

**APROPRIAÇÃO RESILIENTE DOS VALORES ESTRUTURANTES DOS
DIREITOS HUMANOS: UMA DISCUSSÃO PARA SUA RESSIGNIFICAÇÃO
NA CONTEMPORANEIDADE**

**RESILIENT OWNERSHIP OF THE STRUCTURING OF HUMAN RIGHTS: A
DISCUSSION FOR ITS RESIGNIFICATION IN CONTEMPORANEITY**

NILSON TADEU REIS CAMPOS SILVA *

SÔNIA LETÍCIA DE MÉLLO CARDOSO **

RESUMO: O artigo analisa criticamente a evolução e a gênese dos direitos humanos, situando-os em diferentes contextos históricos e examinando as diferenças culturais impeditivas de sua pretensa universalidade. Apresenta os elementos essenciais que lhes servem de estrutura e as conexões entre liberdade, igualdade e fraternidade e aqueles direitos, ofertando uma ressignificação desses valores axiais para a época contemporânea desde a compreensão das ideias de liberdade, diversidade e tolerância como pilas adequadas à evolução e efetivação dos direitos humanos que demonstra como essenciais à proteção da alteridade visualizada como condição ontológica. Demonstra a assimetria entre o desenvolvimento econômico e a necessidade de se adotar uma visão sistêmica e resiliente de direitos humanos capaz de lhes emprestar atualização e propiciar a superação da concepção etnocêntrica e individualista, desde uma perspectiva multiculturalista universalista e não relativista, com adoção de uma procedimentalidade inclusiva como característica refletora da diversidade.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos; direitos fundamentais; liberdade; diversidade; tolerância.

ABSTRACT: The article critically analyzes the evolution and the origins of human rights, placing them in different historical contexts and examining cultural differences which hinder their supposed universality. Essential elements that serve as structure and connections in relation to liberty, equality and fraternity and human rights are presented,

* Pós-doutor em História do Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa; Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru); Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Professor Adjunto da Universidade Estadual de Maringá (UEM); Advogado. E-mail: nilson8951@gmail.com.

** Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Professora Adjunta da Universidade Estadual de Maringá; Procuradora Geral da Universidade Estadual de Maringá. E-mail: slmcardoso@uem.br

what brings new meanings to such axial values in present time, considering the understanding of ideas of freedom, diversity, and tolerance as the appropriate threshold to the evolution and accomplishment of human rights, what are essential conditions to protect alterity, visualized as an ontological condition. The article also shows the asymmetry between economic development and the need to adopt a systemic and resilient vision of human rights, one which is able to promote updating and overcoming of the ethnocentric and individualistic conception, as from a multicultural, universalist and not relativistic perspective, one that adopts an inclusive proceeding as a reflective characteristic of diversity.

KEY-WORDS: human rights; fundamental rights; freedom; diversity; tolerance.

1. INTRODUÇÃO

Esta reflexão sobre direitos humanos busca a sua contextualização na contemporaneidade desde a visualização das inferências temporais; do corte epistemológico do seu conceito; da tessitura jurídica dos instrumentos de sua tutela, o que leva este estudo a encontrar sua *raison d'être*: a existência ou não de uma resposta adequada do Direito aos direitos humanos tidos como inerentes à pessoa humana, desde o exame de suas pilastras estruturantes.

Para tanto, analisa-se as fontes dos conflitos, individuais e sociais, que permeiam a História da Humanidade e o *constructo* das proclamações identificadoras dos direitos humanos formuladas desde o pensamento ocidental vocacionado à universalização daqueles direitos, mas aprisionado a uma concepção individualista que impede sua aceitação por outras culturas.

A análise do tripé axiológico que estrutura os direitos humanos desde o passado permite entrever sua defasagem na contemporaneidade a apontar o vencimento de seu prazo de validade histórica, cultural, social, econômica e jurídica, o que exige a ressignificação dos elementos estruturantes axiais não apenas para o presente, mas, também, para o futuro.

A discussão de novos símbolos para os direitos humanos visa, em especial, a adequação da tutela jurídica aos seres tornados quase que invisíveis a sociedade, tão baixa densidade tem o seu empoderamento: os integrantes de minorias e de grupos vulneráveis, indivíduos banidos das conquistas históricas e situados na dimensão externa do Direito.

Busca-se, com essa reflexão, verificar se os direitos humanos têm capacidade de superar o desafio da inclusão social e jurídica e, assim, tornar efetiva a proteção à dignidade humana.

2. DOS VALORES ESTRUTURANTES DOS DIREITOS HUMANOS

As raízes dos conflitos intersubjetivos e dos sociais que desde tempos imemoriais e até o Século XXI tensionam a Humanidade podem ser encontradas em disputas por três barras sintetizadoras das necessidades individuais e sociais: barra de ouro¹, barra de terra² e barra de saia³, o que enfatiza em especial a cultura ocidental eurocêntrica e faz prevalecer a regência do verbo Ter e o domínio da ânsia pelo poder.

