamente inserido nela.

O reconhecimento do Outro talvez esteja viciado pela ausência da atribuição de importância às características do Outro de maneira tão proporcional quanto à atribuição de importância aos aspectos culturais do Eu. Como foi dito, o mero reconhecimento do Outro é formal e limitado. O Outro tem que ser primariamente reconhecido como significante, isto é, na equação da vida não basta que ele seja tolerado, ele precisa ser alvo do respeito. Isso representa um conflito que parece estar arraigado na condição humana. Ele existe muito antes de qualquer instituição social. Para que ele existisse, bastava a tomada de consciência do homem de si próprio. A partir daí, conscientemente o homem foi capaz de distingui-lo do Outro.

Para lidar com esse conflito, as respostas apresentadas pelo Direito não são satisfatórias. Até mesmo porque o problema não é eminentemente jurídico. Pode passar a ser com os contemporâneos mecanismos de garantir esse reconhecimento, que o tentam fazer sem muito

²⁹⁹ DOUZINAS, Costa. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 326.

³⁰⁰ Ibidem. p. 327.

sucesso, dada a natureza da questão. A criação de direitos normalmente criam mais conflitos ao invés de trabalhar com os existentes.³⁰¹

Nesse sentido é que Costa lembra a reflexão de Emmanuel Levinas sobre o outro:

A relação entre os entes humanos não é ontológica, mas ética. A ética, mais que relação, é experiência: experimentar na transcendência a vergonha e a culpabilidade de uma ingênua liberdade individual e egoísta que tudo pretende agarrar, objetivar e fazer seu para explorar; experimentar em mim a idéia do infinito que é o Outro como limite do eu posso poder e como primeira aproximação ao Outro; experimentar o desejo metafísico pelo Outro a quem ainda não se acedeu; experimentar o encontro sem mediações com o rosto do Outro estando face-a-face com ele.³⁰²

Parece que, assim como a cultura, os direitos humanos têm sérios problemas de serem reconhecidos em sua completude. Não obstante o seu autojulgamento ser no sentido de que são completos e adequados aos Outros, essa é uma crítica que não é de difícil constatação. O que é evidente é que a ação parcial dos direitos é evidente em todo lugar. Existem vários exemplos para citar, mas apenas como ilustração são os casos da mulher e do negro. Tomando como base a cultura ocidental, grosso modo, uma mulher para quem são concedidos direitos políticos e civis, mas que não tem o seu gênero reconhecido pela definição predominante machista dos Direitos Humanos. Não se pode atribuir a completude ao reconhecimento. Igualmente é o caso do negro no Brasil que apesar de também ter seus direitos de todos os tipos formalmente reconhecidos, não goza de acesso de forma coerente com seus direitos declarados, por causa da discriminação racial.³⁰³

Como lembra Douzinas:

[...] Nestes e em um milhão de outros casos, os danos e as ofensas provocados pela não-admissão à condição de detentor de direitos (a posição do sujeito jurídico) destacam as muitas maneiras nas quais as estruturas de dominação e opressão suprimem o reconhecimento social daquilo que realmente importa para as pessoas. Sociedades de direitos humanos, ao compartimentalizar características de grupo, traços pessoais e prerrogativas individuais, dividem a totalidade imaginária do Eu e do corpo. Elas reconhecem alguns aspectos do Eu (igualdade formal e dignidade), suprimem o reconhecimento de outros (as pré-condições materiais necessárias para o efetivo desfrute da dignidade) e, finalmente, depreciam ou descartam outros mais (orientação sexual e identidade constituem o principal exemplo).³⁰⁴

³⁰¹ DOUZINAS, Costa. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 329.

³⁰² COSTA, Marcio Luis. *Levinas: uma introdução*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000. p. 139.

³⁰³ DOUZINAS, op. Cit. p. 329.

³⁰⁴ Ibidem. pp. 329-330.

É interessante destacar, como ponto de reflexão, a teoria psicanalítica que é obstinada pela figura da lei. Para essa teoria, os indivíduos e as sociedades existem por intermédio de interpretações e ordens, isto é, através de operações jurídicas que criam o mundo à imagem de uma atividade legiferante indispensável, porém inexistente. Dessa forma, no conflito por reconhecimento, a vontade do Outro não é orientada para outra pessoa, Eu, mas também para a lei, representante de um ordenamento simbólico. Em suma, “o Outro é geralmente visto como o representante da lei, e o seu reconhecimento como a aprovação ou a outorga de identidade pela ordem social”.³⁰⁵

Portanto, para Douzinas, da psicanálise pode-se tirar uma lição ética e política. A ideia é a de resistência a todos os ensaios de prender a lei em nome dos direitos humanos, da justiça ou quaisquer outros princípios arrogantes. Douzinas diz: “ria diante da imbecilidade dos burocratas mesquinhos e escravos do poder que nos dizem conhecer a correção da lei e a verdade da justiça;”³⁰⁶. Para a psicanálise, mesmo obstinada pela figura da lei, ela deve ser confrontada, juntamente com aquele da qual ela emana. Continua o autor:

(...) confronte o Imperador, a Lei ou o Soberano, como nos contos infantis, com a verdade sobre suas vestes novas e mais antigas: elas o cobrem e à sua simbólica majestade apenas devido às nossas próprias necessidades e projeções imaginárias, e podem se desintegrar, como a teia de uma aranha, na mais suave brisa do real ou no choro de uma criança. Nossa obrigação ética é para com o que, no Eu e na sociedade, está além do ego e do corpo social. Este é o coração utópico dos direitos humanos.³⁰⁷

A relação entre o Eu e o Outro passa por uma série de problemas que demandam uma análise muito mais baseada no aspecto sociológico e antropológico das normas e da doutrina dos direitos humanos do que propriamente jurídico. De fato, a solicitação pelo reconhecimento envolve questões que vão além das legais. As normas de Direitos Humanos não têm como determinar comportamentos individuais, assim como nenhuma outra norma jurídica. Assim, o reconhecimento do Outro não depende da lógica jurídica do sistema, mas sim de um conjunto de regras sociais e culturais que permitam esse reconhecimento de maneira recíproca.

Dessa maneira lembra J. R. Lucas:

³⁰⁵ DOUZINAS, Costa. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 334.

³⁰⁶ Ibidem. p. 334.

³⁰⁷ Ibidem. pp. 339-340.

“O ‘Eu’ pode ser feliz em ser um de ‘Nós’, e se ‘Nós’ forem justos, porque, assim, ‘Nós’ irão tratar o ‘Eu’ tão razoavelmente bem quanto possível; e ‘Nós’ ficarão felizes em ter ‘Eu’ como um de ‘Nós’, porque ‘Nós’ sabem que ‘Eu’, sendo justo, verá as coisas segundo o ‘Nosso’ ponto de vista, e não excluirá considerações mais amplas da avaliação da situação”.³⁰⁸

Esse panorama, entretanto, soa ligeiramente utópico. O reconhecimento do Outro por parte do Eu de maneira tão coerente que o Eu passe a enxergar o ponto de vista do Nós é praticamente impossível. Na verdade, até mesmo concepções como “justo” ou “tratar bem” são tão particulares quanto a própria condição cultural. A contradição dificulta, portanto, o reconhecimento do Outro a partir do Eu.

Nesse ponto é que dois argumentos são impositivos para sedimentar uma reflexão sobre essa relação do Eu e do Outro nos Direitos Humanos. Primeiramente, os direitos existem somente em relação a outros direitos; segundo, as solicitações de direitos exigem o reconhecimento dos direitos dos outros e de seus próprios direitos, além do estabelecimento de redes de significados sociais de reconhecimento mútuo e de compromisso. Dessa forma, “não pode haver algo como um direito autônomo, absoluto, pois tal direito violaria a liberdade de todos, exceto a de seu detentor.”³⁰⁹

O problema do particularismo e do universalismo contém também a questão do reconhecimento do Eu e do Outro. Tanto o relativismo cultural como o universalismo dos direitos dividem um aspecto comum com a filosofia e a ética ocidentais, ou seja, ambos diminuem o espaço entre o Eu e o Outro e retornam o diferente ao igual. Significa dizer que a maneira pela qual se estruturou a lógica de pensamento ocidental revela que a consciência individual transformou-se no ponto de início de todo conhecimento. Com isso, o que se pode constatar de diferente do próprio Eu foi alterado para uma questão cognitiva e o Outro foi minimizado ao que o Eu conhece do Outro.³¹⁰

Martin Heidegger auxilia a compreensão ao exprimir a posição do Outro, relevando a natureza histórica e social do Eu:

“Os ‘outros’ não significam todo o resto dos demais além de mim, do qual o eu se isolaria. Os outros, ao contrário, são aqueles entre os quais, na maior parte das vezes, ninguém se diferencia propriamente, entre os quais também se está. Esse estar também com os outros não possui o caráter ontológico de um ser simplesmente dado “em conjunto” dentro de um mundo. [...] Na base desse ser-no-mundo determinado

³⁰⁸ LUCAS, J. R. *On Justice*. Oxford: Clarendon, 1980. pp. 18-19.

³⁰⁹ DOUZINAS, Costa. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 349.

³¹⁰ *Ibidem*. p. 351.

pelo com, o mundo é sempre o mundo compartilhado com os outros. O mundo da presença é mundo compartilhado. O ser-em é ser-com os outros.³¹¹

A relação que precisa ser estabelecida entre o Eu e o Outro é inescapável à estrutura dos Direitos Humanos. Além do mais, ela auxilia na resolução de conflitos, uma vez que as normas de Direitos Humanos são normas naturalmente dirigidas ao Outro. Levinas considera que essa observação do Outro deve ser constituída por um desejo metafísico:

O outro metafisicamente desejado não é ‘outro’ como o pão que como, como o país em que habito, como a paisagem que contemplo, como, por vezes, eu para mim próprio, este eu, esse outro... O desejo metafísico tende para uma coisa inteiramente diversa, para o absolutamente outro.³¹²

O ponto chave da questão está não na direção a qual a norma é orientada, mas a maneira como a qual o Eu antevê o Outro no âmbito dos Direitos Humanos. De fato, o Eu precisa romper-se em si mesmo em busca do Outro. Essa necessidade é preeminente e inegociável, pois enquanto o Eu resguarda-se em sua redoma inexpugnável, inexistente para Heidegger, será impossível alcançar o Outro primando por uma alteridade ética e de sentido. Esse rompimento visa uma (re)significação verdadeira do Outro.

A indiferença pura. As significações culturais, postas como instância última, perfazem a ruptura de uma unidade. Não se trata, simplesmente, de fixar as condições nas quais os fatos de nossa experiência ou os sinais de nossa linguagem suscitam em nós o sentimento de compreensão, ou aparecem como procedendo de uma intenção razoável, ou traduzindo uma ordem estruturada. Trata-se, para além destes problemas lógicos e psicológicos, da significação verdadeira.³¹³

É importante ressaltar que na filosofia da alteridade, o Outro não pode ser minimizado ao Eu ou o diferente a esse. O Outro também não pode constituir uma instância de alteridade, de qualquer categoria geral ou um objeto para um sujeito. O Outro é singular, externo a categorias, normas princípios e regras.³¹⁴

Portanto, o que sobra de tudo isso é que o embate entre o Eu e o Outro parece ser eterno. Assim como os Direitos Humanos, a reflexão sobre o Eu e Outro se baseia em um porvir. Isso porque a consciência do homem está constantemente se refazendo com relação ao Outro.

³¹¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 15. ed. Tradução: Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.

³¹² LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*. Lisboa: Ed. Edições 70, 1980. p. 21.

³¹³ LEVINAS, Emmanuel. *Humanismo do outro Homem*. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 46.

³¹⁴ DOUZINAS, Costa. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 356.

Conseqüentemente, as identidades também são reconstruídas na mesma velocidade e intensidade com que essa visão do outro muda.

Logicamente, enquanto sistema normativo, os Direitos Humanos não podem esperar resoluções futuras de conflitos sociais e antropológicos. A saída, então, parece ser repetir o mecanismo que o Direito utiliza há muito tempo, desde a Independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa na pós-modernidade: generalizar e abstrair, por pior que seja essa saída. Lembra Habermas:

[...] A individualização dos estilos de vida e sobretudo a composição eticamente heterogênea das sociedades multiculturais só fazem comprovar de maneira tanto mais drástica essas *exigências de abstração*, já que os estilos e formas de vida que colidem entre si são totalidades constitutivas de identidade, as quais recorrem a estruturas de personalidade em seu todo, e que portanto desencadeiam conflitos de valor “existenciais”.

[...] a identidade do indivíduo está enredada com identidades coletivas.³¹⁵

Há, no entanto, uma contradição lógica interna observada por McCarthy. Ao mesmo tempo em que nas sociedades modernas crescem rapidamente as diferenças entre os sujeitos de uma determinada interação, o pressuposto igualitário, isto é de enxergar o Outro de uma maneira igual ao Eu, é exigido a esses mesmos sujeitos que ignorem as diferenças sempre tão evidentes.³¹⁶ Cabe ressaltar que “o princípio da igualdade essencial do ser humano, não obstante as múltiplas diferenças de ordem biológica e cultural que os distinguem entre si, é afirmado no artigo II da Declaração Universal, entre outras.”³¹⁷ Isso é, certamente, bem mais complicado do que essa breve narrativa, contudo a exploração dessa complexidade não se faz necessária nesse momento.

É curioso que a Declaração Universal não é um tratado. O seu propósito é a promoção do reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais a que faz menção a Carta da ONU, particularmente nos arts. 1º (3) e 55, como aponta seu preâmbulo. Apesar disso, para Piovesan ela estaria dotada de uma “força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão ‘direitos humanos’ constante dos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas.”³¹⁸

³¹⁵ HABERMAS, J. Apêndice a Facticidade e Validação. In: *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paul Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 320.

³¹⁶ Ibidem. p. 319.

³¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 241.

³¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 148.

Portanto, a experiência da alteridade é muito rica para analisar o fenômeno dos Direitos Humanos, porque facilita a observação daquilo que normalmente não seria possível constatar, uma vez que existe uma dificuldade imanente em dar atenção àquilo que é habitual, familiar, cotidiano e que é considerado comum. A alteridade permite observar que os comportamentos do Eu, por mais simples que sejam, não possuem nada de natural. Então, o exercício da observação volta os olhos ao próprio Eu, possibilitando uma maior maturidade para enxergar o Outro.³¹⁹

Essa maturidade implica novas possibilidades de enfrentamento do Outro. Não se está a dizer que aquele fenômeno natural e humano do estranhamento não vá ocorrer. Sim, ocorrerá, entretanto as consciências do Eu estarão dotadas de maior autonomia. Assim, seja lá qual for o nível, intensidade e maneira de reconhecimento que se possa imaginar ou mesmo a ilusão de completude que o olhar estrito para a identidade do Eu proporciona no indivíduo, há uma reivindicação de integridade existencial. Essa demanda consiste na “capacidade de o Eu ser o que é, único, irrepetível e diferente, uma alteridade em relação a tudo o que não é ele próprio, uma entidade não controlada pela necessidade livre de determinação e capaz de resistir à imposição externa.”³²⁰

O fato é que não se pode negar que essa relação do Eu e do Outro é orquestrada pela moral. Melhor dizendo, pelas morais, pois o Eu e o Outro podem simplesmente não compartilhar a mesma moral e fazerem leituras diferentes da realidade, dos direitos e suas implicações. A influência do Cristianismo plantou nas relações intersubjetivas uma demanda pela ética diante do ser. Além disso, há também a sinalização de uma obrigação diante da necessidade ou interesse. Todos esses processos trazem consigo um caminho de afastamento do incondicional do Eu, ainda que bastante rápido, deixando um sinal de “transcendência encarnada”. Uma espécie de “separação fundamental que o Outro impõe sobre mim ou, se preferirem, do dever fundamental do qual todos os outros direitos e deveres dependem.”³²¹

Um grande exemplo dessa lida com o Outro pode ser dado por meio de um personagem que tomou forma específica na metade final do século XX. É o refugiado. Para entender melhor a questão do refugiado é necessário trazer à discussão o fenômeno do nacionalismo.

³¹⁹ LAPLANTINE, François. *Aprender Antropologia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987. p. 21.

³²⁰ DOUZINAS, Costa. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 342.

³²¹ *Ibidem*. p. 357.

Este fenômeno produziu politicamente uma necessidade profunda de diferenciação entre o Eu e o Outro embasado em fronteiras físicas e psíquicas de pertencimento.

Nesse sentido, pode-se dizer que o refugiado é o Outro absoluto. É, portanto, uma representação, uma fenda horrenda da gênese da concepção moderna de Estado e a reestruturação substancial do Eu. Como consequência, coloca em perigo real as demandas pela universalização dos direitos humanos, pois reduz o universal ao que é universal para o Eu.³²² Nesse sentido observa Hannah Arendt:

Os sobreviventes dos campos de extermínio, os internados nos campos de concentração e de refugiados, e até os relativamente afortunados apátridas, puderam ver, mesmo sem os argumentos de Burke, que a nudez abstrata de serem unicamente humanos era o maior risco que corriam. Devido a ela, eram considerados inferiores e, receosos de que podiam terminar sendo considerados animais, insistiam na sua nacionalidade, o último vestígio de sua antiga cidadania, como o último laço remanescente e reconhecido que os ligaria à humanidade.

[...]

Se um ser humano perde o seu status político, deve, de acordo com as implicações dos direitos inatos e inalienáveis do homem, enquadrar-se exatamente na situação que a declaração desses direitos gerais previa. Na realidade, o que acontece é o oposto. Parece que o homem que nada mais é que um homem perde todas as qualidades que possibilitam aos outros tratá-lo como semelhante.³²³

O enfrentamento do outro então, como se pode ver, é ultrapassado pela essência do humano. Ele liga-se, intimamente, ao plano político e sociológico, deixando o plano jurídico em local secundário. Dessa maneira, o Outro, enquanto pessoa concreta não pode ser incluído apenas em termos de essências universais, nem pode ser transformado no caso de uma norma. O Outro, singular e vulnerável, permanece exterior ao conceito e à essência.³²⁴

Claro, o exemplo do refugiado aplica-se a outra infinidade de categorias, sobre as quais o mesmo raciocínio pode ser aplicado. Além de toda essa problemática envolvendo a carência de reconhecimento do Outro, que acontece não apenas na esfera dos Direitos Humanos, mas que aqui assume um aspecto central, é importante ter em mente que, a partir dessas perspectivas nebulosas, os Direitos Humanos constroem seres humanos. Isto é, alguém pode se reconhecer como humano porque um Outro também o reconhece da mesma maneira. Institucionalmente, isso dá ao sujeito reconhecido o status de detentor de direitos humanos.³²⁵

³²²DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 363.

³²³ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 333-334.

³²⁴DOUZINAS, op. Cit. p. 367.

³²⁵Ibidem. p. 375.

2.3 – Socialização, Civilização, pluralidade, completude e bloqueio da Cultura: Desigualdades, diferenças e multiculturalismo.

A importância do reconhecimento do Outro está evidente para que a estrutura ideológica dos Direitos Humanos funcione. Como visto, esse processo de aprendizado do reconhecimento é um efeito cultural a que o indivíduo está submetido. Da mesma maneira, a forma que o indivíduo enxerga as instituições sociais também é resultado de sua invenção pela cultura.

Obviamente, o Direito e a lei são instituições sociais que também são vistas a partir da perspectiva desse processo de aculturação. Esse processo que apresenta o indivíduo à sociedade, isto é, que franqueia ao indivíduo a internalização das práticas, visões e costumes. Assim, “o processo por meio da qual o indivíduo aprende a ser um membro da sociedade é designado pelo nome de socialização.”³²⁶ O aprendizado acerca da leitura e comportamento em termos jurídicos também é resultado desse processo de socialização.

Sendo assim, é importante assimilar que esse processo é sustentado por um conjunto particular de características do local em que o indivíduo é socializado. Significa dizer que a socialização ocorre de maneira diferente para um indivíduo nascido no Oriente Médio e um indivíduo nascido em solo norte-americano. Claro, outra gama imensa de fatores sociais influenciam na socialização do indivíduo, não apenas a nacionalidade ou a região geográfica de onde provém o sujeito. Portanto:

a socialização é a imposição de padrões sociais à conduta individual. [...] esses padrões chegam mesmo a interferir nos processos fisiológicos do organismo. Conclui-se que na biografia do indivíduo a socialização, especialmente em sua fase inicial, constitui um fato que se reveste dum tremendo poder de conscrição e dum importância extraordinária.³²⁷

O mecanismo fundamental da socialização ocorre no processo de interação e identificação do sujeito com os outros. Em outros termos, o indivíduo aprende a reconhecer certa atitude de outras pessoas, a compreender seu sentido e, também, a repeti-la. É interessante notar que uma parte muito importante desse processo é o momento em que o

³²⁶ BERGER, P.; BERGER, B. Socialização: Como ser um membro da Sociedade. In: FORACCHI, M.M. E MARTINS, F.S. (org.). *Sociologia e Sociedade*. Rio de Janeiro, Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1984. pp. 169-181.

³²⁷ Ibidem. p. 204.

indivíduo aprende a desempenhar o papel do outro. Um ótimo exemplo citado por Berger é o caso da criança que brinca de pai, irmã ou irmão mais velho, depois de policial ou “cowboy”. Evidentemente o que importa a certa altura não é ser o outro, mas saber desempenhar o seu papel.³²⁸

Um dos efeitos mais importantes da socialização é a produção de significados que ela gera no indivíduo. Esses significados estão atrelados ao contexto em que vive e o seu ambiente social imediato. Os Outros produzem constantemente significados no Eu, realizando a socialização em cada interação contínua. Entretanto, apesar da interação geral, nem todos os Outros assumem um papel de “outro significativo”³²⁹ no processo de socialização. Normalmente, esse outro é composto por aqueles que mais estão próximos deste processo. Em contrapartida, há também o “outro generalizado”³³⁰ que é uma ampliação dos sentidos, ações e reações do outro significativo que o indivíduo faz, expandindo o sentido das compreensões para além do ambiente social imediato, isto é, focalizando a sociedade de maneira generalizada.

A partir disso, segue-se a interiorização. Isso significa que “o mundo social, com sua multiplicidade de significados, passa a interiorizar-se na consciência [...] através de um complicado processo de reciprocidade e reflexão, certa simetria se estabelece entre o mundo interior do indivíduo e o mundo social externo, em cujo âmbito o mesmo está sendo socializado.” À medida que a socialização avança, o indivíduo passa a identificar-se com postulados morais. Identificando-se com eles, ocorre a interiorização.

Nesse sentido:

É só por meio da interiorização das vozes dos outros que podemos falar a nós mesmos. Se ninguém nos tivesse dirigido uma mensagem significativa vinda de fora, em nosso interior também reinaria o silêncio. É só através dos outros que podemos descobrir-nos a nós mesmos. Ou, em termos mais precisos, é só através dos outros significativos que podemos desenvolver um relacionamento significativo com nossa própria pessoa.³³¹

Ressalte-se, porém, que não há sistema de socialização idealmente perfeito. Em sociedade alguma todos os indivíduos do grupo são igual e completamente socializados. Não há

³²⁸ BERGER, P.; BERGER, B. Socialização: Como ser um membro da Sociedade. In: FORACCHI, M.M. E MARTINS, F.S. (org.). *Sociologia e Sociedade*. Rio de Janeiro, Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1984. p. 173.

³²⁹ MEAD, G. H. *Espiritu, persona y sociedad: desde El punto de vista Del conductismo social*. Traducción de Florial Mazia. 3. ed. Buenos Aires: Paidós, 1972. p. 154.

³³⁰ Ibidem. p. 154.

³³¹ BERGER, P.; BERGER, B. op. Cit. p. 177.

perfeição na socialização. “Um indivíduo não pode ser igualmente familiarizado com todos os aspectos de sua sociedade; pelo contrário, ele pode permanecer completamente ignorante a respeito de alguns aspectos.”³³²

Pode-se dizer que o indivíduo socializado tem designada, então, a sua identidade. Em termos internos das sociedades, de fato, elas estão repletas de identidades que são distribuídas aos sujeitos. O que é relevante é compreender que as identidades, seja lá em qual for o âmbito de análise, só são possíveis através de um processo de interação com os outros, isto é, num procedimento que há uma confirmação da identidade do indivíduo pelos outros.³³³

Dessa maneira, fica claro que o processo de socialização é balizado pelas características de cada sociedade onde ocorre.³³⁴ Fica óbvio que o processo de socialização de um indivíduo americano difere profundamente da socialização de um indivíduo norte-coreano. Identificações, aspirações, padrões de conduta, modo de enxergar o mundo, percepção do outro, interiorizações, formação da consciência e das posições políticas, ideológicas, religiosas, instituições e valores morais são efeitos desse amplo processo. Qualquer socialização envolve uma interação com outras pessoas, modificando, inclusive, o microcosmo do indivíduo. Vale ressaltar, ademais, que a socialização jamais é total e se acaba.³³⁵

O Direito e as leis, por se tratarem de instituições eminentemente sociais, também são causa e efeito desse processo de socialização. Como não poderia ser diferente, a visão que os indivíduos têm dessas instituições dependem da maneira como eles aprendem a ver esses aspectos sociais, incluindo o respeito e obediência que também são aprendizados culturais. Esse conjunto de aprendizados inclui a autorregulação. Não há como negar que o Direito e as leis são dois aspectos sociais que estão atrelados à ideia de autorregulação, isto é, à necessidade de os sujeitos controlarem por si mesmos seus impulsos e comportamentos.

Por outro lado, a autorregulação é, para Norbert Elias, um pressuposto essencial para o processo civilizador. Segundo Elias, os seres humanos não nascem civilizados, mas possuem uma disposição que permite que esse processo aconteça, sob certas condições. Assim,

³³² LEVI Jr., Marion. *The Structure of Society*. Princeton, Nova Jersey: Princeton University Press, 1952.

³³³ BERGER, P.; BERGER, B. Socialização: Como ser um membro da Sociedade. In: FORACCHI, M.M. E MARTINS, F.S. (org.). *Sociologia e Sociedade*. Rio de Janeiro, Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1984. p. 179.

³³⁴ Para mais sobre o processo de civilização, ver: BERGER, Peter L. e LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. Tradução de Floriano Souza Fernandes. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

³³⁵ BERGER, Peter L. e LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. Tradução de Floriano Souza Fernandes. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

civilização é, primariamente, uma “autorregulação individual de impulsos do comportamento momentâneo, condicionado por afetos e pulsões, ou o desvio desses impulsos de seus fins primários para fins secundários, e eventualmente também sua reconfiguração sublimada.”³³⁶

Sigmund Freud é essencial para a inteligência dessas atitudes pulsionais. Em sua obra *O Mal Estar da Civilização*, Freud coloca que o processo civilizacional aconteceu e acontece em detrimento da sublimação da energia pulsional, sendo que a inclinação para a violência impediria a civilização. Segundo Freud:

Visa a unir entre si os membros da comunidade também de maneira libidinal e, para tanto, emprega todos os meios, favorece todos os caminhos pelos quais as identificações fortes possam ser estabelecidas entre os membros da comunidade e, na mais ampla escala, convoca a libido inibida em sua finalidade, de modo a fortalecer o vínculo comunal através das relações de amizade. Para que esses objetivos sejam realizados, faz-se inevitável uma restrição à vida sexual. Não conseguimos, porém, entender qual necessidade força a civilização a tomar esse caminho, necessidade que provoca o seu antagonismo à sexualidade. Deve haver algum fator de perturbação que ainda não descobrimos.³³⁷

Os seres humanos não possuem uma regulação natural de afetos, emoções e pulsões. Por isso, o aprendizado da autorregulação é imprescindível para que o controle pessoal dos afetos e pulsões dos indivíduos possam permitir o convívio com eles próprios e com outros seres humanos, rumo a um modelo específico de civilização. “O processo universal de civilização individual pertence tanto às condições da *individualização* do ser humano singular como às condições da vida social em comum dos seres humanos.”³³⁸

Para Elias, o equilíbrio entre coações exteriores e auto-coações tem um norte específico em uma investigação histórica do processo da civilização humana. Assim, os estágios iniciais de desenvolvimento, por exemplo, tribos e outras unidades de subsistência pré-estatais, apresentam o patamar das instâncias de auto-coação mais vulneráveis às pulsões, necessitando, portanto, de um reforço constante de meios de coações externos.³³⁹

Conclui, então:

Como um apanhado, algo sumário do que se apurou até aqui na investigação empírico-teórica das transformações civilizatórias acerca de seu direcionamento, pode-se dizer que dentre os principais critérios para um processo de civilização estão

³³⁶ ELIAS, Norbert. *Escritos & ensaios*: Estado, processo, opinião pública. organização e apresentação: Federico Neiburg e Leopoldo Waizbord. tradução textos em inglês, Sérgio Benevides; textos em alemão, Antônio Carlos dos Santos; textos em holandês, João Carlos Pijnappel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006. p. 21.

³³⁷ FREUD, S. *O Mal-Estar na Civilização e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1974. p. 43.

³³⁸ ELIAS, op. Cit. p. 21.

³³⁹ *Ibidem*. p. 23.

as transformações do *habitus* social dos seres humanos na direção de um modelo de autocontrole mais bem proporcionado, universal e estável. Sem jamais se libertarem completamente das coações exteriores, as autocoações ganham maior autonomia no curso do processo humano de civilização, em contraposição às coações exteriores. [...] Muitos elementos indicam que, no curso de tal processo, aumenta a capacidade (até agora muito pouco investigada) de transformação sublimatória dos impulsos comportamentais mais animais, prenes de pulsões. Em conexão com a crescente autonomização das instâncias individuais de auto-regulação — das quais fazem parte o entendimento e a consciência, o ego e o superego —, amplia-se também manifestamente o alcance da capacidade de um ser humano de se identificar com outros seres humanos, em relativa independência do grupo a que pertençam, e portanto amplia-se também sua capacidade de sentir simpatia por eles. *Descivilização* significa então uma transformação em direção oposta, uma redução do alcance da simpatia. Atualmente, o fato de que em muitas sociedades a idéia de que lutas de gladiadores ou execuções públicas possam causar alegria desperte antes sentimentos negativos é seguramente um sintoma significativo de uma transformação civilizatória.³⁴⁰

Há quem defenda, inclusive, algumas ideias no sentido de que haveria um instrumento capaz de medir o nível de civilidade alcançado por uma sociedade, conseqüentemente o seu distanciamento da barbárie. Esse instrumento consistiria na capacidade que a sociedade tem de fazer com que seus cidadãos sejam abrigados pelo guarda-chuva dos Direitos Humanos.³⁴¹

Não é raro verificar o atrelamento dessas duas concepções: civilidade e Direitos Humanos. Há, porém, um equívoco de pressuposto nessa análise. Primeiramente, é necessário ponderar que ambas as concepções são eminentemente ocidentais e ideológicas. Elas pertencem ao conjunto de requisitos que parecem existir para que se possa separar Estados, grupos, povos e culturas na lógica maniqueísta da política internacional ocidental. Se alguma construção política reúne em si civilidade e Direitos Humanos, então está automaticamente ligada ao lado do bem cristão. Além disso, outro ponto chave é que o processo civilizador, mesmo o descrito por Norbert Elias, não é marcado unicamente com a faceta jurídica de proteção por meio de direitos. Esse processo civilizador vai além desse aspecto social que tem a sua importância, mas passa longe de ser a única ou principal. Há que se considerar ainda que “[...] ao trocar a

³⁴⁰ ELIAS, Norbert. *Escritos & ensaios: Estado, processo, opinião pública, organização e apresentação*: Frederico Neiburg e Leopoldo Waizbort. trad. textos em inglês, Sérgio Benevides; textos em alemão, Antônio Carlos dos Santos; textos em holandês, João Carlos Pijnappel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006. p. 24-25. Para uma análise mais profunda sobre o Processo Civilizador: ELIAS, Norbert. *Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*. Bd. 1: Wandlungen des Verhaltens in den weltlichen Oberschichten des Abendlandes. 20 Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, 502 p.; Elias, N. *O processo civilizador - formação do estado e civilização* (vol. 1), Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.; _____. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. _____. *O processo civilizador - uma história dos costumes* (vol. 2). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

³⁴¹ MONDAINI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 12.

frágil felicidade pré-social por uma segurança civilizada, porém sem prazer, a lei contribui para o processo de desencantamento.”³⁴²

Todo esse aparato analítico mostra de maneira contundente que os indivíduos não são dotados de características inatas ou naturais, senão tudo não passa de um decurso profundo de aprendizado das práticas a partir de referenciais que fazem parte do seu contexto. Esse seu contexto, com práticas e agentes, pode ser indicado como a sociedade. Os indivíduos criam a sociedade ao mesmo tempo em que são criados por ela. A esse conjunto de padrões de conduta, de condutas esperadas e velada e inconscientemente impositivas pode-se denominar de moral.

A moral, sem dúvida, é a baliza que os direitos humanos possuem para desenvolver o seu argumento. Claro, não se pode olvidar que essa tal moral é uma moral que tem nome e sobrenome, isto é, ela é uma moral cristã e ocidental. Não obstante, a responsabilidade moral fundamental serve de base e orientação desses Direitos Humanos. A tradução desse fenômeno pode ser dada, na política e na lei, por meio da construção de uma responsabilidade infinita pelo seu semelhante. Essa responsabilidade não se constrói vaziamente, senão como alicerce para uma obrigação finita de salvar muitos outros com os quais jamais se esteve cara-a-cara. De fato, o objetivo dessa obrigação ficou bem maior que a simples responsabilidade do Eu pelo Outro, “seu semelhante”. Além disso, seu conteúdo e suas demandas estreitaram-se. Por isso é que os direitos humanos, ao internalizar nas pessoas todo esse discurso, tornam-se a versão pós-moderna da ideia de justiça, ou melhor, a expressão do sentido de injustiça.³⁴³

Consequentemente, nessa fase pós-moderna do Estado, para que ele seja considerado um autêntico Estado de Direitos Humanos, ele deve se sujeitar a um conjunto de considerações éticas e aceitar os limites e as restrições à sua ação política em virtude de uma preocupação ética, novamente, veladamente ocidental e pretensamente universal. Nesse sentido, Douzinas lembra que “Embora insuficiente para construir uma teoria ética geral dos direitos, isto ajuda a explicar parcialmente o recente interesse ético pelo Outro distante, mostrado em campanhas populares e pressão política para evitar coibir as violações dos direitos humanos de pessoas de lugares mais remotos.”³⁴⁴

³⁴² DOUZINAS, Costa. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 336.

³⁴³ Ibidem. p. 359

³⁴⁴ Ibidem. p. 359

Em termos doutrinários, então, “os direitos humanos representam, portanto, concretizações do direito da outra pessoa e do meu dever, e minha liberdade, antes de se tornar antagônica à de outros, é a liberdade da responsabilidade e da fraternidade.”³⁴⁵

Porém, numa dimensão geral, deve-se ater ao imenso detalhe de que a moralidade, em termos filosóficos ou sociológicos ou antropológicos, não é sinônimo de direitos humanos e, de forma alguma, deriva deles. A ideia de uma responsabilidade ética precede os direitos em todas as esferas que se possa imaginar e, além de conferir-lhes sua força e legitimidade, torna-se o juiz de sua ação bem como da ação do Estado.³⁴⁶

Dessa maneira, a Sociologia e Antropologia, especialmente, do século XX demonstraram que categorias como moral, civilização, socialização, valores e crenças são frutos de vários mecanismos engendrados no seio da própria sociedade e que, conseqüentemente, dependem das características de determinada sociedade que se analisa.

