

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Vanessa de Campos Melo Santos

**O DESAFIO CONTEMPORÂNEO DOS DIREITOS HUMANOS: UM
DIÁLOGO INTERCULTURAL**

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

São Paulo
2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Vanessa de Campos Melo Santos

**O DESAFIO CONTEMPORÂNEO DOS DIREITOS HUMANOS: UM
DIÁLOGO INTERCULTURAL**

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Monografia apresentada à Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo
como exigência parcial para obtenção
do título de Especialista em Direito
Constitucional, sob a orientação do Prof.
Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci.

São Paulo
2014

Agradecimentos

Primeiramente agradeço a Deus, por ser sempre a minha condição e a minha força.

Agradeço aos meus pais que com paciência, carinho e amor sempre investiram, apoiaram e incentivaram os meus estudos.

Ao professor Luiz Guilherme Arcaro Conci por toda a orientação e atenção durante essa jornada.

Aos demais professores da PUC que enriqueceram meus conhecimentos na área jurídica.

RESUMO

O presente trabalho vem tratar a complexa questão contemporânea dos direitos humanos e o conflito entre povos de diferentes culturas. Apresenta um reexame da terminologia, do conceito, da fundamentação, de um estudo histórico, de sua consolidação universal e das características desses direitos.

Em seguida, expõe o debate acerca da tensão produzida pelas posições que defendem o universalismo e o relativismo cultural. Ainda, busca identificar a importância da construção teórica do multiculturalismo e do interculturalismo.

Com o objetivo de tornar palpável toda a teoria, o trabalho comenta sobre algumas práticas culturais que se revelam polêmicas.

Por fim, para a superação da dicotomia apresenta algumas reflexões acerca das possibilidades de um diálogo intercultural somando às contribuições de Boaventura de Sousa Santos, de Joaquín Herrera Flores, de Abdullahi Ahmed An-Na'im e de Charles Taylor.

O desafio que se coloca é de quebrar barreiras e abrir horizontes para novas concepções e redescobertas, propondo que o interculturalismo vem alimentar a possibilidade de viver num mundo plural, mas com o igual respeito aos direitos humanos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. OS DIREITOS HUMANOS	7
1.1. ASPECTOS TERMINOLOGICOS: DIREITOS HUMANOS OU DIREITOS FUNDAMENTAIS ?.....	8
1.2. CONCEITO E FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS.....	10
1.2.1. Evolução do fundamento dos direitos humanos.....	11
1.2.2. Algumas propostas sobre a fundamentação.....	14
1.3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS.....	17
1.3.1. Documentos e Declarações importantes.....	18
1.3.2. Internacionalização dos Direitos Humanos.....	20
1.3.3. Dimensões dos direitos humanos.....	22
2. UNIVERSALIDADE, INDIVISIBILIDADE, IRRENUNCIABILIDADE E IMPRESCRITIBILIDADE - CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS	24
3. UNIVERSALISMO E RELATIVISMO CULTURAL	29
4. A DIVERSIDADE CULTURAL (multiculturalismo)	33
4.1. DIÁLOGO INTERCULTURAL (interculturalismo).....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	42

INTRODUÇÃO

Em tempos de intensa globalização, o debate sobre a universalidade dos direitos humanos ganha novos contornos. O cenário contemporâneo onde o mundo todo se encontra conectado, se inter-relaciona, avulta o temor da homogeneização. As vozes alçadas pelas diferentes culturas clamam por respeito e por liberdade para praticá-las ao mesmo tempo em que os direitos humanos anelam por obediência.

Certamente a diversidade cultural é uma riqueza. Aprender com o próximo as diferentes formas de ver e viver o mundo nos torna mais rico, mais tolerante! No entanto, não podemos nos deixar ludibriar por essa beleza, a ponto de tolerarmos graves violações aos direitos do homem, e ofensa à qualidade de ‘humano’ inerente á todos os seres humanos.

Sabe-se que mesmo com a consolidação dos direitos humanos e o seu desenvolvimento ao longo dos séculos, tais direitos estão longe de serem totalmente efetivados. Por vezes esse desrespeito provém de uma questão cultural ou de crença, isto é, práticas culturais que, apesar de serem praticadas por longos períodos e aceitas por muitos, impedem o desenvolvimento integral da pessoa, gerando, assim, ofensa aos direitos humanos.

Por outro lado, reconhecer os direitos humanos como universais, não precisa significar uma imposição e uma homogeneização cultural. “Já é hora de desvincular os direitos humanos de sua procedência histórica. Afinal, o fato de, no seu entendimento moderno, terem se consolidado no Ocidente não significa que devam ser mantidos necessariamente presos aos limites de sua origem”.¹ Os direitos humanos têm contribuído para a coexistência pacífica humana e a tolerância na relação entre os diferentes.

¹PIACENTINI, Dulce de Queiroz. Direitos humanos e interculturalismo: análise da prática cultural da mutilação genital feminina. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2007. p.10

“É indubitável que não se deve impor ao Outro nosso olhar, nossa perspectiva, nossa maneira de ver. Isso não quer dizer, no entanto, que não se possa alcançar um consenso. O interculturalismo entende a diversidade cultural como uma riqueza e tem a compreensão de que as culturas se relacionam, influenciando umas às outras, pois as culturas, sobretudo no mundo globalizado de hoje, aproximam-se, mesclam-se, tornam-se híbridas”².

Frente a todos esses pontos, como defender a existência de direitos humanos universais? Como sustentar que todos os seres humanos possuem direitos próprios, independentemente das diferenças? Como demandar respeito a direitos básicos que a todos são assegurados ante práticas culturais que os violam, quando justamente a questão da cultura e de sua preservação levanta vozes em sua defesa? ³

O debate ‘diversidade cultural e direitos humanos’ avulta extrema importância e, portanto, não pode ser ignorado. “Estabelecer parâmetros para o limite entre o que é cultura e merece ser preservado e respeitado e aquilo que “se veste” de cultura, mas não tem um caráter emancipatório do ser humano”⁴ é um dos grandes desafios que enfrenta a humanidade em tempos modernos.

Estou certa de que a questão que trata este trabalho é delicada. A relação entre a universalidade dos direitos humanos e a existência de diferentes culturas traz controvérsias, que tem demandado investigação de estudiosos de diferentes áreas – direito, antropologia, sociologia, filosofia, que envolve povos de todo o mundo. Tentei abarcar aqui essas variadas análises e concepções. Seguramente, não terei dado conta de tudo o que há a respeito da matéria, e nem tive essa pretensão. Pretendi, na verdade, iniciar uma construção de ideias que sirva para uma eventual solução, se não, ao menos, para trilhar um caminho cujo fim é a luz.

² Ibidem. p.9

³ Ibidem. p.8

⁴ Ibidem. p.11

1. OS DIREITOS HUMANOS

O direito nasce e brota da necessidade do homem em conviver com seus semelhantes. O cenário que envolve essa coexistência é o mundo, embora limitado por suas condições, desenvolve-se através de um processo de inter-relação. Assim, o direito com papel essencial pode ser considerado a única alternativa viável à condição de coexistência humana⁵.

O desenvolvimento dessa inter-relação sofre, através de conflitos, mudanças que vão surgindo, ao longo do tempo, conforme as relações vão sendo estabelecidas. A globalização⁶ é um exemplo desse processo, é um fenômeno de transformação que envolve as mais variadas relações e de desenvolvimento como exemplo a ciência, a Comunicação e a tecnologia. Não só, mas também envolve a universalização dos padrões culturais e da necessidade de equacionamento comum de problemas que afetam a totalidade do planeta, como exemplos: o combate à degradação do meio ambiente, a proteção dos direitos humanos, o desarmamento nuclear, o crescimento populacional.

Todavia, objetivar a universalização, em busca de um mundo sem fronteiras e de cidadãos iguais, traz consigo uma abertura – de fronteiras, países e indivíduos – que acaba por levar ao crescimento de desigualdades e exclusão social⁷.

⁵ MELGARÉ, Plínio. *Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais*. Revista de informação legislativa. Brasília a. 39 n. 154 abr./jun., 2002. p. 74

⁶ “Ocorre que o globo não é mais exclusivamente um conglomerado de nações, sociedades nacionais, Estados-nações, em suas relações de interdependência, dependência, colonialismo, imperialismo, bilateralismo, multilateralismo. Ao mesmo tempo, o centro do mundo não é mais voltado só ao indivíduo, tomado singular e coletivamente como povo, classe, grupo, minoria, maioria, opinião pública. Ainda que a nação e o indivíduo continuem a ser muito reais, inquestionáveis e presentes todo o tempo, em todo lugar, povoando a reflexão e a imaginação, ainda assim já não são "hegemônicos". Foram subsumidos, real ou formalmente, pela sociedade global, pelas configurações e movimentos da globalização. A Terra mundializou-se de tal maneira que o globo deixou de ser uma figura astronômica para adquirir mais plenamente sua significação histórica”. IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.p.13

⁷ “Vivemos, pois, na época da exclusão generalizada. Um mundo onde 4/5 dos habitantes sobrevivem no umbral da miséria: onde, segundo o informe do Banco Mundial 1998, à pobreza somam-se 400 milhões de pessoas por ano, significando que, atualmente, 30% da população mundial vive (sobrevive) com menos de um dólar por dia – afetando de modo especial as mulheres – e 20% da população mais pobre recebe menos de 2% da riqueza, ao passo que os 20% mais ricos reservam 80% da riqueza mundial”. FLORES, Joaquin Herrera. *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*. Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. Periódicos UFSC. V.23, n.44, 2002. p.10

Diante desse quadro de desigualdades, surgem demandas que batem às portas do direito internacional dos direitos humanos. Diante das reclamações ou denúncias internacionais de alegadas violações de direitos humanos, da cena hodierna, nota-se a emergência de uma especial atenção à proteção dos direitos do homem. Nesse sentido, deve se entender o prestígio de tais direitos, não como sendo aqueles que buscam um equilíbrio entre as partes, mas como sendo aqueles que operam em defesa dos mais fracos e vulneráveis⁸.

