

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

FERNANDA FRIZZO BRAGATO

PESSOA HUMANA E DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA
DE 1988 A PARTIR DA PERSPECTIVA PÓS-COLONIAL

SÃO LEOPOLDO

2009

FERNANDA FRIZZO BRAGATO

PESSOA HUMANA E DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA
DE 1988 A PARTIR DA PERSPECTIVA PÓS-COLONIAL

Tese apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Doutor em
Direito, pelo Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos- Unisinos

Orientação: Prof^o Dr. Vicente de Paulo Barretto

SÃO LEOPOLDO

2009

B813p Bragato, Fernanda Frizzo
Pessoa humana e direitos humanos na Constituição brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial / por Fernanda Frizzo Bragato. -- 2009.
267 f. ; 30 cm.

Tese (doutorado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2009.

“Orientação: Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto, Ciências Jurídicas e Sociais”.

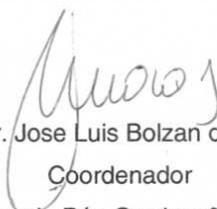
1. Direitos humanos. 2. Pessoa humana. 3. Constituição Brasileira - 1988. 4. Pós-colonialismo. 5. Eurocentrismo e modernidade. I. Título. II. Barretto, Vicente de Paulo.

CDU 342.7

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada “**Pessoa Humana e Direitos Humanos na constituição Brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial**”, elaborada pela aluna **Fernanda Frizzo Bragato**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **DOUTOR EM DIREITO**.

São Leopoldo, 16 de dezembro de 2009.



Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Vicente de Paulo Barretto 

Membro: Dr. Marcelo Fernandes de Aquino 

Membro: Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst 

Membro: Dr. Antonio Carlos Wolkmer 

Membro: Dr. Rubens Godoy Sampaio 

Para Mario, por seu incansável companheirismo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor Vicente de Paulo Barretto, principal orientador desta tese, pelo apoio decisivo em todas as etapas de construção do trabalho, mas acima de tudo, pela confiança e amizade que se sempre demonstrou.

Meus agradecimentos são, também, para o Professor Doutor Alfredo Santiago Culleton, em razão das contribuições para a tese e, especialmente, para a realização do estágio doutoral no exterior.

Não poderia deixar de externar a minha sincera gratidão aos Professores Doutores Costas Douzinas e Oscar Guardiola-Rivera, cuja orientação, no Birkbeck College da University of London, provocou uma reviravolta no meu modo de compreender os direitos humanos, proporcionando-me momentos reveladores e um amadurecimento sem precedentes.

Agradeço, também, ao Professor Doutor Michael Kirwan, do Heythrop College da University of London, por ter-me recebido e franqueado acesso à biblioteca daquela instituição para importantes pesquisas desta tese.

Por fim, registro meu agradecimento ao governo brasileiro que, por meio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), concedeu-me bolsa de estudos para o desenvolvimento de meus estudos no exterior.

*Queremos a Revolução Caraíba. Maior que a Revolução Francesa.
A unificação de todas as revoltas eficazes na direção do homem. Sem nós a
Europa não teria sequer a sua pobre declaração dos direitos do homem.
(Manifesto Antropofágico – Oswald de Andrade).*

RESUMO

Ao assumir expressamente o princípio da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, a Constituição de 1988 consagrou um corpo de direitos voltados à proteção da pessoa humana que ocupa, portanto, posição central no ordenamento jurídico brasileiro. Compreender a razão de ser dos direitos humanos e da centralidade da pessoa humana no texto constitucional implica antes reconhecer que existe um discurso hegemônico que pressupõe que o ocidente criou e desenvolveu essa idéia e, após tê-la amadurecido suficientemente, exportou-a para os demais países do mundo. Valores individualistas ganharam espaço no mundo moderno e contemporâneo, fundando um modelo de sociedade baseado na exclusão, na agressividade e no estranhamento. Nesse sentido, os direitos humanos passaram a ser vistos como a continuidade de um processo de expansão de questionáveis valores ocidentais, após o fim do período colonialista que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, constituindo, dessa forma, a derivação de um projeto genuinamente eurocêntrico que os 'orientais' rejeitam peremptoriamente e os pós-coloniais se esforçam, sem muita convicção, para seguir. Todavia, ao lado disso, uma longa tradição humanista afirmou-se na América Latina a partir dos eventos da colonização, quando eclodiram notáveis debates filosóficos e lutas políticas em torno da defesa dos povos colonizados. As teorias de Las Casas e de Poma de Ayala, a contribuição latino-americana para a consolidação do universalismo dos direitos humanos na arena internacional e a tradição dos direitos humanos nas Constituições brasileiras são alguns exemplos da tradição humanista no pensamento latino-americano. Resgatar elementos esquecidos desta história significa desafiar o discurso eurocêntrico dos direitos humanos e da centralidade da pessoa humana e, ao mesmo tempo, abrir novas possibilidades interpretativas para um tema cercado de controvérsias. O enriquecimento da linguagem dos direitos humanos a partir desta perspectiva insere-se nos propósitos dos estudos pós-coloniais, que pretendem legitimar a enunciação de conhecimentos por aqueles que se constituíram, historicamente, como meros objetos de conhecimento. Isso permite ver a ideia de pessoa humana e de direitos humanos na Constituição como a afirmação de uma cultura humanista que gestamos e desenvolvemos em um processo de mútua reciprocidade com a filosofia moderna europeia.

Palavras-chave: Direitos humanos. Pessoa humana. Constituição Brasileira de 1988. Pós-colonialismo. Eurocentrismo e modernidade.

ABSTRACT

By taking explicitly the principle of human dignity as the foundation of the Federative Republic of Brazil, the Constitution of 1988 provided a body of rights aimed protecting the human person that holds a central position in the Brazilian legal system. Understanding the rationale of human rights and the centrality of the human person in the Constitution means rather recognize that there is a hegemonic discourse that assumes that the West has created and developed this idea, and after having it sufficiently mature, exported it to other the world. Individualist values have become predominant in modern and contemporary world, founding a model of society based on exclusion, aggression and alienation. In this sense, human rights were seen as the continuation of a process of expansion of questionable Western values, after the colonial period that followed World War II, and is thus the derivation of a Eurocentric project that 'Eastern' people categorically reject and post-colonial people struggle, without much conviction, to follow. However, alongside that, a long humanist tradition was said in Latin America since the events of colonization, when remarkable philosophical debates and political struggles in defense of colonized peoples took place. Theories of Las Casas and Poma de Ayala, the Latin American contribution to the consolidation of the universalism of human rights in the international arena and the tradition of human rights in the Brazilian Constitutions are some examples of the humanist tradition in Latin American thought. Redeem forgotten elements of the history of human rights means challenging its Eurocentric discourse and the centrality of human person and at the same time open new possibilities for interpreting a controvertible subject. Enrich the language of human rights from this perspective fits in with the purposes of post-colonial studies, which seek to legitimize the utterance of knowledge by those who have formed historically as mere objects of knowledge. This allows to see the idea of human rights and the Constitution as the expression of a humanistic culture that managed and developed in a process of mutual reciprocity with the modern European philosophy.

Key-words: Human rights. Human person. Brazilian Constitution of 1988. Postcolonialism. Eurocentrism and modernity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 GENEALOGIA DA IDEIA OCIDENTAL DE PESSOA HUMANA	31
2.1 Pensar o conceito de direitos humanos, hoje	32
2.2 Dignidade humana: um atributo realmente de todos?.....	40
2.3 Ideia de pessoa humana no pensamento ocidental pré-moderno.....	50
2.4 Centralidade da pessoa humana no jusnaturalismo moderno	67
3 LIMITAÇÕES DO DISCURSO HEGEMÔNICO DOS DIREITOS HUMANOS PARA ALÉM DAS FRONTEIRAS DO OCIDENTE.....	75
3.1 Fundamentação do discurso hegemônico dos direitos humanos	75
3.2 Individualismo e modernidade.....	83
3.3 Abstração do conceito ocidental de pessoa humana	93
3.4 “Blindagem” oriental contra o discurso dos direitos humanos a partir da negação da ideia de centralidade do indivíduo.....	105
3.5 Direitos humanos no contexto latino-americano	116
4 MODELO PADRÃO DE DIFUSÃO DO DIREITO	125
4.1 Modelo tradicional de difusão do Direito	126
4.2 Limitações do modelo padrão de difusão do Direito	136
4.3 Difusão do direito sob uma perspectiva global: a translegalidade	145
5 ELEMENTOS ESQUECIDOS PELO DISCURSO HEGEMÔNICO DOS DIREITOS HUMANOS	156
5.1 Bartolomé de Las Casas e os excluídos da humanidade.....	158
5.2 Guaman Poma de Ayala e o bom governo no Novo Mundo.....	171
5.3 Contribuições latino-americanas para a universalização dos direitos humanos.....	180
5.4 Tradição constitucional brasileira e direitos humanos.....	188
6 CENTRALIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	202
6.1 Construção da pessoa humana na tradição humanista	204

6.2 Substancialização da ideia de pessoa humana na Constituição Brasileira e o resgate da alteridade para dentro do Direito.....	221
7 CONCLUSÃO	233
REFERÊNCIAS.....	254

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou uma nova fase política para o país, elegendo explicitamente, entre seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, e, entre seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos, sem preconceito de raça, cor, origem, sexo, idade ou qualquer outra forma de discriminação. O direito brasileiro ressignificado pela Constituição de 1988 é influenciado direta e fortemente pelo princípio da dignidade humana, que vem sendo tratado como a aspiração maior da sua existência. Basta lançar um olhar sobre os preceitos inaugurais do texto constitucional para perceber a dimensão que o princípio da dignidade humana ocupa ou deve ocupar no direito brasileiro, pois consubstancia, de forma expressa, um de seus fundamentos:

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

TÍTULO I

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;
 III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
 Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
 I - independência nacional;
 II - prevalência dos direitos humanos;
 III - autodeterminação dos povos;
 IV - não-intervenção;
 V - igualdade entre os Estados;
 VI - defesa da paz;
 VII - solução pacífica dos conflitos;
 VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
 IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
 X - concessão de asilo político.
 Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Tais princípios e objetivos servem como marcos interpretativo para adjudicação de sentido ao conjunto de normas que constituem o sistema jurídico Brasileiro, justamente por figurarem em seu Preâmbulo, princípios e objetivos fundamentais. Não por acaso, no discurso de proclamação da nova Constituição, proferido em 05 de outubro de 1988, pelo Deputado Ulysses Guimarães, então presidente da Assembléia Nacional Constituinte, foi o cuidado com o “homem”, sujeito natural dos direitos humanos, que ocupou o centro das preocupações e das motivações da nova ordem constitucional que então se anunciava:

[...]

A Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem. É sua marca de fábrica. O inimigo mortal do homem é a miséria. O estado de direito, conseqüência da igualdade, não pode conviver com estado de miséria. Mais miserável do que os miseráveis é a sociedade que não acaba com a miséria.

Topograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem, colocando-o no umbral da Constituição e catalogando-lhe o número não superado, só no art. 5º, de 77 incisos e 104 dispositivos.

Não lhe bastou, porém, defendê-lo contra os abusos originários do Estado e de outras procedências. Introduziu o homem no Estado, fazendo-o credor de direitos e serviços, cobráveis inclusive com o mandado de injunção.

Tem substância popular e cristã o título que a consagra: “a

Constituição cidadã”.
[...].¹

Ao assumir expressamente o princípio da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, a Constituição de 1988 consagrou um corpo de direitos voltados à proteção da pessoa humana que ocupa, portanto, posição central no ordenamento jurídico brasileiro. A Carta Política não se resumiu a afirmar os direitos humanos como princípios e objetivos, mas tratou de enunciá-los, principalmente, nos Títulos I e II, que abrangem os artigos 1º a 17, entre aqueles denominados direitos fundamentais de aplicação imediata, ou seja, sem necessidade de lei posterior que os regule (§ 1º, do artigo 5º). Em relação à sua força normativa, esses direitos têm como principal característica, a impossibilidade de supressão ou alteração. Tendo em vista o temor ou a desconfiança com o legislador constituinte dotado de poder de modificar a Constituição, estabeleceu-se, no § 4º, do artigo 60, que a proposta de emenda tendente a abolir as cláusulas constitucionais concernentes aos direitos e garantias individuais não serão objeto sequer de deliberação. Isso significa que o legislador constituinte originário proibiu qualquer tentativa superveniente de supressão ou modificação daquelas normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais, imunizando-as através do que se convencionou chamar de “cláusulas pétreas”.

O cenário constitucional brasileiro mostra, pois, a explícita assunção do princípio da dignidade humana como condição de sentido para a compreensão e aplicação do Direito, tendo assumido, nessa perspectiva, uma concepção de pessoa humana específica, já que a dignidade humana é um atributo que se reconhece àqueles que ostentam esta qualidade. A tese de Ernst Tugendhat, segundo a qual “a antropologia não é uma disciplina filosófica entre outras, senão que deveria ser entendida como a filosofia primeira”, na medida em que “a pergunta ‘o que somos como seres humanos?’ é a pergunta em que se baseiam todas as outras perguntas

¹ GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988**. Publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em: <<http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/plenario/discursos/escrevendohistoria/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

e disciplinas filosóficas”², demonstra a necessidade de uma análise mais atenta dos pressupostos filosófico-antropológicos da ordem constitucional brasileira. Compreender esses pressupostos passa pela investigação da ideia de pessoa humana adotada como premissa do conjunto de direitos consagrados constitucionalmente e que se constituem a partir de um núcleo de sentido específico: a dignidade humana. Que conceito é este, como ele se constituiu, de que modo se inseriu e influenciou o modo de ser do constitucionalismo brasileiro são as perguntas centrais da presente tese, na medida em que a ideia de dignidade humana, um dos fundamentos do Direito Brasileiro e do reconhecimento dos direitos humanos, é aquela cuja compreensão depende ou pressupõe a centralidade da pessoa humana no imaginário de dada sociedade. Portanto, a preocupação da presente tese está dirigida aos fundamentos filosófico-antropológicos da atual ordem constitucional brasileira, de modo que a pergunta à qual se pretende responder é: “qual é a dimensão da ideia de pessoa humana assumida pela Constituição Brasileira de 1988 e que fundamenta o rol de direitos humanos nela reconhecidos?”.

Ao me referir a fundamentos filosófico-antropológicos, não pretendo com isso limitar-me a responder à questão abstrata sobre "o que é o homem", nos moldes metafísicos que perpassaram o pensamento moderno e, mais especificamente, segundo a filosofia personalista ocidental, segundo a qual as questões relacionadas ao significado de homem e de pessoa humana se confundiram desde que a tradição jurídica moderna assentou duas máximas que são vigentes até hoje, quais sejam, “todo homem é pessoa” e “só o homem é pessoa”, qualificando como “homem” ou “pessoa” o ser humano nascido vivo³. Não se pretende, ainda, tentar deduzir apenas disso a razão pela qual devemos respeito uns aos outros, respeito esse que se converteu nas práticas subjacentes aos direitos humanos. O pensamento filosófico moderno propõe-nos a resposta: é a comum racionalidade dos seres humanos que fundamenta a moralidade (e, conseqüentemente, os direitos humanos) ou, como diz Kant, que torna os seres humanos fins em si mesmo e, por isso, portadores não de um valor relativo, mas de

² TUGENDHAT, Ernst. Antropologia como filosofia primeira. In: POMMER, A.; FRAGA, P.D.; SCHNEIDER, P.R. (Org.). **Filosofia e crítica**: Ferstschrift dos 50 anos do curso de filosofia da UNIJUÍ. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007.

³ MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. **Revista da Faculdade da UFRGS**, Porto Alegre, v. 18, p.153-170, 2000.

dignidade, que não se aliena e nem tem preço⁴. É pacífico, conforme Charles Taylor⁵, que no ocidente, tanto a democracia quanto os direitos humanos têm sido fomentadas pelo avanço de uma espécie de humanismo, que realçou o modo como os seres humanos se distinguiram do resto do *cosmos* e adquiriram um estatuto mais elevado (ou uma dignidade) que qualquer outra coisa. A ideia de pessoa humana, segundo a qual a nossa habilidade para conhecer (ou racionalidade) nos faz humanos, está, de fato, envolvida no discurso hegemônico dos direitos humanos, que pressupõe um indivíduo possuidor de direitos e legitimado a reclamá-los e a exercê-los contra quem quer que seja.

Ocorre que essa noção, por mais relevante que seja para a consolidação dos direitos humanos, seja no contexto ocidental ou em seus espaços periféricos, como é o caso latino-americano, não responde, por si só, à pergunta proposta nessa tese e que se dirige ao específico contexto brasileiro. Satisfazer-se com ela importaria em considerar que a incorporação dos direitos humanos e da pressuposta centralidade da pessoa humana na Constituição Brasileira de 1988 é decorrência pura e simples da recepção de um arcabouço conceitual do ocidente, para a qual nada contribuímos. Além de reforçar um mal-entendido, continuaria deixando a questão aberta. E assim é, por duas razões iniciais.

Primeiro, porque o reconhecimento dos direitos de qualquer ser humano não foi motivado somente pela premissa abstrata de que devemos respeito uns aos outros em função de uma mesma racionalidade compartilhada e que este atributo, por si só e automaticamente, nos faz efetivamente dignos. Como aponta Richard Rorty⁶ a história recente tem dado conta de inúmeros exemplos em que o termo "homem" tem sido usado para significar apenas "pessoas como nós"; refere-se ele aos nazistas, aos sérvios, aos homens que fizeram a independência dos Estados Unidos da América, apenas para citar alguns, que, ao justificarem o não reconhecimento dos direitos, respectivamente, dos judeus, dos bósnios muçulmanos

⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

⁵ TAYLOR, Charles. Conditions of an unforced consensus on human rights. In: HEYDEN, Patrick. **The politics of human rights**. St. Paul, MN: Paragon House, 2001. p. 111.

⁶ RORTY, Richard. Human rights, rationality and sentimentality. In: Heyden, Patrick. **The politics of human rights**. St. Paul, MN: Paragon House: 2001. p. 67.

e dos negros escravos, os qualificaram como pseudo-humanos ou 'diferentes de nós'. Isso porque a linha que divide humanos de animais não é simplesmente a linha entre os bípedes sem penas e todo o resto, senão uma linha que tem servido à divisão entre os próprios bípedes sem penas, já que entre esses se tem considerado muitos como simples animais que se locomovem à maneira dos humanóides e não como autênticos seres humanos. Nesse sentido, Costas Douzinas tem alertado para o fato de que a história política dos dois últimos séculos foi marcada por lutas pela extensão do reconhecimento da cidadania a grupos de excluídos, como pobres, mulheres, estrangeiros e tantos outros. De modo que o significante "humano" ou "humanidade" funciona não como um significante vazio, mas aberto a diferentes significados. Essa palavra, como diz o autor, "carrega uma enorme valor simbólico, que cresce a cada nova luta por reconhecimento e proteção dos direitos humanos"⁷. A dignidade humana, que a Constituição Brasileira eleva ao patamar de fundamento da República, pertence a e decorre de algo mais substancial que a pessoa humana abstratamente identificada ao indivíduo racional.

A segunda razão reside no fato de que a formação social e política da América Latina e, em especial, do Brasil, não permite compreender o aparecimento dos direitos humanos na Constituição Brasileira como simples decorrência da aceitação da ideia moderna e ocidental de pessoa humana, profundamente identificada ao sujeito moderno autônomo e racional. Ao lado dos aportes da filosofia personalista de matriz europeia, o discurso dos direitos humanos tem adquirido, no contexto latino-americano colorações próprias e distintas que têm contribuído para a própria afirmação dos direitos humanos no mundo. Nossa condição multiétnica, multicultural e miscigenada desafia os discursos unitários da modernidade e abre espaço para pensá-los de forma mais abrangente, sob o signo da diversidade, da tolerância e da substancial igualdade de todos. A peculiaridade do nosso contexto histórico e social e as características que o fazem próprio difere profundamente das condições sob as quais os direitos humanos foram gestados durante longo período da história europeia e isso tem conseqüências sobre a própria ideia de pessoa humana e, conseqüentemente, de dignidade humana, que subjaz ao reconhecimento dos direitos humanos na Constituição do Brasil. Mostra-se, portanto,

⁷ DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 255.

limitado deduzir que por trás desse reconhecimento subjaza apenas uma ideia de pessoa humana importada da tradição ocidental moderna.

É certo que a Constituição Brasileira insere-se na nova era do constitucionalismo, característico de muitos países no mundo hoje, especialmente latino-americanos⁸, que se consolidou após a Segunda Guerra Mundial. O constitucionalismo contemporâneo caracteriza-se por ser um constitucionalismo de direitos, onde a noção de direitos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, próprios da tradição jusnaturalista europeia, foi, de certa forma, retomada, no século XX, no contexto das Declarações e Constituições do pós-guerra sob a denominação de direitos humanos ou direitos fundamentais. A assunção dos direitos humanos como condição de sentido do constitucionalismo do século XX e também do século XXI, justamente nesse contexto do pós-guerra, foi uma tentativa de responder às atrocidades cometidas contra certos grupos humanos durante os regimes nazista e fascista e a Segunda Guerra Mundial, muitas delas sob os auspícios da própria lei. Todavia, é incorreto afirmar que a ideia de direitos do homem que se afirmou na modernidade europeia, e que ingressou nas Declarações de Direitos Americana (1776) e Francesa (1789), seja a expressão contemporânea desta nova fase dos direitos humanos, especialmente no caso brasileiro. Dizer que a Constituição Brasileira insere-se no movimento constitucional do segundo pós-guerra não significa dizer que a incorporação dos direitos humanos (e, de certo modo, nas demais constituições latino-americanas, que datam do mesmo período) obedeceu a um processo de recepção passiva da concepção "ocidental" (europeia) de direitos humanos.

⁸ A título de exemplo, tanto a Constituição argentina, quanto a uruguaia, a peruana e a chilena foram recentemente promulgadas ou emendadas com vistas à inclusão dos chamados direitos e garantias fundamentais. A Constituição Nacional da Argentina, em vigor desde 1994, prevê, em sua Primeira Parte (capítulo primeiro), direitos e garantias fundamentais, tais como o de trabalhar, de peticionar às autoridades, de dispor de sua propriedade, de livre culto, ao devido processo legal, além de proibir práticas como a escravidão, prisões sem ordem da autoridade competente, entre outros. A Constituição da República do Uruguai, promulgada em 1967, mas modificada nos anos de 1989, 1994, 1996 e 2004, também elenca, no capítulo I da Seção II, uma série de direitos, deveres e garantias, como o gozo da vida, a honra, a liberdade, a segurança, o trabalho e a propriedade. Já a Constituição peruana, em vigor desde 1979, assegura a defesa da pessoa e de sua dignidade, assim como seu direito à vida, à integridade física, psíquica e moral, à identidade, à igualdade perante a lei, à liberdade de informação, expressão e religião e muitos outros no mesmo sentido. Por fim, uma série de direitos e garantias individuais, muitas delas relativas ao devido processo legal e a limitações ao poder de governar, a partir da década de 90 até o ano de 2005 foram inseridas no texto constitucional chileno.

Ao longo da maturação histórica dos direitos humanos, sensíveis transformações debilitaram a característica liberal legada pelo pensamento europeu moderno, as quais, hoje, vêm refletidas em inúmeros textos constitucionais e nas Declarações Internacionais de Direitos. A noção abstrata de racionalidade como atributo suficiente para a titularidade de certos direitos básicos, ainda considerada, por muitos, como o fundamento dos direitos humanos, foi profundamente desafiada pelos mais atrozes crimes durante este período e, por si só, não assegurou o respeito ao direito de milhões de seres humanos ainda hoje, em toda as partes do mundo. A forma convencional de se estudar a história e a fundamentação dos direitos humanos, e isso valeria, em tese, também, para os direitos humanos que estão previstos na Constituição Brasileira, pressupõe que o ocidente criou e desenvolveu essa idéia que, após ter se tornado suficientemente madura, foi exportada para os demais países do mundo, sob duas formas: primeiro através da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10/12/1948 e, após, por meio de sucessivas legislações domésticas, pelas quais os mais diversos países passaram a reconhecer os direitos humanos ocidentais, seja em nível constitucional, seja em nível meramente infraconstitucional.

Contrariamente a isto, lutas históricas, valores e concepções latino-americanos têm contribuído, de forma significativa, para a construção e a consolidação do discurso de direitos humanos, sobretudo porque falar deles como categoria universal só faz sentido depois da Segunda Guerra Mundial e não depois da Revolução Francesa, que só garantiu direitos à parcela proprietária da sociedade, como Marx já havia registrado em sua crítica no século XIX (A questão judaica). Muitos aspectos confirmam o protagonismo latino-americano nessa seara, mas, por inúmeras razões eles foram esquecidos pelo discurso hegemônico dos direitos humanos. Um deles são as teorias de Bartolomé De Las Casas sobre a "dignidade" dos índios americanos durante o período da conquista hispânica da America, que se constituiu, nas palavras de Carozza⁹, no primeiro anúncio claro da moderna linguagem dos direitos humanos, que renunciou a

⁹ CAROZZA, Paolo. From conquest to Constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. **Human Rights Quarterly**, I Baltimore/USA, v. 25, n. 2, May. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20069666>>. Acesso em: 18 ago. 2009. p. 292.

dinâmica de como estes direitos se desenvolveriam no século XX. De forma diferente da de Las Casas, Guaman Poma de Ayala, índio inca do século XVII, também legou sua contribuição à consolidação do discurso dos direitos humanos, apresentando uma concepção política permeada pela ideia de limitação do poder e de respeito aos direitos dos súditos. Além disso, é marcante, embora praticamente esquecido, o pioneirismo latino-americano em relação à proclamação de uma declaração internacional de direitos humanos, na medida em que a Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem de abril de 1948 precede a Declaração Universal proclamada pela ONU em dezembro de 1948 e, diferentemente desta, estabelece, a cada indivíduo, uma série de deveres.

Portanto, alcançar os objetivos desta tese demanda resgatar alguns elementos esquecidos na forma como o surgimento e o desenvolvimento dos direitos humanos é contada.

Ponto de partida dos estudos

O título da tese indica que o tema “pessoa humana e direitos humanos na Constituição Brasileira de 1988” será analisado desde a perspectiva pós-colonial.

Pós-colonialismo é um termo usado como uma categoria conceitual originada nas discussões sobre a descolonização das colônias africanas e asiáticas após a Segunda Guerra Mundial. Nesse contexto, o termo pós-colonial era usado mais frequentemente como um adjetivo, por sociólogos e cientistas políticos, para caracterizar as mudanças nos Estados e nas economias das ex-colônias que passaram a fazer parte do “Terceiro Mundo”, uma categoria criada neste mesmo período¹⁰. Portanto, como explica Mellino, a expressão pós-colonial difundiu-se, neste período, dentro da sociologia do subdesenvolvimento, com o objetivo de compreender e analisar as causas e motivos do atraso socioeconômico destas sociedades. A difusão dos processos de descolonização favoreceu a consolidação

¹⁰ CORONIL, Fernando. Elephants in the Americas? Latin America Postcolonial studies and Global Decolonization. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large**: Latin America and postcolonial debate. Durham, USA: Duke University Press, 2008. p. 396-8.

da disciplina, que passou a tratar essencialmente da situação social, política e econômica dos Estados recém descolonizados¹¹.

Aliado ao crescente processo de descolonização, a obra de Frantz Fanon contribuiu significativamente para a configuração dos estudos pós-coloniais. Segundo a análise de Fanon, o processo de colonização da África, como de resto em todas as partes do mundo, produziu o que o autor chama de um mundo cindido em dois compartimentos:

Este mundo dividido em compartimentos, este mundo cindido em dois, é habitado por espécies diferentes. A originalidade do contexto colonial reside em que as realidades econômicas, as desigualdades, a enorme diferença dos modos de vida não logram nunca mascarar as realidades humanas. Quando se observa em sua imediatidade o contexto colonial, verifica-se que o que retalha o mundo é, antes de mais nada, o fato de pertencer ou não a tal espécie, a tal raça. Nas colônias a infraestrutura econômica é igualmente uma superestrutura. A causa é consequência: o indivíduo é rico porque é branco, é branco porque é rico. (...) Nas colônias, o estrangeiro vindo de qualquer parte se impôs com o auxílio de seus canhões e de suas máquinas. A despeito do sucesso da domesticação, malgrado a usurpação, o colono continua sendo um estrangeiro. Não são as fábricas nem as propriedades nem a conta no banco que caracterizam em primeiro lugar a “classe dirigente”. A espécie dirigente é, antes de tudo, a que vem de fora, a que não parece com os autóctones, “os outros”¹².

Tendo como pano de fundo a luta de independência da Argélia nos anos cinquenta e sessenta, Fanon denuncia as formas de produção de aniquilamento da subjetividade dos povos negros e árabes, levadas a cabo pelo empreendimento colonialista na África, caracterizado por este mundo dividido em dois compartimentos. Isto teve como consequência a disseminação das formas mais brutais de violência, como a única alternativa capaz de propiciar a estes povos o resgate da sua humanidade. As reflexões de “Os Condenados da Terra” sobre o genocídio europeu representaram, nas palavras de Sartre - no prefácio da mesma obra -, “o strip-tease” do humanismo europeu: “ei-lo inteiramente nu e não é nada

¹¹ MELLINO, Miguel. **La crítica poscolonial**: descolonización, capitalismo y cosmopolitismo en los estudios poscoloniales. Buenos Aires: Paidós, 2008. p. 33.

¹² FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968. p. 29.

belo: não era senão uma ideologia mentirosa, a requintada justificação da pilhagem; sua ternura e seu preciosismo caucionavam nossas agressões”¹³. Diante da situação específica da Argélia, Fanon chamou a atenção não somente para a amplitude dos efeitos do colonialismo e dos processos de descolonização, mas sobre os traços fundamentais do que seria o mundo pós-colonial constituído a partir da marca da violência.

Daí por diante, o escopo dos estudos pós-coloniais foi-se tornando cada vez mais amplo e variado: vai desde a crítica literária até os estudos sociais, a história e a antropologia. Além disso, a sua natureza interdisciplinar denota uma variedade de interesses e temáticas. Isso, no entanto, não pode induzir à falsa ideia de que estes estudos possam se referir a qualquer coisa. O primeiro critério que vem à mente na hora de delimitar o significado equívoco do termo pós-colonial é o histórico-cronológico, porém, como adverte Mellino, tomá-lo exclusivamente em consideração implicaria mal entendidos. Segundo referido critério, pós-colonial designa o período sucessivo ao processo de descolonização formal das colônias modernas, marcado pelas profundas mudanças nas relações globais. Todavia, o período subsequente à descolonização ou à liberação formal do poderio metropolitano ocidental é extremamente longo, pois teve seu início no início do século XIX (no caso das colônias americanas), enquanto que, na década de setenta, muitas colônias africanas recém estavam obtendo suas independências. Deste modo, designar o escopo dos estudos pós-coloniais somente a partir do critério histórico-cronológico não é suficiente, seja pela extensão do período, seja porque ele não significou o fim da hegemonia política e econômica das metrópoles coloniais ocidentais. Ou seja, limitar o pós-colonialismo à expressão de um dado período pode sugerir que os fenômenos relativos ao colonialismo e à dependência já fazem parte do passado. Nas palavras de Aschroft, Griffiths e Tiffin, pós-colonial designaria não apenas um período que sucedeu a outro, mas toda a cultura condicionada pelo processo colonial desde o momento da colonização até o presente, uma vez que existe uma

¹³ SARTRE, Jean-Paul. Prefácio. In: FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968. p. 15.

continuidade nos temas e nas preocupações durante todo o processo iniciado com a expansão imperial europeia¹⁴. Assim:

Definir como poscoloniales a ciertas situaciones o condiciones históricas, o a ciertos sujetos, autores o literaturas no significa colocarlos en un período histórico cronológicamente posterior ao del colonialismo. El adjetivo poscolonial se presenta bajo otros ropajes epistemológicos: el objetivo es mantener viva la memoria del colonialismo, evitar su remoción en algunas áreas de las disciplinas humanísticas, en cuanto fenómeno central de la historia, vale decir en cuanto acontecimiento fundamental en la historia de las relaciones entre Occidente e el resto del mundo¹⁵.

Esta perspectiva permite que os estudos pós-coloniais não fiquem circunscritos apenas ao âmbito da situação das ex-colônias que adquiriram sua independência após a Segunda Guerra Mundial, para cuja análise, efetivamente, surgiram, mas alargá-los de modo a incluir em seus objetivos também o contexto latino-americano. Apesar de a América Latina ter sido considerada parte do Terceiro Mundo e a despeito de uma longa história das reflexões críticas sobre o moderno colonialismo originadas em reação à conquista e à colonização da América, foi apenas tangencialmente mencionada nessas discussões sobre descolonização, que, inicialmente, se centraram nas nações cujas independências haviam sido mais recentes (na Ásia e na África). Neste período, a palavra-chave no pensamento social latino-americano não era, portanto, pós-colonialismo, mas dependência. Apesar de focar a análise nas causas do subdesenvolvimento econômico e em pensar formas de modernização para a América Latina, que constitui um escopo mais estreito que o dos estudos pós-coloniais, Coronil entende que os estudos latino-americanos sobre dependência deram significativos aportes para a configuração do pós-colonialismo¹⁶.

O pensamento pós-colonial inicia uma segunda fase em torno de três décadas após o fim da Segunda Guerra Mundial, no campo acadêmico do mundo

¹⁴ MELLINO, Miguel. **La crítica poscolonial**: descolonización, capitalismo y cosmopolitismo en los estudios poscoloniales. Buenos Aires: Paidós, 2008. p. 25-26.

¹⁵ Ibid., p. 53.

¹⁶ CORONIL, Fernando. Elephants in the Americas? Latin America Postcolonial studies and Global Decolonization. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large**: Latin America and postcolonial debate. Durham, USA: Duke University Press, 2008. p. 396-8.

anglossaxônico, em conexão com estudos de colonialismo e de literatura colonial sob a influência de perspectivas pós-modernas. As causas da emergência deste novo campo acadêmico se devem, segundo Coronil, a uma série de fatores, a saber: a crescente deficiência dos projetos de desenvolvimento nacional do Terceiro Mundo; o ocaso do socialismo; a ascendência da política conservadora no Reino Unido (Thatcherismo) e nos Estados Unidos da América (Reaganismo); e o irresistível aparecimento do capitalismo neoliberal como o único horizonte histórico viável. A distintiva identidade adquirida por estes estudos é marcada pela incomum combinação entre a localização metropolitana de sua produção e a postura anti-imperial de seus autores, muitos deles ligados ao Terceiro Mundo por laços pessoais ou por opção política. Mas apesar do impacto da colonização na América Latina e de inúmeros trabalhos nesta área, desenvolvidos por pensadores como Enrique Dussel, Aníbal Quijano e Walter Dignolo, foi só tardiamente que ela foi formalmente incluída como objeto dos estudos pós-coloniais. Por isso, ainda não há, na academia latino-americana, um conjunto de trabalhos comumente reconhecidos como pós-coloniais, mas estes vêm sendo desenvolvidos, inclusive no que respeita ao contexto da América Latina, precipuamente na academia anglossaxônica¹⁷.

A intenção de adotar o pós-colonialismo como paradigma para a análise do tema não é voltar os olhos para o passado na tentativa de atribuir aos colonizadores europeus a responsabilidade pela mazelas de que ainda padecem o Brasil e a América Latina. O objetivo é, por outro lado, ver e avaliar o objeto de pesquisa desde outro ponto de vista que não aquele ao qual estamos acostumados a olhar. Trata-se, antes, de um esforço hermenêutico no sentido de identificar e suspender os pré-juízos na busca da compreensão. Quem interpreta está exposto às confusões de seus próprios pré-conceitos, que podem não estar adequados com a coisa mesma. Por isso, a atitude hermenêutica exige a consciência dos conceitos prévios para que se possa confrontá-los com o que vem à fala, pondo à prova a sua origem e validade.

¹⁷ CORONIL, Fernando. Elephants in the Americas? Latin America Postcolonial studies and Global Decolonization. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large**: Latin America and postcolonial debate. Durham, USA: Duke University Press, 2008. p. 396-8.

Os pré-juízos a que me refiro são aqueles que nos fazem observar os fenômenos de um ângulo desde o qual o vemos distorcidamente ou então apenas parte dele, sem nos darmos conta de que o que estamos vendo é apenas uma face do todo e não o todo. E isso tem como consequência análises distorcidas, falsas compreensões e reprodução do senso comum. De qualquer forma, os juízos prévios do indivíduo são a realidade histórica do seu ser, pois constituem a base da capacidade que se tem para compreender os fatos. O conhecimento forja-se sempre no interior da tradição, pois não pode haver compreensão sem pressupostos e, portanto, a noção de interpretação objetiva e racionalmente correta, é um ideal impensável, uma impossibilidade¹⁸. Não há grau zero; nós estamos, desde sempre, imersos em pré-compreensões que nos acompanham em função de nossa condição de ser no mundo, como Heidegger deixa claro. Por isso, sempre que falamos, o fazemos partindo ou estando situados em algum lugar. Mesmo sem saber, sempre adotamos um ponto de vista, sempre partimos de um dado paradigma.

A função da pesquisa acadêmica é também a de identificá-los e avaliá-los, a fim de definir se ele é adequado para a compreensão daquilo que nos propomos analisar. Nesse processo de discussão dos pré-juízos, não só o intérprete sai diferente após ampliar seu horizonte de compreensão com a abertura efetivada, como a coisa mesma ganha outra possibilidade de ser compreendida e ressignificada, pelo novo olhar lançado. Em relação aos direitos humanos, existe um discurso hegemônico em que a visão ocidental é predominante e, como tal, vincula a sua gênese e o seu desenvolvimento aos movimentos políticos e filosóficos produzidos no contexto europeu moderno. Refiro-me não somente às lutas políticas inglesas, francesas e norte-americanas, mas à tradição teórica racionalista expressa nas obras dos grandes pensadores europeus da modernidade. Sobre a constituição de discursos hegemônicos, Eduardo Mendieta observa que a produção de conhecimento pressupõe a existência de sujeitos autorizados a enunciá-los e outros que são sujeitados, isto é, que ocupam a posição de espectadores ou que são relegados à condição de objetos do conhecimento. Nesse contexto, alguns têm credibilidade epistêmica e outros não possuem legitimação para reflexões teóricas válidas. Deste modo, quem fala e quem está autorizado a falar sobre os outros

¹⁸ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Edições 70, 1989-1997. p. 187.

ocupa um lugar epistemologicamente privilegiado, cujo conhecimento, por sua vez, é posto à disposição para uso¹⁹. É possível observar que a produção do conhecimento no campo dos direitos humanos reflete justamente esta lógica que se pode designar como eurocêntrica, razão por que se convencionou pensá-los como produto da cultura e do esforço político do ocidente e, portanto, pouco ou nada tem a ver com a história dos povos não-ocidentais.

A impossibilidade de compreender razoavelmente o porquê dos direitos humanos e o significado da pessoa humana no contexto brasileiro, dentro deste paradigma, levou-me ao questionamento dos seus pressupostos, os quais vêm sendo frequentemente reproduzidos pela literatura jurídica nacional. Ou bem os direitos humanos não têm sentido entre nós ou bem esta forma de compreendê-los é inadequada. Há quem possa sustentar que os direitos humanos realmente não fazem sentido entre nós e que a ineficácia das normas que os preveem são a prova disto; ocorre que a ineficácia do direito é um problema difundido no ordenamento jurídico brasileiro e não afeta somente a realização daqueles. Por outro lado, a positivação dos direitos humanos neste mesmo ordenamento jurídico é um fenômeno que vem se reproduzindo em proporções geométricas, desde 1988. Portanto, a cultura jurídica brasileira é permeada pelo discurso hegemônico dos direitos humanos que, por sua vez, não fornece elementos adequados para compreender a sua razão de ser na Constituição de 1988 e a consequente proliferação no ordenamento jurídico do país.

O pensamento pós-colonial propõe uma alternativa aos discursos estabelecidos (sobretudo eurocêntricos), não com o propósito de contestá-los ou de desconstruí-los, mas de ampliar o conhecimento com outra perspectiva: a daqueles que, até agora, foram apenas objeto de conhecimento e não seus protagonistas. No entanto, o pós-colonialismo é uma categoria fluida e polissêmica, cujo poder deriva em parte de sua habilidade de condensar múltiplos significados e de se referir a

¹⁹ MENDIETA, Eduardo. Remapping Latin American studies: postcolonialism, subaltern studies, post-occidentalism, and globalization theory. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large: Latin America and Postcolonial Debate**. Durham, USA: Duke University Press, 2008. p. 293.

¹⁹ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Edições 70, 1989-1997. p. 294.

diferentes localizações²⁰. A proposta do pós-colonialismo é abrir novas possibilidades para o conhecimento, de modo a liberá-lo da necessidade de se referir a um *locus* privilegiado e pré-concebido de enunciação, a saber, ocidental, como condição para sua legitimidade. Trata-se de “descolonizar” o conhecimento, no sentido de permitir a inclusão de outras falas, variadas visões de mundo, histórias esquecidas, outros valores que não somente os ocidentais, e, assim, propor alternativas ao eurocentrismo. A respeito disso, Quijano observa:

Eurocentrismo é, tal como o utilize aqui, o nome da perspectiva de conhecimento cuja sistemática formação começou na Europa Ocidental antes do meio do século XVII, muito embora algumas de suas raízes seja, sem dúvida, muito mais antigas. Nos séculos seguintes, esta perspectiva tornou-se globalmente hegemônica, percorrendo o mesmo curso percorrido pela dominação da classe burguesa europeia. Sua constituição foi associada à específica secularização do pensamento europeu e com as experiências e necessidade do modelo global capitalista (colonial/moderno) e o poder eurocêntrico estabelecido desde a colonização da América. [...] É uma racionalidade específica ou perspectiva de conhecimento que se tornou globalmente hegemônica, colonizando e conquistando outras formações conceituais prévias ou diferentes e seus respectivos conhecimentos concretos, tanto na Europa, quanto no resto do mundo²¹.

Lyotard observa que saber e poder são as duas faces de uma mesma questão e que, por isso, o conhecimento é objeto de disputa²², ao mesmo tempo em que as formas de dominação estão e estiveram, ao menos desde o início da colonização da América, ligadas ao poder de produzir, difundir e decidir o que é e o

²⁰ CORONIL, Fernando. Elephants in the Américas? Latin America Postcolonial studies and Global Decolonization. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large: Latin America and postcolonial debate**. Durham, USA: Duke University Press, 2008. p. 416.

²¹ Eurocentrism is, as used here, the name of a perspective of knowledge whose systematic formation began in Western Europe before the middle of the seventeenth century, although some of its roots are, without doubt, much older. In the following centuries this perspective was made globally hegemonic, traveling the same course as the domination of European bourgeois class. Its constitutions was associated with the specific bourgeois secularization of European thought and with the experiences and necessities of the global model of capitalist (colonial/modern) and Eurocentered power established since the colonization of America. [...] It is a specific rationality or perspective of knowledge that was made globally hegemonic, colonizing and overcoming other previous or different conceptual formations and their respective concrete knowledges, as much in Europe as in the rest of the world. In: QUIJANO, Anibal. Coloniality of power, eurocentrism, and social classification. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large: Latin America and postcolonial debate**. Durham, USA: Duke University Press, 2008. p. 197.

²² LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 8. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004. p. 14.

que não é conhecimento. Por isso, a intenção de Lyotard é, como observa Mellino, destacar o caráter mitológico das grandes narrativas da Modernidade. Por outro lado,

la teoría poscolonial, según Spivak, concentra su mirada crítica en los mitos del colonialismo occidental, en el proceso de “violencia epistemológica” condensado en la (re)escritura occidental de Sí, del Otro y por lo tanto de la Historia. Una tarea que, desde la óptica de los propios autores poscoloniales, no puede ser considerada de hecho como secundaria o atinente a áreas restringidas o especializadas de la teoría social²³.

Assumir o paradigma pós-colonial é assumir reservas quanto à racionalidade ocidental, por ser ela uma matriz uniformizante (pois se arroga na condição de única possível), mas não universal, já que ignora a existência de outras formas de pensamento, racionalidades e valores. Trata-se da necessidade de diversificar o *locus* epistemológico de enunciação, substituindo-o por um campo interdiscursivo e intercultural complexo, ocupado por muitos atores (não apenas o império e seus sujeitos ou o centro e suas periferias)²⁴. Isso porque, de acordo com Mellino, o objetivo fundamental da crítica pós-colonial não é uma mera descrição do contexto sociopolítico das ex-colônias, mas o de, um lado, “restituir la subjectividad y autoridad a la voz del otro rechazando su sujeción em las propias categorías cognitivas” e, de outro, “descentrar e descolonizar tanto el discurso imperialista estructurado a partir de la contraposición nosotros/ellos, com la relación centro/periferia en torno a la cual se há configurado el saber occidental”²⁵.

Isso implica ver os direitos humanos e a ideia de pessoa humana como uma construção global na qual há mais de um agente, de uma sociedade que aceita e que pratica essa ideia, ou de alguém específico que inaugurou ou acelerou esse processo. Esta construção envolve uma pluralidade de agentes, tanto cultural,

²³ MELLINO, Miguel. **La crítica poscolonial**: descolonización, capitalismo y cosmopolitismo en los estudios poscoloniales. Buenos Aires: Paidós, 2008. p. 50.

²⁴ CHANADY, Amaryll. The Latin American postcolonialism debate in a comparative context. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large**: Latin America and postcolonial debate. Durham, USA: Duke University Press, 2008. p. 424.

²⁵ MELLINO, op. cit., p. 50.

quanto social que transforma, de modo imprevisível, as direções e as finalidades dos direitos humanos.

Apresentação do plano de trabalho

Para alcançar o objetivo desta tese, que é investigar a razão de ser da centralidade da pessoa humana e, portanto, dos direitos humanos na Constituição Brasileira de 1988, indo além de seus pressupostos hegemônicos, o trabalho foi dividido em cinco capítulos.

No primeiro deles, intitulado “genealogia da ideia ocidental de pessoa humana”, discuto como o conceito de direitos humanos vem sendo, atualmente, pensado em sua relação constitutiva com a ideia de dignidade humana e o alcance que ela tem em relação a seus possíveis titulares. Para elucidar essa relação, apresento os contornos da noção de pessoa humana no pensamento ocidental pré-moderno e a centralidade por ela adquirida no jusnaturalismo moderno, como forma de demonstrar que, antes de se considerar a dignidade humana uma premissa autoevidente da existência dos direitos humanos, é a ideia de pessoa humana que deve ser compreendida. O objetivo dos temas escolhidos é o de compreender a formação do discurso dos direitos humanos e, sobretudo, de seus aspectos hegemônicos, que entendo estar implicado na genealogia da ideia de pessoa humana no pensamento ocidental até a virada antropocêntrica moderna. Isso porque, na modernidade ocidental, a forte influência do pensamento cristão operou profundas mudanças no conceito clássico de pessoa, tornando-o independente dos vínculos sociais para abranger indistintamente todos os seres humanos. Isso teve como efeito o reconhecimento da titularidade indistinta de certos direitos a nós, humanos, na medida em que a relação privilegiada com Deus fez da humanidade a espécie em destaque no mundo da vida. Este fenômeno se converteu no novo paradigma de compreensão da relação dos seres humanos com o mundo e impactou diretamente na construção do discurso dos direitos humanos.

Todavia, as leituras que se fazem desse fenômeno levam, ao menos, a duas conclusões distintas. Os críticos da modernidade entendem que a reviravolta antropocêntrica da modernidade levou à emergência do sujeito autocentrado e

individualista e de sociedades baseadas em valores destrutivos. Outro entendimento tem aqueles para quem o reconhecimento da dignidade de cada ser humano é o valor que norteia o ideal de vida boa de qualquer sociedade e, como tal, o paradigma antropocêntrico moderno não deve ser considerado uma herança perversa. Assim, visões antagônicas vêm determinando a própria compreensão dos direitos humanos e comprometendo a aceitação de sua validade como um patamar ético mínimo de validade universal. Fato não desprezível foram as consequências da radicalização do paradigma antropocêntrico nos dois últimos séculos, que levou à construção de uma sociedade baseada no extremo individualismo, negando, talvez, os propósitos emancipatórios que animaram o humanismo. Além disso, as afirmadas superioridade e centralidade da figura humana acabaram, na prática, convertendo-se na superioridade de um padrão específico de existência humana e, desde o momento em que a racionalidade foi identificada como o fundamento da natureza humana, grande parte da humanidade passou a ser excluída dessa categoria. Automaticamente, a filiação dos direitos humanos a esta tradição acarretou a sua ligação a pressupostos bastante problemáticos, advindos das distorções que a tradição humanista sofreu.

No segundo capítulo, parto da premissa de que existe um discurso hegemônico dos direitos humanos e discuto as limitações desse mesmo discurso para além das fronteiras do ocidente. Trata-se, portanto, de um discurso cujo privilégio da enunciação é, justamente, ocidental e que afirma que os direitos humanos são um produto das circunstâncias favoráveis e da visão de mundo que se consolidaram na Europa e nos Estados Unidos no século XVIII. As críticas a esse discurso consistem no seu atrelamento a uma ideia individualista e, portanto, abstrata de pessoa humana, que levou à valorização de um estilo de vida agressivo e competitivo que não se adequa a valores comunitários dos povos orientais ou que leva à desintegração social nas sociedades latino-americanas. Sendo assim, a existência dos direitos humanos fora do ocidente não é somente contestável, mas também o resultado de um transplante jurídico posterior, inclusive na América Latina. Essa postura hegemônica ocidental sugere que a história, os valores e as práticas de outras culturas não tiveram, e continuam não tendo, qualquer relevância para a construção desta ideia, subestimando, especialmente, as importantes contribuições latino-americanas para a edificação do potencial emancipatório da modernidade.

Implica, ainda, autoerigir-se na condição de guardiões dos direitos humanos, enquanto o resto do mundo continua a violá-los e a ignorá-los.

A seguir, no terceiro capítulo, proponho-me a discutir um aspecto que, a meu ver, contribui de forma decisiva para a consolidação desta posição hegemônica do ocidente. Trata-se do modo como, tradicionalmente, se compreende a formação e o desenvolvimento dos sistemas jurídicos de muitos países, que, segundo William Twining²⁶, consiste no seu mapeamento e na sua identificação em duas grandes categorias do Direito ocidental, quais sejam, as famílias da *Civil* e da *Common Law*. Isso só é possível uma vez que muitos países europeus foram, até a segunda metade do século XX, potências colonizadoras, estendendo seus domínios sobre dois terços da humanidade. Este modelo de difusão do direito é, assim, resultado do impacto do colonialismo que situa as ex-colônias na posição subalterna de importadores e receptores de instituições e modelos jurídicos para cuja construção pouco ou nada contribuíram. No campo dos direitos humanos, o modelo “padrão” de difusão do Direito reforça ainda mais a lógica do discurso hegemônico, que são incluídos nesse pacote como mais um artigo de exportação. Desse patamar, partirei para a discussão da limitação deste modelo como retrato do fenômeno de difusão do direito. Para tanto, buscarei em Twining os argumentos para refutar a tese segundo a qual a difusão dos modelos e institutos jurídicos mundo afora se dão ou se deram aos moldes do direito comparado tradicional. Defenderei que esta obedece muito mais a um processo multidirecional, de mútua influência e que obedece a diferentes variáveis para se adaptar, do que a um simples processo de recepção ou imitação inautêntico. Isso se reflete, naturalmente, na ideia de direitos humanos e de pessoa humana no contexto constitucional brasileiro que, como demonstrarei, não aparece em 1988 por meio de geração espontânea, mas se consolida como resultado de uma longa tradição na qual o Brasil está inserido.

Consequentemente, no quarto capítulo, farei o resgate de algumas contribuições latino-americanas para uma forma diferente de se pensar a pessoa humana e, portanto, para o enriquecimento da linguagem dos direitos humanos, que se fez sentir, de forma contundente, na consolidação da visão universalista dos

²⁶ TWINING, William. **General jurisprudence**: understanding law from a global perspective. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 269.

direitos humanos, mas, antes disso, no pensamento de Las Casas e de Poma de Ayala. Foram eles que reconheceram e defenderam a humanidade daqueles que não se incluíam nos critérios de respeitabilidade europeus. No entanto, estes constituem elementos esquecidos da história dos direitos humanos e este esquecimento só ajudou a reforçar a hegemonia do poder de enunciação ocidental e a posição secundária dos povos latino-americanos no que se refere a ele.

Por fim, no último capítulo, discutirei o sentido da centralidade da pessoa humana e, por conseguinte, a dimensão dos direitos humanos na Constituição Brasileira de 1988, sob uma perspectiva diversa daquela que está implícita no discurso hegemônico dos direitos humanos. Isso porque considero insatisfatório pensar que os direitos humanos ingressaram em nossa Constituição como meros transplantes, porque supostamente somos tributários da herança moderna europeia. Assim, rediscutirei a dimensão emancipatória e igualitária dos valores e conceitos modernos, afirmando que eles não se constituíram apenas como expressão do sentimento moral genuinamente europeu, mas que, ao contrário, práticas, visões de mundo, discursos e valores além do ocidente convergiram para a sua afirmação. A outra face da modernidade é o colonialismo e, desde essa perspectiva, foi possível desafiar a abstração e a estreiteza da percepção europeia sobre a condição humana dos não-europeus e, assim, substancializar e alargar a ideia de igualdade e de dignidade. A tradição latino-americana e sua vasta contribuição para a compreensão de que a centralidade da pessoa humana implica a aceitação da diferença, e não a sua assimilação como inferioridade, foram cruciais para determinar que a Constituição Brasileira de 1988 não só a consagrasse como um princípio, mas permitisse a inclusão de seres humanos historicamente excluídos da fruição de direitos humanos.

2 GENEALOGIA DA IDEIA OCIDENTAL DE PESSOA HUMANA

Jack Donnelly sustenta que “a teoria e a prática dos direitos humanos, como uma questão de fato, começou no ocidente e se tornou, em muitas formas politicamente definidas, parte central das sociedades ocidentais contemporâneas”²⁷. A mesma posição é defendida por Micheline Ishay ao sustentar que “nossa moderna concepção de direitos, onde quer se manifeste, é predominantemente européia em suas origens”²⁸. Essa percepção está tão profundamente arraigada que as críticas à pretensão de universalidade dos direitos humanos têm nesse fato o seu principal sustentáculo. Peter Fitzpatrick e Even Darian-Smith²⁹ entendem que o comprometimento da credibilidade dos direitos humanos mundo afora se deve ao fato de sua identificação ao particular ponto de vista ocidental sobre o que seja universal, negando, por via de conseqüência, as particularidades e as diferenças daqueles que não compartilham os mesmos valores e costumes que caracterizam esse ponto de vista. Nesse sentido, os direitos humanos são vistos como a continuidade de um processo de expansão dos valores ocidentais após o fim do período colonialista nas décadas subsequentes à Segunda Guerra Mundial, constituindo, dessa forma, a derivação de um projeto genuinamente europeu que os ‘orientais’ rejeitam peremptoriamente e os pós-coloniais se esforçam, sem muita convicção, para seguir.

Compreender a formação do discurso dos direitos humanos e, sobretudo, de seus aspectos hegemônicos, implica percorrer a genealogia da ideia de pessoa humana no pensamento ocidental até a virada antropocêntrica moderna. A mudança na forma de conceber o homem determinou a radical alteração das relações entre os próprios seres humanos e também com o mundo, representando a emergência de um novo paradigma. Esse paradigma, que nasceu da elevação da figura humana à condição de destaque no mundo da vida, constituiu-se principalmente a partir da visão cristã de mundo e ajudou a construir o discurso dos direitos humanos. Todavia,

²⁷ DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. 2nd ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003. p. 63.

²⁸ ISHAY, Micheline R. **The history of human rights: from ancient times to the globalization era**. Berkeley: University of California Press, 2008. p. 5.

²⁹ FITZPATRICK, Peter; DARIAN-SMITH, Even. **Laws of the postcolonial**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1999. p. 4-10.

não há uma leitura unívoca desse fenômeno, pois enquanto alguns entendem que a reviravolta antropocêntrica da modernidade levou à emergência do sujeito autocentrado e individualista e de sociedades baseadas em valores destrutivos, outros entendem que serviu ao reconhecimento de que a dignidade de cada ser humano é o valor que norteia o ideal de vida boa de qualquer sociedade. Assim, a própria compreensão dos direitos humanos vem sendo determinada por leituras antagônicas, que só a rediscussão dos pressupostos que lhe deram origem podem ajudar a elucidar.

2.1 Pensar o conceito de direitos humanos, hoje

Segundo a concepção da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, a partir da qual se inaugurou a atual fase universalista dos direitos humanos³⁰, estes são vistos como uma forma de direitos morais, que diferem de outros direitos desta mesma dimensão por serem eles de todos os povos em todos os tempos. Mas a sua característica universal determina, em grande parte, o problema em justificá-los no marco de um mundo multicultural, multiétnico, pós-colonial e marcado por diferentes visões de mundo.

Em geral, os direitos individuais são justificados, arguindo-se que os mesmos são adquiridos por liberalidade, compra ou mesmo por força de algum contrato. E, ao lado dos direitos morais de um indivíduo em particular, há direitos morais que pertencem a uma dada classe de pessoas, como pais, trabalhadores, profissionais, consumidores etc. Todavia, os direitos humanos têm uma particularidade: são os direitos de todos os seres humanos em todos os tempos, como estabelece o primeiríssimo dispositivo da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

³⁰ O advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 simbolizou o surgimento de uma nova concepção de direitos humanos, a que Flávia Piovesan denominou concepção contemporânea. PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 60.

Eles são providos de razão e consciência e devem agir uns em relação aos outros em espírito de fraternidade”.

Portanto, eles não podem ser justificados da mesma forma que se justifica direitos que são obtidos por meio de atos legais ou contratuais. Por direitos humanos, consideram-se aqueles direitos que não surgem ou são criados por nenhum ato contratual específico³¹. Sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial, a noção de que cada ser humano merece um tratamento respeitoso e que não pode ser sujeito à tortura, à escravidão, à servidão ou a qualquer outro tratamento degradante, consolidou-se como fonte de criação de deveres para o legislador e como marco para a ação estatal³². Isso porque uma convicção que subjaz à maioria das concepções acerca dos direitos humanos é aquela segundo a qual todos os indivíduos humanos têm um valor intrínseco simplesmente porque são indivíduos humanos. Essa convicção é articulada de diversas formas: às vezes, expressa-se por meio da ideia de dignidade humana; outras, pela fórmula “respeito às pessoas”; em alguns momentos, por meio da formulação kantiana segundo a qual os seres racionais devem ser tratados sempre como fins em si mesmos e jamais apenas como meios para a realização deste ou daquele fim particular³³. Mas todas têm em comum o reconhecimento de um valor intrínseco e irrevogável que apenas os seres humanos têm e que se convencionou chamar de dignidade humana.

Porém, ao se falar em dignidade, vem à tona uma série de dificuldades na hora de estabelecer o seu significado, o que acaba resultando na própria dificuldade de compreensão dos direitos humanos, quando eles são justificados a partir dessa ideia. Dignidade, propriamente dita, pode ser definida como *status* ou condição que atribui a determinado ser um conjunto de direitos decorrentes de características relevantes que necessitam ser protegidas e resguardadas contra a ação de outrem ou de si mesmo. Na modernidade, pela primeira vez, uniu-se o termo dignidade ao homem, através de Pico Della Mirandola. Posteriormente, Kant conceituou a dignidade como “valor incondicional, incomparável para o qual só a palavra respeito

³¹ CRANSTON, Maurice. **What are human rights?** London: Bodley Head, 1973. p. 21-23.

³² FOSTER, Steve. **Human rights and civil liberties**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2008. p. 8.

³³ JONES, Peter. **Rights**. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Macmillan, 1994. p. 98.

confere a expressão conveniente da estima que um ser racional deve lhe tributar” e concluiu que a autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional”³⁴. A partir desses conceitos, surgiu a dificuldade de se definir a que humano se refere o termo dignidade humana.

Mas antes de entrar nessa controversa questão, é preciso esclarecer que a própria noção de dignidade comporta alguns desdobramentos conceituais se analisado como uma posição numa escala de valores através de sua relação com as noções de direito, respeito e auto-respeito. Sob essa perspectiva, Lennart Nordenfelt visualiza tipos de dignidade, que pode, assim, se desdobrar em dignidade de mérito, dignidade de estatura moral, dignidade de identidade e dignidade da *menschenwürde*³⁵, mas nem todos estes tipos de dignidade, que podem ser ostentadas pelos seres humanos, são a referência para a ideia de direitos humanos.

Segundo a autora, a dignidade de mérito depende de *status* social ou de alguma posição formal que o ser humano ocupe na vida, portanto, pode ser perdida e adquirida. Representa o sentido antigo de dignidade, que se referia a algum tipo de excelência ou distinção, propriedade tipicamente pertencente aos senadores e pessoas de alta posição social na República Romana. Nesse sentido, um rei, um presidente da República, um profissional de destaque em sua área, um grande empresário e assim por diante ostentam esse tipo de dignidade. A dignidade de estatura moral é resultado das ações do sujeito, sendo reconhecida àqueles seres humanos cujos pensamentos e ações ostentam alto valor moral. Portanto, também não é atribuída de forma igual a toda espécie humana, mas a pessoas cumpridoras de seus deveres e seguidoras de princípios morais. Assim, um criminoso perde sua dignidade moral, do mesmo modo que uma pessoa egoísta. Já a dignidade de identidade é ligada à integridade e à autonomia do corpo e da mente do ser humano e, em muitos casos, a sua própria auto-imagem. Este tipo de dignidade pode não estar presente em todos os seres humanos, podendo ser adquirida, perdida ou, ainda, readquirida. Nesse caso, pode-se dizer que a dignidade de uma pessoa em

³⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 66.

³⁵ NORDENFELT, Lennart. The varieties of dignity. **Healthy Care Analysis**, v. 12, n. 2. p. 71, June 2004.

estado vegetativo permanente está mitigada, ou até mesmo, temporariamente perdida, em função das limitações que essa deficiência lhe acarreta na vida em sociedade. Os três tipos de dignidade acima têm em comum o fato de serem variáveis de acordo com posição social, estatura moral ou nível de integridade físico-mental e, ainda, o fato de poder ser perdida ou adquirida (ir e vir)³⁶.

Estes significados que o termo dignidade pode assumir determinam, de fato, diversas consequências práticas que se refletem na atribuição ou na perda de direitos, seja esfera civil, seja na esfera penal, mas não estão relacionados à titularidade dos direitos humanos. Considerando-se que a prática de um crime implica geralmente a adoção de uma conduta imoral, a punição advinda, que representa a perda de direitos de ordem moral ou patrimonial (via de regra, liberdade e/ou patrimônio), resulta, em última análise, da perda ou da severa mitigação da dignidade moral do indivíduo criminoso. A defesa da função ética da punição, como vem sustentando o Professor Vicente Barretto³⁷, pode, portanto, ser explicada como a necessidade de recuperação desta dignidade moral perdida ou mitigada pela prática de um ato criminoso e, portanto, imoral. Outra forma de visualizar a expressão das formas de dignidade no mundo jurídico é a consequência que a condição social do indivíduo determina para o balizamento do valor da indenização em casos de reparação de dano moral. Nesse caso, a dignidade advinda da posição social pode tornar o indivíduo merecedor de indenização maior ou menor. Por fim, é claramente visualizável o desvalor social causado àqueles que, de alguma forma, não possuem ou perdem sua integridade física ou psíquica, a ponto de ser necessária a adoção de medidas legais afirmativas tendentes à garantia de direitos, como é o caso do direito ao trabalho e à educação, que, de outra forma, não seria necessário³⁸.

Existe, porém, uma quarta variação do termo dignidade, do qual falamos quando nos referirmos àquilo que justifica a condição dos beneficiários dos direitos

³⁶ NORDENFELT, Lennart. The varieties of dignity. **Healthy Care Analysis**, v. 12, n. 2, p. 71-6, June, 2004.

³⁷ BARRETTO, Vicente de Paulo. Por que punir? In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 249.

³⁸ A legislação brasileira trata da promoção dos direitos das pessoas portadoras de deficiência em diversos instrumentos legais. Cita-se, como exemplo, as Leis nº 7. 853/89 e 10.098/2000.

humanos. Ela está ligada à dignidade pertencente a todo ser humano na mesma medida e extensão, a qual não pode ser perdida enquanto esse ser estiver vivo. A ela, deu-se o nome de dignidade da *menschenwürde*³⁹. Esse tipo de dignidade é igual em todos os seres humanos e não se perde pelo fato de alguém ter cometido um crime, por mais atroz que possa ter sido, pelo fato de ter perdido sua consciência e se tornado um paciente em estado terminal, por ter sofrido um acidente de carro e perdido a mobilidade ou, ainda, por ter perdido um cargo importante ou toda a fortuna. A dignidade humana, segundo essa manifestação, é um atributo que qualquer ser humano tem, independente de cor, raça, credo, nacionalidade, gênero, língua, integridade física, psíquica ou moral, orientação sexual, idade ou classe social, resultando no fundamento único, que exige a observância de valores comuns. Como observa Bielefeldt, “a sua inegociabilidade implica a exata igualdade de dignidade humana, mesmo que haja diferenciação social por prestígio ou posição. A moderna busca por igualdade encontra seu fundamento ético na conscientização dessa dignidade que se sobrepõe a todas as posições”⁴⁰.

Por essa razão, compreende-se a expressão dignidade humana como uma qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da condição humana, que pode e deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, nunca admitindo, contudo, a possibilidade de ser criada, concedida ou perdida, já que existe na “pessoa” como algo intrínseco⁴¹. Nesse sentido, independe de circunstâncias concretas, como traços culturais específicos, estatura moral, integridade física e mental ou *status* social. Ela subsiste, mesmo que inexistentes esses traços e determina, na mesma extensão, os mesmos direitos para todo e qualquer indivíduo. É que pressupõe que todos possuem certos interesses humanos incondicionais que justificam os mesmos direitos humanos.

A maioria das interpretações contemporâneas sobre dignidade humana decorre da célebre formulação kantiana que eleva a dignidade ao nível do

³⁹ NORDENFELT, Lennart. The varieties of dignity. **Healthy Care Analysis**, v. 12, n. 2, p. 78, June, 2004.

⁴⁰ BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 84.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2006. p. 218.

incondicionado (mesmo que com ela não concordem em relação ao elemento subjetivo). Em Kant, a autonomia é o fundamento da dignidade humana, justamente porque o conceito kantiano de pessoa está diretamente ligado ao de moralidade, estabelecendo-se, com isso, uma diferenciação entre os conceitos de pessoa e de ser humano. Isso porque os seres humanos não se encontram, ao longo de toda sua existência, aptos a agirem segundo a representação de leis e, mesmo aqueles que assim se encontrem, podem ter a sua capacidade de autodeterminação e consciência suprimida ou afetada. Portanto, a dignidade em Kant decorre da autonomia, que, por outro lado, é também característica fundamental do conceito de pessoa que tem estreita relação com a ideia de direitos humanos.

Reportando-se a Kant e à tradição da qual ele é tributário, os juristas brasileiros vêm delimitando o conceito de dignidade humana que, após a Constituição de 1988, ganhou destaque no cenário jurídico nacional. Ingo Sarlet a define como qualidade intrínseca e distintiva que faz de cada ser humano merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, que lhe acarreta uma variedade de direitos e deveres fundamentais. Estes direitos têm o objetivo, tanto de proteger a pessoa de atos degradantes e desumanos, quanto o de garantir as condições mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos seus próprios destinos e nos da vida em comunhão com os demais seres humanos⁴².

Maria Celina Bodin de Moraes não propõe um conceito de dignidade, mas enuncia aquele ao qual se filia e que não difere, substancialmente, do conceito antes mencionado. Para a autora, a dignidade é um valor intrínseco às pessoas humanas, sendo que a sua humanidade decorre do fato de serem elas seres racionais, dotados de livre-arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza⁴³. Ricardo Lobo Torres não propõe uma conceitualização de dignidade humana, mas lhe atribui duas características - a abertura para a ponderação e a irradiação para os direitos de liberdade e da justiça -, afirmando que, em razão disto,

⁴² SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59.

⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 85.

ela é o fundamento para que os direitos sociais sejam entendidos como “mínimos existenciais” (proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de prestações materiais em favor dos pobres)⁴⁴.

Entretanto, a concepção de Ricardo Lobo Torres não resolve o problema, pois ao analisarmos detidamente, encontraremos consequências questionáveis que restringem sobremaneira seu conteúdo⁴⁵. Por sua vez, as concepções de Maria Celina Bodin de Moraes e de Ingo Sarlet deixam em aberto três questões fundamentais: por que, afinal, o homem se destaca em relação aos demais seres vivos no mundo da vida? Se a racionalidade é a resposta, em que medida este atributo assegura, ao homem, a condição de fim em si mesmo e uma série de direitos daí decorrentes? Por fim, o que é ser racional? Responder à questão sobre quem é o “humano” que adjetiva o substantivo “dignidade”, tomado evidentemente sob acepção de dignidade da *menschenwürde*, implica deparar-se com uma série de dificuldades que as análises contemporâneas, sobretudo em nosso país, parecem ignorar. Todas padecem da deficiência de tratar a dignidade humana como uma verdade autoevidente. Isso porque, em relação aos seres humanos nascidos vivos, deixou de existir qualquer divergência quanto à sua inclusão na condição humana, desde que os documentos jurídicos nacionais e internacionais do segundo pós-guerra reconheceram que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que estes direitos serão gozados sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra

⁴⁴ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos Direitos Sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo W. **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 14.

⁴⁵ No Estado Democrático de Direito, a concepção de direitos sociais superou à da *Poor Law* inglesa do século XIX, pois assumiu feição totalmente distinta do assistencialismo. De modo que promover direitos sociais vai além de assegurar prestações aos pobres ou imunizar da incidência de tributos os bens que sirvam à sua garantia. O “mínimo existencial” consiste em um desdobramento da teoria da reserva do possível, em que o custo dos direitos sociais impediria a sua efetivação por insuficiência de recursos. Como observa Vicente Barreto, essa compreensão esvazia a amplitude e a magnitude dos direitos sociais, pois deixa ao arbítrio do governante, decidir o que abrange o mínimo existencial, retirando, do princípio da dignidade humana, a sua dimensão social e econômica. Além disso, compromete a efetividade dos direitos humanos, como um todo, pois sendo eles indivisíveis e interdependentes, tornar os direitos sociais quase uma opção do legislador é tornar impossível a realização dos direitos de liberdade e, por consequência, inviabilizar o próprio Estado Democrático de Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 122.

natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. No entanto, se se admite que todo e qualquer ser humano, ao menos o nascido vivo, pode ser incluído na categoria de humano a que se refere a expressão “dignidade humana”, é preciso esclarecer as bases sobre as quais essa ideia se assenta. É necessário tornar claro como e por quê se constituiu a noção de que o indivíduo humano é um ser intrinsecamente digno e como esse processo evoluiu ao longo do lento processo de gestação dos direitos humanos.

Até bem recentemente o adjetivo humano excluía mais do que incluía seres da espécie humana. Teriam, portanto, estes seres humanos, adquirido dignidade ao longo do tempo? Não obstante, se é certo que, atualmente, os seres humanos nascidos vivos se incluem, sem grandes divergências, na categoria de seres humanos, ainda subsiste o problema relativo à dignidade ou não daqueles que ainda não nasceram, daqueles que estão nas zonas limítrofes entre a vida e a morte ou ainda dos que se encontram na linha que divide humanidade de animalidade e que constituem os problemas suscitados pela bioética. É justamente este problema que instiga Costas Douzinas a formular suas perguntas:

Será que podemos ter um conceito de direitos sem ter uma definição de quem ou o que é humano? E mesmo se fôssemos assumir que podemos responder à questão da humanidade, quando começa e quando termina a existência de um ser humano e dos direitos associados? E quanto às crianças, aos portadores de distúrbios mentais, de doenças terminais ou aos prisioneiros? Se eles são totalmente humanos e têm assegurados todos os direitos que pertencem à humanidade ou são apenas parcialmente humanos, uma vez que seus direitos são drasticamente reduzidos? Desfrutam eles de um número menor de direitos por serem menos humanos ou por contar com alguma outra qualidade? E quanto aos animais? [...] A linha divisória entre humanidade e animalidade se manteve, mas foi cedendo. Na outra extremidade, a própria divisão é desafiada e os humanos são vistos como uma espécie única e não-privilegiada no orgânico contínuo do Universo⁴⁶.

