



Recebido em 14 de fev. 2016.

Aceito em 23 de mar. 2016.

A DIFICULDADE DA EFETIVA PROTEÇÃO JURÍDICA GLOBAL DOS DIREITOS HUMANOS: UNIVERSALISMO X RELATIVISMO CULTURAL

*Cecília Ethne Pessoa de Oliveira**

RESUMO: Pretende-se analisar a problemática do Universalismo dos Direitos Humanos quando confrontado com as tradições culturais de diferentes povos, averiguando a eficácia e legitimidade da aplicação dessas normas diante da dificuldade de uma proteção jurídica global. Nesse contexto, serão estudadas as controvérsias entre o Universalismo e o Relativismo, para a aplicação dos direitos humanos. Será abordada, ainda, a normatização da Universalidade em declarações e tratados internacionais, bem como as questões e casos concretos de multiculturalismo que despertam essa problemática, provando-se, ao final, que o Universalismo não se comporta como a teoria mais adequada para a aplicação dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos. Universalismo. Relativismo. Multiculturalismo. Proteção jurídica.

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, é possível observar a existência de complexos problemas de efetividade dos direitos humanos em uma dimensão global. Na tentativa de aplicar as normas jurídicas universais em prol dos direitos humanos, não se pode descartar o seguinte conflito: se, por um lado, tais direitos são fundamentados na igualdade e, conseqüentemente, em sua universalidade, as diversidades culturais fundamentam, em via contrária, a sua relativização.

* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, cursando o 8º período.

Nesse sentido, questiona-se: é possível falar em universalidade e efetividade jurídica global da proteção dos direitos humanos? O pluralismo cultural impede a aplicação dessas normas em dimensão universal? A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), garante comportar-se como um ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, objetivando que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo em mente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, se esforcem a promover o respeito a esses direitos. No entanto, a universalização dos direitos humanos não se torna inaplicável quando em choque com o multiculturalismo, as diferenças entre os povos e a diferença entre valores morais de cada sociedade?

Essa problemática difunde-se dentro do Direito Internacional, sendo diversas as posições. Entende-se que há condições que impossibilitam o consenso universal, interestatal e intercultural dos Direitos Humanos, uma vez que padrões e valores individuais da pessoa humana são relativos à cultura, à religião e até mesmo ao Estado da qual derivam. Sendo assim, qualquer tentativa de formular postulados baseados em crenças e valores morais de determinada cultura diminuirá, inevitavelmente, a aplicabilidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos bem como a efetividade jurídica global dos direitos protegidos por essa.

Nesse viés, é impossível abster-se da constatação de que os direitos humanos e sua essência universalista encontram-se, por vezes, em oposição às tradições culturais de diferentes povos, a qual faz entender que, na atualidade, falar em efetiva proteção jurídica universal dos direitos humanos é fechar os olhos para a realidade do multiculturalismo ocidental e oriental e para a diferença de valores morais e padrões individuais entre os povos.

Embora desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos e elaboração de diversos tratados internacionais se venha tentando afirmar a tese da universalidade dos direitos humanos, há, como já mencionado, a contraposição frente às muitas culturas e religiões com práticas e costumes diversos. O Universalismo dos direitos humanos, como fundamento para a construção de uma sociedade internacional justa, solidária e igual é colocado em questionamento ao deparar-se com casos concretos que justificam, explicitamente, que esses direitos enfrentam lastra dificuldade de uma proteção jurídica global.

Nesse contexto, será dedicado esse trabalho em analisar o embate do universalismo em contraposição ao relativismo cultural, o qual, como já observado, é nítido dentro do Direito Internacional dos Direitos Humanos, questionando-se a sua efetiva proteção jurídica global.

2 DIREITOS HUMANOS: PROBLEMÁTICA DO CONCEITO “INDIVISÍVEL” E “UNIVERSAL”

No atual contexto do Direito Internacional, tornou-se comum, no pronunciamento de declarações e tratados, afirmar que os direitos humanos são indivisíveis e universais. O preâmbulo de conclusões acordadas pela Coordenação do Conselho Econômico e Social das Nações

Unidas, por exemplo, expõe que “os direitos humanos como um todo, são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de forma justa e equânime, com base nos mesmos princípios na mesma cadência e com a mesma ênfase”¹. Para a doutrina majoritária do Direito Internacional, por sua vez, a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos comportam-se como inquestionáveis, ainda que esses conceitos não sejam sempre expressos nos documentos internacionais.

Acerca disso, pode-se ver como maior exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual, tais conceitos não estão de forma explícita, contudo comporta-se como um ideal comum que, além da concepção, deverá ser implementado em todos os níveis, povos e regiões. No entanto, isso não se dá em sua totalidade, pois a universalidade e a indivisibilidade chocam-se com os presentes problemas da efetiva aplicação global desses conceitos.