Daí, a meu ver, a importância do direito⁹, no cenário que traduz uma sociedade global que se interage, o direito é o único capaz de abalizar essa união, arquitetar a coexistência entre os homens. E quando se fala em direito se fala no direito como todo, mas, principalmente, na realização dos direitos do ser humano.

1.1. ASPECTOS TERMINOLOGICOS: DIREITOS HUMANOS OU DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Antes de adentrarmos melhor no tema, cumpre detalhar o aspecto terminológico demarcando a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, e explicar o porquê de adotarmos o primeiro termo.

⁸ “O Direito dos direitos humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. (...) É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se tem devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão. Neste domínio de proteção as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presente as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012. p.51

⁹ “(...) Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que pugnam por reinserir os seres humanos no circuito de reprodução e manutenção da vida, permitindo-lhes abrir espaços de luta e de reivindicação”. Ibidem. p.10

Muito embora existam os que sustentam a equivalência entre as duas noções, desta forma, não podemos falar numa posição uníssona, o fato é que as diferenças, quando bem presentes os critérios para tanto, são evidentes e têm sido reconhecidas por ampla doutrina.

Consideramos direitos humanos todos aqueles direitos reconhecidos no Direito Internacional, isto é, que estejam consagrados em algum tratado ou declaração internacional de direitos humanos, ou não. E, os chamados “direitos fundamentais” seriam aqueles direitos constitucionalmente positivados, sendo preferencialmente inspirados nos direitos humanos.

Para Ingo W. Sarlet¹⁰ o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, e independência em relação à determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal.

No mesmo sentido, Plínio Melgaré¹¹ diz que há uma tendência doutrinária em definir os direitos fundamentais como sendo aqueles positivados internamente por um País, então, referir-se-ia aos direitos humanos que se encontram garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, de um modo geral, inseridos na principiologia constitucional. Já a terminologia direitos humanos designaria e denominaria os direitos positivados nas declarações e convenções internacionais. Ressalva, contudo, não estarem os direitos humanos limitados e condicionados a uma eventual positivação. Ao contrário,

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Marinoni, Luiz Guilherme. Mitidiero, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.249

¹¹ “De tais definições, recortamos que os direitos humanos ultrapassam o sentido estrito de uma ordem jurídica escrita. Com efeito, encontram-se em uma dimensão superior, transpositiva. E essa transpositividade disponibiliza e concentra uma validade universal e objetiva, possuidora de tal força e abrangência que é mobilizada, desde os tempos modernos, em todas as praças, sob qualquer circunstância. De fato, reconhecemos que os direitos humanos assumem a posição de princípios ético-normativos. Portanto, transcendem ao normativismo-dogmático, alicerçando e instituindo materialmente a juridicidade. Outrossim, configuram-se como elementos legitimadores da ordem política e fundamentantes da normatividade jurídica”. MELGARÉ, op.cit.,. p.73

relacionam-se com as básicas exigências referentes à dignidade, à liberdade e à igualdade, ainda que não reconhecidas por qualquer norma.

Uma vez que, não trataremos de tais direitos em posições jurídicas reconhecidas e protegidas somente numa perspectiva de direito constitucional interno dos Estados, mas sim, naquela reconhecida e protegida num âmbito amplo de direito internacional, e, também os correlacionando com a diversidade cultural da humanidade, e não só do povo de um determinado Estado, assim, optamos preferencialmente pelo termo “Direitos Humanos” para ser empregado no presente trabalho.

1.2. CONCEITO E FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Afinados com a opção terminológica já feita, numa primeira aproximação conceitual de direito humano, é possível notar que sua construção não é tarefa fácil, diz Fábio Comparato¹²: “Sem dúvida, a ciência jurídica ainda não logrou encontrar uma definição rigorosa do conceito de direito humano. Mas porventura já se chegou a apresentar uma definição precisa e indisputável do que seja direito?”.

Desta forma, podem ser encontradas as mais variadas definições do tema.

Para Nestor Sampaio Penteado Filho¹³ os direitos humanos são um conjunto de prerrogativas e garantias inerente ao homem, cuja finalidade básica é o respeito à sua dignidade, tutelando-o contra os excessos do Estado, estabelecendo um mínimo de condições de vida. São direitos indissociáveis da condição humana.

¹² COMPRATO, Fabio Konder. *Fundamento dos Direitos Humanos*. IEA USP. São Paulo, 1997.

¹³ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Direitos Humanos*. 3.ed., São Paulo: Metodo, 2009. p.17

A análise arendtiana de Celso Lafer¹⁴ ilumina os direitos humanos como um construído, uma invenção ligada à organização da comunidade política e não como uma medida externa à polis.

Segundo mencionou, Plínio Melgaré¹⁵, sobre direitos humanos são percebidos e compreendidos como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretam las exigencias de la dignidad, la libertad y La igualdad humanas”.

Numa tentativa ousada defino os direitos humanos como uma relação ampla de prerrogativas concedidas ao homem pelo próprio homem em busca instintiva da perpetuação da vida humana. Portanto, a existência de direitos humanos é umbilicalmente ligada à vivência do próprio ser humano. Todavia, paradoxalmente, essa concepção reforça a universalidade dos direitos, não nega seu relativismo, uma vez que se admite a historicidade dos direitos humanos, no qual se adquire sentido conforme o contexto espaço-tempo. Ou seja, são expressões, que por definição são humanamente universais e, mutáveis, pois se desenvolvem segundo a evolução humana.

1.2.1. Evolução do fundamento dos direitos humanos

Os direitos humanos começaram a tomar forma a partir das estruturas de pensamento estabelecidas por filósofos como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, vertentes de pensamento filosóficos ocidentais que serviram de base para a construção da noção de direitos humanos.

Na época de consolidação do conceito dos direitos humanos, cujo marco a história ocidental assenta na Revolução Francesa, o fundamento por excelência desses direitos estava na teoria jusnaturalista.

¹⁴ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p.134

¹⁵ MELGARÉ. op. cit., p.73

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

Bobbio¹⁶ leciona que “a doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual partira da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais (...)”.

Portanto para o jusnaturalismo os direitos humanos são direitos naturais, inerentes ao homem, anteriores ao Estado e ao Direito. Em outras palavras são direitos que pertencem ao homem pela sua natureza humana, estando centrados na razão. O ser humano, por possuir razão, atributo exclusivo da sua espécie, nasce com direitos inalienáveis, que compõem limites ao poder do Estado quando este se constitui.

Entretanto, o jusnaturalismo não leva em conta os elementos sociais na constituição dos direitos humanos, não considera a influência das circunstâncias históricas, o que enfraquece o seu modelo. Nesta esteira, o jusnaturalismo formulou uma ordem ideal, portanto, “ausente de qualquer dimensionamento prático-histórico.”¹⁷

Com Kant¹⁸ vê-se uma nova etapa de fundamentação do sujeito como substrato de uma categoria de direitos universais.

Nesse sentido, Kant, na obra Fundamentos da Metafísica dos Costumes, constrói o seu significado de dignidade humana a partir da ideia de autonomia ética do ser humano, atributo encontrado apenas nos seres racionais, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo ou de agir conforme certas leis.

As teorizações de Kant foram fundamentais para que fosse possível prosseguir adiante com o processo de evolução dos direitos humanos. A partir da premissa de que o

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25

¹⁷ MELGARÉ, *op. cit.*, p. 77

¹⁸ Sobre a teoria Kantiana, assevera Bobbio: “podemos considerar como a conclusão dessa primeira fase da história, dos direitos do homem, que culmina nas primeiras Declarações dos Direitos não mais enunciadas por filósofos, e, portanto, *sine imperio*, mas por detentores de governo, e portanto *cum imperio*.” BOBBIO, *op. cit.*, p. 73

homem possui um valor intrínseco, a filosofia jurídica inova-se com uma compreensão axiológica¹⁹.

Com essas ideias alterou-se profundamente o sentido da ética e a compreensão do sistema jurídico se transformou. A percepção axiológica fez elevar os direitos humanos a principais valores do ordenamento jurídico e da convivência humana²⁰.

Os princípios éticos e racionais da filosofia Kantiana ainda desempenham papel importante na fundamentação dos direitos humanos, e aparecem também como pano de fundo dos principais documentos internacionais abrangendo o tema a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

Ainda no século XIX, a posição de supremacia do embasamento jusnaturalista foi refutada com a ascensão da era do positivismo jurídico.

Segundo a teoria positivista, a explicação formal da validade do direito é que o fundamento do direito não é transcendental ao homem e à sociedade, mas se encontra no pressuposto lógico de que as leis são válidas e devem ser obedecidas, quando forem editadas segundo um processo regular e pela autoridade competente, legitimada de acordo com princípios também anteriormente estabelecidos e aceitos²¹.

A máxima expressão da concepção positivista foi representada por Hans Kelsen:

“os supostos direitos naturais não são mais do que direitos públicos subjetivos, ‘direitos reflexos’ do poder do Estado”, estes não constituem um

¹⁹ A respeito, Comparato explica que o que “a axiologia revelou foi uma inter-relação sujeito-objeto, no sentido de que cada um de nós, aprecia algo, porque o objeto dessa apreciação tem objetivamente um valor. Em contraposição, se o homem não cria valores do nada, não é menos verdade que a avaliação dos bens individual da vida varia enormemente. Ora, isso exige, como condição da convivência humana harmoniosa, o consenso social sobre a força ética de uma tábua hierárquica de valores”. COMPARATO, op. cit., p. 35

²⁰ “(...) a passagem de um sistema de direitos em sentido fraco, na medida em que estavam inseridos em códigos de normas naturais ou morais, para um sistema de direitos em sentido forte, como o são os sistemas jurídicos dos Estados nacionais. E hoje, através das varias cartas de direitos promulgadas em fóruns internacionais, ocorreu a passagem inversa, ou seja, de um sistema mais forte, como o nacional não despótico, para um sistema mais fraco, como o internacional, onde os direitos proclamados são sustentados, quase que exclusivamente, pela pressão social, como ocorre habitualmente nos códigos morais”. BOBBIO, op. cit., p.81

²¹ COMPARATO, op.cit., p.8

limite ao poder do Estado, pois são anteriores ao seu nascimento, “mas são uma consequência da limitação que o Estado impõe a si mesmo”²².