⁴⁶ “Can we have a concept of rights without having a definition of who or what is human? And even if we were to assume that we can answer the question of humanity, when does the existence of a human being and the associated rights begin and when does it end? What about children, the mentally or terminal ill, prisoners? Are they fully human, entitled to all rights that belong to humanity or, are they only partially human since their rights are severely restricted? Do they enjoy fewer rights because they are lesser human or on account of some other quality? What about animals? [...] The dividing line between humanity and animality is maintained but moved along. At the other deep end, the divide itself is challenged and humans are seen as one, non-privileged species in the organic in the organic continuum of the cosmos”. DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 184.

Muito embora este problema bioético não seja especificamente o objeto da presente tese, a sua menção se justifica porque a compreensão do processo de como se deu a inclusão dos seres humanos nascidos vivos na ideia de humano depende largamente de tomarmos consciência de que esta não é uma concepção autoevidente como fazem crer os estudiosos da dignidade humana na atualidade.

2.2 Dignidade humana: um atributo realmente de todos?

Os direitos humanos passaram por um longo processo de gestação e teoricamente se consolidaram quando se reconheceu a definitiva identificação entre as ideias de ser humano e pessoa humana, determinando, com isso, a afirmação de que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Tratarei desse problema na próxima seção. Antes, porém, discutirei em que medida a ideia de dignidade humana desafia noções tradicionais da antropologia personalista quando estamos diante de situações limítrofes da vida humana. É comum se observar, nos textos jurídicos e filosóficos, referências ora à pessoa humana, ora ao ser humano, como titulares do direito à vida, à liberdade, a uma vida digna, a certos bens materiais básicos e assim por diante. Ocorre que a ideia de pessoa humana é menos abrangente que a noção de ser humano, e, quanto à condição de dignidade de muitos membros da espécie humana, persistem dúvidas insolúveis. Esses são os desafios da bioética, que lida com os problemas de acesso a direitos, como à vida, àqueles que não foram tradicionalmente incluídos no âmbito de incidência dos direitos humanos, por não serem considerados pessoas.

A expressão dignidade humana não é autoexplicativa, como sugere grande parte da doutrina, pois não há uma definição precisa a respeito do “humano”. Isso porque a sua definição transita, nas palavras de Nino, entre: 1) caracterizar o conceito de homem sobre a base de propriedades que se apresentam, *prima facie*, como moralmente relevantes – racionalidade e capacidade de propor-se fins que Kant toma em conta -, cuja conseqüência é considerar que há homens que são em menor grau que outros, posto que aquelas propriedades são tipicamente de índole gradual; 2) caracterizar o conceito de homem em termos de traços biológicos muito

elementares – tais como a estrutura cromossômica de suas células – que todos os seres humanos apresentam em igual grau, caso em que não se vislumbra claramente como esses traços biológicos possam servir de único fundamento para conceder tais direitos⁴⁷.

Diante disso, as opiniões se dividem e ainda não há consenso, como foi possível observar no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, que tramitou no Supremo Tribunal Federal Brasileiro e foi considerado o mais importante e controvertido caso já apreciado por aquela Corte. Nesta ação, discutiu-se a constitucionalidade do artigo 5º, da Lei de Biossegurança nº 11.105, de 24 de março de 2005, que permitia a utilização de embriões fertilizados *in vitro* e não implantados no útero materno para a extração de células-tronco com finalidade terapêutica, desde que estes embriões estivessem congelados há mais de três anos e fossem considerados inviáveis. Por meio dessa ação, o Procurador Geral da República arguiu a inconstitucionalidade do referido dispositivo, sob o argumento de que a utilização destes embriões implicaria violação do direito à vida, assegurado pelo *caput* do artigo 5º, da Constituição Brasileira de 1988. Por seis votos contra cinco, o Supremo Tribunal Federal julgou-a improcedente, ao entender que a vida dos embriões humanos não está sob proteção constitucional.

Questões como estas se tornaram frequentes no debate público desde que impressionantes avanços da ciência e da técnica, sobretudo nos últimos cinquenta anos, têm alcançado domínios até então intocáveis pela ação do homem⁴⁸. Portanto, no campo bioético, tem-se motivado intenso debate sobre os limites semânticos da dignidade humana e sobre suas consequências práticas. Para alguém ser considerado digno e, portanto, titular de direitos humanos básicos, basta ser humano, ou seja, ser dotado de “natureza humana”, ou para sê-lo deve estar no gozo atual das capacidades da autoconsciência, linguagem, pensamento etc?⁴⁹ No primeiro caso, entende-se que a dignidade decorre do simples fato de alguém

⁴⁷ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 44.

⁴⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. O vaso de pandora da biotecnologia: impasses éticos e jurídicos. In: TORRES, Heleno Tavares. **Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**: estudos em homenagem a Nelson Saldanha. São Paulo: Manole, 2005. p. 667.

⁴⁹ CATTORINI, Paolo; REICHLIN, Massimo. Persistent vegetative state: a presumption to treat. **Theoretical Medicine**, Netherlands, n. 18, p. 263-4, 1997.

pertencer à espécie humana (do simples fato de ser humano) e, no segundo, como resultado do fato de alguém ostentar características moralmente relevantes, cujo gozo atual e pleno seria *conditio sine qua non* para a caracterização da pessoa. A primeira corrente é chamada, por Cattorini e Reichlin, de personalismo ético e a segunda, de atualista.

O personalismo ético tem dois desdobramentos, que variam de acordo com o que se entenda pelo termo “pessoa”. Segundo o seu primeiro desdobramento, considera-se a dignidade como um atributo pertencente a qualquer ser humano pelo simples fato deste fazer parte da espécie humana e ter uma identidade biológica específica, mesmo que diminuídas ou inexistentes as capacidades de entendimento, consciência, linguagem e pensamento. Conclui-se que não há uma identidade lógica e ontológica entre os conceitos de ser humano e pessoa. Inobstante não se verifique essa identidade, ela é irrelevante para que se reconheça dignidade a todo e qualquer ser humano. Assim, não se mostra adequado falar em dignidade da pessoa humana, senão dignidade do ser humano ou simplesmente dignidade humana, quando se está referindo àquele atributo pelo qual se acede ao gozo de direitos básicos ou ao *status* moral. Nesses casos, revela-se extremamente problemático compreender a dignidade como decorrência do conceito de pessoa sob o prisma atualista ou funcionalista, segundo o qual a personalidade é um conceito que pode ser atribuído apenas aos seres que tenham capacidade para exercer algumas ou todas as propriedades distintivas e relacionais da espécie humana, como consciência, linguagem e pensamento.

Por essas razões, em estudo sobre as implicações do conceito de pessoa em temas bioéticos, Bert Gordjin⁵⁰ cita quatro razões para que se abra mão do uso do conceito de pessoa no debate bioético: 1) trata-se de um conceito supérfluo (“se certo *status* moral aparece quando se tem certas propriedades e se esse *status* pode ser explicado totalmente como sendo uma consequência da posse dessas propriedades, o uso do conceito de pessoa torna-se desnecessário); 2) é confuso e não tem uso pragmático, pois o conjunto de propriedades que o ser humano deve ostentar é tão variado que não se pode definir quais são suficientes para caracterizar

⁵⁰ GORDIJN, Bert. The troublesome concept of the person. **Theoretical Medicine and Bioethics**, Netherlands, v. 20, n. 6, p. 354-355, Dec. 1999.

a pessoa (ninguém sustenta a necessidade de se ostentar todas as propriedades); 3) conduz a simplificações (a pessoa tem *status* moral e a não-pessoa não o tem); 4) é um conceito tampão (*cover-up concept*), ou seja, como não há critérios externos de demarcação das qualidades que são e das que não são necessárias para a personalidade, um participante no debate bioético pode simplesmente escolher um conjunto específico de propriedades e sustentar como sendo necessárias e suficientes para a personalidade, de modo a corroborar seu próprio ponto de vista moral. E como não há um consenso, a posição sustentada por alguém não poderia ser decisivamente criticada pelo oponente, ensejando o uso do conceito de pessoa de acordo com o interesse de cada participante do debate bioético.

No caso do aborto, por exemplo, Dworkin esclarece que a questão do direito à vida pode ser respondida sem que para isso se decida se o feto é uma pessoa ou não. Para o autor, subjazem à discussão sobre a moralidade do aborto duas controvérsias que o público envolvido não consegue discernir com muita clareza. A primeira delas discute se o feto tem ou não propriedades moralmente relevantes: interesses - inclusive o interesse de continuar vivo - e direitos que protejam esses interesses. Neste caso, especula-se sobre a condição de pessoa do feto e, portanto, sobre o seu direito de ser tratado como tal. A segunda controvérsia a respeito da moralidade do aborto está relacionada não à injustiça ou ao mal que se cometa contra uma pessoa, mas ao fato de que a sua realização implica negação ou violação da santidade ou da inviolabilidade da vida humana⁵¹. Porém, Dworkin esclarece que a condenação moral do aborto está relacionada não à primeira, mas à segunda controvérsia. Ou seja, a maioria dos detratores do aborto não pensa que o feto seja uma pessoa com interesses e direitos a serem protegidos, mas de um ser que possui uma vida que, sendo humana, é inviolável⁵². Mesmo aqueles que, em certas condições, aceitam a realização do aborto, pressupõem que a vida humana tenha um significado moral intrínseco e, por isso, só pode por-lhe fim quando estejam em jogo os interesses de outra pessoa, por exemplo, os da mãe⁵³.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 32.

⁵² Ibid., p. 41.

⁵³ Ibid., p. 47.

Na mesma linha de Dworkin, situa-se a contundente conclusão de Vincent Bourguet a respeito da condição dos embriões. Segundo o autor, não faz sentido discutir se o embrião é vida humana; isso está fora de questão, já que se trata de um ser vivo da espécie humana. Para ele,

um indivíduo pode pertencer à espécie humana sem possuir nenhuma propriedade morfológica do adulto e esse é o caso do zigoto. Portanto, um ser humano não é “potencial” visto que sua morfogênese não teria começado. Certamente, ele é alguma coisa em potência, a saber, primeiro um feto, depois por fim um adulto. Mas ele não é um ser humano em potência, ele é atualmente um ser humano em potência de ser adulto – sem o que, é claro, ele jamais se tornaria um adulto. Em suma, dizer que um embrião é “um ser humano potencial” é confundir “humano” com “adulto”⁵⁴.

Com base nessa compreensão, ou seja, de que a vida humana ostenta um valor supremo e inviolável, entende-se que a sua dignidade independe da expressão ou do gozo atual das capacidades especificamente humanas que se revelam, de forma plena, apenas no ser humano adulto e sadio.

No segundo desdobramento do personalismo ético, é possível não se abrir mão do conceito de pessoa, mas ampliá-lo e ressignificá-lo, até incluir características que possam ser constatadas em qualquer membro da espécie humana e não somente no indivíduo humano adulto e plenamente saudável. Essa perspectiva é adotada, segundo Junges⁵⁵, pela antropologia personalista, que apresenta a concepção de ser humano mais condizente com a bioética, porque, ao chamar o ser humano de pessoa, toma em conta, de forma integral, as seguintes estruturas: 1) estrutura somática ou corpo humano: o corpo humano é entendido como materialidade (o cadáver), como estrutura biológica de tecidos, órgãos e funções e como evento pessoal ou forma de expressão do sujeito; 2) estrutura psíquica: no domínio psíquico, começa a se constituir o homem interior e a delinear-se a interioridade própria de cada um, a consciência e a reflexividade; 3) estrutura

⁵⁴ BOURGUET, Vincent. **O ser em gestação**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. Tradução de Nicolas Nymi Campanário. São Paulo: Loyola: 2002. p. 57.

⁵⁵ JUNGES, José Roque. A pessoa humana como categoria fundamental da bioética. In: **Bioética**: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999-2002. p. 72.

espiritual (contestada por correntes materialistas): dimensão que transcende a verificabilidade empírica e, que dá sentido à vida individual de cada ser humano⁵⁶. Tais estruturas antropológicas asseguram a identidade ontológica do ser humano, pois são o substrato da natureza humana, sendo, *per se*, suficientes para considerar o ser humano pessoa. É certo que essas estruturas precisam ser levadas à expressão pela relação com o mundo, o outro e a transcendência, fazendo do ser humano um ser situado, um ser em relação; porém, o ser humano, como estrutura corporal, psíquica e espiritual, subsiste em si mesmo, pois a relação não nega o “em si” do humano, que, ao contrário, é sua condição de possibilidade. Sob essa perspectiva, as propriedades do ser humano (consciência, autonomia, responsabilidade, historicidade e comunicação) são expressões adquiridas nas relações que ele estabelece com o mundo, o outro e a transcendência⁵⁷.

Assim procedendo, adquire-se uma identidade conceitual e ontológica entre os conceitos de ser humano e pessoa humana, de modo que, sendo um atributo decorrente do mero fato de pertencer à espécie humana, a dignidade torna qualquer ser humano uma pessoa, independente do vínculo que mantenha com a sociedade. Sob esta perspectiva, para ser considerado pessoa, basta ser membro da espécie humana e a dignidade se reconhece em todo e qualquer ser humano, tomando como única propriedade relevante de seus beneficiários a de pertencer à espécie humana, na medida em que todos exibem no mesmo grau essa característica. Não há necessidade de desempenhar nenhum papel social, pertencer à determinada linhagem familiar ou até mesmo de estar vivo: a dignidade advém do fato de pertencer à espécie humana e, portanto, não pode ser suprimida, nem aniquilada, admitindo-se, por outro lado, que seja aviltada ou promovida.

A segunda corrente, denominada por Cattorini e Reichlin de “atualista”, não identifica os conceitos de pessoa e de ser humano, pois este não é valorado *per se*, com base no que ele é; o valor moral é atribuído às operações em si (pensar, raciocinar, sentir) e para o indivíduo apenas na medida em que ele realiza essas

⁵⁶ JUNGES, José Roque. A pessoa humana como categoria fundamental da bioética. In: **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999-2002. p. 75-86.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 104-106.

operações⁵⁸. Provavelmente esta corrente de pensamento tenha suas raízes na concepção de pessoa de John Locke⁵⁹. Segundo a teoria da identidade pessoal do autor, pessoa é o ser pensante, dotado de razão e reflexão, que pode considerar-se a si mesmo como o mesmo, mesma coisa pensante em diferentes momentos e lugares; o que ele faz apenas por aquela consciência que tem de suas ações, a qual é inseparável do pensamento e essencial para este, uma vez que é impossível para qualquer um perceber sem perceber que está percebendo. Assim, a identidade pessoal não pode se reduzir nem à identidade da substância imutável (alma) nem à identidade da substância (corpo) e nem à união imutável de ambas. Necessário e suficiente, segundo Locke, é que haja história continuada do princípio vital que organiza as partículas da matéria. Locke introduziu a consciência ao conceito de pessoa, pois é dela que depende a identidade pessoal, ou seja, a identidade pessoal consiste na identidade de consciência. O que faz de um ser uma pessoa não é humanidade biológica, mas sua consciência. Como consequência, não apenas os membros da espécie humana, mas também membros de espécies não-humanas poderiam ser considerados pessoas se apresentassem consciência, tornando o conceito de pessoa dependente da verificabilidade empírica da consciência no ser humano⁶⁰.

Para a corrente atualista, a personalidade decorre do gozo de certas capacidades humanas, considerando irrelevante para o reconhecimento da dignidade o simples fato de pertencer à espécie humana ou de ter uma mera identidade biológica. A consequência é admitir que não haja qualquer relevância moral ou mesmo jurídica no fato de pertencer à espécie humana e, portanto, o atributo da dignidade humana só se reconhece efetivamente às pessoas. Têm, desta forma, dignidade humana e, conseqüentemente, a titularidade e o gozo dos direitos humanos, somente as pessoas, ou seja, aqueles seres no pleno exercício das capacidades humanas.

⁵⁸ CATTORINI, Paolo; REICHLIN, Massimo. Persistent vegetative state: a presumption to treat. **Theoretical Medicine**, Netherlands, n. 18, p. 263, 1997.

⁵⁹ LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. v. 1, livro 2, p. 450.

⁶⁰ GORDIJN, Bert. The troublesome concept of the person. **Theoretical medicine and bioethics**. Netherlands, v. 20, n. 6, p. 352, Dec. 1999.

As duas correntes da bioética e seus desdobramentos não suscitam apenas interesses especulativos, mas revelam interesses e implicações práticas de grande envergadura. Conceituar pessoa sem qualquer referência à natureza ontológica do ser humano, concentrando-se exclusivamente em sua caracterização enquanto pessoa, ou seja, nas propriedades que ele revela, coloca inúmeros problemas bioéticos, como o tratamento de pessoas em estágio vegetativo permanente, aborto, descarte ou utilização terapêutica (extração de células-tronco ou clonagem) de zigotos obtidos a partir de técnicas de fertilização *in vitro*, entre outros.

A corrente atualista está relacionada a teorias como a de Peter Singer⁶¹, que entende que somente o ser humano considerado pessoa é titular do direito à vida, pois apresenta características moralmente relevantes para tanto, como autoconsciência de si e autonomia, que lhe possibilitam optar por dar continuidade a sua vida. Segundo o autor, quando nos referimos a seres humanos, podemos estar falando de membros da espécie *homo sapiens* ou de pessoas, que são coisas diferentes. A idéia de pessoa refere-se a seres autoconscientes que, como tal, têm consciência de si como entidade distinta, com um passado e um futuro. Um ser dotado de tal consciência de si é capaz de ter desejos relativos a seu próprio futuro. Isso implica que pessoas tenham direito à vida, ao passo que membros da espécie *homo sapiens*, enquanto não adquirirem o *status* de pessoa, não o tenham. O direito à vida, nessa perspectiva, é o direito de continuar existindo como uma entidade específica, de modo que o desejo relevante de possuir um direito à vida é o desejo de continuar existindo como entidade específica. Contudo, somente um ser capaz de conceber-se como entidade específica existindo no tempo, isto é, como pessoa, poderia ter semelhante desejo.

Segundo Singer, o aborto e as experiências com embriões suscitam questões éticas difíceis, pois o desenvolvimento do ser humano é um processo gradual. O óvulo recém fertilizado é uma célula única, que, depois de vários dias, ainda não deixou de ser um minúsculo agrupamento de células sem qualquer característica do ser que poderão se tornar mais tarde. No outro extremo, situa-se o ser humano adulto. Matar um ser humano adulto equivale a um homicídio, enquanto

⁶¹ SINGER, Peter. **Ética prática**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 96-104.

a morte de um zigoto dificilmente causaria comoção a alguém, ainda que, de fato, se reconheça não existir uma nítida linha divisória que separe o zigoto do ser humano adulto⁶². Como, para Singer, o conceito de humano se divide em duas noções específicas - membro da espécie *homo sapiens* e pessoa -, se ele for tomado no segundo sentido (enquanto pessoa), não se pode considerar que o feto, e muito menos o zigoto, por exemplo, sejam uma vida humana com direitos. Isso porque, segundo sua aceção de pessoa, é evidente que o feto não o é. Características moralmente relevantes são a racionalidade, a autoconsciência, a consciência e a autonomia, as quais inexistem tanto no zigoto, quanto no feto e na criança recém nascida, mas que, ao mesmo tempo, muitos animais apresentam em maior dimensão, como é o caso dos animais domésticos, golfinhos, macacos etc. Uma vez que nenhum feto é pessoa, não tem o mesmo direito à vida, segundo Singer⁶³.

Carlos Santiago Nino sustenta que um traço característico dos direitos humanos é o fato de que seu objeto de proteção são bens de fundamental importância para seus titulares. Mas ao mesmo tempo alerta para o fato de que esse não é o traço distintivo dessa espécie de direitos, na medida em que o acesso aos livros, por exemplo, são de importância fundamental para os intelectuais, muito embora sua supressão não implique qualquer violação aos direitos humanos. O seu traço distintivo mais óbvio está dado pelo nome que possuem esses direitos e que indica que seus beneficiários são todos os homens. Porém, a simples pertença à espécie humana não é a única circunstância fática relevante para a fundamentação dos direitos humanos, pois eles pressupõem a categoria de pessoa moral, que vai além das especificidades biológicas dos seres humanos. Trata-se de um conceito relacionado com o fato de o homem possuir as condições para exercer ou para gozar direitos humanos fundamentais e que estão ligados a princípios morais válidos indistintamente a todos os seres humanos⁶⁴

Já o personalismo ético assume pressupostos que tornam difícil não rechaçar tanto o aborto, o uso e o descarte dos zigotos, quanto a abreviação da vida

⁶² SINGER, Peter. **Ética prática**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 147.

⁶³ Ibid., p.160-161.

⁶⁴ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 40-46.

de pacientes vegetativos terminais, uma vez que todos esses seres são considerados seres humanos em um estágio específico de desenvolvimento e não apenas seres humanos em potencial. Não importa se são ou não pessoas, pois mesmo não sendo, eles têm dignidade e, como tal, devem ter alguns direitos respeitados e protegidos.

A identificação dos conceitos de pessoa e de ser humano, ou seja, o reconhecimento de que a condição necessária para ser pessoa é simplesmente participar da espécie humana determina uma ampliação considerável do conceito de pessoa, abrangendo todo ser individual que participe da natureza humana. Deste modo, como assinala Cattorini e Reichlin⁶⁵, as operações intelectuais que são comportamentalmente características da pessoa humana adquirem apenas um caráter simbólico, na medida em que essas capacidades inerentes ao indivíduo humano passam a ser compreendidas apenas como sinais de manifestação da natureza humana, algo, no seu entender, que não é suscetível de completa evidência e que exige que se vá mais além do que é empiricamente verificável (esses sinais – linguagem, consciência, razão - seriam, assim, apenas fenômenos da natureza humana).

Nessa perspectiva, fazer parte da natureza humana é participar da integralidade das potencialidades que são próprias do ser humano, em particular o potencial para ser um corpo humano apto a se desenvolver até onde possa executar operações caracteristicamente humanas, tais como consciência, pensamento e linguagem. Um indivíduo humano que tem o potencial para tais atos intelectuais pode ser chamado de pessoa, seguindo uma longa tradição do pensamento, e daquele que foi mais recentemente revisitado pelo personalismo contemporâneo, que entende por pessoa a unitotalidade da corporalidade e da espiritualidade que é distintivo da espécie humana⁶⁶. Dizer que os sujeitos dos direitos humanos são todos os homens e nada além deles é o equivalente a sustentar que os princípios que estabelecem estes direitos têm como única condição de aplicação referida aos sujeitos normativos a propriedade de constituir um indivíduo humano. A pertença à

⁶⁵ CATTORINI, Paolo; REICHLIN, Massimo. Persistent vegetative state: a presumption to treat. **Theoretical Medicine**, Netherlands, n. 18, p. 264, 1997.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 265.

espécie humana é, segundo, esta formulação, condição necessária e suficiente para gozar dos direitos em questão, em tanto que outras propriedades – raça, sexo, inteligência, atos cometidos ou padecidos etc – são irrelevantes.

Para concluir, é possível observarmos que os avanços tecnocientíficos levaram a ideia de pessoa, ser humano e dignidade humana a um impasse. Isso porque se a dignidade humana basear-se no fato de que todo ser humano é pessoa, tem-se, conseqüentemente, a necessidade de respeitar os interesses básicos do ser humano na exata medida em que esses reclamarem proteção e respeito, à revelia de qualquer sinal ou manifestação das propriedades especificamente humanas: consciência, entendimento, linguagem, sentimento etc. Porém, se a dignidade humana basear-se na concepção atualista de pessoa, considerando moralmente relevantes aspectos decorrentes de sua autonomia, não se poderá reconhecer dignidade a todo e qualquer ser humano. Ao que parece, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro adotou os pressupostos sustentados pela corrente atualista.

2.3 Ideia de pessoa humana no pensamento ocidental pré-moderno

Convivemos, atualmente, com um incontornável impasse no que se refere ao reconhecimento de direitos básicos àqueles seres humanos cuja condição de pessoa humana pode ser questionada. Visto sob outro ângulo, isso significa que, atualmente, não se discute a titularidade, ao menos formal, dos direitos humanos àqueles seres que ostentam a condição de pessoa humana, muito embora, como mostrarei ao longo da tese, essa não foi uma verdade evidente até pouco tempo. Portanto, uma das principais razões na qual se supõe estar amparado o discurso dos direitos humanos é a ideia de pessoa humana.

O termo “pessoa” situa-se, ao lado dos termos “eu” (*self*) e “ser humano”, como modos distintos de se referir a um indivíduo. Muito embora o conceito de pessoa represente uma forma particular de se analisar o indivíduo, isso não implica a existência de uma pessoa apartada do indivíduo, que é, ao mesmo tempo, uma entidade biológica e um ser autoconsciente. Portanto, subsiste, na pessoa, um

indivíduo que é também um ser biológico e autoconsciente e que, embora possa ser estudado sob diferentes ângulos - moral, jurídico, psicológico, biológico, sociológico –, esses são interdependentes. De qualquer sorte, cada conceito tem a sua função própria na medida em que o indivíduo apresenta diferentes propriedades. Considerar os direitos que pertencem aos indivíduos geralmente envolve pensá-los na sua dimensão de pessoas.

O conceito de pessoa tem uma função distintiva que não é compartilhada com a do conceito de ser humano, se este for tomado na acepção de entidade biológica⁶⁷. Vimos que este é o grande dilema bioético quando um indivíduo é percebido apenas como ser humano, mas ainda não enquanto pessoa e que, por essa razão, tem-se proposto ou abrir mão desse conceito no debate bioético ou ressignificá-lo de modo a valorar, moralmente, traços humanos exclusivamente biológicos, o que poderia encontrar alguma justificação no pensamento cristão. A raiz do problema está em que pessoa (humana) é considerada o indivíduo conhecido e reconhecido pelos outros. Desse modo, é um conceito que se define desde a relação que o indivíduo estabelece com o mundo e com as outras pessoas. Pessoas são seres sociais, criados, constituídos e achados somente em sociedade, porque as propriedades que constituem a personalidade – agência, responsabilidade, consciência, pensamento, capacidade de planejar – operam dentro do âmbito social. Daí, os indivíduos que se reconhecem como pessoas, reconhecem, mutuamente, direitos uns aos outros. Pessoa é, assim, uma construção pública⁶⁸.

No direito romano, entendia-se por pessoa o ser que pertence a si mesmo e que não reparte seu ser com outro (*persona est sui iuris et alteri incommunicabilis*)⁶⁹. Já a clássica definição de Boécio estabelece que pessoa é a substância individual de natureza racional (*persona est rationalis naturae individua substantia*). Santo Tomás de Aquino ensina que pessoa nunca é uma mera parte de um todo, mas o todo em si mesmo. A concepção de pessoa do Aquinate, considerada de

⁶⁷ MCCALL, Catherine. **Concepts of person**: an analysis of concepts of person, self and human being. Aldershot: Avebury: 1990. p. 9-10.

⁶⁸ Ibid., p. 12.

⁶⁹ CROSBY, John F. **The selfhood of the human person**. Washington DC: Catholic University of America Press, 1996. p. i.

fundamental importância para a construção do conceito de pessoa na modernidade, leva em conta aquilo que o homem tem de mais individual, próprio, incomunicável, menos comum e mais singular. Ou seja, pessoa caracteriza-se como uma individualidade única⁷⁰. Por outro lado, ao celebrar a pessoa como um fim em si mesmo em uma das formulações do imperativo categórico, Kant a coloca definitivamente no centro do universo moral ao tornar os conceitos de dignidade e pessoa humana correlatos ou interdependentes⁷¹. Seja qual for a definição clássica de pessoa da qual se parta, nós encontraremos presente o tema da independência, da autonomia, da pertença a si mesmo, ou seja, da individualidade que subsiste como elementos característicos deste conceito⁷².

Pessoa, ou personalidade, refere-se, assim, a um conjunto de características que são próprias dos seres humanos. Porém, essas características, que incluem volição, intencionalidade, capacidade de sentir dor, prazer ou depressão, posse de sentimentos e atitudes morais, são, às vezes, percebidas em outras entidades, mas daí não decorre que todas elas sejam reconhecidas como pessoas. No caso de empresas e do Estado, tratam-se de entidades a quem se atribui a qualidade de pessoa, mas o mesmo não ocorre em relação aos animais, muito embora a tendência atual, no campo moral e jurídico, seja a de reconhecer-lhes essa condição. Isso levou muitos filósofos a afirmar que o conceito de pessoa é separável do de ser humano individual, ou seja, pode também referir-se a seres não humanos⁷³.

Costas Douzinas⁷⁴ observa que direitos legais têm sido reconhecidos a empresas e a pessoas jurídicas não-humanas por séculos e que, hoje, muitos pensadores defendem que árvores, parques e outros objetos naturais também merecem ostentar direitos. Isso demonstra que a subjetividade legal não tem sido conferida apenas aos seres humanos, de modo que seu uso indica que a distinção

⁷⁰ FORMENT. Eudaldo. Persona y conciencia en Santo Tomás de Aquino. **Revista Española de Filosofía Medieval**, n. 10, p. 276, 2003.

⁷¹ VAZ, Henrique Claudio de Lima. **Antropologia filosófica II**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 196.

⁷² CROSBY, John F. **The selfhood of the human person**. Washington DC: Catholic University of America Press, 1996. p. I.

⁷³ MCCALL, Catherine. **Concepts of person: an analysis of concepts of person, self and human being**. Aldershot: Avebury: 1990. p. 103.

⁷⁴ DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 184-5.

entre humanidade e os outros não é estrita ou inalterável. A ideia de *humanitas* ou de seres humanos não é, segundo o autor, autodefinidora ou autodeterminante. A força normativa das primeiras definições modernas de direitos foi estabelecida a partir de reivindicações sobre o que conta como tipicamente humano e derivaram suas prescrições daquilo que definiram como sendo a natureza e as necessidades da humanidade. As definições de humano, segue o autor, variam amplamente de acordo com a época, o lugar e a escola de pensamento. Da mesma forma, a posição da humanidade no mundo e suas relações com outros seres têm se alterado profundamente ao longo da história, tanto que escravos humanos eram excluídos da ideia de humanidade até pouco tempo.

Por isso, não é claro como se estabeleceu a conexão entre a ideia de pessoa humana e os direitos humanos. Muito embora a ideia de pessoa tenha surgido na Antiguidade Clássica, neste período, ser humano não significava, necessariamente, ser pessoa. E, atualmente, se diz que os direitos humanos são os direitos que alguém tem simplesmente porque é um ser humano. Tanto para a antropologia antiga, como para a medieval, ao contrário de ser considerado uma unidade autônoma e superior a qualquer outra existência, a vida humana individual só adquiria alguma significação uma vez inserida no *cosmos* organizado ou submetida à relação estabelecida com Deus. A concepção de homem ou de ser humano, no início da civilização ocidental – mais especificamente Greco-romana – não estava identificada com a de pessoa humana, na forma como o termo pessoa era concebido pelos povos antigos.

Etimologicamente, a palavra pessoa deriva do vocábulo *prosopon*. De acordo com Lima Vaz, o termo pessoa (*prosopon*, *persona*) percorreu diversos territórios semânticos, desde a linguagem teatral, onde provavelmente reside sua origem, passando pela linguagem das profissões, pela gramática, pela retórica, pela linguagem jurídica, pela linguagem teológica, até vir a se fixar na linguagem filosófica. Todas essas linguagens deixaram seus traços na acepção geral de pessoa, os quais aparecem na sua descrição ou na enumeração dos elementos que integram a sua pré-compreensão no mundo cultural do ocidente⁷⁵. Alfredo Culleton

⁷⁵ VAZ, Henrique. C. de Lima. **Antropologia filosófica II**. São Paulo: Loyola, 1992. p. 189.

ensina que, ao contrário da difundida opinião, o significado original do conceito grego de *prosopon*, assim como o do latino *persona*, não é o de máscara, mas o de ser "aquilo que cai sob os olhos", "o que se pode ver" e daí, rosto, semblante, forma visível do ser humano. Somente a partir de uma derivação posterior, pode-se chegar ao conceito de máscara, no sentido de papel representado por um ator no palco, enfim, a personalidade por ele representada⁷⁶. Por isso que, com o tempo, essa palavra passou a ser associada ao papel que alguém desempenhava em sua vida, a alguém que era um agente⁷⁷. No mundo antigo, como observa Luhmann, pessoa era entendida como "aquele momento responsável pela consistência e pela perseverança do atuar de um homem e, por isso, dependia da extração social que a garantia"⁷⁸.

Jaeger afirma que

É historicamente indiscutível que foi a partir do momento em que os gregos situaram o problema da individualidade no cimo do seu desenvolvimento filosófico que principiou a história da personalidade européia. Roma e o cristianismo agiram sobre ela. E da intersecção desses fatores brotou o fenômeno do *eu* individualizado. Mas não podemos entender de modo radical e preciso a posição do espírito grego na história da formação dos homens, se tomarmos o ponto de vista moderno⁷⁹.

De fato, os gregos estabelecem sua importância universal a partir de sua nova concepção do lugar do indivíduo na sociedade que, no entanto, não é a mesma que se estabelece com os primeiros sinais da modernidade. De qualquer forma, a semelhança entre a consciência individual do homem grego está muito mais próxima da ideia antropocêntrica dos tempos modernos do que do estilo de vida do Oriente pré-helênico, onde a individualidade humana esmorecia diante da onipotência de

⁷⁶ CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 56.

⁷⁷ SINGER, Peter. **Ética prática**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 97.

⁷⁸ LUHMANN, Niklas. La astucia del sujeto y la pregunta por el hombre. In: **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 222.

⁷⁹ JAEGER, Werner W. **Paidéia**: a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 10.

concepções religiosas e autoritárias. O pensamento grego pode, assim, ser situado na árvore genealógica do individualismo moderno, pois

o início da história grega surge como princípio de uma valoração nova do homem, a qual não se afasta muito das ideias difundidas pelo cristianismo sobre o valor infinito de cada alma humana nem do ideal de autonomia espiritual que desde o Renascimento se reclamou para cada indivíduo. E teria sido possível a aspiração do indivíduo ao valor máximo que os tempos modernos lhe reconhecem, sem o sentimento grego da dignidade humana?⁸⁰.

São os sofistas que inauguram o período humanista da filosofia antiga, ao retirarem a *physis* do centro de especulação filosófica, situando, em seu lugar, a reflexão sobre o homem. Protágoras, o sofista mais célebre, revolucionou as concepções sobre verdade, inaugurando o relativismo ocidental baseado no axioma que o “*homem é a medida de todas as coisas, daquelas que são por aquilo que são e daquelas que não são por aquilo que não são*”. Com esse princípio, Protágoras pretendia negar a existência de um critério absoluto que determinasse ser e não-ser, verdadeiro ou falso. O único critério é o homem individual, de modo que, entre os sofistas, se evidenciou a irrestrita confiança nos poderes da razão humana, antes deixada em segundo plano⁸¹. Embora os sofistas tenham deslocado o eixo da reflexão filosófica da *physis* e do *cosmos* para o homem e para aquilo que concerne à sua vida em sociedade, a descoberta da essência do homem foi obra de Sócrates. O que distingue o homem especificamente de qualquer outra coisa é a sua alma, portanto, ele é a sua alma, que é a nossa razão e a sede de nossa atividade pensante e eticamente operante: é o eu consciente, ou seja, a consciência e a personalidade intelectual e moral. A partir daí Sócrates criou a tradição moral e intelectual da qual a Europa se nutriu desde então. Se a essência do homem é a alma, cuidar de si mesmo significa cuidar da própria alma mais do que do corpo, pois o homem é aquilo que se serve do corpo, então ele é sua *psyché*, a alma, sua inteligência⁸². Além disso, Sócrates renova o significado de virtude (*arete*), ao

⁸⁰ JAEGER, Werner W. **Paidéia**: a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 10.

⁸¹ REALI, Giovanni. **História da filosofia**: antiguidade e idade média. 10. ed. São Paulo: Paulus, 2007. v. 1, p. 76.

⁸² *Ibid.*, p. 87.

estabelecer que a “virtude” do homem é aquilo que faz com que a alma seja tal como a sua natureza determina, isto é, boa e perfeita. Com isso, sobrevém uma revolução no tradicional quadro de valores, que não são mais os ligados às coisas exteriores, mas somente os valores da alma, resumidos no “conhecimento”. A tese socrática afirma que a virtude é ciência (conhecimento) e o vício é ignorância e que ninguém peca voluntariamente: quem faz o mal, o faz por ignorância do bem⁸³.

Conquanto a concepção socrática de alma fosse aquela que a identificava como a sede das virtudes e que, por isso, permitia medir o homem segundo a sua dimensão interior, houve, nesse momento, o nascimento da personalidade moral, da valorização da dimensão ética, da primazia da faculdade moral e, por conseguinte, da definição do homem como *zôon logikón*⁸⁴. O conceito socrático de liberdade identifica a liberdade humana como o domínio da racionalidade sobre a animalidade, ou seja, como autodomínio (*enkratéia*), a qual constitui não uma virtude especial, mas a base de todas as virtudes. A ideia socrática de autodomínio concebe a conduta moral como algo que brota do interior do próprio indivíduo, logo, traduz-se em domínio de si próprio, firmeza e moderação. O princípio socrático do autodomínio traz em si um novo conceito de liberdade, que é, no entanto, diferente do conceito moderno de liberdade que vai se consolidar no pensamento iluminista⁸⁵. Embora pareça contraditório, a liberdade baseava-se na própria existência da escravatura, como instituição consolidada e como condição de sentido para a liberdade da população cidadina. Isso porque

considera-se livre o homem que representa a antítese daquele que vive escravo de seus próprios apetites. Este aspecto só tem interesse relativamente à liberdade política, na medida em que implica a possibilidade de um cidadão livre ou governante ser, no sentido socrático do termo, um escravo. O que, além disso, acarreta o corolário de um homem assim não poder ser nem um homem verdadeiramente livre nem um autêntico governante. (...) Fundamentalmente, portanto, a autonomia moral no sentido socrático significaria a independência do homem em relação à parte

⁸³ REALI, Giovanni. **História da filosofia**: antiguidade e idade média. 10. ed. São Paulo: Paulus, 2007. v. 1, p. 89.

⁸⁴ VAZ, Henrique C. de Lima. **Antropologia filosófica I**. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 35.

⁸⁵ JAEGER, Werner W. **Paidéia**. a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 549.

animal da sua natureza⁸⁶.

A preocupação dos gregos era as consequências do uso da liberdade no espaço público, ou seja, a possibilidade de viver em sociedade e de se autodeterminar. A escravidão justificava-se, portanto, na incapacidade humana de se autodominar e, portanto, de compartilhar o espaço social. A antropologia filosófica antiga diferenciava, desta forma, os conceitos de ser humano e pessoa, uma vez que o significado da vida humana individual estava amplamente baseada na pertença à dada comunidade, o que, ao mesmo tempo, significava exercer a capacidade e a habilidade de autodomínio que a condição humana proporciona através do *logos*. Na Antiguidade Clássica ocidental, a condição para aceder ao *status* de cidadão não estava restrita a de pertencer à espécie humana, porque, nas sociedades pré-modernas, o indivíduo humano não representava sua unidade referencial básica e tampouco ostentava direitos pelo só fato de ser humano. Ao contrário, o valor em si da vida humana dependia das formas de inserção na sociedade, em outras palavras, do papel nela desempenhado, razão por que a escravidão era coerentemente aceita como resultado da incapacidade de fazer uso da razão e de se autodeterminar. Daí a pertinência da indagação de Agamben:

O princípio do caráter sagrado da vida se tornou para nós tão familiar que parecemos esquecer que a Grécia clássica, à qual devemos a maior parte dos nossos conceitos ético-políticos, não somente ignorava este princípio, mas não possuía um termo que exprimisse em toda a sua complexidade a esfera semântica que nós indicamos com único termo “vida”. [...] De resto, mesmo naquelas sociedades que, como a Grécia clássica, celebravam sacrifícios animais e imolavam, ocasionalmente, vítimas humanas, a vida humana em si não era considerada sagrada; ela se tornava tal somente através de uma série de rituais, cujo objetivo era justamente o de separá-lo do seu contexto profano. [...] Se isto é verdade, quando e em que modo uma vida humana foi considerada pela primeira vez como sagrada em si mesma?⁸⁷.

⁸⁶ JAEGER, Werner W. **Paidéia**. a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 550.

⁸⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p. 74.

Nesse contexto, dignidade, uma palavra derivada do latim *dignitas* ou do grego *axia*, que poderia ser traduzida por ‘ser digno’ ou mais fundamentalmente por ‘aquilo que traz um valor em si mesmo’, derivava da condição de cidadão ou da plena participação política e não do mero fato de ser um homem, um ser humano. Por dignidade, no período antigo, tomava-se uma ideia muito próxima à honra, mérito ou estatura moral, posto que em tempos pré-modernos esse termo não tinha o mesmo significado que tem hoje, isto é, valor intrínseco do ser humano⁸⁸.

Costas Douzinas assinala que tanto “Atenas, quanto Roma tiveram cidadãos, mas não “homens”, no sentido de membros da espécie humana. A *societas generi humani* não existia fora da *agora* ou do *forum*. Homens livres foram atenienses ou espartanos, romanos ou cartagineses, mas não pessoas; eles foram gregos ou bárbaros, mas não humanos”⁸⁹. A conhecida concepção aristotélica de homem como animal político, por natureza, explica essa noção, pois as sociedades pré-modernas não desenvolveram ideias de individualidade e liberdade, nos mesmos termos que o fizeram os modernos, ou seja, em termos de absoluta igualdade, sem a dependência do tipo de relações que o indivíduo estabelecia dentro da sociedade. A natureza, de acordo com o filósofo, conferia ao homem a disposição para viver em comunidade, ao mesmo tempo em que todas as coisas tendiam para a realização de sua natureza ou para seu fim. Logo, era antinatural viver fora, além ou acima da comunidade, já que apenas nela o homem poderia alcançar o bem. Na concepção aristotélica, a finalidade do homem era alcançar a felicidade, entendida como o maior dentre todos os bens, através da prática das virtudes, as quais se exerciam não de forma individual ou egoísta, mas tão-somente no âmbito da *polis* ou da comunidade⁹⁰. Isso indica uma relação inseparável entre seres humanos, a comunidade e a prática das virtudes, ou seja, entre o cidadão e a sua relação virtuosa com a *polis*, razão pela qual os antigos não compartilhavam a concepção de centralidade da pessoa humana, como é hoje predominante em

⁸⁸ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. O (ab)uso da tolerância na produção de subjetividades flexíveis. In SIDEKUM, Antônio (Org.). **Alteridade e multiculturalismo**. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 121-9.

⁸⁹ DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 186.

⁹⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mario da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. Livro I.

algumas partes do mundo, sobretudo no ocidente, em que a noção de indivíduo surge justamente da sua polaridade em relação ao Estado-nação⁹¹.

A antropologia filosófica antiga também encontra importantes desdobramentos na filosofia estóica, que levaram à sua reformulação. Embora a valorização do indivíduo tenha se estabelecido definitivamente com o pensamento cristão, as indagações racionais dos estóicos o alimentaram de forma decisiva. Contrariamente a Platão e Aristóteles, que reconheciam no homem um ser essencialmente social, foi a *Stoa* que elevou a figura do sábio desprendido da vida social como um ideal superior⁹². O estoicismo está centrado no problema do indivíduo, pois trata essencialmente de destacar a participação do homem, enquanto indivíduo, no alcance do *telos*, de sua finalidade ou de sua natureza. Em geral, o mundo grego concebia o homem como ser orientado a um fim (causa final) - a *eudaimonia* ou vida boa -, mas as diversas escolas filosóficas vislumbravam caminhos diferentes para o seu alcance. Para Aristóteles, o homem realizava seu fim (a vida boa) através da prática das virtudes dirigida aos outros membros da *polis*, supondo a ação humana conforme o justo natural da *physis* imutável e ordenada. Os estóicos radicalizaram essa compreensão. Defendiam, ao contrário, que o bem supremo era alcançado pelo controle integral da alma e pela existência da razão. A independência do indivíduo ou o senhorio sobre si próprio eram definidas como as condições para a vida feliz (*eudaimonia*)⁹³, pois o bem é interior ao homem e não mais exterior. A finalidade do ser humano supunha a vida de acordo com a sua natureza, que, para os estóicos estava mais próxima da racionalidade humana que da *physis*. Por essa razão, o ponto de contato entre a filosofia estóica e o individualismo está em atribuir-se unicamente à racionalidade humana a realização do bem (de sua felicidade) e esse contato é mais amplo que entre o individualismo e a antropologia aristotélica. Ao situar a fonte do direito na natureza, o estoicismo exaltava o indivíduo como ser racional que ordena o mundo⁹⁴.

⁹¹ VILLEY, Michel. **Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo**. Santiago, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976. p. 56.

⁹² DUMONT, Louis. **Ensaio sobre o individualismo: uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna**. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Dom Quixote, 1992. p. 38.

⁹³ VAZ, Henrique C. de Lima. **Antropologia filosófica I**. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 43.

⁹⁴ CANTO-SPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de ética e filosofia moral**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 579.

Aos poucos, a figura do indivíduo como valor vai aparecendo na história ocidental e ressignificando o próprio conceito de pessoa. Há uma mudança substancial de sentido, na medida em que o ser pessoa torna-se livre da dependência do desempenho de determinado papel social, da ocupação de um lugar na comunidade ou da forma como as faculdades da razão são exercidas no espaço público. O que se torna decisivo para sua caracterização é a singularidade individual dos seres humanos concretos e isso representou uma revolução copernicana nos primórdios da modernidade. Foi nesse contexto que o pensamento filosófico moderno cunhou duas máximas que trazem efeitos até nossos dias: “todo homem é uma pessoa” e “apenas um homem é uma pessoa”, qualificando, então, “homem” ou “pessoa” como o ser humano nascido vivo⁹⁵. O humanismo que emergiu na nascente modernidade sustenta que há uma essência universal do homem e que esta essência pertence e é o atributo de cada indivíduo, que se distingue do resto do *cosmos* com um *status* e uma dignidade mais elevados que qualquer outra coisa. Conseqüentemente, quando em uma dada situação, diz-se que um ser humano é uma pessoa, sua vida não poder ser retirada sem que isto não signifique a violação ao seu direito a vida⁹⁶.

A definição de ser humano como um ser naturalmente portador de direitos está conectada com a redefinição da ideia de pessoa na modernidade, por influência do estoicismo e do cristianismo, mas, sobretudo, deste último. Primeiramente, os Estóicos foram responsáveis por alterar o significado do conceito grego de natureza, substituindo a *physis* pela razão humana. O Direito, que governa todas as coisas, continuou sendo visto como um sistema de leis derivado da natureza, mas, ao contrário desta natureza significar o mundo físico externo, passou a expressar os desígnios da razão humana⁹⁷. Como resultado, seguir os comandos da lei tornou-se o mesmo que seguir os comandos advindos da razão humana universal. Isso representou um dos primeiros sinais, na cultura do ocidente, da celebração da natureza humana ou da razão como a principal fonte de Direito, pavimentando o caminho para o reconhecimento dos direitos individuais na modernidade.

⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. **Revista da Faculdade da UFRGS**, Porto Alegre, v. 18, p.153-170. 2000.

⁹⁶ TAYLOR, Charles. Conditions of an unforced consensus on human rights. In: HEYDEN, Patrick. **The politics of human rights**. St. Paul, MN: Paragon House, 2001. p. 111.

⁹⁷ DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 32.

A teologia cristã foi, porém, a grande responsável pela nova reconfiguração do clássico conceito de natureza, como fonte das leis, bem como pela inovação crucial na visão acerca do homem. Tão crucial que é difícil buscar outro fundamento para a centralidade do indivíduo ou, dito de outro modo, pela sacralidade da vida humana, fora do pensamento cristão. De um lado, natureza deixou de ser identificada à ideia de *cosmos* para se transformar em obra da criação do Deus cristão, que infunde seus comandos sobre os homens com absoluta clareza⁹⁸. De outro, no centro do mundo, que é governado por suas leis, Deus pôs o homem, que foi feito à sua imagem e semelhança e representa sua máxima criação. E mais, pelo cristianismo, todos os homens passaram a ser considerados como igual parte da humanidade, que é subordinada apenas a Deus e a seus mandamentos, o que foi determinante para a emergência do indivíduo como paradigma do moderno direito ocidental.

O cristianismo deu, assim, o passo decisivo para a emancipação do homem em relação às amarras sociais, permitindo que sua dignidade ou seu valor decorressem tão-somente de sua relação individual com algo transcendente e alheio à relação com os demais seres. Diferentemente do estoicismo ou das demais escolas helênicas, o cristianismo é uma religião e, como tal, seu poder revolucionário foi infinitamente maior, a ponto de provocar uma transição tão profunda no pensamento ocidental. O pensamento cristão não se resumiu apenas a pensar o indivíduo, mas foi mais longe, assentando as bases para o conceito de pessoa, tal como o conhecemos hoje, e andou *pari passu* com o desenvolvimento da nova imagem de homem. Culleton observa que a influência bíblica para a formação do conceito cristão de pessoa foi determinante na medida em que, na Septuaginta, *Prosopon* aparece mais de 850 vezes como tradução do hebraico *panîm*, cujo significado preponderante é o de semblante, e, especialmente, o "semblante de Deus", voltado para o ser humano, e diante do qual o ser humano se sabe situado⁹⁹. No domínio antropológico, o pensamento cristão forja-se a partir das grandes disputas teológicas, "sobretudo as trinitárias e cristológicas do século IV, ou se forma

⁹⁸ DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 53.

⁹⁹ CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 56.

no âmbito da leitura cristã da Sagrada Escritura, à luz dos grandes temas que aí se fazem presentes, como o tema da imagem de Deus¹⁰⁰.

O grande ponto de partida cristão para a compreensão do que é ser pessoa foi, portanto, as disputas teóricas a respeito da natureza da Santíssima Trindade, que, segundo os Padres Capadócios do século IV, consistia em três substâncias (*hypostasis*) e uma essência (*ousia*). Deus pai, Deus filho e Deus Espírito Santo são a mesma realidade comum (*ousia* segunda) e, ao mesmo tempo, três realidades objetivas ou três seres reais e existentes que subsistem de forma individualizada (*ousia* primeira ou *hypostasis*). O diálogo com as categorias gregas, sobretudo aristotélicas (*hypostasis* e *ousia*), para a formação do conceito cristão é, ao mesmo tempo, intenso e ressignificado. A partir deste diálogo, a reflexão teológica trinitária, ao menos em seus primórdios, conduziu à descoberta do duplo aspecto que caracteriza a pessoa: relacional e individual. O conceito de pessoa é perpassado por uma tensão fundamental, que se expressa nos conceitos de *hypostasis*, enquanto firmeza fechada em si do singular existente, sem, contudo, abandonar o de *prosopon* (*persona*), que, no mundo grego e romano, significava aparição para o outro, "papal" no conjunto social¹⁰¹. A pessoa é o indivíduo, porém um indivíduo em relação, "que aparece", pois a pessoa não pode existir a não ser em comunhão. Esse duplo aspecto aparece exatamente como resultado da compreensão da trindade: três substâncias que subsistem em si mesmas, mas que são a mesma coisa porque estão em relação entre si.

A partir daí, pensar o homem, enquanto indivíduo, e pensá-lo como pessoa foi um tema recorrente na Idade Média, cujas construções teóricas beberam, principalmente, de três fontes: a Sagrada Escritura, fonte de autoridade máxima, os escritos de Santo Agostinho, cuja autoridade só ficava abaixo da Bíblia, e, a partir do século XIII, Aristóteles, a quem Santo Tomás se refere simplesmente como "Filósofo"¹⁰².

¹⁰⁰ VAZ, Henrique C. de Lima. **Antropologia filosófica I**. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 50.

¹⁰¹ CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 57.

¹⁰² *Ibid.*, p. 59.

Porém, a clássica definição de pessoa foi elaborada por Boécio no século VI. De acordo com ele, 'pessoa é uma substância individual de natureza racional' (*persona est naturae rationalis individua substantia*)¹⁰³. Boécio destacou a centralidade da racionalidade e da individualidade de cada ser humano, fazendo-a independente do fato deste indivíduo estar situado numa determinada posição social. Portanto, o fator propriamente constitutivo da pessoa é a individualidade racional como tal. Assim, "a natureza racional será a distinção e o que fará com que, neste mundo, só humanos possam ser considerados pessoas, o que acaba identificando ambos no sentido essencialista que todo homem é pessoa"¹⁰⁴. Sua contribuição para a identificação entre os conceitos de pessoa e ser humano foi tão radical e decisiva que pautou toda a discussão desde então. É claro que hoje, como vimos anteriormente, a sua definição vem sendo amplamente questionada desde a perspectiva bioética e biojurídica, tendo em vista a impossibilidade de inclusão de determinados seres da espécie humana no conceito de pessoa e a sua consequente suscetibilidade à violação. Mas não apenas isso: Boécio dá um acento muito forte à racionalidade, enquanto outros aspectos da natureza humana são deixados de lado. Capacidade para sentir prazer, para as emoções, as aptidões artísticas ou mesmo a referência ao corpo são aspectos ausentes na clássica definição de Boécio¹⁰⁵, tornando-se problemática em um mundo onde o paradigma iluminista vem sendo profundamente contestado.

A clássica definição de pessoa de Boécio representa, de qualquer sorte, uma profunda mudança de rumos em torno dessa ideia, que influenciou os pensadores cristãos do Medievo, especialmente Santo Tomás de Aquino. A concepção de pessoa do Aquinate é considerada de fundamental importância para a construção do conceito de pessoa na modernidade, pois permite pensar a pessoa a partir daquilo que o homem tem de mais individual, próprio, incomunicável, menos comum e mais singular. Ou seja, segundo analisa Forment, para Aquino a "pessoa caracteriza-se como uma individualidade única que não se transmite por geração,

¹⁰³ BOÉCIO. Sobre la persona y las dos naturalezas. In: FERNÁNDEZ, Clemente. **Los filósofos medievales**: selección de textos. Madrid: BAC, 1979. p. 557.

¹⁰⁴ CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 58.

¹⁰⁵ SIMPSON, Peter Phillips. The definition of person: Boethius Revisited. **New Scholasticism**, n. 62, p. 210-220, 1998.

porque não pertence à natureza humana genérica nem a certos acidentes seus”¹⁰⁶. No artigo IV, da Questão XXIX, da Suma Teológica, o Santo filósofo esclarece:

Ora, para esclarecermos esta questão, deve-se considerar que o que é próprio a uma significação menos geral, pode não o ser a outra mais geral; assim, racional se inclui na significação de homem, sem, contudo, incluir-se na de animal. Por isso, uma coisa é indagar a significação de animal, e outra, a do animal que é homem. Semelhantemente, uma coisa é indagar a significação do nome de pessoa em geral, e outra, a de pessoa divina. Pois, em geral, pessoa significa uma substância individual de natureza racional, como se disse. O indivíduo, por outro lado, é em si mesmo indistinto, mas distinto dos outros. Logo, pessoa, em qualquer natureza, significa aquilo que, em tal natureza é distinto; assim, em a natureza humana, tais carnes, tais ossos e tal alma, que são princípios individuantes do homem, e que, embora não pertençam à significação da pessoa, em geral, pertencem, contudo, à da pessoa humana. Ora, em Deus, a distinção não se faz senão pelas relações de origem, como se disse. Mas, nele, a relação não é um acidente inerente ao sujeito, mas a própria divina essência; portanto, é subsistente como esta. Logo, assim como a deidade é Deus, assim a paternidade divina é Deus padre, que é uma pessoa divina. Logo, a pessoa divina significa uma relação subsistente; o que é significá-la a modo de substância, que é a hipótese subsistente na divina natureza, embora desta não difira a sua subsistência¹⁰⁷.

Na concepção de pessoa de Aquino, observa-se a alma intelectual ou racional (idéia de alma de Santo Tomás, que remonta a Aristóteles) como o elemento determinante para a humanidade do homem, pois lhe permite não só capacitar-se para a busca de seu fim, como para participar da perfeição absoluta de Deus, na medida em que esta mesma racionalidade viabiliza o conhecimento da verdade e a possibilidade de agir moralmente nos caminhos trilhados por Ele¹⁰⁸.

Todavia, a concepção essencialista de pessoa cunhada pelo pensamento cristão sofreu uma ruptura com o nominalismo de Guilherme de Ockham, monge franciscano do início do século XIV. Trata-se de uma espécie de filosofia de cunho individualista pré-moderna, que influenciou decisivamente a transformação pela qual o Direito passaria na modernidade. O nominalismo compreendia o indivíduo como

¹⁰⁶ FORMENT. Eudaldo. Persona y conciencia en Santo Tomás de Aquino. **Revista Española de Filosofía Medieval**, Zaragoza, n. 10, p. 276, 2003.

¹⁰⁷ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**: questão XXIX, artigo IV. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2003.

¹⁰⁸ VAZ, Henrique C. de Lima. **Antropologia filosófica I**. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 62-3.

único ser dotado de existência real, único centro de interesse e objeto autêntico do conhecimento, levando a uma profunda revisão da natureza do direito (*jus*). Até então pensado como a expressão do justo natural, o direito passa a ser a expressão da ordem jurídica procedente da vontade individual. O fim buscado pelo Direito deveria pautar-se pela garantia de condições de vida livre e plenamente individual, idéia essa que encontrará seu prolongamento no liberalismo moderno¹⁰⁹.

A filosofia franciscana desenvolvida durante o ocaso da Idade Média empenhou-se na afirmação do valor, em si mesmo, da liberdade individual como uma exigência da vida cristã, porque a suprema expressão da criação é a individualidade, como evidenciado na histórica encarnação de Cristo¹¹⁰. Por isso, combatia o pensamento aristotélico baseado no regime da cidade grega, da qual o indivíduo não era seu centro de referência e cujas condutas estavam estreitamente atreladas a uma moral teleológica que refletia essa ordem à qual o indivíduo estava subordinado. Por outro lado, o cristianismo pressupunha a existência de uma infinidade de atos morais indiferentes, isto é, livres, que o indivíduo não estava obrigado racionalmente a cumprir, mas que cumpria por amor; deles dependia a virtude cristã, razão pela qual o indivíduo fora tratado como um centro de conduta livre e, por isso, um centro de poderes absolutos, ainda que referidos a Deus. Segundo Leopoldo Zea, a filosofia nominalista teve como consequência a negação da racionalidade a Deus ou ao mundo, identificando-a somente no indivíduo humano. Dessa forma, o mundo passou a coincidir com a razão humana, não porque ele é racional em si, mas porque o homem podia racionalizá-lo através da experiência. Por outro lado, como é impossível o contato com Deus, tornou-se impossível a sua racionalização, sobrevivendo seu afastamento do homem, que começa sua existência, na modernidade, solitário com sua razão, sem Deus e sem mundo, posto que ainda devia conquistá-lo¹¹¹. Assim, a concepção de sistema jurídico e de ordem social, tendo como eixo central o poder do indivíduo, passa a ser constituída não por um entrelaçamento de proporções entre os objetos repartidos entre as pessoas, senão por um sistema de poderes subordinados uns aos outros e

¹⁰⁹ VILLEY, Michel. **Estudios en torno a la nocion de derecho subjetivo**. Santiago, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaiso, 1976. p. 185.

¹¹⁰ DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 62.

¹¹¹ ZEA, Leopoldo. **Introducción a la filosofía**. La conciencia del hombre en la filosofía. 11ed. México: Universidad Autónoma de México, 1991. p. 194.

de leis nascidas destes poderes. De reflexo das relações existentes na ordem natural, direito (*jus*) converte-se em reflexo do poder da vontade do indivíduo¹¹².

Embora a síntese de Tomás de Aquino entre a tradição clássica (sobretudo aristotélica) e a teologia cristã tenha sofrido rupturas em função do nominalismo de Guilherme de Ockham, conduzindo a uma nova visão de homem, é inegável que os pensadores cristãos (com destaque para o próprio Aquino), foram responsáveis pela afirmação da importância do homem em si mesmo baseada no fato de ter sido feito à imagem e semelhança de Deus¹¹³. Daí Lima Vaz atribuir à teologia Cristã a responsabilidade pelos rumos que a centralidade do indivíduo e a sua definitiva assimilação no conceito de pessoa assumiriam na modernidade europeia:

A descoberta e a afirmação da *individualidade espiritual* do homem foi o prolegômeno histórico e a premissa teórica para a descoberta e a afirmação da *pessoa*. Ela se deu em Israel e na Grécia por caminhos diferentes, mas esses caminhos um dia se encontrarão na teologia cristã e, a partir dela, irão constituir uma só rota na filosofia ocidental¹¹⁴.

Aqui, Vaz pontua, com ainda mais precisão, o legado da teologia cristã para os posteriores desenvolvimentos teóricos que alçariam o indivíduo humano à posição central nas sociedades ocidentais:

A demonstração histórica dessa tese não caberia aqui, mas é permitido pensar que, sem a norma do arquétipo teológico, a proclamação da *pessoa* como fim em si por Kant jamais poderia ter tido lugar: ela é um exemplo, entre os mais ilustres e eloquentes, da persistência da matriz teológica nos fundamentos da cultura moderna no ocidente¹¹⁵.

¹¹² VILLEY, Michel. **Estudios en torno a la nocion de derecho subjetivo**. Santiago, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaiso, 1976. p. 182.

¹¹³ SINGER, Peter. **Ética prática**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 99.

¹¹⁴ VAZ, Henrique C. de Lima. **Antropologia Filosófica II**. São Paulo: Loyola, 1992. p. 203.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 207.

Ao longo dos séculos que precedem a modernidade, o pensamento cristão elaborou uma síntese das tradições grega, romana e bíblica no que se refere ao modo de pensar o homem, lançando as bases teóricas nas quais a moderna ideia de pessoa iria se assentar e causando uma profunda transformação nas relações jurídicas a partir de então. O *imago Dei* constituiu-se, talvez, na mais significativa contribuição para a guinada antropocêntrica da modernidade, pois, mesmo que o lugar de Deus tenha, mais tarde, sido ocupado pela razão humana, esta concepção cristã foi determinante para alçar o homem à condição de centralidade no mundo da vida.

2.4 Centralidade da pessoa humana no jusnaturalismo moderno

Processos de transformação social, política, religiosa, econômica e cultural marcaram o início da modernidade europeia. Segundo Leopoldo Zea, o homem despido de tudo, exceto de sua razão, inicia sua existência moderna em busca de novos sentidos, levando às revoluções modernas. Uma dessas buscas é justamente por Deus e este foi o objetivo da Reforma: buscar Deus sob outras bases e estabelecer a liberdade religiosa. Esta nova relação entre Deus e o homem devia se realizar apenas por meio da consciência, sem autoridades eclesiásticas que servissem de intermediários. Com o surgimento da modernidade, a liberdade do homem fez com que a submissão à ordem divina se tornasse um entre tantos caminhos à disposição do seu arbítrio. A consequência foi o aumento da confiança em si mesmo, partindo para a dominação do mundo e desprezando o que lhe antecedia. O homem moderno é, portanto, um homem novo que nasceu da desestruturação da sociedade medieval com a eliminação de Deus. É o homem que sai em busca de reconstrução, de renascimento¹¹⁶. E é este sentido do termo renascimento¹¹⁷: voltar a nascer.

¹¹⁶ ZEA, Leopoldo. **Introducción a la filosofía**. La conciencia del hombre en la filosofía. 11ed. México: Universidad Autónoma de México, 1991. p. 194.

¹¹⁷ Jacques Le Goff ensina que, “desde os trabalhos de Erwin Panofsky (1892-1968) – *Renaissance and Resuscitations in Western Art* (1960) – todos os historiadores concordam em que não há mais um Renascimento, mas Renascimentos, e que a própria lógica de “renascimento” é indissociável da história medieval”. A seguir identifica a existência de três renascimentos: o renascimento Carolíngio (fim do século VIII ao século IX), o renascimento do século XII e o renascimento do século XV e XVI, erroneamente considerado, pela historiografia oficial, como o único Renascimento. LE GOFF, Jacques. **Em busca da idade média**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 53-85.

Neste contexto, processaram-se as descobertas físicas, geográficas, astronômicas e matemáticas de Galileu Galilei, Isaac Newton, Copérnico, Giordano Bruno e tantos outros, colocando em xeque a estrutura medieval baseada em Deus e na fé, ao permitir a explicação de fenômenos naturais a partir da observação e da experimentação. Introduz-se, aí, a supremacia da ciência sobre a fé, como forma de acesso à verdade e ao conhecimento, que se fez possível por meio do exercício da razão. A ciência adquire um caráter prático e experimental que a ciência grega não possuía. Diferentemente do homem grego, que buscava a razão das coisas para saber o lugar que lhe correspondia no universo, o homem moderno conhece para determinar, por si mesmo, a ordem que as coisas deverão ter¹¹⁸. Por fim, a revolução comercial provoca o reaparecimento das rotas comerciais e das feiras de comércio, a formação de cidades (burgos), mas principalmente, a conquista da América, que, de fato, permite à Europa afirmar sua hegemonia sobre o resto do mundo e tomar contato com ele.

Neste contexto, foi-se consolidando o discurso da exaltação da pessoa humana, substituindo o sistema mental hierárquico da sociedade medieval por uma perspectiva individualista. A reivindicação da dignidade da pessoa corresponde à afirmação do valor universal da humanidade e da natureza em que a mesma se constitui, que são valores a-históricos, válidos para o "homem em si". Inaugurou-se uma consciência puramente humana de que não se pode submeter o homem àquilo que ele não aceita de forma autônoma. Esta reivindicação alcança sua profundidade filosófica na obra *De Hominis Dignitatis*, escrita por Giovanni Pico Della Mirandola em 1486 e considerada um dos maiores símbolos do renascimento humanista. Nela, o autor problematiza a dignidade do homem desde a perspectiva central que este ocupa no universo, inserindo-se dentro do paradigma moderno antropocêntrico. Mas em que, especificamente, consiste essa dignidade do homem e de onde ela provém? Pico Della Mirandola não afirma que o homem é o único ser digno entre todos os seres, mas o "mais digno e mais feliz" e esta alta dignidade advém do fato de Deus tê-lo feito à sua imagem e semelhança e tê-lo posto no centro do Universo. A dignidade do homem consiste, assim, na mais alta expressão da criação divina:

¹¹⁸ ZEA, Leopoldo. **Introducción a la filosofía**. La conciencia del hombre en la filosofía. 11ed. México: Universidad Autónoma de México, 1991. p. 195.

Finalmente, pareceu-me ter compreendido por que razão o homem é o mais feliz de todos os seres animados e digno, por isso, de toda a admiração, e qual enfim a condição que lhe coube em sorte na ordem universal, invejável não só pelas bestas, mas também pelos astros e até pelos espíritos supramundanos. Coisa inacreditável e maravilhosa. E como não? Já que precisamente por isso o homem é dito e considerado justamente um grande milagre e um ser animado, sem dúvida digno de ser admirado¹¹⁹.

Esta dignidade, que nada mais é que o lugar de destaque na obra da criação, está diretamente relacionada com o tema da liberdade, na medida em que Deus criou o homem com a capacidade de fazer escolhas e de decidir acerca do próprio destino e isso terá impactos na própria definição de sua natureza. À diferença dos animais e dos seres celestes, o homem é o único ser cuja natureza transita entre dois mundos – o celeste e o terrestre – e que só pode ser definida pelo exercício do próprio livre-arbítrio. Porém, é a liberdade humana voltada para ação ética a única que pode reconciliar o homem com sua natureza superior, mas isso depende exclusivamente a quem a vontade de cada um conduzirá. A grande concessão divina foi dotar os homens de liberdade e, assim condená-los a sempre fazer escolhas e tomar decisões:

Ó suma liberalidade de Deus pai, ó suma e admirável felicidade do homem! ao qual é concedido obter o que deseja, ser aquilo que quer. As bestas, no momento em que nascem, trazem consigo do ventre materno, como diz Lucílio, tudo aquilo que depois terão. Os espíritos superiores ou desde o princípio, ou pouco depois, foram o que serão eternamente. Ao homem nascente o Pai conferiu sementes de toda a espécie e germes de toda vida, e segundo a maneira de cada um os cultivar assim estes nele crescerão e darão seus frutos¹²⁰.

A obra de Pico Della Mirandola situa-se, por isso, no horizonte da modernidade não somente pela data em que foi escrita, mas pelo anúncio que fez das concepções filosóficas vindouras, como assinala Luís Loia, em seu Estudo Pedagógico Introdutório à obra do mestre renascentista:

¹¹⁹ PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 55.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 57.

Esta nova visão do homem como artífice de si, dotado de livre-arbítrio e da capacidade para escolher livremente sua própria vida, influencia decisivamente o entendimento moderno do homem sobre o homem. A centralidade do homem no mundo e a dignidade da condição humana contribuíram para que o antropocentrismo aqui afirmado abrisse as portas a um individualismo que se veio a agudizar até os nossos dias¹²¹.

A partir disso, a centralidade da pessoa humana perpassou o pensamento moderno, tendo sido expressa pelos grandes pensadores da época, como Descartes, Locke, Rousseau e Kant, em teorias que assinalaram o sinal da universalidade e da racionalidade. A época moderna foi anunciada por Descartes cujo *cogito ergo sum* removeu o fundamento metafísico da substância aristotélica ou da forma platônica para o Deus cristão e o colocou na humanidade entendida como sujeito. Desta forma, o homem tornou-se o princípio fundante, o mestre do Universo e a medida de todas as coisas, tanto na teoria como na vida prática¹²². A remodelação da ciência empreendida por René Descartes passou pela redefinição do modo de compreender o homem e de seu papel como agente transformador do mundo. No cartesianismo, a possibilidade do conhecimento pressupõe a razão, como a única responsável pela construção de verdades objetivas e científicas, contrariando a tradição filosófica antiga e medieval, de modo que o “penso, logo existo” exprime o valor superior do homem em relação a tudo o que ele pode fazer e pensar¹²³. Na filosofia cartesiana, o homem transforma-se, passando de simples observador a experimentador e, com isso, capaz de manipular a natureza, na medida em que todos os fenômenos naturais passaram a ser suscetíveis de explicação e manipulação científicas. Descartes estabelece a supremacia do sujeito no ato do conhecimento e, com isso, pavimenta o caminho para a afirmação do paradigma individualista na modernidade. Na relação que o homem estabelece com o mundo, ele toma o lugar que Deus ocupava na sociedade medieval e reivindica, para si, os atributos que pertenciam a Ele: a onipotência e a onisciência. Daí ser a modernidade a época da subjetividade, a expressão cultural do estabelecimento

¹²¹ LÓIA, Luis. Estudo pedagógico introdutório. In: PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução de Maria de Lurdes Sirgato Ganho. Lisboa: Edições 70, 2006. p. L.

¹²² DOUZINAS, Costas. **The End of Human Rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 204.

¹²³ ALQUIÉ, Ferdinand. **A Filosofia de Descartes**. Lisboa: Editorial Presença, 1969. p. 138.

filosófico do homem como sujeito, do seu advento como *subjectum* na base do qual tudo deve ser assentar¹²⁴.

