

O PROBLEMA DA HERMENÊUTICA NA ANÁLISE DOS DIREITOS HUMANOS

Pedro Pulzatto PERUZZO*

Samuel MENDONÇA**

RESUMO

O objeto da presente pesquisa pretende chamar a atenção para o problema relativo à natureza ocidental da Declaração Universal dos Direitos Humanos. As Nações Unidas deveriam garantir a soberania de todas as culturas, e não anular sua força de autodeterminação e o direito supremo de toda cultura: *ser o que cada cultura quiser ser*. O mundo todo reconhece a necessidade de uma Declaração Universal, com sonhos universais, objetivos universais etc., mas deve saber, por outro lado, que cada cultura tem uma ideologia particular, um ponto de vista particular, e se as Nações Unidas quiserem que todas as culturas vejam a vida a partir de uma perspectiva ocidental, essa Organização não poderá se esquecer que a ideologia ocidental, antes, deverá ser assimilada pelas outras culturas. Mas hoje, as Nações Unidas impõem seus valores insensivelmente.

Palavras-chave: hermenêutica – direitos humanos

ABSTRACT

The subject of this research intend to catch attention for the problem relating occidental nature of the Universal Declaration of Human Rights. The United Nations must guarantee all culture's sovereignty, and not avoid the power of self determination and the supreme right of cultures: *be what each culture want to be*. All the World recognize the necessity of an Universal Declaration, with universal dreams, universal objectives etc., but must knows, on the other hand, each culture has a particular ideology, a particular point of view, and if the United Nations want all culture seeing the life by the occidental perspective, this organization would not forget that occidental ideology must be assimilated by other cultures before. But today, they impose theirs values callously.

Key-words: human rights - hermeneutic

INTRODUÇÃO

Quando apresentei o projeto da presente pesquisa ao meu orientador, o conceito de hermenêutica era muito

claro para mim: “processo de aplicação do direito.” Esse conceito estava em minha mente, imbuído de uma clareza tal que todo o meu projeto de pesquisa havia sido elaborado com referência nessa idéia. Qual não foi meu desespero quando, após a aprovação do projeto e início das reuniões

^(*) Estudante de Iniciação Científica 2005/2006 do grupo Filosofia, Cultura e Sociedade. Graduando em Direito pela PUC-Campinas.

^(**) Pesquisador do Grupo Filosofia, Cultura e Sociedade. Docente da Faculdade de Direito da PUC-Campinas e Doutorando em Educação pela UNICAMP.

com o grupo Direitos Humanos e Modernidade, o professor Samuel me questionou a respeito da idéia de hermenêutica como processo de aplicação do Direito. Como se não bastasse, dizia ele: “Eu não consigo pensar em *hermenêutica* nos termos da sua proposta. *Hermenêutica* é objeto da Filosofia!” Pronto! Minha Iniciação Científica caminhava para o precipício, e junto com ela toda a minha empolgação de pesquisador iniciante. No entanto, além dos questionamentos, o orientador me comunicou que um projeto é um projeto, e não a conclusão de pesquisa, logo, muito havia por ser feito. Então, “mãos aos livros”, foi o conselho final.

O processo hermenêutico não é, e está bem longe de ser uma solução ou proposta de solução para a eficácia do Direito. Não se deve pensar, jamais, em interpretação de “normas jurídicas”, senão de “textos legais”, os quais, ao virem à fala pela interpretação, darão origem àquela modalidade de norma. O próximo passo dentro do processo de efetivação do Direito é proposto contemporaneamente por Eros Roberto Grau como a transformação da “norma jurídica” em “norma de decisão”, consubstanciada na sentença judicial. No entanto, vejo dois problemas graves nessa concepção: **1**- a norma jurídica não ganha eficácia somente com a sentença, senão também com as cláusulas definidas em um contrato, bem como pelo terceiro setor que, na sua posição pós-moderna de lateralidade supre a função hierárquica do Estado que se tem mostrado falho e moroso; **2** - no âmbito multicultural, a transformação do “texto legal” em “norma jurídica” pode, em decorrência da própria natureza da hermenêutica, originar diversas “normas” oriundas de um mesmo texto legal, como, por exemplo, ocorre com os direitos humanos, acabando por prevalecer sempre a norma oriunda da *prudencia* de um órgão detentor de uma parcela de poder político, *prudencia* essa que deixa sempre a desejar, vez que, amiúde, olvida a realidade plural e complexa na qual se busca efetividade.

Nota-se que o que será efetivamente direito transformado em realidade pode ser discutido do ponto de vista da validade de sua positivação – enquanto oriundos, ou não, de órgãos imbuídos do poder para tanto –; da eficácia da transposição da “norma jurídica” interpretada para o mundo da realidade; e a partir da multiplicidade de “normas jurídicas” que podem ser originadas a partir de diferentes resultados hermenêuticos – de um único texto legal, independentemente a questão de sua positivação ou de sua eficácia. É sobre esse último problema, de possibilidade de diferentes resultados hermenêuticos, que residirá a presente pesquisa, tendo a finalidade de contestar o discurso moderno que diz que a interpretação de um texto, independentemente do sujeito hermenêutico, e em decorrência da razão – que até hoje não despiu-se de sua farda de imperador –, sempre

resultará na mesma “norma jurídica” para diferentes realidades sociais.

Deparei-me com a questão da hermenêutica durante minhas primeiras leituras sobre a interpretação dos princípios em Direito Constitucional. Em vista da relevância das matérias objeto dos princípios constitucionais, esse estudo muito me chamou a atenção; no entanto, os livros de doutrina não me ofereciam subsídios suficientes para entender a multiplicidade de entendimentos a respeito de um mesmo princípio, entendimentos que, além de sua variedade, guardavam entre si uma distância ideológica muito intensa.

Nesse estudo dos princípios constitucionais me deparei com a idéia segundo a qual a interpretação dos princípios constitucionais deveria ser de natureza restritiva, como forma de impedir que um interferisse na esfera do outro. Não obstante achar interessante tal idéia, não me furtei às críticas, logo pensando em algumas hipóteses de princípios que nunca coexistiram e, conseqüentemente, nunca respeitaram essa proposta de não interferência. Como exemplo, pode-se citar a existência do princípio da liberdade de imprensa, e daquele que garante ao cidadão o direito à privacidade e ao controle estatal sobre tal liberdade. Nesse caso, mesmo com uma interpretação restritiva, a extensão atribuída ao princípio da liberdade de imprensa, suprime de forma revoltante o direito à privacidade e ao controle dessa liberdade. Da mesma forma, a concepção desvirtuada do princípio do fim social da propriedade tem tomado o âmbito de eficácia do princípio que garante moradia e trabalho dignos a todo cidadão, bem como do próprio artigo 184 da Constituição Federal que trata da reforma agrária. Assim, mesmo vendo em concreto a aplicação das várias espécies de interpretação oriundas da esdrúxula subdivisão realizada pelos cientistas do Direito – teleológica, histórica, sistemática etc. –, as mesmas não foram bastantes para satisfazer minha pretensão de entender esse processo que me era apresentado sob um aspecto, mas que me parecia ser outra coisa totalmente distinta.

As leituras continuaram se desenvolvendo com avidez e um pouco mais de especialidade doutrinária. No entanto, outra questão me perturbava. As leituras que até então eu havia realizado a respeito do tema não havia, ainda, me permitido encarar a hermenêutica como um processo uno, sujeito, porém, a várias determinantes; no entanto, algo estava claro, ou seja, que a cisão realizada pela doutrina jurídica não me permitiria estudar o processo hermenêutico com a clareza necessária. Apesar disso, talvez por ainda não ter as noções necessárias a respeito do assunto e como uma tentativa de me afastar da falta de critério da subdivisão do processo hermenêutico, tentei encontrar na eficácia uma justificativa para a diferença entre os diversos produtos do

processo hermenêutico, vinculando, assim, minha idéia de interpretação com o processo de aplicação do Direito. Nesse sentido, a uma norma **X** deveria ser atribuído um sentido **X**, para se alcançar a plena eficácia de sua aplicação na sociedade. No entanto, não é isso que acontece! Tanto para litígios nacionais, como para os internacionais, dificilmente um texto legal **X** será atualizado em norma **X1**, ou **X2** tendo em mente sua eficácia social, senão pura e simplesmente a convicção ideológica do intérprete autêntico.

No que toca aos direitos humanos, a ONU, no momento em que decide intervir em determinado grupo social, afigura-se como verdadeiro intérprete autêntico, ou seja, como verdadeiro juiz, funcionando os embargos econômicos, a exposição midiática e a exclusão estrutural, as sanções que, no âmbito nacional, seriam aplicadas aos particulares que infringissem normas legais. Como se nota, o cenário internacional assemelha-se muito com um Estado-nacional; no entanto, lamentavelmente, os seus manipuladores se esquecem que em um Estado-nação o povo é aprioristicamente sujeito às regras do ordenamento jurídico nacional, enquanto no cenário internacional, os sujeitos são aprioristicamente culturas organizadas em Estados soberanos, que, ademais, na maioria, são excluídos dos debates de cunho puramente ocidental da Organização das Nações Unidas, cujos representantes com poder de veto nunca foram democraticamente escolhidos.

1. EFICÁCIA E HERMENÊUTICA NOS DIREITOS HUMANOS

Várias opiniões são levantadas quando se põe em debate a questão concernente aos Direitos Humanos. Alguns confundem esta questão, porém, com a pertinente aos Direitos Fundamentais, que constitui direitos reconhecidos pela Constituição;¹ outros atrapalham-se com o problema da hermenêutica frente a um conflito internacional ou um impasse interno de violação de Direitos Humanos; outros, ainda, confundem-se ao se depararem com a falta de condições econômicas e de vontade política para a eficaz realização dos Direitos Humanos.

Ao se dispor ao estudo dos Direitos Humanos, o cientista deverá resolver alguns problemas básicos, que

emergirão de suas reflexões, para então começar a pensar propostas. Como se pode notar, a determinação do objeto (direitos fundamentais ou humanos), bem como a conceituação precisa e crítica dos termos com os quais trabalhar-se-á, será o primeiro passo a ser dado, a fim de se evitar a disseminação de discussões de pouca relevância para a presente pesquisa;

Nas leituras relativas à questão ora em debate, é muito fácil, por exemplo, encontrarmos algumas propostas de interpretação, como a de natureza restritiva, tendo em vista a que postula a não interferência de um princípio na esfera do outro. No entanto, como foi dito, tais propostas são problemáticas, vez que se restringem a propor, e não a pensar em outras consequências, como, por exemplo, uma possível contradição entre princípios fundamentais que, por estarem dentro de uma Constituição, e pressupondo que foram inseridos dentro do sistema jurídico ao mesmo tempo, não é solucionável pelos métodos de validação hierárquico – segundo o qual a norma de categoria inferior só é válida se concordante com os preceitos de normas de categorias superiores –, cronológico – segundo o qual a norma cronologicamente posterior, revoga a cronologicamente anterior – ou da especialidade – segundo o qual norma especial revoga norma geral.

