

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”

JUCELINE GOMES

DIREITOS HUMANOS E SEUS MECANISMOS DE PROTEÇÃO:
Normatividade e Costumes no Sistema Africano

Uberlândia-MG
2017

JUCELINE GOMES

DIREITOS HUMANOS E SEUS MECANISMOS DE PROTEÇÃO:

Normatividade e Costumes no Sistema Africano

Trabalho de Conclusão de Curso
Submetida à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Uberlândia
(UFU) como requisito Parcial para
obtenção de grau de Bacharelado
em Direito.

Orientador (a): Prof. Dr. Luiz Carlos
Goiabeira Rosa.

Uberlândia-MG
2017

JUCELINE GOMES

DIREITOS HUMANOS E SEUS MECANISMOS DE PROTEÇÃO:

Normatividade e Costumes no Sistema Africano

Trabalho de Conclusão de Curso
Submetida à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Uberlândia
(UFU) como requisito Parcial para
obtenção de grau de Bacharelado
em Direito.

Uberlândia, 03 de julho de 2017.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, UFU

Profª Drª Luciana Zacharias Gomes Ferreira Coelho, UFU

Mestranda. Jaqueline Aparecida Fernandes Sousa, UFU

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pois apesar de todas as dificuldades me deu força e saúde para terminar este projeto de vida.

Ao meu pai Lourenço Gomes (em memória), que apesar de não estar mais presente neste momento me deixou seus ensinamentos e valores. Eternas saudades. Agradeço a minha mãe, pelo carinho, apoio nos momentos difíceis e por ser exemplo de vida. Aos meus irmãos, Lourenço Junior, Silvio, Maura e Nicolau. A minha prima Flaumerina e minha tia Regina. A minha Avó Rosa e todos os meus familiares.

Ao meu orientador Luiz Calos Goiabeira Rosa, pela ajuda e pelas correções.

Aos meus professores, colegas do curso, meus amigos e a todos que contribuíram no decorrer desta caminhada. Vocês são tudo pra mim! Muito Obrigada por tudo!

RESUMO

O presente trabalho de conclusão do curso apresenta um estudo sobre os mecanismos de proteção dos Direitos Humanos, dando enfoque na questão de normatividade e Costumes no Sistema Africano. Na tentativa de achar uma solução para as atrocidades que marcaram o século passado, foi assinada em 1948 a Declaração Universal de Direitos Humanos, dando assim novo *status* aos direitos humanos. No decorrer do presente trabalho fez-se uma breve análise do conceito e a evolução dos direitos humanos. Especificamente, apresentaram-se os principais sistemas regionais existentes no âmbito global, focando no sistema africano e na verificação da questão de reconhecimento das tradições africanas previstas na carta de Banjul e sua compatibilidade com os direitos humanos. Na parte final, o trabalho analisa os casos de infanticídio indígena e os casos de crianças “Irã” na Guiné-Bissau frente aos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Sistema Africano; Costume.

RÉSUMÉ

Ce présent travail de conclusion de cours nous fait part d'une étude sur le mécanisme de protection des droits de l'homme plus précisément sur la normativité et coutume en Afrique. En 1948 fut signée une déclaration universelle des droits de l'homme afin d'essayer de trouver une solution aux atrocités qui ont marqué le siècle passé et de donner un nouveau statut aux droits de l'homme. Au cours de ce travail il a été fait une brève analyse du concept et de l'évolution des droits de l'homme. Le but de cette analyse, sont les principaux systèmes régionaux existants dans le monde, principalement le système africain et sa véracité en ce qui concerne les traditions africaines et sa compatibilité avec les droits de l'homme mentionnés dans la lettre de Banjul. Dans la dernière partie, l'analyse du travail est basée sur le cas de l'infanticide indigènes et le cas des enfants irā (les enfants considérés comme des fétiches) en Guinée-Bissau face aux droits de l'homme.

