



Brasília | ano 53 | nº 209
janeiro/março – 2016

Integridade transnacional dos direitos humanos

ALONSO FREIRE

Resumo: Este artigo busca responder à questão sobre se os tribunais ao redor do mundo devem buscar uma coerência mundial no que diz respeito à interpretação dos direitos humanos. Busca expor os argumentos e a disputa entre relativismo e universalismo dos direitos humanos. Expõe a ideia romana de “leis parcialmente comuns a toda espécie humana” usada por Jeremy Waldron em favor da invocação involuntária do direito estrangeiro por tribunais nacionais. Defende que não deve haver uma harmonização global e regional indiscutível entre todos os direitos constitucionais que correspondem aos direitos humanos. Sustenta a invocação de fontes estrangeiras e internacionais mediada por uma “margem de apreciação comparativa”, a ideia segundo a qual os tribunais devem levar a sério as características das sociedades e os aspectos situacionais dos casos concretos.

Palavras-chave: Integridade. Direitos Humanos. Direito Transnacional. Direito Estrangeiro.

1. Introdução

Em 1984, durante uma convenção do Partido Republicano ocorrida na cidade de Dallas, no Texas, Gregory Lee Johnson, um norte-americano membro da *Revolutionary Communist Youth Brigade* (Brigada da Juventude Revolucionária Comunista), pôs fogo em uma bandeira dos Estados Unidos em protesto à política de administração do então presidente Ronald Reagan. Muitos dos que estavam no local sentiram-se ofendidos com a atitude de Johnson, que, além de multado em dois mil dólares, foi condenado e sentenciado à pena de um ano de detenção por violar uma lei daquele Estado, que criminalizava a queima da bandeira estadual ou nacional.

Recebido em 11/5/15
Aprovado em 3/11/15

Tempos depois, declarando que sua atitude era uma expressão “simbólica” protegida pela Primeira Emenda à Constituição norte-americana, Johnson interpôs recurso, em virtude do qual a Corte de Apelações Criminais do Texas reformou a decisão que o condenara. Após decisão favorável a Johnson, o Estado do Texas conduziu o caso à Suprema Corte, que decidiu em favor de Johnson, por cinco votos contra quatro.¹ Coube ao juiz William Brennan Jr. redigir a decisão da maioria. Em seu voto, Brennan afirmou inexistirem evidências de que a atitude de Johnson configurava iminente distúrbio da paz pública, como alegara o procurador do Texas, e que a proteção dada pela legislação texana à bandeira como símbolo nacional merecedor de respeito não era cabível quando sua queima representasse um protesto político. “Se há um princípio fundamental na Primeira Emenda”, afirmou Brennan, “é o de que o Estado não pode proibir a expressão de uma ideia pelo simples fato de a sociedade considerar a ideia em si mesma ofensiva ou nociva”.²

Quatorze anos mais tarde, Paul Barry Hopkinson pôs fogo à bandeira da Nova Zelândia, no Parlamento nacional, em protesto ao apoio dado pela Austrália aos Estados Unidos durante a guerra no Iraque.³ Seu protesto deu-se em 2003, na ocasião de uma visita ao país feita pelo primeiro-ministro australiano. Por seu ato, Hopkinson foi preso e condenado a pagar NZD\$ 600,00 em virtude da violação do *Flags, Emblems, and Names Protection Act 1981*, uma lei que criminalizava a destruição de símbolos nacionais com o propósito de desonrá-los. Como Johnson, Hopkinson apelou de sua condenação argumentando que a queima da bandeira nacional em sinal de protesto não deveria ser considerada como uma forma de desonra, pelo menos não diante das disposições sobre a liberdade de expressão previstas na Declaração de Direitos da Nova Zelândia, aprovada em 1990.

Para a Corte responsável pelo julgamento do recurso, não havia dúvidas de que o ato de Hopkinson estava na fronteira da liberdade de expressão.⁴ Todavia, os juízes estavam cientes de que a Declaração de Direitos permitia ao legislador estabelecer “limites razoáveis” aos di-

¹ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

² Nesse caso, a Suprema Corte norte-americana pela primeira vez se manifestou diretamente sobre se a Primeira Emenda protege a irreverência à bandeira norte-americana como forma “simbólica” de expressão. A Corte havia julgado outros casos que envolviam a utilização da bandeira norte-americana como forma de expressão. Em todos eles, porém, ela não se posicionou claramente sobre a questão. Meses após a decisão em *Texas v. Johnson*, e como forma de reação política, o Congresso norte-americano, pretendendo revogar a decisão tomada pela Suprema Corte em *Texas v. Johnson*, aprovou o *Flag Protection Act*, lei posteriormente declarada inconstitucional pela Corte, no caso *United States v. Eichman*, no qual ela invocou os mesmos argumentos já oferecidos em *Texas v. Johnson*.

³ Sobre o caso, ver capítulo 5 do livro de Waldron (2012).

⁴ *Hopkinson v. Police* (2004) 3 NZLR 704.

reitos fundamentais nela reconhecidos, desde que esses limites fossem “demonstravelmente justificados em uma sociedade livre e democrática”. A Corte, portanto, precisava responder se a proibição da queima da bandeira satisfazia esse teste.

Discordando do argumento de Hopkinson de que a proteção da bandeira tinha um objetivo muito pouco importante em uma sociedade multicultural como a da Nova Zelândia, a juíza Ellen France afirmou: “Eu acredito que o objetivo ainda assim é importante”. “Em *Texas v. Johnson*”, disse ela, “a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a legislação do Estado do Texas contra a queima da bandeira era inconstitucional, mas considerou que os objetivos do Estado de preservar a bandeira como um símbolo de unidade nacional e de evitar violações à paz eram legítimos”. A juíza France voltou a citar o caso *Texas v. Johnson* ao analisar se a proibição de queimar a bandeira era um meio legítimo e proporcional de realizar esse objetivo legítimo. Ela também invocou um caso decidido em Hong Kong envolvendo a proibição de destruição das bandeiras nacional e local; nesse caso, porém, o judiciário chinês sustentou a legislação que proibia o ato, ainda que em protesto. Observando que sobre a questão havia “espaço para visões distintas”, a juíza France concluiu que obviamente “a bandeira é importante. Contudo, mesmo nos Estados Unidos, onde a bandeira é um símbolo dominante, a maioria concluiu que sua proteção não autorizava a interferência do direito penal. [...] Concluo que a conexão racional do teste [...] não está presente aqui e, portanto, a proibição sobre a conduta do apelante não era um limite justificado à liberdade de expressão”. Em um apêndice à sua decisão, a juíza esboçou a posição de vinte países sobre a queima de bandeiras – entre eles, Áustria, Canadá, França, Índia, Itália, Japão, Noruega, Portugal e Turquia.

Estes são apenas alguns exemplos de um fenômeno global que tem recebido da literatura estrangeira várias denominações metafóricas.⁵ É bem verdade que, nas últimas décadas, o debate a propósito dos direitos humanos tem chamado a atenção de filósofos, juristas, cientistas políticos, antropólogos, políticos, ativistas e outros interessados nas inúmeras e difíceis questões que esses direitos suscitam na prática e em teoria. A maioria dessas questões diz respeito à sua natureza, função, justificação, conteúdo e aplicação desses direitos. Sem dúvida, tais questões geralmente se sobrepõem e é difícil tratá-las independentemente. Pensar sobre a natureza e a função dos direitos humanos, por exemplo, envolve a discussão a propósito do seu conteúdo e aplicação, o que quase necessariamente nos remete à questão da sua justificação. A literatura a respeito de cada uma dessas questões é extraordinariamente vasta. A despeito disso, é possível discuti-las, talvez não separadamente, mas com maior ênfase.