A constituição filosófica e moral dos Direitos Humanos, portanto, apresenta-se, sob essa perspectiva, problemática, uma vez que o Direito e as leis, como quaisquer outras instituições sociais escapam à representação do universal. Por mais que se pretendam universais, na prática, pelos motivos acima expostos, elas não detêm essa característica inatamente oponível aos indivíduos das demais sociedades. Diante dessa análise, pode-se afirmar que os direitos humanos não são universais por natureza. A universalidade é inventada por um conjunto de culturas que detêm a prioridade do discurso sobre o conteúdo desses direitos e que refletem no âmbito da doutrina dos Direitos Humanos valores que são preciosos a elas.

Uma política que defende os Direitos Humanos, portanto, é incoerente quando tenta cristalizar e fixar identidades individuais e de grupo, visando estabelecer e policiar os limites do social e contendo-o a uma mera representação de autoridade ou da lei. Da mesma maneira, uma lei que protege os direitos humanos é igualmente incoerente quando negligencia que a humanidade se apresenta e evidencia na figura de cada pessoa, com suas características únicas, sua singularidade irrepetível e quando negligencia que, dadas essas questões, o universal da natureza humana é extremamente particular e que a natureza humana (o universal) está constituída na e por meio da sua transcendência pelo mais particular.³⁴⁷ Nesse mesmo sentido é que a lei, visando o pretense discurso da universalidade, que tenta refrear a

³⁴⁵ DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, pp. 357-358.

³⁴⁶ Ibidem. p. 359.

³⁴⁷ Ibidem. p. 373.

abertura do social e determinar identidades, é denunciada por injustiça. Por outro lado, “quando a lei se esquece do sofrimento da pessoa que comparece perante ela, em nome da consistência racional e igualdade formal, os direitos humanos denunciam sua imoralidade.”³⁴⁸

Por isso, é que a fixação de uma distinção entre “desigualdade” e “diferença” é fundamental para explorar melhor uma teoria dos direitos humanos. Cabe pontuar, então, que a desigualdade é uma substantivação que indica que um indivíduo ou um grupo encontra-se em posição desigual, ou seja, em posição que estabelece e evidencia um patamar de superioridade e inferioridade, uns em relação aos outros, no âmbito jurídico. Isso indica que a igualdade formal, fundamentalmente ética lhes está negada.³⁴⁹ O oferecimento de uma igualdade formal, baseada num valor ético e numa pretensa igualdade natural e universal dos homens não é, por si, problemática. Ela torna-se um problema quando passa a ser impositiva e desprovida de um diálogo.

Normalmente, ao se aliar essa questão à da universalidade, o discurso encontrado é que “enquanto as desigualdades devem ser perpetuamente combatidas, as diferenças, quando não contrárias à dignidade humana, hão de ser estimuladas e apoiadas.”³⁵⁰ O problema é que as infinitas diferenças possíveis nas mais variadas culturas não possuem como pressuposto a concepção inventada na história do ocidente de dignidade humana. Reduzir o respeito às diferenças a uma questão de compatibilidade culturalmente unilateral, isto é, sem um mínimo diálogo com as culturas que não possuem essa concepção como fundamento, não é uma fórmula real de reconhecimento do outro.

Ao revés, as diferenças consistem na exteriorização da complexidade humana, reflexo da sua alta gama de detalhes singulares. A grande questão que se impõe em termos de “diferenças” é a herança que a história carrega, desde os primórdios, de tratamento por parte dos indivíduos, grupos, Estados àqueles que se colocaram ou foram colocados na posição de diferentes. Vários episódios atrozados perpetuados pelos homens foram baseados na sua diferença. Isso indica que no fundamento de toda desigualdade existe uma diferença que se pretende biológica ou cultural.³⁵¹

³⁴⁸ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 374.

³⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 303.

³⁵⁰ Ibidem. p. 304.

³⁵¹ Ibidem. p. 303.

A distinção entre desigualdade e diferença, ou melhor, o respeito pela diferença é também um resultado do processo de socialização. Pode-se dizer que toda sociedade, em seu projeto de socialização, induz o indivíduo a lidar com a diferença. É certo que a maneira como essa diferença é lida se dá com maior ou menor tolerância ou abertura.

Um bom exemplo de personagem dessa diferença de leitura e tratamento orientada para uma diferença, neste caso de caráter biológico, é o tratamento destinado à mulher ao longo da história. À mulher foi negado o direito à diferença, baseando-se essa negação em aspectos tradicionais e biológicos. Foi somente após a Segunda Guerra Mundial que alguns países ocidentais, como a Itália e a França, admitiram as mulheres no corpo eleitoral.³⁵² Outro exemplo, dessa vez de lugar, é a França que, por si, já representa, nesse aspecto, outra grande contradição da história dos Direitos Humanos. Um país que foi vanguardista no reconhecimento da igualdade foi um dos que mais demoraram a reconhecer que a igualdade necessariamente haveria de passar pelo gênero.

Parece que grande parte do problema da falta de tolerância pela diferença do Outro diferente passa pela ideia quase automática que os indivíduos tem que sua cultura e eles próprios gozam de uma completude cultural e intelectual quase transcendental. Os direitos humanos carregam em sua doutrina essa ilusão de completude acabada do ser. “[...] O domínio imaginário dos direitos humanos é aquele do ser humano completo, e os direitos são sustentados por uma fantasia de completude que funde novamente o corpo e a pessoa em um Eu integrado.”³⁵³

Nesse sentido Cornell observa:

Portanto, seria possível argumentar que, embora os direitos humanos substituam o corpo por signos lingüísticos e jurídicos e o fragmentem em múltiplas partes desconhecidas, eles também introduzem o sujeito dividido a uma humanidade utópica, a uma auto-imagem idealizada que reúne as várias partes em seus contornos formais. Os direitos humanos constroem não apenas um Eu desmembrado, dissolvido em uma pluralidade de prerrogativas, mas também a imagem de uma pessoa completa que assume “o reconhecimento da alteridade do futuro a partir da qual o Eu foi construído, e da qual, através de uma projeção, ela depende para sua sobrevivência na qualidade de um Eu”.³⁵⁴

³⁵² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 303.

³⁵³ DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 342.

³⁵⁴ CORNELL, Drucilla. *The Imaginary Domain*. Nova York: Routledge, 1995, p. 41.

Por sua natureza, porém, os direitos não podem tratar nenhuma pessoa como um ser completo. Sob a perspectiva legal, o sujeito funciona sempre como uma mistura de vários direitos parciais, na maioria das vezes em conflito.³⁵⁵

Assim, o fato social do multiculturalismo é visivelmente observável em várias nações do planeta. Ele se impõe com a força das evidências e constitui um novo paradigma a ser integrado nos planos do direito cosmopolita aceitável para todos os homens. A evitação de sociedades multiculturais constitui uma ilusão.³⁵⁶

Enfim, todo esse conjunto de ferramentas sociológicas e antropológicas encarrega-se de fornecer instrumentos hábeis para um exame mais profundo e seguro do panorama em que se encontram os Direitos Humanos. Para se entender a maneira pela qual os direitos se tornam humanos e os direitos humanos passam a atuar e fazer sentido na vida dos indivíduos, fatores além jurídicos são necessários serem levados em consideração. Diante de tudo isso, o que se deve ter em mente é que direitos não implicam quaisquer limitações ou deveres morais inerentes. Além disso, a criação de mais direitos e proteções legais são condições necessárias para inflar inocuamente as legislações e tornar o conflito uma condição endêmica e inescapável do compromisso social. Certamente, apesar de não serem eficazes para isso, “quando direitos justificam cada reivindicação e sacralizam cada desejo, nada mais tem muito valor.”³⁵⁷

Apenas em resumo, não é apenas a questão do universalismo que obsta a efetiva aplicação dos direitos reconhecidos como humanos no âmbito internacional, mas princípios jurídicos básicos que precisam assumir a forma de preceitos que tomam em conta a existência do outro enquanto ser e de suas particularidades culturais. Entretanto, o véu de um dos maiores alicerces da existência, senão o maior, a cultura não pode servir como escudo para a prática de atos que diminuem no homem a condição de humano. Afinal, universalismo, relativismo, nenhum dos dois? Como conjugar ambos os aspectos que parecem ser necessários a um diálogo forte e pertinente dos direitos humanos frente a todas as culturas?

³⁵⁵ DOUZINAS, Costa. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 341.

³⁵⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 242.

³⁵⁷ DOUZINAS, op. Cit. p. 252.

2.4 - O particularismo cultural e a essência dos Direitos Humanos: o mito dos direitos humanos universais; as complicações de se positivarem normas de Direitos Humanos expressamente contrárias às tradições culturais de um país: O discurso universalista é sempre moral?

"Dentro de mim há dois cachorros: um deles é cruel e mau; o outro é muito bom. Os dois estão sempre brigando. O que ganha a briga é aquele que eu alimento mais frequentemente."

Provérbio indígena Apache

A doutrina dos Direitos Humanos sustenta que esses direitos são, por qualquer motivo, inerentes ao homem. Nessa condição, esses direitos tornam-se também universais, pois se o requisito básico de dotarem o sujeito é unicamente que este seja humano, todos os sujeitos humanos são, então, detentores desses direitos.

No entanto, como foi narrado anteriormente, em termos práticos a idéia da universalidade não funcionou muito bem. Ideologicamente, pode-se dizer que ela foi um catalisador para a expansão das declarações de direitos, conduzindo demandas de grupos específicos que, não obstante vivenciarem a mudança teórica, não foram alcançados por esses direitos. Esse problema do não reconhecimento de todos os indivíduos e grupos sociais como potenciais beneficiários desse discurso universal foi amenizado no decorrer da história.

Paradoxalmente, em termos de universalidade, o problema do não alcance do universal dos direitos humanos parece ter cedido um bom espaço à prerrogativa que os indivíduos e grupos passaram a demandar de não fazer parte dessa tal universalidade, seja ela jurídica ou filosófica. Isso significa que ao mesmo tempo em que a universalidade foi se consolidando como alicerce na doutrina dos direitos humanos, na prática ela tem dado lugar, cada vez com mais força, ao discurso particularista.

Não quer dizer que a universalidade, de fato, atingiu a seu caráter real de universal e se tornou obsoleta. Talvez, possa-se afirmar o contrário: a falta de alcance dessa característica por todos parece ter compelido a reflexão no sentido de promover uma resignificação da concepção de universal. Esse processo de resignificação passa fortemente pelo engrandecimento das preocupações com o caráter ímpar de cada cultura e sociedade, isto é, pelo reconhecimento de que cada indivíduo é um sacrário de suas singularidades e, por isso, deve ser respeitado em todo o seu universo particular.

Entretanto, a tendência ao multiculturalismo pode ser compreendida como um novo patamar do desenvolvimento gradual da lógica dos Direitos Humanos. Em particular, ele pode ser compreendido a partir da lógica da ideia de igualdade inerente dos seres humanos, tanto como indivíduos quanto como povos.³⁵⁸

Uma boa definição sobre o multiculturalismo é dada por Tariq Modood. O autor afirma que “o multiculturalismo é um filho do liberalismo igualitário”. Nesse diapasão, portanto, o multiculturalismo é tanto orientado quanto limitado por uma obrigação de origem com os princípios da liberdade individual e da igualdade.³⁵⁹

Kymlicka define que

[...] o multiculturalismo liberal no Ocidente pode ser entendido como um processo de “cidadanização”, no jargão sociológico. Historicamente, a diversidade étnico-cultural e religiosa foi caracterizada por uma escala de relações não-liberais e não-democráticas – incluindo relações de conquistador e conquistado, colonizador e colonizado, povoador e indigna, racializado e não-estigmatizado, normal e desviante, ortodoxo e herético, civilizado e atrasado, aliado e inimigo, senhor e escravo.³⁶⁰

Assim, há um aspecto que é fundamental na visão do multiculturalismo. É a cultura. Fundamentalmente, então, o multiculturalismo é sobre “cultura”, isto é, sobre tradições ancestrais. Então, a diversidade cultural está intimamente ligada ao processo de preservação dos estilos de vida tradicionais. Essa preservação pode ser feita de distintas maneiras. Como se viu, a cultura é um processo de aprendizado constante e, por isso, mutável. Porém, existem certas práticas que são essenciais para a autenticidade ou integridade de um sistema cultural. Essas essências devem, portanto, ser protegidas contra a mudança. Isso porque essas essências constituem parte fundamental do estabelecimento da identidade do grupo e de seus membros individuais. O elo entre a identidade e a cultura são as práticas culturais tradicionais, ou seja, aquelas que estão profundamente arraigadas na história de um povo, indo muito mais além de ajustes novos ou influências externas.³⁶¹

A assimilação de Pascal Bruckner sobre o multiculturalismo define de maneira contundente a essência desse movimento. Para ele, “no multiculturalismo, cada grupo humano possui uma singularidade e uma legitimidade que formam a base do seu direito de existir,

³⁵⁸ KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 220-221.

³⁵⁹ MODOOD, Tariq. *Multiculturalism: A Civic Idea*, Cambridge: Polity Press, 2007. p. 8.

³⁶⁰ KYMLICKA, op. Cit. p. 229.

³⁶¹ Ibidem. pp. 231-232.

condicionando a sua interação com os outros. O critério de justo e injusto, criminoso e bárbaro, desaparece diante do critério absoluto de respeito à diferença.”³⁶²

Pode-se dizer, como Apel, que o conceito de uma ordem jurídica e política e uma sociedade multicultural pode possuir dois caminhos que se contrapõem logicamente, isto é, a do particularismo e do pluralismo das tradições culturais, de um lado, e o aspecto unitário e de sua fundamentação moral no sentido da justiça intercultural, perpassando diferentes culturas, de outro.³⁶³

A embrionária aceitação do multiculturalismo pela ONU, por exemplo, está ligada ao abandono do universalismo Iluminista em prol do relativismo cultural. Para Alain Finkielkraut:

A Organização das Nações Unidas, fundada para propagar os ideais da Europa Iluminista, agora fala em prol de cada preconceito étnico, acreditando que povos, nações e culturas têm direitos que possuem mais peso do que os direitos do homem. O *lobby* ‘multicultural’ menospreza os valores liberais da Europa como ‘racistas’, enquanto patrocina o chauvinismo intolerante de cada cultura minoritária.³⁶⁴

Assim, assumindo posição diametralmente oposta à do universalismo, estão as ideias acerca da existência de diferentes matrizes sociológico-antropológicas que alicerçam fundamentos de distintos tratamentos na medida da diferenciação de cada cultura. Nessas ideias está o que foi anteriormente definido por relativismo cultural, em que a preocupação com a diversidade das culturas particulares sobrepuja a tentativa de uniformização de preceitos teoricamente universais.

Adiante, será apresentada como foi concebida a ideia do particularismo cultural, suas ramificações e no que, de fato ela consiste. Note-se que o particularismo cultural e relativismo cultural são dois nomes que representam uma mesma vertente de pensamento, resguardadas as suas variações internas.

Como dito, a tentativa de imposição do universalismo normativo às mais diferentes raízes histórico-culturais, certamente, conferiu um ganho de força na discussão sobre relativização cultural, baseada no olhar atento do outro, enquanto ser significativo, tanto a sua cultura, como à cultura que lhe é distinta. A ideia relativista é explicitada nos dizeres de R. J. Vincent:

³⁶² BRUCKNER, Pascal. *Enlightenment Fundamentalism or Racism of the Anti-Racists?*. January, 2007. Posted at www.signandsight.com/features/1146.html

³⁶³ APEL, Karl-Otto. “O problema do multiculturalismo à luz da ética do discurso”. In: *Ethica, Cadernos Acadêmicos*, vol. 7, n.1, 2000, p.17.

³⁶⁴ FINKIELKRAUT, Alain. *The Undoing of Thought*. Claridge Press, London, 1988.

(...) ela sustenta [a doutrina do relativismo cultural] que as regras sobre a moral variam de lugar para lugar. Em segundo lugar, ela afirma que a forma de compreensão dessa diversidade é colocar-se no contexto cultural em que ela se apresenta. E, em terceiro lugar, ela observa que as reivindicações morais derivam de um contexto cultural, que em si mesmo, é a fonte de sua validade. Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas e, neste sentido, buscar uma universalidade, ou até mesmo o princípio de universalidade clamado por Kant, como critério para toda moralidade, é uma versão imperialista de tentar fazer com que valores de uma determinada cultura sejam gerais. [...] Há uma pluralidade de culturas no mundo e essas culturas produzem seus próprios valores.³⁶⁵

De fato, como o outro lado de uma mesma moeda, o particularismo cultural envolve em seu debate as mesmas concepções que o universalismo. Pode-se dizer que o ponto de partida é o mesmo, entretanto o ponto de chegada diverge profundamente. Para esse entendimento, a noção de direito está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, social e moral vigente em determinada sociedade. Portanto, a cultura aqui assume, antes do Direito, uma importância vital. Na verdade, todo o constructo relativista parte do argumento cultural, em maior ou menor medida. Cada cultura possui o seu discurso próprio e único de observação do mundo. Dessa maneira, a compreensão acerca do Direito também é diferenciada, sobretudo porque diferente também é a concepção de moralidade. Ambos os fatores são construídos a partir de um conjunto de circunstâncias históricas e culturais específicas.

Pascal Bruckner afirmou que “no multiculturalismo, cada grupo humano possui uma singularidade e uma legitimidade que formam a base do seu direito de existir, condicionando a sua interação com os outros. O critério de justo e injusto, criminoso e bárbaro, desaparece diante do critério absoluto de respeito à diferença”.³⁶⁶

Barreto sintetiza:

O debate sobre os direitos humanos na sociedade pluralista tem dois parâmetros de referência, que se explicitam em duas linhas de argumentação: a primeira, identificada com as origens iluministas das declarações revolucionárias do século XVIII, baseia-se na proclamação da existência de valores da pessoa humana, válidos em todos os quadrantes do planeta, que constituiriam o núcleo de resistência aos absolutismos; a segunda nega essa pretensão à fundamentação universal dos direitos humanos, identificando-os como uma manifestação do estado nacional de direito, instrumento único para a sua positivação. A primeira vertente da argumentação recebeu duas versões teóricas, uma expressa pelo monismo moral – que afirma a possibilidade da razão humana determinar valores determinantes da melhor forma de vida para o homem, válidas para todas as sociedades – e a outra pelo universalismo

³⁶⁵ VINCENT, R. J. *Human Rights and international relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986. pp. 37-38.

³⁶⁶ BRUCKNER, Pascal. “*Enlightenment Fundamentalism or Racism of the Anti-Racist?*”, January 2007. posted at www.signandsight.com/features/1146.html. Appeared originally in German in the online magazine Perlentaucher on January 24, 2007.

mínimo – que reconhece a pluralidade moral, mas sustenta que esses diferentes sistemas podem ser avaliados em função de valores universais.³⁶⁷

Assim, em termo de lógica, a do multiculturalismo contrapõe inegociavelmente a dos direitos humanos universais. A lógica inerente ao multiculturalismo garante aos grupos o direito incondicional de preservar as suas tradições culturais, mesmo que isso custe a minimização dos direitos humanos individuais. Por sua vez, a lógica da universalidade dos direitos humanos pressupõe que a diferença cultural só pode ser quando respeitar o valor moral que existe e é próprio aos indivíduos, da forma como foi incorporado às normas dos direitos humanos universais. A princípio, o multiculturalismo é o inimigo dos direitos humanos.³⁶⁸

Na recente história dos Direitos Humanos as duas posições ficaram muito bem definidas como pertencentes a grupos específicos no globo terrestre. Assim, na consideração dos direitos humanos, os ocidentais têm privilegiado costumeiramente o enfoque individualista, dando mais importância às liberdades fundamentais, enquanto a parte oriental e socialista do planeta mantém o enfoque coletivista, relevando os direitos sociais e econômicos. Mesmo com a aparente dissonância que até certo ponto até se apresenta como um fator de segregação, pode-se dizer que os argumentos possuem como causa final, na essência, os mesmos objetivos.³⁶⁹

Nessa visão, o pluralismo cultural, que representa conseqüentemente uma pluralidade de morais, tem como argumento principal a impossibilidade de se considerar a moral um dado universal. Diante disso, é imperioso que as diferenças entre os sistemas culturais apresentados em todas as sociedades e baseados nas suas próprias morais sejam incondicionalmente respeitadas. A parte difícil dessa história é a pesada tarefa de compreender as práticas internacionais de forma exterior ao horizonte de significação próprio daquele que busca a compreensão.³⁷⁰

Não se pode negar que grande parte da discussão dos Direitos Humanos, com exceção de discussões provenientes de um conflito bélico, gira em torno do projeto de reafirmação das

³⁶⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 238.

³⁶⁸ KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 218.

³⁶⁹ ALVES, José Augusto Lindgren. Os direitos humanos como tema global. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Brasília, DF, v. 45, n. 77/78, jan./mar. 1992. p 47.

³⁷⁰ SANTOS, Daniela Cordovil Corrêa dos. Antropologia e Direitos Humanos no Brasil. In: LIMA, Roberto Kant de (Org.). *Antropologia e Direitos Humanos 2*. Brasília: Associação Brasileira de Antropologia; Rio de Janeiro: Fundação Ford; Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2003. pp. 11-36.

práticas singulares de uma cultura frente ao próprio sistema inventado, construído e disseminado como universal. Vários são os possíveis exemplos nesse caso e que envolvem desde países com pouquíssima tradição na esfera dos direitos humanos até países que são o berço desses direitos. A questão do uso de roupas de tradição religiosa na França, a utilização do símbolo cristão da cruz nas repartições públicas na Itália, os direitos dos detentos no Campo de Detenção da Baía de Guantánamo, os direitos dos turcos na Alemanha, a prática da clitorectomia e da mutilação genital feminina são alguns exemplos que podem ser citados. Esses são exemplos pontuais, mas por meio de uma análise um pouco mais profunda, poder-se-á observar, por exemplo, que as diferenças de padrões morais e culturais entre o islamismo, hinduísmo e o mundo ocidental induzem a outros tantos exemplos.³⁷¹

Para alguns autores, “os valores encontrados nas distintas culturas devem ser submetidos ao crivo de critérios racionais, que se encontram definidos pelo imperativo categórico, para que se possa averiguar quais deles originam-se na experiência sociocultural objetiva, representando características comuns dos seres humanos.”³⁷² Claro, essa submissão é o mais puro retrato do etnocentrismo, uma vez que a concepção de critérios racionais é maximamente cara à tradição ocidental, inclusive embasada no idealismo do imperativo categórico kantiano, como já foi ressaltado neste trabalho.

Em termos analíticos e didáticos, sustenta-se que existem três tipos de relativismos. Cada qual contesta a ideia dos direitos humanos como universais de maneira levemente diferente. Há, então, o relativismo antropológico, o relativismo epistemológico e o relativismo cultural. O primeiro é aquele que “fica prisioneiro da constatação empírica de que a característica da sociedade humana é o multiculturalismo, que se expressa através de diversos sistemas morais e jurídicos, não havendo, portanto, possibilidade de existir valores e categorias universais.”³⁷³; o segundo tipo de relativismo “afirma a impossibilidade de se produzir um discurso ético

³⁷¹ Vale ressaltar que “[...] Muitos europeus passaram a acreditar tanto que os muçulmanos podem resistir à “atração gravitacional” dos valores liberais-democráticos, quanto que as salvaguardas de direitos humanos existentes são insuficientes para evitar que o multiculturalismo seja abusado por lideranças Muçulmanas para perpetuar práticas não-liberais. E realmente houve vários casos notáveis na Europa nos quais o governo pareceu inapto ou indesejoso de proteger meninas ou mulheres contra o abuso nas comunidades muçulmanas de imigrantes. Como um resultado, o apoio ao multiculturalismo foi abandonado em muitos países da Europa nos quais os muçulmanos são vistos como os principais demandantes do multiculturalismo. KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 242.

³⁷² BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 253.

³⁷³ *Ibidem*. pp. 08-09.

e, portanto, dotado de características universais, que seja transcultural”³⁷⁴; por fim, o relativismo cultural “sustenta o argumento aceitável de que as particularidades culturais exercem um papel determinante na forma sob a qual os valores assegurados pelos direitos humanos irão formalizar-se”.³⁷⁵

Parece estar evidente que o debate sobre a universalidade está estritamente ligado à questão do multiculturalismo. Inclusive, a própria Declaração de 1948 foi fundamentada em um projeto criado por um grupo de filósofos, cientistas, juristas e intelectuais, a pedido da UNESCO, no qual houve o estabelecimento de limites no debate acerca da universalidade dos direitos humanos. Nesse sentido, esses participantes do grupo chegaram à concordância de que a questão dos direitos humanos deveria ficar ligada aos mecanismos garantidores desses direitos. Maritain, relator do texto final, afirma que isso aconteceu porque não se poderia chegar a uma plena concordância sobre os fundamentos dos direitos humanos, dadas as distintas concepções religiosas, culturais e políticas sobre a natureza da pessoa humana e da sociedade.³⁷⁶

Entretanto, deve-se atentar para o fato de que tal classificação não auxilia na compreensão do tema. Além disso, não há como desmembrar, por exemplo, o viés cultural do viés antropológico, até mesmo porque a análise antropológica não se atém apenas às constatações empíricas e, sobretudo, qualquer análise antropológica tem contornos e conteúdos eminentemente culturais.

Jack Donnelly propõe outra classificação. Ele define três tipos de relativismos culturais: o radical, o forte e o fraco. O primeiro é aquele que “concebe a cultura como a única fonte de validade de um direito ou regra moral.” O segundo “acredita que a cultura é a principal fonte de validade de um direito ou regra moral.” Por fim, “um relativismo cultural fraco, por sua vez, sustenta que a cultura pode ser uma importante fonte de validade de um direito ou regra moral”.³⁷⁷

³⁷⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 08-09.

³⁷⁵ Ibidem. p. 08-09.

³⁷⁶ MARITAIN, Jacques. “Introdução”, in: *Los Derechos Del Hombre*. Barcelona: Editorial Laia, 1976; BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*, p 236.

³⁷⁷ DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Ithaca: Cornell University Press, 1989. pp. 109-110. Para Barreto, por exemplo, “O acordo entre culturas diferenciadas somente seria possível em torno de um conjunto de direitos mínimos e, principalmente, de mecanismos de controle garantidores dos direitos consagrados pelos estados signatários da Declaração.” BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 236.

Seja na primeira classificação, seja na segunda, o fato é que ambas valem-se de aspectos culturais para evidenciar a necessidade de se voltar atenção à cultura na observação dos direitos pretensamente universais. Como dito outrora, os instrumentos internacionais de direitos humanos partem, claramente, do pressuposto universalista. Não é difícil constatar isso a partir da estruturação linguística desses instrumentos. Expressões como “todos”, “todas”, “ninguém” deixam claro a tentativa de se assegurar a proteção universal dos direitos e liberdades fundamentais.

A leitura que se faz desses aspectos é que na Declaração Universal, por exemplo:

“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. Para dialogar com Jack Donnelly, poder-se-ia sustentar a existência de diversos graus de universalismos, a depender do alcance do ‘mínimo ético irreduzível’. No entanto, a defesa, por si só, desse mínimo ético, independentemente de seu alcance, apontará para a corrente universalista – seja um universalismo radical, forte ou fraco.”³⁷⁸

Uma questão muito interessante que pode ser levantada a partir dessa perspectiva é o conflito dessa tentativa de garantia desses direitos universais em face ao direito de exercício da própria cultura, que também é lido como um direito fundamental e constante no que é considerada a orientação dos Direitos Humanos pós-Segunda Guerra, Declaração Universal. Esse conflito retorna ao âmago de toda a discussão: é possível que as culturas tenham respeitadas suas tradições, morais e práticas, as identidades dos indivíduos e a sua relação com o outro semelhante cultural, uma vez que se foi estabelecido um sistema de moral único sob os preceitos de ditames universais?

O “mínimo ético irreduzível” serviria como resposta a essa pergunta. Significaria dizer que a humanidade, em toda esfera assim reconhecida, comunga de direitos que são a ela direcionados. Consequentemente, a própria ideia de dignidade humana seria a mesma em qualquer parte do planeta. Há pouco tempo, essa afirmação poderia não representar um problema por dois motivos: primeiro, porque o alcance dos mecanismos e dos debates sobre direitos humanos eram extremamente limitados; em segundo lugar, porque a concepção de dignidade da pessoa humana era negada a vários grupos de pessoas, pois nem todas as pessoas eram humanas. Contudo, recentemente, esse argumento é encarado pelo discurso relativista

³⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 155.

como uma pretensão do imperialismo cultural ocidental, pois reflete estritamente a supervalorização dos valores e crenças que são particulares a essa parte do mundo. Esse reflexo apresenta-se como um obstáculo intransponível à observação da diversidade cultural, ao respeito pelo outro enquanto sujeito significativo e autônomo.³⁷⁹

Alguns autores desenvolvem conceitos que têm sido considerados por eles valores morais universais. Inclusive, cabe destacar que esses autores até pertencem a correntes filosóficas distintas. Por exemplo, Hart, que define um conteúdo mínimo de direito natural³⁸⁰, Walzer, que aponta para uma exigência de direitos à vida, liberdade e satisfação de necessidades humanas básicas³⁸¹, Rawls, que constrói a questão dos bens primários³⁸² e Apel, que apresenta o princípio consensualista da justiça³⁸³. Assim, esses autores buscam em critérios e valores universais para tentar resolver conflitos morais e jurídicos numa sociedade com diversidade cultural.

Para Flávia Piovesan, a Declaração de Viena, que foi adotada em 1993, tentou estabelecer em seu §5º a universalidade como ponto jurídico dado.³⁸⁴ Apesar de ter levado em conta algumas particularidades, os direitos do homem e liberdade fundamentais sobrepujaram o fundamento de quaisquer outros direitos.³⁸⁵

Na sessão de abertura da Conferência de Viena, em junho de 1993, o Secretário de Estado dos Estados Unidos, Warren Christopher discursou da seguinte maneira:

Que cada um de nós venha de diferentes culturas, não absolve nenhum de nós da obrigação de cumprir a Declaração Universal. Tortura, estupro, antissemitismo, detenção arbitrária, limpeza étnica e desaparecimentos políticos – nenhum destes atos é tolerado por qualquer crença, credo ou cultura que respeita a humanidade. Nem mesmo podem ser eles justificados como demandas de um desenvolvimento econômico ou expediente político. Nós respeitamos as características religiosas, sociais e culturais que fazem cada país único. Mas nós não podemos deixar com que

³⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156.

³⁸⁰ HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1972.

³⁸¹ WALZER, Michel. *Thick and Thin*. Notre Dame/London: University of Notre Dame Press, 1994.

³⁸² RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. e _____. *Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000. .

³⁸³ APEL, Karl-Otto. “O problema do multiculturalismo à luz da ética do discurso”. In: *Ethica, Cadernos Acadêmicos*, vol. 7, n.1, 2000.

³⁸⁴ Artigo 5º - Todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. Embora se devam ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas político, econômico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais. Texto disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html> acessado em 5 de jan de 2011.

³⁸⁵ PIOVESAN, op. Cit. p. 156.

o relativismo cultural se transforme em refúgio para a repressão. Os princípios universais da Declaração da ONU colocam os indivíduos em primeiro lugar. Nós rejeitamos qualquer tentativa de qualquer Estado de relegar seus cidadãos a um status menor de dignidade humana. Não há contradição entre os princípios universais da Declaração da ONU e as culturas que enriquecem a comunidade internacional. O abismo real repousa entre as cínicas escusas de regimes opressivos e a sincera aspiração de seu povo.³⁸⁶

Por meio do discurso apresentado pelo representante norte-americano fica evidente a tentativa de dar importância a todos os direitos humanos, inclusive do próprio respeito à cultura. Entretanto, a importância maior e universalizante dada aos valores considerados por aquele país ficam explícitos no discurso. Além disso, os exemplos práticos nos quais o discurso é construído por intermédio de atos, parecem ir de encontro ao discurso teórico, basta lembrar as Guerras da Coreia, Vietnam, Golfo e, posteriormente, Kosovo.

Para A. A. Cançado Trindade, a Declaração de Viena foi o momento em que se compreendeu que a universalidade é enriquecida pela diversidade cultural. Além disso, esta não poderia nunca ser utilizada para justificar a denegação ou violação dos direitos humanos.³⁸⁷ Para José Augusto Lindgren Alves,

Conseguiu, sim um triunfo conceitual, com repercussões normativas extraordinárias, que independe da Assembléia Geral da ONU: a reafirmação da universalidade dos direitos humanos acima de quaisquer particularismos. Se recordarmos que a Declaração Universal, de 1948, foi adotada, por voto, com abstenções, num foro então composto por apenas 56 países, e levarmos em conta que a Declaração de Viena é consensual, envolvendo 171 Estados, a maioria dos quais eram colônias no final dos anos 40, entenderemos que foi em Viena, em 1993, que se logrou conferir caráter efetivamente universal àquele primeiro grande documento internacional definidor dos direitos humanos.³⁸⁸

Esse mesmo autor acrescenta em outra obra:

Em vista de tais posturas, foi um tento extraordinário da Conferência de Viena conseguir superar o relativismo cultural ou religioso ao afirmar, no art. 1º da Declaração: ‘ A natureza universal de tais direitos não admite dúvidas’. Quanto às peculiaridades de cada cultura, são elas tratadas convenientemente no art. 5º, onde se declara que as particularidades históricas, culturais e religiosas devem ser levadas em consideração, mas os Estados têm o dever de promover e proteger todos os direitos humanos independentemente dos respectivos sistemas.³⁸⁹

³⁸⁶ Vienna Declaration. UNdoc A/CONF, 157/22, 6 July 1993, Sec. I.

³⁸⁷ CANÇADO TRINDADE, A. A. A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras. In: *Temas de política externa brasileira II*. v. 1. 1994. p. 173.

³⁸⁸ ALVES, José Augusto Lindgren. Abstencionismo e intervencionismo no sistema de proteção das Nações Unidas aos direitos humanos. *Política Externa*. v. 3, n. 1, p. 105.

³⁸⁹ ALVES, José Augusto Lindgren. O significado político da Conferência de Viena sobre os direitos humanos, *Revista dos Tribunais*, n. 173, p. 286.

Kymlicka lembra que várias objeções foram feitas com relação ao multiculturalismo e os direitos das minorias. Segundo o autor, existem várias críticas no sentido de que os direitos das minorias conflitariam com os direitos humanos e que a disseminação do multiculturalismo ameaçaria provocar uma “erosão no renhido sucesso do movimento dos direitos humanos. De acordo com Alain Finkelkraut, por exemplo, a aceitação do multiculturalismo pela ONU envolveu o abandono do universalismo Iluminista em prol do relativismo cultural.”³⁹⁰

Apesar de ser considerada por alguns um grande avanço na consolidação da universalidade no plano dos direitos humanos, a Declaração de Viena, de fato, resignificou na teoria a questão da universalidade. Porém, a mera alusão teórica numa retórica jurídica não é capaz de mudar os comportamentos e as demandas dos indivíduos. Elas precisam assumir a dimensão da prática e produzirem efeitos. Além disso, o tratamento conveniente que a pluralidade cultural pode receber não se resume a um dispositivo normativo que prevê a sua consideração, porém desconsiderando-a.

Cabem elucidar mais alguns aspectos do relativismo. Contra o argumento particularista, várias críticas são tecidas. Uma delas é no sentido de que a própria observação antropológica “demonstra que algumas necessidades humanas são universais, e não meramente, locais, em seu caráter, podendo ser classificadas de necessidades comuns a todos os grupos sociais ou ‘humanas’.”³⁹¹ Além disso, e em consequência dessa lógica de reflexão, existem, também, valores que satisfazem as necessidades comuns de toda humanidade. “O sentimento de afeição, a necessidade de cooperação, encontrada em todas as culturas, a identificação do status do indivíduo na comunidade e a ajuda para quem se encontra em necessidade são exemplos de que existem características comuns do ser humano, que ultrapassam os limites das fronteiras culturais.”³⁹²

De fato, a antropologia tem mostrado que certas práticas são recorrentes e presentes em todas as culturas até então conhecidas e estudadas. Práticas sociais como o “casamento”, os funerais, cooperação, rituais de passagem são encontrados na grande maioria das sociedades. Se analisados, essas ou outras práticas e valores, afastando seu conteúdo, a conclusão de que

³⁹⁰ KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 217. Por exemplo, para o autor, os direitos das minorias e dos povos indígenas são uma parte inseparável de uma estrutura mais ampla de direitos humanos e operam dentro dos seus limites.