A respeito da indivisibilidade dos direitos humanos, surge uma densa problemática ao questioná-la, como tem frequentemente acontecido dentro do direito internacional. Tal fato constata-se em discussões doutrinárias como a conhecida teoria das “gerações de direitos” proposta por Karel Vasak e divulgada por Norberto Bobbio, em seu livro “A Era dos Direitos” (1992). Atualmente, tem-se entendido pelos doutrinadores que essa teoria foi superada dentro do direito internacional, pois dividindo os direitos humanos em gerações teríamos uma visão equivocada, de maneira que seria possível supor uma hierarquização entre esses direitos, o qual, em tese, não deve ocorrer, haja vista essa distribuição afetar a unidade e a indivisibilidade dos direitos humanos.

José Damião de Lima Trindade (2002, p.189) considera equivocada a referida teoria geracional dos direitos, uma vez que se presta às “tentativas dos poderosos de fragmentar os direitos humanos em categorias, ou projetá-los em ‘gerações’, postergando sob pretextos diversos a realização de alguns destes.”². Também considerou de forma categórica a Resolução nº 32/130 da Assembleia Geral da ONU, estabelecendo que “todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem se inter-relacionam necessariamente entre si, e são indivisíveis e interdependentes” (PIOVESAN, 2006, p. 151).

Sabe-se que a dimensão do conceito de indivisibilidade é uma extensão da premissa de que todos os direitos humanos são iguais em sua relevância e, conseqüentemente, enfatiza a necessidade de promover a efetivação de todos esses direitos a todas as pessoas, ou seja, em dimensão global/universal. Outrossim, a concepção universalista aponta que cada ser humano é dotado de uma dignidade, de um mesmo valor independentemente de quaisquer distinções. A condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e a titularidade de direitos.

Entretanto, constata-se que, na tentativa de efetivá-los em todos a povos e nações, surgem as barreiras de relativização e, conseqüentemente, divisão desses direitos, fazendo enfraquecer a premissa universal e indivisível ao deparar-se com efeitos jurídicos distintos nas

1 Minuta das Conclusões Acordadas, encaminhada pelo Vice-Presidente do Conselho, Sua excelência o Senhor Francesco Paolo Fulci (Itália); E/1998/L. 22,28 de julho de 1998.

2 TRINDADE, José Damião de Lima. História Social dos Direitos Humanos. São Paulo: Peirópolis, 2002, p.189.

diversas regiões, culturas e povos. Esses conceitos de indivisibilidade e universalismo, embora haja quem afirme que constitua um consenso majoritário, não constitui uma unanimidade. Em via contrária, a concepção relativista aponta que o pluralismo cultural não permite a formação de uma moral e de um direito indivisível e universal, pois a cultura de cada sociedade é a única fonte de validade de um direito ou regra moral.

Dessa maneira, vislumbra-se o debate entre propostas universalistas e relativistas dos direitos humanos, no momento em que se enxerga o multiculturalismo e as demasiadas diferenças entre os povos.

3 A PROPOSTA UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

3.1 Uma perspectiva histórico-filosófica

A proposta que trata os direitos humanos como universais, conhecida como corrente Universalista dos Direitos Humanos, aponta que cada ser humano é dotado de uma dignidade e de um valor que independe da posição social, raça, sexo, etnia, orientação sexual, entre outros. A condição de pessoa é o requisito único e suficiente para a dignidade e, conseqüentemente, para a titularidade de direitos, direitos tais intrínsecos a pessoa humana, por isso denominados Direitos Humanos. Conceitualmente os direitos humanos são uma construção jurídica; mas, “do ponto de vista vivencial, tem como gênese processos históricos nos quais o protagonismo de camadas da população se fez presente como motor inapelável do progresso” (RAMOS, 2008, p.72). Nesse sentido, a universalidade tem se apresentado como uma das características fundamentais da concepção contemporânea dos direitos humanos, fruto do movimento de internacionalização o qual teve como marco o fim da Segunda Guerra Mundial. Na época, os sentimentos para a elaboração de um documento que garantisse direitos mínimos e universais aos indivíduos representavam anseios de respostas ao holocausto a que foi submetido o povo judeu; frente à tortura provocada pelo totalitarismo nazista, exigiu-se da comunidade internacional a reconstrução da noção de Direitos Humanos.

Diante desse contexto histórico, foi criada em 26 de junho de 1945, por meio da Carta de São Francisco, a Organização das Nações Unidas, que estabeleceu no artigo primeiro o objetivo fundamental de “promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”³ Dessa forma, a criação da ONU e a intensa busca de garantir os direitos mínimos a cada pessoa resultou na aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral. De acordo com Norberto Bobbio (2010, p.34), trata-se de um período no qual, a afirmação dos direitos se apresenta, simultaneamente, como universal e positiva. Cuida-se de estender a todos os membros da espécie humana os princípios contidos na

3 Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Declaração, residindo neste ponto a universalidade.

Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos dá início a um processo por meio do qual, os direitos humanos deixarão de ser apenas proclamados ou teoricamente reconhecidos, passando a ser efetivamente protegidos, podendo-se voltar contra o próprio Estado que os tenha violado (BOBBIO, 2010, p.34). Assim, tal documento nasce como defensor maior da dignidade da pessoa humana representando o “ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações” (MAZZUOLI, 2004, p.419).

Deparamo-nos, portanto, com o movimento de internacionalização dos direitos humanos, o qual busca “robustecer a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio restrito do Estado, não deve se limitar à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque se constitui em tema de interesse internacional” (PIOVESAN, 2013, p.45) e, dessa forma, devem ser reconhecidos como universais.

3.2 A fundamentação universalista

A universalidade é reconhecida, primeiramente, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, senão vejamos: “(...) o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”⁴. O artigo primeiro do mesmo documento expõe que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos (...)”⁵. Assim, extrai-se da Declaração Universal dos Direitos Humanos a característica de extensão universal dos direitos humanos a todos os indivíduos, baseando-se no ideal de que a condição de pessoa é o requisito único e suficiente para a dignidade e titularidade de direitos. Anos depois, em 1993, a Declaração de Viena reitera a concepção estabelecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, aludindo no artigo primeiro que “a natureza universal desses direitos e liberdades não admite dúvidas”⁶ e ainda mencionou em seu artigo quinto que “todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”⁷, vindo, assim, confirmar a universalidade dos direitos humanos, a indivisibilidade e, conseqüentemente, a aplicação jurídica global de tais direitos.

Dessa forma, ao impor a concepção de direitos humanos universais pelo fato de decorrer da dignidade humana, tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos, quanto a de Viena, empenham-se em negar as peculiaridades sociais e culturais de diversas sociedades como fundamentos relativistas de direitos humanos, uma vez que “povo nenhum tem o monopólio da verdade e nenhuma cultura é capaz de definir, sozinha, a natureza adequada para a

4 Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

5 Ibid.

6 Declaração de Direitos Humanos de Viena, 1993

7 Ibid.

vida humana” (PANIKKAR, 2003, p. 209) entendendo-se, assim, que independente da cultura em que o indivíduo esteja inserido, cada ser humano, em sua individualidade, pelo simples fato de ter nascido, tem dignidade e direitos iguais a qualquer outro. Como fundamenta Hannah Arendt (2009, p.335.): “não nascemos iguais; tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais”⁸.

Busca-se com isso universalizar os valores intrínsecos no juízo de dignidade humana, da qual decorre um leque de direitos que deverão ser institucionalizados e concretizados para garantir proteção em dimensão global, devendo cada sociedade introduzir em seu ordenamento jurídico esse mínimo comum considerado fundamental a cada pessoa.

André de Carvalho Ramos (2008, p.73) alude que a universalidade pode ser entendida em três planos. O primeiro plano é o da titularidade, no qual, como já explicitado, os direitos humanos são universais porque seus titulares são os seres humanos, sem distinção de qualquer ordem. O segundo plano é o temporal, considerando que os direitos humanos são universais, pois os homens os possuem em qualquer época da história. Por fim, considera-se como terceiro plano o cultural, em que pesa afirmar que os direitos humanos são universais porque permeiam todas as culturas humanas em qualquer parte do globo.⁹ Assim, são os direitos que todo ser humano possui, não importando sua nacionalidade, etnia, credo, cultura etc. Consequentemente, entende-se que qualquer norma ou prática cultural local deveria ser subordinada a tais direitos.

Ocupa-se, pois, os direitos humanos em proteger os bens jurídicos fundamentais dos indivíduos independentemente de quaisquer particularidades de nacionalidades ou de matriz cultural. Cançado Trindade (2003, p. 306) entende que “apesar das distintas cosmovisões dos seres humanos e de sua diversidade cultural, o valor moral do ser humano permitiu que se chegasse a um denominador comum, que resultou na Declaração Universal”. Ou seja, para Trindade, o universalismo dos direitos humanos não é barrado pelo multiculturalismo, mas, ao contrário, é garantido por se estabelecer um valor moral universal, o qual, consequentemente, se estende para a proteção jurídica global dos direitos humanos, observando que a obrigação de respeito por esses direitos é de todos, o que implica num dever de solidariedade entre os Estados, a fim de garantir a tutela universal de tais direitos.

Todavia, depara-se o direito internacional, bem como os doutrinadores, com dúvidas, críticas e contestações a tal universalização por culturas não ocidentais, referindo-se a não aceitação dos pressupostos filosóficos e antropológicos que identificam, desde 1948, a concepção dos direitos humanos universais com a visão da cultura ocidental. Encara-se, dessa maneira, que a aplicação de determinados direitos seria ofensiva às práticas culturais ou mesmo às opções legislativas locais. Surge, então, a resposta relativista dos direitos humanos, que busca ultrapassar as posições universais, propondo uma nova visão a respeito da sua aplicação.

8 ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. de Roberto Raposo. São Paulo: Cia. das Letras, 2009, p.335.