Talvez esses direitos sejam especialmente controversos no que diz respeito à sua aplicação. Isso é compreensível dado o fato de ainda haver profundos desacordos quanto à maneira apropriada de interpretá-los e de implementá-los nos planos doméstico, internacional e regional. Não raras vezes, as interpretações nesses diferentes níveis variam significativamente; e a escolha de seguir a interpretação ou a abordagem já adotada por um determinado tribunal pode ser considerada sinal de uma orientação em direção a uma concepção particular desses direitos – o que é controverso em si mesmo, devido, entre outras razões, ao fato de ainda haver um intenso debate entre uni-

⁵ Por exemplo, “migração de ideias constitucionais”, “empréstimos constitucionais”, “transplantes constitucionais”, “comércio entre juízes”, “fertilização constitucional cruzada” e “troca de ideias legais” (FREIRE, 2014).

versalismo e relativismo cultural em relação a esses direitos (DONOHO, 1991).

Em relação aos direitos humanos, tem-se afirmado que o universalismo e o relativismo cultural são posições opostas que formam uma relação de tensão ou, mesmo, que se excluem. De um lado, há os que defendem que levar a sério os direitos humanos corresponde a assumir a ideia de que há compromissos éticos universais que não estão sujeitos a exceções; de outro, há os que sustentam que a própria ideia de direitos humanos envolve a necessidade de reconhecimento de que tais direitos podem ser excepcionados frente a aspectos culturais, pois não existe uma cultura universal, de modo que se faz necessária a acomodação de diferenças.

Essa dualidade de perspectivas é encontrada na discussão a propósito do uso ou consulta a decisões judiciais sobre direitos humanos já tomadas por outros tribunais no momento em que um tribunal ou um juiz nacional resolve um caso doméstico envolvendo um ou mais direitos humanos. No âmbito dessa discussão, o relativismo cultural ganha o nome de particularismo, uma posição oposta ao universalismo, que se opõe à prática comparativa nas decisões judiciais. Reconhecendo essa discussão, o propósito deste artigo é responder à seguinte questão: os tribunais ao redor do mundo devem buscar uma coerência mundial na interpretação dos direitos humanos? Ou cada tribunal deve interpretar esses direitos de acordo com as particularidades culturais de seus países sem se importar com as interpretações que outros tribunais ao redor do mundo já deram a eles em casos semelhantes?

A construção da resposta à questão será feita mediante a seguinte estratégia geral. Nas duas primeiras seções, e tendo em vista a dualidade mencionada, buscaremos expor os argumentos e a disputa entre relativismo e universalismo dos direitos humanos. Como será

visto, essa disputa reflete posturas distintas no que diz respeito à comparação judicial. A terceira seção expõe a ideia romana de *partim communi omnium hominum iure utitur* (“leis parcialmente comuns a toda espécie humana”) resgatada por Jeremy Waldron (2012) numa obra excepcionalmente notável em favor da invocação voluntária do direito estrangeiro por tribunais nacionais. Nas três seções seguintes, construo a ideia que defendo nesse artigo: a integridade transnacional dos direitos humanos. Nas duas últimas seções, recorro a dois argumentos sustentados por Waldron como apoio argumentativo à ideia que defendo. Ao final, são feitas considerações a título de conclusão parcial.

2. Relativismo cultural, particularismo jurídico e resistência

O relativismo cultural baseia-se no pressuposto de que os direitos humanos não podem ser apoiados em um fundamento moral universalmente reconhecido. Em outras palavras, não existe um único argumento ou justificativa para os direitos humanos capaz de ser aceito por todos e em todos os lugares (MARTIN, 2013, p. 61). Pelo contrário, todos os valores morais, incluindo os direitos humanos, são relativos a um contexto cultural do qual eles emergem. Estudiosos que defendem essas ideias opõem-se às normas atuais de direitos humanos por considerá-las insensíveis ou mesmo incompatíveis com as distintas condições sociais, culturais e políticas existentes em diferentes nações e comunidades políticas. Algumas vezes, a oposição é forte o bastante para direcionar ao Ocidente a acusação de imperialismo cultural (BINDER, 1999).

Segundo os relativistas, a consideração do caráter relativo desses valores seria essen-

cial para a realização da justiça em democracias modernas. Coerente com isso, a própria ambição do universalismo é criticada como ilegítima, dado que diferentes Estados e povos têm distintas constelações de interesses e concepções sobre questões éticas. A reivindicação de um universalismo global relativa aos direitos humanos seria, portanto, na melhor das hipóteses, ingênua e arrogante. Existem direitos políticos que a comunidade transforma em direitos jurídicos, os quais, por serem políticos, também devem ser considerados como trunfos – inclusive, algumas vezes contra os direitos humanos –, já que, em algumas hipóteses, diferentemente destes, aqueles podem expressar a mais genuína vontade de uma comunidade política. Com isso, quer-se dizer que nem todos os direitos humanos são universais (ou, pelo menos, suas interpretações) e que pode ser sensatamente considerado um ato ilegítimo qualquer tipo de imposição deles contra os direitos jurídicos que sedimentam aspectos culturais próprios de uma comunidade política (DONNELLY, 1984).

Embora as críticas relativistas ao suposto caráter universal de alguns direitos não sejam recentes, um crescente número de estudiosos e mesmo de governos tem afirmado que Estados têm o direito de refutar acusações de desobediência aos direitos humanos, assim como o de opor-se à crítica internacional. Tais argumentos baseiam-se nas divergências culturais, sociais e políticas inequívocas. Conquanto variem em algum grau, todos eles se assentam na asserção de que a existência, a aplicação e o significado dos direitos humanos devem ser dependentes das variáveis encontradas nos diferentes tipos de Estado.

Seriam três os seus principais tipos: o ocidental, o socialista e o das chamadas nações em desenvolvimento. Segundo os relativistas, as atuais normas de direitos humanos refletem apenas a visão ocidental dos direitos, que decorrem, predominantemente, das tradições democráticas e liberais europeias. As nações em desenvolvimento consideram as normas de direitos humanos como disposições com propensões ocidentais, do ponto de vista cultural, as quais não refletiriam, portanto, as heranças culturais, sociais e políticas de um mundo “não ocidental”, pois enfatizam de forma excessiva os direitos individuais e as liberdades civis e políticas exigíveis judicialmente. Essa ênfase contrasta também com a concepção de direitos em Estados socialistas, cujas preocupações estão voltadas para os direitos coletivos, o desenvolvimento econômico e interesses ideológicos e legítimos do Estado. Em conjunto, essas objeções revelam considerável resistência às normas de direitos humanos por parte de nações em desenvolvimento e Estados socialistas em virtude do caráter predominantemente liberal desses direitos. Em resumo, as sociedades ocidentais consideram os direitos humanos como indivi-

duais, adversariais, exigíveis judicialmente e inalienáveis, ao passo que nas tradições não ocidentais (como as asiáticas, africanas e hinduístas) tais direitos podem não contar com essas características, inclusive com nenhuma delas.