Essa concepção individualista imanente à sociedade e a necessidade de pacificar os conflitos dela decorrentes deram gênese, em 1648, à disseminação do conceito dos direitos humanos como um dado histórico desde o reconhecimento à liberdade religiosa⁴, da igualdade entre os homens e da afirmação da soberania dos Estados⁵.

O alastramento do conceito dos direitos humanos nos países da civilização ocidental⁶ com uma proposta universalista não teve o condão de desvelar a sua necessária contextualização histórica, mantendo-se transcendente aos fatos que lhe deram origem, subjacente e introjetada a ideia de inerência à condição humana, como adverte GRUBBA:

Contemporaneamente, em pleno século XXI, ainda se utiliza de uma noção a-histórica dos direitos humanos que garante universalmente direitos a todos e todas, sendo o destinatário da norma uma espécie de ser humano essencialista e ideal (desvinculado do seu contexto geográfico, temporal, cultural, político, etc.), De fato, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ainda somos marcados pelo caráter individualista dos direitos – que envolve

¹ Metáfora para questões econômico-financeiras e disputas de mercados.

² Símbolo de propriedade e de soberania.

³ Alegoria dos sentimentos humanos, inclusive religiosos.

⁴ Iniciado com o Tratado de Westfalia, em 1648, igualando as crenças calvinista, luterana e católica.

⁵ Também a necessidade de se respeitar o princípio de não-interferência em assuntos internos, preconizada pelo mesmo Tratado de Westfalia como condição ao término da guerra que perdurou três décadas na Europa.

⁶ Não se pode descuidar da advertência de ORTEGA Y GASSET segundo a qual até o Século XIX não existia um Ocidente como entidade cultural autônoma, uma civilização, mas sim uma coordenada geográfica indicativa do pôr do sol. Foi no Século XIX que surgiu a fórmula da civilização ocidental, com conteúdo axiológico e sociológico próprios. ORTEGA Y GASSET, José. *In A Rebelião das Massas*. Lisboa. Círculo de Leitores, 1989, p. 143.

apenas os direitos à vida, à igualdade e à propriedade –, apesar da previsão de direitos sociais, assim como universalmente a-histórica e essencialista da natureza humana.⁷

Os direitos humanos são visualizados, pois, desde a concepção individualista da sociedade que caracteriza a cultural ocidental, daí sua incompatibilidade com culturas contextualizadas com o predomínio sobre o individual dos interesses da comunidade, da tribo ou mesmo do Estado.

Essa a razão de, por exemplo, na cultura hindu, em que direitos devem ser conquistados, uma vez que resultam primeiramente de obrigações, causar estranheza e rejeição a existência de direitos oponíveis à coletividade porque tidos como inerentes a pessoas e assim reconhecidos apenas pelo fato de serem pessoas.⁸

Também a cultura islâmica não admite a visagem de direitos individuais que sobreparem aos da coletividade, em especial à fé religiosa, desde seu primeiro instrumento jurídico-político conhecido, a Constituição de Medina,⁹ a *Umma*¹⁰ que teria sido revelada a Mamoé e que representa a comunidade mulçumana, é uma estrutura regida pelo princípio de solidariedade entre seus integrantes e com pretensão universalista.¹¹

JERÓNIMO, citando WATT, ressalta:

O valor da solidariedade, próprio das tribos árabes pré-islâmicas, foi de tal modo assimilado pelo Islão que se tornou sua propriedade, sua característica fundamental. Ao ponto de ser considerado o mais importante reflexo da religião muçulmana sobre o domínio do político e o único a sobreviver ao extraordinário alargamento da comunidade feita império.¹²

⁷ GRUBBA, Leilane Serratine. Direitos humanos: o paradoxo da condição humana e do mercado autorregulado. Revista de Direito Internacional. v. 11, n. 1. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 134.

⁸ Neste sentido, consulte-se PANDEYA, R. C. Fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Perspectiva hindu. In Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Barcelona: Unesco/Serbal, 1985, p. 299.

⁹ Que teria sido elaborada entre a Hégira, ano inicial do calendário islâmico, até o ano de 627 do calendário juliano (implantado por Júlio César, em 46 a.C. e utilizado ainda hoje pelos cristãos ortodoxos) e é dividida em vários documentos independentes.

¹⁰ No Alcorão, o termo designa tanto os fiéis do Islão quanto os infiéis, porém na atualidade designa o mundo mulçumano, que não é adstrito nem restringido por fronteiras estatais.