Conforme Comparato²³, a insuficiência da teoria positivista reside na sua incapacidade de justificar o direito sem recair em redundância, o que a torna incompatível com a afirmação de autênticos direitos humanos. Critica o autor: “O positivismo contenta-se com a validade formal das normas jurídicas, quando todo o problema situa-se numa esfera mais profunda, correspondente ao valor ético do Direito”.

1.2.2. Algumas Propostas sobre a Fundamentação

Sobre a fundamentação, entendo que os direitos humanos se assentam na ideia de imprescindibilidade de inevitáveis aos seres humanos. Firmaram-se com a evolução humana. Justificam-se na medida em que se tornaram essenciais à sobrevivência humana e convivência em sociedade, independentemente da conotação ou interpretação dada a esses direitos e do ponto de vista de qualquer cultura, – como veremos adiante – estão presentes, de uma forma ou de outra, ainda que na sua incompletude, lá estão eles.

Não defendo a ideia de que os direitos humanos se fundamentam na dignidade humana, uma vez que entendo o conceito de dignidade extremamente relativo e, portanto, uma base frágil onde o que pode significar digno para mim pode não significar para outro, e assim, caímos num círculo infinito, sem uma conclusão do quais todos possam se pautar.

²² Na explicação de Bobbio, op. cit., p.127

²³ Ibidem. p.9

Norberto Bobbio²⁴ aponta que o problema grave do nosso tempo, é o de proteger os direitos do homem e não mais o de fundamentá-los.

Tem razão Bobbio quando afirma que encontrar um fundamento que sirva como justificação racional aos direitos humanos não é suficiente para que eles sejam colocados em prática. Entretanto, ter um fundo que valha para todo o conjunto dos direitos humanos é o primeiro passo rumo à sua efetivação, em especial se encontrarmos um fundamento que tenha equivalentes nas diversas culturas. Os direitos humanos são condicionados, inclusive, por fatores de ordem cultural. E é aí que a questão do fundamento dos direitos humanos ganha importância.

Para Fábio Comparato²⁵, o fundamento dos direitos humanos não deve ser procurado na metafísica ou numa justificação religiosa, uma vez que o direito é uma criação humana, e, portanto, sua fundamentação é o próprio homem inserindo-se dentro do conceito de dignidade humana.

Já Flickinger²⁶ argumenta: “Não há como pressupor direitos humanos como fato existencial; só pode haver o fato da liberdade existencial a condicionar tais direitos”. Para o autor os direitos humanos só podem ser legitimados a partir do reconhecimento da liberdade enquanto condição existencial do ser humano. Impossível, portanto, fazer dos direitos humanos o meio à implementação da liberdade.

Giovanni Olsson²⁷ propõe a busca fundamental de uma nova hermenêutica dos direitos humanos, assentada em um mínimo ético, cujo fundamento último é o resgate do elo entre a realização dos direitos e a satisfação das necessidades humanas fundamentais.

²⁴ BOBBIO, op. cit., p. 25

²⁵ “Uma das tendências marcantes do pensamento moderno é a convicção generalizada de que o verdadeiro fundamento de validade - do direito em geral e dos direitos humanos em particular já não deve ser procurado na esfera sobrenatural da revelação religiosa, nem tampouco numa abstração metafísica a natureza como essência imutável de todos os entes no mundo. Se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias”. COMPARATO, op. cit., 1997.

²⁶ FLICKINGER, Hans-Georg. *A Juridificação da liberdade: os direitos humanos no processo da globalização*. Porto Alegre: VERITAS. v. 54 n. 1 jan./mar. 2009. p. 99

²⁷ OLSSON, Giovanni. *A apropriação liberal do discurso dos direitos humanos e uma nova hermenêutica de superação*. Revista TRT 12ª Região, n. 21, 1º sem/2004. p. 31

Baseando-se na teoria de Galtung, pugna o autor²⁸ que esta pode ser uma forma de melhor compreender as irrealizações no campo dos direitos humanos e uma alternativa para sua efetivação. Segundo essa teoria, há necessidades materiais (sobrevivência e bem-estar) e imateriais (liberdade e identidade). A cada grupo estão vinculadas diversas necessidades e direitos, embora haja necessidades ainda sem direitos reconhecidos e direitos sem necessidades correlatas.

Outra proposta de fundamentação dos direitos humanos é apresentada por Melgaré²⁹ quando diz que os direitos humanos apartam-se de uma possível natureza humana, integrando-se ao espaço do mundo cultural humanamente vivificado. E ainda que, não se circunscrevem apenas a princípios expressos nos textos legais, constituindo-se em princípios ético-normativos, transpositivos e densificados historicamente.

Dessa forma, haveria um afastamento da criticada teoria jusnaturalista e seu prisma da natureza do homem, aproximando tais direitos do universo humano-cultural.

Conclui o autor³⁰ que, considerando as nossas necessárias relações dialógicas, nas quais se dá o reconhecimento do outro, desponta como fundamento decisivo dos direitos humanos a exigência de uma ordem axiológica que põe em relevo o valor que é o homem. Em outras palavras, os direitos humanos radicam na mútua compreensão do valor do homem como ser ético, fruto de um processo histórico-cultural reflexivo construído pelo homem.

Assim, sendo o fundamento dos direitos humanos a dignidade humana, a liberdade, os valores ou princípios que se solidificaram no decorrer da história, fato é que a partir do momento que grande parte dos homens provou da proteção que incumbe aos direitos humanos, não quer jamais ver seus direitos abtidos dessa proteção.

²⁸ Ibidem p. 28

²⁹ MELGARÉ, op. cit., p. 86

³⁰ “(...) Nessa direção, exsurge o valor conferido à dignidade da pessoa humana, impondo-se o reconhecimento recíproco que cada ser humano faz de seu semelhante. Noutros termos, o respeito à pessoa humana implica o reconhecimento de que cada ser humano é um sujeito perante os outros, constituído por sua essencial e indisponível eticidade”. Ibidem. p. 86

1.3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Numa perspectiva histórica evolutiva os direitos humanos foram concebidos ao longo dos anos em diversos documentos. Segundo Alexandre de Moraes³¹ a origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hammurabi (1960 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes.

Surgem na Grécia vários estudos sobre liberdade e igualdade do homem. A obra de Antígona (441 a.C.) é um exemplo da crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas.

Para Alexandre de Moraes³², foi o Direito romano que estabeleceu mecanismos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A Lei das XII Tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção dos direitos do cidadão.

Posteriormente, a forte concepção religiosa trazida pelo *Cristianismo*, com a mensagem de igualdade de todos os homens, influenciou diretamente a consagração dos direitos, enquanto necessária à dignidade da pessoa humana.

³¹ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição Federal do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.6

³² Ibidem. p.6

1.3.1. Documentos e Declarações importantes

Um dos mais importantes antecedentes históricos foi editado em 1215, na Inglaterra, foi a chamada *Magna Carta Libertatum*, outorgada por Rei João sem terra “No embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade”³³.

Tiveram outros importantes documentos para a consolidação dos direitos humanos, como a *Petition of Rights*, de 1628 e a Lei de *Habeas Corpus Act*, inglesa, esta promulgada em 1679, em um cenário histórico em que o Parlamento tentava limitar os arbítrios do rei, o referido documento, segue a tradição inglesa da necessidade de haver uma garantia judicial ao direito tutelado.

Ainda, na Inglaterra, foi aceito em 1689, o *Bill of Rights*, documento que significou enorme restrição ao poder estatal, prevendo dentre outras regulamentações: o fortalecimento do princípio da legalidade³⁴.

É cediço que tais documentos que embora tenham sido importantes documentos de limitação de poder estatal e tenham contribuíram como antecedentes das declarações positivas de direito, tais cartas não eram propriamente declarações de direito.

A Declaração de Direitos de Virginia³⁵ proclamava o *direito à vida, à liberdade e à propriedade* entre outros direitos expressamente previstos, tais como princípio da Legalidade, o devido processo legal³⁶.

Em 1776 ocorreu a Declaração de Independência das treze colônias britânicas da América do Norte, *documento de inigualável valor histórico*³⁷, que representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a

³³ COMPARATO, op. cit., p.58

³⁴ MORAES, op. cit., p.8

³⁵ “É o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos. A ‘busca da felicidade’, repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, duas semanas após, é a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana. Uma razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações. Uma razão universal, como a própria pessoa humana”. COMPARATO, op.cit., p.62

³⁶ MORAES, op. cit., p.9

³⁷ Ibidem. p.9

representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos.

Igualmente, a Constituição dos Estados Unidos da América e suas dez primeiras emendas, pretenderam limitar o poder estatal estabelecendo a separação dos poderes estatais e diversos direitos humanos fundamentais³⁸.

A consagração normativa dos direitos humanos fundamentais, porém coube à França, com a Revolução Francesa, em 1789, foi apresentada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, com 17 artigos. Foi grande marco do reconhecimento dos direitos do ser humano, baseada nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

A Constituição Francesa³⁹, de 1793, trouxe uma melhor regulamentação dos direitos humanos fundamentais.

Fábio Comparato⁴⁰ reconhece que tanto a declaração de direitos norte-americana e a francesa representaram a emancipação histórica dos indivíduos perante a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas.