Por outro lado, as concepções contratualistas de Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant tratam de separar o indivíduo da ordem social e de instalá-lo no seu centro, como o sujeito da modernidade e a principal fonte do Direito¹²⁵. Apesar de suas diferenças, as escolas contratualistas transitaram pelo mesmo paradigma antropocêntrico, pois a remodelação da forma de compreender a relação indivíduo-Estado-sociedade passou pela assunção da nova imagem do homem como referência básica da sociedade, já que é pressuposto da teoria do contrato social conceber o Estado como produto da vontade individual. São teorias que convergem para o estabelecimento do moderno direito natural de cunho racionalista, caracterizado pela substituição de Deus pelo abstrato conceito de homem como centro do Universo. O estado de natureza, concebido tanto por Hobbes, quanto por Locke, Rousseau e Kant, representa o estado de insegurança, de constante luta dos mais fortes contra os mais fracos, onde, para sobreviver, os últimos escolhem renunciar à liberdade natural e à posse de seus bens em troca de um Estado Civil que garanta sua segurança pessoal e seus direitos. Essa passagem do Estado de Natureza para o Estado Civil dá-se pelo pacto social firmado pelos indivíduos, cuja existência, portanto, independe do Estado¹²⁶.

Hobbes¹²⁷ promove uma ruptura total com a filosofia tradicional ao negar que o homem é, por natureza, um animal sociopolítico. Primeiro, porque concebe um estado de natureza, onde não há justiça, nem submissão, que são introduzidas no convívio humano apenas por meio do contrato. O seu ponto de partida é o indivíduo humano, ainda que o Estado seja a salvação para sua solidão, sua pobreza, sua brutalidade e sua vileza. O gozo da segurança, do conforto e do desenvolvimento das faculdades humanas depende de sua submissão que, por sua vez, implica a

¹²⁴ RENAUT, Alain. **A era do indivíduo**: contributo para uma história da subjectividade. Tradução de Maria João Batalha. Lisboa: Instituto Piaget, 1989. p. 28-9.

¹²⁵ DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 71.

¹²⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 117.

¹²⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e civil. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martins Claret, 2004.

renúncia de grande parte de seus poderes em favor do Estado¹²⁸. Coloca-se uma situação paradoxal: o Estado existe em função dos indivíduos, mas só pode operar a partir da privação dos direitos destes mesmos indivíduos. O mesmo se observa em Locke. Embora ele priorize os direitos individuais existentes antes do pacto social em relação à coletividade e ao Estado Civil, que, por isso, possui um poder apenas limitado de ingerência na esfera privada do indivíduo, o indivíduo também é obrigado a ceder parte de sua liberdade. Isso porque o Estado nasce como produto da vontade de homens livres que se unem com o fim de garantir seus direitos de liberdade e propriedade adquiridos no hipotético Estado de Natureza, onde tais direitos são precários, sem qualquer garantia. Como no estado de natureza os indivíduos têm posse da sua liberdade, eles podem abdicá-las e transferi-las para um terceiro: o soberano. Os homens submetem-se autonomamente ao soberano (ao Estado) em troca da segurança que ele lhes passa a oferecer¹²⁹. Porém, todos admitem que somente na sociedade civil ou política existem as condições para a observância das leis naturais que são as leis da razão. Verifica-se em todas as concepções contratualistas, apesar das divergências em torno da bondade ou maldade naturais do homem em seu estado puro, que o Estado consiste em uma instância de garantia de direitos já existentes antes da sua criação, mesmo que precariamente, o que denota a concepção individualista de pessoa humana e a sua primazia na constituição do corpo sociopolítico.

Como resultado dessa variedade de fatores, a ideia de direito natural fundado na racionalidade humana estabeleceu-se, decisivamente, na cultura jurídica europeia do século XVII. O jusnaturalismo moderno partiu da existência de direitos inatos do ser humano ao desenvolvimento de sua personalidade e, portanto, anteriores ao Estado Civil, produto do contrato social. Os direitos subjetivos individuais, invioláveis e necessários são entendidos como consequência lógica e imediata da natureza humana e, por isso, valem contra o Estado, que só existe para garantir as precárias liberdades individuais pré-existentes ao contrato social. Na modernidade, surge a ideia de direito subjetivo, modificando profundamente o

¹²⁸ DUMONT, Louis. **Ensaio sobre o individualismo**: uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Dom Quixote, 1992. p. 90.

¹²⁹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martins Claret, 2003. p. 69.

conceito clássico de direito (*jus*) que se torna o reflexo do poder de vontade garantido ao sujeito¹³⁰.

A construção do discurso em torno da figura central do homem determinou o surgimento das categorias jurídicas que norteiam a aplicação e a formulação das normas jurídicas dos sistemas jurídicos do ocidente até nossos dias. A ressignificação da subjetividade na modernidade operou profundas mudanças no modo de compreender o Direito, na medida em que o ser humano racional tornou-se o seu centro de interesse, em detrimento de Deus ou da *physis*. A idéia subjacente ao jusnaturalismo moderno de que nada, senão o próprio homem é capaz de determinar a vontade, a escolha e as ações, nega que a lei tenha o papel de fonte de tais direitos, reconhecendo-lhe apenas o papel de garanti-los e de expressá-los. Conquanto a lei seja produto do Estado e o Estado produto de vontades individuais, tem-se no indivíduo a origem e o fundamento do Direito e do Estado modernos. Não há ordem cósmica, nem um todo harmonioso que determinem as relações sociais, mas tão-somente a vontade individual:

Para os modernos, sob a influência do individualismo cristão e estóico, aquilo a que se chama o Direito Natural (em oposição ao direito positivo) não trata de seres sociais, mas de indivíduos, ou seja, de homens, cada um dos quais se basta a si próprio enquanto feito à imagem e semelhança de Deus e enquanto depositário da razão. Daqui resulta que, antes de mais na concepção dos juristas, os princípios fundamentais da constituição do Estado (e da sociedade) devem ser extraídos, ou deduzidos, das propriedades e qualidades inerentes ao homem considerado como um ser autônomo, independente de qualquer laço social ou político¹³¹.

Nos primórdios dos tempos modernos, portanto, indivíduo e pessoa humana estabelecem a sua definitiva identificação por meio do Direito, que cria a figura do sujeito de direitos: “Lei e sujeito estão intimamente ligados, e os direitos humanos representam o lugar paradigmático no qual a humanidade, o sujeito e o Direito se

¹³⁰ VILLEY, Michel. **Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo**. Santiago, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

¹³¹ DUMONT, Louis. **Ensaio sobre o individualismo**: uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Dom Quixote, 1992. p. 81.

encontram”¹³². O Direito Natural moderno, que nasce sob os auspícios do individualismo, reformula inteiramente o ponto de partida para o estabelecimento da relação entre direitos e deveres. Ao menos no ponto de partida, todos os indivíduos humanos são capazes de expressar livremente sua vontade e de exercer sua liberdade conforme a razão. Como admitir, então, que o Direito negasse a emergência e a ascensão do homem, em nome de um justo natural e universal que não mais subsistia? Por isso, todo o indivíduo humano é uma pessoa a partir do Direito Natural Moderno. Há íntima relação entre a ação da lei e o reconhecimento da condição de pessoa, que se dá por meio da figura do sujeito de direito e do direito subjetivo.

O principal fator da inovação trazida pelos renascimentos foi, portanto, a transformação da noção renascentista de dignidade humana na noção de homem como um ser possuidor de direitos, no século XVII. Assim, o que foi mantido a partir de modernidade foi a noção de uma especificidade que caracteriza e distingue o homem de todos os seres naturais, enquanto o que foi modificado foi a concepção de que a dignidade humana está menos ligada ao lugar do homem na hierarquia dos seres do que com a liberdade e autonomia que o constitui como sujeito¹³³. Nesse contexto, Luhmann afirma que a partir da modernidade houve uma espécie de identificação lógica entre os conceitos de ser humano, indivíduo e pessoa¹³⁴.

¹³² “Law and subject are intimately related and human rights are the paradigmatic place in which humanity, subject and the law come together”. DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 186.

¹³³ ZARCA, Yves Charles. **A invenção do sujeito de direito**: filosofia política. Porto Alegre: L&PM, 1984. p. 10-11.

¹³⁴ LUHMANN, Niklas. La forma “persona”. In: LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 231.

3 LIMITAÇÕES DO DISCURSO HEGEMÔNICO DOS DIREITOS HUMANOS PARA ALÉM DAS FRONTEIRAS DO OCIDENTE

Neste capítulo, analisarei o pano de fundo sobre o qual residem as críticas ao discurso hegemônico dos direitos humanos, que consiste no seu atrelamento a uma ideia individualista e, portanto, abstrata de pessoa humana. Mostrarei as consequências que este modelo traz para a (não) aceitação dos direitos humanos entre os povos de tradição não ocidental e as insuficiências para a concepção de direitos humanos na América Latina. Por fim, discutirei em que medida a ligação entre o discurso dos direitos humanos e o individualismo levado ao extremo decorre de uma leitura unilateral da modernidade que a identifica apenas como a expressão do eurocentrismo.

3.1 Fundamentação do discurso hegemônico dos direitos humanos

No capítulo anterior, vimos que o discurso dos direitos humanos envolve uma filosofia da pessoa que atribui enorme relevância ao indivíduo e ao seu poder de consentimento. O sujeito de direito é uma invenção moderna e é um aspecto fundamental para o próprio entendimento de como a modernidade se constituiu, na medida em que uma de suas características mais importantes é a definição de homem como um ser com direitos inerentes, que a ordem jurídica deve proteger. As ideias correlatas de direitos subjetivos e sujeito de direitos significaram uma ruptura com a tradição política e filosófica que pode ser traçada desde os Gregos e os Romanos, especialmente porque nestas sociedades a individualidade e a primazia da liberdade individual cediam lugar à concepção do homem dependente e inserido na ordem social. Com o advento da modernidade, ser pessoa tornou-se independente dos vínculos sociais do ser humano, de modo que o papel social, a linhagem familiar, a nacionalidade, a etnia ou a classe social se tornaram fatores irrelevantes para a caracterização do ser humano como pessoa. Ao menos teoricamente.

A nova conformação antropocêntrica, estabelecida no mundo ocidental desde os séculos XV e XVI, exigiu uma reformulação do Direito que permitisse o reconhecimento da condição de sujeito de direito para a pessoa humana - que se originou do moderno conceito de direito subjetivo com base no direito natural. A idéia de lei natural é retomada da escolástica clássica e tomista, mas, simultaneamente, redefinida, uma vez que o pensamento clássico presume um todo harmonioso e uma justiça universal, tanto físicos quanto humanos, em que cada parte deverá encontrar o seu lugar previamente dado pelo grande plano da Natureza. No entanto, o renascimento da lei natural na modernidade operou uma subversão no próprio conceito de natureza, que deixou de significar o *cosmos* organizado, ou Deus, para ser a expressão da racionalidade humana. Assim, a racionalidade tornou-se o nome do atributo humano compartilhado que fundamenta a moralidade devido ao fato de que os seres humanos são os únicos seres que podem conhecer e não apenas sentir. Há, portanto, um distanciamento da relação com Deus como fundamento da igualdade de todos os seres humanos, transferindo-se, na modernidade, para a razão humana.

Por conseguinte, na tradição ocidental, a defesa dos direitos humanos, como direitos universais, tem as suas raízes na exaltação do indivíduo e na incomparável importância do organismo humano que deriva de sua própria racionalidade. O mero fato de ser um indivíduo humano como condição para ser pessoa, pode ser considerado um ponto de mutação na ideia de pessoa porque ela representa fortemente a possibilidade concreta de inclusão de todos em considerações morais e legais, muito embora, o surgimento da figura do Estado-nação tenha desafiado essa noção de forma contundente. De qualquer sorte, graças a essa identificação entre as ideias de pessoa, de dignidade e de indivíduo humano, que foi alçado à posição mais alta dentre todos os seres, tem-se afirmado que os direitos humanos são os direitos de todos em todos os tempos. O sujeito de direitos é o indivíduo humano, ao passo que o individualismo implica, ao mesmo tempo, as ideias de liberdade e igualdade, porque a qualidade de filhos de Deus tornou os homens iguais, colocando a essência do homem por inteiro em cada um deles. Daí que qualquer afirmação da humanidade que não derive da sua própria interioridade não pode subsistir nesse

sistema de significações¹³⁵. O fato de que o discurso dos direitos humanos está atrelado a esta premissa é facilmente constatável entre os teóricos dos direitos humanos. Chandra Muzaffar explica que o significado convencional dos direitos humanos implica uma ligação com os direitos individuais, especificamente direitos civis e políticos e que essa equação é um produto do Iluminismo Europeu e da secularização do pensamento e da sociedade nos últimos cento e cinquenta anos¹³⁶.

Mesmo entre os que defendem que os direitos humanos não são direitos absolutos, mas que vão surgindo progressivamente como resultado de determinações históricas, existe a constatação de que eles “nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista de sociedade”¹³⁷. E ainda:

O caminho contínuo, ainda que várias vezes interrompido, da concepção individualista da sociedade procede lentamente, indo do reconhecimento dos direitos do cidadão de cada Estado até o reconhecimento dos direitos do cidadão do mundo, cujo primeiro anúncio foi a Declaração universal dos direitos do homem; a partir do direito interno de cada Estado, através do direito entre os outros Estados, até o direito cosmopolita, para usar uma expressão kantiana, que ainda não teve o acolhimento que merece na teoria do direito¹³⁸.

Modesto Saavedra reforça a mesma concepção, arguindo, com base em Kant, que os direitos humanos derivam da dignidade ostentada, individualmente, por cada ser humano:

Basamos los derechos humanos en la dignidad de la persona, en el valor intrínseco que les reconocemos a los seres humanos como personas morales, y por tanto, en el respeto que merecen sus intereses y sus necesidades, tal como son interpretados libremente por ellos mismos en el curso de la historia. Por tanto, basamos, com Kant, los derechos humanos en la autonomía o capacidad de autodeterminación que desde la Modernidad entendemos como más

¹³⁵ DUMONT, Louis. **Ensaio sobre o individualismo**: uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Dom Quixote, 1992. p. 87.

¹³⁶ MUZAFFAR, Chandra. From human rights to human dignity. In: VAN NESS, Peter. **Debating Human Rights**: critical essays from the United States and Ásia. London: Routledge, 1999. p. 25

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 2.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 4.

próprio y respetable de la naturaleza humana. En la noción de dignidad de la persona tenemos el presupuesto necesario y suficiente para exigirnos mutuamente reconocimiento y respeto, un reconocimiento y respeto que nos debemos unos a otros con independencia de las diferencias que puedan separarnos, con independencia de nuestras pertencias o de nuestras adscripciones. Pero tampoco la dignidad de la persona viene dada con la naturaleza humana, sino que es algo que aportamos nosotros para construir una concepción filosófica o moral de la naturaleza humana.¹³⁹

Bielefeldt segue a mesma linha de raciocínio e corrobora explicitamente a ligação dos direitos humanos com pressupostos individualistas forjados na modernidade europeia ao defender que “a dignidade de uma pessoa não pode ser mediatizada pelo conjunto de uma *escala de valores* objetivos, mas é fundamentada na autonomia moral da pessoa como condicionante da possibilidade dos valores materiais”¹⁴⁰. Por outro lado, defende que é possível superar os impasses culturalistas no debate sobre os direitos humanos apesar do fato incontestável de seu surgimento na Europa e na América Norte e de sua ligação com pressupostos individualistas e antropocêntricos¹⁴¹. Micheline Ishay defende a mesma ideia, mas sob outro ponto de vista, ao afirmar que uma sucessão de circunstâncias favoráveis estimulou o crescimento do ocidente e de sua capacidade para desenvolver e difundir o moderno discurso dos direitos humanos. A autora refere-se explicitamente ao papel privilegiado da Reforma, do nascimento da ciência, do crescimento do mercantilismo, da consolidação do Estado-nação, das expedições marítimas e da emergência da revolucionária classe média no que se refere ao desenvolvimento das demandas de direitos humanos nas revoluções inglesa, americana e francesa¹⁴². A mesma perspectiva do surgimento dos direitos humanos como produto eminentemente moderno e ocidental é defendida por Donnelly, ao afirmar que a modernidade está associada a uma dupla circunstância sem a qual eles não teriam surgido: a emergência da economia de mercado e dos Estados-nação, aliada

¹³⁹ SAAVEDRA, Modesto. La universalidad de los derechos humanos en un mundo complejo: igualdad moral y diferencias jurídicas. In: LUCAS, Javier (Org.). **El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo**. Valencia: Tirant to Blanch, 2002. p. 246.

¹⁴⁰ BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 83.

¹⁴¹ Ibid., p. 141.

¹⁴² ISHAY, Micheline R. **The history of human rights: from ancient times to the globalization era**. Berkeley: University of California Press, 2008. p. 69.

ao crescimento de reivindicações políticas por igualdade e tolerância¹⁴³.

De fato, o triunfo do indivíduo coincide justamente com os eventos inaugurais da positivação dos direitos humanos: a Declaração de direitos da Virgínia de 1776, mas principalmente, a Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Nelas, o individualismo recebe sua expressão mais bem acabada. Diz-se que o discurso contemporâneo dos direitos humanos nutriu-se profundamente da experiência francesa, cuja Declaração representou a expressão legal do projeto iluminista fundado na promessa de emancipação do indivíduo das formas de opressão política. No entanto, o próprio iluminismo incorpora uma tradição individualista constituída ao longo do processo de formação da sociedade ocidental. O seu impacto é evidenciado no documento fundador da concepção universal e contemporânea dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, seja na sua forma, seja na sua essência¹⁴⁴. Relembremos, em breves linhas, por quê.

A independência das treze colônias britânicas da América do Norte, em 1776, é considerada o ato inaugural da democracia moderna. O povo americano proclamou sua independência invocando os inalienáveis direitos do homem – a vida, a propriedade e a busca da felicidade. O poder, contra o qual se pretendia proteger estes direitos, tinha sua fonte nos pactos firmados pelo povo americano. Fatores como o espírito burguês, que admitia a diferenciação apenas baseada na riqueza e não na pertença a determinado estamento, a igualdade essencial da condição jurídica do indivíduo bem delineada desde o pacto do *Mayflower* e a conseqüente devoção ao consentimento popular foram predisponentes à formação do novo Estado garantidor das liberdades. Some-se a isso, o fato de os colonizadores constituírem grupos dissidentes na Inglaterra, onde, na época, se praticavam políticas de extrema intolerância religiosa. Para os americanos, a constituição da liberdade implicava fundar um corpo político suficientemente estável para assegurá-la. Daí a decisiva contribuição da teoria da separação dos poderes de Montesquieu,

¹⁴³ DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in theory and practice**. 2nd ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003. p. 58.

¹⁴⁴ DOUZINAS, Costas. **Human rights and empire: the political philosophy of cosmopolitanism**. Abingdon: Routledge-Cavendish, 2008. p. 85.

segundo a qual o sistema de freios e contrapesos, a limitar os poderes do Estado, constituía-se na melhor forma de controlar o poder e, por isso, a íntima ligação que têm, para os americanos, a soberania popular e o reconhecimento dos direitos inalienáveis¹⁴⁵.

Por outro lado, a Revolução Francesa de 1789, introduziu a figura da ruptura de continuidade, pois foi o primeiro grande movimento histórico de inversão radical da ordem constituída, que derrubou o *Ancien Régime* e abalou as bases nas quais se assentavam a França e a Europa no final do século XVIII¹⁴⁶. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, considerada a grande herança da Revolução Francesa, significou a derrocada do *Ancien Régime* e a matriz fundamental dos projetos constitucionais vindouros de muitos povos. As liberdades individuais adquiriram contornos bem delimitados, com a fixação dos princípios da legalidade e tipicidade penais e tributários e a consagração do direito de propriedade como direito sagrado. Os direitos liberais previstos na Declaração possuíam nítida conotação burguesa e, com isso, desencadearam a expansão capitalista, que até hoje resiste à incorporação dos direitos sociais, revestidos de maior *status* na sociedade ocidental, bem como o espírito individualista que norteiam as relações sociais¹⁴⁷.

Ocorre que tanto a independência americana, quanto a revolução francesa representaram, no fundo, movimentos de recuperação e defesa dos direitos de propriedade¹⁴⁸, porque liderados por proprietários ainda desprovidos de poder político e basicamente por isso. Embora as Declarações partissem da premissa segundo a qual todos os homens são livres e iguais, a sua consequência prática foi contraditória, pois os negros continuaram escravos nos Estados Unidos da América, enquanto a França manteve seu poder sobre suas colônias e não reconheceu quaisquer direitos às mulheres, revelando uma visão um tanto quanto estreita sobre a noção de igualdade de todos os homens. Assim, o entusiasmo que os direitos do

¹⁴⁵ ARENDT, Hannah. **Da revolução**. Tradução de Fernando Vieira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988. p. 114.

¹⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 548.

¹⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 148.

¹⁴⁸ ARENDT, op. cit., p. 145.

homem provocaram no pensamento político da época não foi capaz de conter as severas críticas que Burke, Bentham e Marx lhes desferiram e que ainda hoje encontram eco no pensamento de autores como MacIntyre e Villey. A crítica de Burke foi direcionada, principalmente, à abstração dos direitos proclamados na Declaração Francesa, o que, segundo ele, tornava-os irrealis e inacessíveis. Dito de outro modo, o problema dos nascentes direitos do homem era a inexistência de mecanismos capazes de assegurar, universalmente, o seu acesso. Bentham adotou a mesma linha, ao chamá-los de contra-sensos. Marx, porém, não via nos direitos do homem qualquer abstração. Douzinas observa que Marx não concebia o 'homem' da Declaração Francesa como um recipiente vazio e indeterminado, senão extremamente repleto de substância. Isso porque a Declaração dirigia-se ao homem branco burguês voltado para o mercado e tinha a propriedade como bem jurídico privilegiado, logo, seu sujeito não era uma abstração, mas a expressão concreta e particular de um determinado tipo de homem e de seu poder¹⁴⁹.

A crítica marxiana é, portanto, contundente ao identificar os direitos humanos (*droits de l'homme*) a nada mais que os direitos do membro da sociedade burguesa, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade, na medida em que a liberdade é o direito humano por excelência. O que Marx vê na liberdade proclamada pelos revolucionários é tão-somente o direito de fazer e empreender tudo aquilo que não prejudique os outros, ou seja, é um direito que se baseia, não na união do homem com o homem, e sim na separação deste em relação ao seu semelhante, idéia, aliás, presente no contratualismo. Logo, a aplicação prática do direito humano à liberdade é a propriedade privada, que consiste em “desfrutar do patrimônio e dele dispor arbitrariamente”, o que constitui o fundamento da sociedade burguesa. Quanto aos outros direitos humanos – igualdade e segurança -, Marx considerava-os simples desdobramentos ou complementos do direito de liberdade. Daí afirmar que a “igualdade nada mais é senão a igualdade da liberdade, a saber, que todo homem se considere igual, como uma mônada para si mesmo”, ao passo que a “segurança é o conceito supremo da sociedade burguesa, o conceito de polícia”, que serve aos propósitos de manter intactos e protegidos a pessoa, seus direitos e a propriedade.

¹⁴⁹ DOUZINAS, Costas. **Human rights and empire: the political philosophy of cosmopolitanism**. Abingdon: Routledge-Cavendish, 2008. p. 100.

Os direitos humanos, na visão marxiana, não se referem ao homem como um ser genérico, mas, ao contrário, fazem da própria vida genérica da sociedade, um marco exterior para os indivíduos, cujo nexos que os mantêm em coesão é o interesse e a necessidade particular, a conservação de suas propriedades e de suas individualidades egoístas. Logo, “os direitos humanos distinguem-se e são superiores aos direitos dos cidadãos (*droits du citoyen*), em primeiro porque não se considera, como verdadeiro e autêntico, o homem enquanto cidadão, senão enquanto burguês. Em segundo lugar, porque os direitos cidadãos são, em última análise, meios, cujo fim é a vida da sociedade burguesa (garantia dos direitos do homem individual)”¹⁵⁰. A crítica de Marx está ligada ao fato de que a maior parte dos seres humanos, embora abstratamente considerados pessoa pela concepção antropocêntrica da modernidade, estava completamente excluída do processo inclusivo da cidadania, revelando-se a falácia do projeto antropológico moderno, que, em princípio, serviu apenas para salvaguardar os privilégios da burguesia.

A desconfiança que ainda hoje persegue a ideia dos direitos humanos e obstaculiza suas possibilidades de validade universal guarda muitos aspectos da crítica marxiana. Essa desconfiança deita suas raízes na estática ligação dos direitos humanos aos pressupostos liberais das Revoluções Americana e Francesa do século XVIII – liberdade, igualdade e segurança -, que inexoravelmente resultaram na limitação de direitos ao homem burguês, branco e ocidental¹⁵¹. Por outro lado, ainda que tenham se consagrado no século XVIII como direitos burgueses, é inegável que desde Marx e da Revolução Francesa, os direitos humanos têm ampliado seu espectro de incidência e alcançado, não apenas o homem burguês, senão um universo cada vez mais amplo de seres humanos¹⁵². Sobretudo a partir do final do século XIX, quando foram, paulatinamente, se incorporando aos sistemas

¹⁵⁰ MARX, Karl. **A questão judaica**. São Paulo: Editora Moraes, 1970. p. 41-46.

¹⁵¹ DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 165.

¹⁵² “Human rights were initially linked with specific class interests and were the ideological and political weapons in the fight of the rising bourgeoisie against despotic political power and static social organization. But their ontological presuppositions, the principles of human equality and freedom, and their political corollary, the claim that political power must be subjected to the demands of reason and law, have now become part of the staple ideology of most contemporary regimes and their partiality has been transcended”. Em uma tradução livre, Douzinas quer dizer que os direitos humanos nasceram ligados a interesses de uma classe específica – a burguesia – contra o poder político despótico e a organização social estática. Todavia, seus princípios de igualdade e liberdade e suas conseqüentes reivindicações transcenderam os interesses apenas de uma classe, passando a se incorporar, como demanda, aos regimes mais contemporâneos. *Ibid.*, p. 2.

constitucionais de diversos países, o reconhecimento dos direitos sociais – saúde, educação, regulamentação das relações de trabalho - implicou o impacto da cidadania sobre outras classes sociais, que não a burguesia¹⁵³. Portanto, trata-se de uma crítica pertinente para sua época, mas que se analisada no atual contexto não traduz o propósito e o alcance dos direitos humanos, que é o seu reconhecimento baseado na dignidade humana, um conceito que refuta a imagem egoísta do ser humano e que implica um universo de seres humanos mais amplo que o do homem burguês, branco e ocidental, que Marx identificou em sua crítica.

3.2 Individualismo e modernidade

As críticas que se fazem à herança da modernidade como uma catástrofe para nossos dias partem, sobretudo, da premissa de que o individualismo constitui o valor cardinal das sociedades modernas e das consequências que isso acarretou na constituição dessas sociedades: miséria humana, conflitos mundiais, totalitarismos, colonialismo. O individualismo é, nesta medida, identificado ao domínio do cientificismo sobre a ética e ao tipo de relação tecnicista que se estabeleceu desde este paradigma a partir do século XIX. Esta é a interpretação de Louis Dumont sobre o fenômeno resultante da virada antropocêntrica moderna. Porém, como observa Alain Renaut, a dita virada antropocêntrica proporciona mais de uma leitura dependendo da perspectiva a partir da qual é analisada e assim seus efeitos podem ser chamados tanto de individualismo quanto de humanismo. O uso dessas expressões, no entanto, é extremamente impreciso na literatura. Heidegger, por exemplo, refere-se a humanismo para significar a propagação de uma centralidade enganosa e catastrófica do homem que, ao mesmo tempo em que é o centro e o fundamento do mundo, é também o objeto final do olhar objetificador do outro homem¹⁵⁴. Por motivos de maior clareza no presente trabalho, porém, não me referirei a esse fenômeno usando o termo humanismo, pois do que se pode depreender da leitura de Dumont este tipo de relação seria a manifestação do

¹⁵³ MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 75.

¹⁵⁴ DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 207.

individualismo e não do humanismo que, no pensamento de Renaut, recebe outra conotação, como veremos no último capítulo.

Dumont defende que o individualismo é uma ideologia que corresponde a uma sociedade igualitária, onde seu valor supremo – o indivíduo – não pode estar submetido a ninguém mais que a ele mesmo, de modo que não resta espaço para qualquer princípio de hierarquia, como nas sociedades antigas ou naquelas baseadas no comunitarismo¹⁵⁵. Como se trata de um longo e gradual processo, Dumont esclarece que há cizânia doutrinária quanto às origens do individualismo. Parece estar desde sempre presente naqueles países onde o nominalismo é mais forte, como na Inglaterra, ou então ter surgido com o Renascimento ou com a ascensão da burguesia na Europa. Há evidências, também, de que sua origem remonte ao pensamento grego, onde as bases do racionalismo teriam sido assentadas. Porém, para o autor, é um exagero caracterizar o pensamento grego como individualista, o que não ocorre, todavia, com a religião cristã, que foi, para ele, a mola propulsora do individualismo¹⁵⁶. Nos seguintes termos, Dumont refere-se ao individualismo e a sua primazia nas sociedades modernas:

Chamo ideologia a um sistema de ideias e de valores que vigora num dado meio social. Chamo ideologia moderna ao sistema de ideias e valores característico das sociedades modernas. [...] A ideologia moderna é individualista. [...] Quando alguém opõe sem mais o nacionalismo ao individualismo, devemos sem dúvida entender que o nacionalismo corresponde a um sentimento de grupo que se opõe ao sentimento 'individualista'. Na realidade, a nação no sentido preciso, moderno do termo, e o nacionalismo – distinto do simples patriotismo – estão historicamente ligados ao individualismo como valor. A nação é precisamente o tipo de sociedade global correspondente ao reinado do individualismo como valor. Não só o acompanha historicamente, como a interdependência entre ambos é algo que se nos impõe de tal maneira que se pode dizer que a nação é a sociedade global composta por pessoas que se consideram indivíduos (HH, ap. D, p. 379). É uma série de ligações deste gênero que nos autoriza a designar pela palavra 'individualismo' a

¹⁵⁵ RENAUT, Alain. **A era do indivíduo**: contributo para uma história da subjectividade. Traducui de Maria João Batalha Reis. Lisboa: Instituto Piaget, 1989. p. 68.

¹⁵⁶ DUMONT, Louis. **Ensaio sobre o individualismo**. Uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1992. p. 34.

configuração ideológica moderna¹⁵⁷.

A associação de Dumont entre a ascensão do individualismo e o surgimento do cristianismo é peremptória. Segundo o autor, o cristianismo transformou o homem no indivíduo-em-relação-com-Deus e, com isso, o colocou fora do mundo, na medida em que o valor de cada indivíduo passou a ser extraído unicamente da sua relação filial com Deus, relação na qual se fundamenta a fraternidade humana. O cristianismo estabeleceu, assim, a autossuficiência do indivíduo humano unicamente na sua relação com Deus, levando ao rebaixamento e à desvalorização do mundo tal como é, afastando-se, portanto, das concepções gregas acerca da natureza humana. O valor e os direitos de cada indivíduo deixaram de ser extraídos das relações mundanas ou das instituições sociais, mas de uma relação transcendental que se estabelece individualmente com Deus¹⁵⁸. Assim, o homem teria sido retirado do mundo pelo cristianismo. Mais tarde, porém, quando a Igreja arrogou-se o poder temporal no ocidente, passando a dominar também o âmbito político e a reinar sobre o mundo terreno, o indivíduo cristão foi novamente implicado e posto no mundo¹⁵⁹.

Analisando este aspecto do pensamento de Dumont, Renaut esclarece que, para o autor, a condição para o nascimento do individualismo moderno foi a contaminação da vida mundana pelo componente individualista e universalista do cristianismo a ponto de subverter a hierarquia que estruturava o todo social. Os valores supremos do individualismo, que são a igualdade e a liberdade, sobrepuseram-se aos valores da hierarquia e da dependência, na medida em que os homens deixaram de ser membros de um todo para passarem a ser simplesmente os elementos de uma sociedade atomizada¹⁶⁰.

Por isso, segundo Dumont, afirmar que o individualismo é obra do pensamento cristão decorre da hipótese de que somente o cristianismo pode explicar como foi possível desenvolver um novo tipo de sociedade que contradisse

¹⁵⁷ DUMONT, Louis. Ensaio sobre o individualismo. Uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1992. p. 20-1.

¹⁵⁸ Ibid., p. 39.

¹⁵⁹ Ibid., p. 61.

¹⁶⁰ RENAUT, Alain. **A era do indivíduo**: contributo para uma história da subjectividade. Tradução de Maria João Batalha Reis. Lisboa: Instituto Piaget, 1989. p. 72.

fundamentalmente o tipo de sociedades comunitaristas. O estabelecimento do individualismo como ideologia moderna representa a fundação de sociedades em que o indivíduo desempenha o valor supremo, ao passo que nos casos opostos, ou seja, nas sociedades comunitaristas, o valor está na sociedade como um todo. Ao contrário das sociedades individualistas, na concepção social comunitarista não há espaço para o ser moral independente, autônomo e, por consequência, não social, que encarna os valores supremos e ocupa o lugar mais elevado¹⁶¹. O nascimento do individualismo significou, dessa forma, a possibilidade de cada homem pensar-se como um indivíduo independente que se preocupa acima de tudo com o seu próprio destino e que se basta a si mesmo¹⁶². A lógica do individualismo é a da independência, da libertação dos entraves, da autossuficiência, cuja valorização, quando levada ao extremo, conduz ao abandono da vida social para se consagrar ao seu progresso e destino próprios¹⁶³. A valorização da independência como tal traz em si a dessocialização do homem através da convicção de que, enquanto indivíduo, ele se concebe e se constitui independentemente de qualquer relação com a sociedade, como uma subjetividade sem intersubjetividade¹⁶⁴.

A própria noção de sociedade que se estabelecera na modernidade remete à ideia de associação composta por indivíduos, que, portanto, se unem por um ato de vontade, pressupondo a possibilidade de existirem isoladamente. É assim que a teoria do contrato social, tão difundida entre nós, explica o surgimento da sociedade civil e da relação dos indivíduos com o Estado. Dumont sustenta o equívoco de tal compreensão, pois “a sociedade, com suas instituições, valores, conceitos, língua, é sociologicamente primeira em relação a seus membros particulares, que só se tornam homens pela educação e adaptação a uma sociedade determinada”¹⁶⁵. Aqui o acento é na impossibilidade lógica de se pensar a pessoa fora do meio social, pois na medida em que pensamos que a sociedade é fruto da soma de vontades individuais, pensamos que é possível exercer a liberdade fora dela, como se a pessoa humana pudesse subsistir em total isolamento, ou seja, como uma mônada.

¹⁶¹ DUMONT, Louis. **Ensaio sobre o individualismo**: uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Dom Quixote, 1992. p. 35.

¹⁶² RENAUT, Alain. **A era do indivíduo**: contributo para uma história da subjectividade. Tradução de Maria João Batalha Reis. Lisboa: Instituto Piaget, 1989. p. 71.

¹⁶³ Ibid., p. 77

¹⁶⁴ Ibid., p. 86

¹⁶⁵ DUMONT, op. cit., p. 82.

Esta, de fato, é uma leitura possível da modernidade, pois os efeitos perversos do culto à autossuficiência são evidentes em todos os lados, sobretudo a partir do momento em que a Europa ocidental adotou, coletivamente, essa postura em relação ao resto do mundo, o que é visível nas práticas coloniais e no estabelecimento do discurso eurocêntrico. Daí Renaut afirmar que este encadeamento entre independência, autossuficiência e ausência de regras caracteriza bem o individualismo moderno e, mais ainda, o individualismo contemporâneo¹⁶⁶.

Isso porque a consolidação do paradigma cientificista no século XIX, que produziu profundas consequências nos mais variados setores da vida humana, inclusive no Direito, decorre de um lento e progressivo processo que tem suas origens no período de transição entre a Idade Média e a Idade Moderna e que está ligado ao individualismo ou à distorção da ideia cristã de igualdade e dignidade humana. Embora não se possa precisar o momento em que termina o período medieval e se inicia a modernidade, pode-se estimar que essa transição se inicie na chamada “Baixa Idade Média”, que se estende, mais ou menos, do século XII ao século XV, na época dos Renascimentos: movimentos culturais responsáveis pela revolução paradigmática que marcou o nascimento da modernidade europeia e que influencia o modo de pensar e viver de grande parte da humanidade até hoje. Com os Renascimentos, criou-se um novo modo de conceber os aspectos da cultura ocidental, marcando-se o início da história moderna europeia. Baseados nas escolas filosóficas de cunho racionalista e humanista, nas grandes descobertas marítimas, na reforma Protestante, na física newtoniana e nas teorias revolucionárias de Copérnico e Galileu Galilei, constituíram um momento renovador do ocidente, posto que abriram caminho para a liberação das restrições religiosas impostas pela Igreja. Como observa Micheline Ishay, “a força motriz por trás das revoluções científicas pode ter sido de inspiração divina, mas foram Galileo, Descartes e Newton, ao invés de Deus, os que agitaram a imaginação de seus contemporâneos”¹⁶⁷.

¹⁶⁶ RENAUT, Alain. **A era do indivíduo**: contributo para uma história da subjectividade. Traducui de Maria João Batalha Reis. Lisboa: Instituto Piaget, 1989. p. 78

¹⁶⁷ “The drive behind the scientific revolution might have been of divine inspiration, but it was Galileo, Newton and Descartes who were stirring the imagination of their contemporaries”. ISHAY, Micheline R. **The history of human rights**: from ancient times to the globalization era. Berkeley: University of California Press, 2008. p. 70.

Este período de transição configurou, portanto, a ruptura de um paradigma que, como observa Kuhn, implica a própria mudança do mundo, já que o novo paradigma orienta o olhar em novas direções, fazendo com que as reações ao que se observa sejam diferentes. E uma mudança de paradigma – ou da forma de se analisar qualquer fenômeno – é sempre resultado de uma revolução, no sentido de que ela se inicia quando um segmento da comunidade política (no que tange às revoluções políticas) ou científica (no que tange às revoluções científicas) sente que as instituições existentes deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por um meio que ajudaram, em parte, a criar¹⁶⁸. Assim, o processo de secularização¹⁶⁹ caminhou de mãos dadas com o triunfo da ciência, cujo novo modelo de conhecimento privilegiou o método descritivo das ciências físico-matemáticas, fundado na observação e na experimentação e voltado para a técnica. Neste contexto, a sociedade europeia adotou o novo paradigma adequado às características da nova sociedade industrial e capitalista do século XIX, marcado pelo surgimento das ciências sociais e do positivismo, cujos postulados guardam estreita relação de causa e efeito com a filosofia racionalista (ou da consciência) que, a partir do século XVI, provocou a separação da ciência e da filosofia. Autonomizadas, permitiram que o modelo científico se inserisse em todos os campos do saber, inclusive no Direito.

Sob esse novo paradigma, que veio à tona com as revoluções da modernidade, a nova ciência seguiu, a partir daí, um modelo hipotético-dedutivo e, portanto, generalizante, em que a análise matemática passou a reger não só as ciências exatas e as ciências da natureza, senão a ética e o pensamento social e

¹⁶⁸ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 125.

¹⁶⁹ O termo secularização, de acordo com MARRAMAO, “remete a um processo de gradual expulsão da autoridade eclesiástica do âmbito do domínio temporal, com respeito ao qual o Estado moderno – nascido naquele ano de 1648 da Paz de Westphalia – indicava uma pretensão de monopólio”. E prossegue: “Por mais de dois séculos – das lutas pela Reforma até as expropriações dos bens e dos domínios religiosos, fixada pelo Decreto Napoleônico de 1803 – os neologismos *séculariser* (1586) e, *sécularisation* (1567) estiveram relacionados ao lento e tormentoso processo de afirmação de uma jurisdição secular – isto é, laica, estatal – sobre amplos setores da vida social até então sob o comando da Igreja. Neste sentido, poderíamos afirmar que a Paz de Westphalia não somente põe fim à Guerra dos Trinta Anos, como também conclui simbolicamente o inteiro ciclo histórico da aliança estável entre poder político e religião cristã que, por obra do imperador romano Constantino, havia-se inaugurado com o Edito de Milão de 313”. MARRAMAO, Giacomo. **Céu e terra: genealogia da secularização**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997. p. 18-19.

político, domínios das ciências sociais¹⁷⁰. Segundo Michael Löwi, o positivismo transportou para as ciências sociais, e no Direito isso é patente, o modelo científico, onde o método é condição de garantia do saber seguro. O positivismo apresenta, como principais características, o fato de compreender a sociedade humana como um espaço regulado por leis naturais, invariáveis e independentes da vontade humana. Portanto, as leis que comandam a sociedade são constantes e harmônicas entre si, de modo que os métodos aplicados para conhecer a natureza podem ser os mesmos para explicar a sociedade. Assim, as ciências sociais devem funcionar segundo o modelo de objetividade científica e o cientista social deve ser objetivo, neutro, livre de juízos de valor, ideologias e visões de mundo¹⁷¹. A exemplo das ciências sociais, o positivismo consolidou-se, no Direito, como paradigma dominante, a partir do século XIX, marcando fortemente a constituição e a conformação dos sistemas jurídicos do ocidente até nossos dias.

A modernidade constituiu-se, assim, *pari passu* com a manifestação da nova idéia de razão, produto do paradigma fundado na relação técnica ou experimental do fazer dos seres humanos com o mundo, que se transformou em um evento fenomenológico para a atividade conceitual e legisladora da razão e para a atividade transformadora e manipuladora da técnica humana, determinando a formação de valores voltados para a satisfação de necessidades exclusivamente humanas¹⁷². O modelo de ciência que se consolidou no ocidente pressupõe conhecer para dominar. Rort diz que, em nossa sociedade, as noções de ‘ciência’, ‘racionalidade’, ‘objetividade’ e ‘verdade’ estão estreitamente relacionadas entre si, de modo que a ciência é pensada como a forma de saber que fornece uma verdade sólida e objetiva identificada à correspondência do objeto cognoscível à realidade. Por isso, todos os que pretendem enunciar algum tipo de verdade preocupam-se em ser científicos, através do uso da razão, pois pressupõem as ciências naturais como paradigmas de racionalidade. A racionalidade é pensada como meio, como o agir de acordo com procedimentos pré-estipulados, ou seja, segundo métodos, enquanto o cientista é o

¹⁷⁰ AQUINO, Marcelo Fernandes de. Sistema e liberdade: a fundamentação metafísica da ética em Hegel. **Síntese - Revista de Filosofia**, [S.l.], v. 31, n. 101, p. 304-307, 2004.

¹⁷¹ LÖWI, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1998. p. 17.

¹⁷² AQUINO, op. cit., p. 304-307.

produto de uma visão secularizada promovida pela razão moderna, capaz de manter a humanidade em contato com algo que a transcende¹⁷³.

Segundo Vicente Barretto,

enquanto a ordem moral medieval inseria-se dentro de uma vocação divina, a ordem moral burguesa centrava-se no próprio homem e isto em nome da racionalidade humana. A inteligência humana passará a exercer um poder soberano junto ao de Deus. A fé na razão, como instrumento de análise e progresso humano, torna-se comprovada pelos sucessos crescentes na conquista dos mares e nas descobertas científicas. O homem deverá confiar em Deus, mas antes confiará em sua inteligência. E nas coisas humanas será a inteligência do homem o poder decisório; irá depender dele, homem, a construção de uma sociedade justa. Nasce o que o moderno intérprete chamará de 'ciência da liberdade'¹⁷⁴.

O modelo de ciência europeu foi elevado, sob diversas formas, a uma espécie de conhecimento *standard* sob a crença de ser ele mais correto ou mais adequado à nascente sociedade moderna do que as formas de saber até então adotadas, não somente pela própria sociedade europeia, mas principalmente por outros povos e culturas. Muitas são as razões para isso, sobretudo a coincidência com o surgimento do capitalismo (revolução Industrial), em que um conhecimento baseado na técnica e na utilidade se fez absolutamente necessário. A ciência pensada na modernidade transformou, assim, o homem no ser que faz, que tecniciza, que produz, que manipula:

O preço que os homens pagam pelo aumento de seu poder é a alienação daquilo sobre o que exercem o poder. O esclarecimento comporta-se com as coisas como o ditador se comporta com os homens. Este conhece-o na medida em que pode manipulá-los. O homem da ciência conhece as coisas na medida em que pode fazê-las. É assim que seu em-si torna para-ele. Nesta metamorfose, a essência das coisas revela-se como sempre a mesma, como substrato de dominação. Essa identidade constitui a unidade da

¹⁷³ RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. p. 55.

¹⁷⁴ BARRETTO, Vicente de Paulo. **Ideologia e política no pensamento de José Bonifácio de Andrada e Silva**. Rio de Janeiro: Zahar, 1977. p. 33.

natureza.¹⁷⁵.

Nesse processo de dominação pela técnica é que não somente a natureza, mas o homem se transforma em objeto. Daí Heidegger identificar o humanismo iluminista (entendido aqui como individualismo) como antítese da afirmação da dignidade humana:

As mais altas determinações humanísticas da essência do homem ainda não experimentaram a dignidade propriamente dita do homem. Nesse sentido, o pensar, em Ser e Tempo, é contra o humanismo. Mas esta oposição não significa que um tal pensar se oriente para o lado oposto do humano, defendendo o inumano e a desumanidade ou degrade a dignidade do homem. Pensa-se contra o humanismo porque não ele não instaura a *humanitas* do homem numa posição suficientemente alta. É claro que sublimidade da essência do homem não repousa no fato de ele ser a substância do ente como o seu 'Sujeito', para, na qualidade de potentado do Ser, deixar diluir-se em tão decantada "objetividade", a entidade do ser¹⁷⁶.

Antes de Heidegger, Nietzsche já havia percebido as consequências da relação instrumentalizadora que a ciência, convertida em técnica, seria capaz de acarretar para a transformação dos padrões de vida não apenas no ocidente, mas também fora dele, onde o homem assumiria a dupla condição de sujeito e sujeito:

A ciência dá muita satisfação a quem nela trabalha e pesquisa, e muito pouca a quem aprende seus resultados. Mas, como aos poucos todas as verdades importantes da ciência têm de se tornar cotidianas e comuns, mesmo essa pouca satisfação desaparece: assim como há tempos deixamos de nos divertir ao aprender a formidável tabuada. Ora, se a ciência proporciona cada vez menos alegria e, lançando suspeita sobre a metafísica, a religião e a arte consoladoras, subtrai cada vez mais alegria, então se empobrece a maior fonte de prazer, a que o homem deve quase toda a sua humanidade. Por isso uma cultura superior deve dar ao homem um cérebro duplo, como que duas câmaras cerebrais, uma para perceber a ciência, outra para o que não é ciência; uma ao lado da outra, sem se confundirem, separáveis, estanques; isto é uma exigência da saúde. Num domínio a fonte de energia, no outro o

¹⁷⁵ HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p. 24.

¹⁷⁶ HEIDEGGER, Martin. **Cartas sobre o humanismo**. Tradução de Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 1985. p. 54

regulador: as ilusões, parcialidades, paixões devem ser usadas para aquecer, e mediante o conhecimento científico deve-se evitar as consequências malignas e perigosas de um superaquecimento. – Se esta exigência de uma cultura superior não for atendida, o curso posterior do desenvolvimento humano pode ser previsto quase que com certeza: o interesse pela verdade vai acabar à medida que garanta menos prazer; a ilusão, o erro, a fantasia conquistarão passo a passo, estando associados ao prazer, o território que antes ocupavam: a ruína das ciências, a recaída da barbárie, é a consequência seguinte; novamente a humanidade voltará a tecer sua tela, após havê-la desfeito durante a noite, como Penélope. Mas quem garante que ela sempre terá forças para isso?¹⁷⁷.

Este mundo constituído pela exacerbação das ideias de autossuficiência e de independência, potencializadas pelo domínio da ciência em todas as dimensões do agir humano, fez com que a herança moderna se convertesse em crise, em razão do tipo de sociedade atomizada e egoísta que originou um mundo extremamente desigual e fragmentado. O individualismo levado ao extremo permitiu a emergência de um “sujeito monológico e todo-poderoso, capaz de decifrar todos os mistérios do universo só com a força da razão”, o qual se colocou a si mesmo no centro da história com o poder de transformar o mundo¹⁷⁸ e deu, assim, uma cara à modernidade. Porém essa condição não foi igualmente assumida por todos: a centralidade do indivíduo não se universalizou senão na imposição do domínio da cultura europeia sobre outros povos. De fato, atingir a condição de indivíduo livre, autocentrado, autônomo, que é o resultado final de toda a construção histórica do pensamento moderno sobre o homem, não é universal e inerente a toda a humanidade, como se poderia concluir numa primeira análise. Alcançar essa condição acabou sendo privilégio de poucos, apenas homens brancos ocidentais preenchem plenamente os requisitos necessários para isso, sendo o resto da humanidade objeto e meio para alcançar esse objetivo.

Dito de outra forma, o que se universalizou foi o poder de uma cultura autocentrada e homogênea sob a forma de exploração, primeiro com o colonialismo e depois com a globalização econômica. Todas as histórias, experiências, recursos e

¹⁷⁷ NIETZSCHE, Friedrich. **Humano demasiado humano**: um livro para espíritos livres. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 173.

¹⁷⁸ CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **Crítica de la razón latinoamericana**. Barcelona: Puvill Libros, 1996. p. 38.

produtos culturais acabaram por girar em torno da hegemonia europeia (ou ocidental), que passou a controlar as formas de subjetividade, cultura e produção de conhecimento ao redor do mundo¹⁷⁹. Daí Mendieta afirmar que as teorias modernas são formas de teorizar que pensam desde a ontografia da Europa e que, portanto, falam sobre o modo pelo qual a Europa e, mais tarde, os Estados Unidos se tornaram o lugar clássico da atualização da razão, ou dito de outra forma, o modelo a ser seguido¹⁸⁰.

3.3 Abstração do conceito ocidental de pessoa humana

Limitar-se a esta leitura catastrófica da modernidade e ligá-la à gênese dos direitos humanos implica, de fato, a implosão das possibilidades de sua sobrevivência no mundo contemporâneo, extremamente plural e complexo. Mas, como observa Douzinas, “os direitos humanos não constituem justamente um escudo protetor contra os horrores a destrutivos da arrogância metafísica?”¹⁸¹ Sem perder de vista essa premissa, primeiro analisarei as razões que ligam o discurso dos direitos humanos aos pressupostos do individualismo moderno, para enfim desafiar essa compreensão.

Dizer que a ideia de direitos humanos é predominantemente europeia em suas origens implica ligá-la à moderna definição de sujeito. Segundo Douzinas, a modernidade é a época em que o mundo foi subjetificado e o sujeito moderno iniciou a sua existência, por meio da lei, como o sujeito de direitos legais, sendo que os seres humanos foram a única entidade legitimada a portá-los¹⁸². Os conceitos modernos de natureza humana e humanidade não surgiram nas sociedades pré-modernas, mas, como vimos, graças à teologia cristã, de acordo com a qual todos os homens são igualmente parte da mesma humanidade espiritual que é

¹⁷⁹ QUIJANO, Aníbal. *Coloniality of Power, Eurocentrism, and Social Classification*. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large: Latin America and postcolonial debate**. Durham, USA: Duke University Press, 2008. p. 189.

¹⁸⁰ MENDIETA, Eduardo. **Global fragments: globalizations, latinoamericanisms, and critical theory**. New York: State University of New York Press, 2007. p. 88.

¹⁸¹ DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 209.

¹⁸² *Ibid.*, p. 183.

subordinada a Deus, o que se tornou crucial para o humanismo emergir como o paradigma do direito moderno¹⁸³.

Segundo esse paradigma, existe uma essência universal do homem, que pertence e é o atributo de cada indivíduo, que é um sujeito real, empírico. O homem torna-se um ser indistinto e indiferenciado, que se une a todos os outros em uma natureza vazia e privada de características substanciais, e essa concepção é a que ilustra a imagem de homem dos direitos do homem da Revolução Francesa como uma abstração que tem o mínimo de humanidade possível¹⁸⁴. Esta natureza vazia ou abstração com o mínimo de humanidade possível veio a ser identificada, pelos Iluministas, como sendo a racionalidade humana¹⁸⁵, substituindo o critério cristão do *imago Dei*.

A lei surge, então, para legalizar a vontade e materializar o desejo desse indivíduo, razão por que a sujeição do sujeito por meio do Direito é uma forma legal de individualismo, que leva à separação entre o mundo e o sujeito, ao atribuir-lhe um livre arbítrio ilimitado e irreal, e transformando o mundo em objeto à sua disposição para a realização de interesses e desejos, tais como seres isolados. Assim, o sujeito pertence ao Direito, onde sua personalidade é construída e regulada por leis¹⁸⁶. De acordo com Carlos Nino, a característica que une, entre si, os sujeitos de direito é aquela que os distingue como seres que “não são amarrados a nenhum fim, mas fontes originárias de direitos (reivindicações) válidos e responsáveis por seus próprios fins”¹⁸⁷. Antes, porém, o novo sistema mental da modernidade o eleva a centro do universo, exigindo a construção de um sistema jurídico, onde a lei proteja os direitos individuais sem grandes preocupações éticas e sem empatia pelo outro. Enquanto o direito clássico ou *jus* significava a limitação dos excessos individuais, o direito moderno não lhes impõe nenhuma limitação inerente: eles são, nas palavras de Douzinas, a legislação do desejo e, como tal, a santificação da não limitação individual¹⁸⁸. Por causa disto, convencionou-se que o conceito de direitos é tanto o

¹⁸³ DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 186

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 187.

¹⁸⁵ RORTY, Richard. Human rights, rationality and sentimentality. In: Heyden, Patrick. **The Politics of human rights**. St. Paul, MN: Paragon House: 2001. p. 73.

¹⁸⁶ DOUZINAS, op. cit., p. 237.

¹⁸⁷ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 263.

¹⁸⁸ DOUZINAS, op. cit., p. 241.

fundamento quanto a culminação da visão moral, filosófica e legal da modernidade que a teoria dos direitos humanos incorporou.

Villey associa, por isso, a gênese dos direitos humanos justamente à figura do direito subjetivo, que é um poder que o indivíduo tem para exercer esta ou aquela conduta de acordo com sua vontade, ou seja, uma liberdade¹⁸⁹. Esta concepção de direito subjetivo é bastante clara no final do século XVIII, quando os direitos humanos vieram à tona, pela primeira vez, como direitos legais. Tanto nas Declarações Americanas, quanto na Declaração Francesa, o protótipo da natureza humana não era apenas masculino, mas também branco e ocidental, porque somente os seres humanos com essas características cabiam na ideia de racionalidade. Os outros – mulheres, estrangeiros, colonizados, negros - estavam excluídos da humanidade, em função de seu padrão de racionalidade inferior em relação aos portadores dos atributos capazes de incluir um ser na categoria de humanidade. O problema da nascente concepção de direito individual é não ter levado em conta que a pessoa “real” é diferente e mais complexa que o sujeito ficcional ou legal que a tradicional teoria dos direitos humanos tem considerado. Como, então, pensar um arcabouço de proteção para um sujeito abstrato, se as pessoas pertencem ao mundo dos fatos e das contingências, emoções e paixões, desejos conscientes e necessidades inconscientes, ações voluntárias, motivos desconhecidos e conseqüências não desejadas?¹⁹⁰

Mignolo refere que esse fenômeno guarda estreita relação com o incremento do contato dos europeus com outros povos justamente no momento em que se processavam as revoluções modernas que determinaram a posição central do ocidente. Isso porque o encontro com os índios, a simultânea expulsão dos muçulmanos e dos judeus da península ibérica no fim do século XV e a submissão dos negros africanos à escravidão levaram a uma específica classificação e gradação da humanidade. O presumido modelo ideal de humanidade no qual isso foi baseado não foi estabelecido por Deus, como ordem natural, mas de acordo com a percepção dos homens brancos, cristãos e europeus. De fato, a hierarquia depende

¹⁸⁹ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 46

¹⁹⁰ DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 237.

de quem detém o poder para decidir o modelo e de onde alguém se encontra. No caso dos índios americanos, eles não estavam em posição de classificar as pessoas ao redor do planeta ou não estavam interessados em fazê-lo, porque eles não possuíam este tipo de entendimento. Com isso, o modelo europeu e renascentista de humanidade tornou-se hegemônico, de modo que os índios e os africanos foram considerados seres humanos de segunda classe, isso quando se lhes dava o privilégio de serem considerados seres humanos¹⁹¹.

Daí a pertinência das críticas de Burke, Bentham e Marx em relação à concepção de direitos veiculada nas Declarações de direitos do período iluminista. A abstração da ideia de pessoa humana, nelas tomada em consideração para construir a figura de sujeito de direitos, funcionou apenas como um disfarce para a invisibilidade dos pobres, das mulheres, do colonizado e do negro diante da lei, devido à falta de semelhança com o conceito simbólico de humano ou de humanidade.

Nesse sentido, Rorty critica o fato de o respeito pela dignidade humana pressupor a existência de algum atributo da natureza humana, sobretudo quando ele é tradicionalmente associado à racionalidade. Diz o autor que “a questão sobre ‘o que é o homem?’, no sentido de ‘qual a natureza profundamente não-histórica dos seres humanos?’ deve sua popularidade à resposta padrão a essa questão: nós somos animais racionais, capazes tanto de conhecer quanto de sentir”¹⁹². O grande problema disso é que seus desdobramentos na vida prática não levaram ao reconhecimento da igualdade entre os seres humanos, porque a racionalidade funcionou, antes, como um critério de diferenciação e de exclusão. Nesse sentido, Rorty observa que:

Para a maioria dos povos brancos, até muito recentemente, a maioria dos negros não eram levados em conta. Para muitos cristãos, até o século XVII, muitos pagãos não contavam. Para os nazistas, os judeus não contavam. Para muitos homens em países nos quais o ganho médio anual está abaixo de quatro mil dólares, a maioria das mulheres ainda não conta. Onde quer que rivalidades nacionais ou

¹⁹¹ MIGNOLO, Walter. **The idea of Latin America**. Oxford: Blackwell Publishing, 2008. p. 15-6.

¹⁹² RORTY, Richard. Human rights, rationality and sentimentality. In: Heyden, Patrick. **The politics of human rights**. St. Paul, MN: Paragon House: 2001. p. 70-3.

tribais se tornem importantes, membros de tribos e nações rivais não contarão. A consideração de Kant do respeito devido aos agentes racionais diz a você que você deveria estender o respeito que você sente pelas pessoas como a você mesmo a todos os bípedes. Esta é uma excelente sugestão, uma boa fórmula para a secularização da doutrina cristã da fraternidade dos homens. Mas isso nunca foi trazido à tona por um argumento baseado em premissas neutras e nem nunca será. Fora do círculo da cultura europeia pós-iluminista, o círculo das pessoas relativamente seguras e que tem manipulado os sentimentos dos outros por dois séculos, a maioria das pessoas é simplesmente inapta para entender como se supõe ser suficiente que um membro de uma espécie biológica participe, ao mesmo tempo, de uma comunidade moral¹⁹³.

Taylor esclarece que os obstáculos com os quais se depara um possível consenso entre os defensores de diferentes linhas de pensamento em torno dos direitos humanos residem justamente no fato de o discurso dos direitos ter suas raízes no sistema de valores da cultura ocidental. Não apenas isso constitui um obstáculo, mas também a filosofia que subjaz a esse reconhecimento e que pressupõe a primazia do indivíduo, desafiando noções comunitárias de mundo que dão mais ênfase à forma como esses indivíduos se relacionam e se posicionam na sociedade¹⁹⁴. Sobre o primeiro obstáculo, Taylor esclarece que na Europa, e aqui acrescento os Estados Unidos, os direitos nasceram como poderes do indivíduo que se sobrepõem à sociedade. Daí, ao invés de falarmos que é errado matar alguém, dizemos que temos direito à vida. O discurso ocidental dos direitos envolve, de um lado, um conjunto de formas legais, pelas quais a imunidade e as liberdades são inscritas como direitos, com certas conseqüências para a possibilidade de renúncia e para as formas nas quais eles podem ser assegurados. E envolve, de outro lado, uma filosofia da pessoa e da sociedade que atribui enorme importância ao indivíduo,

¹⁹³ For most white people, until very recently, most Black people did not so count. For most Christian, up until seventeenth century or so, most heathens did not so count. For the Nazis, Jews did not so count. For most males in countries in which the average annual income is under four thousand dollars, most females still do not so count. Whenever tribal and national rivalries become important, members of rival tribes and nations will not so count. Kant's account of the respect due to rational agents tells you that you should extend the respect you feel for people like yourself to all featherless bipeds. This is an excellent suggestion, a good formula for secularizing the Christian doctrine of the brotherhood of man. But it has never backed up by an argument based on neutral premises, and it never will be. Outside safe and secure people who have been manipulating each other's sentiments for two hundred years, most people are simply unable to understand why membership in a moral community RORTY, Richard. *Human rights, rationality and sentimentality*. In: HEYDEN, Patrick. **The politics of human rights**. St. Paul, MN: Paragon House: 2001. p. 75.

¹⁹⁴ TAYLOR, Charles. Conditions of an unforced consensus on human rights. In: Heyden, Patrick. **The politics of human rights**. St. Paul, MN: Paragon House: 2001. p. 101-2.

com significativa atenção ao seu poder de consentimento. Para a maioria das culturas não-ocidentais, sobretudo, isso não funciona. A filosofia ocidental supõe indivíduos possuidores de direitos e encorajados a agir e a defendê-los agressivamente contra a sociedade e os outros, enquanto aquelas culturas dão mais ênfase à responsabilidade que este indivíduo deve ter diante deles. Assim, a concepção individualista ocidental é vista aos olhos de muitos povos como criadora de homens autossuficientes, que leva à atrofia do senso de pertencimento e a um grau maior de conflito social, enfraquecendo a solidariedade social e aumentando a ameaça de violência¹⁹⁵.

De forma que a crença cristã de que cada ser humano, em sua individualidade, pelo simples fato de ter nascido, tem dignidade e direitos iguais a qualquer outro, foi, de forma paradoxal, a causa de parte de sua distorção. Essa distorção foi a sua conversão em uma ideologia que serviu aos interesses apenas de um grupo, pois possibilitou que seu sentido fosse manipulado de modo a justificar que uns fossem mais iguais que outros. “Para justificar o fato de que os não-batizados, os negros ou escravos, as mulheres ou quem quer que seja, não tinham os mesmos direitos, fomos levados a afirmar que eles não eram seres humanos integrais”¹⁹⁶. Essa percepção continuou extremamente arraigada na consciência coletiva e ainda hoje não conseguiu ser superada. Em seus comentários à Constituição Brasileira de 1946, Pontes de Miranda afirmava que, de fato, o enunciado segundo o qual todos os seres humanos são iguais repugna muitas pessoas:

Se tais enunciados repugnam a algumas pessoas, ou se alguns pensam que Negro não é ‘homem’, é que todo um edifício de preconceitos, de julgamentos de valor, se interpõe entre elas e as realidades. Para que se declare a igualdade, é preciso, portanto, duplo trabalho: um negativo, de destruição dos julgamentos de valor, que estabelecem a desigualdade; outro, positivo, o de substituição desses julgamentos de valor por outros julgamentos, mais perto dos

¹⁹⁵ TAYLOR, Charles. Conditions of an unforced consensus on human rights. In: Heyden, Patrick. **The politics of human rights**. St. Paul, MN: Paragon House: 2001. p. 103-6.

¹⁹⁶ PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos uma concepção universal? In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 227.

‘fatos’, que assegurem a igualdade.¹⁹⁷.

Pontes de Miranda atribuía essa atitude a falsos preconceitos que sobreviveram, sobretudo em sociedade escravocratas, e que introjetaram, nas pessoas que os ostentam, sentimentos de superioridade, de mando e de crueldade. Ao invés de ouvir a ciência que, como ele diz, oferece as mais fartas provas sobre a igualdade entre as raças humanas, muitos continuam apegados a um princípio falso que se colocou à base de seu próprio raciocínio. O autor insistia em que o homem é um animal que pressupõe “um salto” em relação aos outros animais, mas que não há saltos entre os homens decorrentes da diferença de raças, categoria que o autor tomava em conta. De modo que apenas o “salto” entre o homem e os outros animais estabelece a desigualdade entre estes e a igualdade dos homens entre si. Assim, o fato de haver pessoas que querem afirmar a diferença entre as raças humanas oriundas de alma, procedência, biologia, psicologia, cultura, serviu, tão-somente, como pretexto para afirmar o orgulho europeu, radicalizado na figura de Adolf Hitler¹⁹⁸. De fato, como observa Aníbal Quijano, as origens destes falsos pré-juízos remontam aos primórdios da constituição do poder global que a Europa ocidental passaria a exercer sobre o mundo. Isso porque um dos eixos fundamentais deste modelo de poder foi a classificação das populações ao redor do mundo em torno da ideia de raça. Embora o eixo racial tenha origens e características coloniais, seus efeitos são sentidos ainda hoje, sobrevivendo ao colonialismo. A codificação das diferenças na ideia de raça significa que a estrutura biológica de alguém o coloca em situação de inferioridade ou de superioridade. No contexto latino-americano, as relações sociais fundadas na categoria racial produziram novas identidades: índios, negros, mestiços. Termos como espanhóis, portugueses e, muito mais tarde, europeus, que até então indicavam apenas origem geográfica, adquiriram uma conotação racial em referência àquelas novas identidades. Na medida em que as relações sociais se tornaram relações de dominação, tais identidades foram consideradas constitutivas das hierarquias e dos correspondentes papéis sociais da

¹⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 4, p. 44.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 46.

dominação colonial¹⁹⁹. Raça e identidade racial foram estabelecidas como instrumentos básicos de classificação social, de modo que:

Desde a perspectiva eurocêntrica, certas raças são condenadas como inferiores por não serem compostas de sujeitos racionais. Sendo objetos de estudo, eles são, conseqüentemente, corpos mais próximos da natureza. Nesse sentido, eles tornaram-se domináveis e exploráveis. De acordo com o mito do estado de natureza e do processo evolutivo civilizacional que culminou na civilização europeia, algumas raças – negros, índios americanos ou amarelos – estão mais próximos da natureza que os brancos. Foi apenas dentro desta perspectiva peculiar que os povos não-europeus foram considerados objetos de conhecimento e de dominação/exploração pelos europeus virtualmente até o final da Segunda Guerra Mundial²⁰⁰.

Por tudo isso, não se pode negar que, ao lado de uma cultura universal dos direitos humanos, há uma cultura eurocêntrica dos direitos humanos. Esta, sim, não tem grande possibilidade de se afirmar, pois baseada na ideia paradigmática da superioridade do padrão de vida europeu e na irracionalidade dos povos que não compartilham o mesmo *modus vivendi*. A história nos mostra que os atributos escolhidos pelos europeus para definir a pertença à humanidade sempre foram negados ao outro não europeu, o que Rorty deixa explícito em sua crítica. Os muçulmanos, nas cruzadas, os povos indígenas, na América, os negros, na África, e assim por diante.

Outro problema em sustentar a exclusiva ligação do discurso dos direitos humanos às suas origens europeias é que a concessão de direitos é um fenômeno que na modernidade tornou-se dependente da figura do Estado-nação e, portanto, da pertença do indivíduo a ele. Se se tornar sujeito da lei converteu-se na condição

¹⁹⁹ QUIJANO, Aníbal. Coloniality of Power, Eurocentrism, and Social Classification. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large**: Latin America and postcolonial debate. Durham, USA: Duke University Press, 2008. p. 181-2.

²⁰⁰ From the Eurocentric perspective, certain races are condemned as inferior for not being rational subjects. Being objects of study, they are, consequently, bodies closer to nature. In a sense, they became dominatable and exploited. According to the myth of the state of nature and the chain of civilization process that culminates in European civilization, some races – blacks, American Indians, or yellows – are closer to nature than whites. It was only within this peculiar perspective that non-European peoples were considered objects of knowledge and domination/exploitation by Europeans virtually to the end of World War II. *Ibid.*, p. 203.

para o gozo de direitos, ser nacional de um Estado tornou-se o primeiro passo. E aí aparece o paradoxo: embora proclamados universais, os direitos da Declaração Francesa eram tão-somente os direitos dos cidadãos franceses e isso não tem nada de universal²⁰¹. A atribuição da eficácia dos direitos humanos à sua consagração no direito positivo encontra suas raízes no fenômeno da nacionalidade. A partir do século XIX, a sociedade política passou a ser identificada à nação, expressão de uma coletividade unificada e homogênea de indivíduos, todos iguais em sua qualidade de cidadãos. Essa nova conformação política difundiu-se em termos planetários e encarnou um modelo diferente de organização social, sob a forma de Estado-nação²⁰². Com esse princípio, a pertença a uma nação passou a ser considerada condição do gozo das liberdades e seu papel foi o de fazer, do Estado nacional, a mais alta realização desse ideal de liberdade, conferindo-lhe uma dimensão propriamente metafísica, em que cada povo, cada nação, só alcança a liberdade política se pertencer a um Estado²⁰³. No entanto, com o surgimento da figura do Estado-nação, a nação passou a não mais existir, juridicamente, fora do Estado, levando ao problema das minorias dentro dos Estados nacionais²⁰⁴, assim como dos refugiados e das pessoas que sofrem deslocamentos forçados por motivos de perseguição e violência. Esse fenômeno contribuiu para que os direitos humanos fossem reconhecidos como direitos apenas e na medida em que proclamados dentro do aparato institucional do Estado nacional.

Por isso que, para Hannah Arendt, falar de direitos humanos somente tem sentido nos casos em que o ser humano estiver inserido em uma comunidade, pois “só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade”²⁰⁵; logo, a pertença a uma determinada comunidade que incorpore um ser humano a seu sistema jurídico, proclamando-os e defendendo-os, possibilita que alguém se torne titular de direitos humanos e não sua pertença à espécie humana. Se Arendt nega a possibilidade de gozo de direitos humanos fora da comunidade politicamente

²⁰¹ DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 96.

²⁰² PIERRÉ-Caps, Stéphane. “**O Direito das Minorias**”. In: ROULAND, Norbert. *Direito das Minorias e dos Povos Autóctones*. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 175.

²⁰³ *Ibid.*, p. 181.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 311.

²⁰⁵ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 331.

organizada, Rorty sequer admite que a dignidade humana decorra da condição humana em si, mas da inserção do ser humano em dada comunidade:

Segundo meu ponto de vista uma criança encontrada vagueando pela floresta, remanescente de uma nação dizimada, cujos templos foram arrasados e os livros queimados, não tem nenhuma parcela de dignidade. Essa é de fato uma conseqüência, mas não se segue daí que ela possa ser tratada como um animal. Pois é parte da tradição de nossa comunidade que o estrangeiro humano do qual toda dignidade tenha sido extirpada tem de ser reinserido, tem de ser revestido de dignidade²⁰⁶.

A questão é que o surgimento do Estado-nação e a inscrição dos direitos apenas dentro do seu domínio converteram o cidadão em sujeito de direitos e não mais o homem, na sua nudez. Ainda que a proteção dos direitos humanos no nível internacional venha progredindo nos últimos anos, com a consolidação de sistemas globais e regionais que investigam violações e decidem sobre formas de reparação contra os Estados, o exercício da capacidade processual dos indivíduos ainda é fortemente dependente da sua relação com o Estado-nação. Para ser demandado internacionalmente por uma violação aos direitos humanos de alguém dentro de seu território, é preciso que o Estado tenha subscrito ou ratificado o instrumento internacional que prevê o exercício da jurisdição das instâncias internacionais. Somente nesse caso, o indivíduo ou a parte ofendida poderá demandá-lo, mas, antes, é necessário que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna²⁰⁷.

Isso representa, de certa forma, o resgate da ideia antiga de pessoa enquanto máscara, porque despido da máscara de cidadão a humanidade do homem é débil para assegurar qualquer direito. Isso ficou bastante claro na situação de privação dos direitos humanos dos apátridas, após o fim da Segunda Guerra Mundial, quando o desaparecimento de um governo próprio implicou a inexistência de qualquer autoridade para protegê-los ou de instituições dispostas a garanti-los,

²⁰⁶ RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade**: escritos filosóficos I Tradução de Marco Antonio Casanova. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. p. 269.