¹¹ Segundo RAHMAM, esses princípios seriam o humanitarismo, o igualitarismo, a justiça social, a justiça econômica, a integridade e a solidariedade. (RAHAMN, Fazlur. In O Islamismo. trad. J. Teixeira de Aguiar. Lisboa: Arcádia, 1970, p. 41-42.

¹² JERÓNIMO, Patrícia. Os direitos do homem à escala das civilizações. Coimbra: Almedina, 2001, p. 143.

As características básicas dos direitos naturais e positivados, tidos como inerentes aos homens, a indivisibilidade, a interdependência e a universalidade, foram proclamadas inicialmente em 1776 na Declaração de Direitos de Virgínia¹³ inspirada pelas ideias iluministas e contratualistas, e que viria influenciar em 1789, em França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e, nos Estados Unidos da América do Norte, a Carta dos Direitos dos Estados Unidos.

Se isso demonstra que os direitos humanos só podem ser compreendidos enquanto estejam em função dos valores adotados por uma comunidade histórica concreta que lhes sirvam de plataforma principiológica a permitir a observância daquelas características, tem sido axial, na estruturação desses direitos, a tríade da Revolução Francesa, marco histórico não por acaso suscitado pela eclosão de conflitos envolvendo, simultaneamente, as três barras mencionadas, tendo como personagens a burguesia, a nobreza e o clero.

A percepção do caráter de essencialidade da liberdade, da igualdade e da fraternidade, vem sendo desde então replicada nas Declarações que buscam tutelar os direitos humanos intoxicadas com liberdade e entusiasmo¹⁴, parafraseando-se Mignet¹⁵ ao descrever Paris em 1769, à época da Queda da Bastilha.

Na perspectiva das Declarações, voltadas também ao reconhecimento do Estado de Direito¹⁶, não parece ser possível entender direitos humanos como sendo imunes às construções históricas, por não se consubstanciarem como valor isolado ou individual, sendo, antes, compreensíveis na medida em que prestam como instrumentais para a satisfação das necessidades do Homem em sociedade sob a luz da dignidade da pessoa humana.

A partir dessas proclamações, os direitos humanos vêm sendo incorporados aos sistemas jurídicos, concretizando-se em normas jurídicas positivas na quase totalidade das Constituições, reconfigurando-se ou se desdobrando em ininterruptas dimensões,

¹³ “Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.” *Apud* COMPARTO, Fábio Konder. *In* A afirmação histórica dos direitos humanos. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, p. 50.

¹⁴ No sentido da etimologia grega, *εἰθεοσσιασμός*, *estar possuído por Deus ou Deuses*.

¹⁵ MIGNET, François. *History of the French Revolution from 1789 to 1814*. Disponível em Projeto Gutenberg: <http://www.gutenberg.org/dirs/etext06/7hfr10.txt>. Acesso em 03 mai 2014.

¹⁶ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão contempla os princípios da legalidade; da soberania e o da separação de poderes.

servindo a classificação de MARSHALL¹⁷ como referência histórica desse desenvolvimento: no século XVIII, os direitos civis; no século XIX, os direitos políticos, e no Século XX os direitos sociais e econômicos.

Tendo como marco temporal inicial o da Declaração francesa, FERNÁNDEZ-GALINO e CASTRO-CID¹⁸ assinalam a importância dessa mutação já no Século XIX:

Característica relevante do último século é a de que se abandonou o procedimento de se formular os direitos humanos em solenes Declarações, para dar acolhida aos mesmos nas Constituições dos Estados, com o que deixaram de ser simples enunciados programáticos para serem incorporados à norma fundamental de cada país. Em paralelo, desaparece o tom normalmente enfático das Declarações clássicas, que é substituído por um estilo mais recortado e técnico, próprio da linguagem jurídica. A mudança não é somente de estilo, porque agora não se trata de afirmações transcendentais, ainda que frequentemente sem efetividade prática, mas, sim, de se reconhecer aos indivíduos a posse de uns direitos perfeitamente determinados e cercados de garantias e segurança que a própria Constituição estabelece; não se pretende formular uma liberdade abstrata e imprecisa, mas, sim, declarar um catálogo de liberdades concretas.¹⁹

Nominados como direitos fundamentais quando são positivados em Constituições e ganham força normativa, reprisam como pilastra dos direitos civis, individuais e políticos, a ideia-valor da liberdade surgida no contexto do constitucionalismo político clássico²⁰, visando à tutela dos direitos individuais à liberdade, à igualdade, à segurança e à resistência às mais variegadas formas de opressão.

¹⁷MARSHALL, T. H. Cidadania, classe social e status. Rio: Zahar, 1976, p. 57 e ss.

¹⁸FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio; CASTRO-CID, Benito de. *Leciones de Teoría del Derecho Natural*. Madrid: Universitas, 1993, p. 439.

