

# 1

## DIREITOS HUMANOS E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

### 1.1

#### Direitos humanos e sociedade internacional: o diálogo como legitimação

Realidade irrefutável na sociedade nacional e internacional, as desigualdades, hoje, estão ligadas ao neoliberalismo<sup>1</sup> que tem, no capitalismo,<sup>2</sup> seu alicerce, e marca toda a segunda metade do século XX, caracterizando-se pela má distribuição de renda, pelos desequilíbrios regionais, e pela manutenção de uma estrutura de exploração econômica cuja consequência é uma dominação/dependência econômica, cultural e social. A estrutura mundial hoje privilegia o capital em detrimento do indivíduo, relegando-o a simplesmente mais um instrumento na engrenagem que mantém a roda do capitalismo funcionando<sup>3</sup>, – como alertou Charles Chaplin, na segunda década do século XX.

Entre os variados autores que tentaram construir uma filosofia política que esmiuçasse o domínio do capitalismo contemporâneo, destaca-se a formulação do filósofo político italiano Antonio Negri,<sup>4</sup> com seu conceito de Império, através do qual as elites dominantes do planeta em divisões geográficas entre mundos não mais se sustentam. Visam à união do poder econômico com o poder político, utilizando-se do Direito como “um novo registro de autoridade e um projeto original de produção de normas e de instrumentos legais de coerção que fazem

---

<sup>1</sup> Segundo Perry Anderson: “O neoliberalismo nasceu logo depois da II Guerra Mundial, na região da Europa e da América do Norte, onde imperava o capitalismo. Foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar”. ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir & GENTILI, Pablo (orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, pp. 09-23.

<sup>2</sup> O conceito de capitalismo é trabalhado por diversos autores. Ficamos com a definição sucinta, porém muito completa de Hobsbawm, na introdução do seu livro *A era do capital*. Segundo o autor, o capitalismo representa: “o triunfo de uma sociedade que acreditou que o crescimento econômico repousava na competição a livre iniciativa privada, no sucesso de comprar tudo no mercado mais barato (inclusive trabalho) e vender no mais caro” HOBBSAWM, Eric J. *A era do capital*, 14ªed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 13.

<sup>3</sup> É emblemática a crítica ao capitalismo feita por Chaplin, através de seu personagem Carlitos, no filme *Tempos Modernos*, no ano de 1936.

<sup>4</sup> Filósofo e cientista social italiano.

valer contratos e resolvem conflitos”,<sup>5</sup> buscando não só a regulação das interações humanas, mas também a própria orientação da natureza humana: “O objeto do seu governo é a vida social como um todo, e assim o Império se apresenta como forma paradigmática de biopoder”.<sup>6</sup>

A reconstrução da realidade internacional não tem mais sua base no antigo sistema de Estado soberano, mas num sistema interligado de valorização da monetarização dos mercados e da consequente manutenção do capitalismo.

Mello<sup>7</sup> expõe dois conceitos de estado soberano: aqueles desenvolvidos pelos juristas e aqueles cunhados pelos cientistas políticos. Segundo o autor, “os juristas definem o Estado pelos seus elementos formais, afirmando que ele é uma comunidade estabelecida em um território com um governo”. Já os cientistas políticos veem o Estado como

uma organização burocrática constituída por uma elite política representante do bloco histórico que detém o poder político, por um corpo de funcionários e por uma força pública, que dispõe do monopólio da violência sobre determinada população em determinado território.<sup>8</sup>

Allan Pellet<sup>9</sup>, por sua vez, adota como conceito de Estado soberano uma decisão da comissão de arbitragem para a ex-Iugoslávia: “O Estado é normalmente definido como uma coletividade que se compõe de um território e de uma população submetida a um poder político organizado. Ele se caracteriza pela soberania”.<sup>10</sup>

Hoje, segundo Negri, esses conceitos passaram por uma revisão e encontram-se mitigados. Buscando a redução dos danos dessa desequilibrada relação, foram realizadas diversas críticas contra a exploração. Cientistas sociais, filósofos, sociólogos, políticos e juristas engajaram-se por maior equilíbrio das relações econômicas entre os homens e pela preservação de sua dignidade corrompida pelo sistema monetário-capitalista.

---

<sup>5</sup> NEGRI, Antonio, *Império*. 8ªed., Rio de Janeiro, Record, 2006, p. 27.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>7</sup> Professor titular de Direito Internacional Público da UERJ.

<sup>8</sup> Curso, p. 347.

<sup>9</sup> Professor da Universidade Paris X e ex-presidente da comissão de Direito Internacional.

<sup>10</sup> PELLET, Alan. As novas tendências do Direito Internacional: aspectos macrojurídicos In: *O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional*. Leonardo Nemer Brant (org.). Belo Horizonte: Forense, 2004, p. 4.

Uma construção jurídica que consiga equacionar a realidade em que vivemos e o bem estar da maioria dos indivíduos é hoje um dos grandes desafios para os estudiosos do Direito. Vivemos em um mundo sedimentado na teoria socioeconômica do capitalismo, cuja macroestrutura se refunda a cada nova crise e à qual todos estão submetidos.

Cientes dessa realidade fomentadora de exclusões e contrapondo-se a essa hegemonia estabelecida, diversos autores buscam alternativas jurídico-políticas para uma nova forma de construir as relações sociais, procurando fazer valer a força do direito como instrumento de pacificação, integração e mudança social.<sup>11</sup>

Como na maioria das ciências sociais, o Direito concorre com a responsabilidade pela busca de novas formas de efetivação da igualdade social, seja através da proteção de bens imprescindíveis à vida do sujeito, seja através da elaboração de construções teóricas. Estas, respaldadas pela realidade social, valem-se do Direito para ter a legitimidade jurídica necessária à realização da mudança social.

Surge, assim, a ideia de recorreremos mais uma vez aos Direitos Humanos como instrumentos da busca pelo respeito ao mínimo de dignidade do indivíduo e como contraponto ao processo capitalista de regulação social.

Segundo Jacob Dolinger,<sup>12</sup> “a história do pensamento humano, através de todos os tempos, abrangendo todos os povos que deixaram sua marca na filosofia e na teologia inspirou-se na idéia da dignidade pessoal do ser humano”.<sup>13</sup> Os direitos humanos serão, portanto, mais uma vez, utilizados como o alicerce ideológico e jurídico que buscará garantir ao indivíduo sua dignidade mínima.

Ao definirmos esse núcleo essencial, surgem diversos outros problemas sobre os quais devemos questionar: qual o núcleo central da dignidade humana? Existem direitos mínimos que correspondem às necessidades de todo o planeta?

---

<sup>11</sup> HERMIDA, Cristina, Es el Derecho un factor de cambio social? In: *Isonomia: Revista de Teoria y filosofía del Derecho*, vol. 10, abril 1999, p. 16.

<sup>12</sup> Professor titular (aposentado) de Direito Internacional Privado da UERJ.

<sup>13</sup> Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da Declaração Universal dos Direitos Do homem e da Constituição Brasileira de 1988. As ilusões do Pós-Modernismo/ Pós-positivismo. A visão judaica. *Revista de Direito constitucional e Internacional*. Ano 18, vol. 70 – jan./mar. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

## 1.2

### Os direitos humanos como instrumento de resistência às desigualdades: a teoria crítica dos direitos humanos, de Joaquim Herrera Flores

#### 1.2.1

##### Em busca de um conteúdo comum para a resistência

É necessário construir alternativas ao poder capitalismo-monetário que hoje domina a nossa realidade. Segundo Negri, em contraposição a essa realidade deve-se estabelecer o chamado antipoder: “Quando se analisa o poder capitalista (que é o inimigo, hoje), percebe-se que ele, de um lado, estrutura continuamente a vida e a sociedade, e, de outro lado, intervém pontualmente para estabilizar seu domínio”.<sup>14</sup>

O antipoder seria a união de três frentes: a resistência, a insurreição e a potência constituinte. A insurreição, para Negri,

é a forma de um movimento de massa resistente, quando se torna ativa em pouco tempo, ou seja, quando se concentra em alguns objetivos determinados e determinantes: isso representa a inovação de massa de um discurso político comum (...) é um evento.<sup>15</sup>

O poder constituinte<sup>16</sup>, por sua vez,

é a potência de configurar a inovação que resistência e insurreição produziram, e de dar-lhe uma forma histórica adequada, nova, teleologicamente eficaz. Se a insurreição obriga a resistência a se tornar inovação (...), o poder constituinte dá forma a essa expressão (...). E, se a insurreição é uma arma que destrói as formas de vida do inimigo, o poder constituinte é a força que organiza positivamente novos esquemas de vida e de gozo de massa da vida.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> NEGRI, Antonio. Antipoder, In: *Cinco lições sobre o império*. Rio de Janeiro, DP&A Editora, 2003, p. 201.

<sup>15</sup> Idem, ibidem, p. 197.

<sup>16</sup> Diversas são as definições entre os constitucionalistas para poder constituinte. Para Gomes Canotilho, o poder constituinte pode ser entendido como “a soberania constituinte do povo, ou seja, o poder de o povo através de um acto constituinte criar uma lei superior juridicamente ordenadora da ordem política”. CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina. P. 72.