Para esse entrave é oferecido pela doutrina o *método da ponderação dos princípios*², o qual, por sua vez, também se mostra insuficiente, vez que toda ponderação pressupõe um juízo de valor. Sobre este problema, anota Marcelo Medina:

De outra parte, é possível objetar à proposta ora formulada que a ponderação pouco contribuirá para restringir a discricionariedade com a qual o intérprete costuma resolver as hipóteses de antinomia consideradas insolúveis à luz dos critérios tradicionais. Com efeito, haverá sempre uma margem mais ou menos ampla para a determinação da norma à qual, em cada caso concreto, deverá ser atribuída a maior importância. Daí, contudo, não se segue acabem agindo com o mesmo grau de liberdade tanto o magistrado partidário da tese de que certas antinomias podem ser resolvidas discricionariamente, quanto aquele que prefira a proposta da ponderação.³

⁽¹⁾ Esta distinção é feita por Edgar Carpio Marcos, em referência à Robert Alexy, em seu artigo publicado na REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU, PUC-Perú, Dezembro de 2003, nº 56, nos seguintes termos: "Por cierto, basado en la distinción convencional entre derechos fundamentales, como derechos reconocidos em la Constitución, y derechos humanos, como atributos subjetivos reconocidos em los tratados (...)", p. 468.

⁽²⁾ MEDINA, Marcelo. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro, Renovar FGV, outubro/dezembro de 2005: "(...) em caso de colisão entre dois princípios, a solução estaria em dar preferência ao que tivesse maior peso relativo. Nos casos difíceis, portanto, o intérprete deveria ir ponderando os princípios, a fim de decidir conforme aquele ao qual fosse atribuído o maior peso, sem que por isso o princípio preterido pudesse ser tido como aliado do ordenamento jurídico." p. 46.

⁽³⁾ Ibid., p. 55.

Como se nota, a escolha do princípio a ser aplicado ao caso concreto é inevitavelmente determinada pelos valores daquele que escolherá o referido princípio. Assim, no que diz respeito aos direitos humanos, a escolha de um preceito dessa natureza, para que se evite arbitrariedades e interferências negativas nas culturas sujeitas a essa escolha, Boaventura de Souza Santos, como forma de pronunciabilidade das aspirações de outras culturas, propõe que das diversas versões de uma dada cultura, deve ser escolhida aquela que representa o círculo mais amplo de reciprocidade dentro dessa cultura, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro.⁴

Apesar da relevância da discussão sobre a aplicação e as contradições entre os preceitos pretensiosamente tidos como direitos universais do ser humano, parece-nos que, antes, o debate sobre a hermenêutica e a eficácia é premissa indispensável para se pautar a análise desses direitos.

O presente capítulo analisará vários conceitos de eficácia e hermenêutica oferecidos pela doutrina jurídica, e apresentará os dois pontos principais de discussão e distinção dos Direitos Humanos: 1- os valores em jogo nos conflitos internacionais, ou seja, as relações de política internacional; 2- os valores em jogo nos conflitos internos, ou seja, a questão da autodeterminação, atentando ao problema relativo à intervenção da ONU a fim de solucionar – ou manipular – conflitos internos de culturas não ocidentais.

1.1. HERMENÊUTICA

No plano jurídico, a hermenêutica é amplamente discutida em termos de processo mais técnico do que intelectual, para a realização, a concretização do texto legal dentro dos moldes do sistema jurídico vigente, sendo proposta, no entanto, de forma compartimentada, olvidando a real função do processo interpretativo, que é a determinação das várias possibilidades de entendimento que podem surgir de uma mesma norma, e sua conseqüente atualização, sempre, porém, dentro uma *moldura*, que no âmbito dos direitos humanos deve ser o **sujeito** situado em uma cultura.

A cisão do processo hermenêutico permanece nos círculos acadêmicos em uma atitude apedeuta de todos aqueles que se conformam com essa forma absurda que a

doutrina jurídica trata a realidade. Lenio Streck, em comentário lapidar tecido em sua obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, diz que:

A hermenêutica praticada nas salas de aula continua absolutamente refratária ao giro lingüístico (*linguistic turn*); em regra, continua-se a estudar os métodos tradicionais de interpretação (gramatical, teleológico etc.), como se o processo de interpretação pudesse ser feito em partes ou em fatias.⁵

Assim, a presente pesquisa oferecerá outra proposta de hermenêutica, uma, indivisível, que leva em conta, ao mesmo tempo, a intenção do legislador, a posição da norma dentro do sistema jurídico, a situação histórica da norma e do fato, bem como a situação cultural do sujeito intérprete. Tendo em vista que uma posição doutrinária no sentido em que estamos nos propondo a estudar a hermenêutica dificilmente será encontrada de forma a atender absolutamente nossas perspectivas, compilaremos algumas idéias de autores clássicos que, não fosse o extremo formalismo ao qual estavam atados, teriam exaurido satisfatoriamente o tema ora em questão e as expectativas de eficácia e justiça nas decisões jurídicas que sempre tiveram o Homem como sujeito.

Iniciando com Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito* o autor escreve:

O Direito a aplicar forma (...) uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme o Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem⁶

E ainda: “(...) o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis.”⁷ Assim, pelo conceito tecido pelo artigo 226 da Constituição Federal – *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado* –, e pelo parágrafo 4º do mesmo artigo – *Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes* –, poder-se-ia entender como

⁽⁴⁾ LADSLAU-BIANCO, Bela & Capinha, Graça (organizadores). *Identidades: estudos de cultura e poder*. São Paulo: Hucitec, 2000, p. 36.

⁽⁵⁾ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 83.

⁽⁶⁾ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 467.

⁽⁷⁾ *Ibid.*, p. 465.

família tanto a união entre homens e mulheres, como entre homossexuais. Ademais, em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, é assim que tem entendido alguns Tribunais mais preocupados com a eficácia dos fins do Direito. No entanto, para Kelsen, por ser o resultado da interpretação jurídica a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar, tal extensão não seria permitida, vez que, para o jus-filósofo, a intenção do legislador é requisito primordial para a fixação da moldura da lei e suas várias possibilidades de realização. Por isso, das idéias de Kelsen nos interessa apenas o reconhecimento que, de uma mesma norma, várias possibilidades de realização podem ser encontradas.

De maneira mais detalhada, acrescentando elementos às nossas idéias, Eros Roberto Grau descreve o processo hermenêutico estabelecendo uma distinção entre o texto legal, a norma jurídica e a norma de decisão, propondo, assim, um maior rigor relativamente aos termos a serem usados, rigor esse que será levado em conta na presente pesquisa.

A norma é a interpretação do texto normativo. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer, o significado da norma é produzido pelo intérprete.

(...) é importante também observarmos que todos os operadores do direito interpretam, mas apenas uma categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma de decisão. Este, que está autorizado a ir além da interpretação tão-somente como produção das normas jurídicas, para delas extrair normas de decisão, é aquele que Kelsen chama de intérprete autêntico: o juiz.¹⁰

Nota-se que o resultado da tarefa interpretativa do qual fala Eros Grau diz respeito ao mesmo processo de estabelecimento das possíveis significações de uma norma jurídica, do qual fala Kelsen, sendo que este desconhece as evoluções histórico-sociais e emoldura os resultados da interpretação unicamente de acordo com a intenção do legislador que, diga-se de passagem, morre com a história. A hermenêutica, contudo, não se restringe a trazer ao mundo fático as possibilidades de significados normativos. Esse processo deve ser consumado com a escolha, pelo intérprete autêntico, de algum desses significados, dando origem a uma norma de decisão de maneira política. É neste ponto que residirá nossas observações concernentes à hermenêutica

e aos Direitos Humanos. A respeito dessa atitude autêntica de interpretação, Kelsen manifesta-se no seguinte sentido:

(...) de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra.

(...) A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a se aplicar, a “correta”, não é sequer (...) – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da Teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.⁹

Eros Grau, por sua vez, coloca interessante idéia no seguinte sentido:

A interpretação do Direito é uma *prudência* – o *saber prático*, a *phrónesis*, a que se refere Aristóteles. (...) o intérprete autêntico, ao “produzir” normas jurídicas, pratica a *juris prudentia*, e não a *juris scientia*.

O intérprete atua segundo a lógica da preferência, e não segundo a lógica da consequência (Comparato): a lógica jurídica é a da escolha entre várias possibilidades corretas.

(...) são distintos um e outro – *campo*: na ciência, o desafio de, no seu campo, existirem questões para as quais ela ainda não é capaz de conferir respostas; na prudência, não o desafio da ausência de resposta, mas da existência de múltiplas soluções corretas para uma mesma questão (Adomeit)¹⁰.

Note que a idéia da decisão como uma *prudencia* de natureza política é indiscutível para os dois juristas citados. Essa questão política, por mais que se queira dela manter distância quando se fala em Direito, além de inevitável, é necessária dentro de um Estado-nação nascido de uma Constituição – ou regras morais com a mesma função –, à qual todos os indivíduos sujeitos àquela decisão, estarão também submetidos. A Constituição é o objetivo de um grupo sistematizado em leis – ou costumes –, objetivo esse que deve ser seguido por todos aqueles responsáveis por fazê-la cumprir, como os juízes e outros operadores da Carta Maior. No entanto, como toda lei, a Constituição é apenas a moldura de vários entendimentos político-normativos que lhe darão os intérpretes, podendo ocorrer o direcionamento político das interpretações no sentido das aspirações que têm a sociedade em determinado momento

⁽⁹⁾ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, p. 23.

⁽⁹⁾ KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 468.

⁽¹⁰⁾ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, p. 35.

ou em determinada circunstância, bem como vários direcionamentos políticos, na medida em que não há concordância em relação ao melhor destino da sociedade. Devendo ser a vida em sociedade solidária, pressupondo ser as decisões políticas sempre atentas ao progresso do grupo social, do Estado-nação, e sendo a Constituição o contrato mais importante ao qual adere um indivíduo ao ingressar em uma sociedade ou, inconscientemente, ao nela nascer, a submissão às decisões políticas no âmbito nacional é perfeitamente justa e, como já foi dito, necessária. No entanto, a mesma justiça não toca a submissão de culturas diferentes da ocidental imposta pela ONU às decisões políticas por ela tomadas.

Tendo em vista, por ora, apenas a situação do leitor no conceito de hermenêutica e eficácia, e não ainda a elaboração de críticas como a relativa à intervenção da ONU em culturas que não a requisitaram, passaremos à análise da eficácia do direito.

1.2. EFICÁCIA

O termo eficácia, na maioria dos autores, é tratado como sinônimo de efetividade. Para não nos demorarmos em debates terminológicos, que se nos afiguram de pouca relevância para o caso em questão, consideraremos eficácia e efetividade como termos sinônimos, procedendo apenas a um conceito único da idéia que temos em mente.