¹⁹ Tradução nossa. No original: Característica destacada en la pasada centuria es la de que se abandona el procedimiento de formular los derechos humanos en solenes Declaraciones para dar cabida a los mismos em las Constituciones de los Estados, con lo que ya no son simples enunciaciones programáticas, sino que quedan incorporados a la norma jurídica fundamental de cada país. De modo paralelo, desaparece el tono normalmente enfático de las Declaraciones clásicas, que es substituido por un estilo más recortado y técnico, próprio del lenguaje jurídico. El cambio no es sólo estilístico, porque ahora no se trata de afirmaciones transcendentales, pero a menudo sin efectividade práctica, sino de reconocer a los individuos la posesión de uns derechos perfectamente determinados y rodeados de las garantías y seguridades que la propia Constitución establece; no se pretende formular una libertad abstracta e imprecisa, sino declarar un repertorio de libertades concretas.

²⁰ Estado democrático de direito, tripartição dos poderes, soberania popular, universalidade dos direitos e garantias fundamentais.

Já os direitos coletivos, econômicos sociais e culturais²¹ repetem como estruturante a ideia-valor da igualdade, sendo frutos da crise das relações entre capital e trabalho e geradores do Estado do Bem-Estar Social.

A finca dos direitos metaindividuais, coletivos e difusos, de titularidade de categorias ou grupos de pessoas e não de indivíduos, é estruturada pela ideia-valor da fraternidade mercê da assimilação da ideia da solidariedade superadora do individualismo.²²

Os direitos pertinentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética, são estruturados pelas três ideias-valor, por serem dotados de complexidade derivada não apenas de sua natureza interdisciplinar,²³ mas em especial de possuírem vinculação direta com a vida humana (clonagem, reprodução humana assistida, transplantes de órgãos e tecidos humanos), enquanto que outros e novos direitos vêm surgindo, por força dos avanços das tecnologias da informação e da realidade virtual, desde o final do século XX, inseridos na chamada Era Digital ainda a esperar por institucionalização jurídica.

3. DA APROPRIAÇÃO RESILIENTE DOS VALORES ESTRUTURANTES DOS DIREITOS HUMANOS

A classificação estruturante dos valores axiais dos direitos, aqui adotada, não implica em considerar as ideias basilares da liberdade, da igualdade e da fraternidade, como utilizadas e flexionadas de modo sucessivo e pertencentes a fases históricas exclusivas e estanques, com exclusão umas das outras, uma vez que os direitos civis, políticos e sociais, conectados à liberdade, evoluíram até a metade do século XX, caracterizados por circunstâncias peculiares, ainda que na contemporaneidade já não se possa analisá-los conforme seus conteúdos históricos, carecendo de contínua redefinição que propicie uma interpenetração dimensional.

²¹ Positivados inicialmente na Constituição Mexicana de 1917; na Alemã de Weimar de 1919; na Espanhola de 1931; e na brasileira de 1934.

²² Aqui, quanto às dimensões dos direitos, reporta-se às lições de WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. *In* WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato. Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7 e ss.

²³ A doutrina aponta como fundamentação internacional dos direitos da bioética o Código de Nuremberg (1947) e a Declaração de Helsinque (1964). No Brasil, tem-se a Lei de Biossegurança (Lei 8.974/95) e de Doação de Órgãos e Tecidos Humanos (Lei 9.434/97) como tímida iniciativa de tutela jurídica.

Deve-se, pois, proceder a uma apropriação resiliente²⁴ dos valores estruturantes dos direitos humanos, mercê das necessidades atípicas e das exigências de natureza individuais e metaindividuais sequer imaginadas pelas sociedades anteriores ao século XX, em uma amplitude que considere, de um lado, a existência de abissais diferenças dentre as sociedades, mercê da coexistência de Estados nucleares, com baixa complexidade sistêmica, e de Estados periféricos colorizados por alta complexidade, e, de outro lado, a existência de um contingente crescente de seres humanos excluídos das próprias sociedades cada vez mais liquefeitas²⁵ – sejam elas pertencentes a Estados nucleicos ou periféricos, e banidos da proteção jurídica, como o *homo sacer*²⁶ que nada tem além da própria vida nua inadmitida à matriz legal.²⁷

De se observar que na contemporaneidade as demandas sociais dos Estados periféricos são, ainda, voltadas aos direitos básicos de sobrevivência, com titulares emergentes, enquanto que as dos nucleicos são direcionadas ao aprimoramento da qualidade de vida, com sujeitos sociais bem definidos.