<sup>17</sup> NEGRI, Antonio. Op. Cit., p. 198.

Já a resistência, para o filósofo italiano, ocorre na nossa vida cotidiana, nas atividades profissionais, na comunicação social, ou seja, a interação contra o comando ocorre em todos os níveis da nossa vida social. A ela cumpre o papel de “desestruturar o poder oposto”. Cabe à resistência, sem dúvida, um papel primordial e inicial na busca pela efetivação do antipoder.

Segundo o autor, para que o antipoder possa exercer de maneira eficaz sua ação contra o sistema capitalista-monetário, é fundamental que atue de forma dúplice: “por um lado escavar, dismantelar continuamente, minar a estrutura social do poder; por outro, intervir de modo ofensivo sobre/contra as operações de estabilização que o poder continua repetindo e que constituem o específico de sua capacidade de governo”.<sup>18</sup> No entanto, há uma grande dificuldade: com o mundo globalizado, é impensável localizar um antipoder constituído apenas dentro de um Estado nacional. Há, ainda, complicações quando se imagina sua constituição: ele traz rompimento com a realidade, haja vista quando falamos de grandes ONGs reconhecidas que atuam dentro dos parâmetros estabelecidos por esse mesmo poder que elas deveriam extirpar.

Diante dessa realidade, entramos numa encruzilhada que, para o filósofo, só será solucionada quando constituirmos a resistência dentro do nosso agir comum, marcado por uma atitude clara de ação contra a opressão social/cultural e a desigualdade econômica. Atuar desestabilizando o poder com uma atitude de resistência diária, uma atitude individual com intuítos globais. Diz o autor:

A primeira experiência (válida desde sempre) e a de construir resistência a partir de baixo, por meio de um enraizamento nas situações sociais e produtivas. Trata-se, pois, de continuar, mediante de uma militância resistente, a desestruturar o poder dominante nos lugares em que se acumula, se centraliza e de onde declara sua hegemonia.<sup>19</sup>

Somente desta forma conseguiríamos impor ao poder um antipoder com força de multidão, pronta e conhecedora de sua potência contra as estruturas desiguais estabelecidas. Para Negri, multidão:

designa um sujeito social ativo, que age com base naquilo que a singularidade tem em comum. A multidão é um sujeito social internamente diferente e múltiplo

---

<sup>18</sup> Ibid., p. 201.

<sup>19</sup> Ibid., p. 202.

cuja constituição e ação não se baseiam na identidade ou na unidade (nem muito menos na indiferença), mas naquilo que tem em comum.<sup>20</sup>

Entretanto, prevalecem alguns questionamentos: como podemos exercer uma resistência ordenada e consciente? Qual seria a forma mais coerente, sustentável e fundamentada de resistir? O que nos uniria a tal ponto?

Na esteira do que diz o jusfilósofo espanhol Joaquim Herrera Flores<sup>21</sup>, acreditamos que somente os Direitos Humanos podem respaldar o cumprimento desse papel integrador para a resistência, tendo como núcleo central o respeito à dignidade individual mais plena.

Aos Direitos Humanos caberia a responsabilidade de unir os indivíduos em prol de lutas comuns e reconhecidas, garantindo aos mesmos a possibilidade de “exercer suas formas e expressões de liberdade de massa”.<sup>22</sup> Os Direitos Humanos seriam, assim, um “conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, se é que temos o poder necessário para isso, deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade”.<sup>23</sup>

Há, entretanto, algumas questões que devem ser resolvidas antes de elegermos os Direitos Humanos como núcleo de nossas formas de resistências: a primeira questão é saber de que direitos estamos falando; outra questão é saber o conjunto de direitos mínimos que garantiriam a dignidade do indivíduo.

Para Flores, a grande questão passa pelo reconhecimento das diferenças culturais, pela possibilidade de entender uma ética de direitos em que o outro é um ser merecedor de respeito e que esses direitos não são entregues por alguma entidade sobrenatural. Antes, são uma construção, da mesma forma que o seu desrespeito também o é. Para isso devemos superar a já clássica dicotomia existente entre os estudiosos dos Direitos Humanos: a visão universalista e culturalista encontram-se, enfim, superadas, segundo o autor.

---

<sup>20</sup> Essa multidão, continua o autor, é o “único sujeito social capaz de realizar a democracia, ou seja, o governo de todos contra todos”. Para entender o conceito de Multidão, sua força e capacidade revolucionária ver: NEGRI, Antonio. *Multidão*, Rio de Janeiro, Ed. Record, 2005.

<sup>21</sup> Professor da Universidade de Pablo de Olavide em Sevilha na Espanha. Falecido em 2009.

<sup>22</sup> NEGRI, Antonio, *Antipoder*, In: Cinco lições sobre o império, Rio de Janeiro, DP&A Editora, 2003, p. 203.

<sup>23</sup> HERRERA FLORES, Joaquim, *A (re)invenção dos Direitos Humanos*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009, p. 39.” Para Flores os Direitos Humanos constituem na verdade “na afirmação da luta pelo ser humano em ver cumpridos seus desejos e necessidades nos contextos vitais em que está situado”, p. 25.

Centrada na concepção ocidental de direitos e de valor de identidade, a visão universalista consiste em práticas universalistas neutras que estabelecem um conjunto de direitos pré-estabelecidos, encabeçados pelo “Direito a ter Direito” do indivíduo. A busca dos universalistas é pelo marco comum de direitos que possibilitará a convivência harmônica entre os indivíduos. Em sua crítica ao universalismo, afirma:

O que devemos ter claro desde o princípio é que, nessa questão da luta pela dignidade, há muitos caminhos e há muitas formas de ação. E que a mais urgente não é lançar anúncios universalistas, mas construir espaços de encontros entre ditas formas de ação nos quais todos possam fazer valer suas propostas e diferenças<sup>24</sup>

Segundo Sacks (apud DOLINGER<sup>25</sup>), a visão universalista não é uma visão adequada para os problemas oriundos das relações humanas:

O universalismo é uma resposta inadequada ao tribalismo e não menos perigosa. Leva à crença – superficialmente competente, mas realmente falsa – de que só há uma verdade sobre os fenômenos essenciais da condição humana, e que esta verdade é válida para todas as pessoas em todos os tempos. Se eu estou certo, você está errado. Se o que eu acredito é verdade, então sua crença, que difere da minha, deve ser um erro do qual você deve ser convertido, curado e salvo.

Por sua vez, a visão localista de direitos humanos centra-se na perspectiva cultural e no valor da diferença para estabelecer um conjunto mínimo de direitos que satisfaçam os membros de determinado grupo, garantindo-lhes uma existência que promova sua dignidade através do respeito a suas diferenças. Surgem, assim, as práticas particularistas.

Para Herrera, o problema manifesta-se quando uma das dessas visões “passa a ser defendida apenas por seu lado, e tende a considerar inferior às demais, desdenhando outras propostas”.<sup>26</sup> Ambas as visões, continua Flores, têm como característica situarem-se num centro de onde iniciaram suas interpretações

---

<sup>24</sup> HERRERA FLORES, Joaquim, *Teoria Crítica dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Lúmen júris, 2009, p. 17.

<sup>25</sup> Sacks Jonathan citado por DOLINGER, Jacob. Da dignidade da diferença ao moderno Direito Internacional Privado. In: *Direito e Amor*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 133. Completa o autor: “desta visão decorrem alguns dos grandes crimes da história, alguns sob auspícios religiosos, outros – as revoluções francesa e russa, por exemplo – sob a bandeira de filosofias seculares”.

<sup>26</sup> HERRERA FLORES, Joaquim, *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*. In: *Sequência: Revista da pós-graduação em Direito da UFSC*, nº 44, jul 2002, p. 14.

de um todo restante. Atuando dessa forma, elas acabam agindo como “padrões de medidas” que, numa análise mais atenta, apenas exercem a exclusão daquilo com que não se identificam. Arremata o autor:

Nem o direito, garantia de identidade comum, é neutral; nem a cultura, garantia da diferença, é algo fechado. Torna-se relevante construir uma cultura dos direitos que recorra, em seu seio, à universalidade das garantias e ao respeito pelo diferente (...) ambas as afirmações são produtos de visões reducionistas da realidade. Ambas acabam por ontologizar e dogmatizar seus pontos de vista, ao não relacionarem suas propostas com os contextos reais.<sup>27</sup>

Outro ponto identificado como falho por Flores, nas visões analisadas, é o do contexto. Enquanto, para a visão universalista, o pecado situa-se justamente na falta de um contexto efetivo para construir seus direitos, divulga-se como detentora de fatos e situações da realidade. Qual? Indaga o professor de Sevilha.

Já a visão culturalista/localista, por sua vez, comete seu deslize de forma diametralmente oposta: excesso de contexto. Dessa forma, constitui outro “existencialismo que somente aceita o que inclui, o que incorpora e o que valora, excluindo e desdenhando o que não coincide com ele”.<sup>28</sup>

Por fim, essas visões também erram ao constituírem-se como instrumentos que só podem ser dominados por especialistas, cabendo somente a eles determinar o que pode ser considerado universal ou particular.