Mots-Clé: droits de l'homme; système africain; coutume.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADHP: Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos

CADH: Convenção Americana dos Direitos Humanos

CdE: Conselho da Europa

CEDH: Convenção Europeia dos Direitos Humanos

CIDH: Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CNU: Carta das Nações Unidas

CP: Código de Penal

CPG: Código Penal Guineense

CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil

CRGB: Constituição da República de Guiné-Bissau

DUDH: Declaração Universal dos Direitos Humanos

OEA: Organização dos Estados Americanos

OIG: Organização Intergovernamental

ONU: Organização das Nações Unidas

ONG: Organização Não Governamental

OUA: Organização da Unidade Africana

PIDCP: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

PIDESC: Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais

UA: União Africana

UE: União Europeia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DIREITOS HUMANOS	10
2.2 Histórico dos Direitos Humanos	13
2.3 A Cultura Enquanto Vetor dos Direitos Humanos	15
3 OS SISTEMAS REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS	18
3.1 Sistema Europeu de Direitos Humanos.....	19
<i>3.1.1 A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.....</i>	<i>20</i>
<i>3.1.2 Da Corte Europeia de Direitos Humanos</i>	<i>21</i>
3.2. Sistema Interamericano de Direitos Humanos	23
<i>3.2.1 Comissão Interamericana de Direitos Humanos</i>	<i>25</i>
<i>3.2.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos</i>	<i>26</i>
3.3 Do Sistema Africano de Direitos Humanos	27
<i>3.3.1 Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos</i>	<i>28</i>
<i>3.3.2 A Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos</i>	<i>31</i>
<i>3.3.3 A Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos</i>	<i>33</i>
4 COSTUMES NO SISTEMA AFRICANO	35
4.1 O infanticídio indígena no Brasil e as crianças Irã em Guiné-Bissau	39
<i>4.1.1 Infanticídio Indígena.....</i>	<i>40</i>
<i>4.1.2 Crianças Irã em Guiné-Bissau.....</i>	<i>43</i>
4 CONCLUSÃO	46
5 REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

O respeito aos direitos humanos é preocupação antiga de toda a comunidade internacional. Nesse sentido, a busca pelo respeito e promoção a tais direitos fez surgir o direito internacional dos direitos humanos, o qual consiste em um sistema de normas que regula a atuação dos Estados nos âmbitos interno e global, com vistas à promoção e proteção da dignidade da pessoa humana, e que tem como marco histórico a Carta de São Francisco em 1945 e, posteriormente, incorporada ao patrimônio comum da humanidade pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

Por se tratar de um assunto de grande importância, os direitos humanos percorreram longos caminhos, passando por várias transformações ao longo da história. Entretanto, para ter maior alcance eles devem ser incorporados no plano nacional e Internacional.

Atendendo a essa necessidade, inúmeros são os organismos internacionais com essa finalidade. A partir da edição da Carta de São Francisco em 1945, as Nações Unidas passaram a promover, sobretudo a partir da década de 1960, a adesão a diversos tratados de temas gerais e concomitantemente aos tratados promovidos pela ONU, foram editados tratados no âmbito regional de proteção, cujo rol de direitos protegidos seria amplo, mas restrito no alcance geográfico.

A criação dos sistemas regionais, como ensina Hans-Joachim Heintze (2010), é um esforço das Nações Unidas no sentido de garantir regionalmente a proteção dos direitos humanos de forma adequada, levando em consideração especialmente aspectos da tradição histórica, cultural, política e jurídica de cada região.

Entretanto, casos há no continente Africano em que, mesmo com tais sistemas regionais, discute-se a necessidade de se respeitarem os costumes a ponto de serem estes as normas a serem adotadas, em detrimento das que emolduram e protegem os direitos humanos. Desta forma e à luz do metaprincípio da dignidade humana, seria válido aceitar-se a desconsideração dos direitos humanos em nome dos costumes seculares e até milenares africanos?

Nesse sentido, a principal finalidade do presente trabalho é apresentar os mecanismos de proteção dos direitos humanos e analisar as questões de costumes,

uma vez que estes foram inseridos na Carta africana de forma a preservar as tradições e culturas dos vários povos que compõem o mosaico étnico africano.

Trata-se de uma pesquisa predominantemente teórica, centralizada em análise documental e bibliográfica de cunho qualitativo e abordagem explicativa, a fim de discorrer e analisar os aspectos do assunto proposto. A metodologia usada é a pesquisa baseado em livros, documentos internacionais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos e convenções.