Juntamente com a problemática da eficácia, surge a questão da *validade* que, não obstante estar ligada àquela, são absolutamente independentes, como se nota pela exposição de Kelsen: “(...) uma norma jurídica ineficaz ou uma norma relativamente ineficaz, (...) podem ser consideradas como válidas, e uma norma absolutamente eficaz, que nem sequer pode ser violada, não é tida por válida porque nem sequer é considerada norma.”¹¹

Bobbio, a respeito da validade diz: “Validez jurídica de uma norma equivale a existência dessa norma como norma jurídica”.¹²

A validade da norma jurídica corresponde à sua adequação ao preceito de norma hierarquicamente superior e ao sistema jurídico vigente tendo, portanto, natureza científica indiscutível. A eficácia, por sua vez, é também, por alguns juristas, analisada em termos científicos, como veremos, agora, antes de analisarmos em termos

sociológicos. Para estudarmos uma concepção jurídica do que seja eficácia do direito, adotaremos como referencial a idéia de Tércio Sampaio Ferraz Júnior exposta em sua obra “Teoria da Norma Jurídica”.

A idéia que nos permitirá entender o que, para Tércio Sampaio, constitui eficácia – por ele tratada como “efetividade” –, está na seguinte citação:

(...) normas efetivas são as normas obedecidas. Mas esta simplificação oculta um dado importante, qual seja, que a obediência é apenas uma consequência da efetividade. Mesmo por que, uma norma pode ser obedecida, tendo em vista outras motivações que não a própria prescrição normativa, havendo obediência de uma norma eficaz.¹³

Nota-se que a eficácia é entendida como *aptidão* para ser, a norma, cumprida, sendo tal aptidão colocada pelo autor como a norma cujo “aspecto relato” – prescrição, mensagem – está em relação com o “aspecto cometimento” – ordem, imposição. Norma eficaz, portanto, é aquela da qual se alcança, naturalmente, a ordem por ela pretendida. Assim, a validade respeita à “relação entre o aspecto cometimento de uma norma e o aspecto relato de outra que a imuniza”¹⁴, enquanto a eficácia respeita à relação entre esses dois aspectos dentro de uma mesma norma. A relação entre prescrição e ordem é uma relação de decorrência – a ordem decorre da *prescrição* –, não se confundindo com condições para cumprimento da ordem, nem com o cumprimento propriamente. Esta idéia fica clara com a distinção feita por Tércio Sampaio entre o *sentido semântico*, *sintático* e o *sentido pragmático* da efetividade.

O sentido sintático prescinde do nível cometimento e vê a efetividade como mera relação entre o relato de uma norma e as condições que ela mesma estabelece (que podem estar em outra norma) para a produção dos efeitos. (...) O sentido semântico liga diretamente efetividade e obediência dos fatos, não prevendo, por conseguinte, os casos de desobediência de normas eficazes.¹⁵

O sentido pragmático, e por pragmática entenda-se a relação entre os signos e seus intérpretes – conceito oferecido pelo próprio autor –, concerne à relação já aludida entre o relato e o cometimento. O autor, no entanto, considera o conceito pragmático como abrangente do sentido sintático e semântico, falando que se uma norma sintaticamente eficaz (ou seja, uma norma que oferece em

⁽¹¹⁾ Kelsen, Hans. Op. Cit., p. 29.

⁽¹²⁾ Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho, p. 34.

⁽¹³⁾ Ferraz Jr., Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica, p. 114.

⁽¹⁴⁾ Ibid., p. 114.

⁽¹⁵⁾ Ibid., p. 119.

seu bojo as condições necessárias para sua concretização) e semanticamente ineficaz (não obedecida), estar-se-á frente a uma inefetividade pragmática no sentido de *desuso*; se, por outro lado, uma norma for sintática e semanticamente ineficaz, então estar-se-á frente à uma inefetividade pragmática no sentido de *costume negativo*, ou seja, “omissões que se dão, por que os fatos que seriam condição para a aplicação da norma não ocorrem.”¹⁶

Para Tércio Sampaio, assim, uma norma eficaz é aquela de cujo preceito decorre naturalmente a ordem, e que tem especificados, satisfatoriamente, os sujeitos e as condições aos quais ela faz referência. O cumprimento ou não da norma é irrelevante; o que vale para uma norma, nesses termos, ser considerada “plenamente eficaz” é a decorrência imediata, dela mesma, das possibilidades de produzir efeitos.

Nota-se que esta concepção de eficácia está intimamente relacionada com a noção de hermenêutica estabelecida acima. Se uma norma eficaz é aquela que possibilita a produção de efeitos, e esta produção é possibilitada na medida em que de seu preceito (texto legal, para Eros Grau) consegue-se a extração da ordem (norma jurídica), o processo hermenêutico – entendido com o estabelecimento das possibilidades de um texto legal – só é realizável se a norma for eficaz nos termos propostos por Tércio Sampaio em sua obra citada.

Os conceitos oferecidos são muito precisos e importantes para o nosso debate, no entanto, nossos problemas se concentram na segunda fase hermenêutica (a interpretação autêntica em Kelsen e a concretização da norma jurídica em norma de decisão em Eros Grau) e na obediência da norma (consequência da eficácia para Tércio Sampaio). A conceituação restritiva da eficácia proposta por Tércio é fundamental para se compreender o objetivo mínimo da norma, o que, no entanto, não se coaduna com o nosso objetivo, que é a concretização dos Direitos Humanos e Fundamentais como fim, e não como consequência. Por isso, entendido o que, dentro da ciência jurídica, é uma norma eficaz, proporemos um conceito mais amplo, oferecido por Norberto Bobbio, e que, se bem observarmos, tem como pressuposto a relação pragmática entre preceito e ordem de Tércio Sampaio: “O problema da eficácia de uma norma é o problema de se a norma é, ou não, cumprida pelas pessoas às quais se dirige (...) e, no caso de ser violada, que a faça valer com meios coercitivos pela autoridade que a impôs”.¹⁷

Conforme o exposto, o conceito de eficácia proposto por Tércio Sampaio é bastante para se chegar até a “norma jurídica” resultante do processo hermenêutico na proposta de Eros Grau. No entanto, para se alcançar a eficácia pretendida por Bobbio, necessário se faz a prudência judicial de Grau, bem como para esta ser eficaz, deve atender ao “cumprimento”, requisito do conceito de Tércio

2. HERMENÊUTICA

Gladston Mamede, doutor em Filosofia do Direito pela UFMG e professor da Fundação Mineira de Educação e Cultura, tratou do tema em sua obra *Semiologia e Direito – tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura*.

O autor inicia a obra afirmando que onde há ser humano, há Direito, referindo-se à tendência das sociedades humanas pelas regras e pela liderança, dizendo ser essas duas existentes também em sociedades animais, delas se diferenciando pelo simples fato de serem, nas humanas, revestidas de significação cultural. Ao tratar das disputas entre os animais, naturais às várias espécies sociais, afirma que nas sociedades humanas as disputas, são uma forma de luta pela vida e de afirmação de hierarquia no grupo, cuja definição é indispensável para a manutenção da sociedade. Para sustentar sua tese da disputa social instintiva, Mamede cita uma idéia de Trasímaco colocada por Platão em sua obra *A República*: “E, como devemos supor que o governo é quem tem o poder, a única conclusão razoável é que em toda a parte só existe um princípio de justiça: o interesse do mais forte”.¹⁸

Seguindo a idéia da hierarquia social, e comparando a sociedade humana com a animal, o autor diz ser o Direito uma mensagem, uma dimensão semiológico-lingüística, afirmando que, respeitadas as devidas proporções, o Direito guarda analogia com o rosnar de um lobo, os gritos de um macaco, enfim, mensagens que advertem ao grupo quais são os mais fortes e quais os interesses destes. Neste sentido, na sociedade humana será o mais forte aquele que melhor se equipar com os instrumentos da cultura.

Analisando o papel dos signos na sociedade, o autor inicia o estudo sobre as relações que o pensamento tem com a linguagem, colocando a idéia de que o pensamento é modelado pela linguagem, fazendo alusão à idéia de Saussure, no sentido de não haver pensamento puro, livre das

⁽¹⁶⁾ Id. Ibid.

⁽¹⁷⁾ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. “El problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (...) y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la há impuesto,” p. 35.

⁽¹⁸⁾ MAMEDE, Gladston. *Semiologia e Direito – tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura*, p.13.

influências da linguagem. Diz o autor também que, além do pensamento, no Direito também a linguagem é necessariamente presente, tendo em vista o fato de o Direito não existir no mundo real, senão no mundo da linguagem. Assim, o sujeito social se submete à uma espécie de adestramento, pela qual sua linguagem, seus sistemas semiológicos são preenchidos pela cultura e cristalizados na “prática social”.

Questão importante relativa a esse sistema semiológico que é a língua – e o Direito enquanto linguagem – é que, para que se alcance uma comunicação efetiva, os indivíduos devem observar as regras do sistema semiológico no qual está inserido e no qual – e pelo qual – pretende comunicar-se. Essas regras socialmente aceitas são chamadas, pelo autor, de “*vala semiológica comum*”, ou “*corredores isotópicos*”. A cultura é dada como, além de código decifrador, um *elemento mortificante da individualidade*. Não obstante concordar que atualmente é fácil se encontrar subgrupos sociais com profundas diferenças culturais, diferenças essas oriundas da artificialização das modernas estruturas sociais de Estado, o autor mantém o foco nos poucos, porém determinantes, elementos comuns que inevitavelmente permeiam todos os subgrupos sociais, manifestando a idéia de que as chamadas sociedades livres não o são efetivamente, sendo senão sociedades que permitem a individualidade dentro de limites socialmente aceitáveis, dizendo que: “Se uma sociedade executou seu trabalho de plasmar devidamente o indivíduo, não tem este mais consciência da maior parte das restrições que ela impôs do que tem das restrições que seu trajar habitual impõe a seus movimentos.”¹⁹ Como já nos manifestamos, a *mortificação da individualidade* dentro de uma sociedade não apresenta-se tão problemática como a que se dá no âmbito intercultural, no qual a soberania está em jogo. Assim, se essa *vala semiológica comum* não existe entre as culturas, inviabilizando o discurso da igualdade encontrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a pretensão de se forçar essa *vala* é, para nós, absolutamente antidemocrática. Indagamos, como o fez Raimundo Panikar, em seu texto “É a Noção dos Direitos Humanos em Conceito Ocidental? Ser que uma democracia pode ser imposta e apesar disso permanecer democrática?”²⁰

O fenômeno cultural, tão importante para as análises tecidas na obra, é composto por dois elementos. O primeiro, denominado *ideologia*, consiste em uma estrutura de signos, a qual o autor chamará de “óculos sociais”. O segundo elemento é a *práxis*, ou *prática social*, que é a ação social permeada pela ideologia. O autor manifesta-se no sentido

de que somente com o conjunto de ideologia e prática social o ser humano se torna sujeito. A prática social é engendrada pela ideologia e alimenta a existência desta.