Como resultado dessas premissas falhas, surgem racionalidades e práticas sociais que não conseguem atender à função de núcleo de resistência. A visão abstrata/universalista, que se preocupa essencialmente com a coerência de suas normas e sua intenção de aplicação geral está atuando com um formalismo que “supõe um endurecimento da realidade que permita quantificar e representar em molde prefixado a riqueza e a mobilidade social”.<sup>29</sup> Assim, constrói uma racionalidade formal que é pautada por um sistema de regras e princípios estabelecidos e reconhecidos juridicamente. Essa construção afasta-se da racionalidade real que é hoje regida por aquilo que Flores chama de “Racionalidade da mão invisível”, ou seja, racionalidade do capitalismo.

---

<sup>27</sup> HERRERA FLORES, Joaquim, Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. In: *Sequência*: Revista da pós-graduação em Direito da UFSC, nº 44, jul 2002, p.14

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>29</sup> HERRERA FLORES, Joaquim, *A (re)invenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009, p. 159.

Dessa forma, ao se afastar da realidade, a luta jurídica garantida pelo formalismo deixa de analisar questões importantes, como poder, diversidade e, óbvio, as desigualdades econômicas. É o Direito defendendo direitos sem se preocupar com fatores que, muitas vezes, condicionam-no. Não há como se adequar à lógica jurídica dos direitos humanos uma “irracionalidade das premissas” de um mundo controlado pelo capitalismo. Afirma o pensador espanhol:

Estamos, então, diante de uma racionalidade que universaliza um particularismo: o do modelo de produção e de relações sociais capitalistas, como se fora o único modelo de relação humana. A racionalidade formal culmina em um tipo de prática universalista que poderíamos qualificar de universalismo de partida ou a priori, um preconceito ao qual deve se adaptar toda a realidade.<sup>30</sup>

Dessa maneira, a única forma de lutar pelos direitos que a visão universalista (abstrata), ou racionalidade formal permite-nos é a luta jurídica, e esta, apesar de importante, certamente não é a única luta possível.

A visão localista, por sua vez, tampouco consegue construir uma racionalidade de resistência. Segundo Flores, o localismo também, e a seu modo, constrói um universalismo – chamado por ele de “universalismo de retas paralelas”, quando se fecha em si mesmo e impede o indivíduo de compreender que há outras formas de visão de mundo. Essa construção, que é fruto de uma reação ao universalismo, *a priori*, acaba por desenvolver uma visão distintiva, separatista, resultando num inevitável conflito. Essa posição, de forma alguma, contribuirá para a unificação de um conjunto de indivíduos cujo objetivo é o fim da opressão, pelo contrário, só terá como resultado desagregação.

Como podem os Direitos Humanos serem núcleo de resistência estando presos a essas racionalidades? É preciso, portanto, transigir o estabelecido, ultrapassar essa discussão e reconstruir a visão de Direitos Humanos através de novas formas de racionalidades.

---

<sup>30</sup> HERRERA FLORES, Joaquin, *A (re)invenção dos Direitos Humanos*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009, p. 160 e 161.

### 1.2.2

#### Por uma nova racionalidade

Diante dessas reflexões, o jusfilósofo propõe a chamada visão complexa de Direitos Humanos. Somente ela é capaz de nos levar a uma “racionalidade de resistência”, podendo contribuir para um antipoder efetivo. Um antipoder que é iniciado por indivíduos que se reconhecem detentores de direitos, embora diferentes, mas que estão sendo desrespeitados. É preciso se reconhecer na opressão. Para Flores “É necessário construir uma cultura dos direitos que acolha em seu seio a universalidade das garantias e o respeito pelo diferente”.<sup>31</sup>

Ao contrário das visões que hoje protagonizam as principais discussões a respeito dos Direitos Humanos, a visão complexa não se situa no centro com o intuito de, a partir de lá, realizar suas análises e interpretações. Ela se coloca na periferia, ou melhor, nas periferias já que “centro só existe um”. Devemos nos lembrar de que estamos todos nas periferias, e que elas são muitas, e só assim poderemos ver o mundo não de uma forma afastada da realidade:

Ver o mundo a partir de um suposto centro pressupõe entender a realidade material como algo inerte, passivo; algo ao que se terá de dar forma a partir de um raciocínio que lhe é alheio. Ver o mundo desde a periferia implica reconhecer que mantemos relações que nos mantêm amarrados tanto externa quanto externamente a tudo e a todos. A solidão do centro pressupõe a dominação e violência. A pluralidade das periferias nos conduz ao diálogo e à convivência.<sup>32</sup>

A visão complexa também tem como característica ultrapassar a celeuma da contextualização ao construir o contexto como seu conteúdo, permitindo, assim, a oportunidade de ouvirmos os mais diferentes “contextos físicos e simbólicos na experiência do mundo”.

Como última característica que se contrapõe às visões dominantes de Direitos Humanos, a visão complexa rompe com a aceitação desmedida dos discursos especializados, aceitando e valorizando a pluralidade de expressões. Segundo Flores,

---

<sup>31</sup> HERRERA FLORES, Joaquim, *A (re)invenção dos Direitos Humanos*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009, p. 156.

<sup>32</sup> Idem, *Ibidem*, p. 157.

A visão complexa assume a realidade e a presença de múltiplas vozes, todas com o mesmo direito a se expressar, a denunciar, a exigir e a lutar. Seria como passar de uma concepção representativa do mundo a uma concepção democrática em que prevaleçam a participação e a decisão coletivas.<sup>33</sup>

Diante dessas premissas, torna-se possível construir uma racionalidade de resistência. Para Flores, a racionalidade de resistência

não nega que se possa chegar a uma síntese universal das diferentes opções ante os direitos e também não descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças étnicas ou de gênero. O que não aceitamos é considerar o universal como ponto de partida ou um campo de desencontros.<sup>34</sup>

O autor persegue um “universalismo de chegada ou confluência”, pautado no diálogo, com o objetivo de ultrapassar os preconceitos e entrecruzar lutas em comum por uma maior emancipação. Sua proposta é construir um universalismo que tem como objetivo a “descoberta da convivência interpessoal e intercultural”, o encontro com o outro, com respeito e reconhecimento, em detrimento da imposição da convivência:

Nossa racionalidade de resistência conduz, então, a um universalismo de contrastes, de entrecruzamentos, de mesclas. Um universalismo impuro que pretende a inter-relação mais que superposição e que não aceita a visão microscópica de nós mesmos que é imposta pelo universalismo de partida ou de retas paralelas. Um universalismo que nos sirva de impulso para abandonar todo tipo de posicionamento, cultural ou epistêmico, a favor de energias nômades, migratórias, móveis, que permita nos deslocarmos pelos diferentes pontos de vista sem pretensão de negar-lhes, nem de negar-nos, a possibilidade de luta pela dignidade humana.<sup>35</sup>

Para isso, é necessário reconhecer o outro e realizar um debate intercultural,<sup>36</sup> que também é considerado uma das características do Direito Internacional Privado. Segundo Dolinger, a busca pelo entendimento das diferenças, pela compreensão, pelo respeito ao outro e, principalmente, pela

---

<sup>33</sup> Idem, *ibidem*, p. 158.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 163

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 165

<sup>36</sup> HERRERA FLORES, Joaquim. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. In: *Sequência: Revista da pós-graduação em Direito da UFSC*, nº 44, jul 2002, p. 23.

tolerância, é uma das marcas na ação dos estudiosos do Direito Internacional e do direito comparado.<sup>37</sup>

Buscando um debate intercultural efetivo e reconhecedor na construção de uma unidade tão desejada contra o antipoder, Boaventura de Sousa Santos<sup>38</sup> ofereceu importante contribuição propondo o que ele também denomina diálogo intercultural.

Esse diálogo deveria partir de algumas premissas que nos levam a uma

concepção mestiça de direitos humanos, uma concepção que, sem reconhecer a falsos universalismos, se organiza como um constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis, e que se constitui em rede de referências normativas capacitantes.<sup>39</sup>

A primeira premissa do sociólogo confunde-se com as ideias de Herrera quando o professor português afirma que é fundamental a superação do debate entre universalismo e relativismo cultural; a segunda premissa afirma que é necessária a consciência de que “todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos”;<sup>40</sup> a terceira premissa afirma que há uma natural incompletude e diversos problemas na concepção de dignidade humana em todas as culturas;<sup>41</sup> a quarta premissa, por sua vez, alerta-nos que “todas as culturas tem versões diferentes de dignidade humana, algumas mais amplas que outras, algumas com círculos de reciprocidade mais amplo que outras, algumas mais abertas a outras culturas que outras”;<sup>42</sup> já a quinta e última premissa salienta que todas as culturas tendem a dividir os indivíduos “entre dois princípios competitivos de vínculo hierárquico. Um – o princípio da igualdade... e outro – princípio da diferença”.<sup>43</sup>

Diante e conscientes dessas premissas, realizar o diálogo intercultural pode ser muito mais produtivo no fortalecimento de indivíduos capazes de realizar

<sup>37</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito e Amor*. P. 135.