A assimetria entre os Estados mais desenvolvidos e os menos desenvolvidos não permite à sociedade uma coexistência harmônica e significativa: antes, acarreta

²⁴ Na Física, resiliência é a propriedade pela qual a energia armazenada em um corpo deformado é devolvida quando cessa a tensão causadora duma deformação elástica. Nas ciências humanas e da saúde, esse conceito reporta à capacidade do ser humano em responder de forma positiva às adversidades, seja por competência individual, seja pela construção interativa com o ambiente social. Aqui, se utiliza o termo como fenômeno jurídico complexo, atrelado à interdependência entre os múltiplos contextos, permissivo da interação normativa de forma direta ou indireta e sobre a qual incidem diferentes visões, superador, assim, do reducionismo. Em sentido similar, ZAGREBELSKI utilizou a expressão italiana “Diritto Mite” (direito dócil) que, na primeira tradução para o espanhol foi substituída por “El derecho dúctil” apropriando-se da propriedade química que alguns metais, como o ouro, possuem, de serem moldados, para defender a necessidade de se ter os direitos constitucionalizados como adaptáveis aos cambios sociais e culturais em cada época, negando-lhes a imutabilidade dogmática. *In* ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 5 ed. trad. Marina Gascôn. Madrid: Trotta, 2003.

²⁵ A expressão é de BAUMAN que, a partir da constatação de serem os líquidos são moldáveis conforme os recipientes que os contém, afirma que a emancipação, a individualidade, o tempo e o espaço, o trabalho e a comunidade, na pós-modernidade se liquefazem. Assim, liberdade, poderia ser uma benção (permissiva da autonomia dos indivíduos) ou uma maldição (ante à responsabilização das atitudes adotadas) numa sociedade de hospitalidade, sólida e impregnada de totalitarismo e não resiliente, que BAUMAN vê confrontada no final do Século XX pela teoria crítica cujo principal objetivo “era a defesa da autonomia, da liberdade de escolha e da auto-afirmação humanas, do direito de ser e permanecer diferente”. BAUMAN, Zygmunt. *In* Modernidade Líquida. trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

²⁶ A expressão, cuja origem remonta ao direito romano arcaico, foi difundida por AMGABEN, Giorgio. *In* *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

²⁷ No direito germânico se utiliza o termo *Vogelfrei*, literalmente pássaro livre, com o significado de exclusão ou banimento, equivalente ao de *homo sacer*.

anomalia²⁸ impeditiva da satisfação das necessidades, agravada quando os instrumentos institucionalizados são inadequados ou insuficientes e propiciatória de conduta desviante, na dicção de MERTON,²⁹ posto que os processos de mudança se prestam à demolição de valores mas não lhes oferece substitutivos.

Essa característica mutante é apontada por SARLET³⁰ ao analisar o conceito da finalidade de todas as dimensões jurídicas, a tutela da dignidade humana, para estabelecer que a dignidade da pessoa humana, pertencente à categoria axiológica aberta, não é compreensível de modo fixista e tampouco se “harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas”, sendo, antes, “um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento”.³¹

GRUBBA lembra que “Dentre os dogmas do liberalismo, prevalece à prioridade do direito sobre o bem: necessita-se e luta-se por direitos, não por bens aptos a garantir uma vida digna. E assim, todos os humanos têm direito à vida, porém milhões morrem diariamente por não ter o que comer.”³² ao enfatizar que os direitos sociais, econômicos e culturais sujeitam-se a um processo de degradação, visto que necessitam mais de intervenções estatais do que os chamados direitos de liberdade.

A degradação desses direitos humanos pode ser visualizada através do Índice de Desenvolvimento Humano – IDH³³, criado em 1990 pela Organização das Nações Unidas para aferir como o rendimento de um país se vincula a outras questões, de cunho econômico, mas essencialmente social, como expectativa de vida, saúde e educação, o que tem desnudado anúncios de supostos desenvolvimentos de países como o Brasil que, entre 106 países analisados, ficou classificado apenas em 85º lugar.³⁴⁻³⁵

Daí a pertinência da advertência de SEN ao analisar o paradoxo do Século XXI que, a despeito da prosperidade sem precedentes no mundo como um todo, faz perdurarem a miséria e a fome crônica em muitos lugares e persistirem disseminadas

²⁸ Termo cunhado por Émile Durkeim em seu *Le suicide: étude de sociologie*, Paris: PUF, 1999.

²⁹ MERTON, Robert King. *In Social theory and social structure*. New York: The Free Press, 1968.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

³¹ Autor e ob. cit., p. 40-41.

³² GRUBBA, Leilane Serratine. *Direitos humanos: o paradoxo da condição humana e do mercado autorregulado*. Revista de Direito Internacional. v. 11, n. 1. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 134.

³³ Método que avalia a média das dimensões da saúde, da educação e o rendimento bruto *per capita* de um país

³⁴ IDH divulgado em 14 de março de 2013.