Muito embora ao termo “relativismo” possam ser dadas diversas interpretações, no que diz respeito aos direitos humanos, ele envolve a combinação de três alegações distintas sustentadas por seus defensores. Como proposição geral, dizem eles que os membros de uma sociedade não podem legitimamente julgar ou condenar as práticas sociais de outras tradições. A essência desse argumento relativista está na ideia de que valores normativos extraem seus significados fundamentalmente de contextos particulares, o que corresponde a afirmar a inexistência de normas transculturais capazes de avaliar as práticas de direitos humanos. Em outras palavras, as variações nas práticas sociais impedem a crítica externa.

Essa é a proposição geral da qual eles extraem outras quatro. A primeira delas é a de que certos valores humanos (v.g. participação política e igual proteção) simplesmente são não apropriados a certos contextos políticos e culturais. Segunda: mesmo que algum direito humano seja apropriado para uma cultura, seu conteúdo específico depende substancialmente das circunstâncias políticas e culturais dessa sociedade; valores fundamentais, tais como justiça, igualdade e liberdade, dependeriam profundamente de particularidades políticas e culturais. Terceira: em decorrência das duas proposições anteriores, o respeito e a tolerância de tradições culturais diversas deveriam tornar imunes a críticas externas certas práticas culturais de críticas externas – caso de práticas culturais como o noivado entre crianças, o levirato e a mutilação genital feminina. Quarta: cada Estado deve adotar sua própria concepção a propósito do que os direitos humanos exigem, sempre com base em suas preferências culturais e ideológicas.

No discurso jurídico, o relativismo traduz-se em um particularismo. Assim, seguindo a linha de raciocínio anterior, o argumento contra a comparação judicial na jurisdição constitucional e dos direitos humanos enfatiza que as normas jurídicas que definem os direitos humanos devem ser interpretadas de acordo com as circunstâncias nacionais particulares e com a história constitucional nacional de cada país, bem como com a cultura política e com a história da nação. “Em sua formulação mais forte, o particularismo jurídico insiste que as constituições são aspectos importantes da identidade nacional” (CHOUDHRY, 1999, p. 830). Tendo em vista o grande valor dado às constituições nacionais, a interpretação das normas correspondentes aos direitos humanos ou mesmo de normas de direitos humanos previstas em tratados inter-

nacionais assumidos por cada nação deve ser realizada a partir dos aspectos particulares de cada nação. Sob esse ponto de vista, a

jurisprudência comparativa não oferece qualquer ajuda, precisamente porque ela vem de fora de um determinado sistema jurídico. Na melhor das hipóteses, ela representa uma curiosidade estrangeira de interesse estritamente acadêmico e de pouca relevância prática. Na pior delas, seu uso é uma imposição ou mesmo uma forma de imperialismo jurídico (CHOUDHRY, 1999, p. 830).

O particularismo jurídico é muito acentuado no campo mais amplo da discussão das teorias de interpretação constitucional, sobretudo nos Estados Unidos, mas ele também tem defensores no campo específico do direito comparado. Para seus sectários, que levam muito a sério as diferenças entre os sistemas jurídicos, embora exista um vocabulário familiar entre os mais distintos sistemas jurídicos (v.g. direitos, liberdades, deveres, poderes etc.), isso apenas significa uma familiaridade superficial que pode encobrir profundas diferenças jurídicas não percebidas à primeira vista (ALFORD, 1986).

Em síntese, o “argumento básico dos particularistas é o de que, em um mundo pós-realista, está fora de disputa que textos jurídicos são inerentemente ambíguos e que eles requerem fontes extratextuais para a interpretação e aplicação deles em casos concretos” (CHOUDHRY, 1999, p. 830). Os particularistas insistem, pois, que os tribunais e juízes não devem olhar para experiências estrangeiras; devem, ao contrário, olhar para as fontes extralegais que conformam as normas de um sistema jurídico de uma nação em particular.

Essa crença nas fontes extrajudiciais de cada comunidade política leva os particularistas a serem profundamente céticos quanto

à viabilidade de empréstimos, transplantes e migrações legais e constitucionais, e a sustentarem uma postura de resistência a essas práticas, que é frequentemente associada a um tipo particular de nacionalismo constitucional e legal. Como esclarece Vicki Jackson:

Nessa visão, apenas aquelas normas jurídicas que foram adotadas de acordo com regras procedimentais controladas de uma comunidade jurídica nacional particular (e que, portanto, refletem a vontade e a identidade presumidas dessa comunidade particular) deveriam ser consideradas na interpretação do direito, e tanto o direito internacional como o direito estrangeiro são considerados com algum ceticismo ou suspeita como fontes de compreensão constitucional (JACKSON, 2010, p. 8).

Para os seus defensores, a ideia de um texto constitucional em si mesma pode ser vista como um convite à resistência ou indiferença ao direito estrangeiro e ao direito internacional em geral e à comparação judicial, em particular, já que as constituições representam a autoconstituição e a autoexpressão de comunidades particulares. Vistas dessa maneira, as constituições representam um papel “expressivista” (TUSHNET, 1999, p. 1.225), revestindo a nação de identidade própria e autocompreensão. Assim, se “uma constituição é fundamentalmente um instrumento jurídico que olha para si próprio, cujo propósito é expressar os compromissos, limites e unicidade de um povo particular, as visões de cortes estrangeiras ou de tribunais internacionais são de pouco interesse ou podem até mesmo ser prejudiciais” (JACKSON, 2010, p. 20).

Assim, mesmo os direitos humanos devem receber das cortes nacionais interpretações próprias que estejam de acordo com o sistema jurídico, com a história e, principalmente, com a constituição nacional. Por essa razão, insis-

tem não ser recomendável a comparação judicial na interpretação e aplicação de direitos humanos, mesmo quando a previsão desses direitos esteja apenas em tratados e convenções internacionais ratificados por uma determinada nação.

Conquanto muitas normas constitucionais materialmente também sejam normas de direitos humanos, aqueles que podem ser considerados particularistas afirmam haver uma diferença crucial entre escrever uma nova constituição – na qual seria possível e mesmo recomendável a repetição de normas de direitos humanos – e interpretá-la. Assim, o direito estrangeiro e o direito internacional seriam irrelevantes para a interpretação da constituição de determinado país, ainda que possam ser importantes no momento de sua elaboração.

3. Universalismo e convergência

Em virtude das atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos foram originalmente concebidos como medidas voltadas ao estabelecimento de limites e deveres a todos os Estados e entre eles no tratamento dos indivíduos (WALKER, 2013). O fundamento para esses limites e deveres decorreria do simples fato de sermos humanos; e, devido ao reconhecimento da validade dessa premissa fundamental, reivindica-se a universalidade desses direitos. Contudo, seu caráter universal também decorreria de três outras premissas (DONOHO, 1991, p. 356). A primeira delas é a de que existe ou pode ser criada uma ordem normativa internacional limitada, por meio da qual os Estados podem expressar e agir com base em julgamentos morais coletivos. Essa ideia é baseada na assunção de que uma comunidade de nações é capaz de julgar moralmente inaceitáveis algumas ações

ou omissões dos Estados nas suas relações com os indivíduos. Esses julgamentos morais coletivos e internacionais pressupõem, obviamente, a existência de valores compartilhados, pelo menos em algum nível.