9 RAMOS, André de Carvalho. Avanços e recuos: A universalidade dos Direitos Humanos no Século XXI. *Direitos Humanos em Concreto*. Curitiba, 2008, p.73

4 A PROPOSTA RELATIVISTA DOS DIREITOS HUMANOS

4.1 A fundamentação relativista

Toda construção teórica e concepção universalista dos direitos humanos é questionada ao demonstrar que o desafio a qual se impõe está no plano político, tendo em vista a heterogeneidade cultural da sociedade internacional contemporânea. Tal conflito ficou evidente já na elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), quando alguns países questionaram a redação de alguns direitos, desqualificando esse universal consenso de proteção jurídica. Nesse sentido, em lado oposto a corrente Universalista se posiciona o Relativismo Cultural, o qual, “defende os pensadores dessa linha, que o multiculturalismo impediria a formação de uma moral universal, razão pela qual devem sempre ser respeitadas as diferenças culturais de cada sociedade, com seu respectivo sistema moral” (PIOVESAN, 2002, p. 157) evidenciando, assim, que “os indivíduos são, dessa forma, participantes da ideia de nação, tal como é representada em sua cultura nacional” (HALL, 2001, p.49). Trata-se, segundo José Manuel Pureza (2004, p. 97), da relação entre direitos humanos e comunidade heterogênea, ou seja, o desafio do multiculturalismo¹⁰.

Com tais preposições, compreende-se que, apesar de ser possível o compartilhamento de valores, não há como justificar a superioridade de um valor ou uma cultura sobre outra. Logo, afirmar que é verdade absoluta a unidade do ser humano e de seus direitos inerentes não faz desaparecer as alegações do imperialismo cultural o qual mostra ser notório que há resistência local à aplicação universal dos direitos humanos, como se observa em casos nas Cortes nos quais os Estados alegam “margem de apreciação” nacional (teoria a qual será estudada em capítulo específico), o que acaba se comportando como um disfarce para o relativismo no campo dos direitos humanos¹¹.

Para os relativistas, a noção de direitos humanos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. (PIOVESAN, 2013, p.49). Diante disso, compreende-se que a cultura possui discurso próprio a respeito dos direitos fundamentais mínimos inerentes a pessoa humana, uma vez que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas das diversas sociedades. Para Raymond John Vincent (1986, p.123) “não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas. Há uma pluralidade de culturas no mundo e essas culturas produzem seus próprios valores”¹². Boaventura de Sousa Santos (2007, p.321) acrescenta que “falar de cultura [...] é falar de diferenças, de fronteiras, de particularidades. Como poderão os direitos humanos ser uma política simultaneamente cultural e global?”.

10 Cf. PUREZA, José Manuel. Direito Internacional e Comunidade de Pessoas: da indiferença aos direitos humanos. In BALDI, César Augusto (Org.). Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 97.

11 RAMOS, André de Carvalho. Avanços e recuos: A universalidade dos Direitos Humanos no Século XXI. *Direitos Humanos em Concreto*. Curitiba, 2008, p.75

12 VINCENTE, R.J. *Human rights and international relations*. Cambridge, Cambridge university Press, 1986, p.123.

Desde a elaboração das declarações Universal e de Viena, houveram intensos debates marcados pela contestação da universalidade por países não ocidentais, países, portanto, africanos e asiáticos. Para alguns autores e críticos do Universalismo, a universalidade dos direitos humanos é “uma visão do homem e uma constelação de valores, que é tipicamente ocidental”¹³, comportando-se como forma de colonialismo cuja consequência seria a imposição de valores com o respectivo sacrifício da diversidade cultural. Segundo Boaventura (2003, p.17):

Se observarmos a história dos direitos humanos no período imediatamente a seguir à Segunda Grande Guerra, não é difícil concluir que as políticas de direitos humanos estiveram em geral serviço dos interesses econômicos e geopolíticos dos Estados capitalistas hegemônicos.

Nesse contexto, compreende-se que, na concepção relativista, os direitos humanos fundam-se na existência de diversas percepções e valores do mundo, e não apenas na visão ocidental, pois as variadas percepções são típicas da comunidade humana, na qual se pode dizer que não é universal. Bilahari Kausikan (1993, p. 24) sustenta que as sociedades asiáticas e africanas, em virtude de seu diferente desenvolvimento histórico, possuem valores culturais que não são facilmente aceitos pelo Ocidente quando comparados os padrões morais, culturais e as normas¹⁴. Segundo Cançado Trindade (2003, p. 305), cultura é “uma via de comunicação de cada ser humano com o mundo exterior”. Nesse sentido, Stuart Hall (2001, p. 50) afirma também que a cultura nacional “é um discurso, um modo de construir sentidos que influencia e organiza tanto nossas ações quanto a concepção que temos de nós mesmos”. Torna-se evidente, então, a ligação existente entre o indivíduo e o contexto social no qual se encontra inserido, a ponto de não ser considerado uma existência autônoma, mas um ser que é parte de algo amplo, relacionado à política, à economia, à cultura e até mesmo ao Estado da qual faz parte e que orienta os comportamentos e valores da sua sociedade.