³⁹¹ BARRETO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos *humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 240. Para mais nesse sentido, ver: PERRY, Michael. *The Idea of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 66.

³⁹² *Ibidem*. p. 240.

são universais se sustenta. Mas se analisados de uma perspectiva conteudística, essa generalização cai por terra. O “casamento”, por exemplo, tem diferentes significados nas mais diversas culturas. A necessidade de cooperação também. Por exemplo, um jovem recém-chegado à puberdade em algumas tribos indígenas é levado pela tradição a passar um determinado período de tempo sozinho na selva, buscando comida ou se defendendo dos perigos selvagens, para que seja considerado adulto. Para a observação de um indivíduo que não faz parte daquela cultura, a melhor cooperação seria auxiliar o jovem que está desprotegido na selva. Já para a observação de um indivíduo pertencente àquela tribo referida, a melhor cooperação é não auxiliar o jovem, de modo que ele possa atravessar o ritual e ganhar o respeito da tribo.

Parekh também observa acerca de características possíveis de serem constatadas em geral:

E essas características são observadas em todas as sociedades: todo ser humano tem capacidade de pensar, raciocinar, utilizar a linguagem para comunicar-se, de escolher, de julgar, de sonhar, de imaginar projetos de uma vida plena e, principalmente, de estabelecer relações com os seus semelhantes, pautadas em critérios morais. Essas características do ser humano não lhe são inatas, mas são por ele apreendidas no convívio social e, por sua vez, a prática dessas habilidades é que irá alterar nossa análise que permite afirmar-se que é graças a essas habilidades e capacidades é que o ser humano não somente pertence, como, aliás, os animais, a uma espécie comum, mas, principalmente, que integram, potencialmente, uma comunidade universal.³⁹³

Nesse sentido, é temeroso dizer que existem práticas e valores universais, pois ambos são delineados e sedimentados pela cultura. A pluralidade das culturas é que fazem com que essas práticas tenham sentido e significado diversos.

Em vista de ser considerada marco na discussão da universalidade, é importante destacar que Jack Donnelly considera que a Declaração de Viena acolheu o fraco relativismo cultural ou forte universalismo. Segundo ele, é possível a consideração de um fraco relativismo cultural. Isto significa que podem-se permitir variações culturais no modo e na interpretação de direitos humanos, em grau limitado. Contudo, não se pode abrir mão da sua universalidade moral e fundamental. Ele define “os direitos humanos são, para usar uma apropriada frase paradoxal, relativamente universais”.³⁹⁴

³⁹³ PAREKH, Bhikhu. “Non-ethnocentric universalism”. In: *Human Rights in Global Politics*, DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. (eds.). Cambridge: University Press, Cambridge, 1999. p. 144.

³⁹⁴ DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Ithaca: Cornell University Press, 1989. p. 124.

Vale ressaltar que, no sentido ético, os direitos normalmente são vistos como companheiros universais da natureza humana. Essa visão é delineada tanto em regimes democráticos quanto em totalitários, tanto em Estados do Primeiro Mundo adormecido quanto nos revolucionários ou reacionários do Terceiro. A questão é que os contratos sociais, as declarações universais e locais, a legislação e as decisões judiciais, as comissões e os tribunais constituem apenas expressões de seu caráter histórico. A historicidade é capital no presente dos direitos. Eles são representantes de primeira ordem da construção histórica de uma sociedade.³⁹⁵

Assim, é possível concluir que os direitos são “criações da interpretação imaginativa de uma determinada história política, jurídica e moral. Exibem coerência em estilo, consistência em princípio e estabilidade ao longo do tempo e são dotados de uma determinada força intelectual ou ‘influência gravitacional’”.³⁹⁶

Tomando isso em consideração, a fortaleza argumentativa do culturalismo é afirmar que todas as culturas são incompletas e têm entendimentos diferentes de dignidade humana³⁹⁷, apoiando-se, cada uma, em seu respectivo conjunto de preceitos, que atuam como universais para aquela cultura. Nesse sentido, não é possível falar em moral universal e, conseqüentemente, não é possível falar em direitos universais, ainda que se considere um núcleo essencial. Em verdade, esse núcleo de direitos universais que representa o mínimo ético irreduzível parece ser o último suspiro do universalismo frente às demandas relativistas.

Assim, com base na estrutura do mínimo ético, vale dizer que é necessário não se abstrair das realidades sociais se há pretensão de construção de um argumento universalista não estritamente ligado ao monismo moral. Neste sentido é que para Benhabib, a construção do argumento do mínimo universal situa-se no reconhecimento de que se pode chegar a algumas características comuns dos seres humanos, que serviriam de fundamento para estabelecer uma sociedade assentada nos seus próprios laços. Assim, as características comuns dos seres humanos, somente poderia acontecer por intermédio de um diálogo intercultural, a ser realizado no contexto de uma democracia deliberativa.³⁹⁸

³⁹⁵ DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 358.

³⁹⁶ Ibidem. p. 254.

³⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 254.

³⁹⁸ BENHABIB, Seyla. *The Claims of Culture*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2002.

Douzinas lembra que

Como prática institucional, os direitos humanos geralmente expressam a imaginação da sociedade mundial única e homogênea, na qual a extensão de igualdade formal e liberdade negativa e a globalização do capitalismo ocidental e do consumismo irão equalizar a sociedade com sua imagem “ideal” esboçada por governos e especialistas em Direito Internacional. Os direitos humanos institucionalizados são mobilizados em nome de uma cultura global, cujos valores e princípios constituem uma tentativa de enclausurar sociedades e impor a elas uma lógica única.³⁹⁹

A pergunta que se impõe aqui é: “Será que pode haver uma ética que respeite o pluralismo de valores e comunidades?”⁴⁰⁰ Diante de tudo o que foi argumentado, a resposta é não. As idéias de única ética, únicos valores, únicos direitos perfeitamente acabados para todos os indivíduos neutralizam a concepção verdadeira, não no sentido único da palavra, de pluralidade.

Aponta Patrick Wachsmann dizendo que “Deve-se recordar que a introdução dos direitos humanos está enraizada na filosofia política ocidental escrita em tais textos básicos das revoluções britânicas, americanas e francesas.”⁴⁰¹ Em explicitação posterior o mesmo autor afirma que “O fundamental é que em caso de conflito, os valores individualistas sejam sempre preponderantes em última instância.”⁴⁰² Acrescenta ainda que “É claro (...) que a concepção ocidental parte da idéia que existe uma igual dignidade de cada ser humano, gerando os direitos em consideração aos outros e especialmente aos detentores do poder.”⁴⁰³

A concepção multicultural de direitos humanos, fruto do relativismo, tem como pressuposto o diálogo entre culturas, proporcionando um multiculturalismo emancipatório. Boaventura de Sousa Santos argumenta que os direitos humanos precisam ser reconceptualizados como multiculturais. Segundo ele, “o multiculturalismo [...] é condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a

³⁹⁹ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 379.

⁴⁰⁰ Ibidem. p. 30.

⁴⁰¹ PATRICK, Wachsmann. *Les droits de l’homme*. 4. ed. Paris: Éditions Dalloz, 2002. p. 40. Tradução livre do original: “On a rappelé en introduction que les droits de l’homme trouvent leur origine dans la philosophie politique occidentale inscrite notamment dans les textes fondamentaux issus des révolutions britannique, américaine et française.”

⁴⁰² Ibidem. p. 43. Tradução livre do original: “L’essentiel est qu’en cas de conflit, les valeurs individualistes soient toujours prépondérantes en dernière instance.”

⁴⁰³ Ibidem. p. 44. Tradução livre do original: “Il est clair (...) que la conception occidentale part de l’idée qu’existe une égale dignité de chaque être humain, génératrice de droits à l’égard d’autrui et en particulier à l’égard des détenteurs du pouvoir”.

legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo”.⁴⁰⁴

Para Boaventura, os direitos humanos precisam passar por uma reforma cosmopolita. Em outras palavras, essa reforma busca o diálogo entre as culturas a partir da compreensão dessas próprias culturas de que elas são tão incompletas quanto distintas. Essa consciência de incompletude abriria espaço para um diálogo intercultural.⁴⁰⁵

A discussão do multiculturalismo e da diversidade cultural também passa pela questão da percepção do outro, enquanto agente e paciente de uma cultura diversa à que propõe a abertura e o diálogo. Essa abertura é inegociável se há pretensão de estabelecer a conexão entre as culturas. Lembre-se que quase nunca essa percepção se faz de modo claro, e os fatores que impossibilitam ou sobrepujam a eventual possibilidade deste diálogo são muito bem apresentadas por Max Weber em *Economia e Sociedade*⁴⁰⁶. Na mesma medida, é preciso pontuar que “o tempo do diálogo intercultural não pode ser estabelecido unilateralmente (...) pertence a cada comunidade cultural decidir quando está pronta para o diálogo intercultural.”

407

Outros autores sustentam uma visão em que se deve predominar a perspectiva multicultural, ou seja, relativista dos Direitos Humanos. Cada autor encontra o seu caminho específico para tentar estabelecer o diálogo entre o preceito doutrinário da universalidade e respeito necessário e inegociável à cultura de cada sociedade.

Bhikhu Parekh argumenta sobre um universalismo pluralista. Esse universalismo teria como característica o fato de ser baseado no diálogo intercultural e não ser etnocêntrico. O diálogo, segundo o autor, serviria para alcançar um catálogo de valores que tenha a concordância de todos os interlocutores. A questão nesse constructo teórico consiste não em descobrir quais valores poderiam ser, de fato, universais, por falta de fundamento objetivo, mas, sim, buscar um consenso em torno deles. Para Parekh, como os valores são escolhas coletivas e não podem ser racionalmente demonstrados, devem ser objeto de um consenso racionalmente defensável. “É possível e necessário desenvolver um catálogo de valores

⁴⁰⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Lua Nova*, v. 39. p. 112.

⁴⁰⁵ Ibidem. p. 114.

⁴⁰⁶ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: UnB, 1999. vols. 1 e 2.

⁴⁰⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 270.

universais não etnocêntricos, por meio de um diálogo intercultural aberto, no qual os participantes decidam quais os valores a serem respeitados. [...] Esta posição poderia ser classificada como um universalismo pluralista”.⁴⁰⁸

Joaquín Herrera Flores apresenta a ideia de um universalismo de confluência. No mesmo sentido de Parekh, Flores argumenta que:

Nossa visão complexa dos direitos baseia-se em uma racionalidade de resistência. Uma racionalidade que não nega que é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas a direitos. [...] O que negamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal há que se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes de) um processo conflitivo, discurso de diálogo [...]. Falamos de entrecruzamento e não de uma mera superposição de propostas.⁴⁰⁹

Atualmente, grande parte dessa construção em torno do relativismo cultural é elaborada com interlocutores relativamente bem definidos. Quer dizer, os maiores expoentes desse diálogo são os países asiáticos e africanos e suas tradições religiosas. Não há como negar que a religião é um elemento íntimo na composição desse conflito entre universalidade e particularismo cultural.⁴¹⁰ A título de exemplo, bastaria citar as diferenças de padrões morais e culturais entre o islamismo e o hinduísmo e o mundo ocidental, no que tange ao movimento de Direitos Humanos.⁴¹¹ Apesar de não ser completamente correto, não é rara a argumentação que coloca o Islã como o principal grupo que ainda tem dificuldade para aceitação jurídica dos direitos estabelecidos na Declaração Universal e sua adaptação às legislações e práticas nacionais, devido às regras da lei corânica.⁴¹²

Grande parte dessa crítica, por exemplo, advém da questão do gênero que tem tomado cada vez mais espaço nos debates sobre direitos humanos, com substância etnocêntrica. Para Comparato, esse problema é ampliado pela negação do direito à diferença e recusa de

⁴⁰⁸ PAREKH, Bhikhu. Non-ethnocentric universalism. In.: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. *Human rights inm global politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. pp. 139-140.

⁴⁰⁹ FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. *Revista direito e democracia*. Vol. 4, n.2, Canoas: Editora Ulbra, 2003. p. 7.

⁴¹⁰ Sobre o diálogo entre as culturas, Amartya Sen desenvolve um estudo sob a perspectiva dos valores asiáticos, ver: SEN, Amartya. Human rights and Asian Values. *The New Republic* 33-40. July 14, 1997. Sobre multiculturalismo e religiões, ver: AN-NA’IM, Abdullah Ahmed. Human rights in the Muslim World. . 3 *Harvard Human Rights Journal*, 13, 1990. Ainda: BALDI, César Augusto. *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*, especificamente: CHANDRA, Muzaffar. Islã e direitos humanos; KEOWN, Damien. Budismo e direitos humanos; WEIMING, Tu. Os direitos humanos como um discurso moral confuciano.

⁴¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 153.

⁴¹² ALVES, José Augusto Lindgren. Os direitos humanos como tema global. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Brasília, DF, v. 45, n. 77/78, jan./mar. 1992, p. 47.

reconhecimento do feminino. Segundo ele, essas situações estariam fundamentadas em “tradições culturais eticamente indefensáveis e tanto mais perigosas quanto são assimiladas, pelas próprias mulheres, como normas de proteção de suas peculiaridades, por parte dos homens que desde sempre as subjagam e exploram.”⁴¹³

Nesse mesmo sentido, Comparato argumenta ainda que

Existem, de fato, com frequência, costumes sociais ou tradições religiosas que ofendem a pessoa humana. É o caso, para ficarmos só num exemplo, da ablação ritual do clitóris, largamente praticada na África subsaariana, no Oriente Próximo e no sudeste asiático. Atualmente, estima-se que essa mutilação genital atinge de 100 a 140 milhões de mulheres no mundo. Segundo a Agência das Nações Unidas para a Infância – UNICEF – essa mutilação genital afeta mais de dois milhões de meninas por ano, causando 15 % de mortes e provocando graves infecções, além de traumas psicológicos permanentes.⁴¹⁴

Jack Donnelly ao criticar as práticas culturais defende que atos como “tortura, desaparecimento, detenção e prisão arbitrária, racismo, antissemitismo, repressão a sindicatos e Igrejas, miséria, analfabetismo e doenças” não podem ser aceitos em nome da diversidade ou respeito a tradições culturais, não devendo estes atos ser respeitados ainda que sejam tradições.⁴¹⁵

Cabe ressaltar que não é possível analisar abstratamente uma prática ou uma tradição sem fazer qualquer ligação com o seu contexto histórico. Assim como para o Direito, de forma geral, o processo de chegada às decisões depende de um conjunto de fatores únicos de cada caso apresentado à jurisdição, buscando a decisão correta, no caso dos direitos humanos a necessidade de exame minucioso de tudo o que circunda o caso é ainda maior, especialmente, porque a gama de fatores envolvidos é imensa.

Além disso, é imperioso destacar que por mais inaceitável que uma prática possa parecer às lentes da cultura ocidental, ela não pode ser assimilada sob a lógica dessa. Esse processo de distanciamento das práticas culturais alheias, isto é, de afastamento das lentes da própria cultura para que se possa enxergar minuciosamente a cultura do outro. Como visto, as práticas culturais socializam o indivíduo, inventam significados e produzem suas identidades. Obviamente, não se está a dizer que quaisquer práticas sob o manto do discurso cultural

⁴¹³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 302.

⁴¹⁴ Ibidem. p. 304.

⁴¹⁵ DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Ithaca: Cornell University Press, 1989. p. 235.

devem ser aceitas e chanceladas, mas é necessário maior cautela na análise da negação do processo cultural.

Essa é certamente a crítica mais contundente ao particularismo ou relativismo cultural. Em vários episódios que envolviam os direitos humanos, o argumento da particularidade cultural foi utilizado para proteger uma série de atrocidades contra a humanidade. É interessante notar que da mesma forma que a universalidade também já foi utilizada amiúde com esse propósito, só que com a lógica diferente, isto é, de negação da universalidade e humanidade a determinados grupos, as particularidades culturais também foram estratégias para que a particularidade fosse tão particular que também retirasse do indivíduo a sua condição de humano.

É evidente que embora os tipos de direitos das minorias que estão sendo, de fato, adotados nas democracias Ocidentais e que agora são cada vez mais cultuados nas normas internacionais possuem raízes no *ethos* dos direitos humanos e dos valores liberais-democráticos, é plenamente observável que alguns líderes ou pensadores tentam deturpar o multiculturalismo para seus próprios propósitos não-liberais.⁴¹⁶

Nesse sentido, Piovesan aponta que para os universalistas, a posição relativista apresenta-se como o esforço de justificar graves violações dos direitos humanos com fundamento na ideia relativista. Esse fundamento, conseqüentemente, visa retirar do argumentador relativista a possibilidade de um controle internacional das suas práticas. Isso vai de encontro à ideia dos universalistas que o valor da dignidade da pessoa humana seria uma exigência do mundo contemporâneo. Além disso, há o argumento eminentemente jurídico que caminha no sentido de que a opção de ratificação dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos é uma manifestação de respeito a tais direitos. Sendo assim, não poderia haver isenção do controle da comunidade internacional na hipótese de violação desses direitos e, portanto de descumprimento de obrigações internacionais.⁴¹⁷

Douzinas aponta um exemplo que revela a necessidade de se atentar para o caso-a-caso e evitar a generalização abstrata dos discursos relativistas. Nesse sentido:

Quando o primeiro ministro malaio, Mahathir Mohamad, criticou a Declaração Universal porque ela “fora formulada por super potências que não compreendem as

⁴¹⁶ KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 218.

⁴¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156.

necessidades dos países pobres”, acrescentando que o Ocidente “preferia ver pessoas passando fome a permitir um governo estável. Eles preferiam ter seu governo perseguindo manifestantes nas ruas (...) existem outras coisas nos direitos humanos além de mera liberdade individual”,⁴¹⁸ ele estava expressando não a sua tradição cultural, mas a sua consternação pelo fato de que os direitos humanos talvez fossem usados em oposição ao seu regime, um dos mais opressores do mundo.

Em consequência, os Direitos Humanos passam a ser vistos como um discurso não determinado de legitimação do Estado. Também, podem ser vistos como retórica vazia e sem fundamento da rebelião, tornando-se um discurso frágil, pois pode ser tranquilamente abarcado por quaisquer tipos de oposição, minorias, líderes religiosos e ditadores que não têm como escopo a humanização de Estados repressivos, senão a perpetuação de regimes homicidas.⁴¹⁹

Assim, fica evidente que na pragmática do poder internacional, até mesmo a posição “relativista” tem suas peculiaridades. Essa posição dos direitos humanos na China não significa a mesma coisa que direitos humanos nos Estados Unidos, argumento, inclusive, que é muito utilizado por parte daqueles que defendem a preponderância do particularismo. Nesse sentido, fica clara a forma como o uso da categoria “direitos humanos” é feita no âmbito interno de um conflito pragmático entre dois poderosos Estados nacionais. Mesmo com essa disparidade do uso do discurso relativista, a categoria, em sua pretensão universalista, não é descartada. O que se conclui é que, muitas vezes, esse discurso universalista é simplesmente posto como não aplicável em diferentes contextos, da mesma maneira em contextos distintos, em culturas diferentes. “Aqui também é interessante ver como um dirigente estatal lança mão, implicitamente, da diferença de cultura como uma maneira de legitimar a própria forma em que o poder é exercido pelo Estado sobre a sua população.”⁴²⁰

Um bom exemplo disso é dado por Niebieskikwiat acerca da desesperadora e inédita situação dos presos de Guantánamo. Essa situação pode ser entendida no marco da nova política exterior empreendida pelo ex-presidente dos Estados Unidos. George W. Bush. Ela representa uma cruzada de invasão, mudança de regimes, ocupação e imposição da

⁴¹⁸ Marks, “From the ‘Single Confused Page’ to the ‘Decalogue for Six Billion Persons: ‘The roots of the Universal Declaration of Human Rights in the French Revolution’”, 20, *Human Rights Quarterly*, 1998. p. 461 *apud* DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 149.

⁴¹⁹ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 129.

⁴²⁰ RIBEIRO, Gustavo Lins. “Cultura, direitos humanos e poder. Mais além do império e dos humanos direitos. Por um universalismo heteroglóssico”. In: FONSECA, Claudia., TERTO JR, Veriano., e ALVES, Caleb Faria et al. *Antropologia, diversidade e direitos humanos: Diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 43.

democracia liberal tal como entenderam o ex-presidente e os falcões da Casa Branca. Cabe ressaltar, como lembra a autora, que em Guantánamo, os indivíduos não são tratados como “prisioneiros de guerra”, pois isto teria que implicar nas proteções e respeito aos direitos previstos na Convenção de Genebra. De outro lado, são tratados como “delinqüentes” ou “criminosos”, o que importaria no direito a um juízo rápido e justo frente a um jurado imparcial, informação sobre as acusações que pesam contra eles, além de um advogado que os defenda.⁴²¹

Kymlicka também pondera que:

[...] De acordo com críticos como Finkelkraut, a ONU está agora comprometida com a visão de que as normas de multiculturalismo “pesam mais do que os direitos do homem”. Na realidade, a posição da ONU é justamente a contrária. Por exemplo, a Declaração sobre a Diversidade Cultural da UNESCO, de 2001, estatui que “ninguém pode invocar a diversidade cultural para infringir os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu exercício (Artigo 4). Similarmente, a Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes as Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas estatui que quaisquer direitos ou deveres reconhecidos na Declaração “não podem prejudicar o gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais universalmente reconhecidos a todas as pessoas” (Artigo 8.2). A Convenção dos Direitos dos Povos Indígenas da Organização Internacional do Trabalho, de 1989, diz que o direito dos povos indígenas de manter suas práticas culturais deve ser respeitado “naquilo em que não for[em] incompatível[íveis] com os direitos fundamentais definidos pelo sistema legal nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”(Artigo 8.2) [...] a ONU e os seus órgãos afiliados endossam o multiculturalismo como um suplemento e uma expansão dos direitos humanos universais, não como seu abandono ou violação.⁴²²

Universalismo e Relativismo são, no fundo, dois lados da mesma moeda. É importante ressaltar que nenhuma das duas visões são isentas de críticas. Pelo contrário, ambas suscitam reflexões contundentes.

Dessa forma, o discurso relativista pode servir a duas intenções e realidades completamente diferentes. Tanto pode se apoderar da necessidade de proteção de culturas que possuem práticas contramajoritárias, como pode se apoderar do discurso contracultural de uma minoria para promover interesses individuais e não culturais. Na segunda hipótese, o relativismo apresenta-se como uma arma com potencial altamente destrutivo, pois tem acesso direto à cultura e facilita a maquiagem das pretensões individuais.

⁴²¹ NIEBIESKIKWIAT, Natasha. Pese a los reclamos, los presos de Guantánamo siguen sin proceso. *El Clarín*, Buenos Aires, p. 38, 7 jun. 2003.

⁴²² KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 219.

O relativismo cultural, logo, também apresenta problemas sérios. Douzinas ainda acrescenta:

O relativismo cultural é potencialmente ainda mais homicida, pois tem acesso privilegiado à comunidade e à vizinhança, lugares onde as pessoas são mortas e torturadas. Relativistas partem da observação óbvia de que valores são dependentes do contexto e usam isso para justificar atrocidades contra aqueles que discordam do caráter opressivo da tradição. Porém, o encapsulamento cultural do Eu é um truísmo sociológico inútil; o contexto, assim como a tradição histórica e a cultura são maleáveis, sempre em construção e não dados imutáveis. [...] Muito frequentemente o respeito por diferenças culturais, um corretivo necessário para combater a arrogância do universalismo, transformou-se em um escudo protetor de práticas locais funestas.⁴²³

É interessante notar, entretanto, que até os países que estão no bloco ocidental valem-se do discurso relativista. Nesses casos, o discurso ou opção relativista quase sempre é velada e possui um interesse a ser operacionalizado por meio da adoção do relativismo. Um bom exemplo é os Estados Unidos. Geralmente, esse país promove o universalismo dos direitos de maneira inegociável. Entretanto, pode-se dizer que a sua rejeição ao Tribunal Penal Internacional representou uma ocorrência do relativismo cultural que tomou forma de uma cláusula de exceção imperial. Ao se analisar com mais afinco a rejeição, observa-se que “representou também uma admissão implícita de que crimes de guerra e atrocidades não são domínio exclusivo de regimes ‘rebeldes’.”⁴²⁴

A própria reivindicação de direitos humanos, por si, apresenta-se como uma dialética paradoxal entre dois pontos. De um lado, há a exigência impossível de igualdade universal, historicamente conectada com a composição do homem ocidental. De outro, há a reivindicação também não realizável da diferença absoluta.⁴²⁵ O fato é que, seja numa ou noutra perspectiva, os direitos humanos simbolizam a “impossível reivindicação da lei à justiça. Eles extraem sua força do sofrimento do passado e das injustiças do presente e atuam como parasitas no corpo dos direitos, ao consumir o hospedeiro e projetar um futuro a partir de uma história jurídica um tanto insípida.”⁴²⁶

Mas, e quando o conflito não envolver Estados com personalidade jurídica no Direito Internacional, mas sim sociedades que não têm nem a mínima possibilidade de submeter à ordem internacional? E quando a “violação” partir de comunidades que, apesar de se situarem

⁴²³ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 149.

⁴²⁴ Ibidem. p. 134.

⁴²⁵ Ibidem. p. 263.

⁴²⁶ Ibidem. p. 383.

no interior de um território de um Estado qualquer, não compartilham a sensação de pertencimento àquele Estado? E mais, quando sequer o pertencimento a um Estado faz parte do imaginário daquela sociedade ou cultura?

A cada avanço, a questão revela-se mais complexa. Ao mesmo tempo, ela revela que de maneira alguma apenas uma área do conhecimento será capaz de iniciar um processo que dialogue não uma solução completa e definitiva, mas um pontapé propositivo de convergência das variadas culturas.

Claro, não se pode negar que, assim como o universalismo, o particularismo cultural também é um discurso criado, não natural. Mesmo como maiores ou menores expressões de anulação do discurso alheio, ele também tem em seu âmago, a vontade de verdade que não pode ser deixado de lado no exame profundo sobre o que diz esse discurso, como ele se processa e quais as suas consequências. Como lembra Foucault:

Assim, só aparece aos nossos olhos uma verdade que seria riqueza, fecundidade, força doce e insidiosamente universal. E ignoramos, em contrapartida, a vontade de verdade, como prodigiosa maquinaria destinada a excluir todos aqueles que, ponto por ponto, em nossa história, procuraram contornar essa vontade de verdade e recolocá-la em questão contra a verdade, lá justamente onde a verdade assume a tarefa de justificar a interdição e definir a loucura.⁴²⁷

Então, o que fazer para a resolução do impasse se ambos os discursos, universalismo e particularismo, não são suficientes para solucionar? Melhor dizendo, há solução para este empecilho? Em qual perspectiva as práticas, judiciárias ou não, devem se agarrar para fundamentar os conflitos que envolvem diferentes culturas?

Parece que os recursos dos quais se dispõem nas esferas de conhecimentos humanos, Filosofia, Sociologia, Antropologia e Direito, mesmo em conjunto não são capazes de formatar respostas acabadas e definitivas. Talvez, em termos de direitos humanos, essas duas adjetivações nem mesmo sejam possíveis. Entretanto, a análise interdisciplinar permite visualizar alguns caminhos factíveis para a reflexão do tema.

Dessa maneira, por tudo o que já foi mencionado sobre Direito, indivíduos e cultura, este último fator transpareceu ter um componente determinante na busca por uma composição viável ao problema da universalidade normativa e do relativismo cultural. É imprescindível um diálogo entre as culturas numa eventual situação de conflito. O fato de uma cultura apresentar-se com traços de universalidade enraizados em suas práticas e ideologias não

⁴²⁷ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 2008. p. 20.

impede que reconheça naquela cultura que não compartilha dessas características um diálogo respeitoso, estabelecendo uma via de interlocução com trocas relevantes entre as compreensões culturais.

A abertura ao diálogo cultural parte do reconhecimento pela própria cultura que ela não possui nenhum elemento que se possa julgar como completo e absoluto e, conseqüentemente, ela própria não é completa. Para Boaventura Santos:

o verdadeiro ponto de partida do diálogo é o momento de frustração ou de descontentamento com a cultura a que pertencemos, um sentimento, por vezes difuso, de que a nossa cultura não fornece respostas satisfatórias para todas as nossas questões, perplexidade ou aspirações. Esse sentimento suscita a curiosidade por outras culturas e suas respostas, uma curiosidade quase sempre assente em conhecimentos muito vagos dessas culturas. De todo o modo, o momento de frustração ou de descontentamento envolve uma pré-compreensão da existência e da possível relevância das outras culturas. Dessa pré-compreensão emerge a consciência da incompletude cultural e dela nasce o impulso individual ou colectivo para o diálogo intercultural e para a hermenêutica diatópica⁴²⁸.

O diálogo intercultural é, sem dúvida, no mínimo uma possibilidade de conhecimento mútuo entre diferentes culturas e reconhecimento Outro enquanto um ser igual em direitos e deveres. Atente-se que a projeção é para que o reconhecimento se construa para que o Outro seja um ser em direitos e deveres iguais, mas um ser igual em direitos e deveres.

Parekh sugere que para integrar valores universais no quadro do multiculturalismo devemos proceder em duas etapas. A primeira, que corresponde à argumentação até agora desenvolvida, consiste em delimitar valores morais universais: a identidade humana, a dignidade humana, o valor humano, a promoção do bem-estar humano e a igualdade. Na segunda, procura-se fazer a intermediação de valores morais nas sociedades multiculturais, sem que aqueles percam seu caráter de universalidade. Isto porque , são considerados valores em virtude de serem cultivados em todas as sociedades, ainda que implementados de formas diferentes através de normas morais e jurídicas específicas e particulares.⁴²⁹

Não se pode esquecer que os direitos humanos são um símbolo de um poderoso imaginário popular aberto a identidades diversas, tradições heterogêneas e reprimidas. Além disso, os direitos humanos como “um princípio de política popular” representam a indeterminação e abertura da sociedade e da política. Nesse sentido, eles enfraquecem a

⁴²⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 269.

⁴²⁹ PAREKH, Bhikhu, “Non-ethnocentric universalism”. In: *Human Rights in Global Politics*, DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. (eds.). Cambridge: University Press, Cambridge, 1999.

tentativa de policiar algumas identidades sociais e chancelam outras. Em outras palavras, essa indeterminação revela que os limites da sociedade sempre sofrem oposições e não se afinam completamente com cristalizações que o poder e as prerrogativas legais impõem. “Os direitos humanos encerram não apenas um princípio de unidade e homogeneidade, mas também seu oposto, o primeiro simbolizado pela forma jurídica e o último pelas lutas das pessoas sob a mal definida bandeira da humanidade.”⁴³⁰

Alguns exemplos de situações da prática são interessantes para elucidar. Por exemplo, há no Canadá uma Lei do Multiculturalismo, desde 1988. Em seu preâmbulo, expõe que por ser o governo do Canadá comprometido com as liberdades civis, particularmente a liberdade dos indivíduos de fazer a vida que o indivíduo é capaz e quer ter, por ser comprometido com a igualdade, particularmente a igualdade racial e a igualdade de gênero, e por suas obrigações internacionais de direitos humanos, particularmente a convenção internacional contra a discriminação racial, adota, então, uma política de multiculturalismo. No texto principal, continua-se a reafirmar que as normas de Direitos Humanos são uma extensão, não uma quebra, do liberalismo dos direitos civis.⁴³¹ Assim, Kymlicka coloca que “não há um sopro de conservadorismo cultural, patriarcalismo ou desconstrutivismo pós-moderno nessa declaração. É o próprio sumo do liberalismo Iluminista e dos direitos humanos universais.”⁴³²

Obviamente essa lei é reflexo de intensos debates promovidos por anos. Em 1971, “uma declaração parlamentar original sobre o multiculturalismo do Canadá declarou que ‘uma política de multiculturalismo em uma estrutura bilíngue é basicamente o apoio deliberado da liberdade de escolha individual. Nós somos livres para sermos nós mesmos’”.⁴³³

Outro fato interessante sobre o caso Canadense é que, no início, os protestantes conservadores lutaram veementemente para paralisar o multiculturalismo nas escolas públicas, sob o argumento de que ele iria retirar do cristianismo a sua posição privilegiada. Porém, tempos após, esses mesmos protestantes reagruparam-se para invocar o multiculturalismo a fim de recuperar alguns privilégios perdidos.⁴³⁴ Mas essa estratégia *post*

⁴³⁰ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 379.

⁴³¹ Disponível em <http://laws.justice.gc.ca/en/C-18.7>. Acessado em 10.01.2011.

⁴³² KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 240.

⁴³³ TRUDEAU, Pierre. “Statement to the House of Commons on Multiculturalism”, House of Commons, *Official Report of Debates*, 28th Parliament, 3rd Session, 8 October 1971, pp. 8545-46.

⁴³⁴ DAVIES, Scott. From Moral Duty to Cultural Rights: A Case Study of Political Framing in Education. *Sociology of Education*, Vol. 72, No. 1, 1999, pp. 1-21.

facto de manipulação do multiculturalismo deve ser distinguida do apoio para a adoção da política, à qual os conservadores patriarcais se opuseram fortemente⁴³⁵

Outro caso é o dos EUA. Há uma limitada isenção quanto a algumas provisões da Declaração de Direitos (Bill of Rights) dada aos governos tribais indígenas naquele país. Essa isenção possibilitou a algumas tribos ter políticas que violam as normas liberais. Porém, há o fato de vários governos tribais defenderem essa isenção parcial da Declaração de Direitos, eles normalmente não objetam a ideia de que as suas decisões de autogoverno deveriam sujeitar-se a normas internacionais de direitos humanos e a monitoramentos internacionais.⁴³⁶ Convém ressaltar que as sociedades mais simples não são o “estado de natureza” de Rousseau, nem a “multidão primal” de Freud, nem “a guerra de todos contra todos” de Hobbes.⁴³⁷

Dessa maneira, a invocação ao particularismo pode ter diferentes efeitos. Significa dizer que quando evocado, por exemplo, no âmbito internacional pode significar: primeiro, a partir da posição dos EUA, a ideia de que direitos humanos são o que eles definem, uma vez que exercem hegemonia global, a sua definição é universal; segundo, a partir da posição chinesa, a ideia de que direitos humanos variam conforme o contexto sócio-político-cultural, assim sendo não podem ser impostos universalmente. Vê-se que a evocação particularista tanto pode ser feita para exercer hegemonia quanto pra contrapor-se a ela.⁴³⁸

Em todo caso, é bom lembrar que para os defensores do multiculturalismo, este surgiu da revolução dos direitos humanos, sendo também seu projeto de expansão. Porém, há muitas situações pelos países em que “a linguagem do multiculturalismo e dos direitos das minorias é usada pelas elites locais para perpetuar desigualdades de gênero e de casta, ou para legitimar práticas culturais e tradições injustas.”⁴³⁹

Kymlicka pondera que

⁴³⁵ KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 239.

⁴³⁶ Ibidem. p. 239.

⁴³⁷ RABBEN, Linda. O Universal e o Particular na Questão dos Direitos Humanos. In: FONSECA, Claudia (et. al.) (Org.) *Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos: Diálogos Interdisciplinares*. Porto Alegre: UFRGS, 2004. p. 19.