No primeiro capítulo, será abordada a conceituação dos direitos humanos, analisando o processo histórico e verificar a cultura enquanto vetor dos direitos humanos. O relativismo e o universalismo dos direitos humanos serão comentados nesse capítulo

No segundo capítulo, verificar-se-á a formação de sistemas regionais (europeu, americano e africano) de proteção e garantia dos direitos humanos, suas características e atribuições, com foco no sistema Africano que constitui um grande avanço para o desenvolvimento dos direitos humanos nesse continente.

Por fim, o terceiro capítulo apresenta a questão do costume no sistema africano, com análise da prática de infanticídio indígena e as crianças Irã na Guiné-Bissau, ambas são as práticas culturais que entram em conflito com a proteção do direito à vida, surgindo então o grande desafio de como conciliar esses direitos.

2 DIREITOS HUMANOS

Atualmente, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Organização das Nações Unidas (ONU), entre outros, são bastante utilizados como expressões semânticas de Direitos Humanos.

Apesar de os Direitos Humanos serem um tema abrangente, e que demanda tempo de estudos dada sua amplitude, é muito complexo de ser tratado em virtude da violência vivida na atualidade. Não obstante, é um assunto que merece a dedicação dos estudiosos, pois a garantia desses direitos conduziu a humanidade a grandes avanços.

É partindo dessa suposição, que antes de começar a análise do tema do presente trabalho faz-se necessário discorrer sobre a contextualização histórica dos direitos humanos no contexto global.

2.1 Conceito

Os Direitos Humanos, também denominados Direitos do Homem, são direitos que o homem possui por sua própria natureza humana e pela sua dignidade. Este conceito resulta de uma evolução dos pensamentos jurídico, filosófico e político da humanidade. Tem-se assim no seu fundamento intrínseco o valor-fonte do Direito que se atribui a cada pessoa humana, pelo simples fato de sua existência.

Nas palavras de Ramos (2014, p. 24):

Os Direitos Humanos como um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna.

Essa é uma definição imprescindível uma vez que evidencia que o grande fundamento dos chamados direitos humanos, na sua configuração contemporânea, é a denominada “dignidade humana”.

De acordo com a definição de Castilho (2011, p. 137) a dignidade humana:

Está fundada no conjunto de direitos inerentes à personalidade da pessoa (liberdade e igualdade) e também no conjunto de direitos estabelecidos para a coletividade (sociais, econômicos e culturais).

Por isso mesmo, a dignidade da pessoa não admite discriminação, seja de nascimento, sexo, idade, opiniões ou crenças, classe social e outras.

Antigamente, não se conhecia o fenômeno da limitação do poder do Estado e as leis que o organizavam não atribuíam aos indivíduos direitos frente ao poder estatal. E sem nenhuma garantia legal, esses direitos padeciam de precariedade na estrutura política e o respeito a eles dependia da vontade dos governantes. Partindo desse pressuposto, a proteção desses direitos é tarefa de grande importância e cabe aos governantes também fazer respeitar e defender esses direitos básicos dos seus cidadãos.

Uma definição que abrange e que deixa bem claro esse papel do poder público em face dos Direitos Humanos é a de Almeida (1996, p.24):

Direitos Humanos são as ressalvas e restrições ao poder político ou as imposições a este, expressas em Declarações, dispositivos legais e mecanismos privados e públicos, destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitem a todo ser humano manter e desenvolver suas qualidades peculiares de inteligência, dignidade e consciência e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais.

Podemos encontrar ainda a proteção à dignidade humana na Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada, e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, a saber:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem.

Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão.

[...] Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o

progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla.

Considerando que os Estados-membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais.

Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso.

É preciso fazer uma distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais para se reconhecer a vigência efetiva desse direito no meio social.

Nas lições de Comparato (2007, p. 58):

Os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.

Canotilho (2002, p. 369) esclarece que os Direitos do homem são válidos para todos os povos e em todas as épocas (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem assim delimitados no tempo-espço. Segundo o autor lusitano, “os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.