³⁵ Em 03 de fevereiro de 2013, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, na Europa, divulgou a classificação do Brasil no quesito educação em avaliação que analisou 65 países: 58º lugar. Em 1º de março de 2011, a Unesco divulgara a classificação de 128 países, ficando o Brasil em 88º.

doenças e mortes evitáveis, tanto nos países nucleicos como nos periféricos, no sentido de que as ações estatais voltadas a dar condições dignas aos indivíduos e, assim, realizar o Estado de Bem Estar Social, não podem se resumir em análises econômicas focadas em igualdade social³⁶

E é nessa contemporânea quadra da História que se situam os direitos protetivos de novas e específicas formas de subjetividade, e de ser a diversidade a tônica de se estar e de se viver em sociedade, englobando os direitos de gênero e os dos grupos vulneráveis: da mulher; da criança; do idoso; das pessoas com deficiência física e mental; e, ainda, os direitos das minorias étnicas, religiosas, sexuais, além dos direitos da personalidade (à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros).

As necessidades, sejam elas pessoais ou coletivas ou metaindividuais, emergem contínua e pontualmente de qualquer ação social, forcejando sua institucionalização formal, dando gênese ao que WOLKMER conceitua como “novos” direitos.³⁷

Por isso o reconhecimento e a materialização dos direitos humanos, em especial no que diz respeito a grupos vulneráveis e as minorias, exige a ampliação e renovação de institutos processuais e procedimentais que reordenem o sistema jurídico para propiciar a efetivação dos mesmos, levando em consideração a premissa da liberdade, da diversidade e da tolerância, uma vez que a proclamação dos direitos humanos em Declarações, Tratados e Convenções Internacionais, e a sua positivação em Constituições, embora deem aos mencionados direitos consistência institucional e *status* de fundamentalidade, ainda é insuficiente para assegurar sua efetividade.

É essencial que a abordagem dos direitos humanos, nos limites desta reflexão, seja voltada à compreensão do pluralismo e da democracia e, no cenário atual, à tutela dos direitos das minorias e dos integrantes de grupos vulneráveis.

A inefetividade de tutela dos direitos humanos resulta, dentre outras razões, da dificuldade de se compatibilizar o seu caráter universalista com a premissa relativista dos direitos das minorias, o que acarreta permanente tensão entre ambos, tensionamento que advém, também, das premissas das cartas internacionais dos direitos humanos que

³⁶ SEN, Amartya. A Economia da vida e da morte. trad. Heloísa Jahn. Disponível em http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_23/rbcs23_10.htm. Acesso em 22 fev 2014.

³⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato. Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20.

vedam privilegiar grupos em detrimento do indivíduo³⁸ na tentativa de fazer com que os direitos das minorias não impliquem em abandono e tampouco em violação daqueles direitos humanos, existindo mesmo uma dupla face a ser vislumbrada nessa tensão, como aponta KIMLICKA³⁹ ao visualizar os direitos humanos como inspiração e limite ao mesmo tempo dos direitos das minorias, para defender, em uma ótica multiculturalista liberal, um processo de “cidadanização” em que há um amálgama das concepções liberal e das tradições culturais transformador das identidades e das práticas de grupos minoritários cujas histórias são estigmatizados por “preconceito étnico e racial, de anti-semitismo, de exclusão de casta e de gênero, de triunfalismo religioso e de autoritarismo político, [...] deslegitimados pelas normas do multiculturalismo- liberal-democrático.”⁴⁰

Essa deslegitimação se presta a impedir que, sob o pretexto de defesa das minorias e dos grupos vulneráveis, sejam adotadas práticas discriminatórias, o que ocorreria, para citar exemplo construído por ARAUJO⁴¹, com o acesso a qualquer posto de trabalho por pessoa com deficiência sem aferição de sua habilitação, sendo de se sublinhar que a discriminação aqui citada, se refere àquela lesiva ao princípio da igualdade⁴², nela não se subsumindo as hipóteses de discriminação legitimamente exigidas quando da aplicação do princípio da diferença⁴³.

³⁸ Como exemplo dessa vedação, veja-se a Declaração sobre a diversidade cultural da UNESCO (2001), cujo artigo 4 estabelece que “ninguém pode invocar a diversidade cultural para infringir os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu exercício”.

³⁹ KIMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio: Lúmen Júris, 2008. O Autor defende que a coexistência de culturas diferentes é possível mediante a aceitação de valores liberais (“nós somos livres para sermos nós mesmos”), fundado no fato de todos os seres humanos merecerem tratamento como iguais, utilizando a Lei de Multiculturalismo do Canadá, de 1988 como exemplo.

⁴⁰ Autor e ob. cit., p. 233.

⁴¹ ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio: Lúmen Júris, 2008, p. 914.

⁴² Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello “Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada. II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fato “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial. III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrimen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados. IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrimen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desiquiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita”. MELLO, Celso Antônio Bandeira. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. Ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p.47-48.