4.2 Duas teorias do relativismo cultural

Dentro da teoria relativista dos direitos humanos encontra-se a divisão entre o Relativismo Positivo, não entendido positivo sob um contexto moral, mas sim por colaborar na construção da noção universal de direitos humanos, na medida em que não só reconhece, mas aponta as dificuldades culturais para tal, e o Relativismo Negativo que também não se caracteriza como negativo por uma ótica moral, no entanto representa a negação feita à aplicação dos direitos humanos em culturas distintas, comportando-se como uma clara concepção de desconstrução da ideia universal de direitos humanos. Serão estudadas, então, essas duas concepções dentro do Relativismo Cultural em uma análise de seus efeitos para a universalidade e

13 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado e os Direitos Fundamentais em Face da Globalização. In: ALBUQUERQUE MELO, Celso de; TORRES, Ricardo Lobo. Arquivos de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 2. p. 110

14 A visão de Kausikan é adotada por Cingapura (é o citado autor embaixador daquele país) e Malásia. KAUSIKAN, Bilahari. Asia's diferente standard. 92 Foreign Policy (1993), p. 24-41.

aplicação jurídica dos direitos humanos.

4.2.1 Relativismo cultural negativo

O relativismo cultural negativo é conhecido como a teoria que considera impossível a conciliação das diversas culturas e seus respectivos conceitos morais com a noção de direitos humanos e avalia tais direitos como uma produção ocidental, tornando-a inaplicável e ineficiente em várias partes do mundo. Dentro desse relativismo cultural, intelectuais de cultura não ocidental evidenciam, de forma crítica, o individualismo presente nos direitos humanos, de notada inspiração liberal (MARTINS, 2006, p. 93). A base das críticas relativistas negativas refere-se à alegação de que os direitos humanos estariam a serviço da hegemonia ocidental, sempre como uma “arma do Ocidente contra o resto do mundo” (SANTOS, 2003, p. 438), tal qual já foi observado no presente trabalho na fundamentação da teoria relativista.

Reconhece Boaventura de Sousa Santos que os países do ocidente são capazes de fazer “um discurso sedutor sobre os direitos humanos”, permitindo que sejam cometidas tantas barbaridades acobertadas, “de acordo com revoltante duplicidade de critérios” (SANTOS, 2003, p.440). No discurso universalista ocidental, enquanto genocídios são silenciados em nome do comércio e da lucratividade, outros casos destacam-se com uma “supervisibilidade” como a “exuberância com que os atropelos pós-revolucionários dos direitos humanos no Irã e no Vietnã foram relatados nos Estados Unidos” (SANTOS, 2003, p. 440). O que se observa com isso é que, muitas vezes, o respeito aos direitos humanos não constitui o foco, mas apenas instrumento político e econômico.

Todavia, existe a opinião doutrinária que também considera o relativismo negativo e absoluto como um instrumento político utilizado, muitas vezes, para permitir e justificar a violação de direitos humanos dentro de determinado Estado. Como assevera Cançado Trindade (2003, p. 321-322):

Não há que perder de vista a invocação indevida de ‘particularismos’ culturais para fins políticos. Não raro, em nome destes, têm se cometido abusos contra os direitos humanos, por parte de elites políticas manipuladoras que sequer seguem as práticas culturais que invocam.

Donnelly (2003, p. 98) explica que a diferença entre as duas teorias do relativismo está no fato de que o relativismo cultural negativo/absoluto sustenta que a cultura é a principal fonte de validade do direito, podendo ainda ser considerada a única em determinadas sociedades. Diante disso, entende-se porque tal corrente do relativismo cultural se insere numa perspectiva negativa, uma vez que, sob fundamento do multiculturalismo, consideram impossibilitada a aplicação jurídica global dos direitos humanos, negando, essencialmente, a universalidade.

4.2.2 Relativismo cultural positivo

O relativismo cultural positivo, por sua vez, visa convergir direitos humanos e multi-

culturalismo de forma a encontrar na diversidade uma possibilidade compatível com universalidade. Cançado Trindade (2003, p. 335) entende que:

As culturas não são pedras no caminho da universalidade dos direitos humanos, mas sim elementos essenciais ao alcance desta última. [...] A diversidade cultural há que ser vista, em perspectiva adequada, como um elemento constitutivo da própria universalidade dos direitos humanos, e não como um obstáculo a esta.

Dedica-se o relativismo cultural, nessa abordagem, em conscientizar o universalismo de sua parcialidade e limitação, tornando-se a percepção de um pluralismo, o qual “valoriza positivamente a diversidade, sem querer impor um determinado modelo, atenuando as identidades e reforçando a sociedade aberta. Trata, assim, do reconhecimento da relevância da identidade e diversidade culturais para a efetividade das normas jurídicas” (TRINDADE, 2003, p. 372). Nesse sentido, seria o relativismo cultural positivo um instrumento não radicalmente relativista nem mesmo universalista absoluto. Preocupa-se, outrossim, em permitir a tomada da consciência de que os direitos humanos só obterão a aclamada universalidade a partir do momento em que houver a observância à limitação na legitimidade local. Em outras palavras, a universalidade dos direitos humanos pode ser possível, mas somente o será por meio de um diálogo intercultural, e jamais de forma impositiva, no exercício de um “canibalismo cultural” (PIOVESAN, 2006, p. 17).