⁴³⁸ RIBEIRO, Gustavo Lins. “Cultura, direitos humanos e poder. Mais além do império e dos humanos direitos. Por um universalismo heteroglóssico”. In: FONSECA, Claudia., TERTO JR, Veriano., e ALVES, Caleb Faria et al. *Antropologia, diversidade e direitos humanos: Diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 45.

⁴³⁹ KYMLICKA, op. Cit. p. 218.

Em resumo, interpretar o multiculturalismo como um direito de preservar tradições culturais autênticas acarreta diversos perigos potenciais: pode inibir relações construtivas entre as culturas (por privilegiar a pureza cultural em detrimento do hibridismo cultural); pode erodir a liberdade dos indivíduos dentro dos grupos (ao privilegiar elites autoritárias e conservadoras em detrimento de reformadores internos); pode ser invocada para negar a existência dos direitos humanos universais e pode ameaçar o espaço de debate civil e de negociação democrática sobre os conflitos culturais.⁴⁴⁰

O não entendimento de que os direitos humanos precisam inescapavelmente de um projeto resignificador de suas concepções para que a compreensão do outro juntamente com sua diversidade cultural certamente acarretará nas mesmas manipulações que os direitos humanos sofreram no decorrer da história, servindo a interesses múltiplos e contraditórios. Não apenas isso, corre-se o risco de que as atrocidades cometidas nos últimos cem anos e que fizeram do século XX o mais homicida e genocida da história da humanidade se repitam. Jacques Derrida apropriadamente elencou as limitações da “nova ordem mundial” e do discurso sobre os direitos humanos:

Através dessas crises do direito internacional busca-se uma “nova internacional”; desde já ela denuncia os limites de um discurso sobre os direitos humanos que continuará sendo inadequado, às vezes hipócrita, em todo caso formal e inconseqüente para consigo mesmo, enquanto a lei do mercado, a “dívida externa”, a desigualdade do desenvolvimento técnico-científico, militar e econômico mantiveram uma desigualdade efetiva tão monstruosa como esta que prevalece hoje, mais do que nunca, na história da humanidade. Pois é preciso gritá-lo, no momento em que alguns ousam neoevangelizar em nome do ideal de uma democracia liberal tendo enfim vindo a ser ela mesma como o ideal da história humana: jamais a violência, a desigualdade, a exclusão, a fome, e, portanto, a opressão econômica afetaram tantos seres humanos, na história da terra e da humanidade.⁴⁴¹

Portanto, “talvez tanto o relativismo do historicismo quanto o universalismo a-histórico dos teóricos liberais, para quem todas as sociedades e culturas têm sido ou devem ser submetidas à disciplina dos direitos, estão errados.”⁴⁴² É preciso ir além e superar as barreiras da doutrina jurídica e das repetições dogmáticas para um diálogo intercultural que possa refletir no sistema jurídico de forma que esse sistema possa atingir um patamar de maturidade a aceitar as diferenças como condição natural da humanidade.

⁴⁴⁰ KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 236.

⁴⁴¹ DERRIDA, Jaques, *Espectros de Marx*. Tradução de Anamaria Skinner. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994, pp. 116-117.

⁴⁴² DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 32.

Para Finkelkraut e outros autores, a saída seria trocar o multiculturalismo por uma atenção concentrada em renovar os Direitos Humanos universais.⁴⁴³ Essa idéia entra em colapso na medida em que se analisa historicamente esses direitos. A própria emergência e a expansão de uma cultura dos direitos humanos foram os fatores que propiciaram o crescimento do multiculturalismo. Dessa maneira, a relação parece ser simbiótica, pois quanto mais os direitos humanos expandem suas raízes, mais o multiculturalismo terá forma.⁴⁴⁴

A diversidade por si só não é impeditiva de um mínimo consenso entre Estados, sociedades e culturas. Como observou Locke:

Não é a diversidade de opiniões (o que não pode ser evitado), mas a recusa de tolerância para com os que têm opinião diversa, o que se poderia admitir, que deu origem à maioria das disputas e guerras que se têm manifestado no mundo cristão por causa da religião.⁴⁴⁵

Assim, é necessário quebrar o ciclo nascido a partir da invenção dos direitos humanos e perpetuado na sua história culminando nos conflitos que, bélicos ou não, puseram em jogo toda a conquista filosófica dos direitos humanos. A História não se repete, ela se vicia.

2.5 – Nem universal, nem particulares! Inócuos? Há saída para os Direitos Humanos?

Na verdade, enquanto a escolha ficar meramente entre os dois medicamentos, a chance de ter saúde deve ser muito pequena e remota.

Zygmunt Bauman⁴⁴⁶

As perguntas lançadas no tópico anterior antecedem a discussão proposta nesse estudo em torno do problema de aplicação das normas de direitos humanos, que são pressupostamente universais, nas culturas que não compartilham os mesmos preceitos daquelas que proclamam esses direitos. O que há por trás dessa discussão é se há ou não a possibilidade de conciliação jurídica entre a universalidade normativa e as particularidades culturais. No “fundamento de total singularidade, que nada tem a ver com o egoísmo do individualismo ou com a segurança

⁴⁴³ FINKIELKRAUT, Alain. *The Undoing of Thought*. Claridge Press, London, 1988.

⁴⁴⁴ KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 243.

⁴⁴⁵ LOCKE, John: Carta Acerca da Tolerância e Outras Obras. 2ª. ed. São Paulo: Ed. Abril, 1978. (Coleção "Os Pensadores"). p. 29.

⁴⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Postmodern Ethics*, Oxford: Backwell, 1993. p. 239.

e a certeza da comunidade, tanto o universalismo abstrato quanto o relativismo particular encontram o seu limite inescapável.”⁴⁴⁷

Ambos os lados apresentados possuem problemas em suas lógicas internas e em suas projeções externas enquanto projetos de convergência na política dos direitos humanos. Tanto universalismo como particularismo encontram-se limitados por uma série de barreiras que parecem intransponíveis se observados sob um viés único e imutável. A dinâmica das relações sociais indica a inegociável precisão e conveniência de que os limites sejam revistos. Para tanto, são necessárias as resignificações simbólicas e materiais de toda uma gama de preceitos aceitos como padrões estabelecidos e imutáveis. “Torna-se claro que o sistema do direito não é cego face às condições sociais desiguais e as diferenças culturais”.⁴⁴⁸

Não é raro observar um discurso generoso e sedutor sobre os direitos humanos coexistir com atrocidades indescritíveis. Normalmente, essas atrocidades são avaliadas de acordo com uma escrachada duplicidade de critérios. Richard Falk aponta sobre a manipulação da temática dos direitos humanos pelos EUA e pelos meios de comunicação social. Para o autor, há uma dicotomia representada pela “política de invisibilidade” e pela “política de supervisibilidade”. A política de invisibilidade refere-se à menção da ocultação completa por vários anos das notícias sobre o genocídio do povo maubere no Timor-leste, conflito que contabilizou mais trezentas mil vidas, e a situação das castas em que há cerca de cem milhões de “intocáveis” (dalits) na Índia. Tais situações são, obviamente, bem mais complexas do que a simples apresentação descrita. Por outro lado, como exemplo da política de supervisibilidade, Falk afirma a vivacidade com que os atropelos pós-revolucionários dos direitos humanos no Irã e no Vietnã foram relatados nos EUA. Dessa maneira, o autor conclui que “os polos de invisibilidade e de supervisibilidade estão intimamente correlacionados com os imperativos da política externa norte-americana.”⁴⁴⁹

Parekh ensina que

Antes, entretanto, de analisarmos os argumentos que possam nos conduzir à superação do impasse, entre relativistas e universalistas, no que se refere os direitos humanos, torna-se necessário estabelecer os parâmetros lógicos da argumentação. Quando nos referimos à condição humana e à dignidade humana como sendo o seu referencial básico, que serve para conceituar a pessoa humana através de uma

⁴⁴⁷ DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 356.

⁴⁴⁸ HABERMAS, Jurgen. “Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State”. In TAYLOR, Charles, *Multiculturalism*. Princeton: Princeton University Press, 1994, p.107; BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*, p. 216.

⁴⁴⁹ FALK, Richard. *Human Rights and State Sovereignty*. Nova York: Holmes and Meier Publishers, 1981.

identidade própria, afirmamos que a dignidade e o respeito somente poderão ser concebidos na medida em que existam condições comuns, vale dizer, quando cada ser humano merece igual respeito e consideração. Os direitos reclamados por cada pessoa exigem que esta pessoa aceite o mesmo tipo e qualidade de demanda por parte do seu semelhante. No entanto, essa igualdade não é absoluta, mas supõe que as desigualdades serão atendidas em função da promoção e da proteção de cada indivíduo. Por essa razão, a desigualdade não pode ser tratada como um ideal ou valor absoluto, não sendo, portanto, um fato, e sim uma prática moral.⁴⁵⁰

É importante não perder de vista que em volta de todo esse conflito a produção de rótulos que fornecem nomes a dominantes culturais ou inventam classificações geopolíticas não é por acaso. De fato, em uma análise mais apurada, é possível perceber que a “lógica da relação entre atores globais e locais na disseminação de ideogramas internamente ao sistema mundial replica relações de poder em outras esferas”. Dessa maneira, é possível afirmar que as classificações geralmente dão ensejo à produção de estereótipos que servem para a sujeição de pessoas e povos por meio de reduções que legitima as indeferências à heterogeneidade. Assim, “na domesticação do local pelo global, a direção do vetor de acumulação de poder claramente favorece aos atores globais.”⁴⁵¹

É evidente que as políticas de direitos humanos não se realizam em um ambiente internacional completamente democrático. Obviamente, os países chamados de primeiro mundo são detentores de mecanismos de pressão para realizar seus objetivos e interesses em detrimento da pequena força dos países de terceiro mundo. Consequentemente, observa-se que as redes transnacionais têm o risco de funcionar como um mecanismo de pressão em prol de interesses que quase nunca são os mais viáveis e favoráveis aos países menos influentes.⁴⁵²

“Assim, quando evocados em uma chave particularista no âmbito internacional, o que está em jogo são diferenças de poder entre Estados-Nações. Quando evocados em uma chave particularista no âmbito interno ao Estado nacional, o que está em jogo são diferenças de poder entre classes sociais.”⁴⁵³

⁴⁵⁰ PAREKH, Bhikhu, “Non-ethnocentric universalism”. In: *Human Rights in Global Politics*, DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. (eds.). Cambridge: University Press, Cambridge, 1999. p. 149.

⁴⁵¹ RIBEIRO, Gustavo Lins. “Cultura, direitos humanos e poder. Mais além do império e dos humanos direitos. Por um universalismo heteroglóssico”. In: FONSECA, Claudia., TERTO JR, Veriano., e ALVES, Caleb Faria et al. *Antropologia, diversidade e direitos humanos: Diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 36.

⁴⁵² SANTOS, Daniela Cordovil Corrêa dos. *Antropologia e Direitos Humanos no Brasil*. In: LIMA, Roberto Kant de (Org.). *Antropologia e Direitos Humanos 2*. Brasília: Associação Brasileira de Antropologia; Rio de Janeiro: Fundação Ford; Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2003. pp. 11-36.

⁴⁵³ RIBEIRO, op. Cit. p. 46.

Pode-se dizer que nos últimos 40 anos várias transformações no contexto mundial acerca do tratamento de minoria étnico-culturais no que tange a ótica dos Direitos Humanos puderam ser observadas.

Modelos mais antigos de Estados-nação assimilacionistas e homogeneizadores foram crescentemente desafiados e frequentemente cederam espaço a novos modelos multiculturais de Estado.” Entretanto, e até mesmo como reação a esses acontecimentos, vários críticos defendem que os direitos das minorias, via expansão do multiculturalismo, ameaçam causar um dano irreparável ao sucesso do movimento dos Direitos Humanos, porque são inconciliáveis com os direitos humanos.⁴⁵⁴

Bem se sabe que os direitos humanos, no início, funcionaram eminentemente como críticos da lei, isto é, como reação ao poder estatal abusivo estabelecido. Após sofrerem o processo de positivação, a divisão externa entre direitos legais e humanos foi duplicada no próprio corpo dos direitos humanos. Dessa maneira, é evidente que quando funcionam como princípios de oposição ao Estado e suas leis, eles assumem um caráter de padrão de crítica, dissidência e rebelião. Entretanto, podem ser compreendidos também e somente como as legalizações sem-fim do desejo e as concessões da grandeza legislativa. Nesse caso, o caráter assumido é de um ente que se junta à metafísica da subjetividade, construindo e formando uma dupla com o positivismo jurídico.⁴⁵⁵

É possível observar que o discurso dos direitos humanos encontra-se presente no discurso governamental de todos os Estados constituídos, guardadas as devidas concepções de cada um que podem ser diametralmente opostas. O fato é que os direitos humanos foram além do que sua história parecia prever. Eles representam hoje a bondade e legitimidade do discurso político. Não é raro haver compreensões de que eles são reconhecidos hoje de forma tão contundente que sua vigência não depende de alusões a esses direitos em constituições, leis e tratados internacionais. Isso ocorre porque a ideia de dignidade humana foi impositivamente expandido como naturalmente universal. Junte-se isso ao fato de que esses direitos são colocados como próprios para serem exercidos contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não⁴⁵⁶, e chega-se a um discurso de força incomensurável.

⁴⁵⁴ KYMLICKA, Will. Multiculturalismo Liberal e Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008. p. 217.

⁴⁵⁵ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 252.

⁴⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 239.

Não é raro, também, constatar em grande parte dos discursos dos estudiosos do tema a tentativa de blindar os Direitos Humanos, seja no que se refere a sua matéria, seja a sua forma. Podem-se identificar, segundo Mondaini, dois tipos de críticos do sistema dos Direitos Humanos: a versão liberal que “que busca apontar nos direitos humanos um obstáculo à realização racional da lucratividade pelo livre-mercado”; Por outro lado, o autor aponta ainda “a versão da matriz marxista ortodoxa que compreende os direitos humanos como um emaranhado de formalidade que servem de instrumentos para maquiagem a estrutura de classes e seus conflitos, consistindo, portanto, como um direito eminentemente da classe dominante.”

457

Para a compreensão dessa questão é muito importante ter em mente uma concepção crítica dos direitos. Nesse sentido, Douzinas explica que:

Os direitos são construídos altamente artificiais, um acidente na história intelectual e política europeia, que foram assumidos, simplificados e moralizados nos Estados Unidos e, em sua nova forma, passados para o mundo nos anos 1940 como o meio de subsistência da moralidade política. O conceito de direitos é flexível e não estável, fragmentado e não unitário e difuso e não determinante. Pertence à ordem simbólica da linguagem e da lei, que determina o escopo e o alcance dos direitos com insuficiente consideração a categorias ontologicamente sólidas.⁴⁵⁸

Nesse sentido, pode-se dizer, conforme Douzinas que:

O discurso da universalidade é necessariamente uma mitologia branca: a entronização do livre-arbítrio como o princípio de legislação universal é obtida somente por meio da exclusão, da cassação do direito ao voto e da sujeição sem a livre subjetividade do Outro. O comunitarismo e o relativismo cultural, por outro lado, podem frequentemente tornar-se “mitologias de cor”: reflexões locais geralmente bem mais agressivas das exclusões do universalismo. O essencialismo do individualismo, os direitos universais e o poder da “razão” não estão muito distantes do essencialismo da comunidade, do localismo dos deveres e do poder da tradição e do passado.⁴⁵⁹

O debate sobre a necessidade de reconhecimento do Outro não se cala. Pelo contrário, à medida que essa dicotomia toma um caminho ou outro de forma mais definida, o Outro surge ou como obstáculo ao alcance da pretensão universalista ou como objetivo da pretensão relativista. O fato de o universal envolver em todas as reivindicações particulares de direito,

⁴⁵⁷ MONDAINI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 12. Poderia se citar, ainda, outra versão mais vulgar de crítica a esses direitos que os definem como “direitos de bandidos”. Ao que parece está vinculada à má compreensão do que realmente se tratam os direitos humanos, muitas vezes por serem atrelados a situações que incomodam cotidianamente os grandes centros urbanos como, por exemplo, a violência.

⁴⁵⁸ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 261.

⁴⁵⁹ *Ibidem*. p. 353.

certamente, aponta no sentido de que o reconhecimento de outra pessoa merece prioridade, sobretudo porque a existência anterior dessa pessoa ao próprio Eu, torna esse Eu eticamente limitado, abrindo, inclusive, o domínio da linguagem, da intersubjetividade e do direito. É importante atentar-se para as características desse Outro. Ele não pode ser nem o homem universal do liberalismo, nem o sujeito abstrato e formalista da lei. Por isso, ele deve ter reconhecidas a sua singularidade, seu tempo e seu espaço, seu gênero, biografia, desejos, vontades, necessidade e inquietações, por mais detalhista que seja cada aspecto desses. “Se existe algo verdadeiramente ‘universal’ no discurso dos direitos humanos, se algum traço metafísico sobrevive à desconstrução, isto talvez seja o reconhecimento da absoluta singularidade da outra pessoa e do meu dever moral de salvá-la e protegê-la.”⁴⁶⁰

A desconstrução dos argumentos oficialmente usados como paradigmas dos direitos humanos, bem como de argumentos que travam sua luta no campo de batalha do reconhecimento é extremamente necessária. A partir dela, é possível chegar à conclusão de que a afirmação de que os direitos humanos são universais, transculturais e absolutos é “contraintuitiva e vulnerável a acusações de imperialismo cultural”. Noutra giro, a alegação de que os direitos humanos não passam de meras criações da cultura européia, um dos grandes fundamentos críticos do relativismo, retira desses direitos qualquer valor transcendental, ainda que tal alegação seja historicamente precisa. “Da perspectiva da modernidade tardia, não se pode ser nem um universalista nem um relativista cultural.”⁴⁶¹

Vale lembrar que o processo de não-reconhecimento não constitui apenas uma questão de atitudes preconceituosas que causam danos psicológicos. Ele vai além, pois simboliza padrões institucionalizados de valor cultural que impedem a igual participação na vida social.⁴⁶²

Boaventura sintetiza uma posição sobre os discursos. Segundo ele, “Contra o universalismo, há que propor diálogos interculturais sobre as preocupações isomórficas, isto é, sobre preocupações convergentes ainda que expressas em linguagens distintas e a partir de universos culturais diferentes.” Em contrapartida, “Contra o relativismo, há que desenvolver critérios que permitam distinguir uma política progressista de uma política conservadora de

⁴⁶⁰ DOUZINAS, Costa. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 353-354. Douzinas aprofunda essa discussão observando seus aspectos críticos e construtivos em DOUZINAS, C. e WARRINGTON. *Justice Miscarried*. Edinburgh Press, 1994.

⁴⁶¹ Ibidem. p. 30.

⁴⁶² FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008. p. 179.

direitos humanos, uma política de capacitação, de uma política de desarme, uma política emancipatória, de uma política regulatória.”⁴⁶³

Pode-se dizer que a moralidade universal assim como a identidade cultural (particularismo cultural) apresentam distintas características da experiência humana. O processo de enfrentamento de ambas, em termos de comparação é, de certa forma, inútil. Isso tem sido demonstrado pelos debates sem fim e que apenas servem para comprovar, de uma maneira autogratificante, a posição da qual o comparador partiu.⁴⁶⁴

Assim, o enfrentamento de universalismo *versus* relativismo praticamente representa o antigo conflito ideológico entre direitos civis e políticos e direitos econômicos e sociais. O fato é que quando um Estado perfilha direitos humanos em sua forma de “universais”, ele os interpretará e aplicará, se for o caso, de acordo com procedimentos legais e princípios morais eminentemente locais, “fazendo do universal o subordinado particular”. Noutro giro, é possível dizer que mesmo os sistemas jurídicos que cuidadosamente protegem os direitos tradicionais e as práticas culturais contra a intrusão do universal inevitavelmente são contagiados por ele. “Todos os direitos e princípios, apesar de provincianos em sua essência, compartilham o ímpeto universalizador da sua forma.”⁴⁶⁵

Para Bauman, “embora os valores universais proporcionem um tratamento razoável contra a inconveniência opressora de retrógrados provincianos, e a autonomia coletiva constitua um tônico emocionalmente gratificante contra a insensibilidade reservada dos universalistas, cada medicação, quando administrada regularmente, transforma-se em veneno.”⁴⁶⁶

Poder-se-ia concluir que ambas as posições podem se tornar agressivas e perigosas. Quando seus respectivos defensores se convencem da sua verdade e da imortalidade de seus oponentes demoníacos, eles podem facilmente ir da disputa moral para matança. Nesse momento, todas as diferenças desaparecem. Do lugar da vítima, a bala e a bomba “inteligente” matam de modo exatamente igual, mesmo que a primeira percorra apenas alguns metros desde a arma do soldado etnicamente orgulhoso, e a segunda percorra uma enorme

⁴⁶³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 17.

⁴⁶⁴ LIM, Hillary; GREEN, Kate. “*What is this Thing about Female Circumcision*”, *The Social and Legal Studies* 365-87, 1998.

⁴⁶⁵ DOUZINAS, Costa. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 150.

⁴⁶⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Postmodern Ethics*, Oxford: Backwell, 1993, p. 239.

distância desde o avião do bombardeio humanitário.⁴⁶⁷ Estamos, mais uma vez, diante da relação entre o particular e o universal que não pode ser pensada fora de relações de poder.⁴⁶⁸

Mesmo diante da dificuldade de alinhar-se a um dos lados do debate, a essência dos direitos humanos serve como ponto comum a ambas as visões. Dessa maneira, uma teoria dos Direitos Humanos não pode depositar a sua confiança em governos, instituições internacionais, juízes, outros centros de poder público ou privado e, mesmo, de maneira incondicional em valores tradicionais de uma sociedade. O apoio completo sobre algum desses aspectos retiraria dos direitos humanos a sua *raison d'être* que consiste exatamente na defesa das pessoas contra essas instituições sociais.⁴⁶⁹

Douzinas observa que

Institucionalmente, os direitos humanos constituem simultaneamente um princípio de engrandecimento do Estado e um princípio protetor contra o poço sem fundo do desejo do Estado. Individualmente, eles constituem o mecanismo para moldar a identidade e a vida de acordo com os ditames do desejo (do Outro) e do trauma da separação e da falta. Os direitos humanos têm fissuras; eles não apenas oferecem proteção limitada contra a sociedade do desejo, contra um Estado ameaçador e o terrível Outro, mas também expressam a maneira pela qual a identidade é arranjada ao movimentar relações de medo, afeto e cuidado para com o Outro.⁴⁷⁰

Mas o fato de se possuir um direito em termos abstratos e formais não significa muita coisa, como observou Burke e Marx, se, de fato, não existem recursos materiais, institucionais e emocionais não para a concretização desse direito não é alcançável.⁴⁷¹ As lutas por direitos é um fenômeno relativamente novo se comparado com a história do Direito ou das leis. Essas lutas são eminentemente simbólicas e políticas. O campo onde são travadas as batalhas é, antes de ser qualquer espaço físico, nos significados de palavras pontuais, tais como liberdade, igualdade, diferença, legitimidade e poder. Claro, essas batalhas, se bem sucedidas,

⁴⁶⁷ DOUZINAS, Costa. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 151.

⁴⁶⁸ RIBEIRO, Gustavo Lins. “Cultura, direitos humanos e poder. Mais além do império e dos humanos direitos. Por um universalismo heteroglóssico”. In: FONSECA, Claudia., TERTO JR, Veriano., e ALVES, Caleb Faria et al. *Antropologia, diversidade e direitos humanos: Diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 42. Para mais sobre a idéia de tribunal além das culturas, ver: DINIZ, Débora. Valores universais e direitos culturais. In: NOVAES, Regina (Org.). *Direitos Humanos: temas e perspectivas*. Mauad: Rio de Janeiro, 2001. p. 57-66. Sobre a relação de poder que perpassa a relação entre particular e universal, ver: LACLAU, Ernesto. Identity and Hegemony: The Role of Univesality in the Constitution of Political Logics. In: BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; ZIZEK, Slavoj. *Contingency, Hegemony, Universality: Contemporary Dialogues on the Left*. London: Verso, 2000. p. 44-89.

⁴⁶⁹ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 30

⁴⁷⁰ Ibidem. p 379.

⁴⁷¹ Ibidem. p. 240.

têm um poder incomensurável de transformar concepções sociais, impondo transformações ontológicas. Conseqüentemente, no campo jurídico, alteram a composição do sujeito jurídico e produzem efeitos imediatos e mediatos na vida das pessoas.

Mas há, também, a luta observada fora do campo simbólico. As lutas são travadas por reivindicações e nem sempre se traduzem na conquista de direitos. Nesse sentido, pode-se dizer que “não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes, de luta antes de serem reconhecidos como direitos.”⁴⁷²

Para além disso, a questão é que os direitos humanos são violados dentro do Estado, nação, comunidade ou grupo. A outra luta travada, para mantê-los, tem um lado quase sempre muito bem definido. Esse lado constitui-se dos dissidentes, vítimas, pessoas que têm a identidade negada ou inferiorizada, grupos de oposição, enfim, a todos aqueles que são alvo de repressão e dominação.⁴⁷³

Nessa dinâmica, fica mais claro ainda que os direitos não pertencem naturalmente aos seres humanos. Eles são, antes de tudo, invenções dos indivíduos ao mesmo tempo em que também os inventam. Isso é indiferente em qualquer cultura, isto é, em toda cultura o sujeito é personagem desse processo de modificação dos direitos ao mesmo tempo em que é modificado por eles. Nesse sentido é que o destino dos direitos humanos parece cada vez mais descolado da ideia de aceitação definitiva e incondicional ou êxito derradeiro, especialmente porque eles não podem ficar limitados dentro de correntes teóricas ou aplicações regionalmente pontuais.

A questão sobre o fundamento também deixa de ser ponto central na discussão. Para Bobbio, o problema não é filosófico, mas jurídico e político. Isto é, a preocupação não deve mais se resumir acerca de qual é a natureza e o fundamento, se são naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas qual é o modo mais seguro para garanti-los.⁴⁷⁴

Os direitos humanos transformaram-se bastante nos últimos vinte anos. Existe uma tensão entre a modernidade ocidental e os Direitos Humanos. A maneira como foram associados às

⁴⁷² SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. In: *Direitos Humanos no século XXI*. Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais e Fundação Alexandre Gusmão, 1998. p. 156.

⁴⁷³ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 156.

⁴⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25. Sobre o fundamento dos Direitos Humanos, ver nota 114.

ideias da política progressista e de emancipação social pareceu redelinear a reflexão sobre esses direitos. Sem dúvida, os direitos humanos assumiram no decorrer de sua história, e cada vez mais, um viés de emancipação.⁴⁷⁵

No entanto, a diversificação nos critérios de avaliação dos direitos humanos, condescendência com ditaduras aliadas do Ocidente, a não importância do sacrifício dos direitos humanos em detrimento dos objetivos do desenvolvimento envolveram os direitos humanos em uma aura de desconfiança acerca do seu poder emancipatório real.⁴⁷⁶ Esse problema decorre em grande medida da impossibilidade de alinhamento ao universalismo ou relativismo cultural, uma vez que ambos os lados sofrem de problemas estruturais sérios e que comprometem a lógica dos direitos humanos.

Boaventura de Souza Santos identifica três tensões dialéticas que ocorrem na modernidade ocidental e refletem na política dos direitos humanos. A primeira delas é a tensão entre regulação social e emancipação social. Essa tensão é a base do paradigma da modernidade ocidental e se apresenta com a divisa positivista da “ordem e progresso”. O fato é que o paradigma da modernidade ocidental não pode ser pensado sem regulação social e emancipação social. O marco cronológico é meados da década de setenta, pois até antes disso as crises de regulação social suscitavam o fortalecimento das políticas emancipatórias, e atualmente o panorama foi mudado. Dessa maneira, o que se observa hoje é a crise da regulação social, segundo Boaventura, simbolizada pela crise do Estado intervencionista e do Estado-Providência. Houve, também, a crise da emancipação social representada pela crise da revolução, do reformismo social democrático e do socialismo enquanto modelo de transformação social. Ambas as crises são simultâneas e são respectivamente retroalimentares. “A política dos direitos humanos, que pode ser simultaneamente uma política regulatória e uma política emancipatória, está armadilhada nesta dupla crise, ao mesmo tempo que é sinal do desejo de a ultrapassar.”⁴⁷⁷

A segunda tensão dialética é observada entre o Estado e a sociedade civil. O antigo paradigma que parte da ideia de que as sociedades formam-se, enquanto os Estados são

⁴⁷⁵ No sentido de abandono progressivo do mito e do preconceito em todas as áreas da vida e a substituição destes pela razão.

⁴⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 13.

⁴⁷⁷ *Ibidem*. p. 5.

feitos⁴⁷⁸, entrou em colapso com a constatação de que tanto Estados como sociedade civil são produzidos pelo mesmo caminho, isto é, pelo mesmo processo histórico. O Estado moderno, apesar de ser concebido, geralmente, como um Estado mínimo, é potencialmente um Estado máximo. Isso porque a sociedade civil representa o outro do Estado e, enquanto tal, ela autorregula-se por meio de leis e regulamentações que procedem do Estado e para as quais aparentemente não existem limites, com a condição de que as regras democráticas da produção de leis seja repetida. Contudo, a própria sociedade civil organizada politicamente tem a possibilidade de usar as regras para impor ao Estado a devolução da capacidade de autorregulação. Dessa maneira, enfatiza Boaventura que é possível observar o fenômeno que consiste na troca de domínios entre Estado e sociedade civil, ou seja, num dado momento o que era domínio de um, em outro momento, passa a ser domínio do outro. Logo, a tensão deixa de ser entre Estado e sociedade civil para se configurar como sendo entre interesses e grupos sociais que se apresentam mais nitidamente como se fosse Estado e os interesses e grupos sociais que se apresentam como sociedade civil.⁴⁷⁹

Isso fica mais evidente quando a análise histórica permite concluir que os direitos humanos cívicos e políticos (primeira dimensão) advieram de uma luta da sociedade civil contra o Estado. Já os direitos econômicos e sociais e direitos culturais, meio ambiente, qualidade de vida etc (segunda e terceira dimensões) vieram a partir de concepções de atuações do Estado. Dessa maneira, parece que as políticas de direitos humanos encontram-se, ainda, deslocados, sob essa nova referência.⁴⁸⁰

Por fim, a terceira tensão elucidada por Boaventura de Souza Santos é entre o Estado-nação e o que se designa por globalização. Essa tensão surge do modelo político-jurídico da modernidade ocidental baseado na existência de Estados-nação que coexistem em um sistema internacional de Estados soberanos. Assim, “[...] o sistema interestatal foi sempre concebido como relativamente anárquico regulado por um direito não impositivo (o direito internacional).”⁴⁸¹

⁴⁷⁸ HAYEK, Friedrich A. Von. *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. Vol. III: The Political Order of a Free People. London: Routledge and Kegan Paul, 1979. p. 140.

⁴⁷⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 5.

⁴⁸⁰ Ibidem. p. 6.

⁴⁸¹ Ibidem. p. 6.

Portanto, a estrutura dos direitos humanos está inserida em um novo panorama que propõe não apenas novas questões, mas demanda uma resposta àquelas antigas questões até então não resolvidas. Como lembra Boaventura:

Da década de 1990 em diante, a globalização neoliberal começou a ser confrontada com movimentos sociais e organizações não governamentais progressistas, de cujas lutas – que configuram uma globalização contra-hegemônica – emergiram novas concepções de direitos humanos, oferecendo alternativas radicais à concepção liberal nortecêntrica que até então dominara com inquestionável democracia. Nos termos desta concepção, o Sul global é intrinsecamente problemático no que toca ao respeito pelos direitos humanos, enquanto que o Norte global é exemplo desse respeito e procura, com a ajuda internacional, melhorar a situação dos direitos humanos no Sul global. Com a emergência da globalização contra-hegemônica, o Sul global começou a poder questionar de modo credível esta concepção, mostrando que a fonte primária das mais massivas violações de direitos humanos – milhões e milhões de pessoas condenadas à fome e malnutrição, pandemias e degradação ecológica dos meios de subsistência – reside na dominação do Norte global sobre o Sul global, agora intensificada pelo capitalismo neoliberal.⁴⁸²

A pergunta que se pode refazer de outra maneira é como podem os direitos humanos constituírem uma política simultaneamente cultural e global, uma vez que em muitos aspectos cruciais de sua construção as políticas de direitos humanos não são nada mais que políticas culturais? É possível a coexistência de preceitos de universalidade normativa e particularidade cultural que fundamentam uma mesma teoria dos direitos humanos?

Segundo Boaventura, alguns processos de globalização precisam ser explicados para dar conta de uma possível resposta a essa pergunta. Nesse sentido, ele apresenta os processos que são o localismo globalizado, globalismo localizado, cosmopolitismo insurgente e subalterno e patrimônio comum da humanidade. O primeiro é o “processo pelo qual determinado fenômeno, entidade, condição ou conceito local é globalizado com sucesso, seja a transformação da língua inglesa em língua franca, o ajustamento estrutural, a globalização do fast food ou a adoção mundial das leis de propriedade intelectual dos EUA.”; o segundo “consiste no impacto específico nas condições locais da prática e imperativos transnacionais que emergem dos localismos globalizados. [...] incluem a eliminação do comércio tradicional e da agricultura de subsistência como parte do ‘ajustamento estrutural’; deflorestamento e destruição maciça dos recursos naturais para pagamento da dívida externa; o uso turístico de

⁴⁸² SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 7.

tesouros histórico, lugares ou cerimônias religiosas, artesanato e ‘reservas naturais’ à disposição da indústria global do turismo.”⁴⁸³

Esses dois processos de globalização funcionam juntos e constituem a globalização hegemônica, de cima para baixo.

Há, por outro lado a globalização contra-hegemônica, que corresponde aos dois últimos processos de globalização. O cosmopolitismo subalterno insurgente é a resistência transnacionalmente organizada contra os localismos globalizados e os globalismos localizados. Em termos concretos, ele constitui um conjunto vasto e heterogêneo de iniciativas, movimentos e organizações que “partilham a luta contra a exclusão e a discriminação sociais e a destruição ambiental produzidas pela globalização neoliberal, recorrendo a articulações transnacionais tornadas possíveis pela revolução das tecnologias de informação e de comunicação.” Em suma, o cosmopolitismo insurgente é exatamente “uma emergência global resultante das articulações/coligações transnacionais entre lutas locais pela dignidade, inclusão social autônoma, autodeterminação, com o objetivo de maximizar o seu potencial emancipatório.”⁴⁸⁴

O último tipo de globalização contra-hegemônica, o patrimônio comum da humanidade, é a do surgimento de demandas além das fronteiras nacionais por valores, ou recursos que, pela sua natureza, pertencem a todos. Esses são valores que têm como base a globalidade de sua natureza como a sustentabilidade da vida humana, preservação da Antártida, biodiversidade e outros.

A discussão por trás desses tipos de globalizações equivale à discussão entre o universalismo e particularismo. O pano de fundo pode ser apresentado no conflito entre a primeira, uma globalização hegemônica e o segundo, uma globalização contra-hegemônica. É fundamental questionar em qual das duas perspectivas atua a política dos direitos humanos. Nesse sentido, em termos institucionais, a resposta parece ser evidente. Os direitos humanos atuam sob uma perspectiva hegemônica. Enquanto concebidos como universais em abstrato, eles funcionam, e continuarão assim, com a lógica do localismo globalizado.

Para que a ideia de direitos humanos siga a linha da globalização contra-hegemônica, cosmopolitismo insurgente, é necessário que esses direitos tenham sua concepção revista de

⁴⁸³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 9.