⁴³ Veja-se, neste sentido, o conceito de RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo.

Desde o movimento da contracultura⁴⁴, eclodido não por acaso também em Paris, em 1968, e com poucas variações temporais disseminado pela maioria dos países ocidentais na segunda metade do século XX, as estruturas institucionais e sociais advindas da era moderna e, de consequência, as construções identitárias se liquefizeram, adotando uma dinâmica contestadora do *status quo* vigente e desafiando o Direito a buscar novas fórmulas para proteger as pessoas humanas.

A construção de tutelas jurídicas efetivas para integrantes de minorias e de grupos vulneráveis não prescinde da sua adequação à contemporaneidade em que as soberanias estatais se esvanecem, premidas por Convenções Internacionais e por compromissos assumidos mesmo nas constituições, como o de se dar prevalência nas relações internacionais aos direitos humanos.⁴⁵

Essa adequação exige, de um lado, que se reconheça em relação aos que não têm condição de acesso às esferas decisórias do Estado, não o direito à igualdade apenas, mas, mais do que isso, o reconhecimento de seu direito à diversidade. Até como consequência desse reconhecimento, deve-se dar relevo ao também ao direito à tolerância, *conditio* indispensável à defesa da alteridade, uma vez que a tolerância representa um *plus* à solidariedade e à fraternidade.

Daí a Declaração de Princípios sobre a Tolerância, da UNESCO,⁴⁶ estabelecer a observância do princípio da tolerância como condição necessária à paz e ao progresso econômico e social dos povos, escoimando o vocábulo das origens etimológicas de concessão, condescendência, indulgência, para estabelecer seu significado contemporâneo umbilicado ao reconhecimento da diversidade:

A tolerância é o respeito, a aceitação e a apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não só é um dever de ordem

In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio: Lúmen Júris, 2008, p. 695 e ss.

⁴⁴ O marco inicial da contracultura questionadora dos valores e das normas da cultura ocidental pode ser encontrado na filosofia existencialista de Sartre (1940), na contestação ao otimismo pós-guerra da chamada geração Beat (1950) e no movimento hippie (1960), tendo mostrado sua face mais visível e ruidosa com a participação de operários, mulheres, aposentados, prostitutas, pessoas com deficiência e estudantes na defesa de direitos civis nos episódios conhecidos como Maio de 68 (França) e Primavera de Praga (Tchecoslováquia) em que a palavra de ordem era a insurreição às barreiras étnicas, culturais, de idade e de classe.

⁴⁵ Como faz o art. 4º, II, da Constituição brasileira de 1988, elegendo essa prevalência como princípio.

⁴⁶ Aprovada na 28ª. Conferência Geral em Paris, em 1995, Ano Internacional da Tolerância.

ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz. A tolerância não é concessão, condescendência, indulgência. A tolerância é, antes de tudo, uma atitude ativa fundada no reconhecimento dos direitos universais da pessoa humana e das liberdades fundamentais do outro. Em nenhum caso a tolerância poderia ser invocada para justificar lesões a esses valores fundamentais. A tolerância deve ser praticada pelos indivíduos, pelos grupos e pelo Estado.

Imperiosa, então a apropriação dos valores que estruturam os direitos humanos, compreendidos na tríade francesa da liberdade, igualdade e fraternidade, para ressignificá-los como liberdade, diversidade e tolerância, desde a relativização daquelas ideias-valor para possibilitar que o Ser possa se desenvolver e manter um diálogo não etnocêntrico com o Outro que lhe é diferente.

4. CONCLUSÕES

No Século XXI, ainda marcado por guerras étnicas e pela intolerância, sabe à urgência a reflexão sobre uma tutela adequada aos direitos humanos, com a ressignificação da tríade da Revolução Francesa desde uma perspectiva multiculturalista universalista e não relativista, com adoção de uma procedimentalidade inclusiva como característica ou reflexo da diversidade.

É que a concepção relativista do multiculturalismo, fulcrada na ausência de estabelecimento de critérios mínimos para o diálogo entre diferentes, dá ênfase à importância do julgamento interno da minoria ou do grupo vulnerável (em que tudo é aceito e tudo é tido como correto ou adequado), o que impossibilita a proteção adequada dos direitos humanos, fazendo acendrar o radicalismo discriminatório, com a imposição de uma postura nominada como politicamente correta.

Já a abordagem universalista do multiculturalismo, por sobrepor o julgamento externo da sociedade ao interno, permite a propagação e o convívio de diferentes ideias, mediante o respeito a um denominador mínimo entre as pessoas como padrão, base e limite ao mesmo tempo, tanto para as tradições culturais quanto para o direito à diferença: os direitos humanos.