Diante dessa compreensão, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados constitucionalmente, de forma a que, assim como o Brasil, muitos países considerem os direitos humanos em nível constitucional, isto é, esses direitos são inseridos em suas Constituições.

Entretanto, Norberto Bobbio (2004, p. 17), bem observa que “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é o de fundamentá-los e sim o de protegê-los”. Destarte, tendo-se em vista as diversas culturas existentes, ao longo da história foram criados diversos mecanismos de proteção do ser humano contra os abusos de poder, sendo nesse mister de suma importância demonstrar a evolução histórica desses direitos.

2.2 Histórico dos Direitos Humanos

O respeito aos direitos humanos é preocupação antiga de toda a comunidade internacional. Os Direitos Humanos conquistados até o momento resultaram de incansáveis lutas e conflitos enfrentados pelos povos e instituições na defesa da dignidade humana e as injustiças sofridas por indivíduos e grupos, buscando assim a valorização e respeito da pessoa humana. Os Direitos Humanos, para chegar até a presente Declaração Universal, percorreram um longo caminho na história, sendo parte de lutas revolucionárias e de reivindicações por melhores condições de vida.

Em apenas um século a humanidade passou por duas grandes guerras, constituindo-se em dois dos piores eventos da história mundial. Ressalta-se a Segunda Guerra Mundial, a qual foi marcada por atrocidades que culminaram na morte de milhões de civis. As minorias, formadas por Judeus, deficientes físicos, negros, e outras, foram perseguidas e mortas pelo regime nazifascista.

As atrocidades da Segunda Guerra Mundial provocaram a necessária mudança de mentalidade na população mundial. Os governantes e a maioria dos cidadãos compreenderam que se nada de concreto fosse feito no plano internacional, a humanidade corria o risco de ser destruída diante de vários atos desumanos. Com essa consciência, diante da vontade e necessidade da paz, harmonia em âmbito mundial a soberania absoluta dos Estados se enfraqueceu. Assim, passou a surgir a ideia da internacionalização dos direitos humanos.

Em 1945, foi criada a carta de São Francisco (ou Carta das Nações Unidas), com o objetivo de garantir a proteção aos direitos Humanos. O principal motivo da criação das Nações Unidas é a união dos países com o intuito de buscar a proteção e o respeito à dignidade humana, e a harmonia entre os Estados. De acordo com Comparato (2007, p. 214):

[...] as Nações Unidas nasceram com a vocação de se tornarem a organização da sociedade política mundial, à qual deveriam pertencer portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana.

A Carta das Nações Unidas (CNU), no seu artigo 52, possibilitou a criação de organizações regionais que tenham os mesmos propósitos e princípios da ONU, a exemplo do sistema Europeu e Interamericano, podendo assim ser considerada como um dos antecedentes históricos da criação sistema regional Africano.

Com o intuito de dar concretude ao disposto na Carta das Nações Unidas no que diz respeito à proteção da pessoa humana, aprovou-se em 10 de dezembro de 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Após a Segunda Guerra Mundial, um grupo de países formado por 56 membros criou esse principal e importante documento que afirmou a proteção dos direitos humanos pelo Estado, tanto no âmbito interno quanto externamente.

Norberto Bobbio (2004, p. 18) considera que:

A Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra.

Por isso, a Declaração é considerada sem dúvida o marco inicial da internacionalização dos direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconheceu que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, ou seja, pelo simples fato de ser humana, a pessoa possui vários direitos. A Declaração ainda afirma que esses direitos devem ser protegidos pela lei. Nesse sentido é a afirmação expressa, da Organização das Nações Unidas (ONU, 2017), de que os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. A Declaração de Viena, assinada em 1993, afirma que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.

Portanto, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sistematizou-se aos Estados, no plano interno e externo, a obrigação de respeitar e assegurar os direitos ali previstos, dando-lhes proteção contra todos. E isso se reforçou e se intensificou posteriormente, em razão do advento de outros tratados, convenções e acordos, os quais tiveram o papel de consolidar os direitos humanos como matéria essencial no âmbito global ou regional.