⁴⁸⁴ Ibidem. p. 8.

modo que a nova concepção tenha um diálogo cultural mais aberto, isto é, que seja intercultural. Para Samuel Huntington, a insistência no viés universalista dos direitos humanos ocasiona o “choque de civilizações”⁴⁸⁵, funciona como uma arma do ocidente contra o restante do mundo. Nesse caminho, qualquer outra concepção moral ou de dignidade humana é, simplesmente, sufocada e aniquilada.

Para Boaventura, a proposta para a conciliação desses caminhos é o multiculturalismo emancipatório. Ele seria uma “pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos.”⁴⁸⁶

Uma questão que pode ser prontamente respondida acerca do embate entre universalidade e particularismo é que os direitos humanos não são universais em sua aplicação, uma vez que podem se identificar quatro sistemas internacionais de aplicação dos direitos humanos: europeu, interamericano, africano e asiático.⁴⁸⁷

Em todos esses sistemas, o debate vigente tem os mesmos contornos. Os direitos humanos são universais de acordo com um conceito culturalmente ocidental. É interessante notar que a questão da validade dos direitos humanos está ligada a essa discussão. Ou seja, se são os direitos humanos válidos incondicionalmente ou se a reivindicação de validade é atrelada ao contexto social e um momento histórico. Ao se observar, *prima facie*, o modo como se estruturam ambos os argumentos e as suas respectivas críticas evidenciam que “a energia mobilizadora que pode ser gerada para tornar concreta e efectiva a vigência dos direitos humanos depende em parte da identificação cultural com os pressupostos que os fundamentam enquanto reivindicação ética.”⁴⁸⁸

Nesse sentido, não é possível afirmar que os direitos humanos assumam uma posição de cultura global. Da mesma maneira, esses direitos não podem ser concebidos como uma invariante cultural ou intercultural. Por isso é que o argumento de que o único fato que realmente constitui um fato transcultural é a relatividade de todas as culturas. Sendo relativas,

⁴⁸⁵ HUNTINGTON, Samuel. “The Clash of Civilizations?” *Foreign Affairs*, vol. 72, n° 3, 1993.

⁴⁸⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 13.

⁴⁸⁷ Para uma análise mais aprofundada dos quatro regimes internacionais de direitos humanos ver: SANTOS Boaventura de Sousa. *Toward a New Common Sense. Law Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Ney York: Routledge, 1995. SANTOS, *A crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da Experiência*. São Paulo: Editora Cortez, 2000.

⁴⁸⁸ SANTOS, op. Cit. p. 13.

portanto, as culturas não são completas, muito embora faça parte da essência das culturas a noção de que aqueles valores que elas próprias definem como importantes para a convivência entre seus indivíduos, isto é, valores fundamentais, tratam-se de valores universais.

Ainda dialogando com Boaventura de Souza Santos, é possível concluir, então, que

a questão específica sobre as condições de universalidade numa dada cultura é em si mesma, não universal. A questão da universalidade dos direitos humanos é uma questão cultural do Ocidente. Logo, os direitos humanos são universais apenas quando olhados de um ponto de vista ocidental. Por isso mesmo, a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona ao questioná-lo.

Sendo a questão da universalidade a resposta a uma aspiração de completude, e porque cada cultura “situa” esta aspiração em torno dos seus valores fundamentais e da sua validade universal, aspirações em torno dos seus valores fundamentais e da sua validade universal, aspirações diversas a diferentes valores fundamentais em diferentes culturas podem conduzir a preocupações isomórficas que, dados os procedimentos de tradução intercultural adequados, se podem tornar mutuamente inteligíveis.⁴⁸⁹

Assim, o próprio argumento da universalidade nega a universalidade do que controverte. Essa parece ser a razão do levantamento de outras ideias que militam a favor da universalidade e defendem que os direitos humanos são universais especialmente devido ao fato de serem orientados a todos os seres humanos, pois é constitutivo da natureza humana. Contudo, pode-se argumentar que, ao contrário dos que sustentam essa posição, “uma vez que os seres humanos não detêm direitos humanos por serem seres – a maioria dos seres não detêm direitos – mas porque são humanos, é a questão não respondida da universalidade da natureza – existe um conceito cultural invariante de natureza humana? – que torna possível a resposta fictícia à questão da universalidade dos direitos humanos.”⁴⁹⁰

Para Panikkar⁴⁹¹ existem quatro pressupostos eminentemente ocidentais no conceito de Direitos Humanos. Segundo ele, “existe uma natureza humana universal que pode ser reconhecida racionalmente”; “a natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade”; “o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou Estado”; “a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres”.

⁴⁸⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 14.

⁴⁹⁰ Ibidem. pp. 14-15.

⁴⁹¹ PANIKKAR, Raimundo. “Is the Notion of Human Rights a Western Concept?”. *Cahier*, nº 81, 1984. p. 30.

Nesse sentido é que se pode concluir por meio das observações do discurso sistemático dos direitos humanos produzidos após a Segunda Guerra Mundial que tais discursos estiveram intimamente ligados ao serviço de interesses hegemônicos dos países que possuem a “legitimidade” para proferir esse discurso totalizante. Essa é a regra. A exceção fica por conta das recentes lutas compradas em volta de todo o mundo por dezenas de milhares de pessoas e organizações não-governamentais em nome da essência dos direitos humanos aplicada para além das negociações e interesses políticos e econômicos. Essa pressão é um fenômeno evidentemente de baixo para cima, uma política contra-hegemônica dos direitos humanos.

Esse fenômeno acontece a partir de premissas identificadas por Boaventura. A primeira é a superação do debate sobre o universalismo e relativismo cultural, uma vez que se trata de um debate intrinsecamente falso, cujos conceitos são igualmente prejudiciais para uma concepção emancipatória de Direitos Humanos.⁴⁹² Apesar dessa posição do autor, é importante salientar como tem demonstrado os argumentos mostrados nesse estudo que, não obstante os argumentos de ambos os lados, universalismo e relativismo, mostrarem-se intrinsecamente problemáticos em algum ponto da sua estrutura, não se pode dizer que se trata de um debate falso. Isso porque é uma das grandes questões que perpassam a problemática de aceitação e aplicação das normas de direitos humanos tal como elas foram preceituadas. Além disso, permeiam as infinitas discussões, inclusive, de validade e legitimidade desses direitos.

A segunda premissa trata de afirmar que todas as culturas possuem compreensões acerca de dignidade humana, mas nem todas elas a observam em função de direitos humanos. A terceira premissa refere-se à ideia de que todas as culturas são incompletas e problemáticas nas compreensões sobre a dignidade humana. Nesse ponto, é importante destacar que Boaventura pontua que a noção de incompletude de uma cultura é dada, sobretudo, a partir de uma visão de outra cultura. A quarta premissa consiste na percepção de que as culturas comportam visões diferentes de dignidade humana, isto é, não existe cultura monolítica. A quinta premissa diz respeito à asserção de que existe uma tendência em toda cultura de dividir as pessoas e os grupos sociais entre uma dualidade de princípios competitivos de pertença hierárquica, o da igualdade e o da diferença.⁴⁹³

⁴⁹² SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 17.

⁴⁹³ Ibidem. p. 18.

Essas são as premissas para um diálogo entre as culturas sobre dignidade humana. Em consequência da aceitação dessas premissas seria possível construir uma “concepção que, em vez de recorrer a falsos universalismos, se organiza como uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis, e que se constitui em rede de referências normativas capacitantes.”

494

A grande sugestão de Boaventura de Souza Santos para lidar com a questão dos direitos humanos é a hermenêutica diatópica.

A hermenêutica diatópica baseia-se na idéia de que os *topoi*⁴⁹⁵ 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 a que se tome parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objectivo inatingível – mas, pelo contrário, amplia 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.⁴⁹⁶

Para exemplificar, a hermenêutica diatópica se situa entre as concepções de direitos humanos na cultura ocidental, do *dharma* da cultura hindu e da *umma* na cultura islâmica. Dessa forma, é relativamente fácil enxergar do que se trata a incompletude cultura e a hermenêutica diatópica. Parece evidente que a partir da observação do *dharma* da cultura hindu ou da *umma* da cultura islâmica, as concepções de direitos humanos na cultura ocidental são incompletas, por exemplo, porque “não estabelecem a ligação entre a parte (indivíduo) e o todo (cosmos) ou, dito de forma mais radical, na medida em que se centram no que é meramente derivado, os direitos, em vez de se centrarem no imperativo primordial, o dever dos indivíduos de encontrarem o seu lugar na ordem geral da sociedade e de todo o cosmos.”⁴⁹⁷

Se o ponto referencial for alterado, se a análise partir das compreensões dos direitos humanos para o *dharma*, também se chegará à conclusão de que este é incompleto, pois constitui um sistema que negligencia as injustiças, ignorando o conflito como caminho para

⁴⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 18-19.

⁴⁹⁵ Os *topoi* são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumentos. SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 19.

⁴⁹⁶ Ibidem. pp. 19-20.

⁴⁹⁷ Ibidem. p. 21.

uma harmonia. Além disso, o *dharma* também não comunga da importância de valores que são considerados essenciais no sistema ocidental liberal como democracia, autonomia, liberdade e igualdade.

A mesma lógica de pensamento pode ser aplicada para analisar as compreensões dos direitos humanos e da *umma* da cultura islâmica.⁴⁹⁸ Há, por exemplo, conflitos de essência que parecem intransponíveis entre a *Sharia* e a concepção ocidental dos direitos humanos, no que toca a condição das mulheres e o princípio da igualdade. Essas questões apresentam-se no exame de qualquer outro sistema face ao sistema dos direitos humanos e vice-versa. Assim, verifica-se que o reconhecimento das culturas como estruturas incompletas é necessário para a promoção de um diálogo entre as culturas e pelas culturas. É importante pontuar que falar em cultura indica uma extrapolação de toda a discussão construída em torno dos Direitos Humanos e das barreiras nacionais. De fato, o problema não pode ser reduzido a regiões politicamente delimitadas, pois a cultura não respeita fronteiras.

Existem estudos específicos que tratam de buscar uma tentativa conciliatória, contextualizada pela hermenêutica diatópica, para alcançar a emancipação do diálogo das culturas a fim de proporcionar não direitos mínimos que perpassem todas as culturas, mas consensos estruturais que atinjam um respeito mútuo às práticas.

Nesse sentido Tariq Ramadan explicita:

O Ocidente não é monolítico nem diabólico, e os seus fenomenais recursos em termos de direitos, conhecimento, cultura e civilização são demasiado importantes para serem simplesmente minimizados ou rejeitados. [Todavia] ser um cidadão ocidental e muçulmano e preservar estas verdades significa, quase sistematicamente, correr o risco de ser olhado como alguém que não está bem “integrado”. Assim, permanece a suspeita sobre a verdadeira lealdade destas pessoas. Tudo se processa como se a nossa “integração” tivesse que ser comprada com o nosso silêncio. Este tipo de chantagem intelectual deve ser recusada.⁴⁹⁹

Nesse sentido é que até mesmo o malfadado imperialismo cultural tem suas barreiras deslocadas quando analisado sob a óptica da interação intercultural irrefreável. De fato, o imperialismo cultural, seja lá a qual deles se possa referir, não é uma via de mão única. As trocas são simbólicas e implícitas. No caso dos direitos humanos, os pressupostos iluministas

⁴⁹⁸ Existe um longo debate sobre a relação entre Direitos Humanos e o Islamismo e a possibilidade de uma noção islâmica dos direitos humanos. Para um debate mais profundo, ver referências completas nas referências bibliográficas deste trabalho de: An-na'im, Dwyer, Mayer, Leites, Afkhami, Gerber, Hassan, Al Faruqi.

⁴⁹⁹ RAMADAN, Tariq. *Western Muslims and The Future of Islam*. Oxford: Oxford University Press, 2003. pp. 10-11.

e racionais que são identificados em sua construção teórica e filosófica, estão em evidente ligação com preceitos de outras culturas, sendo possível identificar as raízes históricas em vários lugares de culturas diferentes que não a Europa. Isso não quer dizer que essas trocas ocorreram e ocorrem igualmente. Dessa forma, “um diálogo intercultural deve partir da dupla constatação de que as culturas foram sempre interculturais, e de que as trocas e interpenetrações entre elas foram sempre muito desiguais e quase sempre hostis ao diálogo cosmopolita [...]”.⁵⁰⁰

Um bom ponto de partida é o estudo exposto por Edward Said intitulado de *Orientalismo*. Nele o autor evidencia a maneira pela qual o Ocidente inventa, conceitua e aloca o Oriente. Para Said, o oriente é uma invenção européia, um lugar de romance, de seres exóticos, memórias paisagens obsessivas e experiência notável. Em especial, podem-se citar os franceses e britânicos que tiveram uma longa tradição daquilo que se pode chamar orientalismo como um modo de resolver o oriente que está baseado no lugar especial ocupado pelo oriente na experiência ocidental européia.⁵⁰¹

Nesse sentido, com base nesse diálogo intercultural que, como bem mostra a história não foi sempre amistoso, o oriente não está apenas geograficamente próximo à Europa, é também onde estão localizadas as maiores, mais ricas e mais antigas colônias europeias, a fonte das suas civilizações e línguas, seu concorrente cultural e uma das suas mais profundas e recorrentes imagens do outro. Dessa maneira, o oriente é parte integrante da civilização e da cultura material da Europa e o orientalismo é um estilo de pensamento baseado em uma distinção ontológica e epistemológica feita entre o oriente e o ocidente.⁵⁰²

Conseqüentemente, o orientalismo funciona como um estilo ocidental para dominar, reestruturar e ter autoridade sobre o oriente, sendo que por causa do orientalismo, não é um tema livre de pensamento e de ação. Contudo, não quer dizer que o orientalismo determine de modo unilateral o que se pode ser dito sobre o oriente, mas que ele é toda rede de interesses que inevitavelmente faz valer seu prestígio toda vez que aquela entidade peculiar, o oriente, esteja em questão. Não há como negar que a troca desigual estabeleceu certos marcos e desafios entre o diálogo entre as culturas. Portanto, parece evidente que a cultura europeia

⁵⁰⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 30.

⁵⁰¹ SAID, Edward W. *Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente*. Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

⁵⁰² Ibidem.

ganhou força e identidade comparando-se com o oriente como uma espécie de identidade substituta.⁵⁰³

Com esse contexto, os debates interculturais sobre como se relacionam as culturas não ocidentais com a cultura dos direitos humanos têm sido travados de maneira bastante rica. A idéia da troca entre as culturas, embora desigual, levou a um processo de reconhecimento da singularidade ainda que em sua forma embrionária. A troca pressupõe um mínimo reconhecimento do Outro, ainda que esse reconhecimento não importe em respeito, aceitação ou tolerância.⁵⁰⁴

É preciso levar em consideração a dificuldade desse debate uma vez que a depender das culturas que se estabelecem nos polos das trocas, uma delas pode ter sido alvo de contínuas agressões a sua concepção de dignidade no decorrer da história. A relação de subordinação muitas vezes não está completamente cessada e reclama por parte dos interlocutores do diálogo uma abertura de mesmo diâmetro. Nesse sentido é que se pode dizer que “é precisamente no campo dos direitos humanos que a cultura ocidental tem de aprender com o Sul global para que a falsa universalidade atribuída aos direitos humanos no contexto imperial seja convertida numa nova universalidade, construída a partir de baixo, o cosmopolitismo subalterno e insurgente.”⁵⁰⁵

Toda essa estruturação de um diálogo traz consigo uma série de questões que precisa ser refletida com parcimônia pelos interlocutores do diálogo. É preciso a cautela para que as culturas em diálogo não sobreponham os seus valores e práticas umas sobre as outras. Para fins de um diálogo produtivo, essa hipótese parece ser devastadora, pois pode levar a um processo de descaracterização e mutilação de uma das culturas, ocasionando um processo de fechamento ou conquista cultural.

Como lembra Boaventura:

⁵⁰³ SAID, Edward W. *Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente*. Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

⁵⁰⁴ Para o debate africano, ver referências completas nas referências bibliográficas deste texto de: Olusegun Oladipo, 1989; Odera Oruka, 1990; Kwasi Wiredu, 1990; Ernest Wamba dia Wamba, 1991; Henk Procee, 1992; Mogobe B. Ramose, 1992. Sobre o debate indiano: Ashis Nandy, 1987; Partha Chatterjee, 1984; Thomas Pantham, 1988. Por uma observação global sobre as diferenças culturais ver: Galtung, 1981; Oladipo, 1989; Oruka, 1990; Wiredu, 1990; Wamba dia Wamba, 1991; Procee, 1992; Ramose, 1992.

⁵⁰⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 31.

Se uma cultura se considera inabalavelmente completa não tem nenhum interesse em envolver-se em diálogos interculturais; se, pelo contrário, admite, como hipótese, a incompletude que outras culturas lhe atribuem e aceita o diálogo, perde confiança cultural, torna-se vulnerável e corre o risco de ser objecto de conquista. Por definição, não há saídas fáceis para este dilema mas também não penso que ele seja insuperável.⁵⁰⁶

Outros pontos devem ser observados para que permitam um diálogo efetivamente intercultural. Além da necessidade das culturas reconhecerem a sua incompletude, Boaventura sugere que as culturas permitem diferentes versões e para o diálogo intercultural deve ser escolhida a que “representa o círculo de reciprocidade mais amplo, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro”. Por exemplo, “das duas versões de direitos humanos, a liberal e a social-democrática (marxista ou não), deve ser privilegiada a última porque amplia para os domínios económicos e social a igualdade que a versão liberal apenas considera legítima no domínio político.”⁵⁰⁷

Algumas considerações podem ser tecidas sobre estes dois primeiros pontos levantados. De fato, o reconhecimento da cultura como incompleta auxilia muito a sua abertura para um diálogo com outra vertente cultural. Entretanto, é tarefa relativamente difícil o indivíduo imerso em seu universo particular reconhecer que suas práticas e valores não são capazes de alojar as explicações sobre o seu mundo. Ainda que essa abertura aconteça por intermédio de questões, eventual e geralmente, propostas a partir de outra cultura, ela dificilmente ocorre com a roupagem do reconhecimento de incompletude e da assunção de inacabado ou da imperfeição. Por isso e além disso, a cultura não é um recurso humano que possa ser discutido de forma tão determinante em termos de completude ou incompletude. A equação das culturas está longe de ser matemática.

Igualmente, a aceção de várias versões culturais dentro de uma cultura traz nebulosidade sobre o debate, porque torna mais indefinível ainda os limites de onde começa uma e termina outra cultura. Por exemplo, não é possível falar em duas culturas dos direitos humanos, isto é, uma liberal e uma social-democrática. A utilização do termo cultura nesse caso subverte todo o seu sentido antropológico. De fato, o que se pode dizer é que existem duas versões ideológicas dentro de uma mesma cultura.

⁵⁰⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 32.

⁵⁰⁷ Ibidem. p. 32.

Boaventura chama atenção também para a questão do tempo do diálogo intercultural. Contrapondo os exemplos históricos fornecidos pela cultura ocidental nos quais não houve, durante séculos, disponibilidade para aberturas interculturais. Nesse sentido, é importante destacar que o tempo do diálogo entre as culturas não pode ser estabelecido unilateralmente, isto é, o grupo social deve decidir quando estiver preparado para o diálogo. Além disso, os temas para os diálogos não podem ser unilateralmente impostos, mas devem ser parte de um mútuo acordo. Por fim, é necessária para o diálogo a demarcação da importância essencial de igualdade e diferença. Sistemáticamente, as trocas entre os indivíduos ou grupos, que são formalmente iguais, ocorrem de maneira desigual. Nessa situação, nem igualdade, nem diferença parecem ser suficientes para uma política multicultural emancipatória. Assim, é evidente que o princípio da igualdade em políticas de direitos humanos seja seguido de perto pelo inegociável respeito e reconhecimento da diferença. “A hermenêutica diatópica pressupõe a aceitação do seguinte imperativo transcultural: temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza.”⁵⁰⁸

É evidente, portanto, que as políticas de direitos humanos precisam de uma reestruturação sistêmica e de pressupostos. Os direitos humanos têm sido concebidos como um localismo globalizado o que, de fato, limita o seu alcance de maneira prática, ainda que a teoria pretenda um grande abarcamento. Concluindo, para Boaventura, é necessário “a reconstrução intercultural das políticas emancipatórias por meio da tradução da hermenêutica diatópica.” No mesmo sentido, é necessária uma reconstrução pós-imperial dos direitos humanos, observando o Outro na equação da vida como um ser igual em direitos, negando as bases nas quais a modernidade ocidental conseguiu “transformar os direitos dos vencedores em direitos universais.”⁵⁰⁹

As propostas de Boaventura são evidentemente de grande valia para refletir vários problemas que circundam os direitos humanos. As ideias permitem um aprofundamento crítico sobre alguns aspectos da construção da doutrina desses direitos. A desnaturalização de algumas ideias, ou seja, a desconstrução de explicações que levantam a bandeira

⁵⁰⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p 36. Para uma melhor compreensão, ver SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. Em especial, capítulo 6.

⁵⁰⁹ *Ibidem*. p. 45.

incondicional e cega tanto do universalismo como do particularismo auxiliam na estruturação de uma nova perspectiva dos direitos humanos.

O diálogo entre as culturas é essencial, mas não as isentam de riscos. Contudo, parece que os riscos que correm as culturas ao se proporem um diálogo com outras é menor que o risco do fechamento ao diálogo que pode levar a formas de dominação imperceptíveis, devastadoras e definitivas. O projeto emancipador carrega em si um grande caráter utópico, uma vez que depende, sobretudo, de um pressuposto de igualdade entre as culturas que caminham no diálogo. Bem se sabe que essa posição de igualdade seja, talvez, a maior utopia na estrutura da teoria emancipadora. Contudo, mecanismos que possam equilibrar as desigualdades e permitir um diálogo no qual a produção dos discursos dos interlocutores tenha embutido o valor de respeito mútuo não parecem ser impossíveis de serem pensados.

É preciso atentar-se para o fato de que, como disse Cassesse, “novas formas de opressão estão a desenvolver-se e a espalhar-se (neocolonialismo, opressão hegemônica, dominação pelas corporações multinacionais e pelas organizações transnacionais repressivas) e as minorias estão a despertar da dominação secular para um sentido mais vital de liberdade e independência.”⁵¹⁰

A regra da imposição cultural e política parece ter perdido grande parte de sua eficácia. Aliás, como foi dito anteriormente, ela parece estar cada dia mais próxima do “politicamente incorreto”, sendo supervisionada pelos olhares mais atentos às singularidades humanas e diminuindo a sua força para funcionar como discurso oficial dos sistemas e práticas.

A espinha dorsal dos direitos humanos está intimamente ligada à ideia utópica da justiça. Desde o seu desenvolvimento embrionário até a forma adquirida após a Segunda Guerra Mundial o padrão teórico da justiça sempre embasou o discurso desses direitos, ainda que esse padrão tenha sido redesenhado em vários momentos. Logo, a questão da universalidade e do particularismo cultural também está atrelada à noção de justiça. Nesse viés, parece mais claro do que nunca que os padrões de justiça são trabalhados de maneira muito diferente, senão opostas.

Para Nancy Fraser, existe um novo panorama que reclama uma melhor compreensão desse padrão de justiça social que é buscado nas políticas dos direitos, sejam eles humanos ou não.

⁵¹⁰ CASSESSE, Antonio. *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*. Naples: Editoriale Scientifica, 1979. p. 148.

Desse modo, a autora afirma que as demandas por “justiça social” dividem-se em dois tipos: as demandas por políticas de redistribuição e por políticas de reconhecimento.

As categorias apresentadas por Fraser abrem o repertório possível de análises para os conflitos e demandas dos Direitos Humanos. As demandas por redistribuição dizem respeito a uma distribuição mais justa de recursos e bens, isto é, visam à igualdade pretendida pelas teorias sobre justiça social nos últimos 150 anos. De outra parte, as demandas por políticas do reconhecimento têm como objetivo “contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito. [...] Este tipo de demanda atraiu recentemente o interesse de filósofos políticos, além disso, alguns deles estão procurando desenvolver um novo paradigma de justiça que põe o reconhecimento no seu centro.”⁵¹¹

Ambas as demandas políticas estão plenamente ligadas à história dos direitos humanos. Ao polarizar o debate, Fraser pondera que

Alguns proponentes da redistribuição rejeitam completamente a política do reconhecimento, considerando as demandas pelo reconhecimento da diferença como uma “falsa consciência”, um obstáculo à busca da justiça social. Inversamente, alguns proponentes do reconhecimento aplaudem o relativo eclipse da política de distribuição, a qual, para eles, cheira a um materialismo ultrapassado que não pode nem articular nem desafiar experiências-chave de injustiça.⁵¹²

Tanto a redistribuição como o reconhecimento⁵¹³ constituem dimensões da justiça que podem permear todos os movimentos sociais. Pode-se dizer que sob a perspectiva da política da redistribuição, a injustiça é focada nas situações socioeconômicas. Em contrapartida, a política do reconhecimento foca as injustiças que entende como culturais, como dominação cultural, não-reconhecimento e desrespeito. Não obstante haver uma certa tendência em analisar ambas as políticas de maneira dissociada, ambas trabalham juntas na realidade. Elas

⁵¹¹ FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Jûris. 2008. p. 167.

⁵¹² Ibidem. p. 168.

⁵¹³ Há nesse ponto um diálogo com as proposições de Cardoso de Oliveira. Este autor distingue “três dimensões temática constitutivas das causas ou conflitos judiciais, ainda que nem sempre elas tenham a mesma importância e significado: (a) a dimensão dos direitos; (b) a dimensão dos interesses; e, (c) a dimensão do reconhecimento.” Para mais ver: CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. A Dimensão Simbólica dos Direitos e a Análise de Conflitos. Trabalho apresentado na mesa-redonda *Antropologia do Direito no Brasil: campo e perspectivas*, realizada durante o *I Encontro Nacional de Antropologia do Direito, na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas na Universidade de São Paulo*, nos dias 20 e 21 de agosto de 2009.

estão imbricadas nas práticas e demandas sociais, independente de quais grupos está-se a referir. Nesse sentido Fraser afirma que:

Cada vez mais, como eu mencionei no início, a política da redistribuição e a política do reconhecimento são consideradas como alternativas mutuamente excludentes. Alguns proponentes da primeira rejeitam a “política da identidade” como um desvio contraproducente dos reais temas econômicos, afirmando, com efeito, que “é a economia, seu estúpido”. Da mesma maneira, alguns proponentes do reconhecimento rejeitam a política redistributiva que cerrou os olhos para a diferença como assimilacionista, afirmando, com efeito, que “é a cultura, seu estúpido”. Esta, todavia, é uma falsa antítese.⁵¹⁴

No que toca mais especificamente a questão dos Direitos Humanos, algumas questões podem ser tiradas das proposições elaboradas por Fraser. O reconhecimento não se trata apenas de justiça. Mas pode-se dizer que o fato de alguns indivíduos e grupos terem negados a posição de parceiros da interação social meramente em decorrência de padrões de valor cultural institucionalizados, em cuja construção eles não participaram em posição de igualdade. Além disso, esse processo desconsidera os aspectos distintivos dessas categorias, bem como os traços específicos.⁵¹⁵

O fato é que “quando padrões institucionalizados de valor cultural constituírem alguns atores como inferiores, excluídos, completamente outros, ou simplesmente invisíveis, portanto como menos do que parceiros plenos na interação social, então poderemos falar em não-reconhecimento e subordinação de status”⁵¹⁶

Certamente, uma perspectiva dos Direitos Humanos que pareça ser menos contraditória tem que envolver as ideias das políticas de redistribuição e de reconhecimento. A introjeção dessas duas dimensões parece, também, ser um bom pressuposto para que o diálogo intercultural possa caminhar de forma saudável. Não se pode esquecer, entretanto, que essas políticas não podem funcionar sozinhas, porque são lógicas complementares do processo de reconhecimento.

Para tanto, Nancy Fraser constrói o que ela chama de “concepção bidimensional da justiça”. Como consequência disso, a autora propõe a noção da participação paritária. Essa

⁵¹⁴ FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008. p. 167.

⁵¹⁵ No referido artigo, Nancy Fraser discute mais aprofundadamente as políticas de redistribuição e reconhecimento frente a questões como gênero, raça, classe, sexualidade.

⁵¹⁶ FRASER, op. Cit. p. 179.

noção tem ideias que contribuem afortunadamente para a discussão desse estudo. Dessa maneira explica:

[...] para a participação paritária ser possível, pelo menos duas condições sociais devem ser satisfeitas. Primeiro, a distribuição de recursos materiais tem de ser tal que garanta a independência e “voz” aos participantes. Ela proíbe arranjos que institucionalizam privação, exploração e grosseiras disparidades de riqueza, renda, trabalho e tempo de lazer.

Em contraste, eu chamo a segunda condição para a participação paritária de “intersubjetiva”. Ela requer que os padrões institucionalizados de valor cultural expressem igual respeito por todos os participantes e assegurem igual oportunidade para a conquista da estima social. Essa condição proíbe padrões culturais que depreciam sistematicamente algumas categorias de pessoas e as qualidades a elas associadas, seja por sobrecarregá-las com uma excessiva “diferença” dos outros, seja por falhar em reconhecer sua distintividade.⁵¹⁷

Nesse sentido, seja no que se refere à política, filosofia ou sistema jurídico dos direitos humanos, ambas as condições aparecem prejudicadas com os exemplos históricos que por vezes deixaram claro que a participação paritária em termos práticos revela-se uma ideia irrealizável. Os interesses outros que dirigem as composições dos discursos e dão legitimidade aos interlocutores que professam o discurso dos Direitos Humanos funcionam como barreira intransponível característico do sistema posto.

Mas a grande questão é se, nas ideias de Fraser, “a justiça requer o reconhecimento do que é distintivo em indivíduos ou grupos, sobre e além do reconhecimento da nossa humanidade em comum?” Como resposta a essa pergunta cerne do estudo, Fraser coloca que a questão não pode ser respondida mediante uma análise conceitual abstrata. A resposta precisa de elementos que vão além dessa abstração, isto é, ela precisa ser alcançada com o aspecto do pragmatismo, como trazido pela teoria social crítica. Assim, “tudo depende do que as pessoas atualmente não-reconhecidas necessitam para que possam participar como pares na vida social. E não há razão para pressupor que todas elas precisem da mesma coisa em todos os contextos.” A conclusão, logo, é uma ideia que não detém um ponto inflexível de argumentação. “Quais pessoas precisam de quais tipos de reconhecimento e em quais contextos, depende da natureza dos obstáculos que elas enfrentam em relação à participação paritária.”⁵¹⁸

Fraser ainda pondera

⁵¹⁷ FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008. p. 181.

⁵¹⁸ Ibidem. p. 182.

não se pode compreender as sociedades contemporâneas observando exclusivamente uma única dimensão da vida social. Não se pode derivar a dimensão econômica da dominação diretamente da cultural, nem a cultural diretamente da econômica. Da mesma maneira, não se pode inferir a classe diretamente do status, nem o status diretamente da classe. [...] Disso segue que nem o culturalismo, nem o economismo são suficientes para compreender as sociedades contemporâneas. Ao invés, necessita-se de uma abordagem que possa acomodar a diferenciação, a divergência e a interação em todos os níveis.⁵¹⁹

A partir disso, tem-se que a resolução da contradição entre a pretensão universalista da matriz discursiva dos direitos humanos e o seu uso particularista não ocorrerá através das maneiras de enfrentar a violência, a discriminação e a dor. Em razão disso, observa-se que a atribuição de valor negativo ou positivo à violência e ao extermínio de pessoas depende de uma complexa simbiose entre cultura e poder. Portanto, é dependente do “entrelaçamento entre cosmologias, ideologias, utopias, posições de poder, capacidade de arrebatar recursos e de reproduzir o *status quo*.”⁵²⁰

Em suma, sob todos os aspectos existe a precariedade de uma resposta. Isso significa que não é possível formular uma solução prévia para o ponto de interrogação. Ainda que se leve em consideração que, virtualmente, qualquer demanda por redistribuição tem efeitos de reconhecimento e, igualmente, qualquer demanda por reconhecimento terá efeitos distributivos, a resposta não está posta. Além disso, é preciso ter em mente que os Direitos Humanos revelam-se como uma ideologia/utopia que se pretende universal e independente de ideários políticos e religiosos. Dessa maneira, em forma de cosmopolítica ocidental, os Direitos Humanos sofrem com todas “as tensões, ambiguidades e paradoxos do cosmopolitismo. Tensões, ambigüidades e paradoxos que, em última instância, refletem dramas típicos do relativismo cultural e da relação entre o universal e o particular.”⁵²¹

Douzinas coloca que:

A esperança do futuro não deve escamotear as infâmias do presente, e a distância necessária para a crítica não deve se transformar no hiato da indiferença. O princípio esperança pós-moderno, como representado pelos direitos humanos, é talvez aporético e não utópico: flagrado entre a ação mutiladora da lei que separa o corpo físico e o Estado (a função do simbólico), e o futuro redentor da integridade

⁵¹⁹ FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008. p. 184.

⁵²⁰ RIBEIRO, Gustavo Lins. “Cultura, direitos humanos e poder. Mais além do império e dos humanos direitos. Por um universalismo heteroglóssico”. In: FONSECA, Claudia., TERTO JR, Veriano., e ALVES, Caleb Faria et al. *Antropologia, diversidade e direitos humanos: Diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 46.

⁵²¹ Ibidem. p. 40. Para mais sobre os direitos humanos como cosmopolítica, ver: RIBEIRO, Gustavo Lins. *Postimperialismo: cultura y política en El mundo contemporáneo*. Barcelona: Gedisa, 2003.

existencial (a função do imaginário), os direitos humanos representam, ao mesmo tempo, o mal e a sua cura, o veneno e o seu antídoto, um legítimo *pharmakon* derridiano.⁵²²

A complexidade da multiplicidade de fatores, que envolvem uma situação conflitual de direitos humanos, exige uma apuração concreta das relações e características que se envolvem no contexto do qual se busca uma solução. Quando nem as teorias universalistas, nem as teorias particularistas ou relativistas conseguem sozinhas dar cabo das questões postas, e é o que sempre ocorre, é preciso expandir as fronteiras. Sabe-se que alguns pressupostos são necessários para o início desse caminho resolutivo, como, por exemplo, o diálogo intercultural. No entanto, eles por si só não servem para imprimir uma resposta acabada. Isso porque não existem em nenhuns casos soluções prévias. Entrar a fundo no caso a caso é fundamental.

⁵²²DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. Para mais: DERRIDA, Jacques. *A farmácia de Platão*. Tradução de Rogério da Costa. São Paulo: Iluminuras, 1991. pp. 61-171.

3. Os Direitos Humanos e a Cultura: um diagnóstico antropológico em um caso jurídico.

Querer o meu não é roubar o seu.
Pois o que eu quero é só função de eu.
Sociedade alternativa. Sociedade novo aeon
É um sapato em cada pé, é direito de ser ateu ou de ter fê
Ter prato entupido de comida que você mais gosta
É ser carregado, ou carregar gente nas costas
Direito de ter riso e de prazer
E até direito de deixar Jesus Sofrer
Novo Aeon – Raul Seixas- Cláudio Roberto- Marcelo Motta

A reflexão a respeito de uma Teoria dos Direitos Humanos não é tarefa simples. Pensar em uma teoria que consiga abarcar todo um conjunto de pressupostos e demandas no âmbito doméstico já se apresenta com evidente dificuldade, o que se pode dizer dessa mesma pretensão no intercultural, intersocial, intereconômico e internacional? Por suposto que tal construção consome incomensurável energia e, talvez, um futuro completamente insípido.