Os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade gestados na Revolução Francesa foram proclamados em várias Declarações como valores sociais de liberdade, igualdade e fraternidade, e assim positivados nas Constituições, refletindo-se até os dias

de hoje como pilstras estruturantes dos direitos humanos: a ideia da liberdade a sedimentação dos direitos civis, individuais e políticos; a da igualdade aos direitos coletivos, econômicos sociais e culturais; e a ideia da fraternidade ou solidariedade aos direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente equilibrado e sustentável, e à propriedade e ao patrimônio cultural.

A positivação dos direitos humanos beneficiou inicialmente uma classe específica, a burguesia, assegurando-lhe a possibilidade de ascensão social graças à não interferência do Estado, tendo sido secundada pela generalização daqueles direitos como forma de inclusão, proporcionando a igualdade por intermédio dos direitos econômicos sociais e culturais, até se ter o primeiro passo para a especificação de direitos, determinados seletivamente com objetivo de tutelar minorias e grupos vulneráveis.

Tem-se, portanto, que mais do que a liberdade, é a igualdade a pedra de toque para se compreender a questão não só dos direitos humanos, mas, sobretudo, o das minorias, posto que em sua gênese se encontra o “princípio da diferença” que exige o direito de igual participação do cidadão em todas as práticas estatais.

A noção de igualdade não meramente formal, mas material, que é prevalente na totalidade da doutrina, fincada na tríade francesa, se foi válida na chamada Idade Moderna, na contemporaneidade não se presta a dar efetividade aos direitos fundamentais do ser humano, na medida em que pode levar a descaracterizar a própria pessoa humana quando esta não se enquadra no padrão prevalente da sociedade.

Portanto, faz-se necessário reconhecer o direito a ser diferente, pois a diferença não pode inferiorizar, não deve discrepar do direito à igualdade, mas ao contrário, ir além, ser reconhecida como direito à diversidade.

Até como consequência desse reconhecimento, deve-se dar relevo ao também direito à tolerância, *conditio* indispensável à defesa da ontológica alteridade, uma vez que a tolerância representa um *plus* à solidariedade e à fraternidade, o que significa repudiar a impositividade do politicamente correto que discrimina e exclui aqueles que não comungam do ideário de grupos vulneráveis ou de minorias.

As tensões entre particularismos e universalismos podem levar a adoção de mecanismos de (re)produção do poder por integrantes de minorias ou de grupos vulneráveis, o que é contrário ao desejo do convívio pacífico, democrático e livre, em

que o igualitário deriva do respeito às particularidades dos diversos grupamentos de uma sociedade sem que nenhum exerça opressão sobre o outro.

Conclui-se que ser necessária a apropriação das estruturas dos direitos humanos, sintetizadas no ideal de “liberdade, igualdade, fraternidade” para adequá-la aos tempos atuais como “liberdade, diversidade e tolerância” e de modo resiliente, a fim de se dar ênfase ao princípio da diferença e para que haja a efetividade desses direitos universais e inerentes à pessoa humana, presente que o caráter de universalidade não significa uniformizar ideias e condutas, mas, sim, respeitar um marco mínimo da alteridade – que é o respeito à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- AMGABEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. *In* SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio: Lúmen Júris, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva.
- DURKEIM, Émile Durkeim. *Le suicide: étude de sociologie*, Paris: PUF, 1999.
- FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio; CASTRO-CID, Benito de. *Leciones de Teoría del Derecho Natural*. Madrid: Universitas, 1993.
- GRUBBA, Leilane Serratine. Direitos humanos: o paradoxo da condição humana e do mercado autorregulado. *Revista de Direito Internacional*. v. 11, n. 1. Brasília: UniCEUB, 2014.
- JERÓNIMO, Patrícia. *Os direitos do homem à escala das civilizações*. Coimbra: Almedina, 2001.
- KIMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. *In* SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio: Lúmen Júris, 2008.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio: Zahar, 1976.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.
- MERTON, Robert King. Social theory and social structure. New York: The Free Press, 1968.
- MIGNET, François. History of the French Revolution from 1789 to 1814. Disponível em Projeto Gutenberg: <http://www.gutenberg.org/dirs/etext06/7hfr10.txt>. Acesso em 03 mai 2014.
- ORTEGA Y GASSET, José. A Rebelião das Massas. Lisboa. Círculo de Leitores, 1989.
- PANDEYA, R. C. Fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Perspectiva hindu. In Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Barcelona: Unesco/Serbal, 1985.
- RAHAMN, Fazlur. O Islamismo. trad. J. Teixeira de Aguiar. Lisboa: Arcádia, 1970.
- RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio: Lúmen Júris, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SEN, Amartya. A Economia da vida e da morte. trad. Heloísa Jahn. Disponível em http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_23/rbcs23_10.htm. Acesso em 22 fev 2014.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato. Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. 5 ed. trad. Marina Gascôn. Madrid: Trotta, 2003.