Relativamente ao processo semiológico, Mamede diz que a primeira impressão do objeto no cérebro é denominada *intuição*, ou seja, a *experiência* à qual fizemos alusão no início deste capítulo, e constitui um momento dado no inconsciente. Já a passagem da intuição para o consciente, passagem que dará origem ao signo – dotado de conceito –, é denominada *conhecimento*. É neste segundo processo que o objeto é determinado pelos estereótipos ideológicos e, assim determinado, passará a atuar na prática social do indivíduo. Disso tudo se defere que a linguagem não possui como referente o objeto posto na realidade externa, senão o objeto tal qual posto na consciência, ou seja, o objeto enquanto signo dotado de sentido cultural. Daí a importância dessa reflexão para o Direito, vez que a língua, enquanto signo, impede que o sujeito veja a realidade de forma outra que não a programada pelas estruturas semânticas culturais. O autor, afirmando no sentido da idéia de Barthes, que diz ser, a língua, fascista, cita Nietzsche em sua *Obras Incompletas*:

É a língua a expressão adequada de todas as realidades? O que é uma palavra? A figuração de um estímulo nervoso em sons. Mas concluir do estímulo nervoso uma causa fora de nós já é resultado de uma aplicação falsa e ilegítima do princípio da razão. (...) Dividimos as coisas por gêneros, designamos as coisas por gêneros, designamos a árvore como feminina, o vegetal como feminino: que transposições arbitrárias! A que distância voamos do cânone da certeza!²¹

Após a análise da formação dos signos, enquanto representação cultural da realidade, Mamede analisa as condicionantes dos signos, tratando dos contextos nos quais eles “significam” e das relações entre os próprios signos.

O estudo das Ciências Sociais passou por um período no qual seus pensadores buscavam uma relação de necessidade entre as causas e os fenômenos que estudavam. Essa relação de necessidade chegou a conceder à Sociologia a denominação de Física Social. Com o passar do tempo outros pensadores militaram pela abolição dessa “matematização” das Ciências Sociais, em vista da imprevisibilidade e variabilidade do seu objeto. No entanto, essa pretensão de se encontrar uma causa necessária e universal para os fenômenos sociais, se analisada de outra perspectiva, pode ser bastante útil para o debate a respeito

⁽¹⁹⁾ Ibid., p. 39.

⁽²⁰⁾ DIÓGENES, Brasília. Editora UNB, 1983, nº 5, p. 20.

⁽²¹⁾ MAMEDE, Gladston. Semiologia e Direito – tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura, p.39.

das aspirações universais que permeia a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Não obstante ser hoje cediço o reconhecimento pela impossibilidade de se afirmar que toda civilização teve, e tem, o mesmo conceito de liberdade, de direito à vida, de educação cívica, moral e religiosa, absolutamente evidente é o fato de que, todas, ao menos, reconhecem a necessidade de *uma* moralidade, *uma* liberdade, *um* sistema de educação cívica, moral e religiosa, ou seja, apesar de não podermos afirmar que o conteúdo das aspirações são os mesmos, podemos afirmar que, ao menos no discurso, essas aspirações permeiam todos os grupos sociais humanos. Assim, o problema da Declaração Universal dos Direitos Humanos não está somente nos direitos indiscutivelmente ocidentais, como a propriedade, mas naqueles que, no plano discursivo, são universais; mas no conteúdo cultural são diferentes. É o caso da liberdade e do progresso.

Algumas instituições são encontráveis em todas as sociedades, como a educação. Não obstante poder ser, a educação, ágrafa, pautada em valores diferentes, inegável seu papel na manutenção da coesão social. Julgo impossível se pensar uma sociedade sem se pensar a educação como pressuposto da constituição e manutenção de suas bases axiológicas. Mesmo se a pensarmos como meio de “formatação” do indivíduo, como ocorre na educação religiosa e ditatorial (militar, socialista, capitalista midiática etc), ou se imaginarmos uma educação mais livre, sem imposições – senão de coerência de raciocínio -, não podemos nos esquecer da existência de fatores que também exercem brutal interferência na forma de pensar e agir do indivíduo, como a geografia, a moeda, a distribuição de renda, os hábitos alimentares e comportamentais, enfim, todas essas determinantes que existem em todo agrupamento social e que, de uma maneira ou de outra, *socializa* o indivíduo, interferindo até em seu subconsciente, funcionando como um *sistema de referência* para o comportamento e opiniões do sujeito social.

O motivo de estarmos tratando dessas instituições encontradas em todos os grupos sociais não é a pretensão de militarmos no sentido da *necessidade* das mesmas. Cientes da variedade e imprevisibilidade dessas instituições, pretendemos apenas demonstrarmos a influência que as mesmas exercem sobre os indivíduos, a fim de confirmarmos nossa tese a respeito da impossibilidade de se exigir a adoção de um atalho único para a paz e o progresso da humanidade, pelo simples fato de que, naturalmente, o homem é um ser culturalmente situado, logo com aspirações e um sistema

cognitivo e hermenêutico distinto dos outros homens – situados em culturas diversas .

Relativamente a esse *sistema de referência*, que desde o nascimento o meio faz penetrar nos indivíduos, diz Strauss que se constitui como um conjunto de juízos de valor, centros de interesse etc., estando aí compreendida a visão reflexiva que a educação nos impõe. “Deslocamo-nos literalmente com esse sistema de referências, e as realidades culturais de fora só são observáveis através das **deformações** que ele nos impõe, chegando mesmo a colocar-nos na impossibilidade de perceber o que quer que seja”²². A educação é tratada por Herskovitz também no sentido de um processo de socialização, como se pode notar pelas idéias que seguem:

A educação deve, em seu mais amplo sentido, considerar-se como aquela parte da experiência endoculturativa que, através do processo de aprendizagem, equipa um indivíduo para que ocupe seu lugar como membro adulto de sua sociedade.²³

A discussão da *deformação* ideológica que esse sistema de referência realiza no indivíduo é fundamental para o estudo da diferença entre as atualizações de preceitos universais oriundas de uma hermenêutica cultural, cujas particularidades clamam por um pouco de luz, e não de *iluminação* – nos termos da *Aufklärung*.

Relativamente ao contexto, este é visto como uma condicionante do signo, bem como um segundo nível, ao lado da memória, para a existência do mesmo. Note que uma mesa, anota o autor, pode estar em vários contextos – em uma sala de jantar, em uma loja separando o cliente do vendedor – com significados diferentes; no entanto, a linguagem não está sujeita a essa mesma contextualização; assim, a linguagem – o Direito - deve ser localizada na ideologia, determinada pelo contexto – suas instituições socializantes -, tal qual colocado nos parágrafos anteriores.

Com essas primeiras análises, o autor explica o sistema semiológico mediante duas operações, quais sejam: *identificação* – percepção pelo receptor de que um sinal corresponde ao estereótipo da forma ideal do significante, ou seja, o signo – e a *descodificação* do signo – determinação da parcela da realidade com a qual o signo corresponde. O autor explica que a descodificação não busca a outra parte do texto, mas “uma parte do texto”, ou seja, da descodificação pode resultar vários entendimentos. A semiologia encerra-se na correlação gramatical e gramático-contextual do texto e da fala. Assim, ao ler um preceito e

(22) LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropologia Estrutural Dois, p. 345.

(23) HERSKOVITZ, Melville J. Antropologia Cultural, p. 101.

identificá-lo como jurídico, e não moral, e, num segundo passo, *descodificá-lo* e notar sua natureza de, por exemplo, Direito de Família, o sujeito realiza o processo semiótico.

A atribuição de sentido aos signos nos termos até agora propostos, segundo o autor é, em regra, natural, vez que a ideologia compõe os signos dos grupos culturais; no entanto, dependendo das palavras escolhidas, ou de sua disposição no tempo, por exemplo, hipótese na qual a palavra possivelmente nasceu sob a influência de outra ideologia, o receptor deverá realizar um esforço maior para a atribuição do sentido da mensagem transmitida, e essa atribuição de sentido é o que se denomina Hermenêutica. O autor anota que tanto pode haver atribuições de sentidos delimitados pelos contextos, como atribuições pautadas e validadas retoricamente. No entanto, muito bem ressalva o autor, que a hermenêutica não se restringe a encontrar o sentido de um signo delimitado pelo contexto, uma vez que Gadamer, ao inverter, em sua obra *Verdade e Método* - o foco para o sujeito, destaca, neste, um caráter prejudicioso, no sentido de que: “O indivíduo que atualiza um texto, assim, possui uma certa gama de significados prévios (pré-juízos) para a leitura, tendendo a estendê-los sobre a mensagem, moldando-as às suas expectativas”.²⁴ Essa idéia decorre do fato de que, mesmo frente a normas claras, não se pode afirmar que delas decorre somente uma única forma particular de compreensão da mensagem. Mais, tomando como foco o sujeito, não se pode afirmar que dela decorre uma só mensagem.

Não obstante reconhecermos a influência do contexto no processo hermenêutico, a influência que suas instituições exercem no sujeito e que este, conseqüentemente, exerce na hermenêutica, é questão que merece muito mais atenção, pois a presente pesquisa não pretende expor a necessidade de se levar em conta o conjunto, mas a parte, muito mais complexa, no caso dos direitos humanos, muito mais humana. Uma norma, antes de ser cumprida por uma sociedade, será cumprida por um sujeito dessa sociedade. Assim, é o sujeito que deve ser levado em conta. Se o espaço público internacional ansia certas formas de comportamento, todos os *sujeitos soberanos*, em seus *contextos soberanos*, têm o direito não só de aderirem, ou não, às pretensões em questão; mas também, uma vez optando pela adesão, têm o direito de terem reconhecidas suas ideologias, e a interferência que esta necessariamente exerce no entendimento de preceitos que

inevitavelmente ser-lhe-ão impostos de forma unilateral pelos mais fortes.

Confirmando a idéia de Trasímaco já citada neste capítulo, impossível se pensar em uma uniformidade de sentido, vez que isso não é natural, exigindo para tanto, na idéia do autor uma vultuosa organização inflexível de Estado, e em nosso caso, da ONU. Milita o autor que o Direito é um complexo de relações constituídas pelos seres humanos, dizendo: “Cultural, sim; semiológico, por conseqüência; mas ainda assim exercício de poder (provavelmente baseado num impulso geneticamente determinado, enquanto arquétipo inconsciente)”.²⁵ Uma proposta para essa tendência agonística do ser humano será tratada nos próximos capítulos.

Por fim, não obstante ver o Direito como um instrumento de dominação pelas estruturas culturais de significação, o autor finaliza sua obra com a seguinte idéia:

Sim! Esta teorização acredita que os desníveis são uma tendência (e uma herança) do comportamento animal que o ser humano manifesta. Mas acredita, igualmente, que a razão (e a elevação do espírito pela aprendizagem, pela cultura, até mesmo), pode reduzir tendências agonísticas exacerbadas. Se entre os humanos os desníveis fossem similares aos existentes entre os animais, já seria suficiente: já haveria mais dignidade.²⁶

3. SUJEITO E CULTURA

Acima já fizemos alusão à utilização diferenciada entre o termo “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, porém permanecemos nos referindo, em alguns momentos, a direitos humanos de forma genérica. Tendo em vista o comentário que seguirá, a partir deste momento nos referiremos aos termos com a devida precisão terminológica, tratando os direitos arrolados na Constituição como direitos fundamentais, e os arrolados nas Cartas Internacionais como direitos humanos.

O ponto que queremos tocar diz respeito à diferença da discussão sobre eficácia e hermenêutica jurídica quando o objeto é uma Constituição e quando o objeto é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ou seja, quando a interpretação se pretende eficaz dentro de uma cultura, e quando essa interpretação é utilizada *sobre*, ou *contra*, outra cultura.