Deve-se compreender, portanto, que, ao buscar os limites e o equilíbrio, a teoria relativista cultural positiva observa que as culturas não são impenetráveis e assim faz-se possível compatibilizar a universalidade e o multiculturalismo devendo respeitar certas particularidades em respeito às próprias identidades que compartilham determinados valores (ainda que minoritários), exatamente por que “se deve igual respeito a todos e assim uma chance de expressão cultural e liberdade de consciência” (TAYLOR, 1994, p. 43-44).

Vale ressaltar, contudo, que a teoria relativista positiva, por mais coerente e solucionadora que seja para os problemas de uma efetiva proteção jurídica global dos direitos humanos em seus fundamentos e propostas, é, atualmente, inalcançável, tal qual a teoria universalista dos direitos humanos. Diante desse fato, serão analisados a seguir casos de diversidades culturais os quais fundamentam a atual contestação de inaplicabilidade dos direitos humanos em dimensão global, a começar com breve observância a Teoria da Margem de Apreciação, utilizada pelos tribunais internacionais como meio de solucionar a ilegitimidade e ineficácia dos direitos humanos em determinadas sociedades e culturas e criticada também por estudiosos como André de Carvalho Ramos que consideram tal teoria como um disfarce para a real relativização cultural desses direitos.

5 MULTICULTURALISMO: TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO E CASOS QUE FUNDAMENTAM A DIFICULDADE DA EFETIVA PROTEÇÃO UNIVERSAL

DOS DIREITOS HUMANOS

O fenômeno do multiculturalismo iniciou nos países em que a diversidade cultural é vista como problema na construção da unidade dos direitos humanos, bem como na aplicabilidade jurídica de tais direitos em dimensão global. Dessa forma, assim ocorre atualmente nos países com suas respectivas práticas culturais os quais tem dificuldade de lidar com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, haja vista determinadas práticas ofenderem a aplicabilidade desses direitos.

Diante disso, surge o multiculturalismo como princípio ético o qual busca orientar o comportamento do Direito Internacional e dos respectivos grupos aos quais foi negada a preservação de sua própria cultura em nome dos padrões estabelecidos mundialmente, para que haja a apreciação de um diálogo entendendo que os indivíduos possuem em sua essência um contexto cultural que orienta seus modos de conduzir a vida, sendo, pois, fundamental para a autonomia individual.

Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 431) entende que “a margem nacional de apreciação, como método do processo de interação do direito, é o melhor meio de preservar as diferenças e prestigiar os direitos humanos.” E ainda acrescenta que dessa forma será preservada “a diversidade das práticas nacionais determinadas por fatores religiosos e morais, sem perder de vista uma futura possibilidade de aproximação de distintos ordenamentos jurídicos” (2003, p.433). Nesse sentido, seria o multiculturalismo, portanto, definido como uma luta em torno da reformulação da ideia de universalidade, a favor das diversidades culturais e do respeito a essas.

5.1 Teoria da margem de apreciação

Um importante instrumento de interpretação utilizado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, adotado especialmente pela Corte Europeia de Direitos Humanos é a Teoria da Margem de Apreciação (“*margin off appreciation*”). É considerada pela doutrina como alternativa para solucionar conflitos existentes entre os sistemas jurídicos nacionais e o sistema internacional a respeito da efetividade dos direitos humanos. Considera André de Carvalho Ramos (2008, p.79) que:

Essa tese é baseada na subsidiariedade da jurisdição internacional e prega que determinadas questões polêmicas relacionadas com as restrições estatais a direitos protegidos devem ser discutidas e dirimidas pelas comunidades nacionais, não podendo o juiz internacional apreciá-las.

Nesse sentido, estaria sob a responsabilidade do Estado estabelecer os limites e devidas restrições ao usufruto desses direitos. Caberia, pois, a margem nacional de apreciação preservar as diferenças culturais de seu Estado por fatores morais ou religiosos. Fazendo-se pensar no diálogo entre o multiculturalismo e a interpretação dos direitos humanos, bem como

sua conseqüente legitimidade e eficácia em determinadas sociedades.

5.2 Casos que fundamentam a dificuldade da efetiva proteção universal dos direitos humanos

Como já analisado no presente estudo, para os relativistas, a noção de direito está diretamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Sobre esse aspecto, entende-se que cada cultura possui seu próprio entendimento a respeito dos direitos humanos inerentes a cada indivíduo. Com efeito, encontra-se nessa pluralidade a dificuldade de obter-se em dimensão universal uma efetiva proteção jurídica dos direitos humanos.