2.3 A Cultura Enquanto Vetor dos Direitos Humanos

Desde muitos séculos passados, houve preocupações sistemáticas em estudar os costumes humanos enquanto norteadores de uma sistematização normativa da sociedade. E, na medida em que os contatos entre os povos e nações se intensificaram, também se fez necessário aprofundar os estudos sobre a cultura, uma vez que esses contatos nem sempre foram pacíficos.

Cultura possui significado muito amplo: pode representar a expressão do ser humano, seus comportamentos e seus feitos, compreendendo aquilo que é comum, aprendido ou perpassado para os demais indivíduos de determinado âmbito social (SANTOS, 2006, p. 8). Cultura está muito associada a estudo, educação, formação escolar. Por vezes pode-se utilizar o termo cultura para se referir unicamente às manifestações artísticas, como o teatro, a música, a pintura, a escultura. Ou então a cultura pode estar relacionada às festas e cerimônias tradicionais, às lendas e crenças de um povo, ou a seu modo de se vestir, à sua comida a seu idioma.

Segundo Santos (2006, p. 8), “cultura diz respeito à humanidade como um todo e ao mesmo tempo a cada um dos povos, nações, sociedades e grupos humanos”.

Podemos observar que a cultura não é apenas um aspecto da existência humana, mas uma condição essencial para ela, pois não é possível uma natureza humana sem manifestação cultural, por isso se fez necessário uma proteção do direito à diversidade cultural (MENDES, 2015).

Conforme prelecionam Marconi e Presotto (2010, p.24):

São ideias (conhecimento e filosofia); crenças (religião e superstição); valores (ideologia e moral), normas (costumes e leis); atitudes (preconceito e respeito ao próximo); padrões de conduta (monogamia, tabu); abstrações do comportamento (símbolos e compromisso); instituições (família e sistemas econômicos); técnicas (artes e habilidades); e artefatos (machado de pedra, telefone).

Conforme o entendimento de Santos (2006, p. 8), as várias maneiras de entender a definição da cultura podem ser localizadas em duas concepções básicas:

A primeira dessas concepções preocupa-se com todos os aspectos de uma realidade social. Assim, cultura diz respeito a tudo aquilo que caracteriza a “existência social de um povo ou nação” ou então de

grupos no interior de uma sociedade. A segunda se refere mais especificamente ao conhecimento, às ideias e crenças, assim como às maneiras como eles existem na vida social.

A proteção do direito à cultura é decorrente da efetivação dos Direitos Humanos, que é próprio aos indivíduos por estes possuírem a dignidade humana.

De acordo com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP, 1966), para realizar os direitos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos é preciso ter disposições legais que permitam a efetivação dos direitos civis e políticos. Assim, o documento afirma que todos os povos têm o direito à autodeterminação, inclusive ao desenvolvimento cultural, conforme destacado no seu artigo 1º, “Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”.

A propósito, a garantia das manifestações culturais e a busca pela efetividade desses direitos podem ser analisadas segundo duas perspectivas: a universalista e a multiculturalista.

Quanto à primeira, a Declaração de Viena de (1993) reforçou a ideia de Direitos Humanos Universais. Conforme o parágrafo 5º da Declaração:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Os direitos humanos são universais: estabelecem-se a todos os indivíduos, independentemente de qualquer condição. Há, porém um obstáculo diante dessa autodeterminação: cada país, por ser dotado de soberania, tem o direito de decidir o seu destino econômico, social e cultural. Sendo assim, pode-se questionar se seria possível adotar uma perspectiva universal, ao passo que vivemos em um mundo repleto de relações multiculturais (aqui podemos observar claramente a divergência entre o universalismo e o relativismo cultural) (ALMEIDA; SANTANA *et al*, 2011).

Nesse sentido, podemos observar o posicionamento dos adeptos da concepção universalista dos Direitos Humanos que buscam afastar toda e qualquer prática que venha ferir a dignidade da pessoa humana, ou seja, qualquer afronta ao chamado “mínimo ético irreduzível”, impondo uma espécie de imperialismo cultural ocidental, que busca universalizar não apenas a dignidade da pessoa humana, mas também as práticas culturais dos mais distintos povos (MENDES, 2015).