A segunda premissa decorre da primeira. É que, se existe ou pode existir essa ordem moral global, é necessário que, para sua promoção e proteção, ela seja de algum modo imposta. Isso se dá por meio da formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que hoje reconhece que a comunidade de nações tem a obrigação de promover e proteger necessidades e interesses humanos essenciais. A internacionalização desses direitos implica que os Estados compartilham em algum grau valores básicos, já que ela também implica uma exceção ao poder absoluto dos Estados de estabelecerem suas próprias ordens internas.

Por fim, a terceira premissa da universalidade desses direitos decorre do fato de eles poderem ser justificados a partir de distintas bases filosóficas. É possível afirmar que eles resultam da necessidade de realização do potencial humano, da justiça social, da promoção de necessidades humanas (BAY, 1982), do igual respeito e consideração devido a cada indivíduo, da noção ocidental de direitos naturais etc. O certo é que, embora difiram em detalhes e abordagem, quase todas essas teorias afirmam que os direitos humanos são fundamentalmente baseados nas necessidades e interesses humanos que todas as pessoas igualmente possuem como pré-requisitos da dignidade humana (NICKEL, 1982).

Para os universalistas, essa universalidade implica, entre outras coisas, a aplicação igual e uniforme dos direitos humanos a todos, em geral, ou àqueles dentro da categoria protegida (v.g. mulheres, crianças, deficientes etc.), em particular (WALKER, 2013, p. 39). Essa aplicação, portanto, exige que em hipótese algu-

ma se excepcionem direitos considerados humanos, mesmo que seus detentores, os seres humanos, possam estar inseridos em comunidades nas quais há reconhecida especificidade cultural ou religiosa. Segundo essa posição, embora comunidades políticas tenham direitos políticos e jurídicos específicos, os direitos humanos, na qualidade de trunfos, prevalecem frente àqueles, embora se reconheça que isso só deva ocorrer quando estiverem em jogo determinados direitos humanos e não qualquer um deles. Com isso, haveria uma diferença entre direitos humanos realmente universais e direitos humanos não universais.⁶

A ideia de universalidade dos direitos humanos alimenta uma segunda postura quanto ao uso de materiais estrangeiros e internacionais na comparação judicial nas situações de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais e humanos. Trata-se de uma postura de convergência, “que pode ver o direito constitucional doméstico como um lugar para a implementação de normas jurídicas internacionais ou, alternativamente, como um participante em um processo transnacional de convergência normativa descentralizado, mas normativamente progressivo” (JACKSON, c2010, p. 8). Acrescenta Vicki Jackson (2010, p. 8)⁷ que tal “postura pode estar baseada em uma visão universalista dos direitos ou em um compromisso para com valores universais ou com o direito internacional adicionado nos documentos nacionais fundantes”.

4. Leis parcialmente comuns a toda a espécie humana

Como afirmei na introdução, meu propósito neste artigo é tomar parte nessa discussão. Quero sustentar que existem razões suficientes para uma harmonização transnacional na interpretação dos direitos humanos. Para isso, proponho uma compreensão dos direitos humanos que pode ser vista com uma alternativa ao relativismo cultural e ao universalismo. Quero não apenas afirmar que a consideração dos precedentes sobre direitos humanos criados por outros tribunais é útil para um tribunal nacional. Desejo afirmar que essa consulta é indispensável. Como Jeremy Waldron (2012, p. 48), acredito que os direitos humanos e os precedentes estrangeiros e internacionais a respeito deles

⁶ Seriam exemplos de direitos humanos não universais aqueles previstos na Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã, de 1990, cujo art. 24 dispõe que todos “os direitos e liberdades mencionados nesta declaração estão sujeitos à *shari`a* islâmica”, e cujo art. 25 acrescenta que a “*shari`a* islâmica é a única fonte para a interpretação ou explicação de cada um dos artigos desta declaração”.

⁷ É possível encontrar na literatura estrangeira vários argumentos que representam razões para uma postura de convergência, mas nos ateremos aqui àquela baseada na universalidade dos direitos humanos.

podem formar um corpo de leis que poderíamos chamar de direitos das nações. Ou seja, também defender a ideia de que “todos os povos que são regidos por leis e costumes usam parcialmente suas próprias leis e leis parcialmente comuns a toda espécie humana”.

Embora essa noção de “leis parcialmente comuns a toda espécie humana” tenha sido usada algumas vezes ao longo da história em referência ao direito internacional, com ele não se confunde.⁸ Também não é apenas um novo rótulo para os direitos humanos, mas algo que o inclui sem se confundir com ele.

Ao elaborar ou ao reelaborar suas normas fundamentais, cada país copia declaradamente ou não, normas de outras nações. Há hoje uma inegável engenharia constitucional em parceria. Ou seja, um novo país, ao elaborar sua constituição ou ao reformá-la, geralmente o faz aprendendo com outros. Há razões para isso. Suponho que não sejam apenas de natureza pragmática. O aprendizado com outros países envolve juízos de valor a respeito de justiça e integridade. Então, se há bastante harmonia no momento da criação de normas constitucionais – com respeito tanto a normas estritamente constitucionais de outro país, quanto às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos –, por que, então, não deve haver harmonia também quanto à interpretação dessas normas?

Meu argumento não é o de que deve haver uma uniformidade ou uma convergência interpretativa global dos direitos humanos. Destaco que, apesar de alguns países serem governados por leis comuns a toda espécie humana, isso é apenas parcial, o que significa dizer também que os países têm o direito de se governarem parcialmente por leis próprias. O que desejo sustentar é que há normas que não podem ser deixadas às idiosincrasias interpretativas de cada nação, quando não houver muitos razoáveis para uma interpretação particular. Essas normas são de direitos genuinamente humanos. Sobre eles, deve haver uma integridade. Portanto, defendo que deve haver uma integridade transnacional dos direitos humanos. Suponho que foi isso que a juíza France buscou ao decidir o caso *Hopkinson v. Police*.

Considero que a resposta a essa questão exige uma digressão, mesmo que breve, sobre uma virtude presente em nossas relações cotidianas

⁸Waldron confere um sentido distinto a essa ideia. Mas o *ius gentium*, originalmente, era um elemento do sistema jurídico romano que surgiu numa área específica da prática jurídica: o comércio com os estrangeiros no território romano ou entre esses estrangeiros. Referindo-se à passagem de Gaio utilizada por Waldron, John Kelly afirma: “Essa passagem, tomada isoladamente, poderia dar a entender que os romanos haviam se interessado cientificamente pelos sistemas jurídicos de outros povos e, pelo estudo comparativo, haviam chegado à conclusão de que certas normas eram as mesmas em todos os lugares. Isso não é verdade. Os romanos, como outros povos antigos, tinham pouquíssimo interesse pelas instituições de seus vizinhos” (KELLY, 2010, p. 80).

e explorada, no Direito, em nível teórico e prático, por Ronald Dworkin (c1986).