Ao tratar dessa temática, um dos casos mais marcantes quanto às diferenças morais e culturais e o mundo ocidental são as práticas das tradições islâmicas e hinduístas. Já considerou José Augusto Lindegren Alves (2003, p.143) que:

O mais forte grupo de nações que ainda têm dificuldades para aceitação jurídica de alguns direitos estabelecidos na Declaração Universal e sua adaptação às respectivas legislações e práticas nacionais é o dos países islâmicos, para quem os preceitos da lei corânica extravasam o foro íntimo, religioso, dos indivíduos, com incidência no ordenamento secular da comunidade.

O tratamento recebido pelas mulheres é um dos exemplos mais marcantes do Fundamentalismo Islâmico, ao lado da prática da *Clitorectomia* (extirpação do clitóris). Jack Donnelly ao repudiar essa tradição cultural islâmica alude que “não podemos passivamente assistir a atos de tortura [...] em nome da diversidade ou respeito a tradições culturais. Nenhuma dessas práticas merece respeito, ainda que seja considerada uma tradição”¹⁵. Por mais forte que seja o posicionamento de Donnelly ao repudiar a tortura, a extirpação do clitóris das mulheres islâmicas não deixa, também, de ser a livre manifestação de crença, podendo o Estado islâmico alegar margem de apreciação nacional em face do respeito as suas particularidades.

Se, por um lado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece em seu artigo 5º que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”, na qual a sua interpretação levaria a reprovação nítida da prática da extirpação de parte da genitália feminina, por outro, no mesmo documento, garante o artigo 22 que “toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social [...] dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”, assegura também o artigo 27 que “toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade” e ainda o artigo 18 no qual estabelece o “direito à liberdade de pensamento, consciência e religião” a todos. Seria possível, portanto, nesse caso, estabelecer a proteção jurídica global do direito a integridade física - repudiando-se a tortura e

15 DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory & Practice*. 2. ed. Nova York: Cornell University, 2003. passim.

tratamentos cruéis - como um direito humano inviolável, indisponível e essencial para a vida humana digna, se, em via contrária, a todos são garantidos a prática livre da vida cultural da comunidade, bem como a liberdade de pensamento, consciência e religião?

Eis um primeiro e nítido caso em que se vê a dificuldade da efetiva proteção jurídica global dos direitos humanos, em detrimento da pluralidade de culturas as quais produzem seus próprios valores, onde se encontra, assim, a inaplicabilidade da universalidade dos direitos humanos.

Além do polêmico caso das práticas religiosas islâmicas, analisando a relativização dos direitos humanos, neste especificamente a respeito da liberdade de expressão, encontra-se o caso *Handyside*, conhecido como um dos primeiros casos da aplicação da teoria da margem de apreciação submetido a Corte Europeia. Ocorreu que foram confiscados exemplares e proibidos, no Reino Unido, a comercialização de um livro considerado obsceno editado pelo Sr. Richard Handyside. Nesse caso, a Corte Europeia apropriou-se da teoria da margem de apreciação aludindo que seria responsabilidade da sociedade britânica, baseando-se em seus valores morais, religiosos e culturais, tomar a decisão se deveria ou não restringir o direito de liberdade de expressão. Nesse sentido, decidiu a Corte Europeia em favor da teoria da margem nacional do Estado réu que “em virtude do contínuo e direto contato com as forças vitais de seus países, as autoridades estão, a princípio, em melhor posição do que o juiz internacional para avaliar as exigências morais de suas sociedades.”¹⁶

Semelhante ao caso *Handyside*, já esteve também sobre apreciação da Corte Europeia com o parecer de mesma vertente o caso *Otto-Preminger Instituti*. Neste caso, ocorrido na Áustria, houve censura e confisco de filme considerado ofensivo à Igreja Católica e seus princípios, por parte da justiça austríaca. Ao remeter o caso a Corte Europeia, não houve contestação à decisão do Estado Austríaco, pois a Corte considerou a margem de apreciação para permitir a limitação da liberdade de expressão em nome do respeito à religião dominante daquele país. Depara-se, assim, com a desobediência ao direito humano do art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em face do relativismo cultural bem como do respeito a particularidades de determinada sociedade, uma vez que o referido artigo estabelece:

Art.19 Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios independentemente de fronteiras.

É válido relatar por último, outro interessante caso também submetido a Corte Europeia de Direitos Humanos. Trata-se do caso *Cossey* no qual se discutia o direito dos transexuais de exigir, com base no direito à intimidade, que seu Estado, o Reino Unido, permitisse a modificação de identidade, ou seja, a alteração do sexo na certidão de nascimento com o seguido direito de casar-se. A legislação britânica é permissiva quanto à alteração de prenome

16 Tradução livre (Corte Europeia de Direitos Humanos, Série A, n.24, parágrafo 48)

e nome por ato próprio do agente interessado. No caso *Cossey* o interessado já havia adotado o novo nome, entretanto, não poderia contrair casamento, recorrendo a Corte Europeia. Contudo, mais uma vez, fundada na diferença entre as legislações europeias, preferiu a referida corte deixar a cada Estado, baseando-se em seus valores morais, religiosos e culturais decidir sobre o tema.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da perspectiva histórica e de todo o progresso dos direitos humanos, a noção de dignidade humana torna-se o fundamento da criação e aplicação desses direitos. Pretende-se atingir em escala global que todo e qualquer indivíduo, unicamente por ser uma pessoa, seja titular de direitos mínimos e possa tê-los garantidos em dimensão internacional, onde quer que esteja, em qualquer sociedade da qual faça parte.