<sup>38</sup> Sociólogo e Professor da Universidade de Coimbra.

<sup>39</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 443.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 442.

<sup>41</sup> Em artigo recente, intitulado “Dignidade: o mais antigo valor da humanidade”. Os mitos em torno da Declaração do homem e da Constituição Brasileira de 1988. As ilusões do Pós-Modernismo/Pós-positivismo. A visão judaica da Revista de Direito Constitucional e Internacional v. 70 2010, o professor Dolinger discute, entre outros assuntos, exatamente a dificuldade em se compreender o conceito de dignidade.

<sup>42</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) *Op. Cit.*, p. 442.

<sup>43</sup> *Ibid.*

aquilo que o professor português chama de hermenêutica diatópica, ou seja, uma forma de encontrar lugares comuns (*topoi*) entre as culturas que, ultrapassando as diferenças, possibilite agir em conjunto nas lutas pelos Direitos Humanos. Segundo Boaventura, “no diálogo intercultural, troca não é apenas entre diferentes saberes, mas também entre diferentes culturas, ou seja, entre universos de sentidos diferentes e, em grande medida incomensuráveis”.<sup>44</sup>

Segundo o autor, a hermenêutica diatópica baseia-se na “idéia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto à própria cultura a que pertencem”.<sup>45</sup> Só assim, afirma o autor, ao compreendermos a incompletude da nossa cultura, poderemos estabelecer debates sem as amarras culturais, fortalecendo lutas como as dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, já que a mesma vai estar entendida dentro de seu contexto cultural. Para Boaventura, compreender as diferenças é o primeiro caminho para o surgimento das afinidades. Ao exemplificar sua proposta, o autor utiliza-se dos exemplos do *dharma*, da cultura hindu, e do *umma*, da cultura islâmica. Ambas, apesar de possuírem características diferentes, representam, em seu núcleo, a dignidade humana, a mesma dignidade humana ocidental.

Outro exemplo de busca pela compreensão oriunda da hermenêutica diatópica é Abdullahi Anna'im<sup>46</sup> que, ao fazer uma análise da relação entre o islamismo e os direitos humanos, renega tanto a visão fundamentalista quanto a visão dita modernista, fazendo uma interseção nessa relação.

Segundo Boaventura, An-na'im tem uma reforma islâmica que procura “encontrar fundamentos interculturais para a defesa da dignidade humana, identificando as áreas de conflito entre a Sharia e os critérios de direitos humanos e propondo uma reconciliação ou relação positiva entre eles”.<sup>47</sup> Nesse sentido, An-na'im revê o contexto da criação da lei jurídica máxima do islã, encontrando, inclusive, leis abandonadas que pregam “a dignidade inerente a todos os seres humanos, independente de sexo, religião ou raça”<sup>48</sup> que, por serem avançadas na

---

<sup>44</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa, *A gramática do tempo: por uma nova cultura política*. 2ª ed. São Paulo, Cortez, 2008, p. 447.

<sup>45</sup> Ibid, p. 448.

<sup>46</sup> Professor de Direito na Emory University School of Law.

<sup>47</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa, (org.) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 448.

<sup>48</sup> Idem, ibidem, p. 449.

época de sua criação, foram abandonadas, mas hoje podem perfeitamente ser aplicadas.

Por fim, Boaventura ressalta o caráter de construção coletiva da hermenêutica proposta. Somente através da consciência do outro – e de suas diferenças – poderemos efetivar essa nova forma de construir conhecimento e encontrar soluções para os conflitos culturais existentes. Nesse sentido, escreve Santos:

A Hermenêutica diatópica requer não apenas um tipo de conhecimento diferente, mas também um diferente processo de criação de conhecimento. A hermenêutica diatópica exige uma produção de conhecimento coletiva, participativa, interativa, intersubjetiva e reticular, uma produção baseada em troca cognitivas e afetivas que avançam por intermédio do aprofundamento da reciprocidade entre elas. Em suma, a hermenêutica diatópica privilegia o conhecimento-emancipação em detrimento do conhecimento-regulação.<sup>49</sup>

Tendo como característica principal a aceitação de outras culturas e a flexibilização do seu “eu cultural”,<sup>50</sup> a hermenêutica diatópica abre caminhos, refaz conceitos e encontra, na aceitação do outro, direitos comuns em todas as sociedades. É a emancipação do homem pelo outro.

Somente reconhecendo-nos dentro de nossas diferenças, encontrando pontos em comum dentro das mais diversas formas de viver e entender o mundo e existir dentro de cada cultura, poderemos encontrar, enfim, direitos mínimos que sirvam para construir espaços necessários para vivermos com dignidade. Somente assim poderemos construir resistências suficientemente fortes e agregadoras capazes de nos dar conteúdo comum para realizar a insurreição contra o poder.

Para Glissant (apud FLORES),<sup>51</sup> “Não necessito compreender o outro, quer dizer, reduzi-lo ao modelo de minha própria transparência, para viver com esse outro e construir algo com ele”. Dessa forma, somente entendendo as particularidades de cada um, podemos refazer a realidade de todos, podemos encontrar Direitos Humanos comuns para servirem de núcleo da resistência que culminará na insurreição contra as desigualdades observadas, além da efetiva valorização da dignidade do indivíduo.

---

<sup>49</sup> Idem, *ibidem*, p. 451.

<sup>50</sup> Entendido aqui como a ‘visão de mundo’ do indivíduo, condicionada a seus valores culturais.

<sup>51</sup> FLORES, Joaquim Herrera. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, Lúmen júris, 2009, p. 8.

### 1.3

#### **O diálogo no âmbito da formulação do Direito Internacional Privado: um dos instrumentos de efetivação dos direitos humanos**

Partindo da visão dos autores acima analisados, podemos reconhecer que o diálogo intercultural – pautado no respeito às diferenças culturais dos indivíduos e no posterior entendimento oriundo dessa postura compreensiva –, atua como um dos principais instrumentos para construção de direitos humanos comuns entre os povos. Cumpre ressaltar a importância de constituirmos ambientes propícios para a abertura ao diálogo, procurando construir direitos reconhecidos pelo maior número de pessoas possível. Diversos ramos do direito podem exercer o papel de catalisadores do diálogo na construção da proteção do indivíduo.

O direito constitucional pode desempenhar esse papel em momentos únicos da história dos Estados, como quando o poder constituinte originário estabelece novas normas para o país.<sup>52</sup> Iniciativas como a constituição de juristas e técnicos para a elaboração de novos códigos também podem ser lembradas como importantes momentos de colaboração entre indivíduos para a constituição de novas leis.<sup>53</sup> No entanto, há ramos do direito que podem alcançar maiores espaços do que esses mencionados.

O Direito Internacional Privado mostra-se um terreno fértil para o florescimento do diálogo e do entendimento para a construção de novos direitos. Essa construção caracteriza-se, principalmente, pela sua dimensão internacional, porém com reflexos diretos nos ordenamentos jurídicos de diversos Estados, não sendo alcançado com tanto sucesso por outras áreas do direito.

Além disso, o Direito Internacional Privado constitui-se não somente pelas normas clássicas chamadas de indiretas ou de conexão<sup>54</sup> – embasadas acima de

---

<sup>52</sup> Interessante estudo da elaboração de direitos de forma conjunta no âmbito da Assembleia Constituinte Brasileira, de 1988. Ver: PILATTI, Adriano. *A constituinte de 1987-1988: Progressistas, conversadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. Lúmen Júris, 2008.

<sup>53</sup> Grupos de estudiosos como aquele responsável pela elaboração do novo projeto do CPC atuam hoje ouvindo a comunidade jurídica acadêmica e prática, adotando uma série de medidas propostas por eles.

<sup>54</sup> Segundo Dolinger, “A norma de Direito Internacional Privado conflitual objetiva indicar em situações conectadas com dois ou mais sistemas jurídicos qual dentre eles deva ser aplicado. Estas normas do DIP apenas indicam qual dentre os sistemas jurídicos de alguma forma ligados à

tudo pela neutralidade – demonstrando atualmente uma clara preocupação com a efetiva proteção do indivíduo.<sup>55</sup>

De acordo com Claudia Lima Marques,<sup>56</sup> o objeto do Direito Internacional Privado é hoje eminentemente pluralista. Além disso, a análise dos conflitos da lei no espaço é solucionada através de diversos métodos que vão, desde as normas clássicas às normas materiais nacionais, convencionais, sem escamotear a importância do conflito de jurisdição e as novas e importantes tendências atuais do Direito Internacional Privado, como o direito de família e os direitos humanos.<sup>57</sup>

Essa preocupação acontece hoje com a chegada de novos princípios na aplicação do Direito Internacional Privado. Regras materiais mais flexíveis, cláusulas de exceção, atuam hoje tendo em vista a preocupação com a efetivação dos valores dos direitos humanos já reconhecidos na ordem jurídica<sup>58</sup>.