O resultado dessa atomização foi o brutal empobrecimento das massas proletárias. A plena afirmação desses novos direitos humanos exigidos por essa classe, só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição Mexicana e a de Weimar.

A Constituição Mexicana de 1917 foi importante para a evolução dos direitos, através do movimento socialista passou a garantir direitos individuais com fortes tendências sociais, como, por exemplo, os direitos trabalhistas.

³⁸ Ibidem. p.9

³⁹ Cujo preâmbulo declara: “Le peuple français, convaincu que l'oubli et le mépris des droits naturels de l'homme, sont les seules causes des malheurs du monde, a résolu d'exposer dans une déclaration solennelle, ces droits sacrés et inaliénables, afin que tous les citoyens pouvant comparer sans cesse les actes du gouvernement avec le but de toute institution sociale, ne se laissent jamais opprimer, avilir par la tyrannie ; afin que le peuple ait toujours devant les yeux les bases de sa liberté et de son bonheur; le magistrat la règle de ses devoirs; le législateur l'objet de sa mission. - En conséquence, il proclame, en présence de l'Être suprême, la déclaration suivante des droits de l'homme et du citoyen”.

⁴⁰ Mas, em contrapartida a essa ascensão do indivíduo na História, a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa, tornou-se muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. COMPARATO, op. cit., p. 65

A Constituição de Weimar⁴¹ além da consagração dos direitos tradicionais previu a inviolabilidade de correspondência, bem como a liberdade de exprimir o pensamento. Promulgou a igualdade de direitos dos homens e das mulheres. Inovou também em termos de direitos e garantias específicos à juventude; a liberdade de crença e culto; demonstrou forte espírito de defesa dos direitos sociais.

No século XX, o homem passa a ser uma preocupação do direito internacional. Até então, um rígido conceito de soberania impedia essa visão.

1.3.2. Internacionalização dos Direitos Humanos

Para Fábio Comparato⁴², a primeira fase de internacionalização dos direitos humanos teve início na segunda metade do século XIX e findou com a 2ª Guerra Mundial, manifestando-se basicamente em três setores: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado.

O primeiro documento normativo de caráter internacional, resguardando o campo do direito humanitário, foi a Convenção de Genebra de 1864, a partir da qual fundou-se, em 1880, a Comissão Internacional da Cruz Vermelha⁴³.

O outro setor dos direitos humanos em que se manifestou essa tendência à internacionalização foi a luta contra a escravatura. Muito embora sem efetividade, o Ato Geral da Conferência de Bruxelas, de 1890, estabeleceu as primeiras regras interestatais de repressão ao tráfico de escravos africanos. Ela foi seguida, em 1926, por uma Convenção celebrada em Genebra, no quadro das Liga das Nações⁴⁴.

⁴¹ MORAES, op. cit., p.11

⁴² COMPARATO, op. cit., p.67

⁴³ Ibidem. p.67

⁴⁴ Ibidem. p.68

Com a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, a proteção do trabalhador assalariado passou também a ser objeto de uma regulação convencional entre os diferentes Estados⁴⁵.

Ao emergir da Segunda Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda a sorte, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana.

Em 1948, no âmbito das Nações Unidas, votada pela Assembléia Geral da ONU, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Segundo Flávia Piovesan⁴⁶, “a declaração consolida a afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados.”

Além da universalidade dos direitos humanos, a declaração introduz a indivisibilidade desses direitos. Combina o discurso liberal e o discurso social de cidadania, conjugando o valor da liberdade com o valor da igualdade.

Ao conjugar tais valores, a declaração inova a concepção contemporânea de direitos humanos, agora concebidos como uma unidade interdependente e indivisível.

Em 1981, na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos⁴⁷, reconheceu-se que todos os povos devem ser tratados com igual respeito, tendo direito à autodeterminação, à livre disposição de sua natureza e de seus recursos naturais, ao desenvolvimento econômico, social e cultural, bom como à paz e à segurança.

⁴⁵ Ibidem. p.68

⁴⁶ Observa a autora, que desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda a pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana).

PIOVESAN, op. cit., p.203

⁴⁷ COMPARATO, op.cit., p. 69

1.3.3. Dimensões dos direitos humanos

A respeito da classificação doutrinária dos direitos humanos em dimensões de direitos, Flávia Piovesan⁴⁸ ensina que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a equivocada visão da sucessão “geracional” de direitos, na medida em que se acolhe a ideia de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação.

Nestor Penteadó⁴⁹ esquematiza a primeira dimensão como sendo as liberdades públicas, os direitos políticos básicos. Os direitos de segunda dimensão são aqueles que representam os direitos sociais, culturais e econômicos do povo, traduzidos no valor Igualdade. E os de terceira dimensão direcionam-se para a preservação da qualidade de vida, tutelando o meio ambiente, permitindo-se o progresso sem detrimento da paz e autodeterminação dos povos, constituindo-se em interesses metaindividuais, que transcendem o indivíduo ou grupos de indivíduos, onde representam os direitos de solidariedade, uma vez considerado o homem como inserido na sociedade, traduzidos no valor Fraternidade.

Na lição de Celso Lafer⁵⁰ os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são, neste sentido, direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estados e não Estados, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que se precedem o contrato social.

⁴⁸ PIOVESAN, op. cit., p.209

⁴⁹ Entende o autor que “os direitos de primeira dimensão são aqueles institucionalizados a partir da Magna Carta de 1215 do rei João Sem Terra e presentes noutros documentos históricos, como Habeas Corpus Act (1679) e a Bill of Rights (1688), em que representam os direitos civis do povo, traduzidos no valor Liberdade. Já os de segunda dimensão são os nascidos da Revolução Industrial (século XIX); em decorrência das péssimas condições de trabalho, à vista de movimento sociais que eclodiram com a Comuna de Paris e o Cartista (Inglaterra), buscam estabelecer melhorias nas condições sociais do homem trabalhador e ganham relevo no pós-guerra (1919) com a Constituição Alemã de Weimar e com o Tratado de Versalhes (criação da OIT – Organização Internacional do Trabalho). Direitos de terceira dimensão: decorrentes de profundas alterações sociais na comunidade internacional, causadas pela globalização da economia, avanços tecnológicos e científicos, como as viagens espaciais, a robótica, a Internet etc”. PENTEADO FILHO, op. cit., p. 22

⁵⁰ LAFER, op. cit., p. 126

Já os de segunda dimensão entende o autor⁵¹ que buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo, impedindo, desta maneira, a invasão de todo em relação ao indivíduo, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho.

Os direitos de terceira dimensão, Celso Lafer, explica que: Têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade.

Aponta o autor⁵² para o dilema suscitado pela contradição entre os direitos de primeira e segunda, de uma titularidade individual, e os de terceira dimensão, titularidade coletiva, ou seja, dilemas no relacionamento entre o indivíduo e a coletividade que exacerbam a contradição, ao invés de afirmar a complementariedade do todo e da parte. Estes dilemas provêm, em primeiro lugar, da multiplicidade infinita dos grupos que podem sobrepor-se uns aos outros, o que traz uma difusa e potencial imprecisão em matéria de titularidade coletiva.

Celso Lafer⁵³ exemplifica com o direito à autodeterminação dos povos – termo plurívoco ensejando a dificuldade de diferenciá-los de outros, como o de nação. De fato,

⁵¹ “(...) são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí, a complementariedade, na perspectiva ex parte populi, entre os direitos de primeira geração e de segunda geração, pois estes últimos.

E explica a diferença de ambas as dimensões: No primeiro caso a iniciativa cabe aos indivíduos e o papel do Estado é de polícia administrativa por parte do Executivo, de controle pelo Judiciário das lesões individuais, tudo em conformidade com as leis elaboradas pelo legislativo, nos termos e nos limites estabelecidos pela Constituição. No segundo caso o atendimento aos direitos depende do Estado, requerendo que o Direito desempenhe uma função de promoção dos indivíduos na sociedade através da ampliação dos serviços públicos”. Ibidem. p. 126

⁵² Ibidem. p.132

⁵³ Ibidem. p.132. “Em síntese, a diversidade de situações hoje existentes na vida internacional e a variabilidade potencial dos elementos constitutivos do conceito e povo podem trazer dúvidas sobre a compreensão do conceito, ou seja, de sua exata conotação para os efeitos de precisar qual é a coletividade que tem inequívoca titularidade para afirmar, no campo do Direito Internacional Público, o seu direito à autodeterminação”. Ibidem. p.129

este direito é atribuído a povos e não a Estados ou Nações, pelo Direito internacional Público. As minorias que porventura possam ser consideradas nações em potencial, não possuem um direito coletivo de autodeterminação.

Vê-se que com o progresso da proteção aos direitos humanos por meio dos movimentos e das declarações ao longo da História, o Direito Internacional inicia uma nova fase, deixando de regulamentar apenas relações governamentais estatais. Assim, o Estado deixa de ser o único sujeito de Direito Internacional. Percebe-se que a noção de soberania nacional absoluta deve ser revista, na medida em que são admitidas no plano nacional, em prol dos direitos humanos.

Aos poucos, emerge a ideia de que o indivíduo é também sujeito de Direito Internacional. Consolida-se a concepção de que os direitos humanos não mais se limitariam à exclusiva jurisdição doméstica, constituindo, assim, assunto de legítimo interesse internacional de âmbito universal.

2. UNIVERSALIDADE, INDIVISIBILIDADE, IRRENUNCIABILIDADE, E IMPRESCRITIBILIDADE - CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS

Para compreendermos o tema dos direitos humanos mister se faz tratarmos as suas características. No presente trabalho nos limitaremos, entretanto, às seguintes características: a universalidade, a indivisibilidade, a irrenunciabilidade, e a imprescritibilidade. Veremos brevemente cada uma das características, mas especularemos em especial a questão da universalidade, conceito relevante para esta pesquisa.