Essa universalidade, contudo, deve ser entendida como passível de questionamentos, uma vez que, considerar inexistente as resistências à implementação dos direitos humanos, principalmente ao lidar com uma sociedade mundial tão diversa, seria fechar os olhos para o multiculturalismo e para as particularidades regionais e seria também, de forma ingênua, acreditar que todos, sem exceção, têm os mesmos direitos e garantias aplicadas nas mesmas medidas.

É fato que os direitos humanos, por serem enraizados em uma concepção ocidental, ao se indicarem universais desconsideram culturas locais. Nessa visão, defende os relativistas culturais que as particularidades das sociedades limitam a validade universal desses direitos na medida em que o multiculturalismo impediria a formação de uma moral universal, razão pela qual devem sempre ser respeitadas as diferenças culturais de cada sociedade.

Entende-se, assim, como adequada a limitação e relativização da teoria universal. Considerando ser permitido sancionar graves violações a direitos humanos, sem adentrar em um verdadeiro processo de uniformização cultural do mundo. Faz-se necessário um diálogo entre as culturas, respeitando-se à diversidade, considerando todos os seres humanos como seres de pleno direito de dignidade, cultura, liberdade de crença, dentre outros direitos essenciais.

Nesse sentido, diante da ambivalência do relativismo cultural, mostra-se o relativismo cultural sob a perspectiva positiva como melhor caminho (ainda que se encare a difícil implementação dessa teoria no atual contexto internacional) presumindo-se uma universalidade limitada, assegurando a proteção dos direitos humanos e respeitando os pluriuniversos de culturas, tradições e conceitos.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 137-158.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. de Roberto Raposo. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 16 set. 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10 ed. São Paulo: editora Santuário, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory & Practice*. 2. ed. Nova York: Cornell University, 2003. Tradução livre.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado e os Direitos Fundamentais em Face da Globalização. *In*: ALBUQUERQUE MELO, Celso de; TORRES, Ricardo Lobo. **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 2. p. 101-113.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

KAUSIKAN, Bilahari. **Asia's diferente standard**. 92 Foreign Policy, 1993. p. 24-41. Trad. de André Ramos.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito internacional dos direitos humanos**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 93.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 2 ed. São Paulo: RT, 2004.

ONU (1948). Declaração universal dos direitos humanos. *In*: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? *In*: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.205-238.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas, p.46. *In*: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade**

cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Max Limonad, 2013.

PUREZA, José Manuel. Direito internacional e comunidade de pessoas: da indiferença aos direitos humanos. *In*: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. Avanços e recuos: a universalidade dos direitos humanos no século XXI. *In*: COSTA, Paulo Sérgio Weyl. **Direitos humanos em concreto**. Curitiba: Juruá, 2008. p.69-88.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 427-461.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 321-328.

TAYLOR, Charles. The politics of recognition. *In*: TAYLOR, Charles. **Multiculturalism: examining politics of recognition**. Ed. exp. Princeton: Princeton University Press, 1994. p. 25-73. Tradução livre.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação. *In*: ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. XXV-XXXII.

TRINDADE, José Damiano de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002, p.189.

VINCENT, R. J. **Human Rights and International Relations**. Cambridge: Cambridge University Press, 1986. P.123. Tradução livre.

THE DIFFICULTY OF EFFECTIVE JURIDICAL GLOBAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: UNIVERSALISM X CULTURAL RELATIVISM

ABSTRACT: It is intended with this work to analyze the problem of uni-

versalism of human rights when confronted with the cultural traditions of different nations, as well as determine the effectiveness and legitimacy of the application of these standards on the difficulty of a comprehensive legal protection. By analyzing the universality of the struggle as opposed to relativism, it is necessary to go through the theoretical, normative and empirical threshold that involves such issues. Thus, the controversies will be studied between the theoretical current defending Universalism and Relativism electing to the overall implementation of human rights. Also the realization of the universality of these rights in international declarations and treaties will be addressed by analyzing the content of the legislative texts themselves and their consequent legitimacy and effectiveness on a global scale. It will also observe the subdivision that eases the relativistic current, dividing it into Relativism negative and positive. Finally, be on the agenda of the current multiculturalism issues that arouse the difficulty of global legal protection of human rights, observing specific cases underlying it.

Keywords: Human rights. Universalism. Relativism. Multiculturalism. Juridical protection.