²⁰⁷ Assim preveem o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU de 1966, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, e a Convenção Europeia de Direitos do Homem, de 1950.

apesar de serem seres humanos. Isso revelou a outra dimensão da associação dos direitos humanos à figura do Estado-nação destacada por Arendt: a perda dos direitos implica a perda dos direitos humanos²⁰⁸.

Daí a afirmação de Agamben no sentido de que a condição de refugiado, que deveria representar o homem de direitos por excelência, revela, ao contrário, a crise radical deste conceito. Se hoje nossa condição política só existe enquanto somos reconhecidos por um Estado-nação, os ditos direitos sagrados e inalienáveis do homem acabam perdendo seu sentido quando não seja possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado. Esta ambiguidade já havia sido anunciada no título do documento símbolo dos direitos humanos na modernidade, a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, “onde não está claro se os dois termos denominam duas realidades autônomas ou formam em vez disso um sistema unitário, no qual o primeiro já está desde o início contido e oculto no segundo”²⁰⁹. Isso levou à conclusão de que os direitos humanos subordinam-se ou dependem, para a sua efetividade, da incorporação de seu titular a uma comunidade jurídica, pois, de outra forma, ele se encontra despojado da principal condição para usufruí-los: a cidadania ou o reconhecimento de sua humanidade por um Estado.

Costas Douzinas observa que a elevação da lei nacional à única mantenedora de direitos e o decorrente tratamento dos estrangeiros como seres humanos inferiores indicam que a separação entre homem e cidadão é uma característica importante do Estado Moderno. O Estado-nação passa a existir com a exclusão de outras pessoas e nações. O sujeito moderno alcança sua humanidade ao adquirir direitos políticos de cidadania, os quais garantem sua admissão à natureza humana universal ao excluir dessa condição outros sem direito algum. O cidadão possui direitos e deveres na medida em que pertence à vontade comum e ao Estado. Portanto, o estrangeiro é, por definição, o não cidadão. Ele não tem direitos porque não faz parte do Estado e é um ser humano inferior porque não é um cidadão. Alguém torna-se um homem em maior ou menor grau porque é um cidadão

²⁰⁸ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 325.

²⁰⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**. O poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p. 133.

em maior ou menor grau, de modo que o estrangeiro é a lacuna entre homem e cidadão. O sujeito moderno é o cidadão e a cidadania garante os requisitos mínimos necessários para ser um homem, um ser humano. O grande problema, portanto, é que o discurso dos direitos humanos ainda se encontra dependente de uma condição bastante perigosa: a de nos tornarmos humanos apenas através da cidadania, deixando, com isso, a subjetividade baseada nessa lacuna, nessa diferença entre homem universal e cidadão do Estado²¹⁰. Não é, assim, sem razão a reivindicação de Hannah Arendt no sentido de que compreensão ocidental exige que o primeiro direito humano seja o direito a ter direitos, o que, segundo a herança moderna, significa pertencer a um Estado.

Temos, então, o seguinte quadro delineado na modernidade europeia: o ser humano foi identificado à pessoa, que é, por excelência, um conceito legal. Por outro lado, a lei é um produto do Estado que, nas sociedades democráticas, encarna a vontade da maioria e, nas não democráticas, a vontade de um ou de alguns. O primeiro problema reside na fixação dos limites do humano que, como vimos, se converteu em sinônimo de homem branco, ocidental e proprietário. Este é o padrão superior de racionalidade, atributo capaz de incluir alguém na categoria humana. É este, em última análise, o único ser verdadeiramente legitimado a ostentar o direito inviolável à vida, à liberdade e à propriedade e, assim, a ser pessoa. De modo que a igualdade de todos os seres humanos revelou-se uma retórica vazia na forma como se conformaram as relações globais de poder a partir da colonização. De qualquer sorte, esta passagem da condição de ser humano à de pessoa é, como observa Douzinas, uma operação legal; daí a modernidade ser a época em que o mundo foi subjetificado. A lei, portanto, define quem é pessoa, o que equivale a dizer, quem tem direitos e quais são estes direitos e o Estado tornou-se o lugar por excelência do seu exercício e o sujeito devedor dos direitos humanos.

Esta equação resulta na fundação de uma ordem social individualista, em que a relação entre direitos e deveres estabelece-se a partir da bipolaridade que caracteriza as posições dos indivíduos e do Estado, muito embora a própria condição para o acesso destes direitos tenha se tornado dependente de uma

²¹⁰ DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p.105.

operação propriamente estatal. A condição humana inicialmente suficiente para o acesso e o gozo de certos direitos básicos, depara-se, nessa lógica, com obstáculos de ordem epistemológica (quem é e quem não é ser humano?) e de ordem política (existe lei para reconhecer a condição de sujeito de direito?).

3.4 “Blindagem” oriental contra o discurso dos direitos humanos a partir da negação da ideia de centralidade do indivíduo

Nesta seção, meu escopo é discutir a forma como se articula uma das principais críticas ao conceito ocidental de direitos humanos e que tem, como consequência, a extrema dificuldade de se chegar a um consenso, no mundo, sobre quais bens e quais sujeitos podem ser incluídos no espectro de proteção dos direitos humanos. O mesmo fenômeno, como o uso de véu por mulheres muçulmanas, pode ser visto ora como uma violação ao direito de liberdade da mulher, ora como uma expressão cultural que nada tem de opressiva ou violadora de quem quer que seja. É bastante conhecida a discussão sobre os limites que o multiculturalismo ou o pluralismo cultural impõem à universalização dos direitos humanos. Mas essa contenda se dá, sobretudo, porque na base destas diferenças incontornáveis reside uma dicotomia entre as noções de Ocidente e de Oriente que Edward Said explana em sua obra “Orientalismo”. Por isso, quando, no título da seção, refiro-me à “oriental”, a intenção não é uniformizar, sob um mesmo conceito, povos que vivem no hemisfério oriental do Globo e que são extremamente diversos entre si. É, antes, apontar o Oriente como uma noção aparentemente oposta ao Ocidente e que não pode ser delimitada a partir de critérios meramente geográficos.

Edward Said defende a tese de que essa oposição é, no entanto, uma produção cultural e ideológica do próprio Ocidente. O subtítulo de sua obra enuncia, de plano, essa concepção: “O Oriente como invenção do Ocidente”. Mas que tipo de invenção é esta? Trata-se da construção do que Said denomina orientalismo e que se aproxima e constitui a própria ideia de Europa, como uma noção coletiva que identifica o “nós” europeus em oposição àqueles não-europeus. Por meio da construção de imagens, ideias, personalidades e experiências do diferente não-

européu, forja-se a hegemonia da cultura europeia tanto na Europa quanto fora dela, que é a ideia da identidade europeia como sendo superior em comparação com todos os povos e culturas não-europeus²¹¹. A partir da experiência colonial, sobretudo britânica e francesa, o Oriente é retratado como o lugar do atraso, do exótico, do primitivo, de modo que a formação da identidade moderna ocidental está intrinsecamente ligada às próprias construções culturais do exótico, a uma particular percepção dos outros não-europeus²¹². Trata-se, conforme Said, de uma estratégia necessária para negociar com o Oriente, “fazendo declarações a seu respeito, autorizando opiniões sobre ele, descrevendo-o, colonizando-o, governando-o: em resumo, o orientalismo como um estilo ocidental para dominar, reestruturar e ter autoridade sobre o Oriente”²¹³. Por essa razão,

Todo o orientalismo está fora do Oriente e afastado dele: que o orientalismo tenha qualquer sentido depende mais do Ocidente do que do Oriente, e esse sentido é diretamente tributário das várias técnicas ocidentais de representação que tornam o Oriente visível, claro e “lá” no discurso sobre ele. E essas representações utilizam-se, para os seus efeitos, de instituições, tradições, convenções e códigos consentidos, e não de um distante e amorfo Oriente²¹⁴.

Ao demonstrar a existência de uma particular visão homogeneizante e inferiorizada de um “lugar distante e amorfo”, Said propõe, assim, uma razão consistente para explicar a resistência ou, como eu disse, a “blindagem” oriental contra o discurso dos direitos humanos, ao menos em sua versão hegemônica. Ora, o discurso hegemônico dos direitos humanos insere-se na tradição que remonta à longa história do pensamento ocidental e que se consolidou no iluminismo europeu. Essa tradição tem como principais características o empoderamento do indivíduo através da concessão de direitos, que os possui em razão da condição humana e não porque determinado governo resolve conceder-lhe. A centralização do indivíduo contribuiu, por outro lado, para a transformação de sistemas políticos autoritários em estruturas políticas democráticas, o que, aliás, é fundamental para a própria

²¹¹ SAID, Edward. **Orientalismo**: O Oriente como invenção do Ocidente. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 19.

²¹² Ibid., p. 15

²¹³ Ibid., p. 15.

²¹⁴ Ibid. p. 33.

existência de seus direitos. Ocorre que, ao mesmo tempo em que, sob essas premissas, os direitos humanos foram aparecendo na Europa e nos Estados Unidos, também foram a eles se limitando e seus benefícios tiveram um alcance muito reduzido. Ao redor do mundo, prefiguravam-se as condições para o aprofundamento de um mundo desigual e opressivo que assistiria nos anos seguintes às maiores tragédias que a humanidade jamais presenciara:

Enquanto a Europa construía o edifício dos direitos individuais dentro de suas próprias fronteiras, destruía a pessoa humana em outras terras. Enquanto os direitos humanos expandiam-se entre os povos brancos, o império europeu infligiu horríveis sofrimentos sobre os habitantes de cor do planeta. A eliminação das populações nativas das Américas e da Australásia e a escravização de milhões de africanos durante o comércio escravo europeu foram duas das maiores tragédias da época colonial. De fato, a supressão de milhões de asiáticos em quase todas as partes do continente durante os longos séculos de dominação colonial foi também outra colossal calamidade para os direitos humanos. O colonialismo ocidental na Ásia, na Australásia, na África e na América Latina representa a mais massiva e sistemática violação dos direitos humanos jamais vista na história²¹⁵.

Como explica Enrique Del Percio, na passagem da metafísica da substância à metafísica do sujeito, o burguês se autoerige em sujeito universal e os diferentes (os bárbaros, o vulgar, os indígenas, os judeus e os mouros) não chegam, portanto, a essa categoria. Estes não são considerados propriamente humanos ou, pelo menos, não são suscetíveis de ser considerados sujeitos de direitos plenos. Ademais, a relação custo-benefício se tornará o critério de avaliação da realidade desse novo sujeito moderno, de modo que todo evento não passível de cálculo será visto como sem valor, nascendo aí a razão instrumental que caracterizará a

²¹⁵ But what is said is that while Europe built the edifice of the individual within its own borders, it destroyed the human person on other shores. As human rights expanded among white people, European empires inflicted horrendous human wrongs upon the coloured inhabitants of the planet. The elimination of the native populations of the Americas and Australasia and the enslavement of millions of Africans during the European slave trade were two of the greatest human rights tragedies of the colonial epoch. Of course, the suppression of millions of Asians in almost every part of the continent during the long centuries of colonial domination was also another colossal human rights calamity. Western colonialism in Asia, Australasia, Africa and Latin America represents the most massive, systematic violation of human rights ever known in history. MUZAFFAR, Chandra. From human rights to human dignity. In: VAN NESS, Peter. **Debating human rights: critical essays from the United States and Asia**. London: Routledge, 1999. p. 26.

modernidade europeia.²¹⁶ De fato, como explica Weber, esta se caracteriza pela racionalização formal, baseada na equação meio e fim, na medida em que o homem age cada vez menos por convicção ou por respeito a valores e cada vez mais justificando as suas ações pelos resultados esperados. Assim, o tipo de ação social predominante se torna a ação racional em relação a fins, que é determinada por um cálculo que mede os fins a serem atingidos pelos meios adequados, sendo a burocracia o ápice do processo de racionalização dessa sociedade e o direito o seu critério de validade²¹⁷. Logo, não é difícil perceber os efeitos da não adequação a este padrão.

Atitudes discriminatórias baseadas na percepção das diferenças como a expressão de uma suposta superioridade de uns (colonizadores europeus) em relação aos outros (povos colonizados) baseou-se fortemente na presunção da maior aptidão daqueles para atingir altos níveis de civilização em face da primitividade dos povos conquistados. Trata-se dos efeitos práticos do padrão de racionalidade europeu que se afirmou na modernidade como principal critério de avaliação que escalonou o valor dos seres humanos. Chama a atenção, neste contexto, o teor dos escritos de um jurista brasileiro pouco lembrado em relação a esta temática, mas que, num período em que a crítica aos padrões racionais estabelecidos recém começavam a aparecer, trouxe à tona uma série de argumentos que refutam abertamente os pressupostos nos quais se baseou, por longo período, a legitimidade política e cultural do Ocidente. Em seus comentários aos direitos fundamentais da Carta Constitucional Brasileira de 1946, Pontes de Miranda contrariava a verdade incontestável de que os povos da Ásia, da África e da América mestiça eram naturalmente incapazes para obterem conquistas científicas ou para produzirem grandes obras, demonstrando grandes avanços filosóficos de personalidades negras em seu tempo e em sua sociedade e denunciando que a suposição da inferioridade dos não ocidentais decorria da sistemática falta de acesso “aos aparelhos e aos meios econômicos indispensáveis à investigação”. Para tanto, lembrou que, enquanto os gregos estavam no auge de sua civilização,

²¹⁶ DEL PERCIO, Enrique M. **La condición social**: consumo, poder y representación en el capitalismo tardío. Buenos Aires: Altamira, 2006. p. 130.

²¹⁷ WEBER, Max. **Economía y sociedad**: esbozo de sociología comprensiva. Tradução de José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

os germânicos não passavam de meros bárbaros ou povos absolutamente periféricos na Europa que, mesmo com todo o desenvolvimento da ciência e da técnica, não tinham legitimidade para atribuir a si qualquer condição de superioridade: “A própria afirmação de Hiroiuki Kato de que os povos do ocidente são predeterminados à democracia e os povos do oriente ao despotismo nos faz rir, hoje em dia, com o que se passou na Alemanha e na Itália, ameaçando o mundo”²¹⁸. Assim, o autor defendia a revisão das interpretações eurocêntricas em relação ao alegado “torpor intelectual e a imoralidade, a inadaptação daqueles que correspondem na Austrália, na África, na Ásia e na América, aos homens primitivos”²¹⁹, já que os relatos da colonização sempre deram conta da grande riqueza compreensiva desses povos e da sua capacidade de assimilar as ciências e a técnica. Quanto a este aspecto, Pontes de Miranda revela o quão mal-intencionada é essa visão dos fatos, ao lembrar que, ao mesmo tempo em que os europeus apregoavam a dificuldade de convencer os índios americanos de que a Terra é redonda, na Europa continuavam colocando em fogueiras os indivíduos que tinham a coragem de afirmar tal fato²²⁰.

Desta forma, a ligação com pressupostos filosóficos da cultura ocidental lançam sobre a ideia de direitos humanos uma séria desconfiança que desafia a sua afirmação como um ideal libertário para a humanidade. Aceitar a sua validade representa, para muitos povos de matriz não ocidental, permanecer subjugado ao ideal de vida boa da Europa e dos Estados Unidos, que, paradoxalmente, só pode servir a poucos ou, dito de outro modo, só funciona na medida em que a maioria dos seres humanos fique alijada do processo de fruição de bens, mesmo os mais essenciais. Esse ideal de vida boa, por outro lado, tem definido as políticas internacionais a respeito dos direitos humanos e que estão, em grande parte, dominadas pelos interesses das grandes potências, especialmente os Estados Unidos, que se tornaram os herdeiros do projeto ocidental. Esta tendência de subordinar a defesa dos direitos humanos aos imperativos estratégicos do ocidente é bem clara na ofensiva contra o terror, deflagrada pelos acontecimentos de 11 de

²¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 4, p. 46.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 49.

²²⁰ *Ibid.*, p. 50.

setembro de 2001, nos Estados Unidos, combinada com a omissão, por exemplo, em relação ao genocídio em Ruanda e em outras partes da África.

Por isso, entre os povos islâmicos, a dificuldade de assimilação dos direitos humanos relaciona-se à hipocrisia dos discursos ocidentais em relação aos direitos humanos: “Um fator de objeções, subjacentes aos direitos humanos ocidentais, no Oriente Médio, é que a crítica é vista, inevitavelmente, carregada de hipocrisia e duplos critérios”²²¹. Essa hipocrisia é identificada com a conivência dos Estados Unidos com os Estados Islâmicos que, uma vez aliados, promovem ou promoviam políticas de violação dos direitos humanos, como foi o caso do Paquistão e do Irã. Enquanto é vantajoso para os Estados Unidos o apoio de um Estado Islâmico, os mesmos fecham os olhos para as violações perpetradas, mas, no momento em que esses Estados passam a contestar sua política, a principal arma ideológica usada contra os mesmos é justamente a defesa dos direitos humanos²²².

No próprio processo de descolonização da África, o discurso dos direitos humanos foi usado de forma controversa, servindo aos propósitos mais diversos. Ao mesmo tempo em que os líderes nacionalistas levantaram a sua bandeira para reivindicar independência e as metrópoles europeias tenham-na justificado também com base nesses direitos, ironicamente eles vêm servindo de pretexto para justificar a continuidade dos laços de dependência africana com as ex-potências colonizadoras que, no fundo, representa uma nova forma de colonização:

Ironicamente, entretanto, os direitos humanos também podem ser associados à cooperação mútua das metrópoles europeias e líderes nacionalistas africanas em uma nova *recolonização* da África que permitiu a continuidade das relações coloniais de poder. Refiro-me, com isso, à dependência cada vez maior das antigas colônias africanas em relação às suas metrópoles. Um exemplo é a contínua presença militar francesa em vários países da África Ocidental e África Central para “manter a paz” conservando no poder os regimes ditatoriais e corruptos. Uma evidência mais significativa das diversas formas de dependência pode ser encontrada nas atividades econômicas diárias, processos políticos e sistemas de segurança,

²²¹ “A factor underlying objections to Western of human rights in the Middle East is that criticism is seen as inevitably tinged with hypocrisy and double standards”. MAYER, Ann Elisabeth. **Islam Tradition and Politics Human Rights**. 2nd. ed. London: Pinter, 1997. p. 5.

²²² *Ibid.*, p. 6.

bem como nos sistemas legais, administrativos e educacionais da maioria dos Estados africanos em suas relações com as antigas metrópoles. Essa dependência continua a se intensificar dentro da crescente globalização do mundo pós-colonial²²³.

Além disso, guerras e ataques declarados em nome dos direitos humanos foram uma constante no século XX e continuam se repetindo no século XXI, e essa foi uma amarga experiência na Sérvia, no Iraque, no Afeganistão, nas Filipinas, na Bolívia, na Colômbia, na Etiópia e em muitos outros cenários onde, ao contrário, os direitos humanos têm sido sistematicamente violados.

Outro problema é o temor dos povos não ocidentais de que a expansão do discurso dos direitos humanos esconda objetivos políticos identificados com a busca de um padrão de condutas que erija a cultura ocidental à condição de mais avançada e superior, tornando-se natural que seja o mais benéfico para a humanidade: “Críticas a instituições islâmicas tem sido, historicamente, associadas a tentativas de governos ocidentais para justificar suas próprias interferências nas políticas de países muçulmanos”²²⁴. Sob essas bases, o conceito de direitos humanos não é universal, evidenciando que a sua formulação geral é fruto de um diálogo bastante parcial entre as culturas do mundo. A reivindicação de validade universal dos direitos humanos no sentido acima formulado implica supor que a maioria dos povos no mundo, hoje, está comprometida com um processo de transição a uma modernidade racional e contratualmente organizada, o que é profundamente questionável²²⁵. Como adverte Del Percio, não se pode partir da premissa de que a única racionalidade possível é a ocidental moderna que, ao fim e ao cabo, supõe a produção e o consumo como fins últimos da existência humana²²⁶.

²²³ AN-NA'IM, Abdullahi. A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 444.

²²⁴ “Criticisms o Islamics institutions have been historically associated with attempts by Western governments to justify their interference in the politics of countries in the Muslim Word”. MAYER, Ann Elisabeth. **Islam Tradition and Politics Human Rights**. 2nd. ed. London: Pinter, 1997. p. 7.

²²⁵ PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos uma concepção universal? In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 216-22.

²²⁶ DEL PERCIO, Enrique M. **La condición social: consumo, poder y representación en el capitalismo tardío**. Buenos Aires: Altamira, 2006. p. 124.

Não se pode, ainda, ignorar o fato de que em muitas culturas não-ocidentais (islâmicas, hindus, chinesas, etc), o indivíduo não se distingue da comunidade para ocupar o lugar central privilegiado, como nas culturas ocidentais, onde, na modernidade, a racionalidade afirmou-se como critério para definir a pertença ou não de um ser à categoria de humano. De fato, a ênfase individualista dos direitos é o cerne da crítica hindu ao conceito ocidental desses direitos. Na contribuição que deu à consulta da UNESCO a pensadores das mais diversas culturas e correntes de pensamento e que precedeu a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, Puntambekar destacou o fato de que as liberdades humanas necessitam de uma contrapartida das virtudes ou controles humanos. Para os povos islâmicos, pensar as liberdades independentemente das virtudes leva a um conceito incompleto da vida, a um estancamento e até a uma piora da personalidade, além do caos e do conflito na sociedade, razão por que a dupla dimensão da vida humana, em torno das liberdades e virtudes, deve ser levada em conta para o bem-estar do homem, da sociedade e da humanidade²²⁷. Essa dimensão, porém, está ausente ou em segundo plano no significado convencional dos direitos humanos voltado à valorização do indivíduo antes da sociedade e de seus deveres com ela.

Como, então, universalizar uma ideia de indivíduo autocentrado entre povos cuja concepção de ser humano está enraizada em considerações religiosas, que, ao contrário do ocidente, não foram secularizadas? Como esclarece Muzaffar, a importância do ser humano não é secundária entre os povos islâmicos, mas se fundamenta de forma diferente àquela compartilhada no ocidente. Ela se estabelece a partir da relação com Deus, de modo que a base da vida é espiritual, da mesma forma que o propósito de todo empreendimento humano:

Igualmente importante, a posição do ser humano como representante de Deus, os valores espirituais que devem guiar sua vida e o significado e o propósito espirituais de sua existência na terra proporcionam a razão de ser para o estabelecimento de um vínculo de irmandade com o resto da família humana. Isso, e apenas isso, constitui a essência da unidade no islã, uma unidade fundamentada na fé, fé em Deus, o Deus único de toda a família humana, de todo o

²²⁷ PUNTAMBEKAR, S. V. El concepto hindú de los derechos del hombre. In: **Los derechos del hombre**. Barcelona: Laia, 1976. p. 297.

universo²²⁸.

Como, por outro lado, não vislumbrar nessa concepção um forte laço com o ideal de vida boa que os direitos humanos veiculam e que não necessariamente necessitam da afirmação de valores fundados na supremacia do indivíduo isolado da sua relação com os seus pares? Essa noção é profundamente problemática para povos cujo valor e significado da vida humana residem na relação com algo que os transcende, pois, sob essa perspectiva, a libertação de uma autoridade espiritual superior é ilusória e responsável pelo caos e pelo vazio moral predominantes na sociedade ocidental contemporânea. De fato, nessa sociedade duas tendências antagônicas se afirmaram de forma concomitante: a tendência à emancipação do homem e a tendência de reduzir a pessoa a mero recurso humano, a uma simples engrenagem de um sistema fundado na lógica meio-fim²²⁹. Isso demonstra, por outro lado, que o fato de outras culturas não possuírem uma noção idêntica à de direitos humanos, tal como foram gestados no ocidente, não significa que não tenham um equivalente funcional que atenda as exigências de respeito e de promoção de uma vida digna, da mesma forma que o fazem os direitos humanos²³⁰.

Na perspectiva budista, Damien Keow esclarece que é legítimo falar de direitos humanos, porque a preocupação subjacente ao bem humano faz deles uma questão moral na qual não só o budismo, mas as outras religiões demonstram um interesse legítimo. No entanto, a forma como esses direitos pode ser justificada na doutrina budista não é clara ou, no mínimo, não se dá da mesma forma que na cultura ocidental. De fato, as declarações de direitos humanos buscam fixar parâmetros de bem-estar do ser humano em comunidade, de modo que os direitos e liberdades previstos são considerados condições mínimas para a vida realizada em sociedade. Assim, na ausência de respeito à liberdade, à vida e à segurança da pessoa, as possibilidades de realização de um ser humano em sociedade

²²⁸ MUZAFFAR, Chandra. Islã e Direitos Humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 318

²²⁹ DEL PERCIO, Enrique M. **La condición social: consumo, poder y representación en el capitalismo tardío**. Buenos Aires: Altamira, 2006. p. 132.

²³⁰ PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos uma concepção universal? In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 209.

desaparecem. A doutrina dos direitos humanos encontra-se, assim, em harmonia com os valores morais do budismo, que são a explicitação do que é devido, segundo o *darma*, muito embora a ênfase seja dada aos deveres que cada um tem e não nos seus direitos. As semelhanças entre os direitos humanos e a doutrina budista se estabelecem na substância e não na forma, pois o direito de não ser escravizado é previsto na linguagem dos deveres, na medida em que, por exemplo, se proíbe o comércio de seres vivos e não o direito de não ser escravizado. De qualquer sorte, os direitos humanos encontram guarida no pensamento budista, pois, a exemplo de seus preceitos, objetivam o bem-estar humano, que tem seu ápice na possibilidade de atingir o nirvana na vida terrena²³¹.

Em relação ao confucionismo, pensadores ligados a esta tradição também defendem a existência de equivalentes à idéia dos direitos humanos, na medida em que esses veiculam um ideal de vida boa que passa pelo respeito ao ser humano. Segundo Tu Weiming, os valores do iluminismo - individualismo ganancioso, competitividade danosa, relativismo pernicioso, postura contenciosa – não formam, necessariamente, um guia integrado para a ação humana, pois o conflito entre liberdade, igualdade e a falta de preocupação com a comunidade são categorias capazes de enfraquecer o poder persuasivo dos direitos humanos, baseados, exclusivamente, no interesse próprio dos indivíduos isolados. Assim, a consideração dos valores asiáticos baseados na cooperação e no exercício da responsabilidade em relação aos outros ofereceriam uma boa oportunidade para o desenvolvimento de uma agenda que contemplasse uma linguagem comum para toda a humanidade. Segundo o confucionismo, a prosperidade humana passa antes pelo fortalecimento de valores como o respeito ao dever, a harmonia, o consenso, os vínculos, os rituais, a confiança e a afinidade do que por uma filosofia que valoriza apenas ou precipuamente o vínculo tenso entre indivíduo e Estado²³².

A proteção da dignidade da pessoa humana é, por isso, um ideal defensável em qualquer cultura, o que não significa, porém, que seja sinônimo de defesa da

²³¹ KEOWN, Damien. Budismo e direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 356.

²³² WEIMING, Tu. Os direitos humanos como um discurso moral confuciano. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 364.

dignidade do indivíduo. “Um indivíduo é um nó isolado; uma pessoa é o tecido como um todo em torno desse nó, urdido a partir da totalidade do real. Os limites de uma pessoa não estão dados, dependem como um todo de sua personalidade. Sem o nós, a rede com certeza se desintegraria, mas, sem ela, os nós nem ao menos existiriam”²³³. A defesa ativa dos direitos individuais pode ter repercussões negativas, isto é, injustas para outros e talvez para o próprio indivíduo, de modo que a necessidade de consenso em muitas tradições, ao invés da opinião da maioria, está baseada exatamente na natureza corporativa dos direitos humanos.

Portanto, como adverte Pannikar, corre-se o perigo de que os direitos humanos fiquem resumidos a um artigo de exportação da cultura ocidental se se mantiver o entendimento de que a factibilidade desses direitos somente pode ocorrer sob condições como as vividas no ocidente ou que seja legítima a defesa de um suposto direito de não intromissão das outras culturas pelo ocidente, que ameaça exportar os direitos humanos “em pacote”, acompanhados de outros artigos da cultura ocidental, como a língua inglesa, suas técnicas e seu modelo de economia²³⁴.

A questão que se coloca é se é possível superar essa visão. Höffe defende que sim, desde que se reconheçam algumas circunstâncias relativizadoras da posição hegemônica do ocidente na construção do discurso dos direitos humanos. Segundo o autor, são elas: 1) o cristianismo levou algum tempo antes de reconhecer os direitos humanos, em razão da estreita ligação Estado-Igreja, o que ainda é predominante nos modelos de organização estatal islâmicos, mas deverá ser relativizado; 2) O fato de a expansão colonial europeia ter vulnerado as culturas islâmicas e tantas outras não pode, hoje, ser objeto de temor de menosprezo às especificidades culturais pelos outros Estados, pois, precisamente no caso do Islã, que se detém ao fundamento religioso, constatam-se muitas compatibilidades entre o Corão e os direitos humanos; 3) por fim, provavelmente foram as escolas jurídicas dos séculos VIII e IX as primeiras que, sob religiões monoteístas, desenvolveram um

²³³ PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos uma concepção universal? In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 224.

²³⁴ HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 172.

instrumento para relacionarem-se com minorias nacionais, culturais e religiosas²³⁵. Mais tarde²³⁶, veremos que a relativização da posição hegemônica do ocidente em relação ao discurso dos direitos humanos é possível não somente a partir das circunstâncias destacadas por Höffe, mas também por outras que se perfizeram no contexto particularmente latino-americano.

3.5 Direitos humanos no contexto latino-americano

O problema da validade dos direitos humanos não é, porém, um assunto polêmico apenas entre os povos de matriz oriental. Entre eles, a grande discussão sobre o tema gira em torno da diversidade cultural que, em tese, gera obstáculos à aceitação dos direitos humanos como uma categoria ético-política, de alcance universal, capaz de gerar o almejado respeito às liberdades individuais. Ao contrário desses povos, na América Latina praticamente não há discussão quanto à viabilidade desse projeto, tanto que, do ponto de vista jurídico, os Estados latino-americanos estão perfeitamente inseridos no contexto global de proteção dos direitos humanos. A sua inserção não se percebe apenas na participação ativa nos foros internacionais e regional (interamericano), com a paulatina adesão aos Pactos Internacionais sobre a matéria, como também no reconhecimento de direitos fundamentais em suas próprias Constituições. O constitucionalismo latino-americano vem se caracterizando, nos últimos vinte anos, por seguir a tendência das normas internacionais que visam a proteção e a promoção dos direitos humanos.

Todavia, a situação de desrespeito interno dos direitos humanos ainda coloca a América Latina em situação delicada, sendo comum apontar-se em relatórios dos organismos internacionais, ocorrências de execuções sumárias e torturas, falta de proteção às testemunhas e de controle das polícias, trabalho escravo, péssimas condições prisionais, falta de acesso a serviços de saúde, censura aos órgãos de comunicação, má distribuição da terra, pobreza extrema etc. Percebe-se uma incapacidade dos poderes públicos dos países da região de,

²³⁵ HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 176.

²³⁶ Esta problemática será tratada no penúltimo capítulo da tese.

internamente, adotarem medidas eficazes para conter as violações sistemáticas dos direitos humanos. Portanto, o grande problema latino-americano segue sendo a ineficácia dessas normas que, embora positivadas, não têm se mostrado suficientes para incrementar minimamente o respeito aos direitos mais fundamentais de grande parte de sua população.

Talvez pelo fato de ser este o calcanhar de Aquiles dos direitos humanos na América Latina, concentramos nossos esforços quase que exclusivamente para pensar formas de incrementar a sua proteção. Não há nenhuma censura nessa atitude que, aliás, segue uma recomendação bem conhecida de Norberto Bobbio de que o problema fundamental dos direitos humanos não é o de justificá-los, mas o de protegê-los, já que o problema de seu fundamento se encontra, de certa forma, resolvido desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948. Logo, não subsistiriam razões para que continuemos nos preocupando com isso²³⁷. De fato, a violação dos direitos humanos nos desafia, de forma urgente, a pensar formas de garanti-los, mas não me parece que esse problema esteja desconectado daquele que discute por que razão este é um projeto no qual devemos nos engajar. E, no fundo, compreender o seu fundamento, que passa pelo esclarecimento dos seus pressupostos antropológico-filosóficos, consubstancia, senão a principal, uma das principais formas para a mobilização prática dos direitos humanos, ou seja, para que esse discurso seja efetivado.

Segundo Robert Alexy, mesmo que desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 haja um consenso universal em torno dos valores fundamentais subjacentes traduzidos no Preâmbulo da Declaração, os direitos humanos não deixaram de suscitar problemas de três ordens: epistemológicos, substanciais e institucionais. O problema epistemológico, que é o que nos interessa no momento, reside na dificuldade de fundamentação desses direitos, ou seja, indaga “se e como os direitos humanos podem ser conhecidos ou fundamentados”, pois o consenso dos países signatários da Declaração de 1948 em torno de um rol de direitos reconhecidos como universais, morais, fundamentais,

²³⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 23-6.

preferenciais e abstratos não significa necessariamente que houve um consenso acerca do fundamento ou da razão de ser desses direitos. Esta questão, embora de índole essencialmente filosófica, não se limita apenas ao âmbito especulativo, mas, ao contrário, suscita questões de ordem prática, pois “onde o consenso sobre o seu fundamento vacila, a possibilidade de perda de legitimidade cresce, implicando consequentes problemas de implementação e de efetivação”²³⁸.

Certamente, o conteúdo da crítica oriental aos direitos humanos não pode ser simplesmente empregado ao contexto latino-americano, pelas evidentes diferenças culturais que nos separam deles e nos aproximam muito mais dos europeus. Mas isso não quer dizer que o discurso hegemônico que sustenta os direitos humanos nos forneça argumentos suficientes para explicar como estes se tornaram, ao menos teoricamente, tão sedimentados em nosso contexto ou como ingressaram nas Constituições latino-americanas e em seus pactos internacionais. Não há, praticamente, reflexões nesse sentido. Simplesmente, costuma-se afirmar, sem maiores questionamentos, que nós somos tributários da tradição jusfilosófica ocidental e que, por isso, introduzimos a teoria dos direitos humanos em nossos ordenamentos jurídicos. Nesse sentido, Arango sustenta que no constitucionalismo contemporâneo, que é um constitucionalismo de direitos, percebem-se sinais de nítida influência do jusnaturalismo moderno, na medida em que a noção de direitos naturais inalienáveis e imprescritíveis ingressou nas Declarações de Direitos Americana (1776) e Francesa (1789) e foi retomada, no século XX, no contexto das Declarações e Constituições do pós-guerra sob a denominação de direitos humanos ou direitos fundamentais²³⁹. Portanto, ao resgatar a tradição iluminista europeia, a Declaração Universal lançou as bases para a emergência do constitucionalismo de direitos que se propagou pelo Globo e foi adotada por diversos países. De modo que o catálogo de direitos humanos reconhecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao longo de seu texto, deve-se à inserção do Direito

²³⁸ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55, jul./set. 1999.

²³⁹ ARANGO, Rodolfo. **Derechos, constitucionalismo e democracia**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 112.

Brasileiro na tradição jusnaturalista ocidental que, no século XX, foi consolidada pela Declaração Universal de 1948, sob cuja inspiração foi inaugurada uma nova onda de constitucionalismo²⁴⁰.

Não se pode negar que a Declaração Universal teve este papel. No momento de sua aprovação, ela se converteu no primeiro documento internacional de caráter universal e geral sobre a matéria de direitos humanos, demarcando, de igual modo, a internacionalização de um assunto que antes pertencia exclusivamente à jurisdição interna dos Estados, supondo-se uma revolução e uma novidade inegável no direito internacional contemporâneo. As evidências das práticas posteriores dos Estados e dos órgãos da comunidade internacional a partir da Declaração Universal são muito evidentes e abundantes, confirmando seu caráter de norma consuetudinária. As referências à mesma, em todos os instrumentos internacionais posteriores que especifiquem as obrigações internacionais dos Estados, é exemplo da importância que se atribui à mesma²⁴¹. Por outro lado, é profundamente questionável que a proclamação dos direitos humanos e, antes disso, a afirmação do valor central da pessoa humana na Constituição Brasileira se explique apenas em função deste critério. É, ainda, possível de ser questionado se os direitos humanos sejam a mera atualização dos valores racionalistas do iluminismo, por todas as contradições que isso traria para a própria função que esses direitos que têm hoje.

Ora, se os direitos humanos encarnam, hoje, propósitos mais ambiciosos que aqueles das primeiras Declarações da modernidade e se se converteram em armas contra a opressão e a miséria de que padece a maior parte da humanidade, parece haver uma dimensão esquecida nesta história. Se teoricamente, a ideia de pessoa humana abstrata e centrada no indivíduo foi a mola propulsora das primeiras declarações de direitos na Europa e nos Estados Unidos da América, é possível questionar se essa mesma concepção continua inspirando a sucessiva afirmação

²⁴⁰ Neste sentido são as análises de MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 82-3 e 109; SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 62 e 67.

²⁴¹ ORAÁ, Jaime Oraá. Em torno al valor jurídico de La Declaración Universal. In: **La Declaración Universal de Derechos Humanos em su cincuenta aniversario**. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999. p. 189.

dos direitos humanos para além das fronteiras do ocidente. Pois, por mais contestável que essa seja, a progressiva adesão da comunidade internacional às declarações e pactos de direitos humanos, além da constitucionalização desses direitos nos mais diversos Estados, não é um fato desprezível. Apenas para citar um exemplo, a Declaração e Programa de Ação de Viena, proclamada pela Assembleia Geral da ONU, em 1993, como reafirmação do compromisso com a Declaração de 1948, contou com a adesão de cento e setenta e um Estados, dentre os quais muitos não se inserem na tradição jusfilosófica do ocidente. Trata-se de um número de adesões muito mais expressivo que o de 1948, que se resumiu a quarenta e oito Estados. Aqui não se coloca em questão que os direitos humanos decorram da centralidade da pessoa humana, na medida em que se autoproclamam corolários da dignidade humana, mas o que se discute é a possibilidade de outra interpretação do conceito de pessoa humana e de direitos humanos, ainda não suficientemente construída.

Os detratores dos direitos humanos denunciam a sua falta de credibilidade e fundamento porque, de certa forma, continuam afirmando a sua exclusiva ligação com pressupostos individualistas, mas parecem ignorar ou menosprezar que a crença nos direitos humanos só vem aumentando. Será que ao proteger os direitos humanos, estamos ainda pensando em um indivíduo autocentrado e autossuficiente que a modernidade europeia nos legou? Ou, ainda, será que esta é uma leitura de todo correta da modernidade? Em que medida essa ideia foi desafiada e novos elementos foram incorporados de modo a gerar a aceitação cada vez maior, ao menos teórica e institucional, desses direitos? Como o objetivo desta tese é trilhar os caminhos percorridos pela Constituição Brasileira de 1988 até a consagração da centralidade da pessoa humana, é preciso que, antes de afirmar simplesmente que importamos esse conceito do século da Luzes, cogitemos a hipótese de que ele chegou até lá profundamente reformulado.

O direito natural moderno provocou uma profunda reformulação no conceito de natureza, que, desde a Antiguidade, era o *locus* de onde se enunciava o direito ou como as coisas deveriam ser. Essa reformulação já havia acontecido antes, quando o justo universal foi substituído pelos desígnios de Deus. Na modernidade, porém, Deus foi retirado e novamente o conceito de natureza foi ressignificado em

função das profundas revoluções por que o mundo moderno passou. Natureza passou a significar razão, porque este é o atributo que só o homem tem e que o faz se destacar de tudo que o cerca; é o que lhe possibilita, enfim, exercer seu poder sobre todas as coisas e, portanto, é na racionalidade que reside o valor supremo da humanidade. Ocorre que, quando o critério para a titularidade de direitos tornou-se a racionalidade, foi possível estabelecer profundas diferenciações entre os seres da espécie humana e a humanidade tornou-se privilégio de poucos. Isso porque o sentido que a racionalidade adquiriu na modernidade foi além daquele descrito por Aristóteles no tratado *De Anima* e na *Ética a Nicômacos*²⁴² como uma das potências da alma, que torna os seres humanos, não apenas aptos ao ato do conhecimento, mas propensos à vida em sociedade, como animais políticos. Na modernidade, racionalidade tornou-se fortemente ligada à ideia de capacidade para a dominação, razão por que se desenvolveram noções de competitividade, tecnicização e expansão, que fundaram um novo estilo de vida e um novo protótipo de homem racional.

Estruturas sociais tribais, sabedorias milenares, relações harmônicas com a terra e inexistência da divisão do trabalho social foram consideradas práticas inferiores em relação àquelas fundadas no conhecimento tecnocientífico que então se afirmavam na Europa. Aníbal Quijano observa que, desde este ponto de vista, as relações sociais e intersubjetivas entre a Europa ocidental e o resto do mundo foram reduzidas a dualismos como oriente/ocidente, primitivo/civilizado, mágico-mítico/científico, irracional/racional, tradicional/moderno, não-europeu/europeu. E para a fixação de alguém dentro destas categorias, a ideia de raça jogou papel fundamental, como vimos acima, sendo que na América Latina ela foi a forma de legitimar as relações de poder que se estabeleceram desde então, pois a inferioridade racial foi relacionada à inferioridade racional e socioeconômica²⁴³. Assim, as pessoas, cujos direitos humanos foram historicamente negados na América Latina, são justamente aqueles que, no discurso ocidental moderno, puderam ser identificados como sub-humanos, porque menos racionais que o

²⁴² ARISTÓTELES. *De Anima*. São Paulo: Editora 34: 2006; ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. Livro 1.

²⁴³ QUIJANO, Aníbal. Coloniality of power, eurocentrism, and social classification. In: DUSSEL, Enrique et al. *Coloniality at large: Latin America and postcolonial debate*. Durham, USA: Duke University Press, 2008. p. 189-90.

protótipo de homem que servia de suporte à ideia de pessoa humana. A figura humana encarnada no colonizado é a antítese do protótipo do sujeito de direitos da modernidade. Essa concepção fica explícita nos relatos do início da colonização hispânica na América, em que os povos indígenas recém descobertos eram descritos como primitivos, brutos, irracionais, infantis, canibais, justificando, por isso, a dominação, a escravização e a guerra²⁴⁴. Todorov identifica duas razões principais que motivaram o comportamento destrutivo dos espanhóis em relação aos povos nativos das Américas, quais sejam, o desejo de enriquecer e a pulsão de domínio. Porém, observa que essa aspiração ao poder não teria se extremado caso os espanhóis não tivessem sido condicionados pela visão de inferioridade que tinham dos índios, cuja condição de existência se situava entre a dos homens e a dos animais²⁴⁵. Sem a premissa da inferioridade ou da imperfeição humana, não há como explicar o genocídio deflagrado pela conquista da América ou a forma repugnante como os índios eram tratados. Um dos relatos da expedição de Vasco Nuñez de Balboa é transcrito por Todorov a fim de dar um breve retrato do massacre:

Assim como os açougueiros cortam em pedaços a carne dos bois e dos carneiros para colocá-los à venda no açougue, os espanhóis cortavam de um só golpe o traseiro de um, a coxa de outro, o ombro de um terceiro. Tratavam-nos como animais desprovidos de razão. [...] Vasco fez com que os cães despedaçassem uns quarenta deles²⁴⁶.

Os povos latino-americanos começaram a sua história dos direitos humanos desde a posição inferiorizada de povos colonizados. Trata-se, portanto, da história da negação dos direitos humanos, tornada possível pela precedente negação da humanidade a todos que não compartilhassem o padrão de racionalidade europeu, já que a diferença entre uns e outros foi interpretada em termos de inferioridade *versus* superioridade²⁴⁷. Os direitos humanos nascem na América Latina não como decorrência da afirmação da superioridade do ser humano portador de

²⁴⁴ Este assunto será tratado em detalhes no penúltimo capítulo da tese.

²⁴⁵ TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América**: a questão do outro. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. 3. ed. Sao Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 211.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 204.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 225.

racionalidade, mas, ao contrário, como reivindicação do irracional, do imperfeitamente humano, do inferior que, apesar disso, autocompreendia-se como parte da humanidade e, portanto, merecedor de direitos mínimos. Não fosse assim, como se justificariam os inúmeros conflitos etnicossociais deflagrados por exigências de justiça e de emancipação que marcaram a história dos povos latino-americanos desde a conquista, passando pelos processos de independência, intensificando-se no século XX e em curso ainda hoje?

Portanto, a condição colonial e subalterna dos povos latino-americanos transformou, paradoxalmente, a América Latina no outro palco dos direitos humanos. Não podemos esquecer que na Europa os direitos humanos também nasceram de intensas lutas e conflitos sociais contra o poder absoluto dos monarcas, enquanto aqui representaram a inconformidade com a dominação colonial. E que, ao mesmo tempo em que eram declarados pelos revolucionários franceses, as Declarações de Independência das colônias latino-americanas não eram menos enfáticas em reconhecer os mesmos direitos²⁴⁸. Além disso, se Jack Donnelly sustenta que o mercado e o Estado-nação foram as bases histórico-materiais para o aparecimento dos direitos humanos primeiro na Europa²⁴⁹, é porque não percebeu que aqui as repúblicas formaram-se no início do século XIX e que a América foi a abastecedora de matéria-prima e de mão-de-obra desse mercado. A escravidão, na América, foi estabelecida e organizada como uma *commodity* para produzir bens para o mercado mundial e para servir aos propósitos e às necessidades do capitalismo. Da mesma forma, a servidão dos indígenas foi organizada para servir ao mesmo fim: produzir mercadorias para o mercado global. Consequentemente, todas as formas de trabalho e de controle de trabalho foram parte de um novo modelo de organização e de controle do trabalho. Juntamente com surgimento do mercado consumidor e produtor na Europa, as formas de trabalho latino-americanas configuraram o novo sistema econômico: o capitalismo.

²⁴⁸ CAROZZA, Paolo. From conquest to Constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, USA, v. 25, n. 2, p. 298, May. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20069666>>. Acesso em: 18 ago. 2009.

²⁴⁹ DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in theory and practice**. 2nd ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003. p. 58.

Talvez o abandono ou o encobrimento de certos elementos que convergiram para o surgimento dos direitos humanos, aliado à fraqueza dos argumentos que costumam explicar a sua presença no ordenamento jurídico brasileiro como transplantes do pensamento jusfilosófico europeu os faça parecer muito distantes e descontextualizados. E talvez por isso ainda não tenhamos nos convencido de que respeitar os direitos humanos de todos não é filantropia, mas o melhor caminho para construir uma sociedade em que não necessitemos mais viver cercados de muros e de segurança privada, nos protegendo uns dos outros. Então, é no mínimo questionável, que o catálogo de direitos humanos reconhecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao longo de seu texto deve-se à inserção do Direito Brasileiro na tradição jusnaturalista ocidental que, no século XX, foi consolidada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, que proclamou os direitos humanos como direitos universais. Da mesma forma, é questionável que uma mesma concepção de pessoa humana encarnada no protótipo do homem racional da sociedade tecnocientífica e, portanto, baseada em pressupostos não visíveis nos povos latino-americanos, pudesse ter fundado suas reivindicações de direitos.

Antes, porém, de discutir os elementos encobertos da história dos direitos humanos, examinarei alguns aspectos que contribuíram, de forma decisiva, para a consolidação desta posição hegemônica do ocidente.

4 MODELO PADRÃO DE DIFUSÃO DO DIREITO

Estudar Direito no Brasil e, particularmente, direitos humanos, implica, geralmente, duas pré-compreensões raramente contestadas. A primeira delas é que os sistemas jurídicos - incluindo o conteúdo das leis e o formato dos institutos - de diversos países no mundo hoje, notadamente as ex-colônias, como é o caso brasileiro, em particular, e latino-americano, em geral, foram historicamente constituídos como cópias do modelo europeu e que, por essa razão, pertencem ou à família da *Common Law* (no caso da América do Norte) ou à da *Civil Law* (no caso da América Latina). A segunda é que a origem e a afirmação dos direitos humanos nos mais diversos sistemas jurídicos (nacionais, regionais e internacionais) ocorreram graças à moderna sociedade europeia, sob cujos auspícios se iniciaram a era do Iluminismo e da emergência do sujeito livre e racional. Nesse cenário, os direitos humanos que hoje figuram no cenário latino-americano de proteção dos direitos humanos, seja no nível internacional (no âmbito da Organização dos Estados Americanos - OEA), seja nas legislações domésticas dos países latino-americanos, são considerados como mais um produto europeu importado e adotado nestas terras.

Ambas as premissas, intimamente ligadas entre si, relacionam-se diretamente ao modo como se compreende a formação e o desenvolvimento dos sistemas jurídicos mundo afora, que, segundo William Twining²⁵⁰, implica mapeá-los como se, mais ou menos, pertencessem ou derivassem das famílias da *Civil* e da *Common Law*, prestando-se pouca atenção à sua hibridez e às suas particularidades. A influência direta deste modelo “padrão” de difusão do Direito se faz sentir especialmente no campo dos direitos humanos, vistos como genuínos produtos do Iluminismo Europeu e de suas idéias subjacentes: individualismo, cristianismo, capitalismo e imperialismo. Questionar tais pré-compreensões, imbricalmente ligadas entre si, traz dois desafios para os propósitos desta tese: primeiro, quais são as insuficiências deste modelo e por que razão, assim como a existência ou não de alternativa a ele; em segundo lugar, em que medida a ideia de

²⁵⁰ TWINING, William. **General jurisprudence**: understanding law from a global perspective. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 269.

pessoa humana da Constituição Brasileira de 1988 não é simples decorrência do modelo de pessoa constituído na modernidade europeia. Limitar-me-ei, neste capítulo, a discutir o primeiro desafio, com o olhar voltado aos efeitos desse modelo na América Latina, em geral, e no Brasil, em particular.

4.1 Modelo tradicional de difusão do Direito

Ao refazer os caminhos trilhados pela tradição jurídica ocidental, Berman esclarece que ocidente é uma noção que remete ao conjunto de culturas que partilharam a herança da antiga Grécia e Roma, em contraste com o “Oriente”, formado pelos estados islâmicos, Índia e Extremo Oriente. Outro fato que explica a distinção entre oriente e ocidente, e a própria constituição deste, é a definitiva separação, em 1054, da Igreja cristã. Essa ruptura coincidiu com a emancipação da Igreja Romana em relação aos imperadores, reis e senhores feudais, e com a sua submissão à autoridade única do bispo de Roma. A autonomia política e jurídica da Igreja, nos primeiros séculos do segundo milênio, propiciou o surgimento do primeiro sistema jurídico ocidental: o Novo Direito Canônico da Igreja Católica Romana e, mais tarde, sistemas de direito seculares. São esses, segundo o autor, os eventos que determinam a filiação de um povo à tradição jurídica ocidental. Esse foi o caso, nos séculos XI e XII, dos povos do oeste europeu (da Inglaterra à Hungria, da Dinamarca à Sicília), enquanto, nessa época, os povos da Rússia, da Grécia e da Espanha permaneceram sob o jugo da Igreja Ortodoxa Oriental. Somente mais tarde, esses países foram ocidentalizados, assim como as Américas de norte a sul e várias outras partes do mundo²⁵¹.

Por essa razão, ocidente é, muito antes, uma noção cultural que propriamente geográfica, e seus limites variam de tempo em tempo. O cristianismo talvez seja a característica mais marcante dessa visão de mundo que forma o ocidente, de modo a não poder ser simplesmente identificado com os referenciais hebraicos, gregos e romanos que convergiram para a sua formação. As profundas, e

²⁵¹ BERMAN, Harold J. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Tradução de Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 12

talvez incontornáveis, diferenças entre essas três matrizes culturais não permitem deduzir semelhanças de visão de mundo entre si, mas, apesar disso, o ocidente, a partir do final do século XI, combinou todos eles, dando origem a uma nova expressão cultural. Por essa razão, as noções de ocidente e de modernidade se confundem, pois naquele as origens dos tempos modernos remontam ao período de 1050-1150 e não antes disso, segundo acentua Berman. Por outro lado, quando se fala em tradição jurídica ocidental não se está falando de um sistema jurídico em particular; não existe um Direito do ocidente, assim como não existe um Direito latino-americano. O que existe são instituições, procedimentos, valores, conceitos e pensamentos jurídicos que encontram raízes comuns num dado sistema de valores²⁵².

Inúmeros fatores caracterizam e singularizam a tradição jurídica ocidental. A primeira delas é a relativa autonomia do Direito em relação a outras instituições também voltadas à regulação da conduta humana. Embora possam ser influenciadas pela moral, pela religião, pelos costumes e pela política, essas instituições não fazem parte do Direito, em si. Por isso, a aplicação do Direito é realizada por um grupo de pessoas especializadas, que se ocupam disto de forma profissional. Essa aplicação demanda instrução específica, que implica o domínio de uma técnica especializada de nível superior, com vocabulário e métodos próprios. Dentro dessa tradição, o Direito envolve, além da descrição das instituições jurídicas, uma metaciência destinada a avaliá-las e a analisá-las criticamente. Constituiu-se, portanto, como ramo de conhecimento especializado e oficializado. Outro aspecto que marca a singularidade do Direito, concebido desde essa tradição, é a necessidade de expressar coerência, de converter-se em um sistema integrado, em um corpo harmônico que se prolongue no tempo. Esta organicidade tem a ver, segundo Berman, com a particular visão histórica do ocidente, em que as mudanças devem se processar como reflexo de algum movimento evolutivo. Trata-se, antes, de um processo de desenvolvimento, que deve adaptar o velho às necessidades do novo, reinterpretao o passado para atender às demandas presentes e futuras. A isso se liga, ainda, a ideia de superioridade do Direito em relação às autoridades políticas. Ou seja, a sedimentação dessa tradição jurídica andou *pari passu* com a

²⁵² BERMAN, Harold J. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Tradução de Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 14.

crença de que determinados preceitos legais são imunes ao arbítrio do monarca (hoje, dos governantes), o que pode ser explicado pela forte influência do paradigma cristão e individualista sobre a sua formação²⁵³.

A ligação dos sistemas jurídicos dos países latino-americanos a este modelo trata-se, evidentemente, de um fenômeno resultante da colonização. A inserção da América Latina na tradição da *Civil Law* ou família romano-germânica, que, ao lado da *Common Law* ou sistema legal anglo-americano, compreende a família do Direito ocidental encontra-se referida na obra de mapeamento dos sistemas jurídicos do mundo em grupos ou famílias legais, levado a cabo por René David:

A família de direito romano-germânica está atualmente dispersa pelo mundo inteiro. Ultrapassando largamente as fronteiras do antigo Império Romano, ela conquistou, particularmente, toda a América Latina, uma grande parte da África, os países do Oriente Próximo, o Japão e a Indonésia. Esta expansão deveu-se em parte à colonização, em parte às facilidades que, para uma recepção, foram dadas pela técnica jurídica da *codificação*, geralmente adotada pelos direitos românicos do século XIX.²⁵⁴

Segundo David²⁵⁵, a família romano-germânica, à qual pertencem os países latino-americanos, caracteriza-se pelo fato de ter-se formado sobre a base do direito romano e, ainda, porque as regras de direito são concebidas como sendo regras de conduta, cuja determinação é a principal atividade da ciência jurídica que, por isso, pouco se ocupa com o problema da aplicação do direito. A pertença, não só da América Latina, mas dos demais povos que “aderiram” a esta tradição é assim justificada, por David:

Todos os Estados, é verdade, fizeram uma concessão às ideias do ocidente, porque isso lhes pareceu necessário para manter sua independência e realizar determinados progressos. Os homens do mundo contemporâneo não repudiaram, entretanto, os pontos de vista que ainda numa época recente eram geralmente aceitos na sua

²⁵³ BERMAN, Harold J. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Tradução de Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 19-21.

²⁵⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 33.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 23.

sociedade. Todos reconhecem, sem dúvida, a superioridade técnica do ocidente; as opiniões estão, entretanto, divididas quanto à superioridade, em bloco, da civilização ocidental. O mundo muçulmano, a Índia, o Extremo Oriente, a África estão longe de lhe terem dado uma adesão sem reservas; continuam, em grande parte, fiéis a concepções nas quais o direito é compreendido de modo diferente, ou não é chamado a desempenhar a mesma função que no ocidente²⁵⁶.

Em artigo onde discute o panorama legal latino-americano, Jorge Esquirol afirma que René David compreende o Direito, em geral, como a soma das condições econômicas, sociais e culturais, dadas pela história da respectiva sociedade. Mas no caso latino-americano, a sua percepção sobre a formação da cultura jurídica é diferente. Ao contrário do que ocorre em outros lugares, o Direito reside nas mãos dos juristas e não da sociedade, o que lhe confere o seu traço particular; em outras palavras, o Direito é a visão dos juristas, que, com o propósito de corrigir insuficiências, falhas e ambiguidades preocupantes para a natureza científica do Direito, encarregam-se do projeto de aproximá-lo cada vez mais do seu ideal: o modelo europeu. Assim, em apoio à política liberal e à promoção da ciência jurídica, David sustenta um Direito Europeu na América Latina, legitimando o engajamento dos juristas latino-americanos na tarefa de elaborar uma ciência jurídica aos moldes europeus e imitar o seu modelo de sociedade²⁵⁷.

Já no que se refere ao critério de pertença a um mesmo sistema jurídico, Esquirol observa que René David o identifica no compartilhamento de uma mesma ideologia, que, na família legal ocidental, é constituída por três elementos: moralidade cristã, democracia liberal e capitalismo. Por essa razão, o direito comparado teria a função de unificar o Direito dentro de um projeto concertado de propagação e aperfeiçoamento da sua cientificidade. Ao advogar o compartilhamento dessa ideologia pela América Latina, além de incluí-la na família jurídica do ocidente, David lhe atribui a tarefa de reforçar este modelo, propagando não só o seu cientificismo, mas também os ideais subjacentes, numa posição, evidentemente, de importador. Todavia, essa ideologia é muito mais um

²⁵⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 28.

²⁵⁷ ESQUIROL, Jorge L. The fictions of Latin American law. **Utah Law Review** 425, Salt Lake City/USA, p. 437, fall, 1997.

compromisso compartilhado entre os juristas latino-americanos, ou seja, entre aqueles que produzem e conduzem as instituições jurídicas, do que pelas sociedades latino-americanas em si, o que, em última análise, assegura a continuidade da inserção latino-americana no projeto jurídico europeu. Por outro lado, este limitado comprometimento social com a matriz do direito europeu é o custo gerado pela problemática (não) adaptação à realidade social e a consequente ineficácia²⁵⁸.

Segundo a análise de Twining, este modelo, que divide os diversos sistemas jurídicos mundo afora em praticamente duas categorias, reúne 'pressupostos questionáveis e omissões significantes', que apresenta as seguintes características: 1) Implica a existência de um exportador e um importador; 2) A importação e a exportação dão-se entre países, ou seja, entre Estados-nação; 3) Trata-se de um processo de mão única em que o país A (europeu, via de regra) transfere seu modelo ao país B (ex-colônia, via de regra); 4) O principal objeto de recepção são leis e conceitos jurídicos; 5) Os principais agentes do processo de importação-exportação são os governos; 6) A recepção envolve positivação formal em um dado momento; 7) O objeto de recepção retém sua identidade sem alteração significativa depois de recebido; 8) Geralmente, o exportador é o sistema legal da *Common* ou da *Civil Law* e o importador é um sistema legal menos desenvolvido, dependente (ex-colônia) ou adolescente (por exemplo, sistemas transnacionais); 9) Os mais numerosos exemplos de recepção são técnicos, ao invés de políticos; 10) Aquele que recebeu o objeto importado preenche um vácuo ou substitui um objeto anterior²⁵⁹.

Daí os rótulos comumente usados para descrever os fenômenos de criação do Direito nos países que ocupam a posição de importadores, tais como recepção, transplante, expansão, transferência, exportação e importação, imposição, circulação, transmigração ou transposição²⁶⁰. Estes rótulos expressam justamente o processo de mão única pelo qual o modelo padrão de difusão do Direito é comumente compreendido e, além disso, o fato de toda a atenção ser dispensada

²⁵⁸ ESQUIROL, Jorge L. The fictions of Latin American law. *Utah Law Review* 425, Salt Lake City/USA, p. 456-67, fall, 1997.

²⁵⁹ TWINING, William. **General jurisprudence**: understanding law from a global perspective. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 270.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 271.

ao Direito estatal, onde o fenômeno legal originado em um dado Estado nação ou jurisdição é imposto, importado ou adaptado pelo outro²⁶¹. Como mostra Esquirol, uma das consequências deste modelo foi a inclusão do Direito latino-americano na família da *Civil Law*, razão pela qual Twining afirma se tratar da reflexão do impacto do colonialismo na difusão do Direito²⁶², processo forjado no contexto do domínio europeu sobre mais da metade dos povos do Globo desde o descobrimento da América até a independência das últimas colônias após a Segunda Guerra Mundial.

A análise de Patrick Glenn é no mesmo sentido, pois entende que não se pode negar que a tradição da *Civil Law* esteja associada à de dominação, na medida em que, primeiro, os romanos dominaram a Europa, provocando, enfim, o desaparecimento do Direito dos povos autóctones do continente, e, por fim, o mundo tornou-se uma zona de influência das leis da *Civil Law*, como resultado do processo de colonização. A tradição da *Common Law* também está presente em muitas partes do mundo e esse fenômeno é, igualmente, um efeito do colonialismo. Por essa razão, ambas representam a mesma ideia, se comparadas com outras tradições jurídicas, o que traz em si o projeto de universalização do Direito ocidental²⁶³.

Mas não somente o domínio direto dos países europeus sobre suas ex-colônias explica esse fenômeno que, além disso, segundo William Twining, compartilha suas origens com a antropologia e a sociologia europeias do século XIX, em que a visão eurocêntrica foi definitivamente estabelecida²⁶⁴. O projeto colonial que teve início com a conquista da América em 1492 representa, para Enrique Dussel²⁶⁵, a data de nascimento da modernidade, na medida em que permitiu à Europa afirmar sua centralidade planetária a partir da constituição dos espaços e dos povos periféricos. Nesse processo, a América Latina assumiu o seu lugar na história da modernidade, como a primeira periferia moderna, seguida, em pouco tempo, pela África e por grande parte da Ásia. Dussel explica que a afirmação da

²⁶¹ TWINING, William. **General jurisprudence: understanding law from a global perspective**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 276.

²⁶² *Ibid.*, p. 269.

²⁶³ GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world: sustainable diversity in law**. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 166.

²⁶⁴ TWINING, op. cit., p. 271.

²⁶⁵ DUSSEL, Enrique. Eurocentrism and modernity: introduction to the Frankfurt lectures. In: BEVERLEY, John; OVIEDO, José (Org.). The postmodernism debate in Latin America. **Boundary 2**, Durham, v. 20, n. 3, p. 65-76, fall, 1993.

centralidade europeia só foi possível porque a periferia colonial funcionou como parte constitutiva dessa autodefinição, ocupando o lugar da negação da alteridade não-europeia. Evidentemente, a dominação não se deu apenas do ponto de vista econômico, mas, ao contrário, teve como condição de possibilidade o discurso hegemônico europeu, que determinou a ideia de dependência dos povos colonizados aos padrões europeus de ciência, de conhecimento e de sociedade, aos quais se adjudicou a ideia de evolução e superioridade. Nesse contexto, Mignolo sustenta que o colonialismo é constitutivo da modernidade, que não se define sem referência àquele. As “Américas” são, assim, a consequência da nascente expansão comercial europeia, de modo que a sua descoberta e o genocídio dos índios e dos escravos africanos foram os grandes momentos da fundação da modernidade, mais do que as revoluções francesa e industrial²⁶⁶.

Isso porque o fato da conquista e da dominação refletiu, de forma contundente e direta, na compreensão eurocêntrica de história e de evolução, que tem em Hegel um de seus maiores expoentes. É, novamente, Dussel que chama a atenção para o fato de que as lições de filosofia da história de Hegel atribuem aos povos colonizados a condição subalterna em relação aos europeus. Conforme se lê nas seguintes passagens das Lições de Filosofia da História de Hegel, a América Latina sequer desperta interesse filosófico, em razão da sua absoluta imaturidade histórica (de seu “não” lugar na história):

América é a terra do futuro, onde, nas eras que estendem diante de nós, o peso da história antiga deve revelar-se. [...] como uma terra de futuro, não tem interesse para nós aqui, pois, no que se refere à história, a nossa preocupação deve ser com o que foi e o que é. E em relação à Filosofia, por outro lado, temos que fazer o que não é nem passado nem futuro, mas preocupar-nos com o que é, com o que tem uma existência eterna - com a Razão²⁶⁷.

²⁶⁶ MIGNOLO, Walter. **The idea of Latin America**. Oxford: Blackwell Publishing, 2008. p. xiii.

²⁶⁷ America is the land of the future, where, in the ages that lie before us, the burden of the Old's History shall reveal itself. [...] And as a land of future, it has no interest of us here, for, as regard History, our concern must be with that which has been and that which is. In regard to Philosophy, on the other hand, we have to do which is neither past nor future, but with that which is, which has an eternal existence - with Reason. HEGEL, G. W. F. **Lectures on the philosophy of history**. Translated by M. A. Sibree. London: Henry G. Bohn, 1857. p. 90. Disponível em: <<http://books.google.co.uk/books?id=0hBHAAAIAAJ&printsec=frontcover&dq=lectures+on+the+philosophy+of+history+hegel&hl=pt-BR#v=onepage&q=&f=false>>. Acesso em: 08 set. 2009.

Por outro lado, aos africanos atribui a condição de bestialidade, de tendência ao fanatismo e de propensão natural à escravidão e as suas impressões sobre os povos daquele continente são plenamente inspiradas pela confiança na ideia da inferioridade natural de certos povos em relação a outros, no caso, os europeus:

A África, propriamente dita, na medida em que a história volta atrás, manteve-se - para todos os fins de conexão com o resto do mundo - calada; é a terra do ouro comprimida dentro de si, - a terra da infância, que falsificando para além da história autoconsciente, está envolta no manto escuro da noite²⁶⁸.

Outro fato característico em referência aos negros é a escravidão. Os negros são escravizados pelos europeus e vendidos para a América. Mau como isto pode ser, a sua sorte em sua própria terra é ainda pior, pois existe uma escravidão também absoluta. Pois é o princípio essencial da escravidão que o homem não tenha ainda atingido a consciência de sua liberdade e que, conseqüentemente, afunde-se até se tornar uma mera coisa - um objeto sem valor²⁶⁹.

Neste ponto, podemos deixar a África, para não mencioná-la novamente. Pois não é parte da história do mundo, não tem nenhum movimento ou desenvolvimento que possa ser exibido²⁷⁰.

Melhor lugar na história não é reservado à Ásia que, embora seja vista como o começo da história, permaneceu imatura e sem realizar progressos em relação aos seus primórdios. Conseqüentemente, a Europa é o vetor do progresso da humanidade, que nas palavras do mesmo Hegel, é, absolutamente, o fim da história e o centro do mundo²⁷¹. A ela coube, portanto, o papel de liderar o processo de evolução em direção ao esclarecimento, que, segundo Kant, representa “a saída do homem de sua menoridade de que ele próprio é culpado”, em que menoridade é

²⁶⁸ Africa proper, as far as History goes back, has remained - for all purposes of connection of the rest of the world - shut up; it is the gold land compressed within itself, - the land of childhood, which lying beyond the day of self-conscious history, is enveloped in the dark mantle of night. Its isolated character originates not merely in its tropical nature, but essentially in its geographical condition. HEGEL, G. W. F. **Lectures on the philosophy of history**. Translated by M. A. Sibree. London: Henry G. Bohn, 1857. p. 95. Disponível em: <<http://books.google.co.uk/books?id=0hBHAAAIAAJ&printsec=frontcover&dq=lectures+on+the+philosophy+of+history+hegel&hl=pt-BR#v=onepage&q=&f=false>>. Acesso em: 08 set. 2009.

²⁶⁹ Another characteristic fact in reference to the Negroes is slavery. Negroes are enslaved by Europeans and sold to America. Bad as this may be, their lot in their own land is even worse, since there a slavery quite as absolute exists. For it is the essential principle of slavery, that man has not yet attained a consciousness of his freedom, and consequently sinks down to a mere thing - an object of no value. Ibid., p. 103.

²⁷⁰ At this point, we leave Africa, not to mention it again. For it is no historical part of the World; it has no movement or development or to exhibit. Ibid., p. 100.

²⁷¹ Ibid., p. 190.

entendida como a “incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem”²⁷².

A visão racista sobre o mundo que se estabelece, definitivamente, no século XIX consolida-se como discurso dominante, na medida em que é justamente neste período que a Europa adquire sua supremacia científica e tecnológica sobre os demais povos, que acaba, com isso, se transformando em um artefato legitimador das práticas coloniais. No mesmo sentido, é a concepção de Homi Bhabha sobre a forma como se estrutura o modelo colonizador:

O objetivo do discurso colonial é apresentar o colonizado como uma população de tipos degenerados com base na origem racial de modo a justificar a conquista e estabelecer sistemas de administração e instrução. Apesar do jogo de poder no interior do discurso colonial e das posicionalidades deslizantes de seus sujeitos (por exemplo, efeitos de classe, gênero, ideologia, formações sociais diferentes, sistemas diversos de colonização e assim por diante), estou me referindo a uma forma de governamentalidade que, ao delimitar uma ‘nação sujeita’, apropria, dirige e domina suas várias esferas de atividades. Portanto, apesar do ‘jogo’ no sistema colonial que é crucial para seu exercício de poder, o discurso colonial produz o colonizado como uma realidade social que é ao mesmo tempo um ‘outro’ e ainda assim inteiramente apreensível e visível.²⁷³

À visão eurocêntrica subjaz a concepção de que a Europa não tem nada a aprender com outros mundos, outras culturas, mas simplesmente dominá-los, como forma de tirá-los de seu primitivismo, da sua irracionalidade e de seu subdesenvolvimento e de conduzi-los rumo ao progresso e à racionalidade²⁷⁴. Como observa Aníbal Quijano, os europeus geraram uma nova perspectiva de história, em que as populações colonizadas foram situadas no passado de uma trajetória cujo ponto culminante é a própria Europa. Assim, todos os não-europeus poderiam ser considerados como pré-europeus ou, ao mesmo tempo, deslocados para uma cadeia

²⁷² KANT, Immanuel. **Paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002. p. 11.

²⁷³ BHABHA, Homi. **O local da cultura**. Tradução de Myriam Ávila; Eliana Lourenço de Lima Reis e Gláucia Renate Gonçalves. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1998. p. 111.

²⁷⁴ DUSSEL, Enrique. Eurocentrism and modernity: (introduction to the Frankfurt lectures. In: BEVERLEY, John; OVIEDO, José (Org.). *The Postmodernism debate in Latin America*. **Boundary 2**, Durham, v. 20, n. 3, p. 73, fall 1993.

histórica que liga o primitivo ao civilizado, o mágico-mítico ao irracional, o tradicional ao moderno, o não-europeu ou pré-europeu e a algo que, com o tempo, será o europeu ou o modernizado²⁷⁵. Essa condição acabou imergindo a América Latina em referências à necessidade de se integrar à modernidade ou de ser moderna, deixando para trás sua condição pré-histórica. Vive-se em busca de identidade na trilha da história ocidental e o Direito segue a mesma senda. É como se a América Latina vivesse entremeadada em um labirinto, procurando uma saída para o pesadelo que é ser uma caricatura tragicômica da Europa²⁷⁶. A construção de oposições hierárquicas, como moderno/colonial, ocidente/oriente, barbárie/civilização, natureza/cultura, está subjacente nos discursos eurocêntricos, porque constitui dois lados antagônicos baseados na ideia de que existem espaços, povos e tempos periféricos e, ao mesmo tempo, de que existe um *locus* de enunciação legítimo e central²⁷⁷.