Segundo Nadia de Araujo,

O papel do juiz, como intérprete do ordenamento jurídico na aplicação do DIPP, está condicionado não só às leis internas especializadas sobre a matéria – como a lei de Introdução ao Código Civil, no Brasil – mas também aos direitos humanos, protegidos no plano interno – pelas regras constantes do bloco constitucional, que incluem os princípios – e no plano internacional – em sua dimensão global e regional (...). Por isso, as regras de DIPR precisam obedecer ao sistema de regra/exceção, tendo os direitos humanos como baliza das soluções encontradas pelo método conflitual, agora não mais vista a lei encontrada como a única solução possível para o problema plurilocalizado.<sup>59</sup>

Outra característica do Direito Internacional Privado é a valorização dos espaços internacionais de negociação, como as Conferências da Haia, e a

---

hipóteses, deve ser aplicado” DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 52.

<sup>55</sup> Segundo Araujo “A proteção à dignidade da pessoa humana e os princípios daí decorrentes, passam também a informar as condições de aplicação do direito estrangeiro, levada a cabo pela utilização a metodologia própria do Direito Internacional Privado”. ARAUJO, Nadia. *Direito Internacional Privado e Direitos fundamentais: uma proposta retórico-argumentativa do princípio da ordem pública*. In: *O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional*. Leonardo Nemer Brant (org.). Belo Horizonte: Forense, 2004, p. 576.

<sup>56</sup> Professora titular de Direito Internacional da UFRGS.

<sup>57</sup> MARQUES, Claudia. Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In: *Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 350.

<sup>58</sup> ARAUJO, Nadia. *Direito Internacional Privado e Direitos fundamentais: uma proposta retórico-argumentativa do princípio da ordem pública*. In: *O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional*. Leonardo Nemer Brant (org.). Belo Horizonte: Forense, 2004, p. 576.

<sup>59</sup> *Ibid.* p. 578

construção de um conjunto normativo comum para os Estados em situações específicas<sup>60</sup> pré-analisadas.

Esse esforço para a harmonização de normas jurídicas do Direito Internacional tem se demonstrado uma das áreas de maior avanço no âmbito do Direito Internacional Privado<sup>61</sup>. Segundo Stewart,<sup>62</sup> há algumas características do Direito Internacional Privado que se diferenciam de outros instrumentos que constituem o Direito Internacional: o objetivo de regular relações entre vidas privadas, promovendo regras que irão solucionar disputas oriundas dessas relações; a intenção de atuar no nível interno dos Estados e em suas Cortes; e a função de harmonizar e unificar diversas leis nacionais e práticas que irão facilitar o movimento de produtos, serviços e pessoas. Somando-se a essas intenções, uma construção jurídica negociada e adotada pelos mesmos Estados que a confeccionaram garante aos mesmos uma grande capacidade de certeza legal e de previsibilidade nas relações – sejam elas pessoais ou comerciais.<sup>63</sup>

Em seu artigo já citado, o professor Stewart levanta um dos pontos que devem ser ressaltados no Direito Internacional Privado e que confirmam sua utilidade como instrumento de diminuição de desigualdades econômicas: segundo o autor, instrumentos normativos comerciais pré-determinados, constituídos com a colaboração de todos os Estados, podem, inclusive, proporcionar a países subdesenvolvidos, isentos de instrumentos legais, a possibilidade de implementação de normas adotadas por grande parte de seus parceiros comerciais, facilitando, assim, a realização de comércios internacionais.<sup>64</sup>

Somadas à preocupação com a constituição de normas, e tendo a proteção do indivíduo como seu núcleo central, num ambiente formado pelo diálogo e pela construção do acordo, essas características levam o Direito Internacional Privado a cumprir um papel importantíssimo. Trata-se da disseminação do “universalismo de chegada” na sedimentação de um núcleo de direitos que servirão como fonte de

---

<sup>60</sup> Ver para todos: LIPSTEIN, K. One hundred years of Hague conferences and Private international Law In: *International and comparative Law Quartely*, vol. 42, 2003.

<sup>61</sup> AUDIT, Bernard. *Le droit international privé en quete d'universalité* : cours général (2001). Recueil des cours, Volume 305 (2003) , p.33.

<sup>62</sup> Professor visitante de Direito Internacional, na Georgetown University Law Center.

<sup>63</sup> STEWART. David P. Private International Law: A Dynamic and Developing Field In: *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 30, n° 4, 2009, p. 1123.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 1124.

resistência a eventuais abusos e desigualdades, sejam elas econômicas ou culturais.

Para Dolinger, essa busca pela harmonização do Direito Internacional Privado é ideal, principalmente ocorrendo pela via da construção de um Direito Internacional uniforme que, sendo espontâneo e marcado pela naturalidade de uma coincidência de ordenamentos jurídicos com as mesmas características: “seja porque sofreram influências idênticas ou ainda quando um país adota, por livre e espontânea vontade, um ordenamento jurídico de outro povo”.<sup>65</sup> Mas a uniformização construída através do esforço para a constituição de amplos fóruns de negociação também deve ser louvada.

As chamadas Convenções internacionais de Direito Internacional Privado realizam, ano após ano, a construção de normas jurídicas que visam hoje, mais do que nunca, estabelecer um patamar comum de direitos aceitos pelos estados participantes. Constituídas na base do diálogo, essas Convenções<sup>66</sup> são caracterizadas por um ambiente onde os Estados manifestam sua posição em relação a diversos assuntos, e juntos optam por um conjunto de normas que representam a vontade comum.

Essa construção normativa baseada no diálogo e no entendimento, após uma série de acordos e desacordos – oriundos das diferenças culturais, sociais e jurídicas – sobre os mais diversos aspectos, representam, na prática, o “Universalismo de chegada” tão almejado por Flores. É preciso valorizar esse esforço pelo reconhecimento do diferente, celebrando “a dignidade da diferença, a compreensão da diversidade, o respeito pelo desconhecido, a tolerância pelo estranho”.<sup>67</sup>

Embora, muitas vezes, adotando Convenções com temas mais específicos e com um menor conjunto de normas, os países preferem seguir esse caminho, que trará mais adeptos para as Convenções e maior unidade ao tratado, a optar por um conjunto normativo maior, porém menos homogêneo em sua adoção. A construção do entendimento possibilita que os delegados dos mais distintos países, das mais diversas origens étnicas, culturais e ideológicas consigam

---

<sup>65</sup> DOLINGER, Jacob. Da dignidade da diferença ao moderno direito internacional privado. In: *Direito e Amor*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 134.

<sup>66</sup> Diversas são as Convenções internacionais que procuram uniformizar o Direito Internacional Privado. Elas serão tratadas, posteriormente, no capítulo 4, deste estudo.

<sup>67</sup> DOLINGER, Jacob. *Op.cit.*, p. 135.

estabelecer um patamar mínimo de entendimento sobre variados assuntos, como: proteção do menor,<sup>68</sup> obrigações alimentares<sup>69</sup>, avançando inclusive para assunto até então pouco explorado, como a proposta brasileira para a Convenção interamericana de Direito Internacional Privado para a proteção do consumidor.<sup>70</sup>

Seguindo como linha mestra a proteção da pessoa humana e adotando procedimentos de construção normativa que privilegiam o diálogo em sua formação, o Direito Internacional Privado mostra-se conectado e preocupado com os direitos humanos e com o respeito à diferença.

Essa característica demonstra na praticidade o ideal teórico formulado por pensadores, como Antonio Negri, já que, através desses instrumentos, pode ser construído um conjunto de direitos que servirão para a resistência contra o capitalismo despreocupado com a igualdade social. E pensadores como Joaquim Herrera Flores e Boaventura de Sousa Santos, que buscam um entendimento mínimo entre indivíduos, respeitando sua origem cultural e seus direitos fundamentais.

O Direito Internacional Privado tem-se mostrado um instrumento eficaz e efetivo na luta pela promoção dos direitos humanos, e sua interface com os mesmos tem sido cada vez mais sentida, discutida e valorizada pelos benefícios que trazem ao serem aplicados em consonância.

---

<sup>68</sup> Como a Convenção da Haia sobre Sequestro de Menores, de 1980.

<sup>69</sup> O Protocolo da Haia da lei aplicável às obrigações alimentares, de 2007, é um exemplo.

<sup>70</sup> Ver, entre outros estudos importantes da mesma autora: MARQUES, C. L. Consumer protection in Private International Law rules: the need for an Inter-American Convention on the law applicable to some consumer contracts and consumer transactions. In: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito* (UFRGS), v. V, p. 41-74, 2006.

## 1.4

### Direito Internacional Privado e sua interface com os direitos humanos

A afirmação dos Direitos Humanos na sociedade internacional<sup>71</sup> é fruto de um contínuo desenvolvimento histórico dessa “ideia”,<sup>72</sup> cujo objeto principal é defender o indivíduo como um ser portador de direitos. Resultado de um processo que se inicia com a marcante presença dos jusnaturalismos<sup>73</sup>, passando pela positivação jurídica através da Declaração Universal dos Direitos Humanos,<sup>74</sup> até

---

<sup>71</sup> Por sociedade, seguindo a posição do professor Celso Albuquerque Mello, que cita Harold Laski, entendemos “um grupo de seres humanos vivendo juntos, trabalhando juntos para a satisfação de seus interesses mútuos”. A sociedade internacional seria, portanto, a existência de “relações contínuas entre as diversas coletividades, que são formadas por homens que apresentam como característica a sociabilidade, que também se manifesta no mundo internacional” MELLO, Celso A. Curso de Direito Internacional Público. 13ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47, 48.