⁽²⁴⁾ MAMEDE, Gladston. Semiologia e Direito – tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura, p. 112.

⁽²⁵⁾ Op. Cit., p. 147.

⁽²⁶⁾ Id. Ibid.

Quando se analisa a eficácia dos “direitos fundamentais” – portanto, dentro de uma Constituição – afasta-se de muitas questões que vêm à baila quando a discussão permeia os “direitos humanos”. Uma Constituição, por sua própria natureza, tem a característica de expressar o objetivo de um Estado – neste compreendido o povo, juntamente com a soberania e o território –, a direção na qual todos os nacionais pretendem seguir para alcançarem o objetivo maior, que é o bem comum – facilmente determinável dentro de uma mesma sociedade. Não obstante as forças política e econômica serem essencialmente influentes, em uma Constituição verdadeiramente democrática, como a nossa atual – com suas deficiências esperadas, pois oriunda de uma nação ainda jovem – constam as aspirações principais de todos os grupos sociais, ou da maioria deles, sejam trabalhadores, empresários, proprietários rurais, imigrantes, católicos, protestantes, surgindo um documento de natureza contratual, pelo qual aqueles que estarão sujeitos às regras e princípios ali positivados manifestaram, direta, ou indiretamente pelo constituinte, a aquiescência com relação a tal submissão, sem a qual, é de se convir, não seria possível nenhum planejamento político, econômico ou social dentro de uma sociedade.

Tendo isso em vista, a problemática que surge com relação aos valores positivados na Carta Magna, bem como com relação à interpretação dos valores e sua escolha pelos administradores públicos e juízes no momento de concretizá-los, não tem importância tão relevante como a problemática que surge na discussão dos Direitos Humanos.

No âmbito constitucional, a eficácia dos direitos fundamentais e sua concretização em norma de decisão dependem apenas e fundamentalmente das condições nacionais para tanto – o termo *condições*, aqui, diz respeito às condições econômicas, geográficas e políticas –, vez que a questão cultural não gera embates de tanta relevância, como se pode notar pelo Brasil, onde presumivelmente todos têm a mesma noção de paz, de liberdade, ordem pública etc – com as exceções de grupos paralelos como o Primeiro Comando da Capital. No âmbito nacional, a sociedade está a serviço dos indivíduos, todos caminhando na mesma direção, o que faz com que todos se preocupem com os membros do grupo, pois há uma solidariedade em prol de um objetivo comum. No âmbito internacional, os objetivos, muitas vezes, são discrepantes, e a diferença de objetivos deve ser entendida como uma condição para o progresso de toda a humanidade. Assim, não dá para se pensar uma única Ordem Jurídica, senão o respeito pela diversidade delas.

Ao lado da vontade política, que contribui para a eficácia dos direitos fundamentais – proporcionando condições econômicas, por exemplo, pelo Executivo; garantindo tais direitos, por meio do Judiciário; e integrando esses princípios, por intermédio do Legislativo –, surgem as necessidades de condições materiais para o cumprimento do objetivo dos direitos fundamentais, necessidades essas ora supridas, por pairar sobre elas interesses políticos – como as soluções para impasses econômicos, embargos às exportações etc. –, ora deixadas em segundo plano, sob o argumento desonesto de serem condições de normas programáticas – como o direito à moradia, saúde e salário dignos.

No que diz respeito à hermenêutica, esta, dentro de um ordenamento nacional, não terá muitos problemas com os valores, que, no máximo, podem entrar em conflito, devendo prevalecer aquele que atender à finalidade do Direito para o juiz ou para o administrador. A interpretação, assim, restringe-se à sua função de dar significados aos princípios, já que *los derechos aparecen normalmente enumerados em las constituciones, sin que se especifique cual es su significado concreto*.²⁷

Nota-se, contudo, que as condições são materiais, logo, proporcionáveis dentro de certo prazo e com vontade política. Os objetivos alcançados pelo processo hermenêutico são, amiúde, determinados e buscados por todos. No entanto, o mesmo não pode ser dito quando se transfere a discussão do âmbito nacional para o internacional, inter e multicultural.

Pensar no entendimento de dois brasileiros ou dois americanos sobre o que representa, para eles, o termo “liberdade”, pode resultar na idéia de que designe liberdade de condições profissionais e sexuais tanto para homens como para mulheres; no entanto, ao buscar-se o mesmo conceito entre um americano e um islâmico, com certeza não se logrará o mesmo consenso.

E Ainda! A mutilação feminina em algumas tribos africanas, por exemplo, nos salta aos olhos de maneira apavorante; porém, o apego à vida capitalista ocidental salta aos olhos de um muçulmano de forma tão apavorante quanto aos nossos saltou a referida mutilação.

O problema da interpretação dos valores ditos universais frente a manifestações culturais distintas das manifestações da cultura ocidental tem sido deixado de lado pela ONU, que vem intervindo em processos de evolução

⁽²⁷⁾ REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU, PUC-Perú, Dezembro de 2003, n° 56, p. 466.

de determinadas sociedades sem refletir a respeito da sintomática descaracterização cultural que está provocando.

Com base nessas idéias, colocamos as seguintes questões: É válida uma Declaração Universal que não consolidou valores supremos para todas as culturas – por exemplo, a propriedade? A Declaração dos Direitos Humanos é Ocidental ou Universal? A interpretação dos valores, nessa Declaração consolidados, resulta em normas jurídicas compatíveis dentro de um mesmo sistema? É correta a intervenção da ONU a fim de extinguir o sistema de mutilação feminina citado no texto, se nem mesmo as mulheres que se submetem a essas práticas se organizam para questioná-las? São corretas tais interferências para proibir a automutilação de membros de algumas tribos africanas, que têm as cicatrizes como elementar para o Belo? Será que a honra e a liberdade são conceitos com significações idênticas para todo ser humano? Será que o sistema de castas hindu é injusto? Cremos que não, no entanto, julgamos necessário um parâmetro **igualmente** justo para que a presente pesquisa não seja travestida em “legitimação de barbáries” ou apologia ao desprezo pelos “problemas” internacionais.

No caso dos conflitos internacionais, é difícil protestarmos pela realização de uma escolha que resulte em uma solução perfeitamente balanceada de justiça para cada sociedade envolvida, pois é evidente a prevalência da vontade do mais forte. No entanto, com relação a manifestações culturais localizadas, não podemos mais admitir que as conclusões hermenêuticas ocidentais interfiram em culturas distintas ensejando uma descaracterização das mesmas.

A hermenêutica proposta em termos jurídicos não se mostrou suficiente para tanto, tendo em vista que a concepção jurídica, apesar de reconhecer variedades de entendimentos, os restringe a uma moldura. No cenário internacional é possível observarmos várias molduras que, por estarem relacionadas a interesses individualistas dos mais poderosos, ao invés de se completarem, se anulam, prevalecendo, atualmente, a moldura ocidental. Parece-nos que Gadamer encontrou o ponto fundamental para a hermenêutica a ser realizada frente a um conflito interno, tendo como base a Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Através da interpretação o texto deve vir à fala. Mas nenhum texto e nenhum livro falam se não falarem a língua que alcance o outro. Assim, a interpretação deve encontrar a linguagem correta se quiser fazer com que o texto realmente fale. Por

isso, não pode haver uma interpretação ‘correta em si’, justamente porque **em cada um está em questão o próprio texto**. A vida histórica da tradição consiste na sua dependência a apropriações e interpretações sempre novas. Uma interpretação ‘correta em si’ seria um *ideal desprovido de pensamento*, que desconhece a essência da tradição. Toda interpretação deve acomodar-se à situação hermenêutica a que pertence. (*grifo nosso*)²⁸

Note-se que o *outro* deve ser levado em conta, e este outro é a essência de nossa proposta. Se nos conflitos internacionais não é possível afastar-se da “prudência” política nas soluções determinadas pela ONU e seus órgãos, com relação à escolha dos valores na Carta Universal dos Direitos Humanos positivados, e se nos conflitos internos as denominadas *conclusões hermenêuticas* se apresentam como um impasse à perfeita satisfação das aspirações de cada ser humano, então precisamos, ao menos, encontrar um ponto de apoio sobre o qual desenvolveremos, a partir de então, todo discurso concernente aos Direitos Humanos.

Assim, julgamos importante não mais se forçar uma igualdade material entre os homens, entre as raças e entre as culturas. É muito mais digno, inclusive conosco mesmo, o reconhecimento das diferenças. A idéia que deve nos guiar não é aquela que prega o fim das diferenças, nem mesmo a mitigação delas. A idéia mais interessante é a que busca o respeito pelas diferenças, aquela que vê cada raça, cada cultura, como uma forte, e merecedora de proteção, *representação* de um ente que, a partir de então, deve passar a ser o foco de nossos discursos, qual seja, a “Pessoa Humana”. É com base nesta idéia que passaremos a enxergar que o islâmico - diferença religiosa - tem o direito de preservar os *seus* valores; que o negro - diferença racial - tem o direito de realizar os *seus* rituais e perpetuar sua cultura; que o ocidental - diferença cultural - tem o direito de perpetuar o *seu* capitalismo, com o só cuidado de que um não interfira na esfera de liberdade de autodeterminação do outro, pois, afinal, a liberdade é da pessoa humana, e não de suas formas de representação.

Se assumíssemos esta posição, poderíamos ir mais longe, penetrando em nossas Constituições, entendendo, então, que as “ações afirmativas” não devem se focar apenas nos negros, mas em toda pessoa humana que precise de escola, que precise forrar a barriga para sobreviver e que também precise de respeito e consideração, como os sertanejos baianos e os índios do Mato Grosso do Sul. Assim, estaríamos livres de discursos superficiais que só ganham espaço nas agendas públicas por consumirem menos dinheiro... dinheiro este que, se poupado, será de grande

⁽²⁸⁾ GADAMER, H. G. O Problema da Consciência Histórica, p. 54.

valia para as futuras campanhas políticas daqueles que levam a vida argumentando pelas vias ociosas.

Ou nós adotamos esta idéia, ou então teremos que esperar a consumação da globalização cultural – unilateral –, quando, então, o humano terá perdido lugar para a informação, para só então conseguirmos conversar no mesmo tom. Um fato não é correto em outra cultura a partir do que é correto para nós. Um fato ou uma ação são corretos a partir do momento que constituem a identidade de uma representação da pessoa humana, e, por serem uma representação de algo que também sou, devo lutar senão pela manutenção desse fato ou dessa ação, e não pela sua extinção, como despreocupadamente tem feito a ONU sob o argumento de lutar pelos direitos do ser humano – ocidental!