Antes de detalharmos as características dos direitos humanos, cumpre ressaltar que, nenhum direito do homem é absoluto⁵⁴, eles podem ser relativizados. Primeiramente, porque podem entrar em conflito entre si – um exemplo claro é o direito à privacidade face à liberdade de expressão e imprensa – e sendo assim, difícil saber qual direito deve prevalecer em detrimento do outro, pois depende do caso em concreto. E em segundo lugar, porque nenhum direito pode ser usado para a prática de ilícitos.

Portanto, repito que nenhum direito fundamental é absoluto⁵⁵, até o elemental direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, *a*, do art.5 da Constituição Federal, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada. Mas, necessário se ater que tais restrições aos direitos humanos possuem limitações, não se pode restringir um direito fundamental sem observar antes sua estrita legalidade constitucional e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ao adentrarmos as características dos direitos humanos, nos deparamos com a imprescritibilidade, ou seja, tais direitos são sempre exercíveis e exercidos, isto porque, os crimes contra a humanidade não podem ser tratados como crimes comuns. São crimes que ostentam um excepcional grau de crueldade e de tortura moral e física. O transcurso do tempo, nesses casos, não afasta a punibilidade dos delitos, que afetam de modo profundo a consciência universal⁵⁶.

⁵⁴ "No âmbito dos direitos fundamentais, por sua vez, a possibilidade de renúncia costuma ser rejeitada de pronto. Quando se mencionam as principais características dos direitos fundamentais, costuma-se falar em inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade (...) não é difícil encontrar contraexemplos que demonstrem as limitações da aceitação absoluta dessas características (...) parece possível encontrar um sem número de casos em que a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais – e também a sua inalienabilidade e imprescritibilidade – são colocadas em xeque". SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61-62.

⁵⁵ Jurisprudência: STF, Plenário, MS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p. 25: "Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das liberdades públicas, uma vez respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição".

⁵⁶ CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE – 1968, no seu preâmbulo diz: "(...) Considerando que os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade se incluem entre os crimes de direito internacional mais graves. Convencidos de que a repressão efetiva dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade é um elemento importante da prevenção desses crimes da proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, que encorajará a confiança, estimulará a cooperação entre os povos e irá favorecer a paz e a segurança internacionais. Constatando que a aplicação aos crimes de guerra e aos crimes contra a

Quanto à irrenunciabilidade dos direitos humanos define que estes não podem ser renunciados pelo seu titular, uma vez que ninguém pode abrir mão da própria natureza⁵⁷. Não se pode fazer com eles o que quiser, pois além de caber ao titular, tais direitos possuem eficácia objetiva, isto é, importam não apenas ao titular, mas sim a toda a coletividade.

Entretanto, defendo que se trata de uma regra geral, mas não absoluta. Os direitos do homem podem ser renunciáveis, o que se traduz em uma forma de exercer um direito inerente ao indivíduo, o direito a renúncia a direitos, tais como renúncia ao direito à intimidade, à privacidade e a meu ver até o direito à vida⁵⁸.

Agora, quando se profere que os direitos humanos são indivisíveis⁵⁹ quer-se dizer que os direitos devem ser considerados no seu conjunto, uma vez que não podem ser analisados de maneira isolada, no sentido de que a realização de um implica a efetividade de outro. Para que se possa exercer determinado direito na sua plenitude, é preciso que se possa usufruir também dos demais.

A universalidade dos direitos humanos ganhou notoriedade e entrou definitivamente na discussão teórica e política com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948⁶⁰, introduz extraordinária inovação ao conter uma linguagem

humanidade das regras de direito interno relativas à prescrição dos crimes comuns inquieta profundamente a opinião pública mundial porque impede que os responsáveis por esses crimes sejam perseguidos e castigados. Reconhecendo que é necessário e oportuno afirmar em direito internacional, por meio da presente Convenção o princípio da imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade e assegurar sua aplicação universal”.

⁵⁷ PENTEADO FILHO, op.cit., p.20

⁵⁸ "Com isso, pretende-se assentar a ideia de que a previsão constitucional acerca da "inviolabilidade" do direito à vida se destina a impedir que as pessoas não tenham a sua vida ceifada arbitrariamente. Todavia, não significa que tal direito seja indisponível e que, portanto, as pessoas não possam escolher seus caminhos no que diz respeito à própria vida e à própria morte". DIAS, Roberto, *Disponibilidade do direito à vida e eutanásia: uma interpretação conforme a Constituição*. In IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina [Coords.]. *Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global*. Curitiba: Juruá, 2010, v.4, p.160.

⁵⁹ "...a Declaração de 1948 ainda introduz a indivisibilidade desses direitos, ao ineditamente conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos com o dos direitos econômicos sociais e culturais.(...) estabelece duas categorias de direitos: os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Combina, assim, o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade com o valor da igualdade." PIOVESAN, op.cit., p.204

⁶⁰ Norberto Bobbio⁶⁰ comenta sobre o artigo 1 da Declaração ("Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos"): "A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser. Enquanto teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um

de direitos até então inédita, aplicável a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexo, tendo por excelência o direito à autodeterminação dos povos, assim, o titular não é o indivíduo na sua singularidade, mas sim são titulares grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade.

Até então, o sentido que se dava ao caráter universal dos direitos era fruto de uma lenta conquista histórica⁶¹ em que as primeiras declarações nascem como teorias filosóficas baseadas no jusnaturalismo moderno, passando pelas declarações que ganham em concretude, mas perdem em universalidade porque se limitam ao âmbito do Estado que reconhece os direitos inscritos nas suas declarações (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789).⁶²

Mas, diante do cenário pós-segunda guerra mundial, “emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral⁶³”, falar em direitos humanos universais significa dizer que todos os seres humanos são titulares de direitos, independentemente de qualquer qualificação – de

pensamento individual: são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador”. BOBBIO, op.cit., p.11. Robert Alexy também tece o seu comentário: “(...) O preâmbulo exprime isso impressionantemente pelo fato de qualificar os direitos do homem “como um ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações”. Com isso, estão claramente duas qualidades fundamentais dos direitos do homem desde o início diante dos olhos: os direitos do homem são um ideal universal”. ROBERT, Alexy. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Revista de Direito Administrativo. Trad. Dr. Luís Afonso Heck. Rio de Janeiro: Renovar Ltda. V.217, Julho/setembro, 1999. p.55.

⁶¹ BOBBIO, op.cit., p.99

⁶² “Os direitos da primeira, segunda e da terceira geração abriram caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, totalmente distinta do sentido abstrato e metafísico de que se impregnou a Declaração dos Direitos Homem de 1789, uma Declaração de compromisso ideológico definido, mas que nem por isso deixou de lograr expansão ilimitada, servindo de ponto de partida valioso para a inserção dos direitos à liberdade (...)A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. E universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e fraternidade”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. Ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010. p. 573.

⁶³ PIOVESAN, op.cit., p.184

gênero, nacionalidade dentre outros –. Em outras palavras, basta ser humano para se ter “direito a ter direitos”⁶⁴, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos.

E mais, “nasce a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Sob esse prisma, a violação dos direitos humanos não pode ser concebida como questão doméstica do Estado e sim como problema de relevância internacional, como legítima preocupação da comunidade internacional.”⁶⁵

Ainda que, na prática, o acesso das pessoas aos direitos humanos seja limitado, todos são potenciais detentores deles, daí decorrendo seu caráter universal.

Ora, nas palavras de Etienne-Richard Mbaya⁶⁶ “no plano dos princípios, todos os homens podem invocar os mesmos direitos e todos os poderes políticos devem perseguir fins humanos”.

A concepção universal dos direitos humanos tem sofrido fortes resistências dos adeptos do movimento do relativismo cultural. Retoma-se a o debate sobre o alcance das normas de direitos humanos:

“podem elas ter um sentido universal ou são culturalmente relativas? Essa disputa alcança novo vigor em face do movimento internacional dos direitos humanos, na medida em que tal movimento flexibiliza as noções de soberania nacional e jurisdição doméstica, ao consagrar um parâmetro internacional mínimo, relativo à proteção dos direitos humanos, aos quais os Estados devem se conformar.”⁶⁷

⁶⁴ Hannah Arendt foi a primeira a utilizar a expressão “direito a ter direitos”, embora para ela tal direito estivesse intimamente ligado a ser cidadão de um Estado. É o que nos explica Celso Lafer: “O que Hannah Arendt estabelece é que o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para convivência coletiva, exige um espaço público. Este é kantianamente uma dimensão transcendental, que fixa as bases e traça os limites da interação política. A este espaço só se tem acesso pleno por meio da cidadania. É por essa razão que, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece”. LAFER, op.cit., p.

⁶⁵ PIOVESAN, op.cit., p.185

⁶⁶ MBAYA, Etienne-Richard. *Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas*. ESTUDOS AVANÇADOS 11 (30), 1997. p. 28

⁶⁷ Ibis idem p. 215

Por conta da defesa dos direitos humanos universais, estaríamos propensos ao ‘imperialismo cultural’, entendendo-se por isso a imposição de uma cultura dominante, no caso a cultura ocidental, sobre as outras? Ora, há que se ter consciência de que rejeitar totalmente a universalidade pode possibilitar que os particularismos culturais se voltem uns contra os outros. Importa que a universalidade deve se acomodar ao pluralismo cultural, ao mesmo tempo em que este deve acatar a universalidade dos direitos humanos.

Passemos, portanto, a analisar as teorias do universalismo e do relativismo cultural.

3. UNIVERSALISMO E RELATIVISMO CULTURAL

A tensão que se coloca entre as correntes que defendem a teoria do universalismo e a teoria do relativismo cultural reflete a multiplicidade e conseqüente complexidade da temática, e como plural que é assim, deve ser tratado.