O fato é que, bem ou mal, o Direito precisa dar uma resposta aos conflitos surgidos acerca dos Direitos Humanos. Após o processo de internacionalização desses direitos, o sistema de proteção dos Direitos Fundamentais que asseguram a dignidade da pessoa humana necessitou do delineamento de medidas que pudessem de alguma maneira transmitir certa segurança no contexto das atrocidades perpetradas na Segunda Guerra Mundial. Desse modo, como já foi referido no capítulo anterior, o sistema de judicialização dos direitos humanos tomou ao redor do mundo diretrizes ligeiramente diferenciadas, a ver as distinções dos sistemas interamericano, europeu, africano e asiático de proteção desses direitos.

Um ponto em comum sobressaiu-se especificamente. Doravante a segurança de que a proteção dos direitos humanos não deveria se reduzir à esfera reservada de um Estado foi concretizada. Isso porque os direitos humanos passaram a ser vistos inequivocamente como um tema de legítimo interesse internacional. Nesse contexto, afirma Piovesan que “a violação dos direitos humanos não pode ser concebida como uma questão doméstica do Estado, e sim como problema de relevância internacional, como legítima preocupação da comunidade internacional.”⁵²³

Não se pode deixar de notar que os sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos carregam consigo a problemática da definição da universalidade normativa e

⁵²³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 123.

do particularismo cultural. Por mais que esses sistemas apresentem-se como regionais, são, em essência, orientados por uma mesma perspectiva normativa de tendência ocidental e europeia. Obviamente, algumas particularidades da aplicação normativa universal das disposições de direitos humanos podem ser identificadas a partir do sistema examinado.

Todo o exercício jurídico que tem como ponto de partida a reivindicação da aplicação dos direitos humanos passa pelo problema estrutural do enfrentamento do Outro. Este óbice caracteriza-se pela eterna busca do respeito e consideração na equação da vida dos indivíduos. Assim, lembra Costas Douzinas que “após a morte de Deus, a transcendência deve ser situada na história, mas deve evitar as armadilhas do historicismo”. O sistema do Direito Internacional e as manifestações decisórias prolatadas e formadoras das jurisprudências dos Tribunais Internacionais, de fato, não conseguem dar cabo desse problema, uma vez que balançam entre um “universalismo a-histórico” e um “localismo historicista”. Nesse sentido é que a alteridade apresenta-se como um mecanismo amenizador dos obstáculos do sistema jurídico nesses casos.⁵²⁴

Em termos de exercício de direitos, os direitos humanos, sem dúvida, representam uma gama de formulações que podem ser sempre acionadas para impelir criminosos aos tribunais ou, no mínimo, situá-los sob o olhar crítico da sociedade e da história. Não se pode negar que os direitos humanos são fundamentais para a sociabilidade contemporânea. Dificilmente, enquanto constructo abstrato seria possível pensar em um mundo sem eles, sem poder invocá-los.⁵²⁵ A invocação do discurso sobre os direitos humanos tem sido exercida por diferentes atores políticos. Ribeiro lembra que esses discursos são invocados “às vezes com propósitos que aparecem como, para dizer o mínimo, contraditórios com relação ao campo semântico associado à luta pacífica pelas liberdades, pelo bem-estar das pessoas e coletividades.”⁵²⁶

É importante observar que todo o contexto dos problemas abordados nesse texto perpassa a maneira como uma determinada cultura, povo, sistema de normas é capaz de lidar com o Outro abstrato e diferente ou o Outro concreto e singular. Não se pode olvidar que os direitos possuem uma característica nata de reduzir a singularidade ou diferença do Outro. Esse processo cria uma tendência natural e quase irremediável de transformar o Outro no exemplo

⁵²⁴ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 361.

⁵²⁵ RIBEIRO, Gustavo Lins. “Cultura, direitos humanos e poder. Mais além do império e dos humanos direitos. Por um universalismo heteroglóssico”. In: FONSECA, Claudia., TERTO JR, Veriano., e ALVES, Caleb Faria et al. *Antropologia, diversidade e direitos humanos: Diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 38-39.

⁵²⁶ *Ibidem*. p. 29.

de uma regra ou numa referência de categoria. Esse procedimento, por si, é injusto. Essa adjetivação é utilizada a partir da perspectiva ambiciosa de que uma sociedade dos direitos humanos opera uma teoria, não essencialista, “do bem, e se torna uma comunidade de obrigação para com o Outro singular e único e suas necessidades concretas.”⁵²⁷ “Os direitos humanos referem-se àquilo que é próprio dos seres humanos devido não à sua humanidade abstrata, mas a uma dignidade concreta, inaugurada por meio da submissão ética.”⁵²⁸

A construção de uma Teoria dos Direitos Humanos passa estritamente por essa percepção. De fato, é necessário para uma visão mais clara do todo, aliar essa questão ao repertório de argumentos utilizados nas decisões a respeito dos direitos humanos. Nesse sentido é que:

Os direitos humanos são em parte a negação do sistema de direitos legais e não podem ser fundamentados (se é que se necessita de um fundamento) em decisões e compromissos passados, muitos dos quais são a própria causa do problema ou se tornam totalmente aplicados. Os direitos humanos representam o aspecto utópico futurista do Direito. Em seu campo, a imanência triunfa sobre a transcendência e a história impede a imaginação do futuro.⁵²⁹

Douzinas aponta ainda que “a lei dos direitos humanos é flagrada ainda em outro paradoxo: na qualidade de lei, ela atua como um agente de estabilização da identidade e de racionalização do poder do Estado; na qualidade de direitos humanos, ela introduz no Estado e na personalidade (jurídica) a abertura da indeterminação social e cultural.”⁵³⁰ O próprio autor pondera que no Direito Internacional a intensa atividade legiferante aponta que o excesso de elaborações de leis é um substituto para a evidente falta de um legislador unitário e uma implementação crível.⁵³¹

Um bom exemplo para isso é dado por Kymlicka em uma nota de rodapé:

Por exemplo, os críticos da Lei de Multiculturalismo do Canadá sugeriram que a sua lógica conservadora de preservação cultural necessariamente acarreta a mutilação genital feminina (MGF) deveria ser permitida naqueles grupos de imigrantes nos quais isso é uma prática “tradicional”. Mas, como nós podemos reconciliar isso com o fato de que, ao mesmo tempo em que o Canadá adotava a Lei de Multiculturalismo, ele se tornara um dos primeiros países do mundo a aceitar que uma menina deveria receber o status de refugiada caso enfrentasse o risco de ser submetida a MGF se retornasse ao seu país de origem, mesmo que a MGF fosse “tradicional” em seu país de origem? Seria autocontraditório para um país como o Canadá tolerar a MGF dentro de suas fronteiras em nome da preservação cultural,

⁵²⁷ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. pp. 361- 362.

⁵²⁸ Ibidem. p. 359.

⁵²⁹ Ibidem. p. 257.

⁵³⁰ Ibidem. p. 268.

⁵³¹ Ibidem. p. 334.

enquanto a define como perseguição no exterior. Críticos como Bissoondath presumem que os legisladores de fato adotaram essa autocontradição, mas eles não oferecem nenhuma interpretação plausível sobre como essa autocontradição poderia ter surgido.⁵³²

O entendimento dos tribunais que tratam dos direitos humanos pode ser classificado como restrito e duvidoso. As mudanças, que podem ser verificadas ao se examinar várias decisões, confirmam a volatilidade das compreensões dos direitos que se afiguram sob uma inconstância entre os dois polos. É possível observar que como reflexo desse panorama os juristas que demandam perante entidades internacionais, por exemplo, Tribunal Europeu de Direitos Humanos assimilam o entendimento que as aderências políticas dos juízes indicados pelos governos consistem em uma forma de pleito mais segura para o sucesso do que a arguição das normas que circulam o ambiente jurídico do tribunal. É visível que as mudanças de orientação política dos governos que têm a prerrogativa de nomear os juízes dos tribunais influenciam tanto nos recursos humanos como na constituição das comissões de direitos humanos internacionais.⁵³³

Todos esses fatores influenciam na forma que a estrutura jurídica se comporta, levando-se em conta que ela é composta por atores de diversas naturezas, isto é, desde juristas, diplomatas, representantes governamentais para assuntos específicos até representantes de Organizações Não-Governamentais, passando pelos sujeitos que estão ou são, geralmente, o cerne do conflito. É evidente, então, que o panorama apresenta-se como multifacetário, o que, *a priori*, é uma grande dificuldade para transpor certas barreiras advindas da herança positivista, do diálogo e da aceitação multicultural.

Dessa maneira, o exame das jurisprudências emanadas dos Tribunais Internacionais em matéria de Direitos Humanos são aspectos muito relevantes na leitura desses direitos na esfera judicial. Como se viu, esses direitos possuem, antes de seu caráter eminentemente jurídico, grandes raízes filosóficas, sociológicas e antropológicas. A jurisprudência liberal afirma que os direitos e os Direitos Humanos são histórica, estrutural e politicamente indistinguíveis. É comum observar que a maioria dos livros-textos sobre direitos humanos introduz seu tema ao

⁵³² KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 236.

⁵³³ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 132. Acerca da análise aprofundada das prioridades políticas e os métodos dos tribunais e instituições de direitos humanos: GAETE, Rolando. *Human Rights and the Limits os Critical Reason*. Aldershot: Dartmouth, 1993.

apresentar as teorias liberais-padrão dos direitos, como se não houvesse ou pudesse haver nenhuma teoria dos direitos humanos independente das teorias dos direitos.

Em outro plano, a ausência de um monopólio de violência legítima e o estado político anárquico dificulta o processo do direito cogente. Essa é outra barreira que se apresenta diante dos Tribunais Internacionais em matérias de direitos humanos. Essa, mais do que qualquer outra, tendo em vista as questões já discutidas como a soberania e identidade, parece ser intransponível. Freud há muito alertou contra a ingenuidade da jurisprudência dizendo que “a lei era originariamente violência bruta e que até mesmo hoje ela não consegue sobreviver sem o apoio da violência”.⁵³⁴

Diante de tudo isso, dois casos específicos levados aos Tribunais Internacionais foram escolhidos para completar este estudo.

Em termos metodológicos, o critério de seleção de ambos os casos foi baseado tanto na matéria que é discutida, como nos resultados proferidos pelas cortes internacionais. Os direitos debatidos são direitos fundamentais e humanos que se tornaram alguns dos grandes alicerces das grandes lutas políticas e sociais do século XVIII e XIX. Os casos referem-se, especialmente, aos direitos à liberdade de expressão e o direito ao respeito pelas crenças religiosas ou ao respeito pelos sentimentos religiosos, isto é, em maior medida, direitos estritamente ligados à liberdade de religião.

Ora, não se pode negar a importância que tais direitos tiveram no processo histórico de estabilização dos direitos humanos nas estruturas políticas dos Estados de Direito. Esses direitos são caríssimos às ideias modernas de Democracia, República e Estado de Direito. É praticamente impensável, a partir da estrutura das organizações estatais que tiveram como ponto de ruptura as revoluções do século XVIII, um modelo que possa sobreviver sem a garantia da proteção a esses direitos. O processo do constitucionalismo moderno ampliou e sedimentou o interesse do Estado em promover uma gama de direitos fundamentais que propiciasse aos indivíduos, cidadão, a garantia de não ingerência do Estado sobre suas liberdades.

Para fins analíticos, tem importância a evidente distinção apontada por Habermas entre a concepção liberal e a concepção “republicana” da política. Para ele, a concepção liberal

⁵³⁴FREUD, Sigmund. Why War? In: Freud, *Civilization, Society and Religion. Group Psychology, Civilization and its discontents and Other Works*. Tradução James Strachey et al. Ed. Albert Dickson. London: Penguin-Pelican, 1985. p. 355.

compreende o processo democrático com a função de programar o Estado no interesse da sociedade. Dessa forma, o processo político teria como objetivo a realização dos interesses privados da sociedade frente ao Estado. A concepção republicana, por sua vez, concebe o processo democrático como garantidor do processo de socialização coletivo, não como mediador entre interesses privados e o Estado.⁵³⁵

Contribui, também, a distinção proposta por Rawls. Ele entende que os direitos humanos são distintos das garantias constitucionais ou dos direitos da cidadania democrática em função de exercerem três funções importantes. Primeiramente, a observância dos direitos humanos, para Rawls, representa a condição necessária para que haja legitimação em um regime político e seja aceita a sua ordem jurídica. Depois, sob o Direito interno dos Estados, o respeito aos direitos humanos representa condição suficiente para que se impossibilite uma eventual intervenção por outros Estados em seus assuntos internos, seja por meio de sanções econômicas ou pelo uso da força militar. Por fim, Rawls aponta que um limite último ao pluralismo entre os povos é estabelecido pelos direitos humanos.⁵³⁶

Assim, no pensamento rawlsiano, os direitos humanos expressam-se por intermédio de normas jurídicas e políticas. Essas se referem ao mundo das relações entre as nações e expressam comprometimentos nacionais com valores, com o fim de estabelecer uma ordem internacional politicamente justa.

O processo ocidental de secularização dos Estados está intimamente ligado a toda essa discussão. De fato, depois do desmembramento oficial entre Igreja e Estado, Religião e Direito, a proteção aos direitos que tratavam da liberdade religiosa tornou-se um dos alicerces do Estado. O exemplo disso é a Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos que aponta logo em seus primeiros dizeres a garantia da liberdade religiosa.

Hodiernamente, ao redor do mundo, a discussão política que se faz acerca dos países que têm a estrutura organizacional atrelada à religião possui imensa importância no âmbito dos direitos humanos, uma vez que quase sempre esse atrelamento impede que ideologia desses direitos, sua filosofia e teoria se propaguem e sejam aplicadas. Isso porque a referência moral do Estado confunde-se com a referência moral da religião de maneira oficial, explícita e

⁵³⁵ HABERMAS, Jürgen. *L'intégration républicaine*. Tradução de Rainer Rochlitz. Paris: Fayard, 1999, p. 259. Para mais sobre essa distinção, especialmente sobre a concepção liberal, ver: RAWLS, John. *Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.

⁵³⁶ RAWLS, John. *Le Droit des Gens*. Paris: Editions Esprit, 1996. p. 79.

obrigatória. Em contrapartida, nos Estados onde esse atrelamento não existe, essa confusão pode até ocorrer, mas será de maneira velada e servirá como um refúgio argumentativo.

Nesse sentido, Comparato chega a afirmar que

Com efeito, não há autêntica liberdade de crença e de opinião, num Estado que adota uma religião oficial. As pressões de toda sorte – políticas, econômicas e profissionais – contra os não seguidores da religião de Estado tornam essa liberdade ilusória. Aliás, os Estados totalitários mais virulentos da atualidade são, justamente, aqueles que adotam uma confissão religiosa. A interferência estatal na vida privada torna-se sufocante.⁵³⁷

Realmente, há muito para se discutir a esse respeito, isto é, pode haver liberdade de crença e de opinião no seio de um Estado que adota uma religião oficial? Sem dúvida trata-se de uma análise provida de grandes percalços, mas que se revela de extrema importância para o avanço do debate.

Entretanto, o escopo de analisar ambos os casos não se prestará a responder tal questão, mas de examinar o contexto dos atores sociais e agentes institucionais ao lidar com uma possível violação desses direitos humanos. Significa dizer que a ideia é percorrer os contextos e interações que decorreram a partir dos casos de violação levados às cortes e em que medida eles foram influenciados ou influenciaram na percepção e na resolução desses conflitos.

Outro ponto metodológico diz respeito ao fato de que ambos os casos que serão apresentados a seguir tratam dos direitos correlacionados a partir de uma mesma matriz problemática, isto é, em ambos os casos, o afrontamento aos direitos se dá a partir de uma produção cinematográfica de tema religioso.

Além disso, metodologicamente, ambos os casos chegaram às Cortes Internacionais em momentos cronológicos bastante próximos, o que facilita a identificação e análise dos pontos de convergência e divergências entre eles.

É importante ter em mente que os dois casos servem para representar a maneira como o debate entre o universalismo e o particularismo tem central importância na construção argumentativa das decisões e na aplicação da letra das normatividades. Além disso, elas dão sentido ao projeto radical dos direitos humanos apontado por Douzinas:

O projeto radical dos direitos humanos, embora aceite a rejeição da transcendência religiosa da modernidade, insiste na importância do princípio de transcendência para

⁵³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 326.

a reconstrução das formas históricas e herda a tarefa clássica de conceber uma ordem política e legal que está além do aqui e agora.⁵³⁸

3.1 - *Otto Preminger Institut vs. Áustria*

Para identificar a maneira como a liberdade de expressão é compreendida na Europa quando a liberdade religiosa está presente no mesmo debate, em termos de direitos humanos, a análise da jurisprudência da Corte Europeia é o foco central. Isto porque é a referida corte que tem o papel de interpretar a Convenção Europeia de Direitos Humanos, atribuindo as interpretações jurídicas legítimas a cada direito fundamental posto em questão. Assim, o caso *Otto Preminger Institut vs. Áustria* é um dos *lead cases* levados à Corte Europeia no qual se discutem os limites entre a liberdade de expressão e a liberdade religiosa.

O caso refere-se ao filme *Das Liebeskonzil* ("Council in Heaven" / "O concílio do amor"), dirigido pelo cineasta de Werner Schroeter. O filme foi produzido pelo *Otto-Preminger-Institut für audiovisuelle Mediengestaltung* (OPI) e é um longa-metragem que tem sua história inspirada em um enredo teatral escrito por Oskar Panizza publicada em 1894. Cabe ressaltar sobre a encenação, que foi a origem do filme, que em 1895 a Corte de Munique após ser provocada sobre o conteúdo da representação teatral, condenou o autor da peça a uma pena de prisão por "crimes contra a religião" e proibiu a edição da peça na Alemanha.

Até o ano de 1973, a peça não havia sido exibida na Alemanha, sendo que naquele ano ela foi produzida em Hamburgo. Desde então, o enredo foi exibido em vários países como Alemanha, Itália e Áustria.

Basicamente, a peça trata de um conselho no céu convocado por Deus Pai após ficar sabendo da vida repleta de lascívia do povo de Nápoles para fazer algum tipo de punição que poderia atingir a humanidade sem interferir em sua necessidade pela salvação. Após consultar a Virgem Maria e Jesus Cristo, o Diabo também é consultado. Decide-se, ao propósito deste último que o Diabo iria procriar uma filha que seria enviada para a Terra e disseminaria uma doença primeiramente na Corte Papal e no clero em geral para, depois, disseminá-la entre as pessoas.

A peça representa Deus como um velho inseguro e impotente, Jesus Cristo como um menino desprovido de vivacidade e baixa inteligência e a Virgem Maria como uma mulher

⁵³⁸ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 120.

sem princípios morais e devassa. No conselho, decidem que a humanidade deve ser punida pela sua imoralidade e, por isso, há disseminação da doença. Assim, o filme retrata o Deus das religiões Judaica, Cristã e Islâmica como um velho homem, aparentemente senil, que se prostra diante do Diabo, beijando-o e chamando-o de amigo. Em outras partes, a Virgem Maria permite a leitura de uma história obscena. A sugestão da cena é demonstrar uma propensão erótica entre ela e o Diabo. Além disso, Jesus Cristo adulto é representado como um “débil mental” e uma cena o mostra beijando e acariciando lascivamente os seios de sua mãe, que tolera o ato. O filme também mostra Deus, a Virgem Maria e Jesus Cristo aplaudindo o Diabo.

Na própria descrição constante no julgamento do caso na Corte Europeia:

II. THE FILM "DAS LIEBESKONZIL"

20. The play on which the film is based was written by Oskar Panizza and published in 1894. In 1895 Panizza was found guilty by the Munich Assize Court (Schwurgericht) of "crimes against religion" and sentenced to a term of imprisonment. The play was banned in Germany although it continued in print elsewhere.

21. The play portrays God the Father as old, infirm and ineffective, Jesus Christ as a "mummy's boy" of low intelligence and the Virgin Mary, who is obviously in charge, as an unprincipled wanton. Together they decide that mankind must be punished for its immorality. They reject the possibility of outright destruction in favour of a form of punishment which will leave it both "in need of salvation" and "capable of redemption". Being unable to think of such a punishment by themselves, they decide to call on the Devil for help.

The Devil suggests the idea of a sexually transmitted affliction, so that men and women will infect one another without realising it; he procreates with Salome to produce a daughter who will spread it among mankind. The symptoms as described by the Devil are those of syphilis.

As his reward, the Devil claims freedom of thought; Mary says that she will "think about it". The Devil then dispatches his daughter to do her work, first among those who represent worldly power, then to the court of the Pope, to the bishops, to the convents and monasteries and finally to the common people.

22. The film, directed by Werner Schroeter, was released in 1981. It begins and ends with scenes purporting to be taken from the trial of Panizza in 1895. In between, it shows a performance of the play by the Teatro Belli in Rome. The film portrays the God of the Jewish religion, the Christian religion and the Islamic religion as an apparently senile old man prostrating himself before the Devil with whom he exchanges a deep kiss and calling the Devil his friend. He is also portrayed as swearing by the Devil. Other scenes show the Virgin Mary permitting an obscene story to be read to her and the manifestation of a degree of erotic tension between the Virgin Mary and the Devil. The adult Jesus Christ is portrayed as a low grade mental defective and in one scene is shown lasciviously attempting to fondle and kiss his mother's breasts, which she is shown as permitting. God, the Virgin Mary and Christ are shown in the film applauding the Devil.⁵³⁹

A projeção do filme foi anunciada em Innsbruck, Áustria, nos seguintes termos:

⁵³⁹Disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695774&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>. Acessado em 10/1/2011.

"Oskar Panizza's satirical tragedy set in Heaven was filmed by Schroeter from a performance of the Teatro Belli in Rome and placed in a frame story which reconstructs the trial of the writer for blasphemy in 1895 and his conviction. Panizza starts from the assumption that syphilis was God's punishment for the lasciviousness and sinfulness of mankind at the time of the Renaissance, especially at the court of the Borgia Pope Alexander VI. In Schroeter's film, God's representatives on Earth carrying the insignia of worldly power resemble to a hair the heavenly protagonists. In a caricatural mode trivial imagery and absurdities of the Christian creed are targeted and the relationship between religious beliefs and worldly mechanisms of oppression is investigated."⁵⁴⁰

Um jornal local também anunciou a projeção do filme, apresentando o título do filme, a data e o local da projeção, sem maiores detalhes. Apesar de o filme ter sido exibido em sessão privada, a Corte Regional de Innsbruck garantiu que o filme não fosse exibido para o público. Além disso, a Corte Regional determinou o confisco do filme.

Após interposição de recurso contra a decisão, a Corte de Apelações de Innsbruck confirmou o entendimento da decisão anterior, uma vez que a liberdade de expressão artística deveria encontrar seu limite na medida em que o conteúdo do filme ofenderia preceitos religiosos. Dessa maneira, o direito à liberdade artística e de expressão seria necessariamente limitada pelos direitos de liberdade de religião e pelo dever de o Estado salvaguardar a sociedade baseada na ordem e tolerância. A Corte manifestou-se:

"The intended public projection, on 13 May 1985, of the film 'Council in Heaven', which, both in image and text, depicts God the Father as a senile, impotent idiot, Christ as a cretin and Mary the Mother of God as a wanton lady with a corresponding manner of expression, and which also ridicules the Eucharistic ceremony, came within the definition of the criminal offence of disparaging religious precepts under Section 188 of the Criminal Code."

É interessante notar que houve performances da peça original na Áustria em Viena, novembro de 1991 e em Innsbruck, outubro de 1992. Em Viena, as autoridades da promotoria pública não tomaram qualquer ação. Já em Innsbruck, várias queixas criminais privadas foram iniciadas, investigações preliminares foram desenvolvidas e as autoridades da promotoria pública descontinuaram os procedimentos.

⁵⁴⁰ Disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695774&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>. Acessado em 10/1/2011. No original em alemão, com os seguintes termos: "Oskar Panizzas satirische Himmelstragödie wurde von Schroeter in einer Aufführung des römischen Teatro Belli verfilmt und in eine Rahmenhandlung gestellt, die den 1895 wegen Gotteslästerung geführten Prozeß gegen den Dichter und seine Verurteilung rekonstruiert. Panizza geht von der Annahme aus, die Syphilis sei die Strafe Gottes für die Unzucht und Sündenhaftigkeit der Menschen zur Zeit der Renaissance gewesen, speziell am Hofe des Borgia-Papstes Alexander VI. In Schroeters Film gleichen die Vertreter Gottes auf Erden, versehen mit den Insignien weltlicher Macht, aufs Haar den himmlischen Protagonisten. Karikaturistisch werden bildliche Trivialvorstellungen und Auswüchse des christlichen Glaubens auf Korn genommen und die Beziehung von Glaubensinhalten und weltlichen Unterdrückungsmechanismen untersucht."

Ou seja, os tribunais austríacos reconheceram que a liberdade de expressão artística merece limites e não é absoluta, ainda que ambos os aspectos não estejam presentes explicitamente no texto constitucional, pois estariam localizados nas garantias e proteções dos direitos dos outros indivíduos.

O caso foi, então, levado à Suprema Corte Austríaca em 1994. Esta, por sua vez, decidiu que o direito à liberdade de expressão artística, como garantia do Artigo 17 da Lei Básica, poderia ser limitado em face de outros direitos e garantias infringidas, especificamente no caso os direitos à crença e à consciência religiosa. Seria, logo, um caso de abuso no direito de expressão artística. Para além da discussão trazida em termos do Código Penal Austríaco, se a produção e exibição do filme representaria a ofensa criminal aos preceitos religiosos, o caso foi levado à Corte Europeia de Direitos Humanos uma vez que o confisco e a apreensão representariam violações ao artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Dispõe o referido artigo:

Artigo 10.º

(Liberdade de expressão)

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

2. O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

Ao recorrer à Corte Europeia de Direitos Humanos, a produtora cinematográfica alegou ofensa ao artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A corte analisou o pedido a partir de quatro pontos: se houve ou não interferência na liberdade de expressão da associação requerente; se esta ingerência é prescrita pela lei; se esta interferência tem um fim legítimo; e, por fim, se o confisco e apreensão foram necessários em uma sociedade democrática.

Embora tenha ponderado que todo aquele que professe uma religião, independentemente de ser a compartilhada pela maioria ou minoria das pessoas de um determinado lugar, deve estar preparado, tolerar e aceitar a negação de suas crenças religiosas por indivíduos de crença divergente, a corte alertou que a maneira como essa negação pode ser feita é da alçada do

Estado, sobretudo para manter a ordem e a tolerância entre os indivíduos. Igualmente, ainda que a corte tenha sedimentado que a liberdade de expressão constitui um fundamento especial da sociedade democrática e uma condição básica para o progresso e desenvolvimento, o exercício dos direitos e liberdades do primeiro parágrafo do artigo 10 traz consigo deveres e responsabilidades. No contexto das opiniões religiosas e crenças, a orientação que dá sentido é a inclusão da obrigação de evitar tanto quanto possível expressões que podem ser ofensivas para outros indivíduos e violar seus direitos, além de expressões que não contribuem de forma alguma para um debate público em prol do progresso humano.⁵⁴¹

No que toca à apreensão do filme, a corte ponderou que o assunto posto apresentava, em suma, o conflito entre o exercício de duas liberdades fundamentais garantidas no texto da Convenção. Assim, há, por um lado, o direito da associação-recorrente, Otto Preminger Institut, para transmitir à opinião pública visões controversas e, por consequência, o direito das pessoas interessadas para tomar conhecimento de tais pontos de vista. Por outro lado, há o direito de outras pessoas para o devido respeito pela sua liberdade de pensamento, consciência e religião. Para a Corte Europeia de Direitos Humanos, é importante levar em consideração a apreciação deixada às autoridades nacionais, cujo dever é, numa sociedade democrática também considerar, dentro dos limites de sua competência, os interesses da sociedade como um todo.⁵⁴²

Dessa forma, outra passagem da decisão do julgamento, a Corte argumentou:

56. The Austrian courts, ordering the seizure and subsequently the forfeiture of the film, held it to be an abusive attack on the Roman Catholic religion according to the conception of the Tyrolean public. Their judgments show that they had due regard to the freedom of artistic expression, which is guaranteed under Article 10 (art. 10) of the Convention (see the Müller and Others judgment referred to above, p. 22, parag. 33) and for which Article 17a of the Austrian Basic Law provides specific protection. They did not consider that its merit as a work of art or as a contribution to public debate in Austrian society outweighed those features which made it essentially offensive to the general public within their jurisdiction. The trial courts, after viewing the film, noted the provocative portrayal of God the Father, the Virgin Mary and Jesus Christ (see paragraph 16 above). The content of the film (see

⁵⁴¹ Disponível em http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695774&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86_142BF01C1166DEA398649. Acessado em 10/1/2011.

⁵⁴² Disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695774&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>. Acessado em 10/1/2011.

paragraph 22 above) cannot be said to be incapable of grounding the conclusions arrived at by the Austrian courts.⁵⁴³

Portanto, ao concluir que não houve violação ao artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos ressaltou que não se pode ignorar o fato de que a religião católica romana é a religião da esmagadora maioria dos tirolezes. Dessa forma, ao apreender o filme, as autoridades austríacas teriam agido para garantir a paz religiosa na região e evitar que algumas pessoas pudessem se sentir alvo de ataques contra suas crenças religiosas de forma indevida e ofensiva.

A Corte considerou que as autoridades nacionais estão em melhor posição que o juiz internacional para avaliar a necessidade de tal medida, tendo em conta a situação existente no local em um determinado momento. Logo, a Corte, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto, não considera que as autoridades austríacas podem ter ultrapassado a sua margem de apreciação a respeito do caso em tela.

No que toca à cassação do filme, a Corte utilizou o mesmo raciocínio. Nesse sentido o artigo 10 da Convenção não pode ser interpretado como proibidor da cassação, em termo de interesse público, de itens cuja utilização tem sido legalmente declarado ilícito. Embora a cassação tenha tornado definitivamente impossível a exibição do filme em qualquer lugar na Áustria, a Corte considerou que os meios utilizados não são desproporcionais em relação ao objetivo legítimo perseguido e que, portanto, as autoridades nacionais não excederam, novamente, a margem de apreciação.

Por essas razões, a Corte, por seis votos a três, declarou que não houve violação ao artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁵⁴⁴

⁵⁴³ Disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695774&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>. Acessado em 10/1/2011.

⁵⁴⁴ Cabe ressaltar que a opinião dissidente não nega que a liberdade de expressão tenha limites, mas estes são apenas os previstos na alínea 2 do artigo 10, que devem ser interpretados restritivamente. Os três dissidentes questionam se seria legítimo o Estado definir uma expressão artística como não contributiva ao debate público. Para os vencidos, a sinopse feita pela produtora deixou claro o modo como seria encarada a religião católica, de modo que quem fosse assistir – maiores de dezessete anos – já estaria preparado para a sátira.

3.2 - Corte Interamericana vs Chile

A Corte Interamericana de Direitos Humanos integra um dos sistemas internacionais de aplicação das normas de direitos humanos. Com os olhos voltados para as eventuais violações e questionamentos dos direitos humanos no continente americano, essa Corte posiciona-se frente aos demais sistemas internacionais de proteção a esses direitos interpretando a Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a posição que essa Corte adota reflete para o restante dos sistemas como a visão e a maneira que o continente americano interpreta as normas de Direitos Humanos.

O segundo caso escolhido diz respeito ao julgado na Corte Interamericana de Direitos Humanos referente ao filme “A última tentação de Cristo”. O caso foi intitulado pela Corte como “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Submetido à Corte em janeiro de 1999, a demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado do Chile tem como cerne a possível violação dos artigos 13 e 12 da Convenção.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para

proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.⁵⁴⁵

Nesse diapasão, como consequência, a Comissão alegou que o Estado chileno teria não cumprido os artigos 1.1 e 2 da Convenção, obrigação de respeitar os direitos e o dever de adotar disposições de direito interno⁵⁴⁶, respectivamente.

O filme, identicamente ao caso anterior, teve sua exibição proibida no Chile. É interessante notar que o julgamento se dá uma vez que a possível violação ao dispositivo da Convenção teria provocado prejuízo à sociedade chilena e, em particular, a algumas pessoas que são partes na demanda perante a Corte. Basicamente, dois pontos jurídicos foram discutidos nessa demanda. O primeiro e principal referiu-se ao fato de ter ou não havido violação aos direitos da Convenção. O segundo disse respeito à incompatibilidade das disposições da Constituição Chilena que dispunham sobre a possibilidade de censura prévia a obras cinematográficas e quaisquer publicidades a elas relacionadas frente à liberdade de expressão prevista na Convenção.

Cabe ressaltar que tanto a sentença da Corte de Apelações de Santiago do Chile como a decisão prolatada pela Corte Suprema do Chile, que confirmou a sentença, entenderam que a censura ao filme era legal e necessária. A partir disso o caso foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Na Corte Interamericana, várias provas foram produzidas pela comissão demandante. Merecem destaque os testemunhos de alguns indivíduos que juntamente com a sociedade chilena figuraram como vítimas das decisões dos Tribunais Pátrios Chilenos. Um deles foi Ciro Colombara López. De acordo com a sentença prolatada pela Corte o prejuízo dele pode ser expressado da seguinte maneira:

⁵⁴⁵ Disponível em <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>. Acessado em 10.1.2011.

⁵⁴⁶ **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos** - 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. **Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno** - Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Disponível em <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>. Acessado em 10.1.2011

Cuando se impuso la censura a la película “La Última Tentación de Cristo” tenía 28 años, era y es abogado, se dedicaba al ejercicio libre de la profesión, y desempeñaba una función académica en la Universidad Católica de Chile. No ha visto la película “La Última Tentación de Cristo”. Profesional y académicamente tiene gran interés en el tema del derecho penal, de la libertad de expresión y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Publicó un libro en Chile sobre las sanciones penales en materia de libertad de expresión.

Al iniciarse en Chile el proceso destinado a prohibir la exhibición de la película mediante un recurso de protección interpuesto por siete abogados invocando la representación de la Iglesia Católica y de Jesucristo, decidió intervenir por varias razones: le parecía “tremendamente grave” que alguien se arrogara la representación de la Iglesia Católica y de Jesucristo pretendiendo que se prohibiese la exhibición de una película; se iba a juzgar o resolver algo determinante para la libertad de expresión en Chile, ya que se iba a sentar un precedente en la materia; estimaba importante que los tribunales chilenos, al resolver el caso, tuviesen especial conocimiento de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicables al caso; y le parecía especialmente grave que se coartase la libertad de expresión en materia artística.

La sentencia que prohibió la exhibición de la película le causó perjuicios directos e indirectos. Si bien no es un hecho imputable al Estado, como consecuencia de su intervención profesional en el caso terminó su carrera académica en la Universidad Católica, ya que se señaló que dicha participación era incompatible con el desempeño de las funciones académicas. Le parece sumamente grave el hecho de que los tribunales chilenos no hicieron referencia a la Convención Americana o al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El hecho de que se haya prohibido la película le causó un grave daño, debido a sus actividades académicas y por sus intereses profesionales en materia de libertad de expresión, ya que actualmente da clases sobre libertad de expresión en la Escuela de Periodismo de la Universidad de Chile y tiene contactos con académicos de otros países. Se le causó un perjuicio como ciudadano al impedirle acceder a una película de carácter artístico y con un contenido aparentemente religioso. En consecuencia, se le privó la posibilidad de tener elementos de juicio, de formarse una opinión, de acceder a información que para él era relevante. Finalmente, como no es católico, considera que se atentó contra su derecho de conciencia, ya que un grupo de personas de una religión determinada pretendió imponer una visión propia sobre lo que pueden ver los demás ciudadanos.