4. RELATIVISMO CULTURAL – A NECESSIDADE DE DIFERENÇAS

Todos os povos formam juízos acerca dos modos de vida diferentes dos seus. Quando se empreende o estudo sistemático, a comparação dá origem à classificação, e os especialistas traçaram muitos esquemas para classificar os modos de vida. Emitiram-se juízos morais sobre os princípios éticos que guiam a conduta e moldam os sistemas de valores de diferentes povos. Organizaram-se suas estruturas econômicas e políticas e suas crenças religiosas por ordem de complexidade, eficácia, desejabilidade. Avaliaram-se sua arte, música e formas literárias.²⁹

A questão da diferença cultural não é um fato apenas atualmente reconhecido pelos estudiosos do tema. O que se nota, é uma pré-disposição natural dos sujeitos para analisar outras culturas tomando como referencial a sua própria cultura. Em razão do fato de ser a noção de *progresso* também elaborada a partir de referenciais – cultura ocidental –, bem como do fato de ter sido tomado, o progresso, como elemento de poder, poder este que confere legitimidade às análises referenciadas tecidas pelos seus detentores, os juízos lançados pelo Ocidente sobre outras culturas atribuiu a estas o conceito de primitivas, atrasadas.

A atitude mais antiga, e que se baseia indiscutivelmente em fundamentos psicológicos

sólidos (já que tende a reaparecer em cada um de nós quando nos encontramos numa situação inesperada), consiste em repudiar pura e simplesmente as forças culturais: morais, religiosas, sociais, estéticas, que são as mais afastadas daquelas com as quais nos identificamos. “Hábitos de selvagens”, “na minha terra é diferente”, “não se deveria permitir isto”, etc., tantas reações grosseiras que traduzem esse mesmo calafrio, essa mesma repulsa diante de maneiras de viver, ver ou pensar que nos são estranhas.³⁰

Essa conceituação de culturas diferentes como primitivas ou atrasadas acabou por atribuir legitimidade às ações do Ocidente sobre outras sociedades com o argumento de estar-se visando o *progresso* de todas elas. Lamentavelmente, até hoje os bancos acadêmicos estão repletos de *cérebros referenciais*, que ainda não perceberam que, como afirmou Gofredi Telles Jr., em seu *Direito Quântico*:

Cada ser humano possui seu próprio *universo cognitivo*, isto é, possui um conjunto ordenado de conhecimentos, uma *estrutura cultural*, que é seu próprio *sistema de referência*, em razão do qual atribui a sua significação às realidades do mundo.

Toda realidade pode ser objeto de conhecimento. Mas o conhecimento de uma realidade está sempre condicionado pelo sistema de referência do sujeito conhecedor.³¹

Assim, é mais do que evidente o fato de o sujeito tomar sempre como referência a sua cultura, ou melhor, a cultura que tem assimilada por um processo endoculturação, originado da já comentada permeabilidade entre a ideologia e a prática social. Herskovits comenta que: “Os juízos baseiam-se na experiência, e a experiência é interpretada pelo indivíduo em termos de sua própria endoculturação.”³²

Nota-se que o sistema de referência subjetivo é elemento determinante do processo cognitivo, logo, determinante e todas as obras humanas, como o Direito, que nos interessa. Sendo o Direito também resultado de um sistema de referências, com igual razão o será também a sua interpretação, residindo aqui a questão central da presente pesquisa. Muito complicado, então, se falar em Direito Universal. Eros Grau, fazendo referência a Pasukanis e Rui

(29) HERSKOVITZ, Melville J. Antropologia Cultural, p. 83.

(30) LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropologia Estrutural, p. 333.

(31) TELLES-JR., Gofredo. Direito Quântico – Ensaio Sobre o Fundamento da Ordem Jurídica, p. 217.

(32) HERSKOVITZ, Melville J. Antropologia Cultural, p. 86.

Fausto, comenta em sua exposição na obra *O que é Filosofia do Direito* que:

Só existem, concretamente, os Direitos de cada sociedade. Na medida em que compreendo que o Direito é um a instância da realidade, começo a compreender também que apenas existem, concretamente, os Direitos: o Direito curdo, o Direito Alemão, o Direito brasileiro, e assim por diante.³³

A universalidade de certas aspirações é inegável, principalmente se se trata de aspiração à vida, à liberdade, à soberania e autodeterminação. No entanto, como comenta Herskovits, o conteúdo dessas aspirações é diferente, e se dá dentro das culturas:

Veremos já como se reconhecem em toda parte certos valores da vida humana, embora não haja duas culturas cujas instituições sejam idênticas na forma. A moralidade é universal, assim como também o prazer estético e algum critério de verdade. As diversas formas adotadas por esses conceitos não passam de produtos da particular experiência histórica das sociedades que os manifestam. Em cada uma, os critérios estão sujeitos a contínuas interrogações e mudanças. Porém, as concepções básicas permanecem para canalizar o pensamento e dirigir a conduta para dar um sentido à vida.³⁴

A diferença cultural é inoxidável, no entanto, foi mitigada pelo discurso “racional” da igualdade, talvez por não terem, os idealizadores desse discurso de poder, noção alguma da importância que têm as diferenças para toda a humanidade. Em seu texto *Raça e Cultura*, Strauss estrutura inigualável visão a respeito da necessidade das diferenças como condição vital para a humanidade, razão pela qual os comentários que seguirão até o fim deste capítulo pautar-se-ão nas idéias do referido estruturalista.

A primeira idéia interessante para a presente pesquisa diz respeito às diferenças, não apenas como oriundas da distância geográfica, mas como reação à própria “ameaça” da identidade, ou seja, oriunda da necessidade de autodeterminação: “E, ao lado das diferenças devidas ao isolamento, existem aquelas, também muito importantes, devidas à proximidade: desejo de se oporem, de se distinguirem, de serem elas mesmas. (...) Ela é menos função do isolamento dos grupos que das relações que os unem.”³⁵

A diferença é uma constatação evidente, que não exige esforços. É muito clara a diferença entre um índio americano, um europeu e um xiita. Como anota Strauss, as declarações de direitos do homem têm a força de pregar a igualdade, tendo, no entanto, também uma fraqueza, qual seja: “(...) enunciar um ideal que raramente atenta para o fato de que o homem não realiza sua natureza numa realidade abstrata, mas em culturas tradicionais.”³⁶

Essa supressão das diferenças acaba sendo um falso reconhecimento das mesmas, pois o homem não as reconhece, senão as considera como um estágio atrasado de um processo de desenvolvimento único, qual seja, *o seu próprio processo*. A esse falso reconhecimento das diferenças Strauss atribui o conceito de *falso evolucionismo*, atentando para o fato de que esse evolucionismo social não deve ser confundido com o darwinismo, sendo muito perigosa a afirmação de que as culturas são estágios de uma única concepção de humanidade, ilustrando a necessidade desse cuidado ao dizer que “um machado não gera fisicamente um machado, como o faz o animal.”³⁷

Reconhecendo ser extremamente tentadora a busca por relações de semelhanças de ordem cronológica, Strauss pergunta-se como seria possível não se comprar as figuras rupestres feitas por uma tribo indígena hodierna ágrafa e sem conhecimentos de metalurgia, com os desenhos da civilização ocidental arcaica encontrados nas grutas da França e da Espanha. Afirmo o estruturalista belga que o homem se esquece que, apesar de as sociedades indígenas utilizarem instrumentos semelhantes aos utilizados por sociedades paleolíticas, “(...) a elaboração do material, os tipos de instrumentos, sua destinação, portanto, eram diferentes, e uns nos ensinam pouco sobre os outros a esse respeito. Como, portanto, poderiam instruir-nos sobre a linguagem, as instituições sociais ou as crenças religiosas?”³⁸

A idéia da evolução social, do progresso de uma sociedade, como se depreende, é intrínseca à proposta evolucionista pautada em um modelo único de humanidade. Seria titular de mais progresso a sociedade tomada como modelo, que já passou por “todos os estágios evolucionistas” – nos quais ainda estariam certas sociedades – e, conseqüentemente, a sociedade mais velha, ou melhor, mais experiente. Além de comentar que seria preciso admitir que, para tratar certas sociedades como *etapas* do desenvolvimento de outras, seria preciso admitir também que, enquanto para estas últimas acontecia alguma coisa,

⁽³³⁾ GRAU, Eros. et al. *O que é Filosofia do Direito*, p. 33.

⁽³⁴⁾ HERSKOVITZ, Melville J. *Antropologia Cultural*, p. 100.

⁽³⁵⁾ LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural Dois*, p. 333.

⁽³⁶⁾ Id., p. 335.

⁽³⁷⁾ Id., p. 336.

⁽³⁸⁾ Id., p. 339.

para as outras nada acontecia, Strauss anota que a tradicional classificação dos *progressos* da humanidade em “idade da pedra lascada, da pedra polida, do cobre, do bronze e do ferro”, está sendo, atualmente, colocada em questão, vez que tem-se suscitado que o polimento e a talha existiram simultaneamente, não sendo resultado de uma técnica oriunda de um processo anterior, “mas como uma tentativa para copiar, em pedra, as armas e os utensílios de metal das civilizações, sem dúvida mais “avançadas”, porém de fato contemporâneas de suas imitadoras”.³⁹

A noção de progresso, como se pode notar, está intimamente ligada à idéia de acumulação de conhecimento – daí se falar em história cumulativa e estacionária -, não se afastando, também e fundamentalmente, de uma concepção referenciada na própria cultura do *sujeito observador*.

Se atribuímos à América o privilégio da história cumulativa, não é, com efeito, apenas por que lhe reconhecemos a paternidade de um certo número de contribuições que lhe emprestamos, ou que se parecem com as nossas – *européias (grifei)*? Mas qual seria nossa posição na presença de uma civilização que se tivesse dedicado a desenvolver valores próprios, onde nenhum fosse suscetível de interessar à civilização do observador? Este não seria levado a qualificar esta civilização de estacionária?⁴⁰

Assim, por não serem as linhas de desenvolvimento de outras culturas mensurável com base na referência que o observador utiliza comumente – si mesmo -, e por nada significarem para ele, é que serão vistas como estacionárias.

Para Strauss, a dificuldade de se classificar uma cultura como sendo superior a outra reside no fato de que somente há desenvolvimento cultural a partir de correlações culturais, de coligações – migrações, guerras, comércio etc. Comenta que as culturas que alcançaram um grau extremo de cumulatividade, nunca foram culturas isoladas.