De qualquer forma, como o modelo cientificista tornou-se determinante na constituição do saber europeu moderno, inclusive no Direito, onde o Positivismo Jurídico seja, talvez, o melhor exemplo, também os sistemas jurídicos europeus foram alçados à categoria de modelo para o mundo. É dentro desse movimento que se criou a noção de filiação dos sistemas jurídicos dos países colonizados aos modelos europeus: não somente por sua intrínseca superioridade, mas, também, pela incapacidade dos povos colonizados de criar o próprio modelo, tanto que a ineficácia é um preço que valeria a pena pagar. Até que ponto outras versões não seriam capazes de revelar outro retrato?

²⁷⁵ QUIJANO, Aníbal. Coloniality of Power, Eurocentrism, and Social Classification. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large**: Latin America and postcolonial debate. Durham, USA: Duke University Press, 2008. p. 204.

²⁷⁶ MARTIN, Gerald. **Journeys through the labyrinth**. In: CHING, Erik Kristofer; BUCKLEY, Christina; LOZANO-ALONSO, Angélica (Org.). **Reframing Latin America**: a cultural theory reading of the nineteenth and twentieth centuries. Texas: University of Texas Press, 2007. p. 160.

²⁷⁷ MIGNOLO, Walter. Local histories, global designs. In: CHING, Erik Kristofer; BUCKLEY, Christina; LOZANO-ALONSO, Angélica (Org.). **Reframing Latin America**: a cultural theory reading of the nineteenth and twentieth centuries. Texas: University of Texas Press, 2007. p. 167-180.

4.2 Limitações do modelo padrão de difusão do Direito

O paradigma desde o qual o Direito vem sendo compreendido, sobretudo desde o século XIX, encontra-se profundamente enraizado na tradição jurídica ocidental. 'Direito', aqui, refere-se principalmente aos sistemas jurídicos dos atuais países que, pelo fato de terem sido colônias européias, sofreram influência direta do modelo das suas leis e das suas instituições jurídicas, como é o caso típico dos países latino-americanos, observado na seção precedente. Além disso, por 'Direito' também se pretende significar as teorias que dominam a forma de compreensão dessas leis e institutos, como, por exemplo, o Positivismo, o Jusnaturalismo e o Realismo, amplamente utilizadas, no Brasil, para este fim, e elaboradas pelo pensamento europeu. Mas não se resume a isso; como precisamente aponta Twining, as ideias ocidentais têm sido dominantes, também, na arena internacional que abrange, entre outros organismos, a Organização das Nações Unidas, a Organização Mundial do Comércio, instituições financeiras internacionais (FMI, Banco Mundial), Organizações não-governamentais internacionais (*Human Rights Watch*, Anistia Internacional), além de vários sistemas regionais de proteção dos direitos humanos²⁷⁸.

Dentro do projeto expansionista europeu, o Direito (em todas as variantes notadas acima) tornou-se mais um produto de exportação operando nos moldes que denomino, com apoio em Twining, modelo padrão de difusão do Direito. Este período coincide justamente com o apogeu do expansionismo do domínio europeu sobre o mundo, que se inicia com a conquista das Américas e, muito provavelmente, por causa disso. É nesse contexto, também, que, segundo Berman, se consolida a noção de ocidente que, muito mais que uma indicação geográfica, é uma concepção ideológica que engloba, em seu centro, além da Europa ocidental, certos contextos espaço-temporais considerados suas extensões, como é o caso dos Estados Unidos da América, Canadá, Japão, Nova Zelândia e Austrália, enquanto a América Latina constitui a sua periferia.

²⁷⁸ TWINING, William. **General jurisprudence**: understanding law from a global perspective. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 124.

Os países latino-americanos sofreram influência direta deste modelo calcado no marco cientificista, que opera, na seara jurídica, sob o nome de positivismo. Porém, essa influência se fez notar, particularmente, na disseminação da ideia de dependência do Direito na América Latina (leis e instituições) ao modelo europeu, como observa Jorge Esquirol²⁷⁹. Desse modo, as análises do discurso jurídico no Brasil costumam partir da pré-compreensão segundo a qual o nosso Direito constituiu-se historicamente como reprodução dos modelos europeus, especialmente francês e português, que impede, salvo raras exceções, a construção de análises que partam de dentro do nosso contexto.

A compreensão da difusão do Direito que se forjou nestes moldes vem sendo alvo de severas críticas, na exata medida em que, como sustenta Beck, 'o projeto da modernidade falhou'²⁸⁰. Isto quer dizer que o contexto contemporâneo, que hoje se apresenta como consequência da globalização e do pós-colonialismo, está longe de permitir a sobrevivência do modelo racional e cientificista europeu, que, a pretexto de difundir o discurso universalista da razão, levou à negação de outros padrões culturais e sociais, em outras palavras, à inferiorização de tudo o que se diferencia dele. Como sustenta Enrique Dussel, a modernidade constituiu-se como a negação da alteridade não-europeia, enquanto a América Latina foi a primeira periferia moderna, condição essa que se consolidou a partir do discurso eurocêntrico do século XIX, que estabeleceu o início da modernidade na Reforma, no Iluminismo, na Revolução Francesa e na Revolução Industrial e que afirmou a inferioridade dos povos não-europeus²⁸¹. Ou como pontua Stacy, enquanto as grandes narrativas da modernidade iluminam a realidade de alguns grupos sociais, jogam, inevitavelmente, os outros para a sombra²⁸².

Enquanto Weber e Habermas sustentam que a modernidade é um fenômeno puramente intraeuropeu, constituído a partir dos acontecimentos acima citados, e

²⁷⁹ ESQUIROL, Jorge L. The failed law of Latin America. **The American Journal of Comparative Law**, Arbour/USA, v. 56, Winter, 2008.

²⁸⁰ BECK, Ulrich. **What is globalization?** Tradução de Patrick Cammitter. Oxford/Cambridge: Polity Press, 2000. p. 9.

²⁸¹ DUSSEL, Enrique. Eurocentrism and modernity: introduction to the Frankfurt lectures. In: BEVERLEY, John; OVIEDO, José (Org.). The Postmodernism debate in Latin America. **Boundary 2**, Durham, v. 20, n. 3, p. 65-76, fall 1993.

²⁸² STACY, Helen M. **Postmodernism and law**: jurisprudence in a fragmenting world. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2001. p. 170.

que, posteriormente se estendeu a todo mundo, Dussel entende-a como um fenômeno mundial produzido pelas relações assimétricas entabuladas pela Europa com suas colônias. Segundo o mesmo, antes de 1492, data da chegada de Colombo à América, a Europa era apenas uma cultura provinciana e periférica do mundo árabe, turco e muçulmano, só adquirindo uma centralidade planetária a partir da colonização do Novo Mundo. Por isso, ao contrário de se situar o marco inaugural da modernidade em eventos que representam típicas manifestações da racionalidade europeia, Dussel sustenta que essa só se tornou possível com a conquista da América. Portanto, ela não seria um fenômeno da Europa como sistema independente, senão de um 'sistema-mundo' no qual essa assume a função de centro, estendendo seu domínio colonial através de um aparato de controle militar, administrativo e comercial, de modo que, ao mesmo tempo em que assume a condição de sujeito transcendental, a América Latina se constitui na outra cara da modernidade²⁸³.

Por outro lado, ao contrário da modernidade, que concebeu a sociedade ideal como sendo aquela onde reinaria a unidade, onde não existiriam diferenças e onde a comunicação entre as pessoas se mediaría por relações de poder, os tempos pós-modernos²⁸⁴ significam a ruptura desse modelo, a partir do momento em que a emergência da diversidade e da heterogeneidade, ao redor do mundo, tornaram-se inevitáveis. No dizer de Castro-Gomez, a pós-modernidade é a condição deste mundo desde o fim do século XX e do início deste: um mundo de espaços fraturados e heterogêneos, onde a identidade pessoal e coletiva oscila freqüentemente entre o global e o regional, o nacional e o pós-nacional²⁸⁵. Stacy diz que, neste contexto, nenhuma perspectiva singular pode apreender a complexidade e a diversidade da existência humana, de modo que para todas elas as grandes narrativas da teoria

²⁸³ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Editora Vozes, 2000. p. 51-8

²⁸⁴ Ao falar em tempos pós-modernos ou pós-modernidade refiro-me simplesmente ao tempo atual. Não pretendo, com isso, filiar-me às críticas pós-modernas que, como observa Dussel, assumem, com frequência, uma postura niilista que não vislumbra qualquer dimensão positiva na modernidade. Além disso, ignoram que as origens do que criticam estão ligadas à própria centralidade europeia do sistema-mundo, diante das quais são acríticos, e por isso não têm possibilidade de contribuir com alternativas válidas para os povos que, neste sistema, são vistos como periféricos. Ibid. p. 64.

²⁸⁵ CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **Crítica de la razón latinoamericana**. Barcelona: Puvill Libros, 1996. p. 46.

legal moderna foram, e continuam sendo, grosseiras simplificações do mundo e de seus desenvolvimentos²⁸⁶.

É de Homi Bhabha a seguinte constatação a respeito das condições que caracterizam a atual era pós-colonial:

A pós-colonialidade, por sua vez, é um salutar lembrete das relações 'neocoloniais' remanescentes no interior da nova ordem mundial e da divisão de trabalho multinacional. Tal perspectiva permite a autenticação de histórias de exploração e o desenvolvimento de estratégias de resistência. Além disto, no entanto, a crítica pós-colonial dá testemunho desses países e comunidades – no norte e no sul, urbanos e rurais – constituídos, se me permitem forjar a expressão, 'de outro modo que não a modernidade'. Tais culturas de *contra-modernidade* pós-colonial podem ser contingentes à modernidade, descontínuas ou em desacordo com ela, resistentes às suas opressivas tecnologias assimilacionistas; porém, elas também põem em campo o hibridismo cultural de suas condições fronteiriças para 'traduzir' e, portanto, reinscrever o imaginário social tanto da metrópole como da modernidade²⁸⁷.

O contexto contemporâneo e pós-colonial, nesse sentido, caracteriza-se pela emergência incessante de novos discursos e novos atores que reivindicam espaços, sobretudo, desde uma posição subalterna, o que é entendido por Guardiola-Rivera, adaptando Michel Serres, como o reaparecimento dos 'quase-objetos'. Em alusão a esse contexto, pontua Rivera:

O mundo está saturado de objetos obscuros: pedras antigas e mensageiros rebeldes; cópias e autômatos; textos sacros, profecias e enigmas; palavras perdidas e humanos descartados; barulho, voz e música. Ou seja, um sortimento de fetiches estranhos (perigosos), que foram submetidos e julgados pelas regras do senso e do entendimento comuns²⁸⁸.

²⁸⁶ STACY, Helen M. **Postmodernism and law**: jurisprudence in a fragmenting world. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2001. p. 174.

²⁸⁷ BHABHA, Homi. **O local da cultura**. Tradução de Myriam Ávila, Eliana Lourenço de Lima Reis e Gláucia Renate Gonçalves. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1998. p. 26.

²⁸⁸ The world is jam-packed with obscure objects: ancient stones and rebellious messengers; copies and automatons; sacred texts; prophecies and riddles; lost worlds and discarded humans; noise, voice, and music. In short, an assortment of uncanny fetishes, which have been adjudicated against and discounted by the rules of common sense and understanding. GUARDIOLA-RIVERA, Oscar. **Being against the world**: rebellion and Constitution. London: Birkbeck Law Press, 2009. p. 2.

Por isso que as explicações mais completas sobre o mundo só são possíveis quando as narrativas locais se expandem ao contrário de serem sufocadas em grandes narrativas singulares²⁸⁹. Diante disso, é possível sacar duas breves conclusões.

Primeiro, o projeto moderno de sociedade, estruturado na racionalidade tecnocientífica e na idéia da superioridade dos ideais europeus, começou a debilitar-se, desde o momento em que se tornou impossível negar ou, mesmo, abafar a diversidade caracterizada pelas práticas sociais e discursivas constituídas à margem desse modelo, nas suas fronteiras ou no lado de fora. Ou então, desde que essas passaram a se manifestar como a impossibilidade prática de universalização do projeto moderno, a não ser por meio de modelos autoritários de convivência social, onde, como ensina Castro-Gomez, a homogeneidade e o consenso somente puderam ser assegurados à base da força²⁹⁰. Eis o caso típico da colonização, mas não somente dela. A mesma concepção é sustentada por Beck que, ao analisar a globalidade, diz que nada que acontece em nosso planeta é apenas um evento local limitado, mas afeta o mundo inteiro. Por essa razão, parte das respostas da modernidade é inaplicável e contraditória para esse contexto, onde a política terá que ser refundada ou reinventada sob diferentes pressupostos²⁹¹

Como, então, sustentar um modelo de Direito baseado, justamente, nessas premissas? Em que medida o contexto pós-colonial desafia os discursos que sustentam a forma de compreender o Direito na América Latina? Como afirma Nelly Richard, a pós-modernidade abre a possibilidade de novos papéis para os atores da periferia a partir da falha do projeto moderno europeu²⁹². No caso latino-americano, ao invés de ser entendida como a falta de perspectiva, em função da suposta morte das utopias modernas, a pós-modernidade, na medida em que se caracteriza como a condição social sob o paradigma da diversidade e da heterogeneidade, pode

²⁸⁹ STACY, Helen M. **Postmodernism and law**: jurisprudence in a fragmenting world. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2001. p. 174.

²⁹⁰ CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **Crítica de la razón latinoamericana**. Barcelona: Puvill Libros, 1996. p. 44.

²⁹¹ BECK, Ulrich. **What is globalization?** Tradução de Patrick Cammitter. Oxford/Cambridge: Polity Press, 2000. p. 20.

²⁹² RICHARD, Nelly. Cultural Peripheries: Latin America and postmodernist de-centering. In: BEVERLEY, John; OVIEDO, José (Org.). The postmodernism debate in Latin America. **Boundary 2**, Durham, v. 20, n. 3, p. 156-161, fall 1993.

representar substanciais mudanças de rumo nos seus destinos. A pós-modernidade possibilita, segundo Castro-Gomez, outras narrativas além dos relatos unitários da modernidade e que se fundam na compreensão de um mundo policêntrico, desde o ponto de vista econômico-político, e pluralista, desde o ponto de vista cultural²⁹³. Assim, propostas que partem do paradigma pós-colonial colocam em evidência outra interpretação que leve em conta, de um lado, uma visão silenciada dos eventos, e que, por outro, mostre os limites do conhecimento hegemônico, disfarçado como a verdadeiro (e total) interpretação dos fatos²⁹⁴.

Na medida em que se considera a descontextualização do projeto moderno, intimamente ligado ao eurocentrismo, continuar compreendendo o Direito na América Latina como mera adaptação do modelo jurídico europeu e persistindo nos mesmos paradigmas forjados no século XIX, implica adotar uma visão distorcida e ignorar os atuais fatores de mudança que o vem influenciando. Desde o final do século XX, a onda do constitucionalismo de direitos invadiu o Direito latino-americano, como um todo, e o brasileiro, em particular, muito provavelmente como resultado da emergência de novos atores e novos discursos sociais até então mantidos à sua margem. No Brasil, é visivelmente perceptível o aparecimento incessante, não apenas de novas demandas judiciais, mas de legislação protetiva de grupos sociais historicamente excluídos da proteção jurídica e de indivíduos em situação de vulnerabilidade. Este é o caso, por exemplo, dos afrodescendentes, que obtiveram o direito a quotas em universidades públicas e em muitos concursos para acesso a cargos e funções públicas, das pessoas portadoras de deficiência, dos idosos, dos indígenas, das mulheres vítimas de violência doméstica e assim por diante.

A própria tradição latino-americana no domínio dos direitos humanos, que se inicia nos primórdios da colonização, é um elemento desconsiderado na história e, como observa José Manuel Barreto, nós mal sabemos quais os pressupostos que estão por trás desse esquecimento:

²⁹³ CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **Crítica de la razón latinoamericana**. Barcelona: Puvill Libros, 1996. p. 44.

²⁹⁴ MIGNOLO, Walter. **The idea of Latin America**. Oxford: Blackwell Publishing, 2008. p. 33.

Até hoje, no alvorecer do século XXI, a contribuição para a teoria e a prática dos direitos humanos feitas pelos povos do Terceiro Mundo não é reconhecida. Isto porque, de um lado, a historiografia dos direitos foi elaborada, tanto no Norte e no Sul, por intelectuais cuja *weltanschauung* foi formado dentro dos parâmetros da cultura europeia. Tal perspectiva situa os acontecimentos que marcaram a evolução da Europa no centro da história dos direitos, mantendo em silêncio ou surdas as lutas pelos direitos humanos que marcam a história do Terceiro Mundo e as vozes das vítimas do imperialismo. Por outro lado, o esquecimento, o desprezo ou deliberado afastamento da abordagem dos direitos feita pelo Terceiro Mundo também são derivados de preconceitos profundamente enraizadas no senso comum, na consciência intelectual e no temperamento do ocidente²⁹⁵.

Apesar disso, embora não se possa falar na existência de um direito latino-americano, mas apenas de agrupar, pelas semelhanças, o direito estatal da região, as quais são apresentadas como produto de uma história comum compartilhada e pelas diferenças em relação aos Estados Unidos, existe uma noção compartilhada de que o Direito, na América Latina, é um direito falho, deficiente. Argúi-se, com grande frequência, que as regras legais são, na maioria das vezes, ineficazes e inadequadas, os judiciários nacionais ineficientes e corruptos, e o Estado de Direito e sua aplicação, praticamente inexistente. Tudo acontece como se os sistemas jurídicos dos países latino-americanos, e aqui se inclui o Brasil, devessem sofrer profundas reformas por sua absoluta inadequação e incapacidade de resolver efetivamente os conflitos sociais²⁹⁶. Todavia, Esquirol chama a atenção para o fato de que esse tipo de discurso é extremamente limitado, porque encobre outra versão da realidade do Direito dos países da região. Segundo o mesmo, o crescimento recente de demandas sociais tem

²⁹⁵ Even to this day, at the dawn of the 21st century, the contribution to the theory and practice of human rights made by the peoples of the Third World is not acknowledged. This is because, on the one hand, the historiography of rights has been elaborated, both in the North and the South, by intellectuals whose *weltanschauung* has been formed within the parameters of the European culture. Such a perspective locates the events that have marked the evolution of Europe at the center of the history of rights, while keeping silent or deaf to the struggles for human rights that mark the history of the Third World and to the voices of the victims of imperialism. On the other hand, the oblivion, contempt or deliberate sidelining of the Third World approach to rights are also derived from prejudices deeply seated in the commonsense and in the intellectual consciousness and temper of the West. BARRETO, José Manuel. **Counter-Empire and Sympathy: A Critique of Eurocentric and Rationalist Theories of Human Rights**. Tese de Doutorado defendida na University of London, 2009. p. 88.

²⁹⁶ ESQUIROL, Jorge L. The failed law of Latin America. **The American Journal of Comparative Law**, Arbour/USA, v. 56, p. 78-80, Winter, 2008.

desafiado fórmulas neodesenvolvimentistas ortodoxas²⁹⁷. Diversos são os exemplos dessa resistência, como é o caso dos direitos econômicos e sociais incorporados na maior parte das legislações dos Estados latino-americanos. Isso representa não só um firme contraste com essas fórmulas ortodoxas, mas também com a posição política dos Estados Unidos da América, onde apenas direitos civis e políticos são efetivamente garantidos:

De fato, a chamada segunda geração de direitos humanos tem, consistentemente, jogado um papel importante dentro da consciência legal latino-americana e, a despeito das políticas da guerra fria, nunca foram totalmente desconectados dos direitos civis e políticos. O sistema interamericano de direitos humanos é um caso em questão. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres de 1948 é pioneira no campo, tendo precedido em poucos meses a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Uma organização de direitos humanos regional, com sua comissão em Washington D.C e sua corte em São José, na Costa Rica, aceita reclamações individuais baseadas na violação dos instrumentos interamericanos de direitos humanos. Diferentemente dos Estados Unidos, a maioria dos Estados latino-americanos ratificaram a Convenção sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e assinaram ou ratificaram o Protocolo de San Salvador à Convenção Americana de Direitos Humanos. A Corte Interamericana lidera, de forma ampla, a

²⁹⁷ Faria refere-se a essas fórmulas como sendo as novas tendências das formas e funções do Direito. De acordo com o diagnóstico de Faria, a tendência é de alargamento e desformalização nos tradicionais procedimentos de elaboração legislativa, especialmente nas questões mais técnicas, de caráter interdisciplinar e situadas nas fronteiras do pensamento, abrindo espaço para que setores interessados possam intervir na elaboração de decisões normativas que lhe digam respeito. Além disso, assiste-se a uma progressiva redução do grau de imperatividade do direito posto e à crescente criação de fórmulas tendentes a reduzir a burocratização dos mecanismos processuais e o formalismo dos Tribunais, que, embora à primeira vista pareça extremamente positivo, pode esconder interesses de conglomerados transnacionais que atuam e irão atuar cada vez mais em países em crescimento, como é o caso do Brasil. A pretexto da eficiência econômica, essas mega-empresas advogam a construção de um sistema jurídico capaz de estabelecer decisões previsíveis e favoráveis em matéria de proteção de propriedade, exigibilidade contratual e responsabilidade civil, passando ao largo das garantias fundamentais. A essa tendência, liga-se o crescimento da importância de certas matérias consideradas periféricas em países como o Brasil, como é o caso de propriedade intelectual, royalties, comércio eletrônico, comércio internacional, abuso do poder econômico e fusões e aquisições, e, ainda, o alargamento do alcance das normas de livre contratação ou de expansão dos campos de contratualização, vistos como espaços de liberdade juridicamente reconhecidos para a criação de direitos subjetivos. Por via de consequência, cresce o discurso em defesa do enfraquecimento do direito do trabalho, enquanto conjunto de princípios, regras e procedimentos que visam garantir direitos mínimos aos trabalhadores, no sentido de flexibilizar estes mesmos direitos. Na mesma linha, é a tendência de aumento no ritmo de regressão dos direitos humanos consagrados no direito positivo, com crescente diminuição de gastos sociais, e o prevalecimento do primado do discurso da Lei e Ordem no âmbito do direito penal, com a crescente criminalização de condutas. Por outro lado, é clara a tendência de transformação paradigmática na linha arquitetônica, na fonte de legitimidade e no conteúdo do Direito Internacional, proliferando-se diversos regimes normativos de cunho internacional que regulam cada vez mais distintos assuntos. FARIA, José Eduardo. **Direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 71-109. (Série GVlaw).

jurisprudência sobre direitos humanos. Notavelmente, os Estados Unidos não ratificaram a Convenção Americana ou se submeteram à Corte Interamericana²⁹⁸.

No Brasil, como resultado de inúmeras demandas judiciais, um amplo programa de saúde pública visando à distribuição de medicamentos para o tratamento de HIV/AIDS por todo o país foi instituído pelo governo. Além disso, os estados latino-americanos tem sido pródigos na previsão de “remédios constitucionais” para garantir os direitos e liberdades fundamentais, tais como *habeas corpus* e mandado de segurança. Mais antiga, ainda, é a forte tradição que os direitos e garantias trabalhistas gozam nos países latino-americanos e que, apesar de toda a pressão por flexibilização que tem sofrido nos últimos anos, continuam intactos.

Portanto, as insuficiências de se pensar a formação do Direito nos países colonizados e, no Brasil, em especial, dentro do modelo padrão de difusão do Direito derivam basicamente de dois fatores: primeiro, este modelo resulta do paradigma sob o qual o Direito vem sendo compreendido, especialmente desde o século XIX, profundamente enraizado na herança jurídica ocidental; como tal, trata-se de um discurso pertencente ao projeto eurocêntrico, o que, naturalmente, o faz comprometido com uma visão de mundo que já não encontra suporte na realidade atual; segundo, porque ignora a complexidade que caracteriza o contexto da pós-modernidade e, por conseguinte, dos sistemas jurídicos. Por essa razão, Twining apresenta a translegalidade como um retrato (imagem) mais variado e complexo do fenômeno de difusão do Direito que passa a ser, então, analisado desde uma perspectiva global.

²⁹⁸ The American Declaration of Rights and Duties of 1948 is a forerunner in the field, slightly predating the UN's Universal Declaration of Human Rights that same year. A regional human rights organization, with its Commission in Washington, D.C. and Court in San Jose, Costa Rica, takes up individual complaints based on violations of inter-American human rights instruments. Unlike the United States, most Latin American states have ratified the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and signed or ratified the San Salvador Protocol to the American Convention on Human Rights. The Inter-American Court is widely regarded as a leader in human rights jurisprudence. Notably, the United States has not ratified the American Convention or submitted to the Inter-American Court". ESQUIROL, Jorge L. The failed law of Latin America. **The American Journal of Comparative Law**, Arbour/USA, v. 56, p. 122, Winter, 2008.

4.3 Difusão do direito sob uma perspectiva global: a translegalidade

Não apenas porque o cenário mundial transformou-se profundamente desde o fim da Segunda Guerra Mundial e, especialmente, após o fim da Guerra Fria, fazendo emergir o complexo contexto da pós-modernidade, mas porque o modelo padrão de difusão do Direito contém inúmeras limitações intrínsecas, uma nova perspectiva para compreender a gênese e a constituição de qualquer lei, instituto jurídico ou conceito legal de um determinado contexto espaço-temporal vem sendo atualmente defendida. De acordo com Twining:

Se se adota uma perspectiva global e uma concepção ampla de exploração da lei em diferentes níveis de relações e de ordenação, e se se concebe a difusão do Direito como um aspecto da interlegalidade, pode-se construir um desafio sistemático de cada um destes elementos como uma necessária ou mesmo uma característica da difusão do Direito. Isto sugere que um retrato muito variado e complexo de divulgação da lei e da interlegalidade precisa ser construído. O retrato alternativo que emerge não pode ser capturado por um único tipo polar 'ideal', mas sim é uma série de variantes possíveis para cada um dos elementos no modelo simples²⁹⁹.

O que significa analisar o Direito, particularmente as formas de constituição dos sistemas jurídicos mundo afora, sob uma perspectiva global? Como Twining esclarece no prefácio de sua obra *General Jurisprudence*, sob a perspectiva global, a tradição jurídica ocidental, apesar de sua riquíssima herança, aparece apenas como um modelo paroquial e estreitamente focado, tendendo ao etnocentrismo. Pretendendo ser mais compreensiva que isto, a perspectiva global permite construir uma visão alternativa à teoria legal que pressupõe a compreensão do Direito, implícita ou explicitamente, sob os cânones ocidentais, propondo visões do Direito

²⁹⁹ "If one adopts a global perspective and a broad conception of Law operating at different levels of relations and of ordering, and if one conceives of diffusion of Law as an aspect of interlegality, one can construct a systematic challenge to each of these elements as a necessary or even a characteristic feature of diffusion of Law. This suggest that a much varied and complex picture of diffusion of law and interlegality needs to be constructed. The alternative picture that emerges cannot be captured by a single polar 'ideal type'; rather it is a series of possible variants to each of the elements in the simple model". TWINING, William. **General jurisprudence: understanding law from a global perspective**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 278.

no mundo, razoavelmente abrangentes. Isso implica tomar em conta realidades transculturais que, por conseguinte, desafiam noções padronizadas sobre justiça, direitos humanos, difusão, pluralismo legal entre outras³⁰⁰. Em outras palavras, a perspectiva global busca compreender os processos de difusão do Direito à luz das mudanças trazidas à tona pela globalização, que determinam a necessidade de se tomar em conta outras tradições e culturas legais que povoam o contexto contemporâneo.

Uma concepção de Direito, razoavelmente compreensiva, desde a perspectiva global é parte do projeto de uma teoria geral do Direito reanimada pelos desafios da globalização. De acordo com Twining, tal concepção pode ser útil como ponto de partida para a construção de uma visão geral da imagem do Direito no mundo, sublinhando a diversidade e a complexidade dos fenômenos legais. Em suas palavras, “desde uma perspectiva global é esclarecedor conceber a lei como uma espécie de prática social institucionalizada que é orientada para ordenar as relações entre os sujeitos em um ou mais níveis de relações ou ordenações”³⁰¹.

Não se trata, portanto, de fazer um mapeamento do Direito mundo afora, eis que esse sempre foi o empreendimento padrão em termos de direito comparado, como claramente mostra o exemplo dos Grandes Sistemas de David³⁰². Construir mapas, nesse sentido, implica suprimir especificidades daquilo que está sendo descrito, sem contar a própria dificuldade de se saber exatamente o que está sendo descrito. Na medida em que o Estado-nação apenas superficialmente representa um dado contexto jurídico, é difícil definir se o que se está mapeado é um sistema, uma ordem, uma tradição, ao mesmo tempo em que não há critérios para se definir qual a

³⁰⁰ TWINING, William. **General jurisprudence**: understanding law from a global Perspective. New York: Cambridge University Press, 2009. p. xi.

³⁰¹ “From a *global perspective* it is illuminating to conceive of Law as a species of *institutionalised social practice* that is *oriented to ordering relations* between *subjects* at one or more *levels* of relations or ordering”. Ibid., p. 117.

³⁰² David esclarece na introdução de sua obra que, “com efeito, se no mundo contemporâneo existem muitos direitos, estes se deixam classificar em um número limitado de famílias, de modo que a nossa finalidade pode ser conseguida sem entrar no pormenores de cada direito, expondo as características gerais de algumas famílias, às quais uns e outros se ligam”. A seguir, David estabelece as principais famílias como sendo a família romano-germânica (à qual pertence a América Latina, na sua classificação), a família da *Common Law* e a família dos direitos socialistas, as quais são consideradas as três principais então existentes. Como famílias secundárias, David ainda inclui os direitos muçulmano, hindu, judaico e da África e de Madagáscar. Ibid., p. 23-32.

menor unidade que pode ser incluída nesse mapa. De modo que as análises resultantes mapeiam, no máximo, aspectos superficiais de dado contexto jurídico. Para Twining, é inadequado teorizar o Direito considerando-se apenas o nível nacional e internacional, eis que muitas ordens legais podem coexistir no mesmo contexto espaço-temporal, como é o caso brasileiro estudado por Boaventura Souza Santos e identificado como o Direito de Passárgada ou, mesmo, as diferentes e contrastantes formas de regulação jurídica dos povos indígenas em relação ao direito oficial³⁰³.

As teorias legais devem reconhecer e levar em conta o pluralismo como a principal característica da cultura pós-moderna. O objetivo de assegurar a superioridade de uma dada cultura tornou-se um projeto sem qualquer factibilidade diante do reconhecimento do irreduzível pluralismo das culturas, das tradições, das ideologias e das formas de vida. Assim, como esclarece Stacy, no mundo pós-moderno do pluralismo cultural, o foco da teoria do direito está em como diferentes grupos podem se comunicar, se entender e resolver os seus conflitos legais³⁰⁴.

Muitos fenômenos animados pela globalização operam em níveis subglobais e são dificilmente detectáveis quando se busca compreender o Direito de uma forma verdadeiramente ampla; no entanto, analisar o Direito sob a perspectiva global implica abertura à grande diversidade dos fenômenos legais nos dias de hoje. Por isso, Twining defende que uma disciplina do Direito, que se pretenda razoavelmente compreensiva, necessita abranger todos os níveis da ordem legal, as relações entre esses níveis e todas as formas importantes de Direito, incluindo as supraestatais (por exemplo, regionais e internacionais), bem como as não-estatais e as várias formas de *Soft Law* e ordens legais³⁰⁵. Ganha destaque, nesse contexto, mais que as leis e os institutos jurídicos propriamente ditos, as práticas sociais institucionalizadas, isto é, os comportamentos sociais com força normativa desde o ponto de vista daqueles que estão sujeitos a essa força. Tais práticas não constituem, portanto, atos formais de criação de leis, senão, em última análise,

³⁰³ TWINING, William. **General jurisprudence**: understanding law from a global perspective. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 68-70.

³⁰⁴ STACY, Helen M. **Postmodernism and law**: jurisprudence in a fragmenting world. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2001. p. 177.

³⁰⁵ TWINING, op. cit.. p. 275.

crenças e atitudes a respeito de sua legitimidade, obrigatoriedade e poder prescritivo³⁰⁶.

Nesse sentido, Twining³⁰⁷ entende que a difusão do Direito ocorre muito mais sob uma perspectiva translegal do que sob um modelo unilateral que ignora as particularidades dos inúmeros contextos espaço-temporais fora do ocidente. Ao contrário de um processo de mão única, a difusão do Direito obedece a um processo multidirecional, de mútua influência e que obedece a diferentes variáveis. De acordo com o autor, pensar, especialmente, a formação do Direito sob uma relação colonial pressupõe a imposição de regras e instituições por um determinado exportador, via de regra, a matriz colonial, e a recepção passiva das mesmas pela colônia (ou ex-colônia). A tendência é assumir que, ao menos nos tempos modernos, a difusão envolveu um movimento de exportação dos modelos da *common* ou da *civil Law* desde os centros de poder até as colônias ou as periferias menos desenvolvidas³⁰⁸. A destinação das fontes é, no entanto, muito mais complexa que isto. Se se tomar em conta a condição da arte no Brasil, pode-se facilmente perceber que diferentes culturas se entrelaçam para formar um dos cenários artísticos mais ricos e variados do mundo; não se pode, todavia, dizer que a música e as danças brasileiras sejam cópias africanas, europeias ou indígenas, em si, sobretudo porque novos elementos, próprios da miscigenação, foram sendo adicionados e ressignificados. Por que o Direito seria diferente, se, a exemplo da arte, é também produto da cultura e da tradição de um dado contexto espaço-temporal?

A difusão pode, assim, se dar entre diferentes ordens legais e através de diferentes níveis geográficos e não apenas horizontalmente entre sistemas legais estatais. Embora os Estados-nação continuem a jogar o papel mais importante em termos de domínio legal, o direito não-estatal, ou seja, aquelas leis e instituições criadas espontaneamente no seio da sociedade, assim como sistemas legais supra-estatais, caminham lado a lado, de modo que a difusão do Direito também se opera nesses níveis. Da mesma forma, os caminhos pelos quais o Direito se difunde

³⁰⁶ TWINING, William. **General jurisprudence**: understanding law from a global perspective. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 118.

³⁰⁷ Ibid., p. 279.

³⁰⁸ Ibid., p. 279-283.

podem ser complexos e indiretos, determinando recíprocas influências entre diferentes sistemas legais³⁰⁹. Ademais, muito além de os processos de difusão envolverem atos formais de adoção de leis e institutos jurídicos, eles ocorrem, muito frequentemente, em níveis menos formais, onde ideias, comportamentos ou acontecimentos são recebidos e ressignificados de modo a causar impacto direto na teoria legal, nas leis, nas instituições ou mesmo nas decisões judiciais. Berman adverte que é totalmente inadequado, para um estudo da cultura jurídica transnacional, levar-se em conta o conceito tradicional de Direito como um conjunto de regras derivadas de atos normativos e decisões jurisprudenciais. O Direito envolve mais que um conjunto de regras que, ao contrário, só fazem sentido no contexto de instituições, procedimentos, valores e modos de pensar. Assim, as fontes de direito não se restringem à vontade do legislador, mas abrangem a razão e a consciência, os usos e os costumes de dada comunidade³¹⁰. Portanto, assim como qualquer fenômeno ou ideia pode ser difundido, e não apenas regras e instituições legais, qualquer agente pode conduzir esse processo, e não apenas governos.

Nesse sentido, é ilustrativa a análise de Paolo Carozza sobre o pioneirismo da Constituição Mexicana de 1917 no que se refere não apenas à previsão de direitos sociais, mas, principalmente, à antecipação de uma tendência que anos mais tarde iria se confirmar no cenário do direito internacional dos direitos humanos: a combinação e o equilíbrio entre os aspectos individualistas e comunitários dos direitos humanos, consagrados pela tese da sua indivisibilidade e interdependência, na Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993³¹¹. Esse momento da história mexicana demonstra claramente o que Twining pretende sublinhar em sua análise da translegalidade, na medida em que, como diz Carozza, “os arquitetos do momento constitucional mexicano de 1917 apropriaram o existente discurso dos direitos humanos de seu tempo, submeteram-no ao teste da experiência e

³⁰⁹ TWINING, William. **General jurisprudence**: understanding law from a global perspective. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 281.

³¹⁰ BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Tradução de Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 22.

³¹¹ Artigo 5º. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

emergiram com sua metamorfoseada contribuição³¹². A Constituição Mexicana é produto, evidentemente, dos impactos da Primeira Guerra Mundial, da Revolução Russa, do crescimento do poderio norte-americano sobre os vizinhos do Sul e dos primeiros sinais da globalização que iria se impor no século XX. No entanto, ela é a genuína expressão da vanguarda e não a imitação dos movimentos que se desenhavam na Europa de então, sobretudo o alinhamento com o projeto socialista do nascente bloco do Leste, uma vez que jamais houve a negação ou a supressão dos direitos civis e políticos em detrimento dos direitos econômicos e sociais, como se viu mais tarde naqueles países³¹³.

A difusão do Direito desenvolve-se, pois, através de um longo processo que não se coaduna com uma simples e passiva recepção, na medida em que isso envolve a mistura de novos elementos a uma tradição já complexamente constituída. Disso decorre o fato de que a incorporação do objeto vindo de outra cultura jurídica jamais retém sua integral identidade, mas sofre alterações, mais ou menos profundas, adaptando-se ao novo contexto através de sucessivas reinterpretações³¹⁴.

Ainda outro aspecto frequentemente assumido pelo modelo padrão de difusão do direito é que o objeto importado preenche um vácuo jurídico ou, então, substitui objetos preexistentes. Segundo o autor, no contexto colonialista, esta concepção advém da subestimação, muitas vezes consciente, por parte dos exportadores, do Direito indígena ou mesmo preexistente; no caso latino-americano, uma coisa coincide com a outra. Ao contrário disso, os processos de difusão são, muito mais frequentemente do que se imagina, mediados pelos atores locais³¹⁵. Por não se tratar de expedientes tecnológicos, mas extremamente dependentes do contexto no qual serão adotados, não se pode, portanto, falar de êxito ou de insucesso da recepção de certo objeto jurídico. Da mesma forma, não se pode pretender transplantá-lo, importá-lo ou assimilá-lo como qualquer inovação ou

³¹² CAROZZA, Paolo. From conquest to Constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, USA, v. 25, n. 2, p. 311, May. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20069666>>. Acesso em: 18 ago. 2009.

³¹³ Ibid., p. 306.

³¹⁴ TWINING, William. **General jurisprudence**: understanding law from a global perspective. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 282-4.

³¹⁵ Ibid., p. 285-6.

dispositivo tecnológico, no intuito de obter a mesma modernização social ou legal que o suposto criador obteve.

Esse fenômeno pode ser visualizado na forma como as colônias latino-americanas, por meio, sobretudo, de suas elites, absorveram o pensamento liberal dos teóricos europeus – Locke, Montesquieu, Rousseau e outros-, adaptaram-no às condições locais e utilizaram-no como fonte de legitimação para os movimentos de independência que se desencadearam a partir do final do século XVIII. Muito embora os movimentos de independência, que puseram fim a mais de três séculos de colonização, não tenham sido rigorosamente movimentos populares de base, mas liderados pelas elites latino-americanas, nem por isso deixaram de ser um fenômeno significativo da intimidade histórica com a idéia de direitos individuais. No Brasil, a recepção da ideologia liberal, que influenciou profundamente o processo de independência, é ilustrada no pensamento do seu patriarca, José Bonifácio de Andrada e Silva. É lá, segundo Vicente Barretto, que se percebe que “o liberalismo nasce no Brasil com características próprias, ideológicas e históricas”³¹⁶. Isso porque ao atingir o solo brasileiro, foi profundamente resignificado, sobretudo pela aversão da classe política brasileira às práticas revolucionárias francesas, que evidentemente ameaçariam o poder da classe política e proprietária e poriam em risco a integridade do imenso território do nascente país, como ocorrera com as recém emancipadas colônias hispânicas.

Característica, entre os próceres da independência, foi, também, a confiança irrestrita no protagonismo do Estado como agente de promoção do progresso, da unidade nacional e da paz social, vinculando a problemática da liberdade à existência de um Estado forte que, portanto, não poderia ser ameaçado por lutas e insurreições populares, como se dera na França revolucionária. O pensamento político liberal, no Brasil, constituiu-se, portanto, sob o signo do conservadorismo, mas nem por isso deixou de, a seu modo, preocupar-se com a preservação dos direitos individuais, na acepção mais liberal do termo, ou seja, enquanto direitos de liberdade e de propriedade. Entendia-se que, antes de se declarar um rol de direitos individuais, “o indivíduo, para defender seus direitos naturais e as suas

³¹⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. **Ideologia e política no pensamento de José Bonifácio de Andrada e Silva**. Rio de Janeiro: Zahar, 1977. p.107

propriedades, necessitava integrar-se racionalmente na organização social” e “isso importava em aceitar a presença necessária de um executivo forte, que mantivesse unido o território brasileiro e pudesse defendê-lo”³¹⁷.

Com cariz próprio, ora mais conservador, ora mais progressista, as classes políticas latino-americanas, como um todo, apropriaram-se do discurso liberal no afã de invocá-lo como fonte teórica de legitimação para o fim da longa dependência colonial. Segundo Carozza, o impacto da ideologia liberal da liberdade e da igualdade entre os latino-americanos não foi mero acaso, mas se deve a uma tradição intelectual que remonta a Las Casas e a um histórico de lutas contra a opressão do poder colonial³¹⁸. É, ainda, de Carozza a seguinte observação:

É muito simples ver este tráfego como um transplante de mão única de ideias que permaneceram inalteradas no viveiro latino-americano tanto quanto o foram nos seus jardins originais. Esta visão realmente suscita duas questões. Começando por esta metáfora, em primeiro lugar, como era o solo em que os rebentos foram recebidos de forma diferente e, em segundo, como o novo ambiente afetou o subseqüente crescimento dos transplantes? Em ambos os casos, há uma boa razão para compreender que as sementes do discurso dos direitos europeu e norte-americano tenham produzido um fruto característico da experiência latino-americana³¹⁹.

José Manuel Barreto analisa os impactos das Declarações de Direitos Francesa e Americana na deflagração dos processos de independência na América Latina sob esta mesma perspectiva, ou seja, como um processo de metamorfose do discurso liberal, que se combinou com uma tradição preexistente e que se mostrou

³¹⁷ BARRETTO, Vicente de Paulo. **Ideologia e política no pensamento de José Bonifácio de Andrada e Silva**. Rio de Janeiro: Zahar, 1977, p. 131.

³¹⁸ CAROZZA, Paolo. From conquest to Constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, USA, v. 25, n. 2, p, 299, May, 2003. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20069666>>. Acesso em: 18 ago. 2009.

³¹⁹ “Still, it is too simple to just see this traffic as a one-way transplantation of ideas that remained the same in the greenhouse of Latin America as they were in their original gardens. That view really begs two questions. Staying with the metaphor, first, how was the soil in which the shoots were received different, and second, how did the new environment affect the subsequent growth of the transplants? In both cases, there is good reason to understand the seed of European and North American rights talk to have produced a distinctive fruit in the Latin American experience.” Ibid., p. 297.

um campo fértil para gerar consequências próprias para além das fronteiras europeias:

Em uma série de manobras políticas bem sucedidas para a emancipação da América do Sul, a ideologia dos direitos proclamados pela Declaração da Independência e pela Declaração Francesa apresentou um discurso que ajudou a inflar o descontentamento popular e a justificar as revoluções de independência em todo o continente. Ao mesmo tempo, a doutrina dos direitos contribuiu para esclarecer os princípios que devem ser respeitados para que a nova organização política fosse ser viável e democrática. Nestas circunstâncias, uma vez mais, o direito natural funcionou como uma força utópica que ajudou a pôr fim a séculos de imperialismo despótico. Em suma, os primeiros desenvolvimentos da teoria moderna e da prática dos direitos humanos não se encontram na história do que aconteceu no interior dos emergentes Estados-nação europeus. Pelo contrário, inscrito no mesmo impulso histórico encarnado por Las Casas, as guerras de independência em toda a América e os direitos que proclamou constituíram um novo bastião de resistência à agressão imperialista³²⁰.

O Direito dos países latino-americanos transita, assim, entre dois pólos. De um lado, houve a imposição da cultura jurídica pelas metrópoles ao longo do período colonial e a conseqüente formação das instituições legais após as independências, à luz da tradição legal europeia ocidental (tribunais, codificações e operadores do Direito). Assim, pelo menos até a consolidação dos movimentos constitucionais do final do século XX, o modo de produção capitalista e o liberalismo individualista tiveram forte impacto no processo de positivação do Direito estatal e no desenvolvimento específico do Direito privado. De outro, a tradição de mais de três séculos de opressão e de desigualdade, que contribuiu para as lutas de independência no continente, foi o fio condutor para o desenvolvimento de um

³²⁰ "In a series of successful political moves for the emancipation of South America, the ideology of rights proclaimed by the Declaration of Independence and the French Declaration provided a discourse that helped to inflate the popular discontent and to justify the revolutions of independence throughout the continent. At the same time, the doctrine of rights contributed to clarify the principles that should be abided for the new political organisations to be feasible and democratic. In these circumstances, again, natural law and rights operated as a utopian force and helped to bring to an end centuries of despotic imperialism. In short, the first developments of the modern theory and praxis of human rights are not to be found in the history of what happened inside the emerging European nation-states. Rather, inscribed within the same historical impulse incarnated by Las Casas, the wars of independence throughout America and the rights they proclaimed constituted a new bastion for resisting imperialist aggression". BARRETO, José Manuel. **Counter-Empire and Sympathy: A Critique of Eurocentric and Rationalist Theories of Human Rights**. Tese de Doutorado defendida na University of London, 2009. p. 78.

humanismo propriamente latino-americano que também teve impactos na constituição dos seus sistemas jurídicos. Como observa Wolkmer, “não mais o humanismo abstrato, racional e universalista da cultura hegemônica do colonizador, mas um ‘humanismo concreto’, nascido da prática histórica de exaltação do nativo, enquanto ser humano capaz de gerir o seu destino”³²¹.

Para Esquirol³²², não há dúvida de que grande parte das leis e dos institutos jurídicos latino-americanos é inspirada no modelo europeu; isso é bastante claro no sistema jurídico brasileiro, sobretudo em relação aos Códigos de até cinquenta anos atrás. No entanto, o discurso segundo o qual o Direito na América Latina seria um braço do Direito Europeu apenas contribuiu para o seu afastamento da sociedade, na medida em que o conectou exclusivamente à obra intelectual dos juristas. Por outro lado, essa concepção reforçou uma condição neocolonial contra a expressão da maior parte da sociedade no Direito, isolando-os entre si. A análise de René David em relação ao Direito latino-americano, exposta por Esquirol, adequa-se perfeitamente ao modelo de difusão do Direito criticado por Twining e serve para revelar as suas inconsistências. Esquirol, que evidentemente não compartilha a ideia de que o Direito latino-americano seja uma mera cópia do modelo romano-germânico, na medida em que as sociedades latino-americanas não são as europeias, muito embora seus juristas finjam sê-lo, considera essa concepção mais uma ficção sobre o Direito compartilhada na América Latina.

Tomando-se em conta a forma como o Direito dos mais diversos contextos espaço-temporais se autoinfluencia, a busca pela dimensão da centralidade que a ideia de pessoa humana possui na Constituição Brasileira, como forma de compreender o sentido que têm os direitos humanos entre nós, implica duas consequências. Primeiro, não apenas leis e institutos jurídicos são considerados parte do Direito, senão ideias, comportamentos ou acontecimentos, que operam em níveis menos formais, impactam diretamente nestes ou mesmo nas decisões judiciais. Portanto, assim como qualquer fenômeno ou ideia pode ser difundido, e

³²¹ WOLKMER, Antonio Carlos. Humanismo e cultura jurídica latino-americana. In: _____ (org.). **Humanismo e cultura jurídica no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 33-4.

³²² ESQUIROL, Jorge L. The failed law of Latin America. **The American Journal of Comparative Law**, Arbour/USA, v. 56, p. 467-70, Winter, 2008.

não apenas regras e instituições legais, a particular noção sobre o que significa a pessoa humana em nossa Constituição é objeto de difusão do Direito. Segundo, por mais que não se possa negar a profunda contribuição, sobretudo da filosofia personalista moderna para a constituição desta ideia como marco fundamental dos direitos humanos, inclusive entre nós, é insuficiente, por outro lado, compreendê-la como o resultado de um processo de recepção, transplante, expansão, transferência, importação, imposição, circulação, transmigração ou transposição desde o contexto exclusivamente europeu para o nosso, como se compartilhássemos inteiramente da mesma ideia pensada e desenvolvida, primeiro pelo estoicismo e pelo cristianismo, e, após, secularizada pelo pensamento iluminista do século XVIII. Por isso, a análise de An’Naim acaba sendo uma forma de propor uma abertura para as reflexões seguintes desta tese:

A ênfase em uma reivindicação exclusiva de algumas sociedades da autoria do conceito moderno de direitos humanos enfraquece a própria natureza e os objetivos desses direitos como uma causa comum para toda a humanidade. Em meu ponto de vista, esta perspectiva histórica é essencial para concretizar a universalidade dos direitos humanos: todas as sociedades e comunidades humanas podem-se identificar com o conceito e contribuir para a especificação de seu conteúdo normativo, precisamente porque já é parte de sua própria história e de suas experiências atuais³²³.

Nos próximos capítulos, analisarei em que sentido a centralidade da pessoa humana é um valor compartilhado na sociedade brasileira, devido às particularidades de sua história e de sua constituição colonial, e de que modo se explica a sua presença na Constituição Brasileira de 1988, sem que para isso se apele aos discursos que ignoram a longa e profunda tradição latino-americana a respeito dos direitos humanos deflagrada pelo encontro entre os europeus e o Novo Mundo há mais de quinhentos anos.

³²³ AN-NA’IM, Abdullahi. A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 453.

5 ELEMENTOS ESQUECIDOS PELO DISCURSO HEGEMÔNICO DOS DIREITOS HUMANOS

Como sustenta Twining, a construção dos sistemas jurídicos, nos quais os direitos humanos se expressam, não é um processo de mão única, mas implica mútuas injunções. Partindo desta premissa, torna-se contestável sustentar que os sistemas jurídicos da América Latina constituam a transposição, ainda que combinada, dos modelos europeu e norte-americano, inclusive no que se refere ao reconhecimento e à proteção dos direitos humanos. Deste modo, compreender o sentido da centralidade da pessoa humana na Constituição Brasileira de 1988 passa pelo resgate do papel da América Latina no desenvolvimento histórico dos direitos humanos e na construção de uma peculiar visão humanista. No entanto, os elementos dessa história permanecem esquecidos, sobretudo desde a segunda metade do século XX, reforçando visões estreitas e unilaterais acerca dos direitos humanos. Paolo Carozza³²⁴ apresenta uma série de motivos que pode ser invocada como forma de explicar esse obscurecimento.

Com o advento da guerra fria, o debate dos direitos humanos converteu-se no conflito ideológico entre a prevalência dos direitos civis e políticos de cunho liberal (capitalista), de um lado, e dos direitos econômicos, sociais e culturais, de cunho socialista, de outro. De modo que até a comunidade internacional obter um consenso sobre a indivisibilidade, a interdependência e a interrelação desses direitos, na Conferência de Viena, em 1993, o discurso sobre a natureza dos direitos humanos esteve cindida entre esses dois polos de tensão. Ocorre que muito antes deste debate se estabelecer, a Constituição Mexicana de 1917 já havia harmonizado, dentro da concepção da indivisibilidade, os direitos de cunho liberal com os de natureza social, em uma demonstração de que a compreensão sobre os mesmos superava a dicotomia que marcou a era da guerra fria. Assim, como a cultura latino-americana não representava a defesa de nenhum dos polos, sua posição ficou, durante esse período, esquecida.

³²⁴ CAROZZA, Paolo. From conquest to Constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. **Human Rights Quarterly**, Baltimore/USA, v. 25, n. 2, May. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20069666>>. Acesso em: 18 ago. 2009. p. 282.

Além disso, as lutas pela descolonização e contra o *apartheid* transferiram o foco das discussões para a África, onde questões urgentes a respeito da discriminação racial foram levantadas. Paralelamente a isso, assistiu-se, na segunda metade do século XX, à ascensão de governos autoritários por quase todos os países da América Latina, o que determinou não apenas o agravamento das violações aos direitos humanos, mas restringiu sensivelmente as possibilidades de amadurecimento do debate no continente, em razão das restrições da liberdade de expressão. Outro aspecto levantado por Carozza foi o crescimento do aparato financeiro e organizacional das organizações não-governamentais na Europa e nos Estados Unidos da América, o que ajudou a consolidar a imagem dessas sociedades como as responsáveis pela criação e pelo desenvolvimento do discurso dos direitos internacionalmente. De fato, essas organizações recebem hoje grande aporte financeiro para atuar em diversos níveis de proteção dos direitos humanos, como é o caso da Anistia Internacional e da *Human Rights Watch*, só para citar os exemplos mais eloquentes. Além disso, são vastíssimas as pesquisas nessa área, nas Universidades europeias e norte-americanas, o que determina um domínio sobre o conteúdo da informação e do objeto de pesquisa.

Ademais, a centralização do debate acerca dos direitos humanos no problema da universalidade tem gerado a tendência de tratá-los como a expressão de um entendimento ocidental monolítico acerca do discurso dos direitos e, por via de consequência, a contestação de seu significado e relevância para as culturas asiáticas e africanas. Ou seja, o problema do multiculturalismo tensionado pelo suposto imperialismo ético configura uma pauta dominante para essa temática. Muito provavelmente, isso se deva à reivindicação ocidental da paternidade desses direitos, como se esse discurso fosse o produto exclusivo da racionalidade europeia. Em consequência desses fatores, a América Latina tende a ser incorporada à categoria de “outras sociedades ocidentais”, em razão da história colonial que a vincula à Europa, ou simplesmente ser ignorada. De qualquer modo, entre uma opção e outra, está implícito no discurso atual dos direitos humanos que a América Latina joga um papel totalmente secundário na construção histórica desses direitos.

O contexto pós-colonial, no qual os direitos humanos precisam ser compreendidos, exige diversidade dentro da epistemologia moderna. Trata-se de

outra forma de pensar, que exige a mudança de termos, de conteúdos e de questões. Afinal, como nos lembra Mignolo, a história é uma instituição que legitima a enunciação de acontecimentos, ao mesmo tempo em que silencia sobre outros. Assim, controla as memórias ao redor do mundo através de um conjunto conceitual e, ao criar povos sem história, reativa os traços de escravidão, opressão, racismo, marginalização, falta de reconhecimento e desumanização, ignorados na tradução de memórias e experiências na “história” que se forjou desde a tradição europeia. Para entender isso melhor é crucial que se lance um olhar sobre as contribuições periféricas para a mudança do conhecimento, partindo do pressuposto de que este não é apenas acumulado na Europa e nos Estados Unidos e, a partir deles, espalhado pelo mundo. O autor nos lembra que conhecimento é produzido, acumulado e criticamente usado em todos os lugares, muito embora fatores múltiplos acabem impedindo a sua expansão para além de suas fronteiras³²⁵. Tomarei, portanto, outro rumo, buscando as fontes perdidas e silenciosas (ou silenciadas) que nos ajudem a compreender por que a Constituição Brasileira de 1988 adotou um conceito tão amplo de pessoa humana e deu-lhe o lugar de destaque.

5.1 Bartolomé de Las Casas e os excluídos da humanidade

Fato amplamente negligenciado na construção da centralidade da pessoa humana dentro da cultura moral e jurídica de muitos povos deu-se durante a colonização e a conquista hispânicas da América, onde, na Espanha do século XVI, eclodiram inúmeros conflitos e lutas políticas em torno da legitimidade da conquista das terras recém descobertas e do direito dos europeus de submeter os povos indígenas à escravidão. As narrativas das primeiras ocupações dão conta da sistemática exploração dos índios americanos e do sentimento de superioridade europeu que a tornaram possível. Ocorre que tais práticas provocaram as primeiras reações políticas e filosóficas contra a negação da dignidade humana de que se tem provas documentais no ocidente, o que levou à formulação de novos discursos

³²⁵ MIGNOLO, Walter. **The idea of Latin America**. Oxford: Blackwell Publishing, 2008. p. 113-4.

amparados em uma ideia substancializada de pessoa humana, a partir, sobretudo, dos ensinamentos cristãos.

Os debates sobre o problema da escravização e da matança dos povos indígenas e do domínio de suas terras foi provocado pela falta de consenso na sociedade espanhola da época sobre a própria legitimidade da conquista. As discussões ocorreram tanto nos territórios americanos (com os freis dominicanos Montesinos e Bartolomé de Las Casas), como na Universidade de Salamanca, na Espanha, onde esses discursos se consolidaram. O debate oriundo dos efeitos da colonização foi um fenômeno especificamente espanhol, já que ele não ocorreu, ao menos com a mesma intensidade, em nenhuma das outras potências colonizadoras como Portugal, Inglaterra, Holanda e França³²⁶.

As celeumas em torno da legitimidade dos recém chegados europeus para submeter os povos indígenas à exploração e à servidão, gestadas na luta social e nos conflitos políticos do século XVI, não podem ser subestimadas quando o objetivo é pensar a centralidade da pessoa humana relacionada aos domínios moral e jurídico. O debate que se construiu durante essas disputas constituem, hoje, importante referencial histórico para a afirmação dos direitos humanos e aporte fundamental para compreender o seu significado no contexto contemporâneo³²⁷. Os debates filosóficos que eclodiram no contexto da colonização hispânica surgiram da percepção de alguns atores da conquista do aviltamento do índio latino-americano,

³²⁶ Dussel destaca que a primeira modernidade, de matriz hispânica, renascentista e humanista, produziu uma reflexão teórica ou filosófica da maior importância, mas que passou praticamente despercebida pela filosofia da segunda modernidade (século XVII em diante). A questão filosófica que permeava os debates do século XVI era o direito ou não do europeu de ocupar, dominar e gerir as culturas recentemente descobertas, militarmente conquistadas e em processo de colonização. Bartolomé de Las Casas mostra que a constituição da centralidade europeia, como resultado da expansão de seu poderio sobre a América, não tem legitimidade alguma e que se trata de uma violência injusta e ilegítima. A partir do século XVII, a filosofia moderna deixa de se preocupar com este tipo de questão. As reflexões teóricas e filosóficas do início do século XVI não permearão o espírito da filosofia moderna, que expressarão um processo de simplificação por racionalização do mundo da vida. Segundo Dussel, esta, que ele chama de segunda modernidade, não teve escrúpulos de consciência e, desde Amsterdam, Paris e Londres, o eurocentrismo não será mais posto em questão até o final do século XX. DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Classen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Editora Vozes, 2000. p. 61-2.

³²⁷ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Os direitos humanos no descobrimento da América: verdades e falácias de um discurso**. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 40, n. 2, p. 60; Jul./dez., 2007. BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000, p. 147.

aniquilado e escravizado durante os primeiros tempos da colonização do Novo Mundo. A afirmação de que o índio não era menos humano que o europeu, e, por isso, tão digno de respeito e consideração quanto qualquer outro povo da Terra, resultou de intensos debates e decorreu das concepções universalistas sobre a natureza humana. Segundo Frei Carlos Josaphat:

A audácia expansionista, em busca de ouro e da dilatação do império, em contraste com a estreiteza dos egocentrismos, dos etnocentrismos, dos racismos que desconhecem o outro e estigmatizam as diferenças, tal é o amplo contexto que marca a pré-história dos Direitos Humanos. Bem no centro da aventura grandiosa dos descobrimentos, esse choque entre a capacidade de sair de si, de alargar suas próprias fronteiras, e a incapacidade de encontrar e acolher o outro assinala a carência do que há de essencial na convivência dos homens e dos povos. Ela estava a exigir a universalização do pensar, do sentir e do viver, da cultura e dos vínculos sociais que lhe dão consistência, fazendo-a partilhar uma civilização do consenso e da solidariedade³²⁸.

A conquista hispânica da América foi produto da convergência de vários fatores³²⁹, que, em 1492, resultaram na expedição de Cristóvão Colombo até as chamadas “Índias Ocidentais” e o início da colonização hispânica. A Bula *Inter Caetera* do Papa Alejandro VI³³⁰ é reconhecida como um dos importantes fatores que forneceram a justificação necessária e, com isso, impulsionaram tanto os propósitos de expansão e conquista da América quanto a subjugação de seus povos. A Bula *Inter Caetera* concedeu aos Reis da Espanha, Fernando e Isabel, o título para empreender a conquista e a evangelização dos infiéis das Índias Ocidentais e, com isso, a legitimou, tendo servido inclusive como ferramenta para a “purificação e expiação dos pecados dos nativos”³³¹. No entanto, seu efeito prático foi aliviar a consciência dos espanhóis durante o massacre e a dizimação desses

³²⁸ JOSAPHAT, Carlos. **Las Casas**: todos os direitos para todos. São Paulo: Loyola, 2000. p. 22.

³²⁹ A expulsão recente dos árabes e judeus da Península Ibérica, os propósitos expansionistas da Coroa e a descoberta de novos espaços onde encontrassem o ouro e a glória. *Ibid.*, p. 21.

³³⁰ *Ibid.*, p. 21; POUMARÉDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert. **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 116.

³³¹ IGLESIAS, Miguel Ángel Gonzáles. Domingo de Soto: su pensamiento político. Las dificultades planteadas com la conquista de América. In: PASIN, João Bosco Coelho (Org.). **Culturalismo jurídico**. São Paulo 450 anos: Seminário Brasil Espanha. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 2004, p. 198.

povos. Assim, sob o signo da expansão cristã e da necessidade de evangelização dos infiéis, a Igreja Católica conferiu ao Estado Espanhol o direito de submeter o povo indígena da América a toda sorte de humilhações³³². Nas Bulas e Decretos Papais do Século XV, tanto os Reis Espanhóis, quanto Portugueses, eram amplamente legitimados a conquistar, em nome da Igreja, novas terras, onde eram autorizados a atacar, combater, subjugar e espoliar lugares (ducados, reinos, condados, principados, domínios) e pessoas, contanto que se revelassem infiéis, como era o caso dos indígenas. A Igreja supunha que seu poder era universal e se estendia até mesmo sobre aqueles que não criam no Evangelho e não reconheciam sua autoridade. Assim, a guerra estava autorizada e considerada ato legítimo e justo contra os movimentos de resistência, de modo que os infiéis poderiam ser presos e escravizados, caso se negassem a se converter ao catolicismo³³³. Nesse contexto forjou-se a ocupação da América.

Além da força das armas e do Evangelho, os conquistadores também utilizaram instrumentos jurídicos para dar à colonização um verniz de legalidade. A legalização da escravidão foi motivo de discussão e controvérsia desde o início da conquista até meados do século XVI, diante da necessidade de organizar uma sociedade de tipo ocidental na América e de sustentar os colonos espanhóis. Primeiramente, o uso escravo da força de trabalho indígena respondeu a essa necessidade, eis que se tratava de uma prática legitimada pelo Direito das Gentes. Mas foi a escravização de índios resignados que abalou a legitimidade dessa prática, levada à extinção em 1530, mas restabelecida quatro anos mais tarde e abolida definitivamente em 1542³³⁴. A solução definitiva foi a institucionalização das *encomiendas*, que deram ao *repartimiento* sua conformação jurídica. Cada cessionário recebeu, por um lado, uma concessão de terras e, por outro, um lote de índios para trabalhar. Os índios possuíam o *status* de súditos da Coroa, mas eram confiados a um colono espanhol, denominado *encomendero*, que tinha sobre eles poderes públicos delegados, podendo forçá-los ao trabalho, mas, em contrapartida, deviam protegê-los, evangelizá-los e pagar-lhes um salário para manter a ficção

³³² “O título dos reis de Castela de senhorio universal e supremo estava fundado na prédica do evangelho e na conversão dos índios”. In: BRUIT, Héctor Hernan. **Bartolomé de Las casas e a simulação dos vencidos**. São Paulo: Iluminuras, 1995. p. 100.

³³³ JOSAPHAT, Carlos. **Las Casas: todos os direitos para todos**. São Paulo: Loyola, 2000. p. 24.

³³⁴ BRUIT, op. cit., p. 26.

jurídica de sua liberdade. O sistema de *encomiendas*, aliado às epidemias, surtiu o terrível efeito de um verdadeiro genocídio que exterminou populações inteiras³³⁵.

Como explica Todorov³³⁶, não foram apenas as guerras que provocaram o extermínio dos índios; o número de mortes em consequência delas foi relativamente pequeno em comparação com aqueles devidos aos maus tratos. Ocorre que os maus tratos tiveram lugar justamente onde os índios já se encontravam dominados e as relações, de certa forma, reguladas juridicamente. Assim, os maus tratos consistiam basicamente nas condições de trabalho impostas aos índios no sistema de *encomiendas* e que também implicavam o labor nas minas. O regime de trabalho era exaustivo, de modo que a expectativa de vida de um mineiro, na época, era de vinte e cinco anos de idade. O mesmo resultado era obtido pela escravização e pela obrigação de pagar altos impostos, o que levou à impossibilidade de subsistência de muitas famílias e à inviabilização da continuidade da vida comum em muitos povoados. Note-se que a utilização quase que integral do trabalho indígena para a empresa colonial acarretou também a impossibilidade de manter as lavouras e de produzir alimentos, levando populações inteiras à fome. Paralelamente a isso, reduziram-se drasticamente os índices de natalidade, em uma sociedade em que os homens morriam muito jovens e o ritmo de trabalho, para qualquer um, era insuportável.

Desta forma, o encontro dos espanhóis com os habitantes das “Índias Ocidentais” foi um verdadeiro desastre humano pelos resultados que produziu: expulsão dos povos autóctones de seus territórios, sua alienação material, deculturação e inferiorização jurídica pelo confisco de seus direitos³³⁷. Intensos debates surgiram devido à desintegração da cultura autóctone e do rápido extermínio de muitos povos indígenas. Questões como o conceito de senhorio universal do Papa, os títulos dos reis espanhóis para dominar a América e a situação

³³⁵ POUMARÉDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert. **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 114.

³³⁶ TODOROV, Tzvetan. A conquista da América: a questão do outro. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 193-5.

³³⁷ POUMARÉDE, op. cit., p. 110.

político-jurídica dos índios foram levantadas pelos seus defensores, sensibilizados pelo processo de terrível sofrimento desses povos³³⁸.

Castor Ruiz analisa a gênese desse movimento contrário aos abusos da colonização:

A conquista da América desencadeou uma luta de interesses. A questão a elucidar era se os indígenas tinham capacidade para ser autônomos ou eram naturalmente incapacitados (amentes) e deveriam ser tutelados, para seu bem, por pessoas mais “civilizadas”, a saber, as potências européias. Uma outra questão derivada da anterior era definir se os civilizados europeus, em prol do objetivo anterior, tinham o direito de colonizar os novos territórios conquistando-os e extraindo suas riquezas. O discurso dos direitos humanos tem sua origem na interpelação da alteridade das vítimas com uma finalidade estritamente política: desconstruir o discurso legitimador da dominação européia sobre os povos indígenas.³³⁹

Assim, os abusos perpetrados pelo sistema de *encomiendas* suscitaram a reprovação imediata de missionários franciscanos e dominicanos que se encarregavam da missão evangelizadora nas novas terras. O sermão, proferido pelo Padre Montesinos, em 1511, representou uma reação de muitos religiosos às condições aviltantes impostas aos indígenas. Foi o ponto de partida para o questionamento do fundamento jurídico da colonização, ou seja, da autoridade e do direito dos espanhóis de ocupar a América e subjugar os índios. Montesinos afirmava que os espanhóis mantinham os índios na escravidão e na opressão e os exterminavam, apelando, assim, a uma ética universal em relação à dignidade e ao respeito da pessoa humana, citando o mandamento cristão de amar ao próximo como a si mesmo. A reação dos colonos foi imediata e absolutamente negativa. A classe social ameaçada pelo discurso de Montesinos exigia a sua retratação e punição, pois suas palavras iam de encontro à colonização e atacavam a autoridade do rei espanhol³⁴⁰.

³³⁸ POUMARÉDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert. **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 21

³³⁹ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Os direitos humanos no descobrimento da América: verdades e falácias de um discurso. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 40, n. 2, p. 60, jul./dez. 2007.

³⁴⁰ POUMARÉDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert. **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 53-5.

De qualquer sorte, as denúncias de Montesinos marcaram o início das reações contra as práticas da conquista. Segundo Bruit, sua ousadia “não apenas estremeceu a consciência de Las Casas, mas todo o império espanhol. Era a primeira vez que se questionavam os títulos da Espanha na América e a incipiente sociedade colonial ficou escandalizada”³⁴¹. Esse sermão realizado em 1511 trouxe a imediata discussão e a aprovação das Leis de Burgos ainda em 1512. Foi elaborado o primeiro código do direito colonial voltado a proteger os índios, reconhecendo sua liberdade e tentando regulamentar seu trabalho e sua vida no sistema de *encomiendas*, amplamente reprovado pelos religiosos. Ao *encomendero* foram instituídas algumas obrigações, como a limitação do uso escravo da mão-de-obra indígena. Todavia, na prática não passou de uma ficção jurídica que legalizava a escravidão, pois o trabalho, apesar de remunerado, era compulsório³⁴².

As leis de Burgos apresentavam muitos problemas e limitações e, além disso, seus aspectos positivos foram contornados, violados ou, simplesmente, esquecidos pelos colonos³⁴³. Devido a isso, o Imperador Carlos V ordenou que se instaurasse uma Junta, formada por membros do Conselho das Índias e dos Conselhos Reais, para discutir a licitude das guerras contra os índios e sua evangelização promovida pela Coroa Espanhola. Foram criadas, em 1550, as Juntas de Valladolid, protagonistas das chamadas teses revisionistas, que debateram sobre as condutas a serem tomadas em relação aos habitantes do Novo Mundo e também as questões relativas à legitimidade da conquista³⁴⁴. É neste episódio que se destaca a figura de Bartolomé de Las Casas.

Seu opositor, Juan-Ginés de Sepúlveda, era o historiador oficial de Carlos V e um conceituado intelectual humanista, que reproduzia a mentalidade de sua época, da ideologia do ufanismo da conquista, da colonização e da afirmação da

³⁴¹ BRUIT, Héctor Hernan. **Bartolomé de Las casas e a simulação dos vencidos**. São Paulo: Iluminuras, 1995. p. 60.

³⁴² POUMARÉDE, op. cit., p. 115.

³⁴³ JOSAPHAT, Carlos. **Las Casas**: todos os direitos para todos. São Paulo: Loyola, 2000. p. 57.

³⁴⁴ IGLESIAS, Miguel Ángel Gonzáles. Domingo de Soto: su pensamiento político. Las dificultades planteadas con la conquista de América. In: PASIN, João Bosco Coelho (Org.). **Culturalismo jurídico. São Paulo 450 anos**: Seminário Brasil Espanha. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 2004. p. 192; “A finalidade do debate era examinar os prós e os contras, relativos à racionalidade dos índios, quer dizer, se estes eram mais ou menos racionais que os espanhóis. [...] Para a maioria dos espanhóis, os índios estavam mais próximos dos macacos que dos homens”. BRUIT, op. cit., p. 117.

superioridade espanhola. Em seu livro, *Democrates Alter*, exaltava os valores nacionais e militares. Por outro lado, Las Casas dispunha do saber adquirido pela experiência, pois vivenciou a tragédia dos índios, sobre a qual os intelectuais da conquista teorizavam em suas doutrinas e pensamentos. Por isso, suas análises se diferenciaram das deles em razão do convívio direto com os índios americanos³⁴⁵. As ideias de Las Casas estiveram à frente de seu tempo e anteciparam o que, futuramente, seria o alicerce dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial: liberdade, direitos individuais, soberania dos povos para governar-se e consenso da maioria para governar³⁴⁶. Nos debates oficiais de Valladolid, Bartolomé De Las Casas sustentava o argumento contrário à evangelização forçada e à guerra, enquanto Ginés de Sepúlveda³⁴⁷ defendia a validade dessa tese, baseado na atribuição, aos índios, de uma humanidade inferior. Essa inferioridade decorria das práticas, a seu ver detestáveis, da idolatria, do canibalismo e dos sacrifícios humanos, que conferia aos índios uma natureza bárbara e servil e justificava sua submissão como a forma mais efetiva de persuasão e evangelização³⁴⁸.