<sup>72</sup> Segundo Cançado Trindade, “a idéia dos Direitos Humanos é, assim, tão antiga como a própria história das civilizações, tendo logo se manifestado, em distintas culturas e em momentos históricos sucessivos, nas afirmações da dignidade da pessoa humana, na luta contra todas as formas de dominação, exclusão e opressão, (...). O reconhecimento destes valores e conceitos básicos, formando padrões mínimos universais de comportamento e respeito ao próximo, constitui um legado, mais do que do chamado pensamento ocidental, das mais diversas culturas, da consciência universal de sucessivas gerações de seres humanos, tendo presentes suas necessidades e responsabilidades”. CANÇADO, Trindade Antônio Augusto. *Tratado de direitos humanos*. Vol. I, 2ªed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003, p. 34

<sup>73</sup> Jusnaturalismos, termo usado para tratar das teorias jusfilosóficas que seguem a visão do direito como sendo natural. Possuem diversas correntes distintas, mas, apesar dessa constatação, nas palavras de Adrian Sgarbi, há, entre elas, uma série de postulados comuns. São postulados das teorias jusfilosóficas: A Dualidade que afirma que “o direito natural decorre do fato de se afirmar haver dois direitos diferentes: o direito natural imutável (ao menos para específica versão do direito natural) e, portanto, situado acima e além da história; e o direito positivo, obra humana na história e posto por um legislador (tem origem nas autoridades normativas)”; a Derivação, onde “o direito natural não representa apenas uma instância superior, mas uma maneira de se atribuir ou não reconhecimento jurídico aos materiais normativos; o Caráter Universal já que as prescrições do Direito “afetam a todos os homens por igual, com independência, seja em grupo, comunidade ou país em que estejam; a Cognoscibilidade que caracteriza o direito natural como possível de ser conhecido por todos, e o Limite à Atividade do Legislador onde “se crê que o direito natural desautoriza a atividade legislativa que porventura venha a violá-lo”. SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito: primeiras lições*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 694. Para o estudo da filosofia das Teorias Jusnaturalistas, ver Wayne Morrison. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins fontes, 2006.

Sobre a influência do jusnaturalismo nos Direitos Humanos, diz Lafer: “No jusnaturalismo, que inspirou o constitucionalismo, os direitos do homem eram vistos como direitos inatos e tidos como verdade evidente, a compeli-la mente. Por isso dispensavam tanto a violência quanto a persuasão e o argumento. Seriam, na tradição do pensamento que remonta a Platão, uma medida de conduta humana que transcende a polis” LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Harent*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 123.

<sup>74</sup> O grande marco da moderna positivação jurídica internacional dos Direitos Humanos ocorre com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, votada pela Assembleia Geral da ONU. Segundo Piovesan, é a carta das Nações Unidas que consolida o movimento de internacionalização dos direitos humanos, “a partir o consenso de estados que elevam a promoção

as mais atuais teorias que tratam do assunto<sup>75</sup>, o conceito desse termo tem mantido, no decorrer do tempo, um núcleo mínimo de entendimento. Fundamentado na convicção de que há certos “bens e valores que devem ser respeitados em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento jurídico estatal ou em documentos normativos internacionais”,<sup>76</sup> os Direitos Humanos são conceituados das mais diversas formas.<sup>77</sup> Apesar de observarmos diferenças de superfície entre diversas conceituações, podemos identificar como núcleo central a promoção da dignidade humana do indivíduo e a proteção dessa mesma dignidade.<sup>78</sup>

Segundo Kinsch<sup>79</sup>, a expressão Direitos Humanos traz consigo dois aspectos: um filosófico e outro jurídico. O aspecto filosófico está ligado ao seu ângulo moral, influenciado pelo jusnaturalismo, que teve sua formulação jurídica

---

desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas. Entretanto somente com o advento da Declaração ocorre a definição precisa do elenco dos “direitos humanos e liberdades individuais”. Diz Piovesan: “é como se a declaração, ao fixar um código comum e universal dos direitos humanos, viesse a concretizar a obrigação legal relativa à promoção desses direitos – obrigação constante da Carta das Nações Unidas.” PIOVENSAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 133. Ver também: CANÇADO, Trindade Antônio Augusto. *Tratado de direitos humanos*. Vol. I, 2ªed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003, p. 33 e segs.

<sup>75</sup> Podemos citar como exemplo a já tratada teoria crítica dos DH, ver Capítulo Preliminar.

<sup>76</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos Direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 59. Nesse mesmo sentido, Lafer afirma que os direitos humanos têm como fundamento “o valor atribuído a pessoa humana”. LAFER, op. cit., p. 118. Para Araujo, “o eixo axiológico dos direitos humanos é o da dignidade da pessoa humana, alçada ao patamar de um valor, tanto internacional (nos tratados de direitos humanos), quanto no plano interno (nas constituições). ARAUJO, Nadia. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 12.

<sup>77</sup> Piovesan argumenta que, para Hannah Arendt, “os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Compõe um construído axiológico, fruto da nossa história, de nosso passado, de nosso presente, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social”; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: desafios da ordem internacional contemporânea*. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto (org.). *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo: Estudo em homenagem a Celso. A. Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 666. Bobbio, no mesmo sentido, argumenta que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 17ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 05.

<sup>78</sup> Segundo Christopher McCrudden, apesar da dificuldade de conseguirmos conceituar a dignidade humana de forma homogênea “a basic minimum content of the meaning of human dignity can be discerned: that each human being possesses in a intrinsic worth that should be respect that some forms of conduct are inconsistent with respect for this intrinsic worth, and that the state existis for the individuals not vice versa” e acrescenta “dignity provides a convenient language for the adoption of substantive interpretations of human rights garantes which appear to be intentionally, not just coincidentally, highly contingent on local circumstances”. McCRUDDEN, Christopher. *Human dignity and Judicial Interpretation of Human rights*. The European Journal of International Law, vol. 19 n. 4, 2008, pp. 655 e 723.

<sup>79</sup> Patrick Kinsch é professor associado da Universidade de Strasburg e secretário geral do grupo europeu de Direito Internacional Privado.

e seu apogeu nos séculos XVII e XVIII.<sup>80</sup> Essa acepção pode ser observada na declaração dos direitos do homem e do cidadão, oriunda da Revolução Francesa, em 1789, e ainda hoje consiste numa das principais referências em matéria de direitos fundamentais.<sup>81</sup>

A segunda acepção da palavra tem como objetivo designar os direitos garantidos pelo Direito Internacional, em particular pelas Convenções internacionais de proteção ao direito do homem<sup>82</sup>. O autor cita como o grande exemplo dessa acepção a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

Para o autor, a observância de ambos deve ser realizada de forma simultânea sob pena de nos perdermos em uma delas e deixarmos de obter o benefício imprescindível que a conjugação desses dois planos pode trazer para o entendimento do que significam os Direitos Humanos:

Les deux aspects ont leur importance. La tentation – qui n’est que trop juridique – de vouloir limiter la notion de droits de l’homme aux seuls droits reconnus par des normes de droit positif engendre les risques inhérents à tout réductionnisme; étant donné la nature (aussi) morale de droits de l’homme, il n’est pas opportun d’en venir à nier de manière absolue l’existence du droit de l’homme au seul motif qu’il n’est pas, ou pas encore, reconnu dans une de droit positif ou dans l’interprétation du droit positif par les tribunaux.<sup>83</sup>

Por sua vez, segundo Kinsch, a valorização do aspecto moral dos Direitos Humanos sem a devida atenção ao teor jurídico também pode prejudicar a aplicação plena dos mesmos: “Mais réciproquement, vouloir ne voir dans les droits de l’homme que des droits d’ordre moral dépourvus de sanction juridique est également inacceptable”, e finaliza:

Cette attitude prive les droits de l’homme d’une possibilité réelle de devenir opérationnels dans les différents ordres juridiques; et elle risque de mettre les particuliers et les pouvoirs publics, en particulier les tribunaux, devant des dilemmes d’ordre moral que sont parfois évitables si l’on reconnaît aux droits de l’homme un statut en droit positif.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> KINSCH, Patrick, *Droits de l’homme, droit fondamentaux et DIP*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 24.

<sup>81</sup> Idem, *ibidem*, p. 24.

<sup>82</sup> Diz o autor: “Le deuxième (expression) sens des “droits de l’homme celui que nous retiendrons ici, est de désigner des droits garantis par le droit international et en particulier par des conventions internationales de protection des droits de l’homme” pp. 24 e 25.

<sup>83</sup> KINSCH, Patrick, *Op. Cit.*, pp. 20 e 21.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 21.