5. A integridade do e no Direito

Juristas e políticos reconhecem que uma comunidade política deve ser organizada sob as bases de certos ideais políticos que devem ser traduzidos para o discurso jurídico, ou seja, devem ser concretizados em normas, sejam elas regras ou princípios. Poderíamos aqui elaborar uma longa lista desses ideais, na qual, certamente, estariam a justiça, a igualdade, a imparcialidade, o devido processo e outros que, em geral, nos vêm primeiramente à mente. Podemos sensatamente afirmar que essas virtudes remetem à ideia comum, muitas vezes considerada clichê, de que devemos tratar casos semelhantes da mesma forma. E isso exige que juízes “falem com uma só voz”, de modo a agirem com coerência e baseados em motivos justificáveis ao aplicarem normas em casos concretos.

Essa exigência particular não está bem descrita no mencionado clichê, ou seja, o de que devemos tratar casos semelhantes da mesma forma. Na verdade, esse clichê é uma virtude que pode ser chamada de integridade, e ela é diferente da coerência, como veremos. Chamar essa virtude de integridade serve ao propósito de aproximá-la de um ideal paralelo de moralidade pessoal que exigimos em nossas práticas ordinárias e em relações sociais de toda sorte. No trato cotidiano, desejamos que as pessoas com quem nos relacionamos nos mais distintos ambientes de convivência se comportem e tomem cursos de ação de forma correta. Todavia, naturalmente, as pessoas nem sempre concordam com aquilo em que acreditamos ser correto e podem, sensatamente, divergir sobre o significado de

normas e princípios que seguem e comandam suas ações. Por essa razão, devemos fazer uma distinção entre duas formas de agir: a correta e a íntegra. A segunda é, por assim dizer, menos exigente, pois não pede que as pessoas ajam segundo convicções únicas e compartilhadas. Agir com integridade exige apenas que as pessoas atuem segundo as convicções que permeiam e configuram suas vidas, e não de modo inusitado e excêntrico.

A integridade torna-se um ideal estritamente político e jurídico quando exigimos o mesmo dos políticos e dos juízes. Ou seja, quando insistimos em que ambos ajam segundo um conjunto único e coerente de normas, mesmo quando seus representados estejam divididos e as partes discutindo a propósito do significado correto dessas normas. Tanto no caso das relações pessoais como nos casos político e jurídico, podemos reconhecer que as atitudes, ações e decisões expressam uma concepção⁹ a propósito das normas envolvidas, mesmo quando nós mesmos não a endossamos ou concordamos com ela.¹⁰

No Direito, a integridade pode ser dividida em dois princípios.¹¹ O primeiro deles liga-se à legislação e envolve a ação do legislador. Ele exige que os legisladores, ao legislarem, mantenham o Direito coerente com os princípios que o compõem. Portanto, ele restringe aquilo que os legisladores podem fazer ao expandir ou ao alterar o Direito. O segundo princípio – que mais nos interessa aqui – exige que os juízes, ao aplicarem as leis e decidirem sobre

⁹ Ver o capítulo 2 de Dworkin (1986).

¹⁰ Como afirma Dworkin, essa “capacidade é uma parte importante da nossa capacidade mais geral de tratar os outros com respeito, sendo, portanto, um requisito prévio de civilização” (DWORKIN, c1986, p. 166).

¹¹ Ver os capítulos 6 e 7 do livro de Dworkin (c1986). Embora com diferenças importantes, as dimensões da integridade podem ser pensadas, na teoria da argumentação de Klaus Günther, respectivamente, como discursos de justificação e de aplicação (GÜNTHER, 1993).

casos, façam-no de maneira coerente com os princípios jurídicos. Esse segundo princípio explica por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio. “Explica”, como diz Dworkin (c1986, p. 167), “por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, como nada além de um interesse estratégico pelo restante”. Em sua dimensão judicial, portanto, a integridade requer, até onde seja possível, que os juízes tratem o sistema jurídico como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios jurídicos.

Os processos judiciais nos quais se discutem os mais distintos direitos mostram a importância de que se reveste a integridade, quando se compreende que ela exige que casos parecidos sejam decididos da mesma maneira e que a casos iguais sejam dadas as mesmas respostas. Em resumo: quando se compreende que ela exige fidelidade aos precedentes, em circunstâncias nas quais não há razão convincente para rejeitá-los.

6. Os direitos humanos entre integridade e coerência

A esta altura, já deve estar claro que endosso a afirmação de que a integridade é a chave para a melhor interpretação de nossas relações pessoais e políticas e, particularmente, do modo como os juízes devem decidir os casos. Ainda que integridade e coerência tenham em comum uma aversão ao uso arbitrário do Direito, é preciso deixar clara a diferença entre essas duas virtudes.

A coerência é uma relação entre ideias que estão de acordo entre si e que justifica o presente com base no passado. Um tribunal age

coerentemente quando ele repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel e precisamente possível. Isso, obviamente, traz segurança jurídica. Contudo, entendida em sentido estrito, a coerência pode exigir a continuidade de um erro, se a fidelidade for exagerada. Afinal, ser fiel ou manter decisões, mesmo que incorretas, pode ser uma estratégia política voltada à garantia de segurança jurídica. Por conseguinte, a coerência pode ser vista como uma política. É possível, inclusive, ser coerente com regras, desprezando-se princípios. E mesmo uma coerência de princípios pode ser problemática quando a fidelidade ao passado é sustentada para preservar, estrategicamente ou não, a aplicação de princípios inequivocamente errados. Em resumo, como se percebe, a coerência pode ser tanto positiva quanto negativa.

A integridade é mais dinâmica. Um tribunal que nela atentar condenará os erros cometidos em decisões anteriores. A integridade diz respeito apenas a princípios e não a políticas. Como a integridade exige que se considere, até onde for possível, o sistema jurídico como se ele expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios, um juiz que honra a integridade em sua atividade judicante às vezes se afastará da estrita linha de suas decisões anteriores em busca da melhor interpretação dos princípios mais fundamentais que conformam o sistema. É absurda a ideia de que, em nome da coerência, um tribunal deva seguir suas próprias decisões anteriores, mesmo quando as considera equivocadas. A virtude da integridade, pois, é mais transigente com o passado e mais inflexível com os princípios. Eis a diferença que faz a diferença.

Com isso, a integridade combina elementos que se voltam tanto para o passado como para o futuro. Interpreta a prática jurídica como um empreendimento em processo de desenvolvimento. Pede que juízes continuem

fazendo exames interpretativos de suas decisões passadas. E exige que eles continuem interpretando o mesmo material que eles próprios afirmam ter interpretado com sucesso um dia.

7. A integridade transnacional dos direitos humanos em prática

Por intermédio de alguns casos julgados pela Suprema Corte norte-americana, apresentarei a seguir um suporte fático para apoiar a distinção que sustento entre coerência e integridade.