Ginés de Sepúlveda não punha em dúvida a pertença dos índios à espécie humana, porque essa era a condição fundamental para justificar sua evangelização; afinal, não se podiam cristianizar animais. No entanto, considerava-os parte de uma humanidade inferior ou sub-homens, sobre os quais era lícito o uso da força, por se tratar de gente perversa, bárbara e cruel. Por isso, qualquer guerra que se fizesse contra eles estaria justificada, mesmo antes de tentar evangelizá-los, pois representaria uma forma de expiar as agressões a Deus, que suas práticas representavam. Aristóteles serviu como argumento de autoridade para a afirmação

³⁴⁵ JOSAPHAT, Carlos. **Las Casas. Todos os direitos para todos**. São Paulo: Loyola, 2000. p. 142-3.

³⁴⁶ BRUIT, Héctor Hernan. **Bartolomé de Las casas e a simulação dos vencidos**. São Paulo: Iluminuras, 1995. p. 124.

³⁴⁷ Segundo Venancio Carro, são muito escassas as notícias que existem sobre o desenvolvimento das Juntas vallisoletanas, pois não se conservaram as atas. Muito se serve das correspondências dos protagonistas da contenda, Sepúlveda e Las Casas. Apesar de nenhum dos dois ter sido admitido nas deliberações das Juntas, ambos informaram sobre seus pontos de vista, cada um rebatendo o argumento contrário. CARRO, Venancio Diego. **Domingo de Soto y su doctrina jurídica**. 2. ed. Madrid: [s.n.], 1944. p. 59.

³⁴⁸ IGLESIAS, Miguel Ángel Gonzáles. Domingo de Soto: su pensamiento político. Las dificultades planteadas com la conquista de América. In: PASIN, João Bosco Coelho (Org.). **Culturalismo jurídico. São Paulo 450 anos**: Seminário Brasil Espanha. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 2004. p. 201.

desse preconceito, sob a alegação da propensão natural dos índios à escravidão³⁴⁹., A condição humana inferior dos nativos e a legitimidade da guerra como meio para sua submissão é assim justificada por Sepúlveda:

A esta lei estão submetidos os homens e os animais. Por isso, as feras se amansam e sujeitam-se ao império do homem. Por isso, o varão impera sobre a mulher, o homem adulto sobre a criança, o pai sobre os filhos, quer dizer, os mais poderosos e mais perfeitos sobre os mais débeis e imperfeitos. Isso mesmo se verifica entre os homens; alguns, por natureza, são senhores, outros, por natureza, são servos. Os que excedem em prudência e em gênio aos demais, ainda que não em força corporal, são por natureza senhores; pelo contrário, os tardios e preguiçosos de entendimento, mesmo que tenham forças corporais para cumprir todas as obrigações necessárias, são, por natureza, servos e é justo que o sejam, pois está sancionado pela lei divina. Porque está escrito no livro dos Provérbios: aquele que é néscio servirá ao sábio. Tais são as gentes bárbaras e inumanas, alheias à vida civil e aos costumes pacíficos. E será sempre justo e conforme ao direito natural que tais gentes se submetam ao império dos príncipes e nações mais cultas e humanas, para que, sob suas leis e suas virtudes, deponham a barbárie e se reduzam à vida mais humana e ao culto da virtude³⁵⁰.

Para Sepúlveda, a natureza bárbara e servil dos índios forçava-os à escravidão e qualquer resistência justificava guerras violentas, pois eram sempre justas. A superioridade humana conferia aos espanhóis o direito de subjugar os índios do Novo Mundo, devido a sua barbárie, torpeza e ignorância, atribuídas à carência de razão natural. Eram vistos, assim, como povos incapazes e que cultivavam costumes perversos, como idolatria, antropofagia e que cometiam abortos e crimes sexuais. Daí o discurso segundo o qual a escravidão e a guerra tinham, como objetivo principal, obrigá-los a afastarem-se dos crimes e idolatrias, para então, aproximá-los da fé cristã. Quanto à evangelização, Sepúlveda afirmava que existiam dois caminhos para a conversão dos bárbaros: o da prédica pura e simples, apesar de seus obstáculos e dificuldades, ou a subjugação pelas armas, em

³⁴⁹ POUMARÉDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert. **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 118.

³⁵⁰ SEPÚLVEDA, Juan Ginés de. **Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1941. p. 85.

que, na condição de vencidos, seriam obrigados a obedecer ao que lhes era ordenado, apesar de considerar ineficaz a imposição da fé pela força³⁵¹.

Do lado oposto, Bartolomé de Las Casas arvorava-se na condição de defensor dos índios. A convivência direta que tivera com eles foi determinante para que renunciasse à sua *encomienda* e se tornasse, em seu tempo, o mais fervoroso defensor dos povos nativos. Las Casas testemunhou a crueldade com que eles eram tratados e que provocou um genocídio e a quase dizimação em poucos anos de conquista³⁵². Ao contrário de Sepúlveda, Las Casas defendia o princípio da igualdade entre todos os homens, considerando o grau civilizatório irrelevante como critério de gradação ou medida de humanidade:

Porque los indios no eran siervos por derecho, porque no fueron conquistados al principio por la introducción de la fe, ni por razón de su infidelidad, porque la infidelidad en ellos no era pecado; ni menos son siervos por compra, ni menos son siervos por natividad, porque naturalmente todos los hombres son libres³⁵³.

Com essa argumentação, defendia que o pecado da idolatria e dos sacrifícios humanos não alterava em nada a humanidade dos indígenas³⁵⁴. Ele inclusive relembra em suas obras que o sacrifício não era prática estranha à religião cristã, pois, inúmeras vezes, Deus requereu que os homens o praticassem, como demonstra a Bíblia, não somente no Velho Testamento, mas também no ato inaugural do Novo, em que Jesus, afinal, sacrificou-se para nos salvar³⁵⁵. Las Casas posicionou-se de forma contrária à imposição forçada do Evangelho aos índios, caso se recusassem a ouvi-lo. O Evangelho só poderia ser recebido pelos infiéis nos casos em que aceitassem de forma livre e espontânea. Las Casas limitava os caminhos da colonização apenas ao da evangelização, desde que não imposta contra a vontade. Para Las Casas, a jurisdição do Papa sobre os infiéis se tratava de uma jurisdição *in habitu*, ou seja, se dava

³⁵¹ BRUIT, Héctor Hernan. **Bartolomé de Las Casas e a simulação dos vencidos**. São Paulo: Iluminuras, 1995. p. 132-6.

³⁵² LAS CASAS, Bartolomé De. **Historia de las Indias II**. México: Fondo de Cultura Economica, 1986. p. 438.

³⁵³ Ibid., p. 459.

³⁵⁴ BRUIT, op. cit., p. 91.

³⁵⁵ TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América**: a questão do outro. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 273.

mediante sua vontade e consentimento, diferentemente da “jurisdição em ato” sobre os cristãos, que poderia ser exercida a qualquer momento. Os índios seriam súditos em potencial, não havendo argumentos que justificassem o uso da força contra eles. Com esse discurso, Las Casas esvaziava a autoridade dos Reis Espanhóis sobre os índios que se recusassem a ouvir ou a aceitar o Evangelho, reconhecendo sua dignidade, como indivíduos, e soberania, enquanto povo. A descoberta não dava nem à Igreja, nem aos Reis de Castela nenhum direito sobre os gentis. A concessão aos colonos espanhóis de direitos sobre os índios foi amplamente deslegitimada por sua argumentação, pois os índios só poderiam ser subjugados e submetidos às regras e ao domínio espanhol, caso aceitassem espontaneamente proferir a fé católica³⁵⁶.

As idéias suscitadas e sustentadas por ele inseriam-se na linha de pensamento dos eminentes intelectuais da Escola de Salamanca, Francisco de Vitória e Domingos de Soto, pensadores de enorme contribuição para a construção histórica da centralidade da pessoa humana. Há concordâncias fundamentais de Las Casas com Vitória e a Escola de Salamanca, referentes à compreensão e aos projetos de evangelização e colonização da América. Vitória e Las Casas construíram uma visão global com uma crítica profunda ao processo de colonização, de grande influência tanto para os seus contemporâneos quanto às gerações seguintes de pensadores³⁵⁷. As teorias políticas, concebidas pelos juristas e teólogos espanhóis contemporâneos à conquista da América foram o alicerce para o desenvolvimento de um discurso de legitimação da prática dos direitos humanos e especificamente para o processo de valorização e de reconhecimento da alteridade dos índios, e foram consideradas uma reação a um processo cruel de exploração e aniquilamento desses povos promovido pelos efeitos de colonização perpetrada em nome da evangelização. Bruit resume, pontualmente, as linhas gerais de pensamento da escola de Salamanca:

1. Todos os homens são especificamente iguais por serem criaturas de Deus. Os direitos e deveres naturais dos homens são independentes de sua cultura, religião, cor e regime político. Todos os direitos e deveres são inerentes e consubstanciais à natureza humana, devido à qual não há desigualdade entre cristãos e infiéis.
2. O homem é um cidadão do mundo e em nenhum lugar deve ser considerado estrangeiro; pode imigrar e estabelecer-se em outros territórios, portanto, os índios podem vir à Espanha e os espanhóis para a América.

³⁵⁶ BRUIT, Héctor Hernan. **Bartolomé de Las casas e a simulação dos vencidos**. p. 115.

³⁵⁷ JOSAPHAT, Carlos. **Las Casas: todos os direitos para todos**. São Paulo: Loyola, 2000. p. 279.

3. A liberdade e a independência dos povos é comum a todos. Os infiéis são tão livres e independentes como os cristãos. E os índios não perderam nenhum direito com a chegada dos espanhóis.
4. A conquista prévia não é lícita, nem ao menos para propagar a fé cristã. A evangelização terá de fazer-se com os métodos pacíficos e não se pode forçar os índios a aceitarem a fé.
5. O Papa tem a suprema potestade espiritual e sua missão estende-se a todo o Universo, mas não tem poder temporal. O Papa não pode doar a América aos reis espanhóis, mas sim encomendar-lhes a obra missional.
6. As guerras feitas sem motivo justo não conferem nenhum direito.
7. No governo das Índias, deve procurar-se o bem dos súditos. O rei é para o povo e não o contrário³⁵⁸.

Das Juntas de Valladolid, em 1551, resultou a aplicação dessas premissas, com a proibição das guerras de conquista que tivessem a evangelização como pretexto³⁵⁹, tudo isso ocorrendo num contexto em que se discutia a possibilidade ou o dever de se recorrer às armas, para preparar os processos de evangelização e colonização³⁶⁰. A aplicação dessas novas regras foi instituída nas chamadas *Leis das Índias* que, embora legitimassem a conquista, estabeleceram limites aos colonizadores e direitos aos povos indígenas³⁶¹. A consciência da humanidade proclamada por Las Casas e Vitória ponderava que se os índios eram também seres humanos, era preciso respeitar seus direitos³⁶².

Mesmo não tendo surtido efeitos práticos no que concerne à efetiva proteção dos índios³⁶³, o conteúdo eminentemente ético desses debates jamais foram testemunhados em outra metrópole europeia. Os questionamentos em torno do direito dos espanhóis sobre a vida dos índios eram uma contestação ao direito do mais forte e

³⁵⁸ BRUIT, Héctor Hernan. **Bartolomé de Las casas e a simulação dos vencidos**. São Paulo: Iluminuras, 1995. p. 98.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 122. Nas Juntas de Valladolid, proibiu-se aos descobridores que se envolvessem em guerras com os índios ou que lhes tomassem coisa alguma, surgindo a obrigação de empreender, não uma conquista incondicional, mas uma ocupação pacífica. Embora não se tenha extinguido o sistema de repartição e encomendas, se perfilou a obrigação de que os encomendantes não praticassem abusos contra os índios, proibindo a imposição de trabalhos forçados. BLASCO SOTO, María del Carmen. Francisco Suárez: su influencia jurídica en el novo mundo. In: PASIN, João Bosco Coelho (Org.). **Culturalismo jurídico**: São Paulo 450 anos: Seminário Brasil Espanha. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 2004, p. 218.

³⁶⁰ JOSAPHAT, Carlos. **Las Casas**: todos os direitos para todos. São Paulo: Loyola, 2000. p. 147.

³⁶¹ CARRO, Venancio Diego. **Domingo de Soto y su doctrina jurídica**. 2. ed. Madrid: [s.n], 1944. p. 68.

³⁶² JOSAPHAT, op. cit., p. 274.

³⁶³ Segundo análise de Bruit, por mais que as teses de Las Casas não tenham evitado as matanças, nem as *encomiendas* e que os índios não tenham conseguido exercer sua liberdade, elas exerceram alguma influência sobre a realidade americana, formando opinião entre as autoridades da Corte, alertando-os sobre a necessidade de mudança de tratamento dos índios. BRUIT, Héctor Hernan. **Bartolomé de Las casas e a simulação dos vencidos**. São Paulo: Iluminuras, 1995. p. 123.

a afirmação da alteridade. A colonização da América espanhola acabou por contribuir decisivamente para a afirmação do conceito de dignidade da pessoa humana, ao afirmar a humanidade do estrangeiro, do pobre, do fraco e daquele qualificado como infiel, no limiar da era da globalização iniciada pela colonização ibérica. Em suma, os debates converteram-se nos primeiros discursos sobre o reconhecimento da humanidade do outro.

Os desdobramentos mais significativos destes debates sobre os direitos dos índios ocorreram nos séculos XVII e XVIII, na construção dos novos discursos sobre os direitos naturais, os direitos do cidadão e os direitos humanos. Esses discursos se valeram das reflexões, elaboradas pelos pensadores da Escola de Salamanca, sobre a natureza humana, o estado de natureza, os direitos naturais, o direito de gentes, para elaborar e construir o que pode ser considerado o discurso moderno sobre os direitos humanos. Eduardo Rabenhorst observa que, a partir do século XVI, os relatos de navegadores e missionários começaram a chegar na Europa, levando a reflexões sobre a humanidade dos povos encontrados e sobre suas consequências políticas e jurídicas. A conquista e os debates filosóficos dela decorrentes foram determinantes para que a noção de gênero humano se delineasse de mais forma mais clara no pensamento ocidental da época³⁶⁴. As principais questões que permearam o debate dos juristas e teólogos espanhóis do século XVI – legitimação do poder e conceito de guerra justa – modificou, profundamente, a concepção sociopolítica dos direitos individuais e sociais, antecedendo, em séculos, as transformações político-econômicas que originaram o conceito moderno de homem e sociedade. Francisco de Vitória foi um obstinado defensor da tese de que a sociedade política era criação dos próprios homens, capazes de aplicar a lei natural intrínseca a eles mesmos. Essas discussões levaram às concepções de estado de natureza, contrato social e Estado Civil que, mais tarde, foram aprofundados por Locke, Rousseau e Kant³⁶⁵.

³⁶⁴ RABENHORST, Eduardo Ramalho. O valor do homem e o valor da natureza. Breve reflexão sobre a titularidade dos direitos morais. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al (org.). **Educação em Direitos Humanos: Fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2007. p. 218.

³⁶⁵ BRUIT, Héctor Hernan. **Bartolomé de Las casas e a simulação dos vencidos**. São Paulo: Iluminuras, 1995. p. 96.

Pensar a sociedade política como resultado de uma criação humana e não como decorrência da vontade divina, visualizar o governo e as leis como um produto do consenso de homens unidos em sociedade, desqualificou absolutamente o significado da conquista, representado principalmente pela Bula *Inter Caetera*, que foi profundamente abalada diante dessa nova verdade, proposta pelos juristas e teólogos espanhóis que, primeiramente, reconheceram nos índios um igual e, conseqüentemente, a sua capacidade e autonomia para formar sua própria sociedade política, sendo ilegítimo qualquer poder que não decorresse diretamente de sua vontade. A formulação desse discurso obviamente não pôs fim à exploração econômica e à ocupação espanhola do Novo Mundo, mas deslegitimou, ao menos no plano teórico, os abusos, a exploração, as guerras injustas e a escravidão.

O interesse nas idéias defendidas pela Escola de Salamanca no século XVI, no contexto de uma análise dirigida à história dos direitos humanos, vai ao encontro da análise de Castor Ruiz, que escreve que “há um certo estereótipo que situa a origem moderna dos direitos humanos no parlamentarismo inglês, na independência americana e na revolução francesa”³⁶⁶. O cenário da colonização da América possibilitou pensar o outro, oprimido ou diferente, a partir da perspectiva humanista representada pela ideia de centralidade da pessoa humana. É a primeira vez na história, que ao ser humano desumanizado, destituído de qualquer direito, é reconhecida a condição de pessoa humana.

5.2 Guaman Poma de Ayala e o bom governo no Novo Mundo

Outro momento da história latino-americana que guarda íntima relação com o desenvolvimento dos direitos humanos é a obra política do índio inca Felipe Guaman Poma de Ayala³⁶⁷, escrita provavelmente entre 1615 e 1616, e redescoberta no início do século XX, na Biblioteca Real da Dinamarca. Esta obra apresenta um projeto alternativo de governo nos Andes, a partir do ponto de vista de quem conheceu tanto a

³⁶⁶ RUIZ, Castor B. M. Os direitos humanos no descobrimento da América: verdades e falácias de um discurso. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v.40, n. 2, p. 60, jul./dez. 2007.

³⁶⁷ POMMA DE AYALA, Felipe Guaman. **The first new chronicle and good government**. Translated by David Frye. Indianápolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 2006.

estrutura da sociedade indígena, quanto os projetos espanhóis para a organização do vice-reinado do Peru, que desmembrou a organização do império inca preexistente à chegada dos europeus³⁶⁸. A obra, endereçada ao Rei da Espanha, Felipe III, surpreende pela antecipação de reflexões acerca dos limites e possibilidades do que se entende por bom governo e que iriam se afirmar no pensamento liberal-democrático europeu do século XVIII. Essa obra vem, inclusive, descortinar os preconceitos europeus sobre os povos autóctones da América, largamente baseados na suposta incapacidade destes para a vida civilizada.

Poma de Ayala combina, em sua obra, histórias globais sob a perspectiva bíblica, a história dos Andes, e a sua inserção nessa cronologia, e crônicas da conquista com considerações de testemunhos oculares, forte dose de discursos morais católicos, cuja aceitação da validade é visivelmente aparente ao longo de sua obra, recomendações políticas acerca do bom governo e exortações pessoais dirigidas aos leitores do livro, a quem, muitas vezes, chama de cristãos, como que fazendo um apelo. Todas as suas reflexões políticas partem da inconformidade com a forma de governo praticada pelos colonizadores – mais especificamente, nas terras onde hoje é o Peru -, que Guaman Poma considera como contrária aos princípios cristãos que os próprios espanhóis diziam seguir:

Jamais foi encontrado nenhum destes governadores mais cristãos que tivesse favorecido os índios. Em vez disso, todos vêm para acrescentar mais encargos sobre os índios e a favor dos cidadãos, os ricos e os proprietários de minas. Nenhum deles parece ter escrito ou informado sobre o trabalho duro e as desventuras dos pobres índios. No entanto, os nobres (índios) estão levando vidas miseráveis, muitos índios estão morrendo neste reino e estão desaparecendo lentamente. Cada novo governador que chega os achaca com impostos e outras obrigações - ele pode até mesmo exigir impostos para a igreja em Cuzco. Em seguida, outro governador vem e sufoca mais, com trabalhos forçados em prol dos corregedores. Em seguida, outro vem e exige ainda mais, enviando os índios para trabalhar nas minas, onde morrem. Em seguida, outros vêm para favorecer os sacerdotes e os padres da doutrina - através destes tipos de favores, eles destróem os índios e os expulsam de seus povoados. No entanto, nenhum deles escreve à Sua Santidade ou à Sua Majestade sobre estas coisas, para que eles possam encontrar uma solução. Cada dia trazem mais e mais danos.

³⁶⁸ MIGNOLO, Walter. **The idea of Latin America**. Oxford: Blackwell Publishing, 2008. p. 117.

Mesmo os frades tiram as propriedades dos índios e se transferem para as suas casas e suas Chacras (fazendas)³⁶⁹.

Assim como o capítulo específico das Crônicas a respeito do Bom Governo é repleto de condenações à ordem estabelecida, é também farto de recomendações sobre como se deveria governar. Diz Poma de Ayala que, para um bom governo, os governantes não devem ser vitalícios: “um o vice-rei deve governar pelo prazo de doze anos, neste reino”. Além disso, o conhecimento da terra, das cidades, das províncias, de todos os corregedores, *encomenderos*, sacerdotes, padres e cidadãos de suas cidades é considerado, por Ayala, uma obrigação dos governantes. Quanto à justiça, esta se apresenta no pensamento do autor, sob diversas formas. Primeiro, na necessidade de punição dos maus atos e na gratificação dos bons cristãos. Em segundo lugar, no favorecimento dos mais pobres. E, por fim, no tratamento devido a cada um segundo a sua condição, de modo que os governantes devem “tratar os senhores deste Reino como senhores, os plebeus contribuintes como plebeus contribuintes, assim como os indígenas como nativos e os estrangeiros como estrangeiros”³⁷⁰.

Mas não se resume a isso. Voltando-se para os corregedores, Ayala estabelece regras adicionais para um bom governo:

Primeiro de tudo, você deve fazer o seu trabalho como Deus ordenou. Ser um bom cristão, temer a Deus e favorecer os pobres de Jesus Cristo. Em segundo lugar, você deve ser um juiz corajoso e mostrar a justiça e os olhos e dentes de um leão para os espanhóis, *encomenderos*, padres e sacerdotes de doutrina. Terceiro, não punir

³⁶⁹ None of these most Christian governors has ever been found to have favored the Indians. Instead they have all come to add more burdens on the Indians and to favor the citizens, the wealthy, and the mine owners. Not one of them, it seems has written or reported on the harsh labor and misfortunes of the poor Indians. Yet the nobles are leading wretches lives, a great many Indians are dying in this kingdom, and the Indians are slowly disappearing. A new governor arrives and squeezes them with taxes and other obligations – he may even demand taxes for the church in Cuzco. Then another governor comes and squeezes more, with forced labor for the corregidores. Then another comes and squeezes by sending the Indians to work in mines, where they die. Then others come to favor the priests and the doctrina padres – through those kinds of favors, they destroy the Indians and expel them from their pueblos. Yet none of them write to His Holiness or to His Majesty about these things so that they might find a remedy. Every day brings more harm. Even the friars take away the Indians' estates and move into their houses and Chacras (farms). POMMA DE AYALA, Felipe Guaman. **The first new chronicle and good government**. Translated by David Frye. Indianápolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 2006. p. 143.

³⁷⁰ Ibid., p. 164.

ninguém sem provas suficientes, e nunca fazê-lo na licitação de *encomenderos* ou sacerdotes, e nunca fazer nada simplesmente porque os padres ordenam. Se fizer, você será arruinado. Em vez disso, eles sempre foram inimigos terríveis, como facas, incitando os índios com o dano que causam com os encargos que trazem, quando *corregedores* são auditados no fim dos seus termos. [...] Em quarto lugar, você deve evitar amizade com *encomenderos*, padres e outros espanhóis, e você não deve manter os deputados, juizes, irmãos, filhos ou notários ao redor, para que não use o corregedor como uma desculpa para roubar e roubar os índios pobres. Em quinto lugar, você deve honrar todos os seus súditos - os caciques nobres e senhores de seu distrito, o *camachios* (autoridades insignificantes), os índios pobres, e os forasteiros. Você deve se harmonizar com a justiça de paz e com os notários dos Índios, honrá-los em cada povoado, como Sua Majestade decretou, e sentá-los na sua mesa. Quando eles são culpados de crimes civis ou penais, deve puni-los com amor, caridade, e com base em uma boa informação, e não envergonhá-los, mesmo que eles sejam pobres, porque agindo assim você estará servindo a Deus e a Sua Majestade. Em sexto lugar, você deve zelar pelo tesouro para que nem um único real seja perdido, e você não deve participar de nenhuma transação, comércio, ou *rescates* (negociação forçadas), e você não deve manter muitos *mitayos* ou serventes [...]. Em sétimo lugar, leia tudo o que foi fixado e escrito nestes capítulos, o certo e o errado, nesta crônica, para que você possa punir o errado em seu espírito e carne primeiro, e honrar o que está certo. Assim, a vontade de Deus, Sua Majestade, e sua coroa real serão servidos.³⁷¹

³⁷¹ First of all, you should do your work as God ordained. Be a good Christian, fear God, and favor the poor of Jesus Christ.

Second, you should be a brave judge, and display justice and a lion's eyes and teeth to the Spaniards, encomenderos, padres and doctrina priests.

Third, do not punish anyone without sufficient evidence, and never do so at the bidding of encomenderos or priests, and never do anything simply because the padres will it. Of you were to do so, you be ruined. Rather, they have always been terrible enemies, like knives, inciting the Indians with the harm they cause and bringing up charges when corregidores are audited at the ends of their terms. [...]

Fourth, you should avoid friendship with encomenderos, padres and other Spaniards, and you should not keep deputies, judges, brothers, children, or notaries around, lest they use the Corregidor as an excuse to rob and steal from the poor Indians.

Fifth, you should honor all your subjects – the noble caciques and lords of your district, the *camachios* (petty authorities), the poor Indians, and the outsiders. You should get along with the [Indian] justices of the peace and notaries, honor them in each pueblo, as His Majesty has decreed, and seat them at your table. When they are found guilty of civil or criminal crimes, you should punish them with love, charity, and on the basis of good information, and not shame them, even if they are poor, for in so doing you will serve God and His Majesty.

Sixth, you should keep the treasury so that not a single real is lost, and you should engage in no dealings, commerce, or *rescates* [forced trading], nor should you should you keep many *mitayos* or servants [...].

Seventh, read everything that has been set down and written in these chapters, the right and the wrong, in this Chronicle, so that you might punish the wrong in your spirit and flesh first, and might honor what is right. Thus, will God, His Majesty, and his royal crown be served POMMA DE AYALA, Felipe Guaman. **The first new chronicle and good government**. Translated by David Frye. Indianápolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 2006. p. 177-8.

Subjazem, a essas regras, uma série de diretrizes que orientam os regimes políticos democráticos de hoje, de modo que a ideia de bom governo de Poma de Ayala é aquela que privilegia o tratamento equânime, o trato impessoal das coisas públicas, o devido processo legal, enfim, ele antecipa princípios que mais tarde iriam se afirmar como antiabsolutistas e antidespóticos nas lutas políticas europeias. Ele também dirige severas críticas à estrutura de trabalho forçado, mal remunerado e degradante, que foi montada para viabilizar a exploração das minas de ouro e prata, repetindo, incessantemente, após o relato de cada atrocidade cometida contra os Índios, que “não há remédio”. Percebe-se, aqui, um certo pessimismo do autor, pois Poma de Ayala descreve como esse esquema de exploração foi, pouco a pouco, dizimando a população indígena e destruindo a sua estrutura social. Na época, o trabalho forçado e penoso e o contato com substâncias tóxicas das minas levaram à morte milhares de indígenas nas minas de Huancavelica, Potosi, Carabaya e Chocclo Cocha. Porém, melhor sorte não restava aos sobreviventes do trabalho forçado, cuja crueldade é descrita em detalhes por Poma de Ayala:

Eles penduram um cacique nobre por seus pés, e sentam um outro em uma *lhama* e o chicoteiam. Outros são atados, completamente nus, no pelourinho, onde são punidos, e seu cabelo é quase raspado. Outros ainda são mantidos na cadeia pública em armazéns e grilhões, sem receber comida, água ou ser autorizado a fazer para si próprios. Todos estes abusos e humilhações lhes são feitos sob a desculpa de que alguns índios estão ausentes da mita (trabalho forçado). Estas punições são realizadas contra os senhores da terra neste reino, que detêm os títulos de Sua Majestade. Eles são punidos cruelmente, como se fossem ladrões ou traidores. Devido a estes problemas, eles morrem de vergonha, e não há remédio³⁷².

Ayala denunciava, ainda, que o pagamento que recebiam pelo trabalho forçado nas minas era tão irrisório que a penúria dos índios era o único destino. Isso

³⁷² They hang one noble cacique by his feet, and they seat another one on a llama and whip him. Others are bound, stark naked, to the whipping post, where they are punished and their hair is roughly shorn. Still others are kept in the public jail in stocks and fetters, without being given food or water or being allowed to provide their own. All of this abuses and shaming is done to them under the excuse that a few Indians are missing from the mita (forced labor draft). These punishments are carried out against the lords of the land in this kingdom, who hold their titles by His Majesty. They are punished most cruelly, as if they were thieves or traitors. Because of these troubles, they have died in shame, and there is no remedy. POMMA DE AYALA, Felipe Guaman. **The first new chronicle and good government**. Translated by David Frye. Indianápolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 2006. p. 180.

tinha como consequência a impossibilidade de retorno aos seus povoados, na medida em que ao deixarem o trabalho das minas, os índios trabalhadores não conseguiam amealhar o suficiente para pagar seus tributos e sustentar suas famílias, caindo em desgraça e levando à desestabilização dos núcleos sociais³⁷³. Além das ofensas contra a vida e a integridade dos índios, Poma de Ayala denunciava as infrações econômicas dos proprietários das minas, que não pagavam o transporte dos trabalhadores às minas e, às vezes, sequer o seu trabalho. Quando um índio morria ou ficava permanentemente incapaz, não havia qualquer indenização, assim como não havia pagamento para o trabalho das mulheres e dos filhos que auxiliavam o trabalhador indígena. Assim, Poma de Ayala reivindicava à Coroa Espanhola inspeções periódicas sobre as minas, que, por inércia dos governadores e dos corregedores, agiam a seu próprio talante, impondo à população indígena severas e desumanas condições de trabalho, o que, aos olhos do autor, se convertiam em punição indiscriminada dado que a condição cristã dos trabalhadores indígenas era indiferente para o destino que lhes era dado nas minas: “Os proprietários das minas não prestam atenção ao fato de os índios e as pessoas serem cristãos. Também não lhes ensinam a doutrina às quartas e sextas-feiras. Nem os orientam a confessar, antes de entrar nos túneis de minas”³⁷⁴. De fato, Todorov identifica nos maus tratos, uma das causas que, ao lado do assassinato direto e do choque microbiano, levaram à destruição quantitativa dos índios. Os maus tratos deviam-se à necessidade de enriquecimento rápido e, por isso, o ritmo de trabalho era insuportável e a preocupação com a saúde era nula, determinando baixíssima expectativa de vida para os nativos³⁷⁵.

Poma de Ayala também não poupava críticas ao *encomenderos*, que recebiam concessões de índios frequentemente mais nobres que eles, apenas para lhes fazer o mal. Acusa-os de exigir dinheiro dos pobres índios, de lhes infligir dor e de não rezar nem por eles, nem mesmo para Deus ou para o Papa³⁷⁶. Ele critica,

³⁷³ POMMA DE AYALA, Felipe Guaman. **The first new chronicle and good government**. Translated by David Frye. Indianápolis/ Cambridge: Hackett Publishing Company, 2006. p. 184.

³⁷⁴ The mine owners do not pay attention to whether their Indians and people are Christians. Nor do they teach them the doctrine on Wednesdays and Fridays. Nor do they order them to confess before entering the mine tunnels. *Ibid.*, p. 182.

³⁷⁵ TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América**: a questão do outro. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. 3. ed. Sao Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 193.

³⁷⁶ POMMA DE AYALA, op. cit., p. 205.

sobretudo, a falta de sentimento cristão e de obediência à coroa espanhola, razão por que contesta a sua legitimidade em relação à possessão de bens e das novas terras. Assim, defendia que se mantivessem suas atividades, deveriam ser privados de seus bens e de seus negócios em favor, não só dos índios, mas também dos pobres soldados espanhóis, que não tinham salários, rendas, minas ou outras propriedades que lhes permitissem ganhar a vida. Desta forma, entendia que “o mundo e este reino devia ser deixado para os pobres” e que as posses dos sacerdotes deviam ser limitadas ao valor, segundo ele, de até quinhentos [pesos] “e se tiverem mais, devem ser tomadas deles”³⁷⁷.

Porém, não somente os *encomenderos*, mas todos os atores da conquista, sejam eles governadores, corregedores, padres ou proprietários de minas, eram vistos como a antítese do sentimento cristão, que Poma de Ayala parece ter considerado como o único título legítimo para aceder a qualquer bem. Assim, a sua crítica ao mau governo dos espanhóis estava sobejamente baseada na exploração anticristã dos bens e do trabalho dos índios pobres - a cuja condição de miséria se refere inúmeras vezes -, e não propriamente na perda da soberania indígena.

Por isso, Poma de Ayala descreve como deveria ser a nova sociedade andina comandada agora pelas leis espanholas. Como observa Guardiola-Rivera, foi Poma de Ayala quem provavelmente escreveu a primeira proposta radical do mundo moderno/colonial³⁷⁸. Isso porque ele defende a inserção dos índios nessa sociedade, reproduzindo, de um lado, a estrutura hierárquica já havida entre os incas, e, de outro, a absorção, pelos índios, de novos padrões culturais necessários à sua defesa e sobrevivência nessa nova sociedade, como é o caso do domínio da língua espanhola³⁷⁹. A posição de Poma de Ayala é, nesse sentido, conservadora e conciliadora, pois, mesmo na condição de nativo dominado, não contesta o fato da conquista, aceita a validade da nova religião como orientação para a vida e busca introduzir nessa sociedade reconfigurada antigos padrões sociais baseados na hierarquia e na divisão de classes, dividindo claramente os índios nobres dos comuns.

³⁷⁷ POMMA DE AYALA, Felipe Guaman. **The first new chronicle and good government**. Translated by David Frye. Indianápolis/ Cambridge: Hackett Publishing Company, 2006. p. 206.

³⁷⁸ GUARDIOLA-RIVERA, Oscar. **Being against the world: rebellion and Constitution**. London: Birkbeck Law Press, 2009. p. 13.

³⁷⁹ POMMA DE AYALA, op. cit.. p. 267.

Mignolo observa, nesse sentido, que as recomendações de Poma de Ayala sobre o bom governo contemplavam tanto aspectos incas quanto espanhóis de organização política e socioeconômica, pois suas concepções operavam sob o paradigma da coexistência, ao contrário dos espanhóis que pensavam em termos de “novidade”, tanto que a sua chegada à América foi, desde sempre, colocada em termos de descoberta ao invés de conquista ou de dominação de algo que pré-existia. Para Poma de Ayala, portanto, a configuração da melhor estrutura de governo não deveria ser nem exclusivamente inca, nem exclusivamente espanhola, pois, sob sua concepção, nada justificaria uma se sobrepor à outra, na medida em que as duas origens coexistiam na mesma medida. Mignolo entende que, em termos político-filosóficos, Poma de Ayala inaugurou o paradigma da coexistência, enquanto os espanhóis anularam-no com o paradigma da novidade³⁸⁰. Guardiola-Rivera vai ainda mais longe, ao sustentar que a chave para o entendimento do bom governo proposto por Ayala é o reconhecimento de que o Rei (a Coroa Espanhola) é infinitamente devedor em relação a seus súditos e, portanto, infinitamente menos poderoso que eles³⁸¹.

Além disso, a obra setecentista é perpassada pela afirmação da cristandade dos incas, ressaltando, inúmeras vezes, que essa condição se mostrava muito mais presente nos índios do que nos espanhóis. Isso deriva, largamente, da reconstrução histórica feita por Poma de Ayala em sua obra, onde ele liga o nome de Deus àquele das primeiras civilizações andinas, o Wari, para criar Waru Wiracocha Runa, um povo que, segundo ele, descendeu do bíblico Noé e foi enviado ao Peru por Deus. Segundo ele,

Trazidos por Deus para este reino dos índios, esses foram aqueles que deixaram a arca de Noé seguindo o dilúvio e que se multiplicaram, pelas ordens de Deus, povoando o mundo. A primeira geração durou e se multiplicou em apenas alguns anos, oitocentos anos, nesse mundo chamado as Índias, para onde Deus enviou estes índios chamados Wari Wiracocha Runa. Eles descenderam daqueles hispânicos; eis a razão por que lhes foi dado o nome wiracocha³⁸².

³⁸⁰ MIGNOLO, Walter. **The idea of Latin America**. Oxford: Blackwell Publishing, 2008. p.125.

³⁸¹ GUARDIOLA-RIVERA, Oscar. **Being against the world: rebellion and Constitution**. London: Birkbeck Law Press, 2009. p. 14.

³⁸² POMMA DE AYALA, Felipe Guaman. **The first new chronicle and good government**. Translated by David Frye. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 2006. p. 25.

Com isso, ele afirma que os índios já eram cristãos antes da chegada dos espanhóis, e o eram muito mais que estes, que, além de terem provocado a sua decadência moral, não eram verdadeiros cristãos pela falta de escrúpulos contra os índios e pela sua adoração ao dinheiro, mais que a Deus. Não podia ser diferente o estranhamento dos índios diante da contradição em que incorriam aqueles que se diziam portadores da palavra de Deus. Poma de Ayala não podia chegar à conclusão diferente se não àquela segundo a qual os índios eram mais cristãos que os espanhóis. Como vislumbrar qualquer crandade diante daquilo que Todorov denomina destruição qualitativa dos índios e que revela a face mais atroz e ignóbil da conquista? São fartos os relatos dos missionários dando conta de cenas em que crianças eram retiradas do seio de suas mães para serem entregues aos cachorros, que as despedaçavam para matar sua fome, ou então de contramestres de minas que, após chicotear e golpear os índios mineiros, faziam-nos assistir ao sexo que praticavam com suas mulheres. Ou então, o episódio da afiação das espadas, presenciado por Las Casas, em que para testar o fio, os espanhóis simplesmente se puseram a estripar, rasgar e massacrar ovelhas, cordeiros, homens, mulheres, crianças e velhos que se encontravam tranquilamente sentados na aldeia³⁸³. A despeito da falta de relatos diretos provenientes dos indígenas, não se pode afirmar com certeza, mas apenas supor, com base em Poma de Ayala, que os índios não tenham apresentado resistência ou ojeriza à religião cristã, pois os preceitos que guiavam suas sociedades não se afastavam muito dos deles. É por isso que não surpreende que os guaranis tenham vivido sob égide dos padres jesuítas por mais de cem anos em repúblicas quase independentes, dentro do universo colonial, constituídas à base de regimes comunistas³⁸⁴.

Assim, enquanto os conquistadores valiam-se e punham em prática preceitos maquiavélicos, como bem observa Todorov³⁸⁵, um nativo do Novo Mundo formulava regras de governo, senão francamente democráticas, abertamente contrárias ao despotismo, e, ainda, pensadas sobre bases cosmopolitas. Guaman Poma não contesta a presença de novos habitantes nas terras habitualmente habitadas pelos

³⁸³ TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América**: a questão do outro. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. 3. ed. Sao Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 203.

³⁸⁴ LUGON, Clóvis. **A república “comunista” cristã dos guaranis**. Tradução de Álvaro Cabral. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

³⁸⁵ “Como deixar de fazer a aproximação entre os estratagemas de Cortez e os preceitos de Maquiavel, que erige a reputação e o faz de conta ao topo dos novos valores”. TODOROV, op. cit., p. 168.

índios, senão advoga condições de coexistência. São ínfimos os relatos indígenas da colonização e, por isso, este constitui uma rara revelação, não apenas dos testemunhos oculares do massacre e da exploração, mas sobretudo da diferente concepção de mundo dos colonizados e dos colonizadores. Essa concepção aporta novos significados para a compreensão dos direitos humanos no contexto latino-americano, na medida em que traz à tona formas de pensar que se distanciam do etnocentrismo e valorizam a diversidade, a coexistência e o respeito pelo outro, propondo formas alternativas de convivência humana, em que um não deva se considerar superior em relação ao outro e, assim, dominá-lo e subjugá-lo. Não podemos saber, com certeza, se Poma de Ayala foi um porta-voz do seu tempo, mas é notável, de qualquer forma, que não haja referências à inconformidade com a presença do diferente ou à percepção da inferioridade dos visitantes. Ao contrário dos índios, o contato dos europeus com o tipo de vida humana mais estranho ao seu padrão de compreensão resultou no maior genocídio da história, tamanha a incapacidade de assimilação e respeito da alteridade desconhecida. Apesar disso, o discurso hegemônico dos direitos humanos assegure-lhes a paternidade desses direitos.

5.3 Contribuições latino-americanas para a universalização dos direitos humanos

É possível começar a perceber que os princípios dos direitos humanos há muito reverberam na América Latina. Mas além dos relatos da colonização, esse fato é confirmado pela extensa contribuição de homens públicos, acadêmicos e ativistas que, historicamente, têm sido porta-vozes do desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos desde o tempo em que a comunidade internacional ainda não se preocupava com isso³⁸⁶. Muito antes da fundação da ONU e da OEA, os líderes latino-americanos perceberam a importância dos direitos humanos como meio de proteger os estados mais fracos e seus povos de intervenções ilegais de estados mais poderosos, particularmente os Estados Unidos. Muitos líderes também enfatizaram a importância do direito internacional na

³⁸⁶ LUTZ, Ellen L.; SIKKINK, Kathryn. International human rights Law and practice in Latin America. **International Organization**, v. 54, n. 3, p. 639, Summer, 2000. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2601347>>. Acesso em: 11 fev. 2009.

promoção da doutrina da soberania e da não-intervenção, ao mesmo tempo em que defendiam a necessidade de harmonização com outros princípios de direito internacional, inclusive os direitos humanos³⁸⁷. Ademais, após as independências, a maioria das nações latino-americanas adotou sistemas que combinaram códigos, no estilo europeu, com Constituições inspiradas no modelo norte-americano, além da retórica da Revolução Francesa e da tradição do direito natural para a qual a ideia de uma humanidade comum de todas as pessoas foi central³⁸⁸. Mais tarde, na primeira metade do século XX, muitos países latino-americanos trouxeram para dentro de suas Constituições, previsões acerca dos direitos dos trabalhadores e dos pobres. Como vimos, a Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira a contemplar direitos sociais e econômicos e, diferentemente da Rússia revolucionária, não declarou a superioridade desses direitos em relação às liberdades, mas antecipou em muitos anos uma tendência que se afirmaria no cenário internacional, a saber, a interrelação e interdependência entre os direitos sociais e os direitos de liberdade³⁸⁹. Além disso, as nações latino-americanas foram as primeiras a se comprometer, de fato, com a proteção dos direitos humanos em nível supranacional, afirmando uma concepção universalista a respeito deles. Por fim, a tradição gramatical latino-americana a respeito dos direitos humanos enfatizava mais a correlação entre direitos e deveres que a concepção individualista que predominava no resto do ocidente.

³⁸⁷ Por meio do Congresso do Panamá, em 1826, Colômbia, Equador, Panamá, Venezuela, México, América Central e Peru adotaram o Tratado da União Perpétua, Liga e Confederação, com a participação ativa de Simon Bolívar. Muito embora só a Colômbia (que, na época, incluía Equador, Panamá e Venezuela) tenha-no ratificado, o tratado teve importância histórica em razão de ter sido o precursor de uma série de reuniões regionais para tratar da defesa recíproca e de outras formas de cooperação na região. Além disso, antes da II Guerra Mundial, muitas convenções foram realizadas com vistas à proteção dos direitos humanos, especialmente das mulheres, trabalhadores, crianças e relacionada com preocupações de guerra. AMADOR, García F. V. **El sistema interamericano: estudios sobre su desarrollo y fortalecimiento**. Madrid: Ediciones del Centro de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos de Cultura Hispanica, 1966.

³⁸⁸ GLENDON, Mary Ann. The Forgotten Crucible: The Latin American influence on the universal human rights idea. **Harvard Human Rights Journal**, v. 16, p. 33, Spring, 2003. Disponível em: <<http://law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss16/glendon.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2009.

³⁸⁹ CAROZZA, Paolo. From conquest to Constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. **Human Rights Quarterly**, Baltimore/USA, v. 25, n. 2, p. 311, May. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20069666>>. Acesso em: 18 ago. 2009. p. 305. Sobre essa tendência latino-americana de ter reconhecido o *status* fundamental dos direitos sociais, antes que qualquer outro povo, Glendon especula que uma de suas razões pode ser encontrada nas Encíclicas Papais do fim do século XIX e do início do século XX (Rerum Novarum e Quadragesimo Anno) que, na América Latina, encontraram ambiente propício para uma ampla aceitação. GLENDON, op. cit., p. 35.

Esta tradição legal foi decisiva para determinar o protagonismo latino-americano na construção do direito internacional dos direitos humanos. Os principais episódios dessa atuação foram a mobilização da diplomacia dos países da região para a inclusão da proteção dos direitos humanos na Carta da ONU³⁹⁰, em 1945, a adoção, em 1948, da inédita Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no âmbito da OEA e o apoio unânime, alguns meses após, à adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Assembleia Geral da ONU. Ocorre que, como destacam Glendon³⁹¹ e Carozza³⁹², as origens do projeto do direito internacional dos direitos humanos têm ficado obscurecidas, da mesma forma que as da Declaração Universal dos Direitos Humanos, identificada a nada mais que um apanhado das clássicas liberdades civis e políticas ocidentais, estando a lembrança dos direitos sociais e econômicos relegada a segundo plano. Mas não somente este fato tem sido esquecido, senão o papel chave que a diplomacia, os documentos e a tradição latino-americana tiveram para que a Declaração obtivesse aceitação entre as mais diversas culturas que tomaram parte nas discussões da Declaração. Seu papel foi sentido, também, na influência direta sobre a decisão de incluir na Carta da ONU, em 1945, a proteção dos direitos humanos e na própria redação do conteúdo da Declaração. A intenção inicial, sobretudo do Panamá e do México, era incluir uma declaração de direitos já no corpo da Carta da ONU, todavia foram as proposições menos audaciosas defendidas por Cuba e Uruguai as que restaram exitosas. Vendo a impossibilidade de positivizar os direitos humanos no texto da Carta, estes países propuseram que, uma vez formada a ONU, que a Assembleia Geral aprovasse, o mais rápido possível, uma Declaração Universal de Direitos Humanos³⁹³.

³⁹⁰ Artigo 1. Os propósitos das Nações Unidas são: 3. conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

³⁹¹ GLENDON, Mary Ann. The Forgotten Crucible: The Latin American influence on the universal human rights idea. **Harvard Human Rights Journal**, v. 16, p. 27, Spring, 2003. Disponível em: <<http://law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss16/glendon.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2009.

³⁹² CAROZZA, Paolo. From conquest to Constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. **Human Rights Quarterly**, Baltimore/USA, v. 25, n. 2, p. 311, May. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20069666>>. Acesso em: 18 ago. 2009. p. 282

³⁹³ ISA, Felipe Gómez. La Declaración Universal de Derechos Humanos: algunas reflexiones en torno a su génesis y a su contenido. In: **La Declaración Universal de Derechos Humanos em su cincuenta aniversario**. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999. p. 27.

Glendon³⁹⁴ observa que, se dependesse dos três principais líderes mundiais da época em que a ONU fora criada - Churchill, Roosevelt e Stalin -, a preocupação com os direitos humanos no momento da elaboração da Carta não teria sido mais que secundário. Felipe Gómez Isa³⁹⁵ pontua que a rejeição das grandes potências à inclusão de um *bill of rights* no corpo da Carta da ONU deveu-se a limitação de direitos humanos dos habitantes de seus próprios territórios. Enquanto os Estados Unidos conviviam com uma severa política de segregação racial contra os negros, a União Soviética mantinham seus *Gulag* e França e Inglaterra desfrutavam de seus impérios coloniais na África e na Ásia. Graças à delegação latino-americana que, numa época em que mundo ainda vivia sob o jugo do colonialismo, formava a maior delegação atuando em bloco (vinte um de cinquenta e um Estados), a preocupação com os direitos humanos foi incluída na Carta da ONU³⁹⁶.

A atuação latino-americana não ocorreu por acaso, na medida em que a proteção dos direitos humanos em nível supranacional já vinha sendo uma prática entre as nações latino-americanas desde 1938, quando a Conferência Interamericana (que precedeu a OEA) adotou a “Declaração em defesa dos direitos humanos”, em seu oitavo encontro em Lima, no Peru. Além disso, antes da reunião em São Francisco, que redundou na criação da ONU, em 1945, a Conferência Interamericana, reunida no México, decidiu postular a inclusão de uma declaração de direitos na Carta da ONU. Apesar dessa proposição ter sido recebida com frieza pelas maiores potências mundiais da época, ela recebeu adesões da opinião pública e, finalmente, foi adotada, não sob a forma de uma carta de direitos, mas através da previsão do compromisso da ONU com a proteção dos direitos humanos em variados momentos da Carta, além da previsão da criação de uma Comissão de Direitos Humanos³⁹⁷.

³⁹⁴ GLENDON, The Forgotten Crucible: The Latin American influence on the universal human rights idea. **Harvard Human Rights Journal**, v. 16, p. 30, Spring, 2003. Disponível em: <<http://law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss16/glendon.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2009.

³⁹⁵ ISA, Felipe Gómez. La Declaración Universal de Derechos Humanos: algunas reflexiones en torno a su génesis y a su contenido. In: **La Declaración Universal de Derechos Humanos em su cincuenta aniversario**. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999. p. 28.

³⁹⁶ CAROZZA, Paolo. From conquest to Constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. **Human Rights Quarterly**, Baltimore/USA, v. 25, n. 2, p. 285, May. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20069666>>. Acesso em: 18 ago. 2009.

³⁹⁷ GLENDON, op. cit., p. 31.

Foi através dessa Comissão que se iniciaram os trabalhos de elaboração do que viria ser a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948. Liderada pelo canadense John Humphrey, a Comissão formada por representantes de diversos países ao redor do mundo teve o trabalho de elaborar o seu texto, cuja versão final recebeu, como principal aporte, o rascunho de Declaração proposto pelo Panamá, muito embora o Chile também tenha enviado sua proposta que acabou redundando no esboço da anterior Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Tratava-se do mesmo esboço que fora inexitosamente elaborado para figurar na Carta da ONU em 1945. Segundo a avaliação de Glendon, as propostas de redação vindas da representação latino-americana consubstanciaram fontes primordiais para a Declaração em razão da sua compatibilidade com o amplo espectro de culturas e filosofias representadas nas Nações Unidas. Isso porque muitos elementos da tradição legal latino-americana contemplavam aspectos de tradições não-ocidentais³⁹⁸. Em primeiro lugar, por enfatizar a importância da família e a ideia de que os direitos são sujeitos a obrigações e a limitações. De fato, na consulta organizada por Jacques Maritain a uma série de pensadores e escritores de nações membros da UNESCO, que formaram a Comissão da UNESCO para as Bases Filosóficas dos Direitos do Homem, em 1947, é possível observar que Mahatma Gandhi destacou justamente a dimensão do dever para a preservação do direito de todos:

Os direitos que se possa merecer e conservar procedem do dever bem cumprido. De tal modo que só somos credores do direito à vida quando cumprimos o dever de cidadãos do mundo. Com essa declaração fundamental, talvez seja fácil definir os deveres do homem e da mulher e relacionar todos os direitos com algum dever correspondente que deve ser cumprido. Todo outro direito só será uma usurpação pela qual não valerá a pena lutar³⁹⁹.

Em segundo lugar, essa aceitação se deu porque tanto o esboço chileno quando o panamenho basearam-se numa extensiva pesquisa transnacional com o

³⁹⁸ GLENDON, The Forgotten Crucible: The Latin American influence on the universal human rights idea. **Harvard Human Rights Journal**, v. 16, p. 32, Spring, 2003. Disponível em: <<http://law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss16/glendon.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2009.

³⁹⁹ MARITAIN, Jacques. Acerca de la filosofía de los derechos del hombre. In: **Los derechos del Hombre**. Barcelona: Laia, 1976. p. 33.

objetivo de encontrar aceitação de um amplo grupo de países que nada tinham de homogêneo. E, por fim, porque foram os primeiros documentos a demonstrar a tendência de combinar os direitos políticos e civis com os direitos sociais, econômicos e culturais⁴⁰⁰. Carozza sublinha que, sob a voz do chileno Hernan Santa Cruz, a América Latina tornou-se a maior defensora da inclusão dos direitos econômicos e sociais nos esboços da Declaração Universal⁴⁰¹. Assim, as contribuições latino-americanas, e não o modelo soviético ou norte-americano, foram auxílios cruciais para que os extremos do individualismo e do coletivismo não tenham acarretado o fracasso da Declaração, propiciando a elaboração do principal documento internacional de direitos humanos até hoje⁴⁰².

Dentro desse marco político e filosófico, a Nona Conferência dos Estados Americanos que se reuniu em Bogotá, na Colômbia, em 1948, não só proclamou a Carta da Organização dos Estados Americanos, que contém uma série de provisões gerais acerca dos direitos humanos, mas também proclamou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. O mais importante dos artigos da Carta da OEA a respeito do tema é o artigo 5(j) que declara que a “Os Estados Americanos proclamam os direitos fundamentais dos indivíduos sem distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo”. Mas a Carta não definiu os direitos mencionados no referido artigo nem estabeleceu mecanismos para assegurar a sua implementação. A Declaração o fez em parte, elencando os direitos e estatuidando que “a proteção internacional dos direitos do homem deve ser o principal guia para a evolução do direito americano”, mas se absteve de instituir os mecanismos de garantia. Isso porque, a exemplo da Declaração Universal dos direitos humanos da ONU, entendeu-se que a Declaração não tinha força legal para instituir obrigações contratuais para os Estados. Como observa Buerghental, os esforços para instituir um quadro institucional de promoção dos direitos humanos dentro do sistema interamericano foram inexistentes por muitos anos, mas, finalmente no ano de 1959, o quinto encontro de Ministros do Exterior adotou resolução criando a Comissão

⁴⁰⁰ GLENDON, The Forgotten Crucible: The Latin American influence on the universal human rights idea. **Harvard Human Rights Journal**, v. 16, p. 34, Spring, 2003. Disponível em: <<http://law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss16/glendon.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2009.

⁴⁰¹ CAROZZA, Paolo. From conquest to Constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. **Human Rights Quarterly**, Baltimore/USA, v. 25, n. 2, p. 286, May. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20069666>>. Acesso em: 18 ago. 2009.

⁴⁰² GLENDON, op. cit., p. 39.

Interamericana de Direitos Humanos, que a partir de então tem sido o principal órgão do sistema interamericano para a proteção e a promoção dos direitos humanos⁴⁰³.

De qualquer sorte, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem precedeu em meses a Declaração Universal da ONU, tendo, inclusive, lhe servido de modelo. No momento da votação da Declaração Universal a delegação latino-americana fez várias emendas ao texto inicial, largamente baseada na já promulgada Declaração Americana, tendo sido significativa a proposta de inclusão, por parte da delegação dominicana, de menção especial à igualdade de direitos entre homens e mulheres no preâmbulo do documento. Porém, outros importantes direitos constam hoje no texto da Declaração Universal graças à atuação latino-americana. Este é o caso da proposta cubana de referência às necessidades da família no artigo XXIII, quando se menciona o direito a um padrão de vida adequado, da proposição mexicana para a previsão de recursos judiciais internos para os Tribunais nacionais no caso de violação de direitos (para eles, chamado de recurso de *amparo*) constante do artigo VIII e, ainda, para incluir a expressão “sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião” no artigo XVI, relativo ao direito de casar e de constituir família⁴⁰⁴. Carozza dimensiona a importância da delegação latino-americana na elaboração da Declaração Universal ao referir que:

Houve, de fato, um fortíssimo e distinto compromisso latino-americano com a ideia de direitos humanos em 1948. Primeiro, a região mostrou uma dedicação aos direitos humanos internacionais num tempo em que, geralmente, a ideia ainda era vista com relutância ou mesmo com hostilidade pela maioria dos Estados. As vozes latino-americanas ressoaram com a firme crença na universalidade dos direitos e, especialmente, na igualdade de direitos entre raças e ambos os sexos. Seus entendimentos acerca dos direitos enfatizavam a dimensão social da pessoa humana, desde a família às estruturas sociais e econômicas nas quais ela realiza a sua dignidade. E mesmo enquanto defendiam os direitos, eles também

⁴⁰³ BUERGENTHAL, Thomas. The revised OAS charter and the protection of human rights. **American Journal of International Law**, v. 69, n. 04, p. 828, Oct. 1975. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2200626>>. Acesso em: 11 fev. 2009.

⁴⁰⁴ CAROZZA, Paolo. From conquest to Constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. **Human Rights Quarterly**, Baltimore/USA, v. 25, n. 2, p. 287, May. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20069666>>. Acesso em: 18 ago. 2009.

procuraram equilibrá-los com a linguagem dos deveres⁴⁰⁵.

Muitos dispositivos da Declaração Americana repetem-se na Declaração Universal, mas, diferentemente desta, aquela consagra todo o Capítulo Segundo para a prescrição dos deveres, que se relacionam à necessidade de que cada um contribua para o bem-estar coletivo e, em última análise, para o bem-estar do outro. Esses deveres são, por exemplo, o de conviver com os demais, de maneira que todos e cada um possam formar e desenvolver integralmente a sua personalidade, o de auxiliar, alimentar, educar e amparar os filhos menores de idade, assim como o destes de honrar seus pais e de auxiliá-los nas situações de necessidade. Além desses, estabelece-se o dever de trabalhar, de adquirir instrução básica, de obedecer às leis e de cooperar com o Estado e com a coletividade na assistência e previdência sociais. Muitos outros, necessários à realização dos direitos humanos, são atribuídos a cada indivíduo, superando, assim, a visão eminentemente individualista que o ocidente tem sobre esses direitos.

Apesar disso, o fato mais marcante é o pioneirismo da Declaração Americana em relação à existência de um documento jurídico de cunho internacional com previsões gerais sobre direitos humanos. Isso consolida, a toda evidência, a forte tradição que se criou na América Latina a respeito do tema e que remonta, como vimos acima, ao período em que se estabeleceram os primeiros contatos com os europeus e basicamente por isso. São, portanto, as constantes lutas por reconhecimento de direitos, não só dos indígenas, mas das disputas que precederam e das que levaram à independência o que proporcionou a criação de um ambiente propício para reivindicações de direitos humanos. Ora, como a difusão do direito não é um processo unidirecional, de meros transplantes de leis e instituições jurídicas, muitos aspectos do discurso dos direitos humanos não refletiram na América Latina da mesma forma que em outros lugares, mas sofreram uma profunda metamorfose. Não foi por acaso que a primeira experiência histórica de aplicação do discurso dos direitos humanos tomou lugar justamente nessas terras, com as denúncias da escravidão e do massacre dos índios levada a cabo por Bartolomé de

⁴⁰⁵ CAROZZA, Paolo. From conquest to Constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. **Human Rights Quarterly**, Baltimore/USA, v. 25, n. 2, p. 288, May. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20069666>>. Acesso em: 18 ago. 2009.

Las Casas e com as sucessivas reivindicações baseadas no direito natural de liberdade fundada na pertença de todos a uma humanidade comum. Ou então com a proposta de bom governo de Poma de Ayala largamente baseada em pressupostos que hoje são constitutivos dos Estados Democráticos de Direito.

5.4 Tradição constitucional brasileira e direitos humanos

Mudarei, agora, o foco para o contexto jurídico brasileiro, a fim de investigar em que medida nossa história constitucional é tributária desta tradição em matéria de direitos humanos que hoje se reflete na Constituição de 1988 que tem o mérito de ser uma das mais avançadas do continente sobre o tema. Diferentemente das Constituições brasileiras anteriores, o texto da Constituição de 1988 foi o primeiro a consagrar um título inicial onde se fez constar os princípios fundamentais da República. O título “Dos Princípios Fundamentais” veio imediatamente após o preâmbulo e antes do Título II, que consagra os “Direitos e Garantias Fundamentais”. Embora o reconhecimento de direitos fundamentais não tenha sido uma novidade trazida pela Constituição de 1988, já que, desde o Império e, mesmo com retrocessos significativos, como os havidos nas Constituições de 1937 e de 1967, direitos desta índole já eram previstos no sistema constitucional brasileiro, ainda que sem o destaque que os direitos sociais passaram a ter na atual Carta Política.

A grande novidade, no entanto, é que, ao expressar princípios fundamentais, a Constituição determinou diretrizes fundantes para a ordem jurídica brasileira, não só porque princípios têm um *status* superior na hierarquia das normas, mas também porque, ao inaugurar o texto constitucional, reinventou a topografia constitucional brasileira, o que conferiu uma importante dimensão simbólica à centralidade da dignidade da pessoa humana. Já nos comentários à Constituição de 1891, João Barbalho destacava a importância dos preâmbulos das Constituições para a sua adequada compreensão:

O preambulo enuncia por quem, em virtude de que autoridade e para que fim foi estabelecida a Constituição. Não é peça inutil ou de mero ornato na construção d'ella; as simples palavras que o constituem resumem e proclamam o pensamento primordial e os intuitos dos que a architectaram. Cumpre tel-o sempre em vista para a bõa intelligencia d'ella. O proposito de estabelecer um regimem livre e democratico, o grandioso escopo dos constituintes, domina e inspira o conjuncto das disposições da Consituição. Elle deve servir de guia e phanal aos interpretes e executores, quando embaraçados nos lugares obscuros, ambiguos ou lacunosos, necessitem fixar ao texto defeituoso o sentido preciso, completo e adequado⁴⁰⁶.

Por outro lado, ao atentarmos para o conteúdo destes princípios, observamos o acento na centralidade da dignidade da pessoa humana e na prevalência dos direitos humanos. Daí os mais destacados constitucionalistas latino-americanos e europeus continentais da atualidade referirem-se à dignidade humana como o princípio mais valioso e elevado das ordens constitucionais contemporâneas ou, ainda, como valor essencial, que dá unidade de sentido e orienta a interpretação das normas que compõem o sistema. Essa explicitação é, de fato, um elemento novo na Constituição Brasileira de 1988, pois o texto das Cartas anteriores iniciava, via de regra, com previsões acerca da organização da estrutura do Estado. Dos direitos fundamentais, as Constituições ocupavam-se apenas em suas partes finais e, ainda assim, seus catálogos eram menos generosos que o de 1988. Flávia Piovesan assinala que as Constituições anteriores tratavam primeiramente do Estado, para, somente depois, disciplinarem os direitos, o que expressava “um Direito inspirado pela ótica do Estado, radicado nos deveres dos súditos”, razão pela qual afirma haver “um Direito brasileiro pré e pós-88 no campo dos direitos humanos”⁴⁰⁷. De fato, a trajetória constitucional brasileira foi rompida, nesse sentido, em 1988, mas isso não significa afirmar que ela tenha representado o marco zero dos direitos humanos no Brasil ou da importância da dignidade da pessoa humana no sistema constitucional brasileiro.

Não obstante se possa afirmar que o constitucionalismo brasileiro já possuía intimidade com a noção de direitos humanos fundamentais, Luís Roberto Barroso

⁴⁰⁶ BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira commentada**. 2.ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1924. p. 3.

⁴⁰⁷ PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 33.

considera que o período anterior a 1988 só nos autoriza a falar de uma pré-história constitucional brasileira. O uso da expressão pré-história, pelo autor, revela não apenas um dado cronológico, mas uma fortíssima significação pejorativa, na medida em que a experiência constitucional brasileira representou a “melancólica história do desencontro de um país com sua gente e com seu destino”⁴⁰⁸. O período ao qual se refere foi marcado pela ilegitimidade do poder, materializada na dominação de uma elite de visão estreita e patrimonialista, da falta de efetividade das múltiplas Constituições, a quem estas mesmas elites não reconheciam força normativa, e, por conseguinte, de uma sucessão de violações da legalidade constitucional, inaugurada pela dissolução da primeira Assembleia Nacional Constituinte, por D. Pedro I, e seguida de inúmeros golpes na era republicana⁴⁰⁹.

Talvez por isso as análises sobre a gênese da Carta Política de 1988 avaliem a institucionalização dos direitos humanos como sendo a consequência do período de transição democrática por que passou o Brasil no início dos anos 80. Mergulhado em quase um quarto de século de regime autoritário e de supressão de direitos e de garantias, entende-se que a farta listagem desses direitos na atual Constituição representou a resposta ou a reação da sociedade brasileira, ou de parte dela, ao atraso, em termos democráticos e republicanos, que significaram os anos de repressão. Os avanços foram indiscutíveis, sobretudo porque, de forma inédita, a dignidade da pessoa humana foi alçada à condição de princípio fundamental da República Brasileira, e, não por acaso, viabilizou a proteção de direitos de grupos humanos historicamente vulneráveis em nossa sociedade. Embora correta, esta análise da presença dos direitos humanos na Constituição de 1988 merece ser aprofundada para que não fiquemos com a impressão de que os direitos humanos aparecem aí como que por geração espontânea. Ao contrário, a previsão desses direitos não é uma novidade absoluta no constitucionalismo brasileiro. Apesar da falta de efetividade, das sucessivas violações das normas constitucionais, do pouco caso que os detentores do poder sempre lhe fizeram, é fato que, desde a Constituição Imperial, muitas disposições relativas aos direitos

⁴⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 328

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 329.

fundamentais se repetem nos textos constitucionais, ainda que os textos de 1937 e de 1967 tenham representado imensos retrocessos neste domínio.

Ao analisarmos o discurso do Marechal Manuel Deodoro da Fonseca, lido no ato solene de abertura das sessões do Congresso Constituinte que proclamou a Constituição de 1891, é possível encontrarmos grandes semelhanças com o discurso do Deputado Ulysses Guimarães, quando apresentou a nova Carta Cidadã, ainda que quase cem anos depois. Dizia, na ocasião, Deodoro da Fonseca:

No mais sombrio da nossa existencia colonial, a aspiração de liberdade penetrou no intimo de todas as consciencias e gerou erupções terriveis da soberania da razão contra as violencias ou fraudes da soberania de convenção. [...]

Neste ultimo quarto de seculo as idéas liberaes formaram grande desenvolvimento e não havia como conter a força da expansão. A victoria da democracia era tanto mais de esperar-se, quanto era certo que todos os antigos centros de resistencia monarchica estavam de ha muito em adeantado estado de dissolução.

Alcançada assim a victoria, banido para sempre do seio da America um regimen antagonico com a sua hegemonia, com as sãs aspirações de liberdade, com as tendencias das civilisações que se formavam e se desenvolviam após a grande revolução que definiu os dogmas dos direitos do homem, cumpre-nos voltar vistas sollicitas e patrioticas para a conquista realisada, para a obra que, embora finda, ha de ir recebendo [...] os retoques e as reformas indispensaveis a sua consolidação⁴¹⁰.

A mesma ojeriza ao regime despótico que precedeu a Constituição de 1891, cujo clima político foi marcado por aspirações de liberdade que bradavam contra a monarquia naquele período, motivou a elaboração do texto constitucional de 1988, o que fica claro no discurso do Deputado Ulysses Guimarães:

Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. [...]

O Estado autoritário prendeu e exilou. A sociedade, com Teotônio Vilela, pela anistia, libertou e repatriou. A sociedade foi Rubens Paiva, não os facinoras que o mataram.

Adeus, meus irmãos. É despedida definitiva, sem o desejo de

⁴¹⁰ BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira commentada**. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1924. p. 2.

retorno. Nosso desejo é o da Nação: que este Plenário não abrigue outra Assembléia Nacional Constituinte. Porque, antes da Constituinte, a ditadura já teria trancado as portas dessa Casa⁴¹¹.

De fato, a primeira Constituição Republicana do Brasil não descuidou dos direitos e garantias do indivíduo, muito embora, não se encontre, como sói acontecer até 1988, qualquer referência aos direitos sociais, econômicos e culturais, como direitos fundamentais. Porém, ela não só consagrou o princípio da divisão de poderes que, segundo Barbalho⁴¹², é a arma contra o despotismo, mas, nos artigos 72 e 78, consagrou a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade. Evidente que esse rol não era tão extenso quanto o é o de 1988, mas o que surpreende é a sua previsão ainda no século XIX e por razões que, segundo Barbalho, são, senão as mesmas, muito próximas das que ainda hoje justificam a presença desses direitos nos textos constitucionais. Em seus comentários à Constituição de 1891, dizia Barbalho que, em princípio, uma Constituição Republicana não precisa declarar direitos que, por óbvio, pertencem ao povo que a proclama, já que eles pré-existem à própria Constituição. De modo que não necessitariam estar lá, não fossem a desconfiança “inspirada na lembrança do sacrifício e da postergação anterior dos mais respeitáveis direitos individuais” e, ainda, “o natural ciúme pela liberdade”, que, no fim e ao cabo, representa uma “boa cautela, uma segurança a mais”⁴¹³. Pontes de Miranda vai ainda mais longe, ao advogar, não apenas a sua presença no texto constitucional, mas a existência de garantias para esses direitos:

Infelizmente, o passado século e o cômeco dêste foram perdidos em renascença do apriorismo jusnaturalístico do ‘direito à subsistência’ como ‘individual, natural e absoluto’, ou ‘título moral inviolável (?) à subsistência’. Praticamente, na sociedade individualista, direito moral, direito natural, direito sem execução compulsória (penhora, prisão, compensação, etc) é igual a não-direito. O capitalismo individualista só cede ante a fôrça. O mesmo milionário, protestante

⁴¹¹ GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988**. Publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/plenario/discursos/escrevendo_historia/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2009.

⁴¹² BARBALHO, **Constituição Federal Brasileira comentada**. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1924., p. 6

⁴¹³ *Ibid.* p. 400.

ou católico, que sai às 10 horas da Igreja, às 10 e 15 minutos ordena que se levem à execução dezenas de hipotecas extorsivas e que se discuta a aplicabilidade da lei contra a usura [...].⁴¹⁴

O próprio alcance do significado dos direitos humanos, como direitos que pertencem ao ser humano independente do reconhecimento que lhes dão as legislações estatais, não era desconhecido pelos juristas brasileiros antes de 1988. Assim também não era o fato de que alguns direitos, embora fundamentais, não são, por outro lado, supraestatais. Antes, pelo contrário, e por isso é interessante rememorar as reflexões de Pontes de Miranda, recorrentes em seus comentários às Constituições de 1934, 1937, de 1946 e de 1967, sobre a natureza desses direitos, com o intuito de demonstrar que os juristas brasileiros não eram cegos a essas concepções, não somente antes de 1988, mas principalmente antes de 1948, quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU foi proclamada. Dizia Pontes que os direitos fundamentais consagram regras em que se traduz a equação “*the man versus the State*” e, dentre esses, existem os que são supraestatais e os que são fruto da vontade do Estado ou de seu povo. A diferença entre estes e aqueles reside na sua origem: ou são anteriores ao Estado ou nascem de suas leis. Assim são supraestatais a liberdade física ou pessoal (de que as detenções arbitrárias são um exemplo), a liberdade de consciência, de manifestação do pensamento, de religião, de associação, a inviolabilidade de domicílio, o segredo de correspondência. O mesmo não se pode dizer, segundo a opinião do autor, em relação aos direitos de greve e de *lock-out*. De modo que, em relação àqueles, o Estado não tem poder de expressão constituinte, como tem em relação a estes⁴¹⁵.

O que já se sabia aqui, mas parece ter ficado esquecido, é hoje profundamente discutido pelos mais renomados juristas e filósofos ocidentais. Nesse rol se incluem Otfried Höffe, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Santiago Nino para quem, embora os direitos humanos sejam direitos de índole moral e, portanto, pré-estatal, de modo que sua condição de sentido não reside na lei ou no fato de terem sido reconhecidos juridicamente pelo Estado, o seu reconhecimento jurídico

⁴¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1936. t. 2, p. 270.