Começemos pela perspectiva universal⁶⁸, na qual defende que todas as pessoas são iguais, independentemente da diversidade, portanto, os direitos humanos devem merecer tratamento igualitário em todos os Estados. Desta forma, ainda que a faculdade de exercer a própria cultura seja um direito fundamental, nenhuma concessão às peculiaridades culturais é admitida quando houver risco de violação a direitos humanos⁶⁹.

⁶⁸ Entende-se que ‘universalismo’ e ‘universalidade’ são conceitos distintos. O primeiro refere-se à teoria que quer aplicar a todas as culturas os universais (os padrões) de uma única, levando a homogeneização e acabando com o pluralismo. A segunda é a principal característica dos direitos humanos, compatível, com a diversidade cultural.

⁶⁹ PIOVESAN, op.cit., p. 218

Para os universalistas o fundamento dos direitos humanos é a dignidade humana⁷⁰, como valor intrínseco à própria condição humana. Nesse sentido, qualquer afronta ao chamado “mínimo ético irreduzível” (núcleo rígido de direitos herdados que devem ser respeitados por todos os povos, sem ressalva) que comprometa a dignidade humana, ainda que em nome da cultura, importará em violação a direitos humanos.⁷¹

A forma encontrada para tentar garantir o respeito a esse mínimo irreduzível foi consolidada por meio da positivação desses direitos, através de instrumentos e mecanismos de âmbito internacional. Note-se que os instrumentos internacionais de direitos humanos são claramente universalistas, adotam as expressões “todas as pessoas”, “ninguém”⁷², uma vez que buscam assegurar a proteção universal dos direitos humanos.⁷³

Outrossim, defendem os universalistas que o simples fato de os direitos humanos surgirem no ocidente não significa que sua aplicação deve restringir-se à comunidade ocidental.

Nesse mesmo sentido, Melgaré⁷⁴ sustenta que os direitos humanos não são congênitos à cultura ocidental, isto é, não nasceram junto com o homem do ocidente, senão que refletem um largo período de lutas e conquistas, sendo, em realidade, uma aquisição cultural. Por essa via, o autor considera sua origem apenas como um fato histórico ocorrido, em um primeiro momento, na Europa e na América.

⁷⁰ Da mesma forma: “Sem embargo, advogamos que a universalidade dos direitos humanos repousa sobre a afirmação da dignidade da pessoa humana e dos demais valores decorrentes dessa condição – portanto, válida em todos os lugares. A universalidade, que estende o manto dos direitos humanos sobre todos, manifesta-se sobre e a partir da condição ética do ser humano, de ser considerado como fim, evitando sua instrumentalização.” MELGARÉ, *op.cit.*, p. 84

⁷¹ PIOVESAN, *op.cit.*, p. 218

⁷² Para exemplificar tais expressões, transcrevo o artigo I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”, e o artigo IV: “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.”

⁷³ *Ibidem.* p. 218

⁷⁴ O autor completa dizendo: “Por fim, o fato de ter uma nascente, uma origem identificada, não significa ter uma validade limitada. Reconhecer os direitos humanos como históricos não impossibilita sua universalidade.” MELGARÉ, *op.cit.*, p. 84

Na análise dos relativistas, a pretensão da universalidade desses instrumentos traduz uma arrogância do imperialismo cultural⁷⁵ do mundo ocidental, na tentativa de universalizar suas próprias crenças.

Para os relativistas a noção de direitos humanos está relacionada às específicas circunstâncias culturais históricas de cada sociedade. Nesse sentido, acreditam os relativistas que o pluralismo cultural impede que haja uma concepção universal de direitos do homem, tornando-se necessário que respeitem as diferenças culturais pertencentes a cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral⁷⁶.

O entendimento resultado do relativismo cultural sustenta que as regras sobre a moral variam de lugar para lugar, e que a forma pra compreender essa diversidade é colocar-se no contexto cultural em que ela se apresenta. Assim, não há moral universal, as diversas culturas produzem seus próprios valores.

Em realidade, uma postura relativista carrega em si o risco de uma conseqüência brutal: perde-se a legitimidade para reagir frente a determinadas formas de violência ou injustiça que têm sua justificativa em práticas culturais específicas, como os sacrifícios humanos, a escravidão quando ainda era admitida, a tortura e mesmo a consideração da mulher como ser inferior.

Ademais, o relativismo, ao impugnar qualquer valor que não venha da própria cultura, pode-se constituir num obstáculo para a construção de um diálogo cultural, pois a conexão possível entre as culturas bem como a possibilidade de comunicação e entendimento intercultural ficam impedidos, não havendo espaço para se buscar a harmonia entre o particular e o universal.

Da mesma forma, o caráter etnocêntrico das teorias universalistas - onde a forma de ver o mundo parte do próprio grupo e é tomado como centro de tudo e todos os

⁷⁵ Defende o autor que não se trata de imperialismo cultural: “Sur le principe, il faut se convaincre que l'universalité des droits de l'homme ne correspond aucunement à un impérialisme culturel. Elle doit s'accommoder du pluralisme de la civilization”. COHEN-JONATHAN, Gérard. *Les droits de l'homme, une valeur internationalisée*. Droits fondamentaux, n° 1, julho - dezembro 2001. p. 162

⁷⁶ Ibidem. p. 215

grupos são pensados e sentidos através desses valores - também implica impossibilidade de se alcançar um diálogo intercultural.

O que se pode concluir é que nem a doutrina do relativismo nem a do universalismo serve, pois elas contradizem a si próprias. A primeira porque quando se diz que ‘tudo é relativo’ está se fazendo uma afirmação absoluta. A segunda porque, ao querer tornar os universais de uma cultura iguais para todos, acaba marginalizando a diversidade cultural.

Seguindo essa linha, interessante citar a posição defendida por Melgaré⁷⁷, no qual diz serem os direitos humanos relativos em sua nascente, porém universalizáveis na projeção de seu espaço de efetividade.

Importa ressaltar, também, como dizem os universalistas, que, o respeito pela diversidade cultural não pode servir de justificativas a graves casos de violações a direitos humanos. É preciso permitir, justificadamente, em certo grau, algumas variações culturais⁷⁸, no modo e na interpretação dos direitos humanos.

Da mesma forma, a tentativa de tornar universal a concepção de direitos humanos, a meu ver, é tentar eliminar a própria essência humana, a identidade de cada um, a peculiaridade, a diversidade, é uma versão imperialista de tentar fazer com que valores de uma determinada cultura, considerada como ideal, seja geral, aceita e adotada por todos.

Contudo, isso não significa que seja indesejável o objetivo de universalizar os direitos humanos, isto é, de torná-los extensíveis ao conjunto da humanidade. Entretanto, entendo que, essa extensão, terá de ser o resultado de um processo que não ignore as diferenças culturais e as diferenças de origens para as quais ser ‘humano’ pode significar coisas diferentes.

⁷⁷ MELGARÉ, op.cit., p. 85

⁷⁸ No mesmo sentido o autor esclarece: “D’ailleurs, le droit international des droits de l’homme n’a jamais concerné un homme abstrait, un modèle uniforme. Il reconnaît ainsi le droit au pluralisme syndical, religieux, politique, et, de manière plus générale, le droit à la différence. Ainsi, la Déclaration universelle proclame l’égalité pour nier la discrimination, mais elle n’instaure pas l’assimilation : c’est l’égalité dignité dans la différence des identités.” COHEN-JONATHAN, op.cit., p. 161

4. A DIVERSIDADE CULTURAL (multiculturalismo)

Culture, vocábulo da língua inglesa, que, em uma única palavra, simbolizava “todas as possibilidades de realização humana”, traduzida pelos “conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade”⁷⁹.

Nesse sentido, Laraia apresenta a sua própria definição para cultura, compreendida como “uma lente através da qual o homem vê o mundo”, o que compreende “o modo de ver o mundo, as apreciações de ordem moral e valorativa, os diferentes comportamentos sociais e mesmo as posturas corporais são assim produtos de uma herança cultural, ou seja, o resultado da operação de uma determinada cultura”⁸⁰

A existência de várias culturas no mundo, ou seja, a possibilidade de coexistência de múltiplas culturas em um único Estado-Nação e a possibilidade de culturas de interfluenciarem tanto dentro quanto fora dos Estados nacionais denomina-se Multiculturalismo.

O multiculturalismo é um princípio que defende a necessidade de se ir além das atitudes de tolerância entre diferentes culturas num mesmo território, devem ser respeitadas e encorajadas, para que possa haver uma coexistência harmoniosa. Ou seja, pode se dizer que multiculturalismo retrata diversidades culturais coexistindo numa mesma região em que há ou não um elo cultural comum que mantenha os indivíduos unidos.

⁷⁹ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*, 14ª edição. Zahar: Rio de Janeiro, 2001. p. 25

⁸⁰ LARAIA, op.cit., p. 67. O autor, também, afirma o caráter dinâmico das culturas. De acordo com o Laraia, toda cultura está suscetível a mudanças de duas ordens: uma interna, que resulta do próprio sistema cultural e outra externa, decorrente das trocas culturais. E prossegue seu raciocínio dizendo que é praticamente impossível imaginar a existência de uma cultura afetada, tão somente, pelas mudanças internas, o que seria possível apenas “no caso, quase absurdo, de um povo totalmente isolado dos demais” LARAIA, op.cit., p. 96.

O mundo sempre foi um lugar heterogêneo e a diversidade cultural sempre foi uma realidade, porquanto, conforme aponta Espinosa⁸¹, praticamente todos os Estados-Nação são mais ou menos multiétnicos.

A diversidade cultural, para alguns, é intrinsecamente positiva, na medida em que se refere a um intercâmbio da riqueza inerente a cada cultura do mundo e, assim, aos vínculos que nos unem nos processos de diálogo e de troca. Para outros, com as diferenças culturais perde-se de vista o caráter humanitário, resultando assim em numerosos conflitos, tensões e reivindicações⁸².