Em 1965, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi instada a responder se a Constituição Federal previa um direito à privacidade contra a intrusão do Estado.¹² No caso, questionava-se uma lei do Estado de Connecticut, que proibia o uso de contraceptivos. Ocorre que a Constituição Federal norte-americana não prevê expressamente um direito à privacidade. A Corte, no entanto, reconheceu que esse direito está implícito quando se avalia a Declaração de Direitos. Com isso, declarou inconstitucional aquela lei.¹³

Em 1973, a Corte precisou responder se esse direito à privacidade tinha sido violado por uma lei do Estado do Texas que criminalizava o aborto, salvo se sua prática fosse para proteger a vida da gestante.¹⁴ Era igualmente posta em dúvida a constitucionalidade de leis que autorizavam, desde que atendidas certas condições, a prática abortiva, como uma lei do Estado da Geórgia, que a permitia quando aprovada por uma junta médica do hospital em que seria realizada. A decisão da Corte, redigida pelo juiz Harry Blackmun, estabeleceu que os Estados-membros têm o legítimo interesse de proteger a vida do feto, o que, entretanto, não lhes outorgava o poder de proibir o aborto em qualquer fase da gravidez, pois o direito à privacidade deveria ser garantido.¹⁵

Na década seguinte, a Corte estava diante de um desafio maior. Ela precisou responder à questão sobre se uma lei do Estado da Geórgia

¹² *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

¹³ O caso *Griswold v. Connecticut* foi julgado em 7 de junho de 1965, e decidido por sete votos contra dois.

¹⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁵ Em sua decisão, o juiz Blackmun dividiu a gravidez em três períodos ou trimestres. Durante o primeiro trimestre, a mulher teria o direito irrestrito de realizar o aborto. Seria inconstitucional qualquer condição ao seu exercício, como a prévia internação ou a aprovação por uma junta médica do hospital. Durante o segundo trimestre, os Estados só poderiam restringi-lo caso o aborto apresentasse ameaça à vida da gestante. Somente no terceiro trimestre é que os Estados teriam o legítimo interesse de proibir a prática do aborto para proteger a vida do feto, a menos que a gestação pusesse em risco a vida da mãe. O caso *Roe v. Wade* foi julgado em 22 de janeiro de 1973, e decidido por sete votos contra dois.

que criminalizava a sodomia – definida como “qualquer ato sexual envolvendo os órgãos sexuais de uma pessoa e a boca ou o ânus de outra de mesmo sexo” –, violava o direito à privacidade já reconhecido.¹⁶ A Corte entendeu, todavia, que decisões anteriormente tomadas sobre o direito à privacidade não poderiam ser consideradas precedentes para o caso, pois, como o juiz Byron White afirmara na decisão redigida em nome de uma pequena maioria, estavam elas limitadas a questões que envolviam “família, casamento ou procriação”, coisas que “não tinham conexões” com a prática homossexual.¹⁷

Após dezessete anos, a Corte viu-se novamente diante da mesma questão.¹⁸ Em 11 de setembro de 1998, John Geddes Lawrence, 60 anos, e Tyron Garner, 30 anos, foram encontrados praticando sodomia, quando o xerife Joseph Quin entrou no apartamento daquele, localizado no subúrbio de Houston, capital do Texas, após receber do vizinho de Lawrence, Roger David Nance, a falsa denúncia de que teria ocorrido troca de tiros no local. Lawrence e Garner foram presos em flagrante por violarem a lei antissodomia do Estado do Texas, e libertados após pagarem fiança de 200 dólares. Na Suprema Corte, a maioria, formada por seis juízes, rejeitou a fundamentação do caso *Bowers v. Hardwick*, de 1986, segundo a qual a condenação das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo era uma velha e difundida “tradição” norte-americana. Na decisão, redigida pelo juiz Anthony Kennedy, citou-se a descriminalização da sodomia em outros países, como Inglaterra, para demonstrar que a visão ocidental sobre o homossexualismo havia mudado. Kennedy afirmou também que os casos mais recentes sobre o direito à privacidade, de 1992¹⁹ e de 1996,²⁰ enfraqueceram os argumentos do caso *Bowers v. Hardwick*, de modo que era possível concluir que aquela tinha sido uma decisão errada e que, por essa razão, deveria ser corrigida.²¹

Essa breve sequência de casos traduz bem as noções e as diferenças entre coerência e integridade. A Corte deveria ter sido coerente em *Bowers v. Hardwick*, mas não foi. Todavia, ela não poderia ter sido coerente em *Lawrence v. Texas*, já que *Bowers v. Hardwick* foi um erro. Em *Lawrence v. Texas*, ao contrário, a Corte prezou pela integridade, abrindo mão da coerência. O juiz Kennedy lembrou que leis banindo

¹⁶ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

¹⁷ O caso *Bowers v. Hardwick* foi julgado em 30 de junho de 1986, e decidido por cinco votos contra quatro.

¹⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

¹⁹ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

²⁰ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996)

²¹ O caso *Lawrence v. Texas* foi julgado no dia 26 de junho de 2003, e decidido por seis votos contra três.

práticas homossexuais na Inglaterra, Escócia e País de Gales tinham sido revogadas em 1967. Ele também citou uma decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, proferida no caso *Dudgeon v. U.K.*, de 1981, que exigia a extensão da liberdade sexual também à Irlanda do Norte. Ele também afirmou que outras “nações, também, tomaram ação consistente com uma afirmação de que o direito protegido de adultos homossexuais se envolverem consensual e intimamente”. Portanto, o juiz Kennedy e outros juízes da Suprema Corte consideraram em 2003 que o direito estrangeiro e internacional eram relevantes para decidirem um caso constitucional que envolvia os direitos à privacidade, à liberdade e à igualdade.

Observe-se que as legislações estrangeiras e o precedente da Corte Europeia de Direitos Humanos são todos anteriores ao caso *Bowers v. Hardwick*, decidido em 1986. Se a Corte os tivesse considerado naquele ano, talvez a decisão tivesse sido outra. Assim, decisões como *Bowers v. Hardwick* e votos como os do juiz Byron White são tristes lembretes de que a coerência pode ser negativa e nefasta – inclusive, às vezes, perversa. Seria certamente insensato afirmar que a Suprema Corte em *Lawrence v. Texas* não deveria ter considerado o direito externo.

Em síntese: a integridade não se opõe à coerência, mas corrige-a quando negativa. Ou seja, os juízes devem abandonar a coerência em favor da integridade, quando esta os instruir a aplicar precedentes anteriores injustos e incompatíveis com os aspectos concretos situacionais do caso presente. Essa integridade não pode ser apenas nacional. Embora em *Bowers v. Hardwick* uma integridade nacional fosse capaz de garantir uma decisão oposta, mesmo que se acreditasse que estavam elas limitadas a questões que envolviam “família, casamento ou procriação”, coisas que “não tinham conexões” com a prática homossexual, já havia precedentes internacionais e estrangeiros contestando e banindo leis que criminalizam práticas homossexuais. Se tais matérias tivessem sido consideradas, certamente a decisão teria sido outra, mesmo que ainda se defendesse que os casos *Griswold v. Connecticut* e *Roe v. Wade* não ofereciam bons argumentos. Em outras palavras, a resposta certa viria do respeito à integridade transnacional e não nacional. Obviamente, considero que em *Bowers v. Hardwick* houve uma violação também à integridade nacional. De qualquer modo, em *Bowers v. Hardwick* a consulta era indispensável.