⁴¹⁵ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 65.

joga um papel de elevadíssima importância. Höffe afirma que, com a incorporação dos direitos humanos em uma Constituição, eles passam a obrigar os poderes públicos e, com isso, transcendem sua condição de parte integrante da moral jurídica universalista, convertendo-se em elementos do direito positivo, em direitos fundamentais de uma comunidade jurídica particular, com a possibilidade de serem reclamados ante um Tribunal contra uma infração da lei⁴¹⁶. De modo que o reconhecimento jurídico dos direitos humanos os torna mais certos e menos controvertidos e, sobretudo, dota-os de meios para neutralizar sua violação⁴¹⁷. Os direitos humanos consistem, portanto, no núcleo de uma ordenação positiva e como exigência da institucionalização da convivência regulada por normas. Embora radicar seu fundamento na lei seja um contra-senso, na formulação habermasiana do processo de legitimação do direito posto, os direitos humanos são os princípios que permeiam os consensos a serem obtidos comunicativamente, caso se pretenda operacionalizar a tensão entre eficácia e validade do direito posto⁴¹⁸. Ao que tudo indica, os juristas brasileiros, ou pelo menos o que se tinha de melhor, eram tão cientes quanto os contemporâneos do papel fundante da Constituição e da primazia dos direitos humanos para a consolidação da República e da democracia, muito embora a sua utilização como cânone interpretativo estivesse relegado ao segundo plano.

Voltando ao tratamento dos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras, o texto de 1891 reconheceu expressamente, ainda que, topograficamente, de forma não destacada – na medida em que não abriram o texto -, a legalidade (ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei) e a igualdade (todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho). A seguir tratou de determinar a laicização do ensino público, acabando com a ligação do Estado com qualquer religião, ao mesmo tempo em que consagrou aos indivíduos a liberdade de exercer pública e livremente o seu culto. Em relação à

⁴¹⁶ HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 167.

⁴¹⁷ NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 24

⁴¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998. p. 189-9.

liberdade, ainda foi mais longe, permitindo a liberdade de expressão do pensamento, de reunião, de associação, de profissão, de ir e vir no território nacional. Outras disposições clássicas acerca dos direitos fundamentais, também figuravam no texto: inviolabilidade de correspondência e da casa, direito de petição, anterioridade e legalidade em matéria penal e tributária, intransmissibilidade da pena, banimento de penas cruéis e da pena de morte, *habeas corpus* e instituição do júri popular. Cumpre dizer que já no texto constitucional de 1891, esses direitos eram também reconhecidos aos estrangeiros residentes no país e, como ocorreu nos textos posteriores, reconhecia que os direitos e garantias expressos em seu texto não excluía outros que não estivessem lá enumerados, mas que decorressem dos princípios e do regime adotados.

O que se observa nos textos posteriores é a presença, mais ou menos recorrente, dos mesmos direitos, porque, de fato, a trajetória constitucional padeceu de retrocessos profundos quando, em nome “dos imperativos do bem público, necessidades da defesa do bem estar, da paz e da ordem coletiva, bem como das exigências de segurança da Nação e do Estado”, foram impostos regimes ditatoriais, que solaparam as liberdades individuais e aprofundaram as mazelas de que ainda padece o povo brasileiro. Isso ocorreu em 1937 e em 1967. Mesmo assim, nesse interregno, as Constituições de 1934 e de 1946 ostentaram avanços significativos, nessa matéria, em relação àquele que pode ser considerado seu texto matriz: a Constituição de 1891. Pois nela, é patente o desejo de liberdade e de igualdade; o problema foi a falta de representatividade deste e dos outros textos, o que, de fato, foi corrigido pela Constituição de 1988 com a ampliação da participação popular e a efetiva expressão de suas demandas.

A Constituição de 1934, como referi, alargou o catálogo de 1891, prevendo, pela primeira vez, o instituto do mandado de segurança, como importante ferramenta para o controle do abuso de autoridade. A par disso, estabeleceu o direito à publicidade e à celeridade dos processos públicos, assim como a legitimidade de qualquer cidadão pleitear a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, percebendo a necessidade de aprofundar o espírito republicano em um país que, apesar de suas tendências liberais, era, e continua sendo, herdeiro de um modelo patrimonialista e clientelista que se constituiu ao longo do período colonial.

O mesmo não se observa com relação ao texto de 1937 que, a toda evidência, representou um imenso retrocesso, o que não poderia deixar de ser, na medida em que instaurou uma ditadura civil no país. Como observa Pontes de Miranda, “é de notar-se que, em vez de ser a declaração de direitos, inserta no artigo 122, o aperfeiçoamento da declaração de direitos de 1934, por ela se volve, de algum modo, a 1981; no enunciado geral, se excluem certos institutos sociais de 1934 e se traçam limites rígidos à liberdade”⁴¹⁹. Apesar de continuar constando o preceito de que “todos são iguais perante a lei”, desapareceu, do artigo 122, o preceito segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”. Além disso, diversas expressões do exercício da liberdade sofreram severas restrições em nome dos sombrios princípios da segurança nacional e da ordem pública. Assim ocorreu em relação à liberdade de expressar o pensamento, de se reunir e se associar, a inviolabilidade de correspondência e de domicílio.

Em seus comentários à Constituição, o tom moderado de Pontes de Miranda não nos dá a clara dimensão desse retrocesso, pois ela própria limitava a liberdade de expressão. O que transparece na análise é uma profunda desilusão com os rumos da política brasileira desde a proclamação da República, mas uma confiança nas possibilidades do futuro: “chegará ao seu termo quando, retomando-se a linha histórica, que nos dê suficiente estabilidade para as grandes reformas sociais e econômicas, o rio reencontrar o seu leito, em que possa avançar com maior ou menor impetuosidade”⁴²⁰. Porém, a análise do recuo de 1937 vem à tona nos Comentários da Constituição de 1946, onde Pontes ironiza, dizendo que ela teria se prestado a grandes programas políticos, tal qual um tonel a encher-se com o vinho que se escolhesse, mas se encheu do pior: ditadura pura e simples⁴²¹. Nas idas e vindas do constitucionalismo brasileiro, a Constituição de 1946 finalmente, representou a volta ao clima político de 1934. Porém, como o próprio Pontes admite “esse ano, que prevíamos e aguardávamos em 1938, ainda não foi, certamente, 1946. Verdade é, porém, volvendo-se os olhos a 1937, o que havia de regressivo no

⁴¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1938. t. 3, p. 381.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 381.

⁴²¹ PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1946**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 4, p. 61.

maior pecado de nossa história”⁴²². Isso, de certa forma, inseria-se numa análise mais abrangente do desfavorável clima político do século XX para o incremento das liberdades, que, inevitavelmente, afetou a frágil e nascente república brasileira:

Duas vezes, no século XX, tentaram os espíritos reacionários evitar a evolução da técnica da liberdade e da democracia, bem como a ascensão da igualdade; e duas vezes, vencidos, a vida, em seu fluxo inflexível, continuou. Tenta-lo-ão, noutros ensejos; e de novo serão derrotados. [...] A afirmação e o reconhecimento da dignidade humana, o que se operou por lentas e dolorosas conquistas na história da humanidade, foi o resultado de avanços, ora contínuos, ora esporádicos, nas três dimensões: democracia, liberdade e igualdade. Erraria quem pensasse que se chegou perto da completa realização. A evolução apenas se iniciou para alguns povos; e aqueles mesmos que alcançaram, até hoje, os mais altos graus ainda se acham a meio caminho. A essa caminhada corresponde a aparição de direitos, essenciais à personalidade ou à sua expansão plena, ou à subjetivação e precisão de direitos já existentes⁴²³.

A Carta de 1946 procurava, então, não destoar do clima do pós-guerra e, por isso, voltou a alargar o reconhecimento dos direitos humanos, muito embora a preocupação central continuasse sendo, a exemplo dos textos anteriores, com a técnica da estruturação do Estado e da separação de poderes. Porém, em relação às anteriores, introduziu o preceito segundo o qual “a lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário qualquer lesão a direito individual” e foi mais explícita que as precedentes no que se refere às limitações do poder de tributar. Além disso, retomou importantes avanços da Constituição de 1934, que foram omitidos pela de 1937, como pretexto para instaurar um regime despótico que, todavia, não contrariasse a própria Constituição. Mas para Pontes de Miranda, essa Constituição ainda não representava a retomada do leito, pelo rio, como esperava que acontecesse desde 1938. E, se ela não representou esse reencontro, a Carta de 1967 desviou ainda mais o curso desse rio. E isso fica claro em alguns silêncios eloquentes do autor em seus Comentários à essa Constituição. Enquanto nas precedentes, inclusive em relação à de 1937, Pontes demorava-se na análise da natureza e do significado dos direitos humano como condição para o

⁴²² PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1946**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 4, p. 23.

⁴²³ *Ibid.*, p. 6.

desenvolvimento de uma sociedade justa e igualitária, emitindo juízos de valor sobre o comprometimento da Constituição com esses valores, aqui, omite-se, no mais das vezes, de emitir opinião nesse sentido. No entanto, podemos ver se repetir a sua desilusão, tal qual com a Constituição de 1937, quando diz:

Verdade é, porém, que já se podia ver, em 1946, volvendo-se os olhos a 1937, o que havia de regressivo no maior pecado de nossa história. Infelizmente, de 1930 a 1937, com os seus elementos ainda vivos, demagógicos e obedientes a ordens estranhas, transformaram 1964 em pecado ainda maior⁴²⁴.

Os recuos democráticos voltaram de forma ainda mais incisiva, o que ele mesmo já havia previsto. A exemplo da Constituição de 1937, a de 1967 não deixou de consagrar uma carta de direitos, mas condicionou de tal forma seu exercício aos imperativos da segurança nacional, que, na verdade, não passou de um artifício para escamotear a escancarada falta de legitimidade do texto. Isso porque o exercício dos direitos permaneceu limitado pelos ditames da lei, mas a lei, nesse caso, era o produto da vontade de um governo autoritário, sem representatividade popular. Justamente nesses casos em que, apesar da lei, as liberdades não passam de retórica vazia, revela-se a face perversa dos governos que apenas obedecem às leis e nada mais. Foi assim que a Constituição de 1967 representou o pior recrudescimento no desenvolvimento da democracia brasileira, sustentando a prevalência das instituições arcaicas e patrimonialistas da era colonial e aprofundando as desigualdades sociais.

Como Pontes de Miranda teria avaliado a Constituição de 1988 se tivesse tido a oportunidade de comentá-la? Meu propósito não é, evidentemente, pensar uma possível avaliação do autor sobre a Constituição, pois isso seria impossível. O significado da pergunta tem a ver apenas com alguns aspectos proféticos de seus comentários às Constituições anteriores. Pontes de Miranda comentou quatro das sete Constituições brasileiras, sendo que destas, duas foram democráticas e duas o seu contrário. Em 1938, sob a égide de uma Constituição que instaurou a ditadura

⁴²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. t. 4, p. 646.

de Vargas, ele falava da necessidade de a política brasileira encontrar o seu curso, tal como um rio encontra seu leito, e admitia que a de 1946 não havia alcançado esse êxito. E em 1953, expressou a sua confiança no desenvolvimento dos direitos humanos, apesar dos obstáculos que ainda encontrariam pela frente, o que, de fato, ocorreu no Brasil e em muitos países da América Latina, com os regimes militares e os sucessivos golpes de Estado.

Sergio Buarque de Holanda já dizia que não são as leis escritas, fabricadas pelos juristas, as mais legítimas garantias de felicidade para os povos e de estabilidade para as nações. Isso não quer dizer que não sejam elas necessárias. Em tempos antigos, a obediência aos preceitos e às suas sanções não representava sequer uma obrigação, pois dela dependia a regularidade e a estabilidade dos acontecimentos da vida social. Com o advento da modernidade, e largamente influenciada pela Revolução Francesa, essa consideração da estabilidade inspirou a fabricação de preceitos racionalmente abstratos cercados por um sistema lógico, homogêneo e a-histórico. As leis, e não a ordem que elas pretendem regular, tornaram-se as “únicas realidades verdadeiramente dignas de respeito”. Foi essa crença que, segundo Buarque de Holanda, orientou a história política das nações latino-americanas desde a sua independência. Ocorre que o triunfo do governo das leis depende do impersonalismo, vale dizer, da independência das decisões políticas em relação às vontades e preferências pessoais de quem exerce o poder. Esse, de fato, não é um fenômeno observável no Brasil, como de resto na América Latina, onde o personalismo da e na política é uma constante⁴²⁵. Daí a razão de tantas constituições feitas para não serem cumpridas, leis para serem violadas, tudo em

⁴²⁵ As razões desse fenômeno são analisadas pelo próprio Sérgio Buarque em uma passagem de “Raízes do Brasil”: “Essa aptidão para o social está longe de constituir um fator apreciável de ordem coletiva. Por isso mesmo que relutamos em aceitar um princípio superindividual de organização e que o próprio culto religioso se torna entre nós excessivamente humano e terreno, toda a nossa conduta ordinária denuncia, com freqüência, um apego singular aos valores da personalidade configurada pelo recinto doméstico. Cada indivíduo, nesse caso, afirma-se ante seus semelhantes indiferente à lei geral, onde esta lei contrarie suas afinidades emotivas, e atento apenas ao que o distingue dos demais, do resto do mundo”. HOLANDA, Sergio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 155. Embora as análises do autor tenham emergido no contexto brasileiro da década de 30, ainda se percebe a presença dos mesmos fatores que emperram a política e o Direito no Brasil.

proveito de indivíduos e oligarquias, gerando a falta de identificação do povo com essa instituição que lhe parece tão distante⁴²⁶.

Apesar disso, em 1988 reaparece, com nova roupagem, mas sem renunciar à tradição que buscava se firmar no cenário jurídico e político brasileiro, o compromisso com os direitos humanos e a consagração da centralidade da pessoa humana. A Constituição de 1988 não foi o marco zero, mas a coroação de uma longa tradição constitucional em que os direitos e garantias da pessoa humana insistiam em penetrar na consciência jurídica e social brasileira. E não poderia ser diferente, pois, como observa Sérgio Buarque de Holanda, apesar do longo predomínio do personalismo na política brasileira, é uma injustiça sustentar a nossa incompatibilidade com os ideais democráticos, elencando três razões para provar seu argumento:

1) a repulsa dos povos americanos, descendentes dos colonizadores e da população indígena, por toda a hierarquia racional, por qualquer composição da sociedade que se tornasse obstáculo grave à autonomia do indivíduo; 2) a impossibilidade de uma resistência eficaz a certas influências novas (por exemplo, do primado da vida urbana, do cosmopolitanismo), que, pelo menos até recentemente, foram aliadas naturais das ideias democrático-liberais; 3) a relativa inconsistência dos preconceitos de raça e de cor⁴²⁷.

Não podemos esquecer, todavia, que os ideais democráticos e liberais entraram no Brasil ainda no período que precedeu a independência, mas, embora não estranhos ao espírito do povo, restringiram seus efeitos apenas às classes dominantes, de forma que os direitos previstos nas Constituições não deixaram de expressar os velhos privilégios de uma classe acostumada ao poder. Todavia, considerando-se que possuir direitos humanos pressupõe luta por reconhecimento, de modo a preencher o seu significado, essas ideias foram, no Brasil, tomando corpo com o passar do tempo e hoje se apresentam, a menos no nível institucional, em adiantado estado de maturidade. Daí Luís Roberto Barroso afirmar que, em relação à história que a precede, a Constituição de 1988 representou um recomeço, na

⁴²⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 178-83.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 184.

medida em que nela o povo ingressou, ainda que tardiamente, na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente⁴²⁸.

⁴²⁸ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A nova interpretação constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 329.

6 CENTRALIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Resgatados os elementos esquecidos pelo discurso hegemônico dos direitos humanos, o propósito seguinte é apresentar a concepção universalista de pessoa humana que inspira o discurso contemporâneo dos direitos humanos e, por conseguinte, a assunção expressa do princípio da dignidade humana na Constituição Brasileira, desafiando a verdade pouco contestada de que a dimensão emancipatória e igualitária dos valores e conceitos modernos constituíram-se apenas como expressão do sentimento moral genuinamente europeu. Aníbal Quijano defende justamente a ideia de que, ao contrário do que é largamente sustentado, a modernização não implica necessariamente “ocidentalização das culturas e das sociedades não-europeias”, visto que a modernidade é um fenômeno de todas as culturas e não apenas do ocidente ou da Europa:

Se o conceito de modernidade refere-se apenas, ou fundamentalmente, a ideias como novidade, avanço, racional-científico, secular – ou a ideias normalmente associadas a isso – então devemos admitir que modernidade é um fenômeno de todas as épocas culturais e históricas. Com todas as suas particularidades e diferenças respectivas, as chamadas altas culturas (China, Índia, Egito, Grécia, Maia-Astecas, Incas) antes do atual sistema mundial exibiam, de forma inequívoca, sinais desta modernidade, inclusive ciência racional e secularização do pensamento⁴²⁹.

Após ter apresentado as deficiências do discurso moderno individualista como forma de sustentar, no contexto contemporâneo, a validade universal dos direitos humanos, desenvolverei inicialmente a hipótese segundo a qual há outra dimensão da modernidade, cujos valores não podem ser desprezados na formação do atual conceito de direitos humanos, estejam eles no contexto em que estiverem. Sem as mudanças

⁴²⁹ If the concept of modernity only, or fundamentally, refers to the ideas of newness, the advanced, the rational-scientific, the secular - that is, the ideas normally associated with – then one must admit that modernity is a phenomenon possible in all cultures and historical epochs. With all their respective particularities and differences, the so-called high cultures (China, India, Egypt, Greece, Maya-Aztecs, Tawantinsuyu) prior to the current world-system unequivocally exhibit signs of that modernity, including rational science and secularization of thought. QUIJANO, Aníbal. **Coloniality of power, eurocentrism, and social classification**. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large: Latin America and postcolonial debate**. Durham, USA: Duke University Press, 2008. p. 191.

paradigmáticas da modernidade, a humanidade poderia, de qualquer forma, ter acalentando um ideal de vida boa, mas este provavelmente não passaria pela ideia de direitos humanos. Isso não significa interpretá-los como um produto da cultura europeia, mas como uma ideia para onde convergem valores presentes, senão em todas, na maioria das sociedades humanas que, de uma forma ou de outra, reconhecem a necessidade de cada ser humano viver de forma minimamente decente. Este reconhecimento não implica tomar o ser humano como uma totalidade social ou considerar o exercício da vontade individual como condição para o exercício destes direitos, como, aliás, não ocorre em diversas sociedades onde a coletividade tem preeminência e o indivíduo tem direitos e deveres de acordo com o que é melhor para o grupo.

Este não é exatamente o caso do *ethos* brasileiro, muito embora algumas comunidades nativas ainda mantenham essa concepção comunitarista de vida social. Assim, diferentemente das sociedades asiáticas e de algumas africanas, no Brasil, em particular, e na América Latina, em geral, compartilha-se a noção de que a centralidade humana é um valor a ser preservado como forma de se alcançar um modo de vida mais elevado. Por isso, entre os povos latino-americanos afirmou-se a concepção de que o destino da pessoa humana não está submetido simplesmente aos desígnios do grupo, mas que há certos bens que tocam a cada um individualmente e que devem ser garantidos, como forma de se chegar a níveis decentes de vida social, o que também favorece a coletividade. Por isso, a concepção contemporânea de centralidade da pessoa humana é também resultado da convergência dos aspectos esquecidos da história dos direitos humanos que provêm especificamente do contexto latino-americano.

Este é o propósito do Estado Democrático de Direito, que vem sendo perseguido tanto no Brasil, como em muitos países latino-americanos, cujas Constituições ostentam forte comprometimento com o princípio da dignidade humana. Porém, esta concepção tampouco nasceu por geração espontânea, quanto foi transplantada de outros lugares, como faz crer o discurso hegemônico dos direitos humanos. Entre um e outro, residem elementos históricos e sociais, valores, ideias e práticas humanistas da sociedade brasileira, em particular, e da latino-americana, em geral, que, embora esquecidos pela historiografia oficial, foram responsáveis pela

afirmação dos direitos humanos como categoria de validade universal e intercultural. É sobre o impacto dessas contribuições para a construção de uma concepção humanista de pessoa humana, e que foi adotada pela Constituição Brasileira de 1988, que tratarei agora.

6.1 Construção da pessoa humana na tradição humanista

É possível cogitar outra dimensão da modernidade que possa ter sobrevivido no discurso dos direitos humanos e que não é exatamente individualista, no sentido negativo que Dumont o concebe? A herança da modernidade está limitada apenas a um tipo de sociedade fundada em valores materialistas e constituída por seres egoístas e autocentrados? Para Renaut, a resposta a essas questões passa pela rediscussão da autonomia como valor moderno, mas que ficou esquecida ou subestimada nos discursos críticos da modernidade, distorcendo o sentido do humanismo.

Renaut propõe uma diferenciação entre humanismo e individualismo a partir das ideias de autonomia e independência que, embora ostentem aspectos comuns, não são a mesma coisa. O humanismo é a concepção e a valorização da humanidade como capacidade de autonomia, ou seja, a concepção do homem como fonte de suas representações e de seus atos e, portanto, como seu próprio fundamento. Por outro lado, o individualismo é a valorização da independência⁴³⁰. Por isso, Renaut não concorda que se inscreva a autonomia na lógica individualista, pois autonomia não significa liberdade sem regras. Identificar autonomia com independência e autossuficiência é um erro, muito embora estes dois últimos valores tenham, de fato, se destacado em relação ao primeiro e tornado a modernidade o palco dos discursos unitários do individualismo. Mas há outra dimensão da modernidade e para esta o valor supremo é o da autonomia, que se opõe não à dependência, mas à heteronomia. Porque autonomia é uma dependência, mas no sentido de que a sua valorização consiste em fazer do próprio humano o fundamento ou a fonte das suas normas e de suas leis, que não as recebe nem da natureza das coisas, como para os Antigos, nem

⁴³⁰ RENAUT, Alain. **A era do indivíduo**: contributo para uma história da subjectividade. Traducui de Maria João Batalha Reis. Lisboa: Instituto Piaget, 1989. p. 50-1.

de Deus, como na tradição judaico-cristã. A autonomia impõe a dependência a normas, na condição de as aceitar livremente, o que significa que ser autônomo é estar limitado pela submissão a uma lei comum⁴³¹.

A dependência que está pressuposta na ideia de autonomia – valor fundante do humanismo – fundamenta e perpassa toda formulação moral kantiana, de modo que as inúmeras críticas que lhe são dirigidas, sobretudo relativas à impossibilidade de obrigações absolutas e de um conceito unívoco de razão, ignoram que Kant desenvolveu essa ideia na segunda formulação do imperativo categórico⁴³². De acordo com a mesma, devemos agir somente de modo a considerar a nós e aos outros nunca como meio, mas sempre como fins em si mesmos. Gadamer diz que comportar-se em relação ao outro de modo que ele sirva como meio aos nossos propósitos é, moralmente falando, a referência ao egoísmo puro e simples e contradiz a determinação moral do homem, como Kant demonstra em uma das formas de interpretação do imperativo categórico⁴³³. A moral kantiana opõe-se ao relativismo, ao ceticismo e ao dogmatismo, entendendo que o julgamento e o ato moral não dependem de sentimentos pessoais, de decisões arbitrárias, de valores socioculturais ou de convenções. A ação humana, para Kant, é submetida a obrigações últimas, sendo o homem responsável diante de si mesmo e do outro. A ação se expressa através da argumentação racional, sendo que Kant baseia a argumentação moral num princípio último - o imperativo categórico⁴³⁴.

⁴³¹ RENAUT, Alain. **A era do indivíduo**: contributo para uma história da subjectividade. Tradução de Maria João Batalha Reis. Lisboa: Instituto Piaget, 1989. p. 78-9.

⁴³² TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. Tradução de Robson Ramos dos Reis et al. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 81.

⁴³³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flavio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 468.

⁴³⁴ Kant apresenta sua definição de moralidade constituída a partir de princípios racionais a priori. De acordo com Kant, a ação moral é aquela praticada por dever. A obrigação, portanto, é a categoria central da moralidade. O móbil da ação moral (internamente) é o dever, enquanto, ao mesmo tempo, a ação (externa) representa esse dever. Portanto, a legislação moral é aquela que faz da ação um dever, o qual deve ser, ao mesmo tempo, o motivo da ação, sem jamais considerar se os resultados favorecerão ou não a nós ou a quem quer que seja. A representação de um princípio objetivo dirigido à vontade do agente chama-se imperativo. O imperativo é hipotético, quando a ação é apenas boa como meio para se atingir algo mais, algum fim. O imperativo é categórico, quando representa uma ação como objetivamente necessária, sem relação com qualquer fim; a ação é representada como boa em si. Logo, o imperativo categórico é o critério objetivo da moralidade e se articula, em três formulações, todas dirigidas à vontade do agente. Ele estabelece máximas ou princípios subjetivos da ação e é passível de generalização, ou seja, exclui, expressamente, a análise das consequências ou do bem-estar imediato da pessoa, pois, antes de tudo, objetiva o bem-estar dos outros. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

As críticas à compreensão moral kantiana residem justamente na sua pretensão de universalização, como se fosse possível instituir comportamentos morais uniformes a partir de obrigações racionalmente instituídas, a despeito das preferências pessoais e das determinantes sociais que condicionam a ação humana. Diversas interpretações do pensamento kantiano ignoram, no entanto, as características e as possibilidades dos princípios universais e a profunda diferença existente entre universalidade e uniformidade, como bem observa Onora O'Neill:

O mais elementar sentido no qual um princípio pode ser considerado universal é se ele se aplica a todos, ao invés de se dirigir apenas para alguns casos ou seres humanos. Nesse sentido, um princípio universal de ação prescreve ou proscreeve, recomenda ou rejeita alguns tipos de ação ou políticas para todos, ao invés de apenas para alguns. O segundo sentido no qual um princípio pode ser considerado universal é que o alcance dos seres humanos seja visto extensivamente: o escopo do princípio é inclusivo, talvez (mais ou menos) cosmopolita⁴³⁵.

Segundo a autora, tais características – aplicar-se a todos e incluir todos - não são, todavia, aquelas contra as quais as críticas particularistas mais se opõem. Sua polêmica contra os princípios universais refere-se à possibilidade de os mesmos serem, de fato, princípios que prescrevem ou proscreevem, recomendam ou rejeitam tratamento uniforme para todos os casos previstos. Elas sugerem que formas universais e propósitos cosmopolitas levam a prescrições uniformes. O'Neill refuta a presumida equivalência entre uniformidade e universalidade com três razões.

Em primeiro lugar, a autora defende que uniformidade é uma questão de conteúdo dos princípios e não de forma ou objetivo. Alguns princípios de forma universal, seja qual for seu escopo, prescrevem ou recomendam tratamentos diferenciados, isto é, não uniformes. Por exemplo, princípios como “cada um deve ser tributado na proporção de sua capacidade contributiva” prescrevem

⁴³⁵ The most elementary sense in which a principle may be said to be universal is if it applies to or holds for all rather than merely for some cases in its domain. In this sense a universal principle of action prescribes or proscribes, recommends or rejects some type of act or policy for all, rather than for some but not all, of a certain range of beings. The second sense in which a principle may be said to be universal is that the range of beings is seen as extensive: the scope of the principle is inclusive, perhaps (more or less) cosmopolitan. O'NEILL, Onora. **Towards justice and virtue: a constructive account of practical reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 74.

universalmente, mas admitem variações ao invés de implementação uniforme na infinidade de casos possíveis. Em segundo lugar, mesmo quando princípios universais prescrevem especificamente algum aspecto de uniformidade em ações ou tratamentos, eles deixam essas mesmas ações indeterminadas, permitindo variadas formas de implementação. Um princípio tal como “todos devem ser pontuais” prescreve uma política de trabalho, mas deixa muitas coisas em aberto, pois não são verdadeiros algoritmos. Em terceiro, princípios universais de ação vinculam universalmente apenas alguns domínios do agente. Princípios como “vote no dia da eleição” são realmente universais na forma, mas prescrevem ou recomendam universalmente apenas para um determinado aspecto da vida do ser humano (nesse caso, o domínio da vida que a prescrição regula é presumivelmente o de um adulto vivendo com uma política restritiva definida territorialmente). Princípios universais, portanto, não requerem nada dos agentes além de seus domínios. Essas três considerações mostram que a uniformidade da prescrição não pode ser inferida da universalidade dos princípios, que, segundo a autora, não acarreta, evidentemente, uniformidade⁴³⁶.

De forma que afastar concepções subjetivistas e relativistas das escolhas morais, como preferências pessoais ou condicionantes sociais, não significa admitir que exista um misterioso rol de condutas éticas objetivas que todos devam seguir; a universalidade refere-se à existência de um raciocínio ético universal, que represente um *standard* moral mínimo, ou seja, que congregue valores comuns, que perpassam os variados grupos sociais e consciências individuais. A universalidade é uma característica lógica dos juízos morais e encontra-se expressa justamente no imperativo categórico Kantiano, mas o fato de a ética se fundamentar em um ponto de vista universal não significa que um juízo ético particular deva ser universalmente aplicável, como é observado por Singer⁴³⁷.

Embora a primeira formulação do imperativo categórico expresse-se em termos de universalidade segundo o mandamento “age somente segundo uma

⁴³⁶ O'NEILL, Onora. **Towards justice and virtue**: a constructive account of practical reasoning. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 74.

⁴³⁷ SINGER, Peter. **Ética prática**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 20.

máxima tal que possa ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal⁴³⁸, isso não significa a imposição de nenhuma conduta uniforme. Apenas exige que, para ser moral, a máxima ou o princípio subjetivo da vontade do agente siga esse mandamento, sendo algo válido para todos. Tanto que quando transgredimos um dever, não pretendemos que a máxima que motivou essa violação se torne lei universal; ao contrário, tomamos apenas a liberdade de abrir nela uma exceção em proveito da nossa própria inclinação ou de nossos interesses, sem, muitas vezes, levarmos em consideração a existência do outro⁴³⁹. Por isso que, em sua segunda formulação, o imperativo expressa o valor absoluto do homem como fim do agir moral: “age de modo a jamais tratar a si e aos outros simplesmente como meios, mas sempre como fins em si”⁴⁴⁰. Nela, a humanidade não é um fim subjetivo dos homens e sim um fim objetivo, que constitui, como lei, a condição suprema que restringe todos os fins particulares⁴⁴¹. Logo, quem age moralmente toma o outro em conta. Em sua terceira e última formulação, o imperativo erige a autonomia da vontade como pressuposto, pois exige que o homem considere que formulou dita lei pela própria vontade. É a afirmação que somente a vontade submetida à lei moral é uma vontade livre⁴⁴².

O dever está contido no imperativo categórico, articulado em termos de universalidade e de humanidade e esse é o dever em relação ao outro. Até aqui, pode-se extrair duas conclusões em relação à ação moral: é aquela feita por dever, porque o dever é que permite sua universalização (primeira formulação do imperativo) – característica lógica dos juízos éticos, segundo Tugendhat - e porque tem como referencial o valor intrínseco da vida humana (segunda formulação do imperativo). O que Kant procura demonstrar é a motivação que faz os homens agirem moralmente, na medida em que Deus e a natureza das coisas deixaram, na modernidade, de fundamentar os juízos morais. E a resposta reside na ideia de reino de fins, que resulta da noção de liberdade como obediência e coexistência. A liberdade é entendida como obediência (à lei moral), porque somente a lei moral

⁴³⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 51.

⁴³⁹ Ibid., p. 55.

⁴⁴⁰ Ibid., p. 64.

⁴⁴¹ Ibid., p. 61.

⁴⁴² Ibid., p. 71.

manda que o homem seja tratado, sempre, como um fim em si mesmo e isso vale universalmente. Como Kant só concebe a liberdade na coexistência e jamais de uma forma isolada (para um homem ser livre todos os demais também devem sê-lo), a vontade livre é aquela que se conforma à moralidade. A liberdade, segundo Kant, só é possível no reino de fins, do qual o homem participa somente como ser autônomo, e que se constitui no motivo de interesse dos homens agirem moralmente⁴⁴³.

Lévinas percebe a relação entre liberdade e obediência, quando refere que “o homem livre está consagrado ao próximo e ninguém pode salvar-se sem os outros”. E acrescenta: “ninguém pode permanecer em si mesmo (sou): a humanidade do homem, a subjetividade, é uma responsabilidade pelos outros, uma vulnerabilidade extrema. A volta a si mesmo se converte em uma volta interminável”⁴⁴⁴.

Os mandamentos morais remetem os homens à fundação do reino de fins, onde se ligam por leis morais que mandam, incondicionalmente, que todos se tratem e sejam tratados como fins e nunca como meios para a obtenção de fins. Aí reside a relação entre autonomia e dependência, de que fala Renaut, pois cada um está obrigado, em obediência à lei moral, a reconhecer o valor absoluto da humanidade em todos os demais seres humanos. Somente nesse “reino”, os homens são livres, mas a condição para dele participarem é a submissão à moral. A liberdade e a moral, portanto, referem-se uma à outra⁴⁴⁵. E a submissão à moral pressupõe ser membro legislador de si mesmo, ou seja, ser autônomo, e, como a autonomia funda a liberdade e a liberdade só existe onde se é tratado como um fim em si, a lei moral é a única que torna a vontade autônoma⁴⁴⁶. Observa-se, assim, que em Kant, a dignidade humana reclama um caráter intersubjetivo e relacional, ao sublinhar a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos. Lévinas assinala, com precisão, a dimensão desse respeito:

⁴⁴³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 66.

⁴⁴⁴ LÉVINAS, Emmanuel. **Humanismo del otro hombre**. 2. ed. Madrid: Caparrós, 1998. p. 93.

⁴⁴⁵ KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 39.

⁴⁴⁶ HERRERO, Javier Franciso. **Religião e história em Kant**. São Paulo: Loyola, 1991. p. 22.

Respeitar não pode significar submeter-se, ainda que não obstante o outro me mande. Se me manda, me reconhece como capaz de obrar. Respeitar não é inclinar-se ante a lei, senão ante um ser que me manda fazer algo. Mas para que este mandato não comporte humilhação alguma – pois isso me retiraria a mera possibilidade de respeitar -, o mandato que recebo deve ser ao mesmo tempo o mandato de mandar a quem me manda. Consiste em mandar-lhe que me mande. Esta referência de mandato a mandato consiste no fato de dizer “Nós”, de tomar partido. Devido a esta referência de um mandato a outro, “Nós” não é o plural de Eu⁴⁴⁷.

Como sujeito ético, o sujeito moderno inscrito no horizonte da autonomia, não poderia, de forma alguma, conceber-se como tal sem considerar a sua relação com os outros homens no seio de uma comunidade ou considerando o outro como inimigo ou rival na apropriação das coisas⁴⁴⁸. Esta é a noção que subjaz ao reino de fins de que fala Kant. Assim, a modernidade foi, ao mesmo tempo, o palco onde se desenvolveu o individualismo (a valorização do homem como indivíduo autossuficiente) e o *locus* de onde emergiu uma concepção de homem considerado como fundamento de suas normas, isto é, como sujeito autônomo e ético⁴⁴⁹. Se a formulação kantiana é a expressão da moral moderna, não se pode sustentar que ela legitime a instituição de práticas e comportamentos egoístas, a menos que se a distorça ou então que se restrinja o sentido do “outro” da segunda formulação do imperativo categórico a “alguns outros”. Como vimos, isto, de fato, aconteceu desde que se estabeleceram, na modernidade, padrões de racionalidade que excluíram as mulheres e os colonizados, por exemplo. Mas se o caráter histórico e social do signo faz com que as dinâmicas forças sociais submetam-no a constantes mudanças nos processos de significação, de modo a alterar, expandir ou restringir seus significados, o conceito de “outro”, “ser humano” ou “ser racional”, por si só, não se presta a esta leitura restritiva.

De qualquer modo, as leituras negativas da modernidade têm se justificado diante do triunfo do individualismo sobre o humanismo. A forma como as inovações da modernidade impactaram e transformaram as sociedades humanas tem sido

⁴⁴⁷ LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nosotros**: ensayos para pensar el otro. Valencia: Pre-Textos, 2001. p. 48.

⁴⁴⁸ RENAUT, Alain. **A era do indivíduo**: contributo para uma história da subjectividade. Tradução de Maria João Batalha Reis. Lisboa: Instituto Piaget, 1989. p. 87.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 80.

interpretada de forma profundamente pessimista, tendo em vista as relações sociais assimétricas produzidas pela preeminência do culto ao dinheiro e ao poder. De fato, como observa Todorov, tanto o desejo de enriquecer, quanto a paixão pelo ouro não são fatos modernos, mas a subordinação de todos os outros valores a eles, sim⁴⁵⁰. Todavia, embora os traumas da marca colonizadora, da globalização econômica, da imposição de padrões éticos e estéticos representem uma feição do projeto moderno, não podem, por outro lado, sufocar a herança emancipatória da modernidade, que se articulou justamente na ideia de direitos humanos. Como observa Douzinas, dentro da tradição moderna, o desenvolvimento histórico do direito moderno conduziu a uma bifurcação ou a dois tipos de “direitos”: de um lado, aqueles que foram associados com a posse e a propriedade sobre as coisas e as pessoas; de outro, eles foram adotados como armas na luta revolucionária dos explorados, humilhados e degradados. Nesse sentido, os direitos humanos tornaram-se a última expressão da moralidade da lei, das políticas governamentais e das relações internacionais⁴⁵¹ ou, como pontua Lévinas, em “entes mais legitimados que qualquer legislação, mais que qualquer justificação, a medida de todas as leis e de toda ética”⁴⁵². Ora, a posição que os direitos humanos ocupam hoje está estreitamente relacionada com a própria advertência de Kant no sentido de que “uma teoria do Direito meramente empírica é como a cabeça de madeira na fábula de Fedro. Uma cabeça que pode ser muito formosa, mas que não tem senso”⁴⁵³.

A sobrevivência de práticas e de valores emancipatórios foi possível porque, apesar do profundo impacto do individualismo sobre as formas de vida modernas e pós-modernas, jamais existiu a figura do indivíduo como entidade existindo em completo isolamento ou da sociedade como mera acumulação ou somatório desestruturado de muitas entidades individuais que, no entanto, existe independente e para além desses indivíduos. Esta foi a forma como a teoria do contrato social, tão difundida entre nós, explicou o surgimento da sociedade civil e da relação dos indivíduos com o Estado. De modo que a noção de sociedade que se estabelecera

⁴⁵⁰ TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América**: a questão do outro. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 206.

⁴⁵¹ DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 253.

⁴⁵² LÉVINAS, Emmanuel. The rights of Man and the Rights of the Other. Translated by Michael B. Smith. In: _____. **Outside the subject**. London: The Athlone Press, 1993. p. 116.

⁴⁵³ KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. p. 45.

na modernidade remete à ideia de associação composta por indivíduos, que, portanto, se unem por um ato de vontade, pressupondo a possibilidade de existirem isoladamente. Ocorre que ao pensarmos a pessoa fora do meio social e a sociedade como fruto da soma de vontades individuais, pensamos que é possível exercer a liberdade fora dela, como se a pessoa humana pudesse subsistir em total isolamento, o que é uma impossibilidade lógica⁴⁵⁴. Norbert Elias demonstra que o melhor caminho para compreender a estrutura social depende da superação desse dualismo, comparando a relação entre sociedade e indivíduos à que existe entre a casa e os tijolos ou entre as notas e a melodia⁴⁵⁵. Isso porque os seres humanos são constituídos de modo a ter que estabelecer relações com o grupo e com as coisas. Somos seres dependentes desde o momento em que passamos a existir: primeiro, do sangue materno e, depois, do leite. Até avançarmos muito em idade, somos dependentes dos pais e assim segue sendo ao longo da vida:

O indivíduo sempre existe, no nível mais fundamental, na relação com os outros, e essa relação tem uma estrutura particular que é específica de sua sociedade. Ele adquire sua marca individual a partir da história dessas relações, dessas dependências, e, assim, num contexto mais amplo, da história de toda a rede humana em que cresce e vive. Essa história e essa rede humana estão presentes nele e são representadas por ele, quer ele esteja de fato em relação com outras pessoas ou sozinho, quer trabalhe ativamente numa grande cidade ou seja um naufrago numa ilha a mil milhas de sua sociedade⁴⁵⁶.

A própria pessoa humana é um construto social, pois, como observa Dussel⁴⁵⁷, só existe na relação prática (da práxis), que nada mais é que o ato humano que se dirige a outra ou a outras pessoas. A práxis é a condição para alguém se tornar pessoa, já que as experiências de estar próximo só se realizam no contato com o outro. Esta relação com o outro, como constitutiva da pessoa, é revelada na própria etimologia da palavra, que provém do grego *prósopon*: é o mostrar o rosto, estar cara a cara com o outro. O mesmo significado permanece na

⁴⁵⁴ DUMONT, Louis. **Ensaio sobre o individualismo**: uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Dom Quixote, 1992. p. 82.

⁴⁵⁵ ELIAS, Norbert. **A Sociedade dos indivíduos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 25.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 31

⁴⁵⁷ DUSSEL, Enrique. **Ética comunitária**. Buenos Aires: Ediciones Paulinas, 1986. p. 17.

compreensão cristã do termo que, como vimos, remete à idéia de relação como constitutiva do tornar-se pessoa: a realidade das pessoas da Santíssima Trindade é constituída pela relação que têm entre si. Portanto, o surgimento, a partir do Renascimento, da imagem de ser humano como indivíduo emancipado não significou o fim da ideia de comunidade, inaugurando, em seu lugar, um espaço de convivência humana composto por entidades independentes e autossuficientes, muito embora a tradição e o papel da religião tenham perdido sua posição central e dominante no pensamento. A nossa constituição como indivíduos era e continua sendo profundamente determinada pelas relações que necessariamente estabelecemos com o meio e com os outros, pois, em última análise, somos seres dependentes. A transformação do homem em ser autônomo não excluiu a condição de dependência.

Mesmo assim, está muito difundida a ideia de que os direitos humanos são uma instituição ligada à imagem de ser humano individualista e a-histórica, o que pode ser claramente observado em seus críticos. Pelo fato de se colocar os direitos humanos em dependência de uma determinada imagem de pessoa, a interpretação de sua validade torna-se limitada. Portanto, as causas da dificuldade de definir e de aceitar os direitos humanos como categoria universal residem naquilo que está pressuposto no seu discurso hegemônico: a leitura abstrata ou restritiva das ideias de pessoa e de dignidade humanas. Nessa perspectiva, Douzinas sustenta que “para defender a ideia da transcendência sem abandonar a disciplina da história, nós precisamos reexaminar a origem e a trajetória do direito natural”⁴⁵⁸ e, para isso, propõe ao longo de sua obra “conceber uma genealogia dos direitos humanos, na forma de uma alternativa histórica ao direito natural, em relação ao qual a promessa da dignidade humana e da justiça social não se realizou e pode nunca vir a ser completamente realizada”⁴⁵⁹. Quando Tugendhat questiona “o que pode significar que seres humanos têm determinados direitos simplesmente porque são seres

⁴⁵⁸ To defend the idea of transcendence without abandoning the discipline of history, we need to re-examine the origin and trajectory of natural law. DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 14

⁴⁵⁹ To offer a genealogy of human rights, in the form of an alternative history of natural law, for which the promise of human dignity and social justice has not been met and can never be fully realized. *Ibid.*, p. 14.

humanos” ou “o que significa ter um direito que não foi concedido”⁴⁶⁰, ele chama a atenção para a insuficiência da concepção naturalista sobre a origem dos direitos humanos, que supõe que os seres humanos nascem com esses direitos, tal como nascem com seus órgãos. O autor sustenta que, à semelhança dos demais direitos (legislados ou contratados), os direitos humanos também são direitos concedidos. Dito de outro modo e parafraseando Douzinas, são frutos da luta por reconhecimento. Mas mesmo essa luta precisa de uma bandeira.

Então, nós precisamos repensar as bases nas quais os direitos humanos foram historicamente justificados como forma de adjudicar-lhes realidade no mundo contemporâneo, pois é justamente este mundo que não se satisfaz com fundamentos que pareçam fundamentais ou, até mesmo fundamentalistas⁴⁶¹, sobretudo porque a imposição (e a exportação) de um determinado padrão de racionalidade converteu-se unicamente em motivo para opressão. Desta forma, o discurso dos direitos humanos somente fará sentido em nossos dias se dermos aos pressupostos liberais e individualistas do direito moderno, que são usualmente apresentados como a única teoria dos direitos humanos, o lugar de copartícipe nessa história e não de protagonista.

A aceitabilidade dos direitos humanos depende, desta forma, de uma releitura da ideia de pessoa humana, que dê conta da diversidade cultural que eles procuram conciliar. Uma abordagem intercultural dos direitos humanos revela que há valores universais, dependentes de características humanas comuns que fazem os seres humanos igualarem-se entre si. Como assinala Höffe, uma análise mais atenta demonstra que os direitos humanos resistem até aos critérios antropológicos mais herméticos de definição do humano, escapando, portanto, do relativismo, mas ao mesmo tempo sem cair na temida uniformidade dos conceitos universais. Como ele mesmo destaca, “a teoria dos direitos humanos reclama uma rediscussão antropológica e axiológica”, onde um conceito de pessoa humana interculturalmente válido seja construído a partir de condições básicas da existência humana. Isso porque “tornar-se pessoa significa submeter-se às condições de consumação do

⁴⁶⁰ TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. Tradução de Robson Ramos dos Reis et al. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 344.

⁴⁶¹ DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 246.

humano e a ideia dos direitos humanos conforma-se àquilo que faz possível a pessoa como tal⁴⁶².

A releitura dos pressupostos que tornam os direitos humanos uma categoria contestável para as culturas não ocidentais depende da expansão semântica dos conceitos de pessoa e de dignidade humanas. Resgatar alguns elementos esquecidos no discurso dos direitos humanos oferece critérios que tornam possível a rediscussão do “humano” e, por consequência, potencializam as suas possibilidades de aceitação. É neste sentido que se inserem a tradição e os discursos latino-americanos inaugurados por Las Casas e Poma de Ayala. Tratam-se de visões periféricas, se considerarmos que, desde os primórdios da modernidade, o poder de enunciação do conhecimento tem sido ocidental (aqui, volto a me referir à Europa e aos Estados Unidos, precipuamente). Por outro lado, são visões que permitem desafiar a concepção individualista e abstrata de ser humano que tem servido de fundamento teórico para os direitos humanos. Isso porque possibilitam pensar a concepção de “homem como ser moral, que tem direitos a serem realizados em sociedade”⁴⁶³, o que não significa, por outro lado, que os direitos humanos não possam ter a natureza de direitos individuais.

Dentro desse paradigma, é possível propor uma leitura menos ortodoxa à obra de Kant, sustentando que a dignidade do outro é o referencial de validade das ações morais, e, por conseguinte, dos direitos humanos, o que significa dizer que o respeito ao outro advém de sua dignidade e que a autonomia, como capacidade de escolher, tomar decisões e agir de acordo com elas, é o que dá sentido à ideia de dignidade. Nessa perspectiva, conceitos teoricamente conflitantes, como autonomia e alteridade, deixam de sê-lo, tornando-se um critério moral universalizante.

A dignidade humana, embora referida a cada homem individualmente, somente se realiza no contexto da alteridade, ou melhor, pressupõe uma dimensão

⁴⁶² HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 185-192

⁴⁶³ Vicente Barretto defende que é requisito básico que a concepção individualista do ser humano ceda lugar à concepção de homem como ser moral, que tem direitos a serem realizados em sociedade BARRETTO, Vicente. Multiculturalismo e Direitos Humanos: um conflito insolúvel? In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 306.

moral que, como sustenta Lévinas, se inscreve no cara a cara com o Outro⁴⁶⁴. Como observa Maritain, o fato de a dignidade estar arraigada ao homem funda uma ordem social que impõe exigências morais válidas no mundo da experiência, da história e do fato, e que cria, tanto para a consciência, quanto para a lei escrita, o princípio permanente e as normas primeiras e universais do direito e do dever⁴⁶⁵. O humanismo que se desenvolveu no referencial moral latino-americano nos permite tomar o "humano" dos direitos humanos por um ser cuja existência se transforma em alteridade e onde uma relação de mútuo reconhecimento ocorre. É como Lévinas os concebe:

Uma liberdade na fraternidade, na qual a responsabilidade de um-pelo-outro é afirmada e através da qual os direitos humanos se manifestam *concretamente* à consciência como direitos do outro, pelo qual Eu sou responsável. Sua manifestação original como direitos da outra pessoa e como uma responsabilidade para um *Eu*, como meu dever fraternal – esta é a fenomenologia dos direitos do homem. Mas na sua *mise-en-scène* original há também a afirmação, como uma manifestação de liberdade, dos direitos da pessoa obrigada, não apenas como resultado de uma simples transferência e graças à generalização dos direitos do homem como eles aparecem nos outros para a pessoa obrigada. [...] Minha liberdade e meus direitos, antes de se manifestarem em minha oposição à liberdade e aos direitos de outra pessoa, manifestar-se-ão precisamente em forma de responsabilidade, na fraternidade humana⁴⁶⁶.

Com isso pretendo afirmar que a dimensão humanista, que a modernidade também nos legou, implica o reconhecimento do outro como igual a mim, o que está

⁴⁶⁴“Pode a consciência moral separar-se de um mandamento recebido, de uma certa heteronomia e de uma relação com o outro, com uma exterioridade?” LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nosotros**: ensayos para pensar el otro. Valencia: Pre-Textos, 2001. p. 31.

⁴⁶⁵ MARITAIN, Jacques. Acerca de la filosofía de los derechos del hombre. In: **Los derechos del hombre**. Barcelona: Laia, 1976. p. 113.

⁴⁶⁶.A freedom in fraternity, in which the responsibility of one-for-the-other is affirmed, and through which the rights of man manifest themselves concretely to consciousness as the rights of the other, for which I am answerable. Their original manifestation as rights of the other person and as duty for an I, as my fraternal duty – that is the phenomenology of the rights of man. But in their *mise-en-scène* there is also the affirmation, as a manifestation of freedom, of the rights of obligated person, not only as the result of a simple transference and thanks to a generalization of the rights of man as they appear in others to the obligated person. [...] My freedom and my rights, before manifest themselves precisely in the form of responsibility, in human fraternity. An inexhaustible responsibility: for with the other our accounts are never settled. LÉVINAS, Emmanuel. The rights of man and the rights of the other. Translated by Michael B. Smith. In: _____. **Outside the subject**. London: The Athlone Press, 1993. p. 125.

implícito no significado dos direitos humanos. Esta é a condição dos direitos humanos definida na obra de Las Casas e Poma de Ayala, porque, segundo eles, um ser humano só tem direitos quando os outros o tratam como um igual e não como coisas, animais ou sub-humanos. Como seres humanos, somos mais do que simplesmente os membros da espécie *Homo Sapiens*. Segundo Lyotard, "matar um ser humano não é apenas matar um animal da espécie *Homo Sapiens*, mas matar a comunidade humana presente tanto em suas capacidades quanto em suas promessas"⁴⁶⁷. De modo que, ao matar alguém, matamos a nós mesmos. Daí a explicação de Todorov para a dizimação dos índios americanos pelos espanhóis na conquista da América como consequência não apenas da vontade de enriquecer e de poder, mas do não reconhecimento da sua plena humanidade.

As narrativas latino-americanas demonstram que os direitos humanos incorporam o sentido do reconhecimento mútuo, porque enunciam a versão do oprimido, da vítima, do vulnerável. Isso fica claro, como observa Douzinas⁴⁶⁸, por meio da história política dos últimos dois séculos marcada pela luta para ampliar o reconhecimento da cidadania a grupos excluídos, de homens e mulheres pobres, de diversas minorias e de não nacionais. Daí a razão por que o significante "humano" ou "humanidade" não funciona como um termo vazio, mas como um significante flutuante (*floating signifier*, nas palavras do autor). O seu valor simbólico é enorme, pois aumenta a cada nova luta pelo reconhecimento e proteção dos direitos humanos. Então, para que alguém tenha direitos humanos, que, na modernidade, é sinônimo de ser humano, é preciso reclamá-los, reivindicá-los. A expansão do significante "humano" com o reconhecimento de um novo direito significa o êxito dessa reivindicação. Neste sentido, Douzinas argumenta que os direitos humanos constroem seres humanos e não o contrário.

Eu sou humano, porque o outro me reconhece como tal, o que, em termos institucionais, significa que eu sou reconhecido como um detentor de direitos humanos. Escravos ou animais não são humanos, porque eles não têm direitos humanos. Nada em sua essência os impede de ter direitos, nem os assegura. A escravidão foi abolida apenas quando a diferença entre livres e escravos foi

⁴⁶⁷ LYOTARD, Jean-François. The other's rights. In: HEYDEN, Patrick. **The politics of human rights**. St. Paul, MN Paragon House, 2001. p. 181.

⁴⁶⁸ DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 255.

reinterpretada, contra a tradição aristotélica e através de longas lutas políticas, não como uma instância da diferença natural entre as raças, mas como o caso mais extremo e inaceitável de dominação e opressão.⁴⁶⁹

As lutas políticas de que fala Douzinas são lutas por reconhecimento, que, em última análise, objetivam estender o significado do humano dos direitos humanos, tanto que o autor se refere a ele como um significante aberto a novas significações. Isso porque este é um conceito legal que pressupõe a noção de sujeito de direito e, portanto, depende de uma operação da lei, que é justamente o reconhecimento. Acontecendo ou não esse reconhecimento, a questão é que a pessoa real é mais complexa que o sujeito de direito dos direitos humanos, pois está imersa no mundo da vida, tensionada por sua história, seus valores, suas mazelas, desafiando, cada vez mais, as noções tradicionais que nos remetem a pensar o humano. Nem sempre uma ideia coincide com a outra e o fato de coincidir também não é garantia de que, de fato, esses direitos serão gozados. Assim, foi o reconhecimento dos direitos dos negros escravos, das mulheres, dos índios, dos homossexuais e de tantos outros, mundo afora. Como observa José Carlos Moreira da Silva Filho, ao se perceber a pessoa como titular de direitos e capaz de obrigações, ela não pode ser simplesmente tida como um universal racional, mas também, e paradoxalmente, como um particular concreto. Isso porque há inúmeros aspectos reais da vida em relação que ficam de fora dos recortes funcionais e abstratos da teoria jurídica e que só podem ser percebidos na dimensão concreta da existencialidade⁴⁷⁰. Então, o reconhecimento dos direitos humanos é sempre produto dos embates das pessoas que vivem o mundo real desprovidas destes mesmos direitos.

⁴⁶⁹ Human rights construct humans. I am human because the other recognizes me as human which, in institutional terms, means as a bearer of human rights. Slaves or animals are not humans because they have no human rights, nothing in their essence either stops them from having rights or guarantees them. Slavery was abolished only when the difference between free and slaves was re-interpreted against the Aristotelian tradition and through long political struggles, not as an instance of natural difference between the races but as the most extreme case of unacceptable domination and oppression. DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 371.

⁴⁷⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado: Anuário 2007. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 250.

O que a dimensão humanista da modernidade nos legou foi um critério que tornou essa luta possível, ao articular as noções de autonomia, alteridade e dignidade. Isso porque a autonomia, além de não ser uma categoria eminentemente individualista, harmoniza-se ou concorda com a idéia de alteridade, pois o outro é uma exigência *a priori* da própria autonomia, que se impõe não porque alguém é, de alguma forma, superior, mas porque tem uma dignidade, porque sofre e sente. Essa herança moderna remonta, em grande parte, ao humanismo do século XVI que floresceu nos primeiros anos da conquista do que viria a ser a América Latina e marcou o pensamento ético-político na região desde então. A conquista da América foi o palco dos primeiros embates em torno do alcance e do significado do homem, precisamente porque a percepção da diferença em termos de inferioridade e a consequente violação foram as condições empíricas para este embate. A conquista revelou a primeira violação massiva e sistemática de direitos em consequência do não reconhecimento da plena humanidade do outro, confirmando que o sujeito de direitos humanos não é uma abstração distante das Declarações de direitos, mas seres humanos de carne e osso, iguais no que tange a dignidade. Isso não significa negar as diferenças que são, em tudo, valiosas e respeitáveis, mas em dizer que elas não podem ser convertidas em termos de inferioridade/superioridade de modo a justificar desigualdade no acesso ao que há de mais básico para uma existência decente. Utilizando a aptidão humana para o progresso e para a ciência como pretexto para a sua análise da igualdade, Pontes de Miranda já dizia que era cedo para afirmar que alguns povos jamais os alcançariam, mas mesmo considerando que isso fosse verdade, “de modo nenhum bastaria essa menorvalia para que os homens tivessem que ser tratados, no que são iguais, como desiguais”⁴⁷¹.

É nesse sentido que a alteridade do outro e do mundo da vida se apresenta como critério para um diálogo universalizável. Como defende Ruiz, o incentivo pelo crescimento da vida e o desenvolvimento da felicidade do outro são critérios objetivos e culturais, com potencial universalizante, pois são critérios relativos e plurais, que permitem a cada cultura, sociedade e pessoa desenvolver o modo

⁴⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 4, p. 48.

próprio de valores, princípios e práticas⁴⁷². Este seria um caminho pelo qual antigos temas podem ser relidos, a partir de uma nova abordagem pós-moderna da ética:

Sugiro que a novidade da abordagem pós-moderna da ética consiste primeiro e acima de tudo não no abandono de conceitos morais caracteristicamente modernos, mas na rejeição de maneiras tipicamente modernas de tratar seus problemas morais (ou seja, respondendo a desafios morais com regulamentação normativa coercitiva na prática política e com a busca filosófica de absolutos, universais e fundamentações na teoria). Os grandes temas da ética – como direitos humanos, justiça social, equilíbrio entre cooperação pacífica e auto-afirmação pessoal, sincronização da conduta individual e do bem-estar coletivo – não perderam nada de sua atualidade. Apenas precisam ser vistos e tratados de maneira nova⁴⁷³.

Com isso quero dizer que o fato de os direitos humanos serem um discurso emergente dos tempos modernos tem levado a interpretações equivocadas, que podem ser visualizadas nos elementos do seu discurso hegemônico. Tem-se sustentado que os mesmos valores do individualismo que hoje determinam, em grande parte, as formas egoístas e excludentes de vida e de convívio social são os mesmos que fundamentam a ideia de direitos humanos. Seriam eles a expressão do ideal ocidental de vida boa que pressupõe, necessariamente, a exclusão de seu âmbito de proteção de todos aqueles que não se submetem a essas condições e que não se encaixam nos seus modelos de racionalidade. O que tentei demonstrar é que não foi esta dimensão unitária, monolítica e arrogante da modernidade a que sobreviveu no discurso dos direitos humanos. Respondendo às questões propostas no início dessa seção, o que sobreviveu no discurso dos direitos humanos foi o ideal emancipatório fundado na ideia de autonomia como dependência e coexistência. Como vimos, tais desdobramentos humanistas são também uma leitura possível da modernidade, muito embora não tenham conseguido se destacar no sistema mental das sociedades modernas e contemporâneas. Talvez nunca consigam e, por isso, muitos afirmem que os direitos humanos são uma utopia. No entanto, os valores emancipatórios que remontam à modernidade, e que tem na dignidade humana sua

⁴⁷² RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. O (ab)uso da tolerância na produção de subjetividades flexíveis. In: SIDEKUM, Antônio (Org.). **Alteridade e multiculturalismo**. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 157.

⁴⁷³ BAUMAN, Zigmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997. p. 8.

expressão mais bem acabada, não são o resultado apenas do universo moral europeu, mas da convergência de concepções de mundo advindas de diversas culturas, inclusive latino-americana.

6.2 Substancialização da ideia de pessoa humana na Constituição Brasileira e o resgate da alteridade para dentro do Direito

A ideia de pessoa humana na Constituição Brasileira de 1988 é, portanto e a exemplo da que se consagrou na fase contemporânea de direitos humanos, universal. Considera-a todo e qualquer ser humano, independentemente do modo como ele se apresenta e se relaciona com o mundo, sem necessitar de nada para que seus direitos sejam reconhecidos e respeitados, além de sua condição humana⁴⁷⁴. Ao afirmar isso, pode parecer que eu esteja confirmando exatamente aquilo que contestei ao longo da tese, pois, sendo esta uma concepção liberal-individualista, de matriz moderna e ocidental, ela foi, de fato, transplantada para o nosso contexto, tal como sugere o modelo padrão de difusão do direito. Mas não é nada disto. Se hoje o ocidente invoca para si a paternidade desta ideia, devemos lembrar que, durante toda a modernidade, sua visão de pessoa humana não era nada universal. Desde que a natureza humana foi identificada como racionalidade, mais seres humanos foram excluídos do que incluídos dentro do seu significado, como observam Douzinas, Rorty e Taylor.

Em suas lições de filosofia da história, Hegel expressou, de modo bem claro, a forma como os europeus assimilavam as diferenças e as convertiam no binômio superioridade/inferioridade para negar direitos a quem não atendia aos padrões de racionalidade europeus; antes dele, porém, foi Ginés de Sepúlveda e a quase totalidade dos atores da conquista da América. Se o holocausto ou os horrores da Segunda Guerra Mundial foram necessários para despertar a consciência europeia para a urgência de se repensar o sentido da pessoa humana e de sua dignidade,

⁴⁷⁴ Não se pretende, com isso, dizer que toda e qualquer pessoa possa exercer indistintamente todos os direitos humanos que a Carta contempla; assim, a um estrangeiro estão vedados certos direitos políticos, da mesma forma que ao preso, à criança e outros seres humanos que, por circunstâncias especiais, não podem exercer determinados direitos.

aqui, talvez, essa consciência já existisse desde o genocídio de milhões de índios, da escravização de milhões de africanos e da pauperização de milhões deles, dos mestiços e dos brancos em uma sociedade que emergiu do colonialismo. Não foi por acaso a gestação da longa tradição dos direitos humanos que começou, na América Latina, com Las Casas e que se estende até as atuais Constituições dos países da região, vertendo importantes contribuições para a construção dos pressupostos humanistas.

É assim que as análises que se fazem do texto da Constituição de 1988, a despeito de muitas vezes silenciarem sobre a tradição na qual ele está inserido, o que se deve, provavelmente, à necessidade de identificá-la ao sepultamento dos anos de repressão e de atraso democrático, sinalizam a presença de um alto potencial para a reconstrução do Direito brasileiro no século XXI. Após um século de atrocidades e de aprofundamento da miséria e do sofrimento dos seres humanos e do planeta, e que não se encerrou com o fim da Segunda Guerra Mundial, mas ainda persiste neste início de século, as ordens jurídico-políticas estão sendo desafiadas a impedir a reprodução desse modelo. Como assinala Vicente Barretto, a adequação a uma sociedade plural e democrática é o desafio diante do qual se encontra o Direito no limiar do século XXI, exigindo-se, portanto, a construção de um patamar normativo que alicerce uma sociedade diversificada, na qual valores e interesses diversos e, às vezes, contraditórios, não inviabilizem a sobrevivência do grupo social⁴⁷⁵. De fato, este é o desafio que a contemporaneidade, marcada, como já vimos, pelo policentrismo e o pluralismo, impõe ao Direito. Não é este, por acaso, o retrato do Brasil: uma sociedade extremamente diversificada e plural, mas que ainda se ressentir de uma vida digna que alcance todos os seus setores?

Darcy Ribeiro nos ensina que o povo brasileiro é o resultado da confluência e do caldeamento do invasor português com índios e negros africanos, ambos utilizados como escravos. Sob a regência dos portugueses, a fusão e o enfrentamento de matrizes raciais díspares, tradições culturais distintas e formações sociais defasadas provocaram o surgimento de um povo novo, com um novo modelo de estruturação social. É nisso que Ribeiro insiste em sua obra: nós brasileiros,

⁴⁷⁵ BARRETTO, Vicente de Paulo. O direito no século XXI: desafios epistemológicos. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 288, 2005.

somos um povo novo, porque surgimos como uma etnia nacional, diferenciada culturalmente das matrizes formadoras e fortemente mestiçada, mas também diferente dos gêneros humanos que já existiam. Diferenciamos-nos dos portugueses, pelos traços herdados dos índios americanos e dos negros africanos, que, mais tarde, “abrasileiraram” os imigrantes europeus e asiáticos que se instalaram no Brasil. Toda essa confluência de variadas matrizes etnicoculturais poderia ter desencadeado uma sociedade multiétnica, dilacerada pela tensão de componentes diferenciados e conflituosos, como ocorre em diversas partes do mundo, em que minorias étnicas são massacradas. Mas no Brasil ocorreu o contrário; apesar de, fenotipicamente, sobreviverem os traços das variadas ascendências, não sobreviveu, por outro lado, uma lealdade étnica que provocasse disputas por autonomia frente à Nação, porque essa múltipla ancestralidade não se converteu em antagonias raciais, culturais ou regionais⁴⁷⁶.

Apesar disso tudo, subjaz à uniformidade cultural brasileira, uma profunda distância social, gerada, segundo Ribeiro, pelo tipo de estratificação que o próprio processo de formação nacional produziu. O povo do Brasil, como de resto, o da América Latina, não surgiu da evolução de formas anteriores de sociabilidade, mas da concentração de força de trabalho escrava, recrutada e ordenada de forma violenta e repressiva, para servir a interesses absolutamente alheios aos seus⁴⁷⁷. O propósito dessa organização – prover o mercado mundial e enriquecer a metrópole – aprofundou o distanciamento social entre as classes na América Latina, porque somente ela é capaz de manter esse modelo socioeconômico. Assim, a despeito da uniformidade cultural brasileira, multiplicam-se tensões sociais de outra ordem, que são visíveis no aumento dos índices de criminalidade violenta no país.

Os territórios da América Latina constituíram, desde a ocupação pelos espanhóis e portugueses, colônias de exploração de matérias-primas e de mão-de-obra escrava, com o objetivo único de transferir riquezas para o nascente capitalismo europeu. Inicialmente, a exploração atingiu os povos indígenas, dentre os quais a maior parte foi dizimada por guerras, maus tratos ou doenças trazidas pelos conquistadores;

⁴⁷⁶ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 17-8.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 21.

após, foram os africanos, trazidos para o trabalho escravo e, depois, libertos e deixados à margem da economia de mercado formal. Os territórios latino-americanos não foram ocupados com o intuito de se construir uma nova sociedade, mas tão-somente para viabilizar a exploração de riquezas e abastecer o mercado mundial. As sociedades latino-americanas foram sendo forjadas a partir de um modelo de estranhamento gerado pelas profundas desigualdades entre a minoria cidadã, portanto, portadora de direitos, e a grande maioria excluída de qualquer condição digna de vida. Em outras palavras, a ideia de bem comum passou ao largo do processo histórico de formação social, gerando uma tradição cultural que fez da América Latina um lugar privilegiado para a proliferação de grupos humanos em situação de extrema vulnerabilidade: índios, crianças, velhos, mulheres, pobres e empobrecidos, negros etc. Vulnerabilidade esta que se caracteriza precipuamente pela falta de condições materiais de acesso e gozo real de direitos básicos ligados à dignidade de cada um. De modo que o déficit de reconhecimento dos direitos humanos decorre de um problema intimamente ligado ao processo de colonização, que é a falta de reconhecimento mútuo dentro das sociedades latino-americanas, originada pelas relações assimétricas e desiguais que se estabeleceram. A reprodução inconsciente, mas também muitas vezes consciente, na estrutura mental brasileira, das relações de “casa grande e senzala” ajuda a manter a sociedade extremamente desigual e conflituosa na qual vivemos. E não poderia ser diferente, como analisa Ribeiro:

Nenhum povo que passasse por isso como sua rotina de vida, através dos séculos, sairia dela sem ficar marcado indelevelmente. Todos nós brasileiros somos, por igual, a mão possessa que os suplicou. A doçura mais terna e a crueldade mais atroz aqui se conjugaram para fazer de nós a gente sentida e sofrida que somos e a gente insensível e brutal, que também somos. Descendentes de escravos e de senhores de escravos seremos sempre servos de malignidade destilada e instalada em nós, tanto pelo sentimento da dor intencionalmente produzida para doer mais, quanto pelo exercício da brutalidade sobre homens, sobre mulheres, sobre crianças convertidas em pasto de nossa fúria. A mais terrível de nossas heranças é esta de levar sempre conosco a cicatriz de torturador impressa na alma e pronta a explodir na brutalidade racista e classista. Ela é que incandesce, ainda hoje, em tanta autoridade brasileira predisposta a torturar, seviciar e machucar os pobres que lhe caem às mãos. Ela, porém, provocando crescente indignação nos dará forças, amanhã, para conter os processos e criar aqui uma

sociedade solidária⁴⁷⁸.

É por isso que a viabilização de um patamar normativo que ofereça condições para a sobrevivência do grupo social passa pela institucionalização dos direitos humanos e pela garantia de condições para a sua efetiva observação: tal é o objetivo precípua da Carta de 1988. Mas por quê?

Como tivemos oportunidade de observar, apesar de a sociedade brasileira, assim como a latino-americana, ter se constituído a partir de relações assimétricas de poder, que resultaram na pauperização da maior parte de sua população, os valores morais que aí se afirmaram não se coadunam com estruturas sociais hierárquicas e estamentais, onde o valor da vida de cada indivíduo possa ser instrumentalizado em favor de algum valor considerado superior pelo grupo. Não se trata, evidentemente, do culto ao individualismo burguês, onde é correto pensar que os indivíduos possam dar vazão a suas vontades e desejos, sem considerar o outro e a sociedade em que vive, e que o Direito deva cancelar esse modelo. Segundo se consagrou em nossa tradição, compartilhamos a ideia de que certos aspectos da vida humana são invioláveis e, por mais opressão que ainda exista, os oprimidos têm consciência disso. E talvez por isso ainda persistam, no Brasil e na América Latina, condições incipientes de segurança e justiça. Portanto, se o Estado Democrático de Direito foi o ideal de vida boa que se consolidou desde a modernidade, e também na América Latina e no Brasil, então o reconhecimento dos direitos humanos é condição necessária para seu êxito.

É possível, assim, que a empolgação que toma conta dos juristas brasileiros da atualidade tivesse também encontrado eco em Pontes de Miranda. Disso jamais saberemos, muito embora possamos suspeitar. Em um momento em que discussões sobre o princípio da igualdade que fundamenta a universalidade dos direitos humanos eram raras no meio jurídico, o autor já afirmava que a ideia de igualdade dos homens se assenta no fato de que todos eles são entes humanos e, por mais diferenças que possam existir entre si, estas, de forma alguma, justificam a diferença

⁴⁷⁸ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 108.

de tratamento no que se refere à titularidade de direitos humanos. Tanto que afirma que a existência de fundo comum entre as “raças humanas” obrigaria a que se tratassem igualmente todos os homens, segundo as suas necessidades, e que “quando o século XVIII falou em Direitos do Homem, com maiúsculas, era a isso, estritamente a isso, que se queria referir”⁴⁷⁹.

A questão é que a Constituição de 1988 vem, mesmo que com sobressaltos, assumindo uma feição reconciliadora dentro da sociedade brasileira. Como observa Douzinas, o adjetivo “humano”, da expressão “direitos humanos”, é um significante flutuante, o que o torna um conceito subdeterminado a envolver discursos e práticas diversos, múltiplos e, até mesmo, conflitantes⁴⁸⁰. Por outro lado, as pessoas são seres de carne e osso, com sentimentos, necessidades, aspirações, desejos. A universalidade da ideia de pessoa humana acolhida pela Constituição não significa a sua abstração; ao contrário, considera as profundas diferenças entre as pessoas, mas proíbe que sejam motivo para a desigualdade no acesso a direitos intimamente relacionados à dignidade humana. Ao contrário de abstrair, a Constituição vem dando conteúdo à ideia de pessoa humana, na medida em que cada vez mais novos atores surgem no domínio jurídico brasileiro: idosos, crianças, pobres, índios, mulheres vítimas de violência doméstica, pessoas portadoras de deficiências físicas e mentais, negros, pobres. José Carlos Moreira da Silva Filho refere que, a partir da Constituição de 1988, o Direito brasileiro tem sido desafiado a assumir as consequências da pluralidade étnica brasileira e de chamar os seus intérpretes e atores a repensarem a visão padronizante do sujeito de direito tradicional. A intenção é a de criar um espaço no qual as peculiaridades concretas e existenciais dos diferentes sujeitos que compõem o todo social possam se expressar e serem reconhecidas a partir de si mesmas⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 4, p. 52.