(...) as primeiras civilizações têm de duzentos a quinhentos mil anos, e as condições de vida se transformaram apenas no decorrer dos últimos dez mil anos. Se nossa análise é exata, não foi por que o homem paleolítico tivesse sido menos inteligente, menos dotado que seu sucessor neolítico, mas simplesmente porque, na história humana, uma combinação de grau *n* levou um tempo *t* para sair;

esta poderia ter-se produzido muito mais cedo ou muito mais tarde.⁴¹

Pode até ser nesse sentido as idéias colocadas nas declarações universais de direitos, pregando a autodeterminação dos povos e o respeito pelas diferenças; no entanto, todos esses discursos buscam justificativa na afirmação de que *assim deve ser, pois somos todos iguais*. A ONU intervém em muitos conflitos internos, de natureza eminentemente cultural – política, religiosa -, sem se preocupar com a descaracterização dos costumes dessas culturas, operando uma verticalização da ideologia ocidental capitalista. No entanto, essa posição ideológica não se preocupa com o fato de que a ideologia deve ser assimilada, para só então dar margem à prática social, que é o comportamento orientado pela ideologia cultural. Por não passarem pelo filtro que é a assimilação social das idéias, as intervenções da ONU, ao colocarem fim em determinados conflitos, colocam fim também em toda a base cultural do grupo que sofre a intervenção. Mais, além de destruir a ideologia desse grupo, tendo em vista a intensa incompatibilidade, não consegue, a ONU, impor sua ideologia de maneira satisfatória, deixando sem referências uma sociedade inteira. Essa ausência de referência é o resultado mais lamentável de toda essa problemática, vez que, além de não terem outra escolha, senão ocidentalizarem-se, o Ocidente – a ONU – não lhes dá os meios suficientes para tanto. “Começaremos a observar que esta adesão ao gênero de vida ocidental, ou a alguns de seus aspectos, está longe de ser tão espontânea quanto os ocidentais gostariam de acreditar. Resulta menos de uma adesão livre que de uma ausência de escolha.”⁴²

Raimundo Panikar, a respeito da tentativa de se atribuir um conceito universal aos Direitos Humanos – por ele tratados como Direitos do Homem -, diz que:

(...) divulgar o conceito de Direitos do Homem – conceito indubitavelmente positivo – bem poderia revelá-lo ser um acavalo de Tróia introduzido clandestinamente no coração de outras civilizações, com a finalidade de obrigá-las a aceitar modos de existência, de pensamento e de sentimento (...)⁴³

Ao declarar que todo ser humano é sujeito com direito à vida, que todos os seres humanos são iguais, que têm direito à propriedade etc., a Declaração Universal dos Direitos Humanos pretendeu reconhecer o “todo” – *humanidade* – na “parte” – *ser humano*. No entanto, Panikar tem interessante opinião sobre essa pretensão de reconhecer

⁽³⁹⁾ Id., p. 341.

⁽⁴⁰⁾ Id., p. 344.

⁽⁴¹⁾ Id., p. 359.

⁽⁴²⁾ Id., p. 350.

⁽⁴³⁾ Op. Cit., p. 15.

o universal no particular, dizendo que, “sendo a filosofia uma reflexão em situação, ela nos faz tomar consciência de que ninguém tem acesso direto a toda gama universal da experiência humana.”⁴⁴ Assim, por ter declarado a propriedade como um valor universal, além de repelir potenciais signatários, a Declaração Universal não tutelou um valor *humano*, senão o que para Panikar é apenas um valor *impregnado de humanidade*. A inviabilidade do discurso que vê o todo na parte reside no fato de que o todo apenas pode ser visto dentro de uma moldura, e através dessa moldura. Ilustrando essa idéia, Panikar explica que:

Os Direitos do Homem são uma das janelas através da qual uma determinada cultura faz vislumbrar uma ordem humana justa para os indivíduos que dela participam. Eles não podem vê-la, a menos que peçam auxílio a uma outra cultura que enxerga através de uma outra janela. Ora, eu coloco como postulado o fato de que a paisagem humana, tal qual ela é percebida através de uma dada janela é, ao mesmo tempo, semelhante e diferente da visão que dela oferece uma outra janela.⁴⁵

Essa janela, essa moldura, é a própria situação do sujeito, a sua ideologia, a sua estrutura cognitiva cultural que, como já tivemos a oportunidade de expor, , determina as ações e as opiniões dos homens. Ademais, Panikar lembra também que o todo não apenas a soma de todas as partes, mas que esse todo só existe em função das partes através das quais ele é visto.

Ele é visto apenas dentro do quadro e pelo intérprete de uma *pars*, e não há ponto de partida a partir do qual poder-se-ia proceder À integração de todas as partes. A coexistência só é possível em um terreno comum, um *co-esse* reconhecido pelas diferentes partes. (*grifei*)⁴⁶

Com Strauss:

Pois se nossa demonstração é válida, não há, não se pode haver uma civilização mundial no sentido absoluto que geralmente se atribui a esse termo, porque a civilização implica a coexistência de culturas oferecendo entre si o máximo de diversidade, e consiste mesmo nessa *coexistência*. (*grifo nosso*)⁴⁷

Panikar propõe duas saídas: *1- fazer voar aos pedaços as janelas e fazer destes múltiplos pontos de mira uma única abertura escancarada;*⁴⁸ ou *2- alargar os pontos de vista tanto quanto for possível e, sobretudo, fazer com que as pessoas se conscientizem de que há – e que é necessário que haja – uma pluralidade de janelas.*⁴⁹ O autor se manifesta favorável à última saída como opção por um pluralismo são, vez que a primeira, adotada pelos discursos da modernidade, afigura-se como um perigo de *devastação estrutural*. Assim, a saída seria o reconhecimento da existência e da necessidade da diferença como condição para a sobrevivência e o progresso da humanidade, sendo possível a proposta de um todo em prol das partes e suas particularidades apenas quando as parte estiverem conscientes de que existem pelo todo. “Nós devemos aceitar o que nos diz o nosso parceiro: simplesmente, que tomemos o totum pro parte quando estivermos conscientes da *pars pro toto*.”⁵⁰

Conclui Strauss no seguinte sentido:

É preciso que saibam, ao contrário, que a humanidade é rica de possibilidades imprevistas, que, ao aparecerem, sempre deixarão os homens estupefatos; que o progresso não é feito à imagem confortável dessa *similitude melhorada* onde nós procuramos um esforço preguiçoso, mas que é repleto de aventuras, rupturas e escândalos.⁵¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca por um caminho pacífico para a evolução da humanidade intensificou-se após as duas guerras mundiais. O Estado assumiu uma posição interventiva na sociedade, submeteu-se às leis e principalmente a uma Constituição; vários movimentos de paz tiveram lugar no cenário internacional, coligações econômicas foram pactuadas, dando origem, por exemplo, à Organização Mundial do Comércio, aos blocos econômicos (NAFTA, MERCOSUL, UE, etc.), bem como, expressando a ânsia por apagar os vestígios da guerra e iniciar um marcha desenvolvimentista, o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento. Os discursos filosóficos de uma modernidade pautada na razão que se renovaria

⁽⁴⁴⁾ Id., p. 19.

⁽⁴⁵⁾ Op. cit., p. 8.

⁽⁴⁶⁾ Id., p. 19.

⁽⁴⁷⁾ Op. cit., p. 363.

⁽⁴⁸⁾ Op. cit., p. 8.

⁽⁴⁹⁾ Id., Ibid.

⁽⁵⁰⁾ Id., p. 20.

⁽⁵¹⁾ Op. Cit., p. 366.

eternamente por um processo endógeno, legitimaram e conferiram segurança às idéias referentes à elaboração de um rol de direitos pretensiosamente imbuídos de caráter universal, figurando nos círculos acadêmicos e políticos do Ocidente dominante como direitos dos quais qualquer ser humano ansiaria ser detentor. Assumindo essa tarefa tão “digna” e tão tardiamente idealizada, algumas nações soberanas decidiram se reunir para decidir, tal qual o fez o criador da humanidade, no início da vida, qual seria o *conceito* e o *limite* do Humano.

Como se pode notar pelos estudos relativos à estrutura semântica e cognoscitiva do sujeito, cada indivíduo cultural tem inerente um *óculos social*, uma ideologia que, permeada com sua ação social, lhe permite, de forma determinante, fazer jus à sua natureza subjetiva, permite ao sujeito sentir-se parte ativa do todo que é a sociedade, só assim podendo sentir-se efetivamente livre. Ocorre que essa estrutura cognoscitiva, por atuar inconscientemente no sujeito, o cega para o fato de que a diferença não está apenas no “outro”, mas principalmente, e fundamentalmente, em “si mesmo”. Foi o que inevitavelmente aconteceu com a ONU e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, às quais nos propusemos criticar. A ocidentalização da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que pauta as ações e intervenções da ONU, é tão evidente que em janeiro de 1981, em Banjul – Gâmbia - foi aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA), a **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**, com flagrantes contradições com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como por exemplo as seguintes passagens:

Preâmbulo:

(...) Tendo em conta as virtudes das suas tradições históricas e os valores da civilização africana que devem inspirar e caracterizar as suas reflexões sobre a concepção dos direitos humanos e dos povos;

Reconhecendo que, por um lado, os direitos fundamentais do ser humano se baseiam nos atributos da pessoa humana, o que justifica sua proteção internacional, e que, por outro lado, **a realidade e o respeito dos direitos dos povos devem necessariamente garantir os direitos humanos**; (*grifamos*)

Artigo 20:

1-Todo povo tem direito à existência. Todo povo tem um direito imprescritível à autodeterminação. Ele determina livremente o seu estatuto político e assegura o seu desenvolvimento econômico e social segundo a via que livremente escolheu. (*grifamos*)

2-Todos os povos têm a assistência dos Estados Partes na presente Carta, na sua luta de libertação contra a dominação estrangeira, quer seja esta de ordem política, econômica ou cultural. (*grifamos*)

Ainda, no Capítulo II – *Dos Deveres* -, no artigo 27 a Carta estabelece como dever do indivíduo *zelar, nas suas relações com a sociedade, pela preservação e reforço dos valores culturais africanos positivos, em um espírito de tolerância, de diálogo e de concertação e, de uma maneira geral, de contribuir para a promoção da saúde moral da sociedade.*

É evidente o confronto entre os valores prestigiados na Carta Africana e aqueles aos quais a Declaração Ocidental atribuiu *status* de humanos. A maneira como a propriedade é defendida na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesta, a propriedade é garantida no artigo 17 nos seguintes termos: **Artigo 17 I) Todo o homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros; II) Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade;** Na Carta Africana, ao direito à propriedade são feitas algumas ressalvas, vejamos:

Preâmbulo:

(...) Convencidos de que, para o futuro, é essencial dedicar uma particular atenção ao direito ao desenvolvimento; que os direitos civis e políticos são indissociáveis dos direitos econômicos, sociais e culturais, tanto na sua concepção como na sua universalidade, e que a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais garante o gozo dos direitos civis e políticos.

Artigo 21

2. Em caso de espoliação, o povo espoliado tem direito à legítima recuperação dos seus bens, assim como a uma indenização adequada.

4. Os Estados Partes na presente Carta comprometem-se, tanto individual como coletivamente, a exercer o direito de livre disposição das suas riquezas e dos seus recursos naturais com vistas a reforçar a unidade e a solidariedade africanas.

5. Os Estados Partes na presente Carta comprometem-se a eliminar todas as formas de exploração econômica e estrangeira, nomeadamente a que é praticada por monopólios internacionais, a fim de permitir que a população de cada país se beneficie plenamente das vantagens provenientes dos seus recursos nacionais.