De igual modo, a testemunha e vítima da proibição avalizada pelos Tribunais Pátrios chilenos, Matías Insunza Tagle também apresentou perante à Corte as suas razões:

Cuando se impuso la censura a la película “La Última Tentación de Cristo” cursaba cuarto año de derecho en la Universidad de Chile y tenía un cargo de representación estudiantil. No ha visto la película “La Última Tentación de Cristo” debido a la sentencia de la Corte Suprema de Chile.

Al iniciarse en Chile el proceso destinado a prohibir la exhibición de la película mediante un recurso de protección, hubo dos motivos que lo llevaron a intervenir en dicho proceso. *Un motivo fue personal, que era el hecho de que un grupo de abogados pretendía, mediante la interposición de un recurso de protección, impedir el acceso a información. Otro motivo fue el hecho de haber tenido un cargo estudiantil, ya que la Universidad a la cual asistía era pública y tolerante, abierta a distintas ideas y expresiones, lo cual lo incentivó a ser parte en el recurso de protección para impedir que se censurara la exhibición de la película.*

La sentencia que prohibió la exhibición de la película le causó un perjuicio moral y un daño en cuanto a su desarrollo intelectual, porque a través de la censura impuesta se le impidió tener acceso a información fundamental para poder formarse una opinión fundada en argumentos sólidos y no en prejuicios. Por su formación y por ser estudiante de derecho necesita tener una opinión fundada en argumentos jurídicos y en “argumentos de ciudadano”. Se restringió su capacidad de desarrollo intelectual para participar en el debate público que se generó.

Se afectó su libertad de conciencia mediante la imposibilidad de acceder a información, así como de pensar de determinada manera y de crearse, mantener o modificar sus propias ideas y convicciones acerca de un tema. *Se le privó la posibilidad de crecer intelectualmente, de desarrollarse.*

Além desses, outros peritos auxiliaram na resolução do caso como especialistas em direitos humanos, direitos constitucional, direito processual, liberdade de expressão e direito político. Muito se discutiu acerca da eventual responsabilidade do Estado chileno frente às violações dos artigos da Convenção. Obviamente, esta é uma discussão importante para fins de delimitar a maneira como funciona o sistema internacional de responsabilização estatal e outros objetivos. Entretanto, como não se trata do cerne principal deste estudo, os maiores detalhes do debate podem ser encontrados no bojo da própria decisão da Corte.⁵⁴⁷

A transcrição completa dos trechos da sentença que se referem às duas testemunhas e vítimas do conflito é de extrema importância para que se tenha em mente a diferença do discurso produzido pelos agentes envolvidos em um conflito dessa natureza. Além disso, a partir dessas transcrições, baseadas nos próprios depoimentos dos indivíduos, é possível a maneira como esses indivíduos se relacionam aos direitos postos em análise, bem como a forma como conflitos desses direitos são percebidos no além-muro dos Tribunais Judiciais.

Em 1988, o Conselho de Qualificação Cinematográfica Chileno não autorizou a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo”. Essa resolução do Conselho foi questionada em um Tribunal de Apelações e confirmada por este em 1989. Em 1996, o mesmo Conselho revisou a proibição da exibição do filme, uma vez que foi motivada por intermédio de uma petição da *United International Pictures Ltda.* A exibição foi, enfim, autorizada para espectadores maiores de 18 anos. Entretanto, um grupo de pessoas em nome de Jesus Cristo, da Igreja Católica e em seus próprios interesses interpôs um recurso de proteção que foi acolhido pela Corte de Apelações de Santiago e tornou sem efeito a resolução que autorizou a exibição do filme. A Corte Suprema de Justiça do Chile confirmou a sentença.

⁵⁴⁷ Isso porque, inclusive, há uma discussão acerca da responsabilização das funções/poderes da República, pois o poder executivo ao ser questionado na Corte Interamericana alegou que, de fato, tanto a Corte de Apelações de Santiago, como a Corte Suprema de Justiça Chilena violaram a liberdade de expressão com as suas decisões.

Em suma, a proibição da exibição do filme “A Última Tentação de Cristo” por parte da Suprema Corte Chilena teria violado o artigo 13 da Convenção, pois o exercício da liberdade de pensamento e de expressão não pode sofrer censura prévia.

A proibição efetuada pela Suprema Corte fundamentou-se na ideia de que a exibição do filme resultava em ofensa à figura de Jesus Cristo e, portanto, afetava também aqueles que peticionaram perante o poder judiciário chileno, isto é, as pessoas que compartilham da crença na história bíblica do evangelho e que consideram Jesus um modelo de vida. Dessa forma, a proibição teve como objetivo defender o direito à honra e à reputação de Jesus Cristo.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos manifestou-se no sentido de que o direito à liberdade de pensamento e de expressão, previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, consiste no direito e liberdade não apenas de expressar pensamento próprio, mas o direito e liberdade de procurar, receber e difundir informações ou ideias de qualquer caráter, o que explica as dimensões individuais e sociais da liberdade de expressão.⁵⁴⁸

A Corte Interamericana considerou a liberdade de expressão uma pedra angular de uma sociedade democrática, da mesma maneira que a Corte Europeia de Direitos Humanos. Para tanto, citou, inclusive, trecho da decisão proferida no caso *Otto Preminger Institut vs. Áustria*:

La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que

[la] función supervisora [de la Corte le] impone [...] prestar una atención extrema a los principios propios de una ‘sociedad democrática’. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. El artículo 10.2 [de la Convención Europea de Derechos Humanos] es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática’. Esto significa que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.

⁵⁴⁸ Conforme a explicação nos próprios termos da sentença: 65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. 66. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf. Acessado em 05/01/2011.

Por otra parte, cualquiera que ejerce su libertad de expresión asume ‘deberes y responsabilidades’, cuyo ámbito depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado.⁵⁴⁹

A partir, então, do artigo 13.4 da Convenção que possibilita excepcionalmente a censura prévia, unicamente com o fim de regular o acesso aos espetáculos públicos para a proteção moral da infância e adolescência, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que existe um sistema de censura prévia para exibição e publicidade de produções cinematográficas. Portanto, a decisão da Suprema Corte de Justiça Chilena constituiu uma evidente censura prévia, o que viola o artigo 13 da Convenção.

Noutro giro, os demandantes, Comissão e outros afirmaram que com a decisão da Suprema Corte, os direitos à liberdade de consciência e de religião foram violados. Isto porque já que o filme “A última tentação de Cristo” tem conteúdo religioso, aqueles que possuem as crenças convergentes com a do filme estão impedidos de exercitar os seus direitos à consciência e formar uma opinião sobre as ideias expressadas na obra cinematográfica. Da mesma maneira, a proibição afetou quem não congrega das mesmas crenças religiosas e sendo assim a decisão privilegia um determinado credo em detrimento do livre acesso à informação do resto das pessoas que têm direito a formar as suas opiniões sobre a obra. Assim, a decisão teria privado as vítimas e a sociedade chilena do acesso à informação que poderia proporcionar manter ou mudar as suas crenças, o que configura violação ao referido artigo da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana, entretanto, decidiu que não houve violação a tal artigo a partir do seguinte raciocínio:

79. Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En el presente caso, sin embargo, no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades consagradas en el artículo 12 de la Convención. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias.

⁵⁴⁹ Outros casos que tiveram a linha de raciocínio identicamente desenvolvida: cfr. Eur. Court H.R., Handyside case, judgment of 7 December 1976, Series A No. 24, párr. 49; Eur. Court H.R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párrs. 59 y 65; Eur. Court H.R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. 55; Eur. Court H.R., Lingens judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, párr. 41; Eur. Court H.R. Müller and Others judgment of 24 May 1988, Series A no. 133, párr. 33; y Eur. Court HR, Otto-Preminger-Institut v. Austria judgment of 20 September 1994, Series A no. 295-A, párr. 49.

Portanto, para a Corte, o Estado Chileno violou o direito à liberdade de pensamento e de expressão previsto no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Porém, a Corte concluiu que não houve violação ao artigo 12 da mesma Convenção.

3.3 – A dimensão simbólica e o exercício dos Direitos Humanos: aspectos dos conflitos dos casos e o preceito da universalidade normativa.

Mais real que o real, o simbolismo.⁵⁵⁰

Os casos trazidos à análise discutem, basicamente, os mesmos direitos humanos, apresentando uma identidade conflitual e soluções bastante distintas. Os direitos à liberdade de expressão e à liberdade religiosa, e todos a este relacionado como os direitos à liberdade de crença, liberdade de prática religiosa, liberdade de consciência e religião, como colocado em tópico anterior, tornaram-se grandes baluartes do Estado Democrático. Isso, inclusive, na decisão de ambas as Cortes foi diretamente defendido.

Os direitos adquiriram na versão ocidentalizada da humanização do indivíduo um papel protagonista da conformação, deformação e transformação da maneira pela qual os indivíduos se inter-relacionam. O poder que os direitos passaram a desempenhar no Estado Democrático de Direito dotaram-nos de uma força extraordinária sobre a estrutura das formas de organização sociais e políticas. Dessa maneira, como afirma Douzinas:

Os direitos são, portanto, ficções extremamente poderosas cujo efeito sobre as pessoas e as coisas é profundo: eles fazem as pessoas sacrificarem sua vida ou sua liberdade, eles levam as pessoas a matar ou mutilar em seu nome, eles inspiram as pessoas a protestar, a se rebelar e a mudar o mundo. Os direitos são ficções linguísticas que funcionam e reconhecimentos de um desejo que nunca chega ao fim.⁵⁵¹

A íntima ligação, até então implícita, que a ideia de direitos passou a ter com a luta pelo reconhecimento e pela satisfação do desejo político do indivíduo modulou as aspirações e limites do homem político pós-século XVIII. Em grande medida, todo o despejo de vontades que era dirigido à transcendência espiritual, única e detentora das forças de balizamento da ordem terrena e extraterrena foi reorientado para a poderosa ficção dos direitos. Ao se

⁵⁵⁰ “*Plus réel que le réel, le symbolisme*”. Título do nº 12 da revue du M.A.U.S.S. semestrielle, inspirado na observação de Lévi-Strauss, segundo a qual “os símbolos são mais reais que aquilo que simbolizam”. Citado em CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. O Ofício do Antropólogo, ou Como Desvendar Evidências Simbólicas. *Anuário Antropológico/2006*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008. p. 9.

⁵⁵¹ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 268.

rememorar e parafrasear novamente Nietzsche, se Deus está morto, os direitos parecem cumprir o papel da divindade na motivação do plano social.

Os direitos, enquanto constructos jurídicos e sociais, possuem, então, uma força normativa⁵⁵² que transpõe as barreiras do agir social e reformula a produção e reprodução dos efeitos do próprio agir na sociedade. O controle às paixões e impulsos freudianos passa a ser exercido com o auxílio de normas sociais que facilitaram a estabilização da norma jurídica como referência da moral.

Durkheim discute essa questão em sua obra *Da Divisão Social do Trabalho*:

As paixões humanas só se detêm diante de um poder moral que respeitam. Se falta uma autoridade moral desse gênero, impera a lei do mais forte; latente ou agudo, há necessariamente um estado de guerra crônico [...] Enquanto em outros tempos as funções econômicas só tinham um papel secundário, hoje ocupam o primeiro plano. Diante delas, vemos as funções militares, administrativas e religiosas recuarem cada vez mais. Só as funções científicas têm condições de lhes disputar a posição: e, mesmo assim, a ciência hoje só tem prestígio na medida em que pode servir à prática, isto é, em boa parte, às profissões econômicas.⁵⁵³

Parece evidente que, em grande medida, o sujeito moderno alcançou sua humanidade a partir do momento em que passou a deter direitos políticos. Esses direitos garantem ao indivíduo a sua aceitação à natureza humana universal ao mesmo tempo em que excluem aqueles que não os detêm. É importante tangenciar que nesse ponto da construção da teoria é que a noção das leis dos Estados-nações redefine a condição de humanidade passando a situar o estrangeiro e o refugiado em patamares distintos daquele dos demais indivíduos abrigados sob o guarda-chuva da nação.⁵⁵⁴ Essas concepções iniciaram um processo atroz de inferiorização do ser que serviu como justificativa para atos perpetrados no longo século XX.

Tal panorama serviu para a rediscussão do alcance dos Direitos Humanos no âmbito do Direito Internacional. Dessa forma, há o rompimento com “o conceito tradicional que situava o Direito Internacional apenas como a lei da comunidade internacional dos Estados e que sustentava ser o Estado o único sujeito de Direito Internacional.”⁵⁵⁵

Nesse mesmo sentido Thomas Buergenthal explica:

⁵⁵² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

⁵⁵³ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do Trabalho Social*. Tradução de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 1995. pp. 3-4.

⁵⁵⁴ DOUZINAS, Costa. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 154.

⁵⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 119.

O Direito Internacional tradicional é definido como o Direito que regula exclusivamente relações entre Estados-nações. Logo, sob este enfoque, apenas Estados eram sujeitos do Direito Internacional e apenas Estados podiam possuir direitos legais à luz deste Direito. Era inconcebível que os indivíduos detivessem direitos internacionais. Eles eram vistos como objetos, e não como sujeitos do Direito Internacional. Consequentemente, os direitos humanos eram concebidos como matéria concernente apenas à jurisdição doméstica de cada Estado. Este princípio negava aos outros Estados o direito de interceder ou intervir em hipóteses em que nacionais de um Estado tinham seus direitos por eles violados. Entretanto, havia exceções a essa regra.⁵⁵⁶

Mas o fato é que, a exemplo dos casos expostos, a concepção do sujeito internacional ganhou novos contornos o que proporcionou o exercício do direito por parte de outros atores. Pode-se dizer, inclusive, que a concepção de universalidade auxiliou nessa remodelação acerca do exercício dos direitos no âmbito internacional, pois, como lembra Piovesan, a universalidade dos direitos humanos representou a concreta ruptura com a ideologia nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça, isto é, a raça pura ariana. Dessa forma, a dignidade humana foi estendida ao plano do exercício sólido do direito nas cortes internacionais, sendo, posteriormente, incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁵⁵⁷

Lembra Cardoso de Oliveira que

os dilemas da justiça, da cidadania, e dos direitos são de muito difícil apreensão quando o interprete não enfoca adequadamente a maneira como as respectivas questões são vividas pelos atores, ou como elas ganham sentido nas suas práticas, e motivam determinados padrões de orientação para a ação. A observação do antropólogo, — qualquer que seja seu objeto e não apenas no caso da Antropologia do Direito —, tem que estar situada num universo simbolicamente pré-estruturado.⁵⁵⁸

Obviamente, é necessário ponderar as limitações das explorações dos casos em termos antropológicos. Isso porque para avaliar de maneira mais profunda a maioria das consequências que casos como estes podem repercutir entre os agentes envolvidos, quais são os possíveis significados dos direitos debatidos e suas implicações, seria preciso uma pesquisa de campo para examinar o sentido das práticas que circundaram os casos desde o início. Dessa maneira, é evidente que a empiria alcançada pela análise dos casos a partir dos

⁵⁵⁶ BUERGENTHAL, Thomas. *International human rights*. Minnesota: West Publishing, 1988. pp. 2-3.

⁵⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 142.

⁵⁵⁸ CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. A Dimensão Simbólica dos Direitos e a Análise de Conflitos. Trabalho apresentado na mesa-redonda *Antropologia do Direito no Brasil: campo e perspectivas*, realizada durante o *I Encontro Nacional de Antropologia do Direito, na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas na Universidade de São Paulo*, nos dias 20 e 21 de agosto de 2009. p. 9.

documentos das Cortes Internacionais encontra-se restringida. Isso não significa que conclusões antropológicas não possam ser encontradas, conclusões essas que não seriam possíveis atingir sem estudar os casos.

A princípio, a dimensão simbólica dos conflitos também pode ser, de certa medida, percebida a partir dos documentos referências. Assim, a dimensão simbólica é aquela que faz parte do empírico, mas que não é material. Contudo, apesar de não ser material, ela é igualmente empírica e “tão concreta quanto à material, sendo passível de apreensão com a mesma objetividade das evidências materiais [...]”⁵⁵⁹

Pode-se, então, definir essa dimensão simbólica como aquela que

se traduz na maneira como os direitos são vividos pelos atores que se envolvem nessas relações conflituosas. Isto é, como os direitos são vividos e como ganham sentido para as partes. O foco estaria na indagação sobre como os atores orientam a ação, como diria Weber, ou na compreensão de que regras estariam seguindo quando interagem, como diria Wittgenstein. Em uma palavra, a etnografia dos conflitos supõe um esforço de compreensão das interações entre as partes, com respaldo na experiência delas, de modo a viabilizar a atribuição de um sentido que esclareça o desenrolar do conflito e/ou da relação. Um bom exemplo deste enfoque abrangente da antropologia ao abordar conflitos seria a análise de drama celebrizada por Victor Turner (1957). A dimensão simbólica, portanto, vai muito além daquilo que está expresso em qualquer código de direito, ou mesmo nos princípios formais que balizam os procedimentos e nas leis positivadas.⁵⁶⁰

Dessa forma, parece que a dimensão simbólica contida nos casos revela a necessidade da revisão conceitual apresentada anteriormente a eles. A maneira como os atores sociais de ambos os casos apresentados buscam o exercício dos direitos, isto é, reivindicam os direitos frente a uma possível violação é distinta. De fato, no caso Europeu, desde o início do conflito, a participação de indivíduos foi, praticamente, inexistente. A preocupação em reverter as decisões judiciais domésticas de apreensão e cassação do filme foi da produtora cinematográfica comercial. Ora, parece evidente que o ato de proibição da exibição do filme atinge não apenas aqueles que têm intenção lucrativa a partir da produção áudio visual, mas aqueles aos quais esta obra tem como potenciais destinatários. Além disso, em termos de crença, o ato por si, atinge tanto aqueles que congregam de uma determinada crença, como aqueles que divergem das ideias dessas crenças, sejam elas majoritárias ou minoritárias.

⁵⁵⁹ CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. O Ofício do Antropólogo, ou Como Desvendar Evidências Simbólicas. *Anuário Antropológico/2006*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008. p. 16.

⁵⁶⁰ CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. A Dimensão Simbólica dos Direitos e a Análise de Conflitos. Trabalho apresentado na mesa-redonda *Antropologia do Direito no Brasil: campo e perspectivas*, realizada durante o *I Encontro Nacional de Antropologia do Direito, na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas na Universidade de São Paulo*, nos dias 20 e 21 de agosto de 2009. p. 5.

Em contrapartida, no caso chileno, a inclusão institucional e oficial de outros atores no contexto do conflito indica que a percepção social, isto é, dos sujeitos frente à possível violação dos direitos humanos ocorreu de maneira mais intensa. Transcritas no tópico anterior, as declarações das vítimas do caso presentes na sentença da Corte Interamericana possibilitam mensurar que os atores sociais das mais diversas naturezas relacionam os direitos possivelmente violados às suas atividades pessoais de modo que se percebem dentro de um todo jurídico até mesmo de âmbito internacional. Da mesma maneira, fica evidente que a repercussão do conflito ocorrido em solo chileno que as decisões construídas pelas Cortes domésticas não se tratam argumentos puramente jurídicos como se pretendem. A tomada de posição das Cortes representa um reflexo do que poderia se chamar de alinhamento à ideologia majoritária. Pode-se dizer que isso aconteceu porque a religião cristã Católica é a de grande maioria de crentes naquele país.

O alcance simbólico dos conflitos de direitos de ambos os casos é claro. Em comum, os dois casos apresentam evidências simbólicas que permitem concluir sobre os desdobramentos desses direitos na sociedade. O que é interessante notar é que os dois casos referem-se à exibição de uma produção cinematográfica de cunho religioso. Significa dizer que aqueles que demandaram a proibição dos filmes, ou quem eles acreditavam representar, nos territórios de seus respectivos países, certamente, jamais teriam contato direto com o conteúdo daqueles filmes, uma vez que o comparecimento às exibições era voluntário. Logo, por exemplo, um indivíduo muito religioso que soubesse sobre a exibição do filme e tendo ele conhecimento sobre o seu conteúdo não se dirigiria a uma sala de cinema para conferir. Entretanto, a dimensão simbólica permite observar que, ainda que esses sujeitos jamais tivessem contato com os filmes, eles saberiam que as produções estariam sendo exibidas, o que, por si só, simbolicamente geraria uma ofensa e um conflito com o seu direito à liberdade religiosa. Isto é, em termos de uma empiria material, desde que os sujeitos religiosos não assistissem os filmes, a liberdade religiosa não seria diretamente afetada com a mera exibição. Contudo, a empiria traz aquela já referida dimensão simbólica e “a concretude de um ato simbólico [...] não se confunde com sua expressão material.”⁵⁶¹

De outro lado, aqueles que demandaram a exibição das produções, independentemente dos motivos apresentados, na prática, poderiam jamais comparecer às salas de exibição do filme, ainda que eles fossem autorizados. No entanto, a apenas proibição apresentaria uma afronta

⁵⁶¹ CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. O Ofício do Antropólogo, ou Como Desvendar Evidências Simbólicas. *Anuário Antropológico/2006*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008. p. 18.

aos seus direitos de liberdade expressão e de pensamento. Por exemplo, no caso chileno, o sujeito que figurou no processo como vítima, o representante estudantil de uma universidade chilena, argumentou que a proibição do filme o impediu de ter acesso a informações fundamentais para formar sua própria opinião embasada em argumentos sólidos, de maneira que a sua capacidade de desenvolvimento intelectual estaria restringida. É claro que esse representante estudantil, no fundo, não estava discutindo se a proibição do conteúdo daquele filme seria capaz de produzir os efeitos por ele argumentados. O que estava, de fato, em jogo é o efeito simbólico da proibição do filme, uma vez que as informações contidas nele poderiam ser acessadas de maneira diversa que não por intermédio de sua visualização. Assim, ainda que a proibição não fosse gerar todos os prejuízos que foram por ele alegados, ela estava ali, era real, mais real que o real.

Além disso, afora as hipóteses que podem ser formuladas, o que realmente é constatável, no que tange o contexto de ambas as decisões, é a disparidade de conclusões as quais chegaram as Cortes Internacionais a partir de situações que guardam imensa similaridade fática e teórica. A própria discussão acerca dos direitos que no caso chileno refere-se à liberdade de expressão e à de consciência e religião, enquanto que no caso austríaco restringe-se ao direito de liberdade de expressão é um indicativo acerca de como determinada sociedade enxerga a importância e prioridade de cada direito.

Ainda que se pondere que a redação dos artigos que tratam do mesmo direito seja ligeiramente diferente, a essência desse direito possui uma mesma matriz e diz respeito a um mesmo conjunto de valores em ambas as Convenções. Então, o que pode justificar decisões distintas que partem do exame de um mesmo direito, além de distinções relevantes em aspectos fáticos, o que não se aplica aos casos, vez que neles as distinções não se apresentam como determinantes?

Claro, é difícil estabelecer ao certo os aspectos sociológicos e culturais que possam desenhar os motivos do maior exercício de alguns direitos em certo local, em detrimento do menor exercício desses mesmos direitos em outro local. Conseqüentemente, a participação ou não de atores diretamente ligados e atingidos pelos conflitos entre direitos humanos também são um reflexo da maneira como a possível ou efetiva violação de um direito humano é compreendida por esses atores sociais e, principalmente, a importância que aquela determinada sociedade atribui a cada “bem jurídico” protegido. Obviamente, algumas indicações dessas situações podem até ser elaboradas como, por exemplo, parece evidente que

um caso de liberdade de expressão ou de liberdade religiosa julgado em uma corte doméstica norte-americana possui bastante importância, muito mais que outros direitos. Essa afirmação só pode se feita, entretanto, com base no processo histórico de formação e estabelecimento das prioridades sociais daquele lugar.

Nesse raciocínio, a explicação para o questionamento pode ser dada a partir da forma como a qual os atores envolvidos nas decisões tanto das Cortes domésticas como da Corte Europeia de Direitos Humanos enxergam os direitos humanos, mais especificamente, o direito à liberdade de expressão. Parece evidente, portanto, que não obstante se tratar do mesmo direito nos dois casos, a maneira como ele é percebido pelos atores envolvidos não apenas na aplicação, mas na concepção desses direitos é diferente. Logo, naturalmente, os direitos humanos enquanto construções e ficções sociais dependem diretamente do contexto no qual eles são definidos, abordados e interpretados.

Esse contexto é reflexo dos padrões comportamentais e morais que determinada sociedade possui. O plano cultural delinea as lentes pelas quais certas situações são percebidas por um determinado grupo de pessoas. O produto final dessa percepção, sem dúvida, é diferenciado de cada cultura, pois elas possuem seus próprios e peculiares elementos de enfrentamento do mundo.

Dessa maneira, o discurso do universalismo só pode ser minimamente concebido enquanto um discurso de partida, jamais de chegada. Quer dizer, enquanto construção teórica do mundo fictício dos direitos, os direitos humanos podem ser definidos, embora com sérios problemas lógicos, como universais. Porém, enquanto construções práticas, isto é, exercícios dos direitos e embasados em situações da realidade, o preceito da universalidade cai por terra. Em suma, como ponto de início da teoria, a concepção da universalidade parece viável, mas enquanto exercício dos direitos na prática, as barreiras se tornam intransponíveis.

Os exemplos dos casos servem para mostrar o quão difícil é estabelecer um mínimo em termos de entendimento acerca de um determinado constructo que, apesar de teleologicamente pretenderem se referir a uma mesma coisa, é, de fato, apanhado na armadilha das peculiaridades culturais. Pode-se observar que a própria concepção de exercício de direitos é eminentemente distinta nas duas perspectivas.

Por outro lado, isso não quer dizer que o discurso do particularismo consiste na chave-mestra capaz de abrir todas as caixas de pandora do inegociável conflito entre o universalismo e o particularismo. Pelo contrário, o discurso particularista também apresenta sérios

problemas. A própria aplicação de uma mesma norma, isto é, de uma norma baseada num mesmo pretense valor, de maneira diferente pelas Cortes Internacionais, consiste uma forma de particularismo. É evidente que em uma análise hipotética de uma possível inversão das decisões em ambos os casos, a situação consistiria em um completo desarranjo e ilogicidade dos fundamentos decisoriais de uma Corte perante um universo que lhe é estranho.

Os pressupostos das decisões de cada Corte simbolizam que o universo fático aos qual elas se referem em suas tomadas de decisão lhes pertence. Ou seja, que pretendem alcançar uma compreensão completa e quase mágica sobre a “realidade fática” para dispor sobre o entendimento jurídico daquela situação.

Não se pode afirmar que as decisões judiciais de uma Corte de Justiça doméstica refletem apenas a análise imparcial e neutra como há muito pretendeu o Direito. A profundidade argumentativa das decisões, embora possuídas de uma roupagem estritamente jurídica, apresenta-se para além dos muros do Direito. É uma jurisdicização do aspecto social e cultural de um determinado momento tempo e espaço. Além disso, os casos servem para desvendar a dimensão empírica simbólica que revela uma outra perspectiva do conflito dos direitos.

Embora de uma maneira mais ampla, esse raciocínio também pode ser aplicado às Cortes Internacionais. Ao mesmo tempo em que se amplia esse universo, ele também se torna mais complexo. Obviamente, os atores envolvidos perante um conflito de direitos humanos em uma Corte Internacional congregam, geralmente, menos características em comum do que os atores envolvidos em um conflito de direitos internos.

Portanto, os casos mostram, sobretudo, que os possíveis aspectos de uma decisão em torno dos direitos humanos consagrados pela ocidentalidade, apesar de comungarem matrizes históricas, na medida em que são examinados tendo como pressuposto o tempo e lugar do conflito, negam a esses direitos a condição de universais, tanto na dimensão da concepção do direito, como na dimensão do exercício. Mostram, também, que a dimensão simbólica que se pode encontrar nos conflitos entre os direitos humanos e as suas implicações podem ser muito mais reveladoras do que se pode imaginar. Dessa forma, mais importante do que conceber direitos humanos como universais ou particulares, é questionar como esses direitos estão sendo universalizados ou particularizados a partir de uma realização empírica.

Conclusão: Por um “universalismo universal”

A promessa de um futuro no qual, na memorável frase de Marx, as pessoas não são “degradadas, escravizadas, abandonadas ou desprezadas”, não pertence a governos nem aos juristas. Certamente não pertence a organizações internacionais nem a diplomatas. Nem mesmo pertence ao ser humano abstrato das declarações e convenções ou da filosofia humanista tradicional, incluindo o sujeito kantiano que, para Derrida, é “ainda ‘fraternal’ demais, subliminarmente viril, familiar, étnico, nacional etc”. A energia necessária para a proteção, a proliferação horizontal e a expansão vertical dos direitos humanos vem de baixo, vem daquele cujas vidas foram arruinadas pela opressão ou pela exploração e a quem não foram oferecidos ou não aceitou os abrandamentos que acompanham a apatia política.⁵⁶²

A remodelação dos Direitos Humanos no decorrer da sua história indica que, antes de qualquer coisa, esses direitos não transpõem a barreira do intelecto e da razão humana. Como produtos desses fatores, eles estão eminentemente fadados à volatilidade da vontade e do desejo humanos. Isso não retira, é claro, a importância que esses direitos possuem na pós-modernidade na sustentação dos Estados Democráticos e Liberais. Mas, ao mesmo tempo, mostra que as compreensões dos indivíduos acerca do mundo que os cerca é extremamente dependente das concepções que precedem as suas autocompreensões enquanto seres racionais e políticos e de todo o aparato que está sobre ele e age de maneira silenciosa e inafastável, a cultura.

De fato, no campo da teoria jurídica, a partir do enfrentamento entre valores e as práticas política e jurídica iniciou-se um processo de “reducionismo epistemológico” do tema direitos humanos. No entanto, a reflexão sobre os fundamentos dos Direitos Humanos retomou grande parte da sua relevância jurídica e fixou-se no plano de uma preocupação além jurídica no momento em que as violações desses direitos tiveram como pano de fundo a discussão sobre o alto grau de relativismo na sua interpretação e estimularam a insegurança nas relações entre os Estados nacionais e no seio da própria sociedade civil.⁵⁶³

Como lembra Ribeiro, “é sempre bom explicitar que o fato de sabermos que termos como liberdade, democracia e direitos humanos são matrizes discursivas marcadas pela hegemonia ocidental e pelo Iluminismo, não significa que não os valorizemos.” Sem dúvida, o discurso dos direitos humanos, apesar dos pesares, representa um avanço.⁵⁶⁴

⁵⁶² DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 157.

⁵⁶³ BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 246.

⁵⁶⁴ RIBEIRO, Gustavo Lins. “Cultura, direitos humanos e poder. Mais além do império e dos humanos direitos. Por um universalismo heteroglóssico”. In: FONSECA, Claudia., TERTO JR, Veriano., e ALVES,

Contudo, deve-se pontuar que os direitos humanos quando vistos em sua forma abstrata e descontextualizada pouco significam. As relações de poder delineadas nos contextos históricos precisos e expressas em “categorias semânticas precisas” é que definem como essa noção de significado é traduzida na prática, levando em conta as suas consequências particulares. Nesse contexto, Fonseca explica

Partimos do pressuposto de que a ‘frente discursiva’ – fruto da negociação de diversos grupos de interesse trabalhando em torno de um mesmo tema – é uma faca de dois gumes. Por um lado é fundamental para mobilizar apoio político em bases amplas e eficazes. Por outro lado, tende a reificar o grupo alvo de preocupações, alimentando imagens que pouco têm a ver com a realidade. [...] se os ativistas dos direitos humanos não mantêm um certo distanciamento em relação a este jogo discursivo, correm o risco de montar programa que não apenas deixam de alcançar seus objetivos mas que, por isto, produzem novas formas de exclusão.⁵⁶⁵

Ao examinar a história dos direitos humanos e suas circunstâncias, é possível perceber o alto grau de complexidade que esses elementos recém-formados na compreensão do homem ocidental possuem. O próprio desenrolar da história “oficialmente contada”, isto é, a versão da história do homem moderno disseminada empurrou a concepção dos direitos para as mais variadas vertentes ideológicas que o pensamento político ocidental pôde conceber. O fato é que a partir desse exercício crítico de digressão a compreensão do que se tornaram os direitos humanos no início desse século XXI serve para restaurar a preocupação do que há muito havia deixado de ser ponto de preocupação dentro do tema: O que são, para que servem e a quem servem os Direitos Humanos?

Convém lembrar as idéias de Rabben para quem o “conceito de direitos humanos cresceu e evoluiu durante a Guerra Fria, e os governos ocidentais o utilizaram nas lutas de propaganda e relações públicas contra o bloco socialista.” Dessa forma, a “definição de direitos humanos está mudando sob a pressão das mudanças no ambiente Pós-Guerra Fria de um imperialismo ressuscitado, arrogante e sem vergonha.”⁵⁶⁶

É importante pontuar que uma visão humanista dos Direitos Humanos não pode jamais compactuar com uma visão dogmática e imutável desses direitos. Ambos os caminhos são ontologicamente incompatíveis. Claro, não se pode negar que no campo do Direito a

Caleb Faria et al. *Antropologia, diversidade e direitos humanos: Diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 37.

⁵⁶⁵ FONSECA, Claudia; CARDARELLO, Andrea. Direitos dos mais e menos humanos. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 5, n. 10, 1999.

⁵⁶⁶ RABBEN, Linda. O Universal e o Particular na Questão dos Direitos Humanos. In: FONSECA, Claudia (et. al.) (Org.) *Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos: Diálogos Interdisciplinares*. Porto Alegre: UFRGS, 2004. p. 28.

dogmática e o caráter de imutabilidade das compreensões é fator de identificação e distinção desse campo específico. Entretanto, os direitos dos homens transcendem o reduto jurídico e precisam ser vistos sempre como um direito historicamente construído, não como um dever juridicamente imposto, confusão que tem sido constantemente explicitada. Se esses direitos forem reduzidos a esta última categoria, estarão predestinados a um processo progressivo de desumanização das condições e características humanas.

Dessa forma, pode-se dizer que o decurso dos direitos humanos chega ao seu fim à proporção que eles começam a distanciarem-se dos “propósitos dissidentes e revolucionários iniciais [...] e seu fim acaba obscurecido em meio a mais e mais declarações, tratados e almoços diplomáticos”. O “triunfo da humanidade monolítica” estará sedimentado se os direitos humanos transformarem-se no “mito concretizado das sociedades pós-modernas”. A perda da essência dos direitos humanos representa a perda do “princípio negativo no coração do imaginário social”, isto é, o fim dos direitos humanos baseia-se na “promessa do ‘ainda não’, da determinação da autocriação existencial diante do medo e incerteza e das certezas inautênticas do presente.” Nesse sentido, acrescenta ainda Douzinas que “quando os apologistas do pragmatismo proclamam o fim da ideologia, da história ou da utopia, eles não assinalam o triunfo dos direitos humanos; ao contrário, eles colocam um fim nos direitos humanos. O fim dos direitos humanos chega quando eles perdem o seu fim utópico.”⁵⁶⁷

Mas, apesar do fim utópico que fundamenta a perspectiva filosófica e política dos Direitos Humanos, a realidade que se impõe a partir das demandas de conflitos entre esses direitos e da necessidade recorrentes de garantias e proteção de seus conteúdos precisa ser construída e entendida para o presente, embora de olhos no passado e preocupada com o futuro.

O exame do contexto pós-moderno desses direitos indica a precisão de uma abertura incondicional no diálogo entre os atores que se propõem ou são propostos para administrar esse universo complexo de aplicação dos direitos humanos. A abertura a esse diálogo carrega consigo diversos ônus e bônus e implica na redistribuição de importâncias e valores particulares de um sistema que se pretende universal. Não apenas isso, implica em uma redistribuição de participações e exercícios, isto é, dos poderes nos quais estão envolvidos os atores desse diálogo.