De determinadas práticas culturais que têm despertado a intolerância nos últimos anos, sobretudo à luz do atual paradigma dos direitos humanos, há a restrição ao matrimônio imposta às mulheres muçulmanas, que só podem casar-se com um muçulmano⁸³. Diferentemente, ao homem é permitido casar-se com uma mulher não muçulmana, desde que ela pertença a uma religião monoteísta. Todavia, não se permite o casamento, seja do homem ou da mulher muçulmana, com uma pessoa atea ou politeísta. Tal tratamento diferenciado entre homens e mulheres muçulmanas é ancorado

⁸¹ Conforme o primeiro estudo, promovido por Nielssen, apresentado no final dos anos 80, Espinosa analisou a distribuição de 575 etnias chegando ao seguinte resultado: – “La gran mayoría de las etnias son de muy pequeño tamaño y, por ello, uniestatales, residen dentro de un Estado.

– Pero, por tanto, la mayoría de los Estados tienen más de una categoría étnica en su seno, son pues Estados pluriétnicos o plurinacionales.

– Y finalmente encontraba también que un buen número de etnias o naciones, en general las más numerosas, estaban a su vez distribuidas entre varios Estados, son pues naciones pluriestatales. Por sua vez, a segunda referência adotada pelo autor, é ‘en un resumen de resultados más reciente, el profesor Isajiw, de la Universidad de Toronto, daba los siguientes datos: de un total de 189 Estados incluidos en el World Factbook de la CIA, sólo dos países (Islandia y Japón) listan un solo grupo étnico. 8 países incluyen sólo dos grupos; 29 al menos tres grupos; y, finalmente, 150 países incluyen cuatro o más grupos étnicos.’” ESPINOSA, Emilio Lamo de. *¿Importa ser nación? Lenguas, naciones y Estados*. Revista de Occidente nº 301, Junho 2006.

⁸² RELATÓRIO MUNDIAL DA UNESCO - *Investir na diversidade cultural e no diálogo intercultural*. CLT.2009/WS/9. p. 1

⁸³ Em notícia apresentada pela BBC Brasil em 15 de maio deste ano, a Justiça do Sudão condenou à morte por enforcamento uma mulher muçulmana acusada de apostasia, abandono da religião, depois que ela se afastou do Islã para se casar com um cristão. "Demos a você três dias para se retratar mas você insiste em não voltar para o Islã. Sentencio você a ser enforcada até a morte", disse o juiz. Mas, além da pena de morte, o juiz do caso também sentenciou a mulher a receber 100 chibatada por adultério, já que o casamento com o homem cristão não é considerado válido segundo a lei islâmica. A anistia Internacional pressiona o governo sudanês para libertar a mulher e anular a sentença condenatória. http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/05/140515_sudao_pena_morte_religiao_fn.shtml

em razão da autoridade que os possuem sobre as mulheres e em razão da superioridade de sua força física e situação financeira⁸⁴.

Outra questão que tem chamado a atenção é em relação à restrição do direito ao matrimônio entre os asiáticos, pois tal prática não tem qualquer fundamento religioso – diferentemente dos muçulmanos. Para a cultura asiática o/a pretendente é visto como parte integrante da família, de modo que não se pode separar a vida de cada indivíduo da vida familiar. Dessa forma, a escolha do parceiro deve agradar a toda a família, e não somente àquele que será de fato o companheiro⁸⁵.

Para além de a prática ser desejada, consciente ou inconscientemente, pelos próprios jovens asiáticos - ou muçulmanos –, a questão que permanece é se a autonomia da vida privada, quando se refere à determinada prática cultural, é um valor que deve ser universalmente garantido pelas normas internacionais de proteção à pessoa humana.

Um dos temas mais polêmicos – senão o mais – é a conhecida prática da mutilação genital feminina, que em síntese, pode ocorrer de três formas, a saber: a tradicional, que envolve tão somente a remoção da ponta do clitóris; a clitoridectomia, que consiste na retirada de todo o clitóris e, em alguns casos, de parte dos lábios vaginais; e, a faraônica, que se extrai toda a genitália feminina, resultando na infibulação (espécie de costura do que sobrou da genitália)⁸⁶. Tal prática reconhecida pela maioria dos antropólogos como um ritual cultural, enquanto que para grande parte dos movimentos de mulheres é vista como um ato de violência.

Os motivos que levam a tal prática “são as mais diferenciadas, podendo ser desde um ritual de iniciação, até formas de controle de sexualidade feminina ou mesmo padrões locais de higiene”⁸⁷.

⁸⁴ FRANCISCO, Rachel Herdy de Barros. *Diálogo intercultural dos direitos humanos*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/cultura/multiculturalismo/rachel_dialogo_intercultural_dh.pdf Acesso em 18 de abril de 2014. p. 70

⁸⁵ Ibidem. p. 72

⁸⁶ DINIZ, Débora. *Valores Universais e Direitos Culturais*. in NOVAES, Regina (org.). *Direitos humanos: temas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Mauad, 2001, p. 59.

⁸⁷ Ibidem. p. 59

A questão que se levanta diante deste cenário é: Quem vai ditar a verdade para a humanidade sobre o que seja ou não um padrão cultural válido? Quem teria a autoridade de Tribunal de julgamento da diversidade? Segundo os estudos antropológicos mostram que esse tribunal não apenas inexistiu como qualquer tentativa de criá-lo está fadada ao fracasso, pois será sempre um tribunal baseado em valores culturais de uma determinada cultura⁸⁸.

Com efeito, diversos países possuem diferentes percepções acerca da teoria e prática dos direitos humanos. Tal questão foi abordada na Conferência Mundial de Viena sobre os Direitos Humanos de 1993, onde grupo de países da Ásia, África e do Oriente Médio criticou o caráter ocidental da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁸⁹.

De acordo com o porta-voz da China o conceito de direitos humanos é produto de desenvolvimento histórico, e encontra-se intimamente ligado a condições sociais, políticas e econômicas específicas, e à história, cultura e valores específicos, de um determinado país. Diferentes estágios de desenvolvimento histórico contam com diferentes requisitos de direitos humanos. Países com distintos estágios de desenvolvimento ou com distintas tradições históricas e backgrounds culturais também têm um entendimento e prática distintos de direitos humanos⁹⁰.

Em contrapartida, a Delegação de Portugal, respondeu ao pronunciamento chinês, alegando que os direitos humanos devem ser respeitados independentemente do motivo, ainda que estejam ligados ao poder ou à prosperidade econômica, ou por razões aparentemente mais elevadas e de mais puro teor moral, como sejam a religião, as ideologias, as concepções filosóficas ou políticas. Ainda acrescenta que o princípio de universalidade é compatível com a diversidade cultural, religiosa, ideológica⁹¹.

⁸⁸ Ibidem. p. 60

⁸⁹ FRANCISCO, op.cit., p. 14

⁹⁰ Ibidem. p. 16

⁹¹ Ibidem. p. 16

Nesse cenário, posicionaram-se a favor da relatividade dos direitos humanos as Delegações de Cingapura e do Brunei. Foram partidárias do universalismo as Delegações da República Dominicana, do Chile, da Tunísia e, inclusive, da Santa Sé⁹².

Sendo assim, é possível perceber que ainda não há concordância à temática, a discussão ainda se pauta na dicotomia universalismo versus relativismo. Entretanto, nem uma convicção nem outra devem predominar. Deve-se eliminar essa oposição, o ideal seria trabalhar ambas as ideias, juntamente com a dialética da diversidade cultural, de forma a criar um consenso entre todos. Ou seja, único meio de se alcançar um convívio harmonioso entre os povos é através de um diálogo entre culturas, é a prática de debater, persuadir e raciocinar os diferentes posicionamentos, onde de um lado há a exposição de um ponto de vista e de outro a tentativa de compreender e respeitar essa visão. Só assim poderá haver um caminho de respeito e tolerância no convívio entre os homens.

4.1. DIÁLOGO INTERCULTURAL (interculturalismo)

O cenário atual de desrespeito aos direitos humanos no mundo, aliado às constantes demandas por reconhecimento das particularidades culturais, faz aflorar a necessidade de reconstrução conceitual dos direitos humanos.

Diante disso, exsurge um caminho a percorrer que propõe estabelecer um liame entre o universalismo e o relativismo cultural, almejando superar essa dicotomia, através de um diálogo intercultural. Neste capítulo, procurar-se-á demonstrar algumas reflexões acerca das possibilidades desse diálogo.

Não se tem a pretensão aqui de exaurir toda a discussão acerca do debate intercultural sobre os direitos humanos, dada a sua complexidade e alcance, mas tão somente de tecer algumas considerações feitas por alguns doutrinadores.

⁹² Ibidem. p. 18

Nesse debate, destaca-se a visão de Boaventura de Sousa Santos, na tese de que enquanto os direitos humanos forem concebidos universais, eles tenderão a operar como instrumentos de “choque de civilizações”, ou seja, como arma do ocidente contra o mundo. E para que sua abrangência seja global os direitos humanos têm de ser reconceptualizados como multiculturais, portanto, para o autor, o multiculturalismo é “pré-condição para uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local”⁹³. Prossegue o autor sustentando a necessidade de superação do debate sobre o universalismo e o relativismo cultural, pois entende serem ambos os conceitos polares igualmente prejudiciais⁹⁴. Completa dizendo que todas as culturas possuem concepções distintas de dignidade humana, incompletas e problemáticas, e que o aumento da consciência da incompletude cultural seria crucial para um diálogo intercultural, “para a construção de uma concepção multicultural de direitos humanos”⁹⁵.