Essa construção jurídica positivada no âmbito internacional difere da grande maioria da doutrina nacional e internacional dos chamados direitos fundamentais, assim denominados quando positivados pelo direito interno dos Estados. Afirma Kinsch que os direitos fundamenais são os direitos do homem (de uma forma mais geral), garantidos pela ordem jurídica interna de um Estado; por outro lado, os direitos do homem em sentido restrito teriam como características os direitos garantidos pelas fontes de Direito Internacional, que estão vinculadas ao Estado<sup>85</sup>. Essa noção de direitos fundamentais segue o autor,

Est, dans le pays de langue française, un article d'importation de provenance allemande: c'est l'équivalent des Grundrechte qui font, em droit allemand, l'object des articles la 19 da la loi fondamentale de 1949. Ce choix d'une définition aboutit à écarter d'autres définitions qui conviennent mieux au contexte spécialisé de certaines constitutions nationales, tels les "fundamental rights" qui existent dans la jurisprudence de la cour supremes des Etats- Unis d' Amerique.<sup>86</sup>

Os direitos fundamentais compõem hoje um catálogo constitucionalizado de diversos direitos e garantias nas mais diversas constituições estatais,<sup>87</sup>

<sup>85</sup> KINSCH, Patrick, *Droits de l'homme, droit fondamentaux et DIP*, Leinden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 22.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>87</sup> A título de exemplo, selecionamos algumas positavações dos Direitos Humanos nas Constituições de alguns Estados. Na Constituição alemã:

*I. Derechos fundamentales*

*Artículo 1[Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales]*

*(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.*

*(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.*

*(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.*

Fonte:[http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01\\_\\_Deutschland/Constituicao/grundges etz\\_\\_seite.html](http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01__Deutschland/Constituicao/grundges etz__seite.html)

Na Constituição mexicana de 1917:

*Capítulo I*

*De las Garantías Individuales*

*Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Fonte:*

[http://www.pgr.gob.mx/que%20es%20pgr/Documentos/Constitucion\\_Politica.pdf](http://www.pgr.gob.mx/que%20es%20pgr/Documentos/Constitucion_Politica.pdf)

A constituição Portuguesa de 1976 em seu artigo primeiro estabelece como princípio fundamental que: *Artigo 1.º*

assegurando no direito interno, um conjunto de normas cuja principal função é a proteção e a promoção do indivíduo<sup>88</sup>. Há, portanto, uma similaridade inegável no conteúdo dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, ficando a diferença entre eles no âmbito de sua posituação.<sup>89</sup> Essa relação entre esses direitos é contínua e profícua em prol da proteção do indivíduo sendo, cada vez mais, reconhecida e estimulada pela doutrina.<sup>90</sup>

Hoje os direitos do homem têm sua importância sedimentada e reconhecida como “ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea”,<sup>91</sup> através do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo como núcleo central “o direito de proteção, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados”.<sup>92</sup>

---

*República Portuguesa*

*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.*

O título II da mesma carta inicia o elenco dos direitos, liberdades e garantias

Fonte: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

A Constituição Italiana também resguarda os Direitos fundamentais em seu artigo 2º que afirma:

*Art. 2 A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual, quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social.*

Fonte:

[http://www.tesseramento.it/immigrazione/pagine52298/newsattach1111\\_CostituzionePORT.pdf](http://www.tesseramento.it/immigrazione/pagine52298/newsattach1111_CostituzionePORT.pdf)

Consultas realizadas no dia 19/04/2010

<sup>88</sup> Segundo Hesse, “os direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana.” Para o autor, os direitos fundamentais “garantem não só direitos subjetivos dos indivíduos, mas também princípios objetivos básicos para o ordenamento constitucional democrático e do Estado de Direito, fundamentos do Estado constituído pelos ditos direitos e seu ordenamento jurídico. Em seu duplo caráter, mostram diferentes níveis de significação que, respectivamente, condicionam-se, criando e mantendo consenso; garantem a liberdade individual e limitam o poder estatal; são importantes para os processos democráticos e do Estado de Direito, influem em todo seu alcance sobre o ordenamento jurídico em seu conjunto e satisfazem uma parte decisiva da função de integração, organização e direção jurídica da Constituição”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 33 e 34.

<sup>89</sup> Ver: CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito constitucional e Teoria da constituição*. 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 393. Ver Também: MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 2ª edição São Paulo: Editora Atlas, 2009, pp. 25-27.

<sup>90</sup> Segundo Cançado, “no presente domínio de proteção, o Direito Internacional e o direito interno, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, se mostram em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano (...). A identidade do propósito de proteção do ser humano, professada de modo irreversível em nossos dias tanto pelo Direito Internacional como pelo direito público interno, contribui à ampliação dos parâmetros de proteção das vítimas de violações de seus direitos”. CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I, 2ªed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003, p. 40 e 41.

<sup>91</sup> TRINDADE, A. A. Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I, 2ªed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003, p. 38.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 39.

Esse processo de valorização do indivíduo dentro do âmbito do Direito Internacional é relatado pelo professor Antônio Augusto Cançado Trindade,<sup>93</sup> em seu Curso Geral, em Haia, em 2005.<sup>94</sup> Segundo o autor, como resultado do desenvolvimento do Direito Internacional contemporâneo, a humanidade torna-se, juntamente com os Estados e as Organizações Internacionais, sujeito do Direito Internacional de tal forma que seus interesses precisam ser observados tanto quando os desses atores já sedimentados na sociedade internacional.<sup>95</sup>

Esses interesses superam intenções particulares dos Estados e ocupam um papel central dentro da dinâmica do Direito Internacional a ponto de impedir que os interesses particulares dos Estados sobreponham-se aos interesses gerais da humanidade. Entre os diversos interesses que são relatados pelo autor, podemos destacar os direitos humanos. Diz o referido autor:

But the interests of each individual State cannot make abstraction of, or prevail upon, the pursuance of the fulfilment of the general and superior interests of the international community in matters of direct concern to this latter (such as for example, disarmament, human rights and environmental protection, eradication of poverty, among others).<sup>96</sup>

A proteção dos interesses da humanidade está intrinsicamente ligada ao desenvolvimento do Direito Internacional, e à medida que esses direitos são considerados como um conjunto de valores da comunidade internacional que prevalecem *erga omnes*,<sup>97</sup> os avanços internacionais no âmbito da proteção dos direitos homem também são percebidos:

---

<sup>93</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade é professor (licenciado) de Direito Internacional Público, da universidade de Brasília. Foi juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e hoje é juiz da Corte Internacional de Justiça.

<sup>94</sup> Ver: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International law for humankind: towards a new jus gentium (I): general course on public international law*. Recueil des cours, Volume 316 (2005), pp. 9-439 e TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International law for humankind: towards a new jus gentium (II): general course on public international law*. Recueil des cours, Volume 317 (2005), pp. 9-312.

<sup>95</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International law for humankind: towards a new jus gentium (I): general course on public international law*. Recueil des cours, Volume 316 (2005), p. 318.

<sup>96</sup> Ibid.

<sup>97</sup> Ibid., p. 319.

The examination of humankind as a subject of International Law does not exhaust itself in the identification and assertion of its common and superior interests. It calls for the consideration of the fundamental principle of humanity and the basic considerations of humanity which nowadays mark presence in the whole corpus juris of International Law 1125 (with a conceptual precision), of the legal consequences of the emergence of humankind as a subject of International Law, of the relevance of the human rights framework, and, last but not least, of the question of humankind's capacity to act and its legal representation.<sup>98</sup>

Como resultado desse processo de deslocamento da humanidade para o papel de um dos sujeitos principais do Direito Internacional, surge o princípio da humanidade<sup>99</sup> que, nas palavras de J. Pictet<sup>100</sup>, citado por Trindade, corresponde a “increasingly believed that the role of International Law is to ensure a minimum of guarantees and of humanity for all, whether in time of peace or in time of war”.<sup>101</sup>

Esse princípio atua não de forma meramente abstrata ou apenas como instrumento de orientação, mas nasce com o intuito de fundamentar juridicamente a defesa do homem nas relações sociais modernas, e como reação a essas mesmas relações, muitas vezes calcadas em novas formas de exploração<sup>102</sup>, atuando como norma *jus cogens* e de aplicação *erga omnes*.<sup>103</sup>

Outra construção intelectual, o chamado Direito Cosmopolita,<sup>104</sup> tem como um dos alicerces a proteção do indivíduo e é defendido no Brasil por autores

<sup>98</sup> TRINDADE. Op. Cit., p. 319.

<sup>99</sup> Em inglês, denominado “principle of humanity” para se contrapor a palavra “humankind”, utilizada pelo professor Trindade. Segundo o autor, o conceito de “humanity” é associado ao princípio universal do respeito à dignidade da pessoa humana ou ao conceito de “humaneness” por outro lado: “The term “humankind” appears not as a synonym of “humanity” (supra), but endowed with a distinct and very concrete meaning :humankind encompasses all the members of the human species as a whole (including, in a temporal dimension 1146, present as well as future generations).” P. 325.