⁵⁶⁷ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 384.

O universo dos Direitos humanos é tão particular quanto a própria particularidade da sua pretensa universalidade. A interdisciplinaridade é ponto-chave de uma análise mais profunda e substancial dessas questões. O conflito entre a universalidade normativa e particularidade cultural é, sem dúvida, uma grande questão posta na pós-modernidade. Mas é importante apontar que as teorias e construções criadas a partir dessas duas matrizes ideológicas não são capazes de responder ao dilema do problema da aplicação desses direitos que se pretendem universais em contextos que primam naturalmente pela sua particularidade cultural.

Alguns fatores podem ser colocados como possíveis justificativas para a impossibilidade de atendimento integral de quaisquer construções provindas de ambas as matrizes: primeiro, não existem soluções prévias para casos que sejam contornados por esse conflito, isto é, a consideração do caso a caso é primordial; em segundo, ambas as matrizes ideológicas, por mais que se pretendam dessa maneira, não detém qualquer argumento racional de completa auto-validação ou completa invalidação alheia; em terceiro lugar, tanto o universalismo como o particularismo possuem fundamentos políticos embasados em valores universais, mas que são de construções eminentemente particulares; em quarto lugar, os direitos humanos há muito deixaram de ser apenas garantias e proteções aos seres humanos e têm sido traduzidos e interpretados como moedas de trocas entre aqueles Estados e grupos de pessoas que detêm uma pseudolegitimação do discurso; em quinto e último, mas não apenas, nenhuma de ambas matrizes conseguem dar conta do difícil processo de enxergamento do outro, respeitando as peculiaridades do seu ser e sua cultura.

Obviamente, estes são apenas alguns pontos de reflexão acerca do conflito que é objeto desse estudo. Contudo, a cada conflito bélico, crise política de Estados, contestação de crença ou de reafirmação fundamentalista de preceitos religiosos; a cada nova demanda econômica, que por vezes criam demandas políticas, ou mesmo a cada ação repressora de instituições que detém o monopólio legítimo da violência intra-estatal, a cada expressão de intolerância, preconceito e indiferença os Direitos Humanos são postos em xeque.

O Direito, com auxílio de conhecimentos humanos mais profundos, precisa dar uma resposta que, ao sentir do contexto apresentado, nunca poderá ser definitiva. Mas as respostas precisam ser dadas. Nesse sentido, por exemplo, pode-se questionar se existem circunstâncias nas quais uma intervenção em prol dos Direitos Humanos universais se justifica. Ao sentir de Douzinas, a resposta é “sim extremamente com ressalvas, em casos extremos e apenas para

evitar um genocídio”.⁵⁶⁸ Outros autores, como foi explicitado em capítulos anteriores como Jack Donnelly sugere o “mínimo ético irreduzível”. Em outras perspectivas, para outros atores não há justificações para a intervenção na medida em que ela não seja precedida da abertura de um diálogo intercultural. Ribeiro também sugere a constante contestação das categorias universais, uma vez que são instrumentais para assentar a ordem das coisas. Com a necessidade de proteção dos indefesos, o autor acredita que “vários absolutos podem (e devem) ser estabelecidos independentemente da variação cultural ou de posição de classe, como, por exemplo, o repúdio radical ao genocídio, etnocídio, à tortura, ao desaparecimento de opositores do Estado, ao racismo e à xenofobia.”⁵⁶⁹

É necessário levar em consideração que os discursos utilizados para explicar ou intervir em crises ou em situações extremadas intersectam a reprodução não-problematizada da *doxa*. Significa dizer que eles são essenciais para a reprodução da ordem e do poder. Deste modo, com a globalização contemporânea, Ribeiro lembra que “cada vez mais deparamo-nos com discursos que intervêm em crises e pretendem universalidade para explicar e reproduzir a ordem planetária, hegemonizada pelo capitalismo flexível transnacional. Direitos humanos são um desses discursos.”⁵⁷⁰

Douzinas conclui que:

Os direitos humanos jamais podem triunfar; eles podem padecer e até mesmo ser temporariamente destruídos. Mas sua vitória e sua justiça estarão sempre em um futuro aberto e um presente fugaz, porém premente. É nesse sentido que os direitos humanos representam nosso princípio utópico: um princípio negativo que coloca energia da liberdade a serviço da nossa responsabilidade ética em relação ao Outro.⁵⁷¹

⁵⁶⁸ O autor acrescenta ainda que “O Conselho de Segurança da ONU pode e tem autorizado o uso da força para evitar ou eliminar ameaças à paz e à segurança internacional; em outras palavras, a fim de evitar riscos substanciais aos interesses das potências intervenientes. Não há maior ameaça à paz do que o genocídio, nem ameaça maior aos interesses nacionais de terceiros Estados do que a desintegração de uma nação com os conflitos decorrentes, migração em massa e perda de mercados. Se é para a comunidade internacional legitimar tais intervenções “humanitárias” em bases permanentes em algo além de um acordo contingente e em geral interessado de algumas grandes potências, uma nova estrutura institucional torna-se necessária.” DOUZINAS, Costa. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 151.

⁵⁶⁹ RIBEIRO, Gustavo Lins. “Cultura, direitos humanos e poder. Mais além do império e dos humanos direitos. Por um universalismo heteroglóssico”. In: FONSECA, Claudia., TERTO JR, Veriano., e ALVES, Caleb Faria et al. *Antropologia, diversidade e direitos humanos: Diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 47.

⁵⁷⁰ Ibidem. p. 30.

⁵⁷¹ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 374.

Ao término deste estudo, parece fazer mais sentido a busca por uma justificativa um pouco mais individualista com pano de fundo cultural do que qualquer fundamento estritamente político e formal que se possa conceber para solucionar os conflitos. O que se pode dizer é que quaisquer atos que retirem do indivíduo a sua condição de humano devem ser rechaçados pelo sistema dos Direitos Humanos. Retirar do indivíduo a sua condição de humanidade significa privá-lo de todo e qualquer sentimento de humanização que é, normalmente, produzido através de um processo de socialização e identificação consigo mesmo e com os demais indivíduos que o circundam, sejam eles pertencentes a uma mesma cultura ou não. A retirada desse abrigo leva o indivíduo à perda de suas sensações que o distingue dos demais animais: a emoção, a reflexão, a razão, o sentido e a identidade, isto é, amputa do ser humano aquilo que ele tem mais de humano. Nesse sentido, a intervenção em prol dos Direitos Humanos ou a sua violação precisam ser revistas na proporção em que impedem o indivíduo pela busca de sua felicidade, sejam lá quais forem as atribuições que cada indivíduo possa dar para conceber tal termo.

Pode-se argumentar: mas o termo felicidade é muito abstrato! Sim, de fato o é. Mas o é propositalmente, uma vez que ele só se aproxima de uma concretude palpável na medida em que ele é aplicado a um indivíduo especificamente, dentro de uma cultura, com suas crenças, valores, relacionamentos sociais, subordinado a um sistema jurídico e perseguindo um “projeto de vida” singular.

O termo “projeto de vida” foi utilizado pelos juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos Antônio A. Cançado Trindade e Alirio Abreu Burrelli na sentença do julgamento do caso *Loayza Tamayo vs. Perú*⁵⁷² e pode auxiliar na proposição conclusiva desse estudo. Na própria definição “*el denominado ‘proyecto de vida’ atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.*”⁵⁷³

Como lembra Cardoso de Oliveira

Ou seja, não seria adequado avaliar o senso de justiça ou sensibilidade jurídica vigente em uma determinada sociedade a partir da perspectiva dominante em outra.[..]

⁵⁷² Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf. Acessado em 10 de fevereiro de 2011.

⁵⁷³ Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf. Acessado em 10 de fevereiro de 2011.

Isto significa que para apreender a sensibilidade jurídica ou senso de justiça em tela o pesquisador deve levar a sério as pretensões de validade dos “nativos” quanto ao caráter equânime do procedimento adotado e dos respectivos encaminhamentos.⁵⁷⁴

Assim, o projeto de vida refere-se ao conceito de realização pessoal que se sustenta a partir das opções que o sujeito pode ter para orientar sua vida e alcançar o destino a que ele se propõe. Essas opções são a expressão e garantia da liberdade dos indivíduos. Dificilmente poderia dizer que uma pessoa é verdadeiramente livre se não tem opções para prosseguir na vida e levá-la à sua conclusão natural.

Dessa maneira, o projeto de vida está diretamente ligado ao desenvolvimento do indivíduo a partir da sua própria expectativa de vida, isto é, a partir de sua própria busca da felicidade. As alterações nesse projeto provocadas por fatores alheios a ele que são impostos de uma forma injusta e arbitrária corrompem a humanidade do indivíduo em todas suas dimensões. Em 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem dispunha em seu preâmbulo:

É dever do homem servir o espírito com todas as suas faculdades e todos os seus recursos, porque o espírito é a finalidade suprema da existência humana e a sua máxima categoria.

É dever do homem exercer, manter e estimular a cultura por todos os meios ao seu alcance, porque a cultura é a mais elevada expressão social e histórica do espírito.⁵⁷⁵

Portanto, o projeto de vida, que tem fim na felicidade, deve gozar de respeito máximo no âmbito dos Direitos Humanos e deve servir de balizador nas resoluções de conflitos. Isto porque a desconsideração desses fatores retiraria do indivíduo a sua condição de humanidade que depende diretamente da percepção do sentido que cada pessoa atribui a sua existência. Dar sentido às coisas é característica única do ser humano. Logo, a retirada desses fatores acarretaria na incapacidade de se autoperceber como integrante de uma determinada cultura e realidade. Essa negação, sem dúvida, representaria a morte do espírito do indivíduo e, conseqüentemente, definhamento definitivo da humanidade.

⁵⁷⁴ CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. A Dimensão Simbólica dos Direitos e a Análise de Conflitos. Trabalho apresentado na mesa-redonda *Antropologia do Direito no Brasil: campo e perspectivas*, realizada durante o *I Encontro Nacional de Antropologia do Direito*, na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas na Universidade de São Paulo, nos dias 20 e 21 de agosto de 2009. p. 12.

⁵⁷⁵ Disponível em http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf. Acessado em 10 de fevereiro de 2011.

Referências Bibliográficas

AFKHAMI, Mahnaz (org.). *Faith and Freedom: Women's Human Rights in the Muslim World*. Siracusa: Syracuse University Press, 1995.

AL FARUQUI, Isma'il. "Islam and Human Rights". *The Islamic Quarterly*, vol. 27, nº 1, 1983.. 12-30. pp

ALVES, José Augusto Lindgren. Abstencionismo e intervencionismo no sistema de proteção das Nações Unidas aos direitos humanos. *Política Externa*. v. 3, n. 1, p. 105.

ALVES, José Augusto Lindgren. O significado político da Conferência de Viena sobre os direitos humanos. *Revista dos Tribunais*, n. 173, p. 286.

ALVES, José Augusto Lindgren. Os direitos humanos como tema global. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Brasília, DF, v. 45, n. 77/78, jan./mar. 1992.

ALVES, José Augusto Lindgren. O sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos e o Brasil. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*. nº 46. Imprensa Nacional: Brasília. jul./dez. 1993.

AN-NA'IM, Abdullah Ahmed. Human rights in the Muslim World. *Harvard Human Rights Journal*, 13, 1990.

AN-NA'IM, Abdullahi (org.). *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives. A quest for consensus*. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 1992.

AN-NA'IM, Abdullahi A. *Toward an Islamic Reformation*. Siracusa: Syracuse University Press, 1990.

APEL, Karl-Otto. "O problema do multiculturalismo à luz da ética do discurso". In: *Ethica, Cadernos Acadêmicos*, vol. 7, n.1, 2000.

ARAGÃO, E. J. G. A Declaração Universal dos Direitos Humanos: mera declaração de propósitos ou norma vinculante de direito internacional? *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. Ano I, Número 1, 2009. pp. 1-10.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARENDT, Hannah. *O sistema totalitário*. Lisboa: Dom Quixote, 1978.

ARON, Weber. Aron Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Tradução: Sérgio Bath. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Postmodern Ethics*, Oxford: Backwell, 1993.

BEETHAM, David. 1998. Human rights as a model for cosmopolitan democracy. In: *Re-imagining political community: Studies in cosmopolitan democracy*, ed. Daniele Archibugi, David Held, and Martin Kohler, Stanford: Stanford University Press, 1998.

BENEDICT, Ruth. *O crisântemo e a espada*. São Paulo: Perspectiva, 1972.

BENHABIB, Seyla. *The Claims of Culture*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2002.

BERGER, P.; BERGER, B. Socialização: Como ser um membro da Sociedade. In: FORACCHI, M.M. E MARTINS, F.S. (org.). *Sociologia e Sociedade*. Rio de Janeiro, Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1984. pp.169-181.

BERGER, Peter L. e LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. Tradução de Floriano Souza Fernandes. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

BERNSTEIN, Jay. Rights, Revolution and Community: Marx's 'on the Jewish question'. In.: OSBORNE, Peter (ed.). *Socialism and the limits os Liberalism*. Londres: Verso, 1991.

BERMAN, H. J. *La formación de La tradición jurídica de occidente*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1996.

BOAS, Franz. "The Limitation of Comparative Method of Anthropology". *Science*, N.S., vol.4. 1896.

BOURDIEU, P.; CHAMBOREDON, J-C., PASSERON, J.-C. *Ofício de sociólogo: metodologia da pesquisa na sociologia*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 2004.

BLOCH, Ernst. *The Phylosophy of the Future*. Tradução de J. Cumming. Nova York: Herder and herder, 1970.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUERGENTHAL, Thomas. *International human rights*. Minnesota: West Publishing, 1988.

BOUTMY, Emile. Études Politiques. In: *Droits de l'Homme et Philosophie*. Presses Pocket, 1993.

BRUCKNER, Pascal. “Enlightenment Fundamentalism or Racism of the Anti-Racist?”, January, 2007. Disponível em www.signandsight.com/features/1146.html. Acessado em 15/01/2011.

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a revolução em França*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*, volume II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*, volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CANÇADO TRINDADE, A. A. A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras. In: *Temas de política externa brasileira II*. v. 1. 1994.

CASSESE, Antonio. *Human Rights in a Changing World*. Cambridge: Polity, 1990.

CASSESE, Antonio. *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*. Naples: Editoriale Scientifica, 1979.

CASSIN, René, El problema de la realización de los derechos humanos en la sociedad universal, In: *Viente años de Evolucion de los Derechos Humanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. A Dimensão Simbólica dos Direitos e a Análise de Conflitos. Trabalho apresentado na mesa-redonda *Antropologia do Direito no Brasil: campo e perspectivas*, realizada durante o *I Encontro Nacional de Antropologia do Direito*, na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas na Universidade de São Paulo, nos dias 20 e 21 de agosto de 2009.

CARDOSO DE OLIVEIRA, L. R. “Concepções de Igualdade e (Des)Igualdades no Brasil”, em LIMA, Roberto Kant de; EILBAUM, Lucia; PIREZ, Lenin. (Org.) *Conflitos, Direitos e Moralidades em Perspectiva Comparada*. Volume 1. Rio de Janeiro: Garamond, 2010. pp. 19-33.

CARDOSO DE OLIVEIRA, L. R. *Direito Legal e Insulto Moral — Dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. O Ofício do Antropólogo, ou Como Desvendar Evidências Simbólicas. *Anuário Antropológico/2006*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008. pp. 9-30.

CHATTERJEE, Partha. "Gandhi and the Critique of Civil Society". In: R. Guha (org.), *Subaltern Studies III: Writings on South Asian History and Society*. Delhi: Oxford University Press, 1984. pp. 153-195.

CHOMSKY, Noam et FOUCAULT, Michael. *Sur la Nature Humaine*. Bruxellas: Editions Aden, 2006.

CLAUDE, Richard Pierre e WESTON, Burns H. (eds), *Human rights in the world community: issues and action*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos* Manifestação em conferência no Ateneu Real de Paris, em 1819. Disponível em <http://www.panarchy.org/constant/liberte.1819.html>. Acesso em 06/12/2010.

CORNELL, Drucilla. *The Imaginary Domain*. Nova York: Routledge, 1995.

COSTA, Marcio Luiz. *Lévinas: Uma introdução*. Petrópolis RJ: Vozes, 2000.

DAVIES, Scott. From Moral Duty to Cultural Rights: A Case Study of Political Framing in Education. *Sociology of Education*, Vol. 72, No. 1, 1999, pp. 1-21.

DARWIN, Charles. *A origem das espécies*. Trad. E. Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia / São Paulo: Ed. da USP, 1985.

DELMAS-MARTHY, Mireille. *Pour un droit comum*. Paris: Seuil, 1994.

DERRIDA, Jacques. *A farmácia de Platão*. Tradução de Rogério da Costa. São Paulo: Iluminuras, 1991.

DINIZ, Débora. Valores universais e direitos culturais. In: NOVAES, Regina (Org.). *Direitos Humanos: temas e perspectivas*. Mauad: Rio de Janeiro, 2001. p. 57-66.

DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Ithaca: Cornell University Press, 1989.

DERRIDA, Jaques. *Espectros de Marx*. Tradução de Anamaria Skinner. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

DUMONT, Louis. A comunidade antropológica e a ideologia. In: _____. *O individualismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. pp. 201-236.

DUMONT, Louis. *Homo hierarchicus: o sistema de castas e suas implicações*. São Paulo: Edusp, 1992.

DUMONT, Louis. *From Mandeville to Marx: The Genesis and Triumph of Economic Ideology*. Chicago: The University of Chicago Press, 1977.

DUMONT, Louis. *Essays on Individualism: Modern Ideology in Anthropological Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1986.

DUMONT, Louis. *German Ideology: From France to Germany and Back*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins fontes. 2007.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do Trabalho Social*. Tradução de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DWYER, Kevin. *Arab voices. The Human Rights Debate in the Middle East*. Berkeley: University of California Press, 1991.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELIAS, Norbert. *Escritos & ensaios: Estado, processo, opinião pública, organização e apresentação*: Federico Neiburg e Leopoldo Waizbort. tradução textos em inglês, Sérgio Benevides; textos em alemão, Antônio Carlos dos Santos; textos em holandês, João Carlos Pijnappel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

ELIAS, Norbert. *Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*. Bd. 1: Wandlungen des Verhaltens in den weltlichen Oberschichten des Abendlandes. 20 Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

ELIAS, N. *O processo civilizador - formação do estado e civilização (vol. 1)*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar.I, 1993.

ELIAS, N. *O processo civilizador - uma história dos costumes (vol. 2)*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

ELIAS, N. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

EVANS-PRITCHARD, E.E. "Witchcraft". *África*, vol.8, nº4, Londres, 1955.

FALK, Richard. *Human Rights and State Sovereignty*. Nova York: Holmes and Meier Publishers, 1981.

FERNANDEZ, Eusebio. *Teoria de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1987.

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

FINKIELKRAUT, Alain. *The Undoing of Thought*. Translated by Dennis O.Keefe. London: Claridge Press, 1988.

FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. *Revista direito e democracia*. Vol. 4, n.2, Canoas: Editora Ulbra, 2003.

FONSECA, C.; CARDARELLO, A. "Direitos dos mais ou menos humanos". *Horizontes Antropológicos*. Ano 5, n.10, mai/1999. p .83-121.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – O Nascimento da Prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis RJ: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade - vol.1 - A vontade de saber*. 15. ed. Trad. Maria Thereza da C. Albuquerque e J. A. Guilhon de Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 2008.

FORGES, Alison des. *Leave No One to tell the Story: Genocide in Ruanda*. Nova York: Human Rights Watch, 1999.

FOX, Richard G.; KING, Barbara J. (Org.). *Anthropology beyond culture*.Oxford: Berg, 2002.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008.

FREUD, S. *O Mal-Estar na Civilização e outros trabalhos*. Rio de Janeiro : Imago, 1974.

FREUD, Sigmund. Why War? In: Freud, Civilization, Society and Religion. *Group Psychology, Civilization and its discontents and Other Works*. Tradução James Strachey et al. Ed. Albert Dickson. London: Penguin-Pelican, 1985.

GALTUNG, Johan. "Western Civilization: Anatomy and Pathology". *Alternatives*, nº 7, 1981. pp. 145-169.

- GALEANO, Eduardo. *As Veias Abertas da América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982
- GAETE, Rolando. *Human Rights and the Limits of Critical Reason*. Aldershot: Dartmouth, 1993.
- GEERTZ, Clifford. "A transição para a humanidade", in Sol Tax (org), *Pano-rama da antropologia*. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura. 1966.
- GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. 1.ed., IS.reimpr. - Rio de Janeiro:LTC, 2008.
- GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.
- GOODENOUGH, Ward. *apud* LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*.14.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- HABERMAS, Jurgen. "Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State". In TAYLOR, Charles, *Multiculturalism*. Princeton: Princeton University Press, 1994.
- HABERMAS, Jürgen. *Theory and Practice*. Londres: Heinemann, 1974.
- HABERMAS, Jürgen. *L'intégration républicaine*. Trad. Rainer Rochlitz. Paris: Fayard, 1999.
- HABERMAS, J. Apêndice a Facticidade e Validação. In: *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paul Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jurgen. *La Paix Perpetuelle*. Paris: Cerf, 1996.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Tradução, introdução e notas de V. Soromenho-Marques e J. C. S. Duarte. Lisboa: Colibri, 2003.
- HAROCHE, C. & J-C. VATIN (orgs.). *La Considération*. Paris: Deselée de Brouwer, 1998.
- HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1972.
- HASSAN, Riffat. "On Human Rights and the Qur'anic Perspective". *Journal of Ecumenical Studies*, vol. 19, nº 3, 1982. pp. 51-65.
- HAYEK, Friedrich A. Von. *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. Vol. III: The Political Order of a Free People. London: Routledge and Kegan Paul, 1979.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. vol. II. Tradução de Márcia de Sá Cavalcanti Schuback. Editora Vozes. Rio de Janeiro/ RJ. 2005.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 15.ed. Trad. Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.

HENKIN, Louis. *The age of Rights*. Nova York: Columbia University Press, 1990.

HERÓDOTO. *História*. Brasília : Universidade de Brasília, 1988.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.

Holston, J. *Insurgent Citizenship: Disjunctions of Democracy and Modernity in Brazil*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2008.

HUMPHREY, John. *Human Rights and the United Nations*. New York: Epping Bowker, 1984.

HUNTINGTON, Samuel. "The Clash of Civilizations?" *Foreign Affairs*, vol. 72. nº 3, 1993. pp. 22-49.

JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo, Ibrasa, 1964.

JELLINEK, Georg. *LA Declaration de los Derechos Del Hombre y Del Ciudadano*. Tradução de Adolfo Posada. Madrid: Libreria General de Victoriano Suárez, 1908.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Editora 70, 1988.

KANT, Immanuel. *Kant's Political Writings*. Ed. Hans Reiss. Cambridge: Cambridge University Press, 1970.

KING JR., Martin Luther. I have a Dream. 28 de August 1963, Lincoln Memorial, Washington D.C. Disponível em <http://www.americanrhetoric.com/speeches/mlkihavedream.htm>. Acesso em 06/12/2010.

KINGDOM, Elizabeth. Genderring Rights. In: ARNOLD, A. J. e KINGDOM, E. *Women's Rights and the Rights of men*. Aberdeen: University Press, 1990.

KROEBER, Alfred. "O superorgânico". In.: Donald Pierson (org), *Estudos de organização social*, São Paulo, Livraria Martins Editora. 1949. Ou Idem. "Anthropology". *Scientific American*, vol.83, 1950.

KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LACLAU, Ernesto. Identity and Hegemony: The Role of Univesality in the Constitution of Political Logics. In: BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; ZIZEK, Slavoj. *Contingency, Hegemony, Universality: Contemporary Dialogues on the Left*. London: Verso, 2000. p. 44-89.

LAPLANTINE, François. *Aprender Antropologia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 14.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

LAFER, Celso. *Ensaio sobre a Liberdade*. São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 1980.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1ª edição, 2ª reimpressão, 1998.

LEITES, Justin. "Modernist Jurisprudence as a Vehicle fo Genre Role Reform in the Islamic World". *Columbia Rights Law Review*, nº 22, 1991. pp. 251-330.

LEVI Jr., Marion. *The Structure of Society*. Princeton, Nova Jersey: Princeton University Press, 1952.

LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*. Lisboa: Ed. Edições 70, 1980.

LEVINAS, Emmanuel. *Humanismo do outro Homem*. Petrópolis: Vozes, 1993.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *apud* LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 14.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *O pensamento selvagem*. São Paulo: Cia. Editoria Nacional, 1976.

LEWIS, Norman. Human rights, Law and democracy in an unfree world. In.: Evans, Tony (ed.). *Human Rights Fifty Years On: A reappraisal*. Manchester: Manchester University Press, 1988.

LIM, Hillary; GREEN, Kate. "What is this Thing about Female Circumcision", *The Social and Legal Studies*, 1998. pp. 365-87.

LOCKE, John: Carta Acerca da Tolerância e Outras Obras. 2ª. ed. São Paulo: Ed. Abril, 1978. (Coleção "Os Pensadores").

LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre o governo*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOCKE, John. *Carta acerca da Tolerância*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LUCAS, J. R. *On Justice*. Oxford: Clarendon, 1980.

LUPETTI BATISTA, Barbara. "A pesquisa empírica no Direito: obstáculos e contribuições". In: Kant de Lima, R., L. Eilbaum & L. Pires (orgs) *Conflitos, Direitos e Moralidades em Perspectiva Comparada* (volume II). Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2010.

MANDELA, Nelson. *A luta é minha vida*. Rio de Janeiro: Globo, 1988.

MANHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

MARITAIN, Jacques. "Introdução", in: *Los Derechos Del Hombre*. Barcelona: Editorial Laia, 1976.

MARITAIN, Jacques. *Les Droits de L 'Homme et la Loi Natureal*. Paris: Paul Hartmann Éditeur, 1947.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2005.

MARX, Karl. Grundrisse. In: MCLELLAN, D. (ed.) *Selected Writings*. Oxford: Oxford University Press, 1975.

MAUSS, Marcel. As técnicas corporais. In: *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: EPU/Edusp, 1974.

MAYER, Ann Elizabeth. *Islam and Human Rights: Trdition and Politics*. Boulder: Westview Press, 1991.

MEAD, G. H. *Espiritu, persona y sociedad: desde El punto de vista Del conductismo social*. Traducción de Florial Mazia. 3. ed. Buenos Aires: Paidós, 1972.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos Humnanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

MELVERN, Linda. "How the system failed to save Rwanda", *The Guardian*, 7 dez, 1998.

MILL, John S. *A liberdade / Utilitarismo*. São Paullo: Martins Fontes, 2000.

MONDAINI, M. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006.

MODOOD, Tariq. *Multiculturalism: A Civic Idea*, Cambridge: Polity Press, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes 1996.

MORGAN, Lewis. *A sociedade primitiva* I. Lisboa: Ed. Presença, s/d. p. 7-30. O texto está disponível em <http://www.marxists.org/reference/archive/morgan-lewis/ancient-society/>, acessado em 15/12/2010.

MURDOCK, G. P. "The Science of Culture," *American Anthropologist*, n.s., 34: 200-215(1932). Disponível em <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1525/aa.1932.34.2.02a00020/pdf>, acessado em 16/12/2010.

NANCY, Jean-Luc. *The Inoperative Community*, P.Connor (ed.), Minneapolis: University of Minnesota Press, 1991, xxxviii, p. 3.

NANDY, Ashis. "Cultural Frames for Social Transformation: A credo". *Alternatives*, nº XII, 1987. pp. 113-123.

NANDY, Ashis. "The politics of Secularism and the Recovery of Religious Tolerance". *Alternatives*, nº XIII, 1988. pp. 177-194.

NANDY, Ashis. *Traditions, Tyranny and Utopias. Essays in the Politics os Awareness*. Oxford: Oxford University Press, 1987.

NIEBIESKIKWIAT, Natasha. Pese a los reclamos, los presos de Guantánamo siguen sin proceso. *El Clarín*, Buenos Aires, p. 38, 7 jun. 2003.

OLADIPO, Olusegun, "Towards a Philophysical Study of African Culture: A critique of Traditionalism". *Quest*, vol. 3, nº 2, 1989. pp. 31-50.

ORUKA, Odera. "Cultural Fundamentals in Philosophy". *Quest*, vol. 4, nº 2, 1990. pp 21-37.

ORWELL, George. *A revolução dos bichos: um conto de fadas*. Tradução de Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

PANIKKAR, Raimundo. "Is the Notion of Human Rights a Western Concept?". *Cahier*, nº 81, 1984. pp. 28-47.

PANTHAM, Thomas. "On modernity, Rationality and Morality: Habermas and Gandhi." *The Indian Journal os Social Science*, vol. 1, nº 2, 1988. pp. 187-208.

PAREKH, Bhikhu. “Non-ethnocentric universalism”. In: *Human Rights in Global Politics*, DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. (eds.). Cambridge: University Press, Cambridge, 1999.

PATRICK, Wachsmann. *Les droits de l’homme*. 4. ed. Paris: Éditions Dalloz, 2002.

PERRY, Michael. *The Idea of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

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.

PROCEE, Henk. “Beyond Universalism and Relativism”. *Quest*, vol. 6, nº 1, 1992. pp. 45-55.

RABBEN, Linda. O Universal e o Particular na Questão dos Direitos Humanos. In: FONSECA, Claudia (et. al.) (Org.) *Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos: Diálogos Interdisciplinares*. Porto alegre: UFRGS, 2004.

RAMADAN, Tariq. *Western Muslims and The Future of Islam*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

RAMOSE, Mogobe B. “African Democratic Traditions: Oneness, Consensus and Openness”. *Quest*, vol 6, nº 1, 1992. pp 63-83.

RAWLS, Jonh. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

RAWLS, John. *Le Droit des Gens*. Paris: Editions Esprit, 1996.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. *Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000. .

RIBEIRO, Gustavo Lins. “Cultura, direitos humanos e poder. Mais além do império e dos humanos direitos. Por um universalismo heteroglóssico”. In: FONSECA, Claudia., TERTO JR, Veriano., e ALVES, Caleb Faria et al. *Antropologia, diversidade e direitos humanos: Diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004.

RIBEIRO, Gustavo Lins. Ambientalismo e desenvolvimento sustentado: nova utopia/ideologia do desenvolvimento. *Revista de Antropologia*, v. 34, 1991. pp. 59-101.

RIBEIRO, Gustavo Lins. *Postimperialismo: cultura y política en el mundo contemporâneo*. Barcelona: Gedisa, 2003.

RICOEUR, Paul. *Lectures on Ideology na Utopia*. New York: Columbia University Press, 1986.

RICOEUR, Paul. *Le juste, la justice et son échec*. Paris: Éditions de L'Herne, 2005

ROBERTSON, A.H./MERRILLS, J.G. *Human Rights in the World*, 4. ed. Manchester: Manchester University Press, 1996.

ROMMEN, Heinrich A. *The Stade in Catholic Thought*. St. Louis, B. Herder Book, Co, 1955.

RORTY, Richard. Human Rights and Sentimentality. In.: SHUTE, Stephen e HURLEY, Susan (eds.). *On Human Rights*, Nova York: Basic Books, 1993, p. 16. Este texto também está disponível em: <http://usm.maine.edu/~bcj/issues/three/rorty.html>, acessado em 13/12/2010.

ROSA, Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Apresentação e comentários de Jean-François Braunstein; Tradução de Iracema Gomes Soares e Maria Cristina Roveri Nagle. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. In: *Direitos Humanos no século XXI*. Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais e Fundação Alexandre Gusmão, 1998.

SAID, Edward W. *Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente*. Trad. Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Lua Nova*, v. 39.

SANTOS Boaventura de Sousa. *Toward a New Common Sense. Law Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Ney York: Routledge, 1995.

SANTOS, Boaventura. *A crítica da Razão Indolente: Contra o desperdicioda Experiência*. São Paulo: Editora Cortez, 2000.

SANTOS, Daniela Cordovil Corrêa dos. Antropologia e Direitos Humanos no Brasil. In: LIMA, Roberto Kant de (Org.). *Antropologia e Direitos Humanos 2*. Brasília: Associação Brasileira de Antropologia; Rio de Janeiro: Fundação Ford; Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2003. p. 11-36.

SEN, Amartya. Human rights and Asian Values. *The New Republic* 33-40. July 14, 1997.

SCHNEIDER, David. *American Kinship: A Cultural Account*. Nova Jersey: Prentice Hall, 1968.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direitos humanos e Cidadania*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SOARES, Luiz Eduardo. Algumas palavras sobre direitos humanos e antropologia. In: NOVAES, Regina Reyes; LIMA, Roberto Kant de (Org.). *Antropologia e direitos humanos*. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2001. p. 47-79.

SOHN, Louis B. e BUERGENTHAL, Thomas. *Intenational protection of human rights*, p. 516. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional*. 11. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

STOCKING. Jr., George W. *Race, Culture and Evolution*. Nova York, Free Press, 1968.

TATTERSALL, Ian. *Becoming Human. Evolution and HUMAN Uniqueness*. New York: Harcourt & Company, 1998.

TAYLOR, C. "The Politics of Recognition", in A. Gutmann (org.) *Multiculturalism and "The Politics of Recognition"*, New Jersey: Princeton University Press, 1994. pp. 25-73.

TRUDEAU, Pierre. "Statement to the House of Commond on Multiculturalism", House of Commons, Official Report of Debates, 28th Parliamente, 3rd Session, 8 October 1971, pp. 8545-46. PAINE, Thomas. *O senso comum e a crise*. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracia na América*. Volume I. Companhia Editora Nacional. São Paulo. 1969.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *L'ancien regime et La révolution*. Paris: Gallimard, 1967.

TYLOR, Edward. *Primitive culture*. 1. ed. Londres: John Mursay & Company, 1871. [Nova York: Harper Torchbooks, 1958].

VINCENT, R. J. *Human Rights and international relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

WALZER, Michel. *Thick and Thin*. Notre Dame/London: University of Notre Dame Press, 1994.

WAMBA-DIA-WAMBA, Ernest. "Some Remarks on Culture Development and Revolution in Africa". *Journal of Historical Sociology*. nº 4, 1991. pp 219-235.

WAMBA-DIA-WAMBA, Ernest. "Beyond Elite Politics of Democracy in Africa". *Quest*, vol. 6º, nº 1, 1992. pp. 28-42.

WEBER, Max. *Essays sur La théorie de la science*, Tradução de J. Freund. Paris: Plon, 1965.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: UnB, 1999. vols. 1 e 2.

WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

WIREDU, Kwasi. "Are there Cultural Universals?". *Quest*, vol. 4º, nº 2, 1990. pp 5-19.

Documentos

AUSTRIA. *Declaração De Direitos Humanos De Viena*, 1993. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>. Acesso em 5/1/2011. Vienna Declaration. UNdoc A/CONF, 157/22, 6 July 1993, Sec. I.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of otto-preminger-institut v. Austria* (Application no. 13470/87)STRASBOURG, 20 September 1994. Disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695774&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>. Acessado em 10/1/2011

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998*. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf. Acessado em 10 de fevereiro de 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001*. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf. Acessado em 05/01/2011.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. *Pacto de San José, 1969*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>. Acesso em 13/11/2010.

INGLATERRA. Bill of Rights. Disponível em http://www.constitution.org/eng/eng_bor.htm. Acesso em em 05/12/2010.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793. Disponível em: http://www.aidh.org/Biblio/Text_fondat/FR_04.htm. Acesso em 05/12/2010.

MPF. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, 1948. Disponível em http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf. Acessado em 10 de fevereiro de 2011.

ONU. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, 1966. Disponível em http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030616104212/20030616113554/. Acesso em 10.11.2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>. Acessado em 10.1.2011.