Do outro lado, a corrente multiculturalista defende que a diversidade cultural deve ser analisada em toda sua heterogeneidade, de acordo com a sua conjuntura. Argumenta-se que, para assegurar uma efetiva proteção aos Direitos Humanos e de modo especial às pluralidades culturais, é necessário observar as particularidades de cada cultura e por isso se faz mister um relativismo cultural dos direitos humanos. Para os seus defensores, cada sociedade possui seus princípios e as suas próprias crenças, podendo por isso os seus conceitos sobre os direitos humanos ser totalmente distintos.

Nesse sentido, Sarmiento (2015, p. 284) ensina que:

Para os relativistas, não existem respostas universalmente válidas sobre o que é justo ou injusto, pois tudo depende do contexto sociocultural. O que há são valores, tradições e moralidades não só diferentes como também reciprocamente incomensuráveis.

Percebe-se então que a proteção das tradições culturais dos variados povos não pode ser deixada de lado, uma vez que a cultura não é homogênea e sempre haverá termos visões distintas. Por outro lado, apesar das pessoas serem membros dos diferentes grupos, a sua identidade individual deve ser sempre preservada. Com base nessa ideia, o mais correto parece ser a perspectiva universalista dos direitos humanos, porém devendo ser compreensivo a especificidade de cada cultura, na medida em que nem sempre os preceitos fundamentais previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos conseguem ser inseridos em todos os Países, em virtude dessas diversidades culturais.

Podemos tirar essa conclusão também na convenção nº 169 da OIT (1989), nos seus artigos 3.1 e 8.2, o qual reconhece que a garantia do direito a diversidade não afasta a tutela dos direitos humanos universais, do integrante da comunidade tradicional.

3 OS SISTEMAS REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Em decorrência de um processo de internacionalização de direitos humanos, que iniciou com a Declaração de 1948, surgiu o sistema global de proteção aos direitos humanos e posteriormente os sistemas regionais, tendo ambos a finalidade de proteger os direitos do homem. A proteção internacional dos direitos humanos se dá através da atuação do sistema global, instituída pela ONU, o qual é composto por instrumento de alcance geral e específico bem como através dos sistemas regionais. A relação entre o sistema global da ONU e os sistemas regionais é de complementariedade.

Com a previsão expressa no artigo 52 da Carta das Nações Unidas, existem atualmente três sistemas regionais em funcionamento (europeu, americano e africano), cada qual apresentando um aparato jurídico específico.

Desde a edição da Carta de São Francisco em 1945, as Nações Unidas passaram a promover, sobretudo a partir da década de 1960, a adesão a diversos tratados de temas gerais, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP, 1966) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC, 1966), bem como de temas específicos como a Convenção e o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados e a Convenção dos Direitos da Criança. Por fim, surgem também tratados voltados à proteção contra a discriminação, como a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

Conforme o ensinamento de Ramos (2013, p. 11):

Concomitantemente aos tratados promovidos pela ONU, foram editados tratados no âmbito regional de proteção, cujo rol de direitos protegidos seria amplo, mas restrito no alcance geográfico. O primeiro texto foi, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, elaborado em maio de 1948, meses antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. A partir desta data vieram a Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção de Roma, 1950), a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José, 1969), a Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos (entrou em vigor em 1986) e a Carta Árabe de Direitos Humanos (adotada pela Liga Árabe em 1994, mas ainda não entrou em vigor).

Apesar da grande importância da Organização das Nações Unidas, ainda era necessária a criação desses sistemas regionais de proteção e com especificidade nos direitos humanos devido às peculiaridades de cada continente, como cultura, histórias, língua, religião, costume, estrutura política dos Estados, entre outras. Além do mais, seria muito mais difícil o amparo de todas as violações dos direitos humanos somente pelo sistema global, por causa da extensão da população mundial.

No ensinamento de Hans-Joachim Heintze (2010), a criação dos sistemas regionais é um esforço das Nações Unidas no sentido de garantir regionalmente a proteção dos direitos humanos de forma adequada, levando em consideração especialmente aspectos da tradição histórica, cultural, política e jurídica de cada região.