⁴⁸⁰ DOUZINAS, Costas. **Human rights and empire: the political philosophy of cosmopolitanism**. Abingdon: Routledge-Cavendish, 2008. p. 8.

⁴⁸¹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (orgs.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado: Anuário 2007**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 268.

Após 1988, houve uma proliferação de estatutos de direito voltados à proteção da pessoa, nas suas diversas formas de manifestação. Cite-se, como exemplos, o Estatuto da criança e do adolescente (Lei nº 8069/90), a Lei do Sistema Único de Saúde (Lei nº 8080/90), o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), as disposições do Novo Código Civil relativas aos direitos de personalidade, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) e, até mesmo, o novo Estatuto dos povos indígenas, que ainda se encontra em discussão no Congresso Nacional, todos inspirados e criados à luz da Constituição de 1988. Todas essas legislações têm em comum a proteção e a promoção da dignidade humana e o pressuposto de que a pessoa humana, independentemente de seus vínculos e papéis sociais, possui um núcleo de intangibilidade moral. O Código Civil, por exemplo, atribui aos direitos de personalidade as qualidades da intransmissibilidade e da irrenunciabilidade, enquanto o novo Estatuto do Índio, que se encontra em discussão no Congresso Nacional, parte da premissa da autodeterminação dos povos indígenas, abandonando a antiga concepção assimilacionista contida no Código Civil revogado de que os índios ficariam sob o regime tutelar até sua adaptação à civilização do país. Maria Celina Bodin de Moraes⁴⁸² destaca que, no âmbito do direito civil, a Constituição de 1988 operou uma profunda mudança de paradigma, trazendo à tona um “renovado humanismo”, fortemente influenciado pelos movimentos pacifistas, feministas, ambientalistas, antirracistas e anticolonialistas. Antes dominada por uma postura individualista, em que o Direito devia zelar unicamente pela supremacia da vontade das partes, abstendo-se de qualquer interferência que visasse o restabelecimento da justiça nas relações privadas, hoje o que se observa é a preocupação com a dignidade das pessoas envolvidas nessa relação. A autora assinala que, nesse contexto, as tradicionais concepções de direito subjetivo, considerado um poder atribuído à vontade individual, cederam lugar ao entendimento de que os poucos limites que se antepunham a este arbítrio são cada vez mais significativos. O projeto constitucional do século XX, que tem na pessoa humana a sua mais alta expressão, provocou a redefinição dos limites da autonomia privada, tornando o seu exercício dependente dos ditames da solidariedade social⁴⁸³. Como resultado dessa mudança de paradigma, no qual a pessoa humana ocupa lugar central, “as pessoas” das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos portadores de deficiência, dos não-proprietários, dos

⁴⁸² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 75.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 105.

contratantes em situação de inferioridade, dos membros da família, das vítimas de acidentes anônimos, etc, passaram a ser tuteladas com prioridade. Nesta reflexão, a autora dimensiona a invasão do direito privado brasileiro pelo constitucionalismo, onde a pessoa humana ocupa lugar privilegiado, pondo de lado preocupações eminentemente individualistas com as desiguais condições das partes, de regra, envolvidas neste tipo de relações.

Ao contrário das Constituições anteriores, após 1988, a igualdade formal diante da lei vem se convertendo em igualdade substancial, com auxílio da lei. A Constituição Brasileira vem, assim, provocando mudanças no cenário social brasileiro, ao permitir a proliferação de legislações protetivas e, assim, resgatar pessoas e grupos sociais que antes não tinham acesso a quaisquer direitos. De fato, a Constituição consagrou, ao lado do direito à liberdade, o princípio da solidariedade social, o que não poderia ser diferente se entre seus princípios figura a dignidade da pessoa humana. Maria Celina Bodin de Moraes assinala que este princípio tem como corolário a garantia de uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva justa e livremente, sem excluídos e marginalizados, e, por isso, não pode mais ser relegado ao âmbito das ações eventuais, éticas ou caridosas desde que se tornou um princípio geral do ordenamento jurídico e dotado, portanto, de força jurídica⁴⁸⁴.

Isso se deve ao fato de a Constituição Brasileira de 1988 ter assumido, como modelo, o Estado Democrático de Direito. De acordo com Bolzan de Moraes, a figura do Estado Democrático de Direito constituiu uma terceira forma de Estado de Direito, exatamente porque agregou um *plus* às formas anteriores (Liberal e Social). O Estado Democrático de Direito tem um caráter transgressor que implica inserir a incerteza da democracia no Direito e reestruturar a sociedade, adaptando os primados da juridicidade liberal da segurança jurídica a uma ordenação jurídica voltada para a garantia do futuro, e não para a conservação do passado⁴⁸⁵. Trata-se de uma forma de Estado sustentada por dois pilares, a saber, a democracia e os

⁴⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 114-5.

⁴⁸⁵ MORAIS, José Luiz Bolzan de. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 55.

direitos fundamentais, que tem como consequência, para o Direito, a atribuição do papel de impulsionador de transformações sociais qualitativas e quantitativas, a partir da atuação dos agentes do sistema jurídico⁴⁸⁶:

Mais do que procedimentos, a Constituição instituidora do Estado Democrático de Direito apresenta, a partir de uma revolução copernicana do direito constitucional, a determinação da realização substantiva dos direitos sociais, de cidadania e aqueles relacionados diretamente à terceira dimensão de direitos. Para tanto, o Direito assume uma nova feição: a de transformação das estruturas da sociedade⁴⁸⁷.

Lenio Streck entende que a Constituição Brasileira representa “um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas”⁴⁸⁸. De fato, se tomarmos por “moderna” a dimensão humanista que nos legou a democracia e os direitos humanos, ela é, sim, o seu depositário. Mas, por outro lado, não podemos esquecer que o colonialismo é a outra face da modernidade, enquanto os discursos unitários e excludentes são a sua condição de possibilidade. Assim, ela é também um texto aberto aos desafios plurais e multicontextuais da contemporaneidade, que, aliás, marcam fortemente o cenário brasileiro. José Carlos Moreira da Silva Filho destaca que a Constituição desafia a noção tradicional de sujeito de direito construída nos primórdios da modernidade e que pressupõe um conceito racional e abstrato de pessoa, privilegiando, em seu lugar, a diversidade antropológica. Nas suas palavras, a “Constituição Brasileira escancara uma porta para a alteridade, remetendo os atores jurídicos a um verdadeiro exercício de reconhecimento e respeito aos valores e sentidos de um mundo situado na exterioridade da onipotência ocidental”⁴⁸⁹. A Constituição de 1988 tem o potencial – ainda não explorado – de responder aos desafios contemporâneos com múltiplas ferramentas, porque valoriza, ao invés de ignorar, e dá visibilidade, ao invés de esconder, os

⁴⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 85 e 90.

⁴⁸⁷ Ibid., p. 87.

⁴⁸⁸ Ibid., p. 74.

⁴⁸⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (orgs.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado: Anuário 2007. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p. 269.

novos discursos e novos atores que reivindicam espaços nunca antes reconhecidos na história brasileira. É um resgate, uma reconciliação com os seres humanos marginalizados e excluídos que, diante da concepção de pessoa humana adotada pela Constituição Brasileira, não pode mais subsistir.

O que está aí, no entanto, luta contra o processo de desconstrução, amesquinamento e desconstitucionalização, visíveis nos inúmeros retrocessos sociais, políticos, jurídicos e econômicos pelos quais o país vem passando. Críticas à (quase) ausente força normativa da Constituição ou à baixa constitucionalidade preponderante no cenário jurídico brasileiro não são objeto desta tese, mas não posso concluí-la sem me referir a este problema. Afinal, como diz Lenio Streck, “a Constituição – e tudo o que representa o constitucionalismo contemporâneo – ainda não atingiu o devido lugar de destaque (portanto, cimeiro) no campo jurídico brasileiro”⁴⁹⁰, pois não havia (e ainda não há), no país, “um caldo de cultura apto a recepcionar essa verdadeira revolução copernicana que alçou o Direito constitucional ao *status* de disciplina dirigente”⁴⁹¹.

Portanto, apesar dos avanços democráticos trazidos pela Constituição de 1988, continuaremos sob a égide de práticas autoritárias, antidemocráticas, elitistas e desigualitárias, que aviltam a pessoa humana, caso não ocorra uma profunda mudança na cultura jurídica brasileira, que passe pela tomada de consciência da força normativa da Constituição. Vicente Barretto destaca que esta cultura é profundamente marcada pelo positivismo jurídico descomprometido com a consideração, na aplicação das normas estabelecidas pela Constituição, de critérios valorativos. Isso porque o jurista atém-se apenas à análise estrita do texto da lei, sendo incabível a dimensão compreensiva que leva em conta considerações de natureza moral, social ou política⁴⁹² que, aliás, estão explícitas no texto constitucional. Inúmeros são os exemplos de como o modelo de Direito que predomina no país está longe de responder às demandas sociais que não mais se

⁴⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 76.

⁴⁹² BARRETTO, Vicente. Perspectivas Epistemológicas do Direito no Século XXI. In: ROCHA, Leonel Severo et al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 249.

resumem à dimensão interindividual do paradigma contratualista. E a razão disso é a resistência da comunidade jurídica em aplicar o arcabouço normativo privilegiado da Constituição e não reconhecer, sobretudo, no ser humano vulnerável a sua condição de pessoa. É como se no Brasil só existissem os velhos Códigos e as velhas leis; tudo acontece como se a Constituição, e toda sua dimensão humanista, fossem objetos de ornamentação para melhorar nossa imagem na comunidade internacional, mas que, na realidade, não tem qualquer relevância.

Trata-se, portanto, de “continuar olhando o novo com os olhos do velho”, de que fala Lenio Streck e que talvez explique o problema que ele mesmo constata: “de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição que garante esses direitos da forma mais ampla possível”⁴⁹³. É que ao consagrar a ideia universal de pessoa humana, a Constituição de 1988 propôs o rompimento da estrutura de poder que insiste em se organizar em torno do eixo do colonialismo. Ocorre que o poder, no Brasil, como de resto na América Latina, ainda continua sendo exercido como nos tempos coloniais: contra a democracia, a cidadania, a nação e a modernização, de que fala Streck.

A efetiva democratização e o incremento dos direitos humanos passam, assim, pela descolonização das relações sociais, políticas e culturais que mantêm e reproduzem a divisão social e racial, em completa afronta aos princípios e aos objetivos da Constituição. Descolonização significa tomar consciência e abandonar velhos pré-conceitos, que se traduzem em prejuízos. Tais pré-conceitos são aqueles que visualizam as diferenças entre as pessoas – raça, cor, orientação sexual, gênero, classe social e muitas outras – e, imediatamente, as assimilam dentro da categorização mental que as divide em termos de inferioridade/superioridade. Esta é a espinha dorsal dos discursos eurocêntricos e que ainda se reproduzem nas sociedades latino-americanas para justificar a interdição de direitos a maior parte da população, que, em função desta assimilação, se encaixa nas categorias humanas inferiores. Isso tem a consequência de simplesmente negar-lhes a condição humana e, portanto, os direitos humanos. A Constituição Brasileira já deixou para trás estes pré-conceitos, ao adotar uma ideia de pessoa humana que, além de ser central para

⁴⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 84.

o ordenamento jurídico, reconhece o ser humano, seja qual for o modo como se expresse sua existencialidade. Ela identifica, reconhece e respeita a diversidade que caracteriza o ser humano, em seus mais variados aspectos, e proíbe que esta diversidade seja motivo para sua inferiorização ou para a interdição de direitos. Resta, agora, que esta concepção se introjete na consciência social.

7 CONCLUSÃO

A Constituição Brasileira de 1988 elegeu explicitamente, entre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, e, entre seus princípios fundamentais, a prevalência dos direitos humanos. Ao fazê-lo, assumiu uma ideia de pessoa humana que, embora não suficientemente clara, constitui a premissa do conjunto de direitos humanos reconhecidos no texto constitucional. Afinal, os direitos humanos são uma espécie de direitos morais que alguém possui pelo fato de ser um ser humano? Ou, então, pelo fato de ser uma pessoa humana? Um primeiro olhar pode ignorar a diferença havida entre os dois questionamentos, mas se atentarmos para o debate bioético atual, que suscita dilemas como direitos de embriões ou fetos, de pacientes em estado vegetativo terminal e de certos animais, perceberemos a controvérsia que, ainda hoje, existe em torno do significado de dignidade e de pessoa humanas.

Esta é uma questão que acompanha a história da humanidade. As dificuldades de se conceituar o elemento subjetivo dos direitos humanos - que são o seu traço diferencial em relação aos demais direitos morais e subjetivos - exige que se compreenda a genealogia da ideia de pessoa humana no pensamento ocidental. O conceito de pessoa percorreu um longo caminho na história ocidental pré-moderna, que evidencia que considerar ser humano e pessoa como quase sinônimos é um fenômeno bastante recente na história da humanidade. As profundas mudanças pelas quais passou o significado de pessoa decorrem do modo de conceber o homem e a sua relação com o mundo.

Muito embora a ideia de pessoa tenha surgido na Antiguidade Clássica, neste período, ser humano não significava, necessariamente, ser pessoa. Pessoa deriva, etimologicamente, do vocábulo *prosopon*, que está relacionado à forma visível do ser humano, portanto, ao que ele representa no convívio social. Por isso, mais tarde, foi associado à ideia de máscara ou papel representado pelo ator no teatro. Tanto para a antropologia antiga, como para a medieval, ao contrário de ser considerada uma unidade autônoma e superior a qualquer outra existência, a vida humana individual só adquiria alguma significação quando inserida no *cosmos*

organizado ou submetida à relação estabelecida com Deus. A concepção de homem ou de ser humano, no início da civilização ocidental – mais especificamente Greco-romano – não estava identificada com a de pessoa humana, na forma como o termo pessoa era concebido pelos povos antigos: dependente da posição social que alguém era capaz de assumir.

Isto só ocorreu com a virada antropocêntrica da modernidade, cuja herança cristã, aliada à drástica revolução no modo de vida do ocidente (revoluções religiosa, comercial e científica), provocou a elevação da figura humana à condição central no mundo da vida. A crença na igualdade humana e a confiança no poder da razão fizeram com que o homem revolucionasse a forma de se autocompreender e de conceber as relações com o mundo e com Deus. O homem declarou-se um ser livre e apto a transformar o mundo. A conexão entre a ideia de pessoa humana e de direitos humanos remonta, portanto, aos primórdios da modernidade, quando a noção de liberdade tornou qualquer ser humano apto a ser reconhecido como pessoa. As formas de diferenciação social deixaram de ser aceitas como justificativa para a interdição do exercício da liberdade e, por consequência, dos direitos. A teologia cristã, que afirmou o compartilhamento de uma mesma natureza humana por todos, em razão da igual condição de filhos de Deus, foi crucial para que emergisse, na modernidade, a ideia de centralidade da pessoa humana.

Todavia, a identificação entre ser humano e pessoa continua a ser desafiada, dependendo da abrangência do conceito de pessoa. Há uma divisão doutrinária sobre quem deve e quem não deve ser incluído no conceito de pessoa e isto tem, obviamente, efeitos no reconhecimento dos direitos humanos. Desde os surpreendentes avanços da tecnociência nos últimos anos, temos sido desafiados a determinar se a dignidade decorre do simples fato de alguém pertencer à espécie humana (do simples fato de ser humano) ou se é resultado do fato de alguém ostentar características moralmente relevantes (pensamento, consciência, linguagem etc), cujo gozo atual e pleno seria *conditio sine qua non* para a caracterização da pessoa. De qualquer sorte, desde a modernidade, não se discute, ao menos teoricamente, que aqueles que nascem vivos são pessoas e, por isso, têm direitos humanos. Isso faz com que o discurso dos direitos humanos esteja amparado na ideia de centralidade de pessoa humana, que é o indivíduo humano

conhecido e reconhecido pelos outros indivíduos. Mas isso nem sempre foi tão claro e, pelo menos até a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, muitos seres humanos nascidos vivos continuavam excluídos do conceito de humanidade.

Por isso, a interpretação deste fenômeno, que se estabelece na virada antropocêntrica moderna, não é unívoca. Enquanto alguns entendem que ele levou à emergência do sujeito autocentrado e individualista e de sociedades baseadas em valores destrutivos, outros entendem que serviu ao reconhecimento de que a dignidade de cada ser humano é o valor que norteia o ideal de vida boa de qualquer sociedade. Assim, leituras antagônicas vêm determinando a própria compreensão dos direitos humanos, na medida em que o discurso dos direitos humanos envolve uma filosofia da pessoa que atribui enorme relevância ao indivíduo e ao seu poder de consentimento.

A tradição política e filosófica que remonta aos Gregos e aos Romanos foi rompida pelas ideias modernas de direitos subjetivos e sujeito de direitos, uma vez que nestas sociedades a individualidade e a primazia da liberdade individual cediam lugar à concepção do homem dependente e inserido na ordem social. Na modernidade, ser pessoa tornou-se independente dos vínculos sociais do ser humano, de modo que o papel social, a linhagem familiar, a nacionalidade, a etnia ou a classe social se tornaram fatores irrelevantes para a caracterização do ser humano como pessoa. Ao menos teoricamente.

Para permitir o reconhecimento da condição de sujeito de direito à pessoa humana, o Direito sofreu uma profunda reformulação. A idéia de lei natural foi retomada da escolástica clássica e tomista, mas, simultaneamente, redefinida, já que o pensamento clássico presumia um todo harmonioso e uma justiça universal, em que cada parte deste todo deveria encontrar o seu lugar previamente fixado pela Natureza. Na modernidade, a lei natural constituiu-se a partir da transformação no conceito de natureza, que deixou de significar o *cosmos* organizado, ou Deus, para ser a expressão da racionalidade humana. O surgimento da noção de direito subjetivo, que representa o reflexo, no campo jurídico, do poder de vontade garantido ao sujeito, altera completamente o conceito clássico de direito (*jus*). O sujeito de direito é uma invenção moderna e um aspecto fundamental para o próprio

entendimento de como a modernidade se constituiu, na medida em que uma de suas características mais importantes é a definição de homem como um ser com direitos inerentes, que a ordem jurídica deve proteger. Com isso, a idéia de direito natural fundado na racionalidade humana estabeleceu-se na cultura jurídica europeia do século XVII, partindo da existência de direitos inatos do ser humano ao desenvolvimento de sua personalidade e, portanto, anteriores ao Estado Civil, produto do contrato social. Os direitos subjetivos individuais, invioláveis e necessários são entendidos como consequência lógica e imediata da natureza humana e, por isso, valem contra o Estado, que só existe para garantir as precárias liberdades individuais pré-existentes ao contrato social. Assim, a racionalidade tornou-se o nome do atributo humano que fundamenta a moralidade devido ao fato de que os seres humanos são os únicos aptos, não somente a sentir, mas a conhecer e a transformar. Há, portanto, um distanciamento da relação com Deus como fundamento da igualdade de todos os seres humanos, transferindo-se, na modernidade, para a razão humana.

Por outro lado, a passagem da condição de ser humano à de pessoa é uma operação legal; daí a modernidade ser a época em que o mundo foi subjetificado. A lei, portanto, define quem é pessoa, o que equivale a dizer, quem tem direitos e quais são estes direitos. O Estado tornou-se o lugar por excelência do seu exercício e o sujeito devedor dos direitos humanos. Isto resulta na fundação de uma ordem social individualista, em que a relação entre direitos e deveres estabelece-se a partir da bipolaridade que caracteriza as posições dos indivíduos e do Estado, muito embora a própria condição para o acesso destes direitos tenha se tornado dependente de uma operação propriamente estatal. O que se percebe é que a condição humana inicialmente suficiente para o acesso e o gozo de certos direitos básicos precisa, antes, superar obstáculos de ordem epistemológica (quem é e quem não é ser humano?) e de ordem política (existe lei para reconhecer a condição de sujeito de direito?).

Na tradição ocidental, a defesa dos direitos humanos, como direitos universais, tem as suas raízes na exaltação do indivíduo e na incomparável importância do ser humano derivada de sua própria racionalidade. O fato de ser um indivíduo humano como condição para ser pessoa representou a possibilidade

concreta de inclusão de todos em considerações morais e legais, muito embora, o surgimento da figura do Estado-nação tenha desafiado essa noção de forma contundente. Devido à identificação entre as ideias de pessoa, de dignidade e de indivíduo humano, que foi alçado à posição mais alta dentre todos os seres, os direitos humanos são considerados os direitos de todos em todos os tempos. O fato de o discurso dos direitos humanos estar atrelado a esta premissa é facilmente constatável entre os teóricos dos direitos humanos.

Há um consenso de que os direitos humanos nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista de sociedade. Portanto, noções de centralidade da pessoa humana, surgimento dos direitos humanos e individualismo são confundidos e vistos como as diversas facetas da filosofia personalista moderna, que estimularam os eventos políticos da Europa a partir do século XVII. Nesse contexto, o pensamento juspolítico ocidental afirma, com veemência e convicção, que os direitos humanos são uma idéia criada e desenvolvida no Ocidente. Primeiro, porque esses direitos apareceram, originalmente, em seus documentos jurídicos: *Petition of Rights*, de 1628 e *Bill of Rights*, de 1689, na Inglaterra, e Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, na França. Segundo, porque os pensadores iluministas europeus foram os primeiros a formularem as bases teóricas nas quais se assenta a justificação teórica dos direitos humanos: Thomas Hobbes, René Descartes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant e outros; terceiro, porque a Europa apresentou, na Modernidade, as bases histórico-materiais para o aparecimento dos direitos humanos: o mercado e o Estado-nação.

Ocorre que os eventos inaugurais da positivação dos direitos humanos - a Declaração de direitos da Virgínia de 1776, mas principalmente, a Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão de 1789 – importaram no triunfo do indivíduo sobre a sociedade. Tais Declarações representaram a expressão legal do projeto iluminista fundado na promessa de emancipação do indivíduo das formas de opressão política. No entanto, o próprio iluminismo incorpora uma tradição individualista constituída ao longo do processo de formação da sociedade ocidental. Portanto, o individualismo tem, nestas Declarações, um forte acento, ao mesmo tempo em que elas são consideradas a máxima inspiração do discurso

contemporâneo dos direitos humanos. A estática ligação dos direitos humanos aos pressupostos liberais das Revoluções Americana e Francesa do século XVIII – liberdade, igualdade e segurança - tem gerado desconfianças que ainda hoje perseguem a ideia dos direitos humanos e obstaculizam suas possibilidades de validade universal. Isso porque os seus preceitos não alcançaram senão a proteção do homem burguês, branco e ocidental, como Marx registrou em sua crítica.

Assim, em seus primeiros momentos de reconhecimento legal, os direitos humanos estiveram ligados a pressupostos liberais considerados a expressão máxima do individualismo moderno. Identificado ao domínio do cientificismo sobre a ética e ao tipo de relação tecnicista que se estabeleceu a partir do século XIX, o individualismo é considerado a visão de mundo responsável pela exacerbação das ideias de autossuficiência e de independência, potencializadas pelo domínio da ciência em todas as dimensões do agir humano. Levado ao extremo esta particular visão de mundo permitiu a emergência de um sujeito autocentrado e egoísta, em busca da garantia de seus direitos contra quem quer que seja. Isso fez com que a herança moderna fosse percebida, por muitos críticos, como uma catástrofe, em razão do tipo de sociedade atomizada e egoísta que originou um mundo extremamente desigual e fragmentado.

Poucos seres humanos ao redor do planeta conseguiram assumir esta condição de independência e de autossuficiência, de modo que a centralidade do indivíduo não se universalizou senão na imposição do domínio da cultura europeia sobre outros povos. De fato, atingir a condição de indivíduo livre, autocentrado, independente, que é o resultado final da construção histórica do pensamento moderno sobre o homem, não é universal e inerente a toda a humanidade. A história dos dois últimos séculos mostrou que para alcançar essa condição, não bastava ser um ser humano, mas preencher certos requisitos que apenas homens brancos, ocidentais e proprietários foram capazes. Assim, todas as histórias, experiências, recursos e produtos culturais acabaram por girar em torno da hegemonia europeia ou ocidental, que passou a controlar as formas de subjetividade, cultura e produção de conhecimento ao redor do mundo.

Isso se deve ao fato de que a ideia de pessoa humana construída no imaginário moral e jurídico do ocidente, nos primórdios da modernidade, não passou de uma abstração com reflexos morais e jurídicos. O Direito moderno ocidental constituiu-se a partir da figura do sujeito de direito, que é uma categoria relacionada à ideia abstrata e racional de pessoa. A crença cristã de que cada ser humano, em sua individualidade, pelo simples fato de ter nascido, tem dignidade e direitos iguais a qualquer outro, foi, de forma paradoxal, a causa de parte de sua distorção. Essa distorção foi a conversão da dignidade em um critério de valor acessível a poucos, pois possibilitou que seu sentido fosse manipulado de modo a justificar que uns fossem mais dignos que outros. E isso em função da ideia de racionalidade que passou a fundamentar a dignidade, já que o caráter uniformizante das categorias racionais torna difícil lidar com a pluralidade e a diferença, levando ao etnocentrismo. É justamente nesse período que nascem as concepções de raça e a gradação da humanidade em termos de valor, a partir de diferenças sociais, étnicas, raciais, sexuais e assim por diante.

Ao lado de uma cultura universal dos direitos humanos, temos, atualmente, uma cultura eurocêntrica dos direitos humanos. As grandes contestações aos pressupostos nos quais o discurso dos direitos humanos está baseado demonstra que a concepção eurocêntrica não tem grande possibilidade de se afirmar. São pressupostos baseados na ideia paradigmática da superioridade do padrão de vida europeu e na irracionalidade dos povos que não compartilham o mesmo *modus vivendi*. Os atributos escolhidos pelos europeus para definir a pertença à humanidade sempre foram negados ao outro não europeu: os muçulmanos, nas cruzadas, os povos indígenas, na América e os negros, na África. Daí os direitos humanos serem vistos com desconfiança, como mais uma tentativa de imperialismo ocidental e de imposição de seus valores.

A ligação com pressupostos filosóficos da cultura ocidental desafia a afirmação dos direitos humanos como um ideal libertário para a humanidade. Para muitos povos de matriz não ocidental (chamados, de forma indistinta, de orientais), aceitar a sua validade significa permanecer subjugado ao ideal de vida boa da Europa e dos Estados Unidos, que, paradoxalmente, só pode servir a poucos ou, dito de outro modo, só funciona na medida em que a maioria dos seres humanos fique

excluída do processo de fruição de bens, mesmo os mais essenciais. Universalizar uma ideia de indivíduo autocentrado entre povos cuja concepção de ser humano está enraizada em considerações religiosas, que, ao contrário do ocidente, não foram secularizadas, sempre encontrará insuperáveis resistências. Isso, no entanto, não significa que os direitos humanos sejam uma ideia rejeitada pelos povos chamados orientais. Simplesmente, a importância do ser humano fundamenta-se de forma diferente àquela do ocidente, pois se dá a partir da relação com Deus ou com algo transcendente, que não a razão.

Muitos pensadores destas culturas argumentam que a proteção da dignidade da pessoa humana é um ideal defensável em qualquer cultura, o que não significa, porém, que seja sinônimo de defesa da dignidade do indivíduo. O foco na defesa dos direitos individuais implica, via de regra, repercussões negativas, porque o seu reconhecimento pode levar à desintegração social ou ao prejuízo dos interesses da coletividade. A percepção sobre a validade dos direitos humanos em muitas culturas não-ocidentais existe, ao invés da opinião da maioria, mas está baseada exatamente na natureza corporativa destes direitos, pois, como já disse, o indivíduo não ocupa, nestas sociedades, a posição destacada que possui nas culturas ocidentais.

A polêmica que cerca este assunto está presente também no contexto legal, social e filosófico latino-americano. Na América Latina, a discussão não gira em torno do multiculturalismo, como é o caso dos povos orientais. A viabilidade desse projeto parece não ser questionada, tanto que, do ponto de vista jurídico, os Estados latino-americanos estão perfeitamente inseridos no contexto global de proteção dos direitos humanos, além de possuírem um sistema regional de proteção. A face mais visível do problema segue sendo a ineficácia destes direitos que, no entanto, não deixa de estar ligado ao problema conceitual destes direitos especificamente no contexto latino-americano. Na discussão sobre a história e a construção dos pressupostos filosóficos e políticos dos direitos humanos, o papel da América Latina costuma ser simplesmente ignorado, como se os direitos humanos tivessem ingressado nas legislações dos seus países e no seu sistema internacional como transplantes da cultura jurídica europeia.

A condição colonial e subalterna dos povos latino-americanos, que os tornou protagonistas da história dos direitos humanos, é simplesmente ignorada, apesar das insurreições populares, das lutas de independência, dos conflitos e das revoluções dos séculos XIX e XX. O problema é que esta concepção está largamente difundida, criando uma espécie de estranhamento em relação ao tema que se reflete na forma como os direitos humanos são tratados no Brasil e, de resto, na América Latina.

Esta percepção é, ainda, reforçada pela crença de que os sistemas jurídicos de diversos países no mundo hoje, notadamente as ex-colônias, como é o caso brasileiro, foram historicamente constituídos como reproduções do modelo europeu e que, por essa razão, pertencem ou à família da *Common Law* (no caso da América do Norte) ou à da *Civil Law* (no caso da América Latina). Trata-se do impacto do colonialismo sobre a forma de compreender a constituição dos sistemas jurídicos mundo afora e, portanto, da reprodução da visão eurocêntrica. A esta visão subjaz a concepção de que a Europa produz conhecimentos e instituições a partir de sua própria experiência, enquanto outros mundos e outras culturas permanecem imersos em seu primitivismo e irracionalidade. A perspectiva histórica da modernidade situou as populações colonizadas no passado de uma trajetória cujo ponto culminante é a própria Europa. Hegel deixa clara essa concepção em suas Lições de Filosofia da História.

Todavia, o modelo padrão de difusão do Direito padece de sérias limitações, tornando insuficiente compreender a formação e o desenvolvimento dos sistemas jurídicos dos países colonizados a partir dele. Este modelo pressupõe o paradigma no qual o Direito vem sendo compreendido desde o século XIX, segundo o qual os sistemas jurídicos dos países colonizados são transplantes das leis e instituições jurídicas europeias. Como tal, reproduz o projeto eurocêntrico, fazendo-o comprometido com uma visão de mundo que já não encontra suporte na realidade atual. Por outro lado, não se leva em conta a complexidade que caracteriza o contexto contemporâneo. Nesse contexto, a perspectiva translegal, proposta por Twining, oferece possibilidades de perceber o fenômeno de difusão do Direito como um processo mais variado e complexo, que ocorre globalmente e não de forma unidirecional envolvendo apenas centro e periferia. O cenário mundial transformou-se profundamente desde o fim da Segunda Guerra Mundial e, especialmente, após o

fim da Guerra Fria, fazendo emergir o complexo e plural contexto contemporâneo, que desafia noções unitárias e uniformizantes. Pelas inúmeras limitações intrínsecas a este modelo, uma nova perspectiva global para compreender a gênese e a constituição dos sistemas jurídicos vem sendo atualmente defendida.

Sob esta perspectiva, a tradição jurídica ocidental aparece apenas como um modelo limitado, tendendo ao etnocentrismo. A perspectiva de análise global pretende ser mais compreensiva que isto e, para tanto, toma em conta realidades transculturais. Os processos de difusão do Direito são observados a partir das mudanças trazidas pela globalização, onde tradições e culturas legais periféricas são levadas em conta, destacando-se a diversidade e a complexidade dos fenômenos legais. Muitos fenômenos trazidos à tona pela globalização operam em níveis subglobais, razão pela qual uma disciplina do Direito, razoavelmente compreensiva, necessita abranger todos os níveis da ordem legal, incluindo as supraestatais, bem como as não-estatais. Mais que as leis e os institutos jurídicos propriamente ditos, as práticas sociais institucionalizadas ganham destaque nesta análise.

O modo como os sistemas legais se constituem e se desenvolvem ocorre muito mais sob uma perspectiva translegal do que sob um modelo unilateral que ignora as particularidades dos inúmeros contextos espaço-temporais fora do ocidente. Embora os Estados-nação continuem sendo os agentes preponderantes em termos de domínio legal, a difusão pode se dar entre diferentes ordens legais e através de diferentes níveis geográficos e não apenas horizontalmente entre sistemas legais estatais. Da mesma forma, os caminhos pelos quais o Direito se difunde podem ser complexos e indiretos, determinando recíprocas influências entre diferentes sistemas legais. Muito além de os processos de difusão envolverem atos formais de adoção de leis e institutos jurídicos, eles também ocorrem em níveis menos formais, onde ideias, comportamentos ou acontecimentos são recebidos e ressignificados de modo a causar impacto direto na teoria legal, nas leis, nas instituições ou mesmo nas decisões judiciais. Com isso, deve-se admitir que Direito difunde-se através de um longo processo que não representa uma simples e passiva recepção de institutos jurídicos do país A pelo país B, na medida em que isso envolve a mistura de novos elementos a uma tradição já complexamente constituída.

Inúmeros exemplos relacionados à forma como se desenvolveram e como hoje funcionam os sistemas jurídicos dos países latino-americanos demonstram as insuficiências de pensá-los como espelhos do modelo jurídico romano-germânico, pois apresentam sensíveis diferenças em relação a qualquer sistema jurídico europeu considerado isoladamente. Isso não significa negar a profunda influência do modelo do Direito ocidental, mas simplesmente mostrar que o contato entre diferentes culturas provoca metamorfoses nos sistemas jurídicos dos agentes envolvidos, pois a influência é mútua. Ao contrário do que o modelo padrão de difusão do direito procura sustentar, não há meros transplantes ou imposição unilateral de modelos que provêm das sociedades mais capazes de pensá-los e de desenvolvê-los e que, por isso, se impõem sobre outras menos desenvolvidas ou civilizadas.

Ao perquirir a dimensão da centralidade da pessoa humana na Constituição Brasileira, percebe-se que ela também é um objeto de difusão do Direito, pois não apenas leis e institutos jurídicos são considerados parte dele, senão ideias, comportamentos ou acontecimentos. Como tal, pressupor que os aportes da filosofia personalista moderna sejam suficientes para compreender esta ideia implicaria considerar a construção dos direitos humanos como o resultado de um processo passivo de recepção do ideário exclusivamente europeu. Da mesma forma, a noção de que o Direito europeu não absorveu nada das experiências coloniais estabelecidas com o resto do mundo pode ser amplamente desafiada.

A forma como se constroem e se desenvolvem os sistemas jurídicos demonstra ser contestável que, na América Latina, eles constituam a transposição, ainda que combinada, dos modelos europeu e norte-americano, inclusive no que se refere ao reconhecimento e à proteção dos direitos humanos. O resgate do papel da América Latina no desenvolvimento histórico destes direitos e na construção de uma peculiar visão humanista é fundamental para compreender o seu desenvolvimento no Brasil a partir da noção de centralidade de pessoa humana. No entanto, os elementos dessa história permanecem esquecidos, sobretudo desde a segunda metade do século XX, reforçando visões estreitas e unilaterais acerca dos direitos humanos, não somente na América Latina, mas também no resto do mundo. Fatores como o advento da guerra fria, que converteu o debate no conflito ideológico entre a

prevalência dos direitos civis e políticos, de um lado, e dos direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, o foco nos problemas agudos de violação dos direitos humanos na África, assim como a centralização do debate no problema da universalidade, que acirrou as discussões sobre relativismo cultural, explicam em parte este esquecimento.

Mas por trás disto, há um discurso hegemônico dos direitos humanos construído com base em uma história, que, por outro lado, é uma instituição que legitima a enunciação de acontecimentos, ao mesmo tempo em que silencia sobre outros, o que é visível na construção deste discurso. A cultura jurídica brasileira parte, via de regra, do discurso hegemônico para compreender os direitos humanos em seu contexto e, em geral, não encontra respostas adequadas. Portanto, buscar os seus elementos esquecidos implica ver os direitos humanos e a ideia de pessoa humana como um processo que se construiu globalmente. Esta construção envolve uma pluralidade de agentes, tanto cultural, quanto social que transforma, de modo imprevisível, as direções e as finalidades dos direitos humanos. Atribuir a autoria deste projeto a um só agente ou a uma só sociedade implica adotar um ponto de vista estreito que não contempla a complexidade deste processo.

A conquista da América, nos primórdios da modernidade, presenciou uma reflexão teórica ou filosófica da maior importância, mas que passou praticamente despercebida pela filosofia moderna que se consolidou no século XVII. O que estava em jogo nos debates espanhóis do início do século XVI era o direito ou não do europeu de ocupar, dominar e gerir as culturas indígenas. Os debates significaram uma ferrenha contenda cujos personagens principais foram, de um lado, Ginés de Sepúlveda e, de outro, Bartolomé de Las Casas. Para Sepúlveda, a natureza bárbara e servil dos índios determinava a sua propensão natural à escravidão e qualquer resistência justificava guerras violentas, que eram sempre justas. A superioridade humana conferia aos espanhóis o direito de subjugar os índios do Novo Mundo, devido a sua barbárie, torpeza e ignorância, atribuídas à carência de razão natural. Com isso, Sepúlveda inaugurou as bases teóricas que sustentariam concepções eurocêntricas, baseadas na conversão das diferenças em termos de superioridade e de inferioridade. Las Casas, por outro lado, mostrou que a conquista das novas terras e a espoliação de seus povos não possuía qualquer legitimação,

tratando-se de uma violência injusta e ilegítima. Las Casas defendia o princípio da igualdade entre todos os homens, considerando o grau civilizatório irrelevante como critério de gradação ou medida de humanidade. As teorias políticas, concebidas pelos juristas e teólogos espanhóis contemporâneos à conquista da América foram o alicerce para o desenvolvimento de um discurso de legitimação da prática dos direitos humanos e especificamente para o processo de valorização e de reconhecimento da alteridade dos índios, e foram consideradas uma reação a um processo cruel de exploração e aniquilamento desses povos promovido pelos efeitos de colonização perpetrada em nome da evangelização.

A obra política setecentista do inca Felipe Guaman Poma de Ayala é outro marco da história latino-americana que guarda íntima relação com o desenvolvimento dos direitos humanos. Endereçada ao Rei da Espanha, Felipe III, a obra inova o pensamento político moderno, apresentando o paradigma da coexistência como critério de legitimação para o bom governo. Inúmeras teorias sobre democracia e política liberal iriam ser elaboradas nos anos que se seguiram à Poma de Ayala, o que nos permite perceber a íntima relação das teorias políticas modernas com o contato com os povos autóctones da América desde o século XVI. Esta obra serve, ainda, para comprovar que os preconceitos europeus sobre os povos autóctones da América não passavam de falsos pré-conceitos, pois a crença na sua inferioridade advinha da suposta incapacidade destes para a vida civilizada, para o entendimento e para o autogoverno.

As reflexões políticas de Poma de Ayala partem da inconformidade com a forma de governo praticada pelos colonizadores, considerada como contrária aos princípios cristãos que os próprios espanhóis diziam seguir. Assim, as Crônicas a respeito do Bom Governo são um repositório de condenações à ordem estabelecida e de recomendações sobre como se deveria governar. Poma de Ayala descreve como deveria ser a nova sociedade andina comandada pelas leis dos recém chegados espanhóis, defendendo a inserção dos índios nessa sociedade. Por isso, sustentei que a posição de Poma de Ayala pode ser considerada conservadora e conciliadora, na medida em que o pensador não contesta o fato da conquista, aceita a nova religião e busca introduzir, nessa sociedade reconfigurada, os padrões da organização social inca. Para Poma de Ayala, portanto, a configuração da melhor estrutura de governo não deveria ser nem exclusivamente inca, nem exclusivamente

espanhola, pois, sob sua concepção, nada justificaria uma se sobrepor à outra, na medida em que as duas origens coexistiam na mesma medida.

A raridade dos relatos indígenas da colonização destaca a importância desta obra não apenas no que se refere aos testemunhos oculares do massacre e da exploração, mas, sobretudo, por revelar a diferente concepção de mundo dos colonizados e dos colonizadores. Essa concepção aporta novos significados para a compreensão dos direitos humanos no contexto latino-americano, na medida em que traz à tona formas de pensar que se distanciam do etnocentrismo e valorizam a diversidade, a coexistência e o respeito pela alteridade do outro, propondo formas alternativas de convivência humana, que rejeitam noções de superioridade e, conseqüentemente, de dominação e jugo.

A tradição humanista latino-americana não é, portanto, desprezível. Possibilitar que o ser humano fosse pensado e reconhecido na sua alteridade foi, talvez, o grande legado dos fatos da colonização e do desenrolar de sua história. Não foi por acaso, portanto, a extensa contribuição de homens públicos, acadêmicos e ativistas para o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos desde o tempo em que a comunidade internacional ainda não se preocupava com isso. A atuação da diplomacia latino-americana na introdução da preocupação com os direitos humanos na Carta da ONU, em 1945, e, posteriormente, na elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em dezembro de 1948, mas, sobretudo, para a adoção da primeira Declaração de direitos e deveres do homem, de cunho internacional, em abril de 1948 foi decisiva. Esta contribuição merece não apenas ser resgatada, mas situada como resultado da consciência firmada sobre postulados humanistas que formaram o referencial moral latino-americano. Este referencial forjou-se no contexto de lutas por reconhecimento de direitos, não só dos indígenas, mas das disputas que precederam e das que levaram às independências, o que proporcionou a criação de um ambiente propício para reivindicações e afirmações de direitos humanos.

Observa-se, portanto, que a primeira experiência histórica de aplicação do discurso dos direitos humanos ocorreu justamente na América, com as denúncias da escravidão e do massacre dos índios levada a cabo por Bartolomé de Las Casas e

com as sucessivas reivindicações baseadas no direito natural de liberdade fundada na pertença de todos a uma humanidade comum. Ou então com a proposta de bom governo de Poma de Ayala largamente baseada em pressupostos que hoje são constitutivos dos Estados Democráticos de Direito.

Esta longa tradição repercutiu, certamente, na construção dos referenciais do direito constitucional brasileiro. A presença, mais ou menos recorrente, dos direitos humanos, sobretudo os chamados direitos civis e políticos, é observada desde a Constituição do Império. De fato, a trajetória constitucional brasileira padeceu de retrocessos profundos quando, em nome “dos imperativos da ordem pública e da segurança nacional”, foram impostos regimes ditatoriais, que solaparam as liberdades individuais e aprofundaram as mazelas sociais brasileiras. As Constituições de 1937 e de 1967 foram o palco destes retrocessos. Mesmo assim, as Constituições de 1891, 1934 e de 1946 representaram notáveis avanços nessa matéria. O que se observa nos textos é o reflexo de inspirações liberais convertidas nos postulados da liberdade e da igualdade. O grande problema foi a ausência de representatividade popular destes textos constitucionais, o que, no entanto, foi corrigido pela Constituição de 1988 com a ampliação da participação do povo e a efetiva expressão de suas demandas. Além disso, a limitação das benesses do liberalismo às classes dominantes fez com que os direitos previstos nas Constituições se convertessem na conservação dos velhos privilégios de uma classe acostumada ao poder. Todavia, considerando-se que possuir direitos humanos pressupõe luta por reconhecimento, de modo a preencher o significado do “humano” e de “direitos”, essas ideias foram, no Brasil, tomando corpo com o passar do tempo e hoje se apresentam, a menos no nível institucional, bastante maduras.

Foi assim que o texto de 1988, emergindo de um longo período autoritário da história brasileira, reafirmou a tradição humanista que buscava se firmar no cenário jurídico e político brasileiro, mas com uma importante inovação: a consagração da centralidade da pessoa humana. Porém, a Constituição de 1988 não foi o marco zero, mas o desfecho de uma longa tradição constitucional em que os direitos e garantias da pessoa humana insistiam em penetrar na consciência jurídica e social brasileira. Como observa Sérgio Buarque de Holanda, a intimidade do povo brasileiro com os ideais democráticos não pode ser menosprezada.

No Brasil, em particular, e de resto na América Latina, a centralidade humana é considerada um valor a ser preservado como forma de se alcançar um modo de vida digno. Trata-se, portanto, de um ideal de vida boa que se forjou no interior da tradição humanista latino-americana. Por isso, o referencial moral destes povos pressupõe a concepção de que a vida de cada pessoa humana é inviolável e não está submetido simplesmente aos desígnios do grupo. Há certos bens cujo gozo deve ser inerente a cada um, como forma de se alcançar uma vida digna e, também, de favorecer a coletividade. Por isso, a concepção contemporânea de centralidade da pessoa humana é resultado da convergência dos aspectos esquecidos da história dos direitos humanos que provêm especificamente do contexto latino-americano.

A construção do Estado Democrático de Direito, que vem sendo perseguido tanto no Brasil, quanto em muitos países latino-americanos, cujas Constituições ostentam forte comprometimento com o princípio da dignidade humana, é o resultado desta longa tradição. A preocupação com os direitos humanos no Brasil não foi simplesmente transplantada de outros contextos, como faz crer o discurso hegemônico dos direitos humanos. Elementos históricos e sociais, valores, ideias e práticas da sociedade brasileira, em particular, e da latino-americana, em geral, embora esquecidos pela historiografia oficial, foram responsáveis pela afirmação dos direitos humanos como categoria de validade universal e intercultural. Não fosse assim, como se justificariam tantas insurreições, rebeliões e contestações de toda ordem que sempre existiram na sociedade brasileira?

Estes elementos, embora esquecidos, contribuíram para a formação do referencial ético da modernidade. Por isso, há uma dimensão da modernidade que sobreviveu no discurso dos direitos humanos e que não é exatamente individualista, destrutiva e arrogante, como sustentam os críticos da modernidade, que a compreendem como um fenômeno puramente intraeuropeu. De qualquer forma, dizer que o discurso dos direitos humanos emerge dos tempos modernos constitui o principal pressuposto de seu discurso hegemônico. E, por isso, se tem sustentado que os mesmos valores do individualismo que hoje determinam as formas egoístas e excludentes de vida e de convívio social são os que fundamentam a ideia de direitos humanos. Por essa razão, eles expressariam ideais ocidentais que pressupõem exclusão, inferiorização, etnocentrismo.

Ocorre que, como observa Dussel, a modernidade é um fenômeno próprio do sistema mundial, em que, embora a Europa seja o centro, só foi possível porque havia periferias. Desde as experiências periféricas, como é o caso latino-americano, a dimensão emancipatória da modernidade pode ser reinterpretada e uma forma diferente de se compreender a centralidade da pessoa humana e dos direitos humanos pode ser proposta. Neste contexto, o valor moderno da autonomia deixa de ser interpretado como independência ou como se alguém pudesse prescindir do outro para a promoção da própria dignidade, considerando-o inimigo ou rival na apropriação das coisas.

A dimensão humanista que sobreviveu no discurso dos direitos humanos pode ser encontrada no pensamento de Immanuel Kant, cuja teoria moral pressupõe o ser humano como fim em si mesmo. E isso não significa nenhuma contradição com o que venho defendendo. Kant compreendeu a dimensão moral e humanista dos ideais do seu tempo, ao elevar o ser humano ao nível do incondicionado e ao lhe reconhecer uma dignidade realizável somente no âmbito da intersubjetividade. Ocorre que as leituras de sua obra ignoram, em grande parte, essa dimensão, acusando-a de formalista, uniformizante e, até mesmo, etnocêntrica. Essa compreensão decorre do triunfo do individualismo sobre o humanismo e da forma como as inovações da modernidade impactaram e transformaram as sociedades humanas e este fenômeno tem sido associado à compreensão kantiana, como de resto, iluminista, de ser humano e de suas relações morais.

A modernidade foi o palco simultâneo do individualismo (valorização do homem como indivíduo autossuficiente) e da concepção de homem considerado como fundamento de suas normas, isto é, como sujeito autônomo e ético. É um equívoco pensar que a moral moderna, expressa na obra de Kant, legitima práticas e comportamentos egoístas, a menos que, como eu disse, se a distorça ou então que se restrinja o sentido do “outro” da segunda formulação do imperativo categórico a “alguns outros”. O fato de isto ter acontecido quando, na modernidade, padrões de racionalidade se converteram em fatores de exclusão, mostra apenas uma distorção, pois os conceitos de “outro”, “ser humano” ou “ser racional”, na obra de Kant, não permitem que esta interpretação seja sacada automaticamente.

Isso demonstra que a releitura dos pressupostos dos direitos humanos exige a abertura para outras compreensões de pessoa e de dignidade humanas, inclusive da obra Kantiana, de fundamental importância para a construção deste discurso. Para isso, é necessário um diálogo com os elementos esquecidos no discurso dos direitos humanos, onde se inserem a tradição e os discursos latino-americanos inaugurados por Las Casas e Poma de Ayala. São visões periféricas, pois desde os primórdios da modernidade, o poder de enunciação do conhecimento tem sido ocidental. Porém, permitem desafiar a concepção individualista e abstrata de ser humano que tem servido de fundamento teórico para o discurso hegemônico dos direitos humanos, sem, com isso, desprezar os aportes da filosofia moderna europeia. Uma leitura menos ortodoxa à obra de Kant, a partir deste ângulo, abre a possibilidade de perceber a dignidade do outro como o referencial de validade das ações morais, e, por conseguinte, dos direitos humanos, o que significa dizer que o respeito ao outro advém de sua dignidade e que a autonomia, como capacidade de escolher, tomar decisões e agir de acordo com elas, é o que dá sentido à ideia de dignidade. Nessa perspectiva, conceitos teoricamente conflitantes, como autonomia e alteridade, deixam de sê-lo.

De modo que o ideal emancipatório da modernidade não pode ser desprezado, mas enriquecido desde as histórias, os valores e as práticas periféricas e isso significa tomar em conta o paradigma pós-colonial.

Se os direitos humanos dependem de lutas por reconhecimento, então o significante "humano" ou "humanidade" está aberto a novas significações. São prova disto os movimentos negro, sem-terra, feminista, ambientalista, *gay* e muitos outros. A modernidade ofereceu um critério que tornou essa luta possível, ao articular as noções de autonomia, alteridade e dignidade. Mas essa herança moderna remonta, em grande parte, ao humanismo do século XVI enriquecido pela experiência dos primeiros anos da conquista da América. Os primeiros embates em torno do alcance e do significado do homem ocorreram no que viria a ser a América Latina, pois a percepção da diferença em termos de inferioridade e a consequente violação foram as condições empíricas para este embate.

Assim, a construção de uma concepção humanista de pessoa humana, que foi adotada pela Constituição Brasileira de 1988, implica o reconhecimento da alteridade do outro, o que está implícito no significado dos direitos humanos. Las Casas e Poma de Ayala definem a condição dos direitos humanos nestes termos. A exemplo do que se consagrou na fase contemporânea de direitos humanos, a ideia de pessoa humana na Constituição Brasileira de 1988 é universal, pois o acesso a direitos básicos para a promoção e o reconhecimento da dignidade independente de critérios como cor, raça, classe social, gênero, orientação sexual etc. E só é universal, porque é humanista.

A Constituição de 1988 vem representando uma reconciliação da sociedade brasileira com uma tradição que insistia em se inserir no domínio juspolítico. Ela vem materializando a ideia de pessoa humana, ao atribuir direitos a minorias históricas: idosos, crianças, pobres, índios, mulheres vítimas de violência doméstica, pessoas portadoras de deficiências físicas e mentais, negros. Isso demonstra que a ideia universal de pessoa humana na Constituição não significa uma abstração, mas leva em conta as profundas diferenças que marcam os seres humanos e proíbe que elas sejam motivo para a desigualdade no acesso a direitos intimamente relacionados à dignidade humana. A substancialização da ideia de pessoa humana pode ser confirmada pelo fato de que o período pós-1988 assistiu a uma proliferação de estatutos de direito voltados à sua proteção, nas suas mais diversas formas de manifestação. Com isso, a Constituição vem provocando mudanças no cenário social brasileiro, já que a proliferação de legislações protetivas significa o resgate de pessoas e de grupos sociais que antes não tinham acesso a quaisquer direitos.

Finalmente, o Direito brasileiro abriu-se e reconheceu a diversidade que marca não só a sociedade brasileira, mas o cenário mundial como um todo, deixando de lado velhos preconceitos que se expressam na consideração das diferenças em relação ao padrão moderno de racionalidade europeu em termos de inferioridade.

Porém, apesar do potencial emancipatório assumido pela Constituição de 1988, suas possibilidades de realização têm sido limitadas pela sobrevivência de práticas autoritárias e personalistas que remontam à colonização. Assim, os

movimentos sociais continuam sendo criminalizados, enquanto as elites e os agentes públicos continuam gozando de histórica impunidade. Assim, também, a normatividade dos direitos sociais continua sendo desconsiderada e os estatutos de direitos pouco aplicados. Por isso, a tortura e as execuções sumárias continuam sendo sistematicamente praticadas no Brasil. Não se desenvolveu, ainda, no Brasil, um “espírito constitucional” que reconheça a força normativa da Constituição e, por isso, suas normas são peremptoriamente violadas pelos poderes do Estado.

De qualquer forma, a Constituição Brasileira de 1988 representou uma reviravolta paradigmática no Direito brasileiro, sobretudo pela adoção de uma ideia de pessoa humana que é central para o ordenamento jurídico. Esta centralidade não se mostra apenas no sentido “topográfico”, mas no reconhecimento da pessoa no ser humano, seja qual for o modo como se expresse sua existencialidade. O texto constitucional expressa o resgate da alteridade para dentro do Direito ao reconhecer e valorizar as diferenças que marcam não somente o povo brasileiro, mas os seres humanos em geral. Todavia, a Constituição não possui critérios claros que nos permitam lidar com problemas com os quais a modernidade, via de regra, não precisou se preocupar e que dizem respeito não apenas aos direitos dos que não nasceram, mas dos que sequer chegaram ao útero materno, o que deixou de ser um processo natural. Isto fica claro na controversa decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a utilização dos embriões fertilizados *in vitro* e não implantados no útero materno para fins de pesquisa científica, a quem o Tribunal não reconheceu o direito à vida. Mas este é um problema que ainda merece respostas.

Diante das presentes conclusões, devo apenas acrescentar que a perspectiva pós-colonial para analisar o tema proposto representou, de fato, um esforço hermenêutico que me oferecesse outro horizonte interpretativo para a centralidade da pessoa humana e dos direitos humanos no atual texto constitucional brasileiro. Se a enunciação do que sejam e de como se constituíram os direitos humanos é hegemônica e se esse discurso não explica por que no Brasil, como de resto na América Latina, estes direitos insistem em se afirmar, é porque necessitamos visualizá-los desde outra perspectiva. Se a perspectiva escolhida foi a pós-colonial é porque ela reconhece que a enunciação do conhecimento tem fortes ligações com os processos de colonização e, portanto, com o eurocentrismo, e abre

a possibilidade de que o colonizado – histórico objeto de conhecimento – enuncie a sua compreensão sobre os fenômenos que o cercam. O objetivo não foi meramente contestador ou, então, desconstrutivo, mas buscou colocar os direitos humanos à prova e verificar se eles realmente são um projeto no qual devemos nos engajar.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**. O poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

ALQUIÉ, Ferdinand. **A filosofia de descartes**. Lisboa: Editorial Presença, 1969.

AMADOR, García F. V. **El sistema interamericano**: estúdios sobre su desarrollo y fortalecimiento. Madrid: Ediciones del Centro de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos de Cultura Hispanica, 1966.

AN-NA'IM, Abdullahi. A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 429-464.

AQUINO, Marcelo Fernandes de. **Sistema e liberdade**: a fundamentação metafísica da ética em Hegel. Síntese. *Revista de Filosofia*, [S.I.], v. 31, n. 101, p. 309-334, 2004.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**: Questão XXIX, Artigo IV. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2003.

ARANGO, Rodolfo. **Derechos, constitucionalismo e democracia**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. Tradução de Fernando Vieira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.

_____. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. **De Anima**. Tradução de Maria Cecília Gomes dos Reis. São Paulo: Editora 34, 2006.

_____. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mario da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira commentada**. 2.ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia Editores, 1924.

BARRETO, José Manuel. **Counter-Empire and Sympathy: A Critique of Eurocentric and Rationalist Theories of Human Rights**. Tese de Doutorado defendida na University of London, 2009.

BARRETTO, Vicente. A idéia de pessoa humana e os limites da bioética. In: BARBOZA, Heloisa Helena et al (Org.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 219-257.

_____. **Ideologia e política no pensamento de José Bonifácio de Andrada e Silva**. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

_____. Multiculturalismo e Direitos Humanos: um conflito insolúvel? In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 279-308.

BARRETTO, Vicente. O Direito no Século XXI: desafios epistemológicos. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p 279-302, 2005.

_____. O vaso de Pandora da Biotecnologia: impasses éticos e jurídicos. In: TORRES, Heleno Tavares. **Direito e Poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha**. São Paulo: Manole, 2005.

_____. Perspectivas Epistemológicas do Direito no Século XXI. In: ROCHA, Leonel Severo et al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 245-264.

_____. Por que punir? In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 241-252.

_____. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-134.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In:

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAUMAN, Zigmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

BECK, Ulrich. **What is globalization?** Tradução de Patrick Cammitter. Oxford/Cambridge: Polity Press, 2000.

BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Tradução de Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BHABHA, Homi. **O local da cultura**. Tradução de Myriam Ávila, Eliana Lourenço de Lima Reis e Gláucia Renate Gonçalves. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1998.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOÉCIO. Sobre la persona y las dos naturalezas. In: FERNÁNDEZ, Clemente. **Los filósofos medievales**: selección de textos. Madrid: BAC, 1979.

BOURGUET, Vincent. **O ser em gestação**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. Tradução de Nicolas Nymi Campanário. São Paulo: Loyola: 2002.

BRUIT, Héctor Hernan. **Bartolomé de Las casas e a simulação dos vencidos**. São Paulo: Iluminuras, 1995.

BUERGENTHAL, Thomas. The revised OAS charter and the protection of human rights. **American Journal of International Law**, v. 69, n. 04, p. 828-836, Oct. 1975. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2200626>>. Acesso em: 11 fev. 2009.

CAROZZA, Paolo. From conquest to Constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights. **Human Rights Quarterly**, Baltimore/USA, v. 25, n. 2, p. 311, May. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20069666>>. Acesso em: 18 ago. 2009.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **Crítica de la razón latinoamericana**. Barcelona: Puvill Libros, 1996.

CATTORINI, Paolo; REICHLIN, Massimo. Persistent vegetative state: a presumption to treat. **Theoretical Medicine**, Netherlands, v. 18, p. 263–281, 1997.

CHANADY, Amaryll. The Latin American postcolonialism debate in a comparative context. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at Large: Latin America and postcolonial debate**. Durham, USA: Duke University Press, 2008. p. 417-434.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORONIL, Fernando. Elephants in the Américas? Latin America Postcolonial studies and Global Decolonization. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large: Latin America and postcolonial debate**. Durham, USA: Duke University Press, 2008. p. 396-416.

CRANSTON, Maurice. **What are human rights?** London: Bodley Head, 1973.

CROSBY, John F. **The selfhood of the human person**. Washington DC: Catholic University of America Press, 1996.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEL PERCIO, Enrique M. **La condición social: consumo, poder y representación en el capitalismo tardío**. Buenos Aires: Altamira, 2006.

DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in theory and practice**. 2nd ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003.

DOUZINAS, Costas. **Human rights and empire: the political philosophy of cosmopolitanism**. Abingdon: Routledge-Cavendish, 2008.

_____. **The end of human rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000.

DUMONT, Louis. **Ensaio sobre o individualismo**: uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Dom Quixote, 1992.

DUSSEL, Enrique. **Ética comunitaria**. Buenos Aires: Ediciones Paulinas, 1986.

_____. **Eurocentrism and modernity**. Introduction to the Frankfurt lectures. In: BEVERLEY, John; OVIEDO, José (Org.). *The Postmodernism debate in Latin America*. **Boundary 2**. Durham, v. 20, n. 3, p. 63-76, fall 1993.

_____. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Classen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELIAS, Norbert. **A Sociedade dos Indivíduos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994

ESQUIROL, Jorge L. The failed law of Latin America. **The American Journal of Comparative Law**, Arbour/USA, v. 56, Winter, 2008.

_____. The fictions of Latin American law. **Utah Law Review** 425, Salt Lake City/USA, p. 425-470, fall, 1997.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Tradução de José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

FARIA, José Eduardo. **Direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2008. (Série GVlaw)

FITZPATRICK, Peter; DARIAN-SMITH, Even. **Laws of the postcolonial**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1999.

FORMENT. Eudaldo. Persona y conciencia en Santo Tomás de Aquino. **Revista Española de Filosofía Medieval**, n. 10, p. 275-28, 2003.

FOSTER, Steve. **Human rights and civil liberties**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flavio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GLENDON, Mary Ann. The Forgotten Crucible: The Latin American influence on the universal human rights idea. **Harvard Human Rights Journal**, v. 16, p. 27-40, Spring, 2003. Disponível em: <<http://law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss16/glendon.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2009.

GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world**: sustainable diversity in law. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GORDIJN, Bert. The troublesome concept of the person. **Theoretical Medicine and Bioethics**, Netherlands, v. 20, n. 6, p. 347-359, Dec. 1999.

GUARDIOLA-RIVERA, Oscar. **Being against the world**: rebellion and Constitution. London: Birkbeck Law Press, 2009.

GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988**. Publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/plenario/discursos/esc_revendohistoria/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998.

HEGEL, G. W. F. **Lectures on the philosophy of history**. Translated by M. A. Sibree. London: Henry G. Bohn, 1857. Disponível em: <<http://books.google.co.uk/books?id=0hBHAAAIAAJ&printsec=frontcover&dq=ectures+on+the+philosophy+of+history+hegel&hl=pt-BR#v=onepage&q=&f=false>>. Acesso em: 08 set. 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Cartas sobre o humanismo**. Tradução de Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 1985.

HERRERO, Javier Franciso. **Religião e história em Kant**. São Paulo: Loyola, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martins Claret, 2004.

HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

_____. **Immanuel Kant**. Barcelona: Herder, 1986.

HOLANDA, Sergio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialética do esclarecimento**: Fragmentos filosóficos. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

IGLESIAS, Miguel Ángel Gonzáles. Domingo de Soto: su pensamiento político. Las dificultades planteadas com la conquista de América. In: PASIN, João Bosco Coelho (Org.). **Culturalismo jurídico. São Paulo 450 anos**: Seminário Brasil Espanha. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 2004. p. 191-220.

ISHAY, Micheline R. **The history of human rights**: from ancient times to the globalization era. Berkeley: University of California Press, 2008.

JAEGER, Werner W. **Paidéia**. A formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JONES, Peter. **Rights**. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Macmillan, 1994.

JOSAPHAT, Carlos. **Las Casas**: todos os direitos para todos. São Paulo: Loyola, 2000.

JUNGES, José Roque. A pessoa humana como categoria fundamental da bioética. In: Bioética: Perspectivas e desafios. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999-2002. p. 71-112.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martin Claret, 2004

_____. **Doutrina do direito**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. Resposta à pergunta: que é o iluminismo? In: _____. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2002.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LAS CASAS, Bartolomé De. **Historia de las Indias II**. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

LE GOFF, Jacques. **Em busca da idade média**. Tradução de Marcos de Castro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nosotros**: ensayos para pensar el otro. Valencia: Pre-Textos, 2001.

_____. **Humanismo del otro hombre**. 2. ed. Madrid: Caparrós, 1998.

_____. The rights of Man and the Rights of the Other. Translated by Michael B. Smith. In: _____. **Outside the subject**. London: The Athlone Press, 1993. p. 116-125.

LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. v. 1, Livro 2.

_____. **Segundo tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martins Claret, 2003.

LÓIA, Luis. Estudo pedagógico introdutório. In: PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2006.

LÖWI, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1998.

LUGON, Clóvis. **A república “comunista” cristã dos guaranis**. Tradução de Álvaro Cabral. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

LUHMANN, Niklas. La astucia del sujeto y la pregunta por el hombre. In: **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

_____. La forma “persona”. In: **Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

LUTZ, Ellen L.; SIKKINK, Kathryn. International human rights Law and practice in Latin America. **International Organization**, v. 54, n. 3, p. 633-659, Summer, 2000. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2601347>>. Acesso em: 11 fev. 2009.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 8. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.

_____. The Other's Rights. In: HEYDEN, Patrick. **The politics of human rights**. St. Paul, MN: Paragon House, 2001. p. 181-188.

MARITAIN, Jacques. Acerca de la filosofía de los derechos del hombre. In: **Los derechos del Hombre**. Barcelona: Laia, 1976.

MARRAMAO, Giacomo. **Céu e terra**: genealogia da secularização. Tradução de Guilherme Alberto Gomez de Andrade. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. **Revista da Faculdade da UFRGS**, Porto Alegre, v. 18, p.153-170, 2000.

MARX, Karl. **A questão judaica**. São Paulo: Editora Moraes, 1970.

MAYER, Ann Elisabeth. **Islam Tradition and Politics Human Rights**. 2nd. ed. London: Pinter, 1997.

MCCALL, Catherine. **Concepts of person**: an analysis of concepts of person, self and human being. Aldershot: Avebury: 1990.

MELLINO, Miguel. **La crítica poscolonial**: descolonización, capitalismo y cosmopolitismo en los estudios poscoloniales. Buenos Aires: Paidós, 2008.

MENDIETA, Eduardo. **Global fragments**: globalizations, latinoamericanisms, and critical theory. New York: State University of New York Press, 2007.

_____. Remapping Latin American studies: postcolonialism, subaltern studies, post-occidentalism, and globalization theory. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large**: Latin America and postcolonial debate. Durham, USA: Duke University Press, 2008. p. 286-306.

MIGNOLO, Walter. Local histories, global designs. In: CHING, Erik Kristofer; BUCKLEY, Christina; LOZANO-ALONSO, Angélica (Org.). **Reframing Latin America: a cultural theory reading of the nineteenth and twentieth centuries**. Texas: University of Texas Press, 2007.

_____. **The idea of Latin America**. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. De Sonhos Feitos, Desfeitos e Refeitos Vivemos a Globalização. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 47-76.

MUZAFFAR, Chandra. From human rights to human dignity. In: VAN NESS, Peter. **Debating human rights: critical essays from the United States and Ásia**. London: Routledge, 1999. p. 25-31.

_____. Islã e Direitos Humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 309-322.

NIETZSCHE, Friedrich. **Humano demasiado humano: um livro para espíritos livres**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NORDENFELT, Lennart. The varieties of dignity. **Healthy Care Analysis**, v. 12, n. 2, June, 2004,

O'NEILL, Onora. **Towards justice and virtue: a constructive account of practical reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996

ORAÁ, Jaime Oraá. Em torno al valor jurídico de La Declaración Universal. In: **La Declaración Universal de Derechos Humanos em su cincuenta aniversario**. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Edições 70, 1989-1997.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos uma concepção universal? In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 205-38.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução de Maria de Lurdes Sirgato Ganho. Lisboa: Edições 70, 2006.

PIERRÉ-Caps, Stéphane. O direito das minorias. In: ROULAND, Norbert. **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 45-72.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

POMMA DE AYALA, Felipe Guaman. **The first new chronicle and good government**. Translated by David Frye. Indianápolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1938. t. 3.

_____. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1936. t. 1-2.

_____. **Comentários à Constituição de 1946**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 4.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. t. 4.

POUMARÉDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert. **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

PUNTAMBEKAR, S. V. El concepto hindú de los derechos del hombre. In: **Los derechos del Hombre**. Barcelona: Laia, 1976. p. 293-298.

QUIJANO, Aníbal. Coloniality of Power, Eurocentrism, and Social Classification. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large**: Latin America and postcolonial debate. Durham, USA: Duke University Press, 2008. p. 181-223.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. O valor do homem e o valor da natureza. Breve reflexão sobre a titularidade dos direitos morais. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al (org.). **Educação em Direitos Humanos**: Fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora da UFPB, 2007. p. 209-230.

REALI, Giovanni. **História da filosofia**: antiguidade e idade média. 10 ed. São Paulo: Paulus, 2007. v. 1.

RENAUT, Alain. **A era do indivíduo**: contributo para uma história da subjectividade. Tradução de Maria João Batalha Reis. Lisboa: Instituto Piaget, 1989.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RICHARD, Nelly. Cultural Peripheries: Latin America and postmodernist de-centering. In: BEVERLEY, John; OVIEDO, José (Org.). The postmodernism debate in Latin America. **Boundary**, Durham, 2, v. 20, n. 3, p. 156-161, fall 1993.

RORTY, Richard. Human rights, rationality and sentimentality. In: HEYDEN, Patrick. **The politics of human rights**. St. Paul, MN: Paragon House, 2001. p. 67-83.

_____. **Objetivismo, relativismo e verdade**: escritos filosóficos I Tradução de Marco Antonio Casanova. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. O (ab)uso da tolerância na produção de subjetividades flexíveis. In: SIDEKUM, Antônio (Org.). **Alteridade e multiculturalismo**. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 115-71.

_____. Os direitos humanos no descobrimento da América: verdades e falácias de um discurso. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 40, n. 2, p. 60-65 jul./dez. 2007.

SAAVEDRA, Modesto. La universalidad de los derechos humanos en un mundo complejo: igualdad moral y diferencias jurídicas. In: LUCAS, Javier (Org.). **El vínculo social**: ciudadanía y cosmopolitismo. Valencia: Tirant to Blanch, 2002. p. 239-276.

SAID, Edward. **Orientalismo**: O Oriente como invenção do Ocidente. Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Dignidade da Pessoa humana. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2006.

SARTRE, Jean-Paul. Prefácio. In: FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

SEPÚLVEDA, Juan Ginés de. **Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1941.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (orgs.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado: Anuário 2007**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 253-270.

SIMPSON, Peter Phillips. The Definition of Person: Boethius Revisited. **New Scholasticism**, n. 62, p. 210-220, 1998.

SINGER, Peter. **Ética prática**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002

STACY, Helen M. **Postmodernism and law: jurisprudence in a fragmenting world**. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAYLOR, Charles. Conditions of an unforced consensus on human rights. In: HEYDEN, Patrick. **The politics of human rights**. St. Paul, MN: Paragon House, 2001. p. 101-119.

TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América: a questão do outro**. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. 3. ed. Sao Paulo: Martins Fontes, 2003.

TUGENDHAT, Ernst. Antropologia como filosofia primeira. In: POMMER, A.; FRAGA, P.D.; SCHNEIDER, P.R. (Org.). **Filosofia e crítica: Ferstschrift dos 50 anos do curso de filosofia da UNIJUÍ**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007. p. 183-199.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. Tradução de Robson Ramos dos Reis et al. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

TWINING, William. **General jurisprudence**: understanding law from a global perspective. New York: Cambridge University Press, 2009.

VAZ, Henrique C. de Lima. **Antropologia filosófica I**. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **Antropologia Filosófica II**. São Paulo: Loyola, 1992.

VILLEY, Michel. **Estudios en torno a la nocion de derecho subjetivo**. Santiago, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaiso, 1976.

_____. **Filosofia do direito**. Definições e fins do direito: os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**: esbozo de sociología comprensiva. Tradução de José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

WEIMING, Tu. Os direitos humanos como um discurso moral confuciano. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 359-376.

WOLKMER, Antonio Carlos. Humanismo e cultura jurídica latino-americana. In: _____ (org.). **Humanismo e cultura jurídica no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 19-40.

ZARKA, Yves Charles. **A invenção do sujeito de direito**: Filosofia Política. Porto Alegre: L&PM, 1984.

ZEA, Leopoldo. **Introducción a la filosofía**. La conciencia del hombre en la filosofía. 11ed. México: Universidad Autónoma de México, 1991.