No mesmo sentido, Joaquín Herrera Flores, aposta o universalismo de confluência, ou seja, um universalismo de ponto de chegada, e não de ponto de partida. Nas palavras do autor:

“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 de se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes) de um processo conflitivo, discursivo de diálogo ou de confrontação (...) Falamos do entrecruzamento, e não de uma mera superposição de propostas (...) Trata-se, em outros termos, de um universalismo que não se interpõe, de um ou outro modo, à existência e à convivência, mas que se descobre no transcorrer da convivência interpessoal e

⁹³ O autor afirma que atualmente existem quatro regimes internacionais de aplicação de direitos humanos: europeu, interamericano, africano e asiático, e que todas as culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes, mas apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais. SANTOS, op.cit., p. 112

⁹⁴ “Contra o universalismo, há que propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas. Contra o relativismo há que desenvolver critérios políticos para distinguir política progressista de política conservadora, capacidade de desarme, emancipação de regulação.” SANTOS, op.cit., p. 114

⁹⁵ SANTOS, op.cit., p. 114

intercultural. Se a universalidade não se impõe, a diferença não se inibe; sai à luz.”⁹⁶

Abdullahi Ahmed An-Na'im aponta como um dos fatores responsáveis pelas frequentes violações aos direitos humanos a falta ou insuficiência de legitimidade cultural do padrão universal, ou seja, o padrão universal de direitos humanos é estranho aos valores e instituições, por exemplo, à cultura islâmica⁹⁷.

Na tentativa de encontrar uma solução, o autor busca legitimar a concepção ocidental de direitos humanos sem renunciar aos valores que informam a tradição islâmica em traçando duas etapas: a primeira no plano interno através de discursos culturais internos demonstrando a validade de seus argumentos à luz dos princípios informadores da própria cultura a que visam transformar, em outras palavras, a luz que “iluminará” o sentido dos valores e das instituições tradicionais só será aceita se partir dos próprios princípios que informam tais valores e instituições. E, além disso, os precursores envolvidos na luta para a conquista desse espaço argumentativo devem ser internos, isto é, pertencentes à comunidade em questão⁹⁸, para não correr o risco de ser visto o agente como pertencente à uma cultura alienígena e com o intuito de impor essa cultura, e assim ter frustrados os esforços.

A segunda etapa que propõe o autor deve ser traçada no plano externo, isto porque, se, por um lado, pode ser destacada a estabilidade das culturas, na medida em que possuem valores tradicionalmente consagrados, por outro, revela-se nítido o seu caráter dinâmico, uma vez que os valores encontram-se em constante processo de contestação e mutação, e através de diálogos interculturais é que se poderia influenciar a direção dessa mudança⁹⁹.

Outra proposta seguida de um debate intercultural é apresentada por Charles Taylor, por sua vez, com o intuito de alcançar um consenso genuíno e voluntário, que não tenha de ser forçado. O autor propõe uma perspectiva tripartida: “há que se analisar

⁹⁶ FLORES, op.cit., p. 21

⁹⁷ FRANCISCO, op.cit., p. 24

⁹⁸ Ibidem. p. 30

⁹⁹ Ibidem. p. 32

distintamente as normas objeto do consenso, as formas legais e as justificativas filosóficas subjacentes”¹⁰⁰. O que se busca, em última análise, é um consenso universal sobre normas aceitas e executáveis em todas as realidades culturais. As normas do consenso devem ser constantes, ao passo que as formas legais e suas justificativas subjacentes variam de acordo com as culturas. Para serem aceitas nas distintas realidades culturais, terão de se basear em justificativas legais amplamente reconhecidas; para serem executadas, terão de encontrar expressão em alguma forma legal universal.

¹⁰⁰ Ibidem. p. 59

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As culturas não são entidades estáticas nem encerradas em si mesmas. Uma das principais barreiras que dificultam o diálogo intercultural é o nosso hábito de concebê-las como algo fixo, como se houvera linhas de fratura que as separam.

Hodiernamente, os processos de globalização contribuem para que se produzam encontros, importações e intercâmbios culturais de modo mais sistemático. Esses novos vínculos transculturais podem facilitar consideravelmente o diálogo intercultural. Podem servir para repensar as nossas categorias culturais, reconhecer as múltiplas fontes da nossa identidade, pode fazer com que deixemos de insistir nas diferenças e, em seu lugar, prestarmos mais atenção à nossa capacidade comum de evoluir mediante a interação mútua¹⁰¹.

O diálogo intercultural depende, especialmente, das competências interculturais, definidas como o conjunto de capacidades necessárias para um relacionamento adequado com os que são diferentes de nós. Essas capacidades são de natureza fundamentalmente comunicativa, mas também compreendem a reconfiguração de pontos de vista e concepções do mundo, pois, menos que as culturas, são as pessoas (indivíduos e grupos com as suas complexidades e múltiplas expressões) que participam no processo de diálogo¹⁰².

A saudável multiplicidade se baseia, dessa maneira, no diálogo mútuo que nos permite a descoberta respectivamente dos outros e de nós mesmos, e o reconhecimento do passado e do presente de ambos, a fim de construir juntos um futuro comum.

¹⁰¹ RELATÓRIO MUNDIAL DA UNESCO - *Investir na diversidade cultural e no diálogo intercultural*. CLT.2009/WS/9. p. 9

¹⁰² *Ibidem* . p. 9

REFERÊNCIAS

- AN-NA'IM, Abdullahi. Islam and Human Rights: Beyond the Universality Debate. In: The ASIL - American Society of International Law. Proceedings of the 94th Annual Meeting. Washington, 2000.
- ARAÚJO, Ary Salgueiro Euclides de. Ética Universal e Direitos Humanos em Habermas: Globalização e os Desafios do Multiculturalismo. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, p. 5657- 5666.
- BARRETTO, Vicente. *Universalismo, Multiculturalismo e Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/globalizacao_dh/barretoglobal.html. Acesso em 23 abril 2014.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. Ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.
- COHEN-JONATHAN, Gérard. Les droits de l'homme, une valeur internationalisée. Droits fondamentaux, n° 1, juillet - décembre 2001.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 7.ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Fundamento dos Direitos Humanos*. IEA Universidade de São Paulo. São Paulo, 1997.
- DIAS, Roberto, *Disponibilidade do direito à vida e eutanásia: uma interpretação conforme a Constituição*. In IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina [Coords.]. *Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global*. Curitiba: Juruá, 2010, v.4.
- DINIZ, Débora. *Valores Universais e Direitos Culturais*. in NOVAES, Regina (org.). *Direitos humanos: temas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Mauad, 2001.
- ESPINOSA, Emilio Lamo de. *¿Importa ser nación? Lenguas, naciones y Estados*. Revista de Occidente n° 301, Junho 2006.
- FACHIN, Melina Girardi. *Universalismo versus Relativismo: Superação do debate maniqueísta acerca dos fundamentos dos direitos humanos*. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. a. 14, n. 16. São Bernardo do Campo: A Faculdade, 2010.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- FLORES, Joaquin Herrera. *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*. Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. Periódicos UFSC. V.23, n.44, 2002.
- FLICKINGER, Hans-Georg. *A Juridificação da liberdade: os direitos humanos no processo da globalização*. Porto Alegre: VERITAS. v. 54 n. 1 jan./mar. 2009. p. 89-100
- FRANCISCO, Rachel Herdy de Barros. *Diálogo intercultural dos direitos humanos*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/cultura/multiculturalismo/rachel_dialogo_intercultural_dh.pdf Acesso em 18 de abril de 2014.
- FREEMAN, Michael. *Direitos Humanos Universais e Particularidades Nacionais*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/estado/artigo12.htm>. Acesso em 23 abril 2014.
- IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- LAPORTA, Francisco. *El Concepto de Derechos Humanos*. Doxa 4, Alicante, 1987. p.23-46.
- LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*, 14ª edição. Zahar: Rio de Janeiro, 2001.
- LUCAS, Douglas Cesar. *Multiculturalismo e o debate entre liberais e comunitaristas: em defesa da interculturalidade dos direitos humanos*. Revista Sequência, n.58, p.101-130, jul. 2009.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *La universalidad de los derechos humanos*. Doxa 15-16. p.613-633
- MBAYA, Etienne-Richard. *Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas*. ESTUDOS AVANÇADOS 11 (30), 1997.
- MELGARÉ, Plínio. *Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais*. Revista de informação legislativa. Brasília a. 39 n. 154 abr./jun., 2002.

- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição Federal do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORE, Rodrigo Fernandes. Os Direitos Humanos Na Ásia Oriental. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/more_dh_asia_oriental.pdf. Acesso em abril/2014.
- OLSSON, Giovanni. *A apropriação liberal do discurso dos direitos humanos e uma nova hermenêutica de superação*. Revista TRT 12ª Região, n. 21, 1º sem/2004.
- PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Direitos Humanos*. 3.ed., São Paulo: Método, 2009.
- PIACENTINI, Dulce de Queiroz. *Direitos humanos e interculturalismo: Análise da prática cultural da mutilação genital feminina*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Ikawa, Daniela e Sarmento, Daniel. Coordenadores. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ROBERT, Alexy. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Revista de Direito Administrativo. Trad. Dr. Luís Afonso Heck. Rio de Janeiro: Renovar Ltda. V.217, Julho/setembro, 1999.
- ROSA, Lucas Costa da. *Renúncia a direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2795, 25 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18569>>. Acesso em: 13 maio 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. Revista Crítica de Ciências Sociais, São Paulo: n. 48. Junho, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Marinoni, Luiz Guilherme. Mitidiero, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____, *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- _____, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

RELATÓRIO MUNDIAL DA UNESCO - *Investir na diversidade cultural e no diálogo intercultural*. CLT.2009/WS/9.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____, *O Processo Preparatório da Conferência Mundial De Direitos Humanos*. Viena, 1993.

SITES

BBC BRASIL - British Broadcasting Corporation. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/05/140515_sudao_pena_morte_religiao_fn.shtml

CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE - 1968 - Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm

ONU. Disponível em: <http://www.brasil-cs-onu.com/secao/resolucoes/page/2/>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>