<sup>100</sup> Jean Pictet foi diretor do comitê internacional da Cruz Vermelha. Professor de Direito Humanitário da Universidade de Genebra. Faleceu em 2002.

<sup>101</sup> J. PICTET. *The Principles of International Humanitarian Law*. Geneva, ICRC, 1966, pp. 29-30

<sup>102</sup> Segundo Cançado, “The fact that, despite all the sufferings of past generations, there persist in our days new forms of exploitation of man by man — illustrated by the increasing disparities among and within nations, amidst chronic and growing poverty, uprootedness, social exclusion and marginalization — does not mean that “regulation is lacking” or that Law does not exist to remedy or reduce such man-made imbalances. It rather means that Law is being ostensibly and flagrantly violated, from day to day, to the detriment of millions of human beings”. P. 336.

<sup>103</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Op. Cit., p. 335.

<sup>104</sup> Segundo Barreto, “A palavra cosmopolita tem suas origens na Grécia clássica e, particularmente, no ideal dos filósofos estoicos que consideravam os seres humanos como criaturas racionais com direitos universais (...). Empregada, inicialmente, na Europa, durante a efervescência dos anos do Iluminismo, a expressão significava o universalismo político e cultural, que desafiava a particularidade de nações e estados, de um lado, e as pretensões do universalismo religioso, de outro. Cosmopolita passou, na modernidade, a designar cidadão do mundo. BARRETO, Vicente. Globalização, direito cosmopolítico e direitos humanos. In: MENEZES

como Torres<sup>105</sup> e Mello,<sup>106</sup> tendo como principal aspecto o posicionamento do indivíduo como detentor de direitos no âmbito internacional. Para Habermas<sup>107</sup> (apud LOBO),

O ponto central do cosmopolitismo é que ele supera a consideração dos sujeitos coletivos do Direito Internacional para dar status legal aos sujeitos individuais, justificando-lhes a participação como membros de uma associação de cidadãos mundiais livres e iguais.<sup>108</sup>

A constituição de um conjunto de teorias, cujo objeto principal é a proteção do indivíduo e a consolidação de um novo ator, cuja função principal é representar o homem e o conjunto de prerrogativas que o protegem no âmbito internacional, coincide com necessidade observada por muitos estudiosos de alcançar a verdadeira universalidade do Direito Internacional como sistema jurídico.

Para Simma,<sup>109</sup> num artigo cujo objeto principal é demonstrar que a heterogeneidade do mundo contemporâneo não impede a universalidade do Direito Internacional, desde que a lei consiga reter e, posteriormente, desenvolver essa mesma heterogeneidade em seu conteúdo<sup>110</sup>, a universalidade do Direito Internacional pode ser dividida em três níveis, cada um deles com seu conjunto de implicações e problemas.

Num primeiro nível, ela pode ser entendida de maneira clássica, ou seja, a ideia de que existe em escala global um direito que é válido e vinculante para

---

DIREITO, Carlos Alberto e outros (org.). *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo: Estudo em homenagem a Celso. A. Mello*. Rio e Janeiro: Renovar, 2008, p. 949. Segundo Torres, “o direito cosmopolita é o que contém os princípios e as regras sobre as relações entre os Estados, as organizações internacionais, os indivíduos e as empresas no espaço supranacional e não-estatal”. Esses princípios e normas, afinados com pensamento de autores como Kant e Rawls, possuem, segundo o autor, tarefas como a proteção dos direitos humanos, proteção do meio ambiente, controle dos conflitos armados, entre outros. LOBO, Torres. A afirmação do direito cosmopolita In: MENEZES, op. Cit., p. 924.

<sup>105</sup> Professor Ricardo Lobo Torres é titular da cadeira de Direito Financeiro da UERJ, professor do curso de Pós-Graduação da mesma instituição, além de professor colaborador da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da PUC/ RJ.

<sup>106</sup> Celso Albuquerque Mello foi professor titular de Direito Internacional Público, na UERJ, e da PUC/RJ.

<sup>107</sup> Filósofo alemão considerado herdeiro da corrente de pensamento iniciada nos anos 1920, denominada de Escola de Frankfurt, cujos expoentes foram, entre outros, Theodor Adorno, Max Horkheimer e Walter Benjamin.

<sup>108</sup> LOBO, Torres. A afirmação do direito cosmopolita In: MENEZES, op. Cit., p. 924.

<sup>109</sup> O jurista alemão Bruno Simma é Juiz da Corte Internacional de Justiça, desde 2003.

<sup>110</sup> SIMMA, Bruno. *Universality of International Law from the perspective of a practitioner in EJIL* 20 (2009).

todos os Estados. Segundo esse entendimento, fica impossibilitada a constituição de normas de cunho regional que constituem “sub-sistemas” que não estejam “submersos” no sistema jurídico internacional.<sup>111</sup>

Num segundo nível, a ideia de universalidade questiona se há um sistema internacional legal coerente ou se o Direito Internacional é um aleatório conjunto de teias de normas com pouca conexão. Segundo Simma, “this questions is probably best viewed in terms of unity or coherence of international law: and strong connotations of predictability and legal security that will be attached to such second level universality”.<sup>112</sup>

Por fim, o autor destaca o último nível de universalismo do Direito Internacional, cuja característica principal é a urgência pela construção de uma “public order on a global scale, a common legal order for mankind as a whole”, construindo um Direito Internacional destinado a dirigir as relações interestatais, através da cooperação e da coordenação, constituindo um “comprehensive blueprint for social life”.<sup>113</sup> Esse aspecto incorpora interesses comuns que ultrapassam os interesses estatais e alcançam todos os seres humanos integrantes dessa comunidade internacional:

The concept implies the expansion of international law beyond the inter-state sphere, particularly by endowing individuals with international personality, establishing a hierarchy of norms, a value-oriented approach, a certain ‘verticalization’ of international law, de-emphasizing consent in law-making, introducing international criminal law, by the existence of institutions and procedures for the enforcement of collective interests at the international level – ultimately, the emergence of an international community, perceived as a legal community.<sup>114</sup>

Os Direitos Humanos ocupam, assim, uma posição central na contemporaneidade das relações entre os indivíduos não só dentro das fronteiras dos Estados, mas também nas relações internacionais. O Direito Internacional adota como um de seus pilares a efetiva proteção da pessoa humana, de suas necessidades e suas peculiaridades.

---

<sup>111</sup> Idem, *ibidem* p. 267.

<sup>112</sup> Ibid.

<sup>113</sup> O autor usa a expressão de Christian Tomuschat.

<sup>114</sup> SIMMA, Bruno. *Op. Cit.* p.268. O autor, um publicista, completa afirmando que esse universalismo é a única maneira de alcançarmos o verdadeiro Direito Internacional Público.

O deslocamento do homem para o papel de protagonista do Direito no âmbito internacional ultrapassa o chamado Direito Internacional Público e modernamente tem sido objeto de atenção das mais diversas áreas do direito.

Essa importância dada ao homem, muito conectada com o âmbito do chamado Direito Internacional Público, ampliou seu nível de influência e hoje alcançou o Direito Internacional Privado, um ramo que, durante muitos anos, foi considerado estritamente técnico e sem preocupações ligadas à efetivação dos direitos do indivíduo. Segundo Jayme, “Le droit international privé posmoderne est donc caractérisé par un retour à un certain monisme du droit international, au moins du point de vue de la théorie du droit, en ce sens que la personne humaine reste le centre du droit”.<sup>115</sup>

Essa preocupação comum entre esses dois ramos conectados com as relações entre ordenamentos jurídicos também é observada por Araujo que acompanha Jayme, expondo que

Os direitos humanos têm um papel primordial na atual cultura jurídica contemporânea, também pela sua função de aproximar o Direito Internacional Público do Direito Internacional Privado. Ao invés de continuarem seu caminho em dois círculos separados, com temáticas distintas – o DIPu tratando das relações entre Estados, e o DIPr somente das pessoas privadas – encontram-se em novo espaço, tendo ao centro a preocupação com a pessoa humana.<sup>116</sup>

Mills, por sua vez, afirma que hoje, mais do que nunca, é necessário ultrapassar essa dicotomia já que:

Public and private international law are increasingly facing the same problems and issues – reconciling the traditional role and impact of the state with the legalisation of international system, and balancing universal individual rights against the recognition of diverse cultures, all under the shadow of globalization.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne .Recueil des cours, Volume 251 (1995), pp. 37.

<sup>116</sup> In: ARAUJO, Nadia. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 12.

<sup>117</sup> MILLS. P. 2. Para a aproximação e interação entre Direito Internacional Público e privado, ver também REED, Lucy. *Mixed private and public international law solutions to international crises*. Recueil des cours. Volume 306 (2003), pp. 177- 410.

Essa interseção de interesses privilegia o homem e tem, como vimos, seu alicerce principal na preocupação e defesa dos direitos do mesmo. Essa preocupação pode ser evidenciada na transformação que o Direito Internacional Privado sofreu no decorrer dos tempos. Uma das áreas em que mais se evidencia essa mudança de comportamento é o Direito de Família Internacional, objeto de atenção do nosso próximo capítulo.