Porém, uma questão importante adiada até aqui precisa agora ser enfrentada. É inegável que um tribunal nacional tem o dever de considerar seus próprios precedentes e com isso manter a integridade do direito interno. Todavia, surge a questão: o que pode ser dito em favor do dever de consideração de precedentes e outras fontes estrangeiras

e internacionais por um tribunal nacional em suas decisões envolvendo direitos humanos ou direitos fundamentais inegavelmente humanos? Pretendo responder a essa questão valendo-me de dois argumentos normativos sustentados por Jeremy Waldron (2012) em favor da invocação do direito estrangeiro por tribunais nacionais. Ainda que tais argumentos sejam notáveis, reproponho-os em versões mais brandas em favor não de uma harmonização global, mas de uma integridade transnacional que garanta uma margem de apreciação comparativa para as nações compromissadas com os direitos humanos.

8. Cortes como laboratórios dos direitos humanos

Ao consultarem as jurisprudências ou normas estrangeiras ou internacionais, cortes domésticas podem aprender com uma determinada corte ou sistema jurídico ou mesmo com algumas cortes ou sistemas jurídicos diversos. Isso é inegável. E tendo em vista a possibilidade de aprendizado, muitos têm recomendado que tribunais nacionais, em especial cortes constitucionais ou supremas, assim procedam ao analisarem casos controversos de direitos fundamentais. No entanto, é preciso um argumento mais forte para mostrar que essa prática não é apenas recomendável, mas devida. Entra aqui a interessante analogia entre o método jurídico e o método científico sugerida por Waldron. Em poucas palavras, a ideia de que o que um juiz ou um tribunal em determinado país pode aprender com outras jurisdições é bastante parecida com a de que um cientista pode aprender com os resultados científicos alcançados por outros cientistas até dado momento.

Waldron (2012, p. 100) parte da ideia de consenso científico ou estado atual do conhe-

cimento científico compartilhado e acreditado pelos laboratórios e autoridades científicas em todo o mundo. De fato, como ele afirma, “há a comunidade de cientistas, e existe consenso dos cientistas para o momento em que teorias são válidas, que explicações são adequadas, quais resultados empíricos são confiáveis, quais construções teóricas são úteis, onde residem os problemas intratáveis e qual o estado atual de tudo isso”. Não há dúvidas de que esse consenso é precário e está continuamente em evolução, assim como pode não ser unânime ou infalível. Todavia, todos os cientistas pensam em termos desse consenso senão como última palavra, ao menos como um ponto de partida. Seu valor para pesquisas atuais e futuras é inegável. Desse modo, é impensável que alguém, ao se engajar numa pesquisa sobre determinado assunto, ignore o reconhecido consenso a seu respeito. Mesmo que não concorde com esse consenso e tenha razões suficientes para não o considerar verdadeiro, um cientista não deve desconsiderá-lo. Em resumo, o consenso reconhecido está disponível como uma fonte de conhecimento ou como um ponto de partida para o esforço científico de outros cientistas ao redor do mundo. Como diz Waldron (2012, p. 103):

Um cientista não pensa em prosseguir em uma investigação sobre a gravidade ou energia sem referência ao trabalho já realizado pela comunidade científica. Ele se baseia em e começa a partir de resultados estabelecidos e verificados. E o mesmo é verdade para o direito. Nós não tentamos resolver [nossos] problemas como se o mundo nunca tivesse lidado com eles. Damos atenção para o que outros juristas fizeram ao enfrentarem o problema. Tratamo-lo como um problema a ser resolvido dando atenção às opiniões estabelecidas pela ciência jurídica – a experiência que compartilham muitos sistemas jurídicos em

combatê-lo, esclarecê-lo, analisá-lo, de resolver reivindicações rivais e direitos em colisão, princípios e valores que se juntam em questões desse tipo.

Logo, para Waldron (2012, p. 101), há “uma analogia útil e esclarecedora entre o papel representado pelo consenso e a comunidade na ciência e aquele representado pelo consenso e comunidade jurídica global no direito”. Essa analogia pode ser ilustrada da seguinte forma: tal como as autoridades nacionais de saúde ao enfrentarem uma doença nunca antes detectada em seu território não devem olhar apenas para os conhecimentos científicos desenvolvidos dentro de seu país ao decidirem qual deve ser o melhor tratamento a ser dado aos pacientes, também os juízes e tribunais de um determinado sistema não deveriam ater-se apenas em suas leis e doutrinas nacionais ao decidirem os casos complexos que se repetem ao redor do mundo.

Mesmo que as autoridades de saúde estejam cientes de que as diferentes condições climáticas e outros fatores locais devam ser levados em consideração ao pensarem em um tratamento, seria insensato que elas desconsiderassem ou resistissem a investigar se há alguma espécie de consenso científico a propósito do tratamento a ser dado a pacientes nessa situação. Assim também, mesmo que juízes e juristas reconheçam que aspectos culturais ou políticos de seus sistemas devam ser levados em consideração ao analisarem os casos que devem julgar, seria insensato que desconsiderassem ou resistissem a investigar se há alguma espécie de consenso jurídico sobre o caso em questão. Como lembra Waldron (2012, p. 102), “o mundo tem a experiência de responder a diferentes condições, e faríamos bem em aproveitar essa experiência para assegurar que não respondemos arbitrariamente ou irracionalmente às peculiaridades locais”.

9. Tratando casos iguais de forma igual

O segundo argumento normativo sugerido por Waldron (2012, p. 111) “é a ideia de que a referência ao direito estrangeiro pode ser compreendida como um modo de assegurar coerência no mundo”. Ele usa o termo “coerência no sentido de tratar casos iguais de forma igual”. Sem dúvida, muitos argumentos podem ser oferecidos para se reivindicar o respeito a essa máxima dentro de determinado sistema jurídico. No entanto, argumentar a favor dela num plano transnacional é tarefa bem mais difícil, já que essa máxima equivale à exigência de harmonização interpretativa entre diferentes países, que é o que Waldron (2012, p. 111) defende.

Segundo Waldron, o que justifica uma harmonização é a máxima segundo a qual devemos tratar casos iguais de forma igual, tendo em vista que ela própria é um requisito fundamental de justiça (*fairness*). Em sua defesa, ele novamente faz uso de uma analogia. Vejamos:

Imagine um grande campo de refugiados após uma escassez extrema de alimentos ou uma emergência humanitária, onde, como muitas vezes acontece, várias agências de ajuda e ONGs estão trabalhando lado a lado com a mesma grande população no mesmo campo. Suponha que uma dessas organizações torna-se ciente de que a prestação que está oferecendo aos refugiados é bastante diferente em quantidade e qualidade da prestação que as outras agências de ajuda estão oferecendo aos membros da mesma população no mesmo campo. A Oxfam, por exemplo, está dando duas refeições por dia para as pessoas na parte norte do acampamento, e outras agências estão dando uma refeição por dia para pessoas no setor sul, mesmo que as pessoas do norte não sejam mais necessitadas e não mais merecedoras do que aquelas do sul. E todos podem ver o que está acontecendo. Parece-me que a Oxfam e de fato todas as organizações reconheceriam que há um problema aqui – um problema que não evapora ou deixa de ser motivo de preocupação quando se diz que nenhuma instituição em particular está tratando alguém de forma inconsistente. As pessoas do sul são suscetíveis de serem afligidas pelo tratamento desigual. Elas são propensas a queixarem-se de que seu tratamento é injusto. Elas podem exigir que casos iguais sejam tratados da mesma forma (WALDRON, 2012, p. 111).