A idéia de que o direito dos povos deve garantir o direito do humano é a saída para o impasse cultural que

permeia toda a problemática dos direitos humanos. Essa idéia coaduna-se com a proposta de Panikar de só se tomar o todo pela parte quando a parte estiver ciente de que existe pelo todo. Levi Strauss, a respeito da necessidade de diversidade e da luta pela sua manutenção, diz:

A necessidade de preservar a diversidade das culturas, num mundo ameaçado pela monotonia e uniformidade, não escapou certamente às instituições internacionais. Elas devem compreender também que não bastará, para atingir essa finalidade, acalantar tradições locais e conceder uma trégua aos tempos passados. É o fato da diversidade que deve ser salvo, não o conteúdo histórico que cada época lhe deu, e que nenhuma soberania saberia perpetuar para além de si mesma. É preciso, portanto, atentar para a força nascente, encorajar as potencialidades secretas, despertar todas as vocações para conviver o que a história tem em reserva; é preciso estar pronto também para considerar sem surpresa, sem repugnância e sem revolta, o que todas essas novas formas sociais de expressão não poderão deixar de oferecer de inusitado. **A tolerância não é a posição contemplativa, dispensando as indulgências ao que já foi ou que é. É uma atitude dinâmica, que consiste em prever, compreender e promover o que quer ser.** A diversidade das culturas humanas está atrás de nós, à nossa volta e à nossa frente. A única reivindicação que podemos fazer a esse respeito (exigência que cria para cada indivíduo deveres correspondentes) é que ela se realize de modo que cada forma seja uma contribuição para a maior generosidade do outro.⁵²

É chegada a hora de transpormos as barreiras que nos foram impostas pelo discurso da razão moderna ocidental; é chegada a hora de assumirmos para nós mesmos, por uma questão de honestidade intelectual, que *liberdade, deus e luta* não são, não foram, e nunca deverão ser conceitos universais, sob pena de estagnarmos a elaboração e a descoberta pelos homens das várias possibilidades de ser. O que devemos entender agora é que as diferenças estão emergindo inclusive em subgrupos sociais, que antes se escondiam por serem diferentes da maioria, e hoje ganham força por terem em seu modo de vida uma proposta inolvidável para as crises das grandes instituições criadas pela modernidade. Como disse Gofredo Telles Jr.: “*No reino humano, a presença da liberdade se revela no ato de escolha, ou seja, na efetiva adesão do ser humano a uma das vias*

cerebrais, abertas ante seu sistema de comando.”⁵³ Assim, devemos deixar de lado o discurso da igualdade descaracterizadora de nossa ideologia e levantarmos a bandeira da diferença como uma saída para expansão da *circunferência intelectual* da humanidade. No entanto, muito mais do que militarmos em defesa das diferenças, devemos, antes, entendermos que nossa cultura não é parâmetro de vida para nenhuma outra cultura - e vice-versa -, senão um mero complemento que deve, por exigência lógica, ser, antes, assimilado pela ideologia dessas culturas e colocado em prática de maneira, se não voluntária, ao menos democrática, pela maioria *quantitativa* dos membros desse grupo, pois, como bem disse Strauss, “mal compreendemos como uma civilização poderia esperar aproveitar-se do estilo de vida de uma outra, a não ser renunciando a ser ela mesma”.⁵⁴ Nesse sentido, Strauss propõe uma “coligação” entre as culturas para o progresso da humanidade, coligação essa que tem natureza complementar, de acréscimo, que é muito diferente do mero “aproveitamento de cultura”, que é descaracterizador, dizendo ser o maior dever da humanidade “(...) jamais esquecer que nenhuma fração da humanidade dispõe de fórmulas aplicáveis ao conjunto, e que uma humanidade confundida num gênero de vida único é inconcebível, pois seria uma unidade petrificada.”⁵⁵

Como se pode notar, nossa opinião é no sentido de que a aceitação da “maioria” é elemento fundamental para que a ONU intervenha em grupos sociais a fim de garantir, ou fazer valer, determinados direitos, por ela alçados à condição de “humanos”. No entanto, a vontade da maioria é um elemento que deve ser levado em conta quando se tem em pauta um determinado povo, sujeito à uma Constituição e uma soberania. Assim, não há de se falar em “maioria” quando os sujeitos são os próprios Estados soberanos, pois a soberania enquanto direito e poder de autodeterminação é absolutamente inviolável, vez que não se trata de um direito *do* ser humano, senão de um direito *de* ser humano, único direito indiscutivelmente universal, pois o direito do ser humano é um direito logicamente atribuído por alguém, enquanto o direito *de* ser humano é um direito inerente e natural, logo, impassível de juízo de valor. Ademais, a soberania e a Constituição de um povo devem ser oriundas de conquistas populares, pois um povo só conseguirá organizar-se no cenário internacional soberanamente, se, antes, conseguir se organizar perante as forças hostis que operam no seu próprio seio.

A ONU, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, intitularam-se como o afã de toda a humanidade

⁽⁵²⁾ Id., p. 366.

⁽⁵³⁾ Op. Cit., p. 245.

⁽⁵⁴⁾ Id., p. 362.

⁽⁵⁵⁾ Id., p. 365.

“racional”. No entanto, como salientou Panikar: “A história mostra manifestamente que sozinhos os vencedores proclamam e promulgam direitos, os quais não são nada mais que o que os detentores da força consideram como justo em um determinado momento.”⁵⁶

Não se discute que a *liberdade* é ansiada por todos os seres humanos, mas a questão fundamental está em saber *qual liberdade*; se a liberdade de exploração das riquezas minerais de países economicamente subdesenvolvidos, ou se a liberdade de assassinar norte-americanos a fim de se fazer prosperar o islamismo radical. Não se discute que a *vida* é um direito também universalmente ansiado; no entanto, qual o valor atribuído à vida de uma mulher adúltera condenada à morte, por ocasião do adultério, em alguns agrupamentos sociais? Será um valor que leva em conta a integridade do *sujeito* condenado, ou a integridade da *sociedade* que vê a instituição da família ameaçada, e não dispõe de outros meios sancionatórios para protegê-la? Gofredo Telles Júnior comenta que:

Nas sociedade dos homens e das mulheres, porém a inteligência submeteu a sociedade às pessoas, isto é, fez da sociedade, um *meio* a serviço de *cada* ser humano. Nesses agrupamentos, a sorte de seus componentes é o que, sobretudo, interessa. A sorte da sociedade também interessa, mas na medida em que a sociedade é *instrumento* de cada ser humano.⁵⁷

Esse comentário diz respeito à forma de organização da sociedade ocidental, que vê na sociedade um instrumento para a realização dos anseios de seus membros. Impossível se pretender que uma sociedade menos complexa, que vê no indivíduo um instrumento para a consecução dos anseios da coletividade, considere a vida de um indivíduo como mais importante do que a vida, a coesão, da própria sociedade. Assim, além de ser bastante complicado incriminarmos a condenação de uma pessoa adúltera à pena de morte, em vista de também já termos nos utilizado de penas cruéis, como por exemplo nas Ordenações Filipinas, tal incriminação também não deve proceder em vista do fato de que essa condenação não visa a proteção da vida individual, mas da vida social.

O que é o *progresso* para uma tribo indígena que tem, à sua disposição, alimento e abrigo natural? Será mesmo, a *tecnologia*, necessidade para essa tribo? Será que o

progresso não seria melhor expressado pela *manutenção da sociedade tribal coesa e solidária*? E a *dignidade humana*? Boaventura coloca como uma das cinco premissas para a construção de uma concepção multicultural dos direitos humanos, o reconhecimento do fato de que “todas as culturas têm versões diferentes de dignidade humana, algumas mais amplas do que outras, algumas mais abertas à outras culturas do que outras.”⁵⁸

A idéia proposta por Panikar de tomarmos o “todo pela parte” quando estivermos conscientes da “parte pelo todo” talvez seja a maneira mais interessante de se manter a necessária diferença entre as culturas, bem como de se manter as culturas engajadas na manutenção do bem do *outro* como condição para seu próprio bem. O reconhecimento do *outro distante* não é natural do ser humano, sujeito desonesto que cega até suas instituições de paz. “Para o cristão o Cristo será o símbolo da totalidade; para o não cristão, ele será apenas o símbolo dos cristãos”⁵⁹, comentou Panikar, lembrando ainda que:

O passado é pródigo em exemplos, notadamente o passado do Ocidente. Eles são bastante numeráveis e demasiado surpreendentes para que não estejamos avisados do perigo de repetir o que foi feito em nome do Deus único, do Império único, da Religião única, e o que é feito hoje em dia sob a égide da única Ciência e da única Tecnologia.⁶⁰

A ONU deve ser repensada, e com ela toda a ideologia que embasa a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e que determina as práticas daquela Organização, pois como disse Boaventura, “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes, quando a igualdade os descaracteriza.”⁶¹ Sabemos muito bem da necessidade de um parâmetro para que os povos evoluam sem interferência na soberania uns dos outros. Para isso, uma Carta Internacional de Direitos Humanos seria a melhor saída, sim, no entanto, não uma Carta nos moldes da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A humanidade necessita de uma Carta internacional que reconheça as diferenças culturais entre os povos e que, muito mais do que reconhecimento, respeite e proveja a sua manutenção como meio fundamental para o efetivo progresso da vida humana.

Uma Carta internacional, mesmo que assinada por todos os povos, inevitavelmente será composta de artigos,

⁽⁵⁶⁾ Op. Cit., p. 12.

⁽⁵⁷⁾ TELLES-JR., Gofredo. Direito Quântico – Ensaio Sobre o Fundamento da Ordem Jurídica. 7º ed. São Paulo: Juarez de Oliveira LTDA, 2003. p. 257

⁽⁵⁸⁾ LADSLAU-BIANCO, Bela & Capinha, Graça (organizadores). Identidades: estudos de cultura e poder, p. 29.

⁽⁵⁹⁾ Op. Cit., p. 19.

⁽⁶⁰⁾ Id. Ibid.

⁽⁶¹⁾ Op. Cit., p. 37.

ou melhor, de *palavras*, abstratas e transcendentais a toda humanidade, palavras essas que, para operarem no mundo dos homens, precisarão ser *realizadas e atualizadas* pelos próprios homens e em determinados contextos histórico-sociais. Eis o motivo do presente estudo sobre o problema da hermenêutica na análise dos direitos humanos, vez que a estrutura hermenêutica de cada indivíduo varia de acordo com a ideologia de cada cultura. A hermenêutica nasce do sujeito, e o sujeito é um produto da cultura. No entanto, o primeiro passo para a convivência com essa questão hermenêutica é reconhecer a existência e a necessidade das diferenças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 6. ed. Madrid: Debate, 1992.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GADAMER, H. G. *O Problema da Consciência Histórica*. Trad. Paulo Cesar Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. et al. *O que é Filosofia do Direito*. São Paulo: Manole, 2004.
- HERSKOVITZ, Melville J. *Antropologia Cultural*. Tomo I e II. 8. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1960.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- LADSLAU-BIANCO, Bela & Capinha, Graça (org.). *Identidades: estudos de cultura e poder*. São Paulo: Hucitec, 2000.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural Dois*. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.
- MAMEDE, Gladston. *Semiologia e Direito – tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura*. Belo Horizonte: Editorial 786, 1995.
- MENDONÇA, Samuel. *Projetos e Monografia Jurídica*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.
- TELLES-JR., Gofredo. *Direito Quântico – Ensaio Sobre o Fundamento da Ordem Jurídica*. 7. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira LTDA, 2003.

PERIÓDICOS

DIÓGENES, Brasília. *Editora UNB*, 1983, nº 5

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU, PUC-Perú, Dezembro de 2003, nº 56

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro, Renovar FGV, outubro/dezembro de 2005.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948.

GAMBIA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, 1981.