A Existência desse sistema facilita a adoção de mecanismos de Controle de acordo com a região ao contrario do sistema universal que não possui uma flexibilidade.

No tópico seguinte será feito um estudo desses sistemas regionais de proteção aos direitos humanos (europeu, americano e africano), para permitir que ao final do presente trabalho seja realizada a análise das questões do costume no sistema africano.

3.1 Sistema Europeu de Direitos Humanos

A criação do sistema regional europeu de direitos humanos foi consequência direta da memória dos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial. A sua base concentra-se na Convenção para a proteção das liberdades fundamentais e dos direitos do homem.

Nas palavras de Mazzuoli (2014, p. 131):

Sua finalidade é estabelecer padrões mínimos de proteção naquele Continente, institucionalizando um compromisso dos Estados-partes de não adotarem disposições de Direito interno contrárias às normas da Convenção, bem assim de estarem aptos a sofrer demandas na Corte Europeia de Direitos Humanos (e de não embaraçar, por qualquer meio, o exercício do direito de petição) caso desrespeitem as normas do tratado em relação a quaisquer pessoas sob sua jurisdição.

Os Estados signatários se comprometeram a aceitar a competência de um Tribunal internacional para examinar questões atinentes ao seu próprio direito interno e práticas internas, esse comprometimento é uma resposta devido às atrocidades e horrores da Segunda Guerra Mundial (Piovesan, 2014).

3.1.1 A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

A convenção europeia foi elaborada no âmbito do Conselho da Europa e estabeleceu o mais abrangente e avançado sistema de proteção de Direitos Humanos.

Os Estados-membros do Conselho da Europa adotaram, assim, em 4 de novembro de 1950, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais que é o principal instrumento normativo do sistema, cuja entrada em vigor ocorreu em dia 3 de setembro de 1953, e foi ratificado por 10 (dez) Estados. Posteriormente, a Convenção, foi ratificada por todos os Estados Membros da União Europeia (EU).

Em seu preâmbulo a Convenção Europeia deixou claro o objetivo de efetivar no plano regional, os direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948), afirmando o seguinte:

Considerando a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948.

Considerando que esta Declaração se destina a assegurar o reconhecimento e aplicação universal e efetiva dos direitos nela enunciados.

Reafirmando o seu profundo apego a estas liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz no mundo e cuja preservação repousa essencialmente, por um lado, num regime político verdadeiramente democrático e, por outro, numa concepção comum e no comum respeito dos direitos do homem.

Decididos, enquanto Governos de Estados Europeus animados no mesmo espírito, possuindo um património comum de ideais e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito, a tomar as primeiras providências apropriadas para assegurar a garantia colectiva de certo número de direitos enunciados na Declaração Universal.

Assim como a Declaração Universal, a Convenção trouxe um rol importante dos direitos, conforme o ensinamento de Heintze (2010, p. 77):

[...] direito à vida, proibição da tortura, proibição da escravatura e do trabalho forçado, direito à liberdade e segurança, direito a um julgamento justo, nenhuma pena sem lei, direito ao respeito pela vida privada e familiar, liberdade de pensamentos, de consciência e de religião, liberdade de expressão, reunião e associação, direito ao casamento, direito a um recurso eficaz e proibição da discriminação. A CEDH foi complementada por quatorze protocolos adicionais que incluem, em parte, algumas outras normas jurídicas, como, por exemplo, a proteção da propriedade, o direito à educação e o direito a eleições livres, e incluem, em parte, regras processuais.

A maior parte dos direitos previstos na Convenção Europeia consubstanciou-se em reflexos das violações vividas pelos europeus da época, e que necessitavam de urgência na proteção. Outros direitos como os econômicos, sociais e culturais, foram acrescentados posteriormente através de inúmeros protocolos.