Essa metáfora, segundo Waldron, serve para explicar por que a exigência de coerência e harmonização pode ser feita, mesmo que mais de uma instituição seja responsável pela aplicação da justiça num mesmo local. Ele sugere que a analogia do campo de refugiados é

aplicável ao mundo ou a boa parte dele. Como ele diz: “assumo que muitos países têm declarações de direitos bastante similares” (WALDRON, 2012, p. 133). Naturalmente, não há uma única autoridade administrando esses direitos. Ainda assim, diz ele, as pessoas nos diferentes países estão conscientes dos direitos individuais que são concedidos similarmente aos que estão sujeitos às leis de outros países. Eles sabem que seu governo está lidando com os mesmos princípios, as mesmas questões e as mesmas circunstâncias. Então, eles se perguntam por que os governos não trabalham juntos para garantir que, neste mundo, os casos sejam tratados de forma igual. Como diz Waldron, sob “essas circunstâncias, eu acredito que é possível começar a pensar sobre todos os povos como membros de uma única comunidade na medida em que a administração dos direitos humanos está em causa” (WALDRON, 2012, p. 133). Porém, ele acrescenta:

Eu não quero ser fantasioso sobre qualquer cosmopolitismo mais amplo. Estou falando não sobre uma comunidade global para todos os fins, mas sobre algo como um clube do qual todos os povos são membros, um dedicado especificamente ao avanço da ideia de direitos humanos para todos, a pressionar os governos (de que todos temos muito a temer a este respeito, bem como muita esperança) para levar os direitos a sério e olhar para o outro quando direitos estão em jogo.

Conclui Waldron (2012, p. 135) que esse tipo de argumento “pode ser feito em favor de uma justiça global e em favor da demanda por harmonização que é baseada nessa ideia” e que “essa ideia, talvez juntamente com o argumento sobre aprendizagem, fornecem a melhor explicação sobre o que está acontecendo quando os tribunais de um país prestam atenção ao que os tribunais de outros países estão fazendo a propósito dos direitos fundamentais”.

10. Conclusão

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seus *consideranda*, afirma que “uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância”. Compreendo que essa afirmação evidencia o valor da integridade transnacional dos direitos humanos que procurei defender aqui de forma resumida. Embora as nações independentes tenham a liberdade de estabelecer suas próprias ordens, acredito que os direitos nacionais – muito em especial, os direitos fundamentais –, devem ser vistos como parte do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Os direitos constitucionais reconhecidos por cada ordem interna fazem as vezes dos direitos humanos. Eles são, na imensa maioria dos casos, as fontes primárias contra a sua violação. Nossa própria Constituição declara como direitos fundamentais inúmeros direitos humanos, assim como outras constituições e declarações de direito ao redor do mundo. Portanto, não há razão para se considerar desimportante uma concepção comum desses direitos e liberdades de modo a tratá-los ao mesmo tempo como constitucionais e humanos.

A argumentação de Waldron (2012) tem a vantagem de tratar os problemas envolvendo direitos humanos levados aos tribunais como problemas para a ciência jurídica e não apenas para os juízes que os compõem. Contudo, em minha opinião, deve haver não uma harmonização global e regional indiscutível entre todos os direitos constitucionais que correspondam aos direitos humanos. Isso, todavia, não equivale a uma rejeição da reivindicação por harmonização entre sistemas ao redor do mundo ou apenas em âmbito regional. Apenas penso em algo menos exigente, reconhecendo aos órgãos judiciais que invocam – ou que, por algum dever, devem invocar fontes estrangeiras e internacionais – o que chamo de “margem de apreciação comparativa”, a ideia segundo a qual, ao apreciarem casos envolvendo direitos humanos, os tribunais devem levar a sério, entre outras questões, as características das sociedades e os aspectos situacionais dos casos concretos.

Sobre o autor

Alonso Freire é mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor da Universidade Federal do Maranhão e da Universidade Ceuma, São Luís, MA, Brasil; assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: alonso.freire@me.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²²

TRANSNATIONAL INTEGRITY OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: This article addresses the question about whether the courts around the world should get a global coherence as regards the interpretation of human rights. It exposes the arguments and the dispute between universalism and relativism of human rights. It explains the Roman idea of partly laws common to all mankind used by Jeremy Waldron in favor of involuntary invoking of foreign law by national courts. It argues that there should not be a global and regional harmonization undebatable among all the constitutional rights that correspond to human rights. It defends that the invocation of foreign and international law sources should be mediated by a “comparative margin of appreciation”, the idea that the courts should take seriously the specific features of societies and situational aspects of specific cases.

KEYWORDS: INTEGRITY. HUMAN RIGHTS. TRANSNATIONAL LAW. FOREIGN LAW.

Referências

ALFORD, William P. On limits on “grand theory” in comparative law. *Washington Law Review*, v. 61, p. 945-956, jul. 1986.

BAY, Christian. Self-respect as a human right: thoughts on the dialectics of wants and needs in the struggle for human community. *Human Rights Quarterly*, v. 4, n. 1, p. 53-75, 1982.

BINDER, Guyora. Cultural relativism and cultural imperialism in human rights law. *Buffalo Human Rights Law Review*, v. 5, p. 211-221, 1999.

CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitution interpretation. *Indiana Law Journal*, v. 74, p. 819-892, 1999.

DECLARAÇÃO do Cairo sobre direitos humanos no Islã. [S.l.], 1990.

DONNELLY, Jack. Cultural relativism and universal human rights. *Human Rights Quarterly*, v. 6, n. 4, p. 400-419, nov. 1984.

DONOHO, Douglas Lee. Relativism versus universalism in human rights: the search for meaningful standards. *Stanford Journal of International Law*, v. 27, n. 2, p. 345-391, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, c1986.

ESTADOS UNIDOS. *Dudgeon v. United Kingdom*. 23 September 1981. Disponível em: <http://www.hrcr.org/safrica/dignity/Dudgeon%20_UK.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. *Texas v. Johnson (No. 88-155)*. 21 jun. 1989. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. *Hopkinson v. Police*. 23 jul. 2003. Disponível em: <<http://www.lawreports.nz/hopkinson-v-police-2004-3-nzlr-704/>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

FREIRE, Alonso. O Supremo Tribunal Federal e a migração de ideias constitucionais: considerações sobre a análise comparativa na interpretação dos direitos fundamentais. In: DIREITOS fundamentais e jurisdição constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 99-125.

²² Sem revisão do editor.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Albany: State University of New York Press, c1993.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational Era*. New York: Oxford University Press, c2010.

KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MARTIN, Rex. Are human rights universal. In: HUMAN rights: the hard questions. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 59-75.

NICKEL, James W. Equal respect and human rights. *Human Rights Quarterly*, v. 4, n. 1, p. 76-93, 1982.

TUSHNET, Mark. The possibilities of comparative constitutional law. *The Yale Law Journal*, v. 108, n. 6, p. 1.225-1.310, nov. 1999.

WALDRON, Jeremy. "Partly laws common to all mankind": foreign law in american courts. New Haven: Yale University Press, 2012.

WALKER, Neil. Universalism and particularism in human rights. In: HUMAN rights: the hard questions. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 38-59.