Quando da criação, o sistema europeu era constituído por Comissão de Direitos Humanos (CEDH) cujo dever é fazer análise previa dos pedidos apresentados por um individuo ou Estado; também A Corte Europeia de Direitos Humanos que era órgão competente para analisar eventuais recursos interpostos pela Comissão ou um Estado-Membro, após a elaboração de um relatório da Comissão (caso o litígio tenha sido objeto de disputa judicial); e ainda, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa que tinham como função acompanhar o cumprimento dos direitos previstos na Convenção pelos Estados-Parte. Mais tarde, com a alteração desse mecanismo, a Comissão e a antiga Corte deram lugar a uma nova Corte composta por juízes de dedicação em tempo integral.

3.1.2 Da Corte Europeia de Direitos Humanos

O protocolo nº 11 reformou o sistema de controle da Convenção Europeia que originariamente se baseava em dois órgãos, a Comissão Europeia de Direitos Humanos e a Corte Europeia dos Direitos Humanos. Esses dois órgãos que atuavam em tempo parcial, foram substituídos por uma Corte permanente que tem a competência para receber petições submetidas por organização não governamental

ou grupos de pessoas, por particulares, e por Estados que tenham os seus direitos previstos na Convenção violados. A corte é formada atualmente por 47 juízes, que correspondem ao número de países signatários, conforme a previsão do artigo 20 da convenção europeia.

Os juízes são eleitos pela Assembleia do Parlamento, com base em uma lista de 3 candidatos indicados por cada Estado-parte. Os juízes devem possuir as qualificações necessárias para as Cortes judiciais superiores, ou devem ser juristas de reconhecida competência, conforme prescreve o artigo 21 da Convenção e devem ter elevada respeitabilidade moral. A atuação desses juízes deve ser pautada pela independência, a título pessoal e não a título governamental, o que quer dizer que eles não devem atuar como representantes dos estados de origem. O mandato tem a duração de 6 anos, sendo permitido a sua reeleição. Ao completar 70 anos, o mandato dos juízes se encerra.

Nas palavras de Flávia Piovesan (2014, p.79), a Corte utiliza-se de quatro princípios prevaletentes na interpretação da Convenção. O primeiro princípio é o da interpretação teleológica da Convenção, pelo qual a interpretação da Convenção deve ser pautada na implementação de seus objetivos e o alcance de seus propósitos, de acordo com o disposto no artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Outro princípio relevante é o da interpretação efetiva, segundo o qual a Corte aduziu que as normas desse instrumento jurídico devem ser interpretadas de forma a alcançar a realização de medidas concretas, não apenas teóricas.

Merece também ser destacado o princípio relativo à interpretação dinâmica e evolutiva. Esse princípio permite a constante atualização e renovação da aplicabilidade social da Convenção. De acordo com a Corte, a interpretação da Convenção Europeia deve acompanhar as transformações sociais e o contexto contemporâneo, pois é um instrumento vivo e não estático.

Houve relevantes mudanças no procedimento das demandas perante a Corte pelos inseridas pelos Protocolos n. 11 e 14. Sobre esse assunto, Carvalho Ramos (2013), ensina que a incorporação do Protocolo 11, com a consequente extinção da Comissão e sua junção com a Corte se justifica certamente pelo cunho moroso do procedimento anterior a 1998. No procedimento anterior a apreciação da demanda era feita inicialmente pela Comissão e depois pela Corte. Após fazer o juízo de

admissibilidade da petição, a comissão determinava a conciliação das partes, conforme a previsão do art. 28 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. As partes eram chamadas a estabelecer um acordo, com o intuito de solucionar a demanda. Caso houvesse um acordo em sede de conciliação o mesmo assunto não poderia mais ser discutido perante os órgãos da Convenção Europeia. Ultrapassada a fase postulatória, instrutória e conciliatória, a Comissão expedia um relatório final sobre os fatos e a responsabilidade do Estado, de acordo com o descrito no art. 31 da Convenção. Frustrada a conciliação, o caso poderia ser arquivado ou enviado à Corte.

Diante das demandas que se multiplicava e da demora em solucionar os casos esse sistema tornou-se inviável. O Protocolo n. 11 veio com intuito de resolver esse problema eliminando assim a Comissão, a função contenciosa do comitê dos Ministros e concedeu acesso direto da vítima à Corte.

Um novo filtro de acesso ao sistema foi implementado, através do Protocolo n. 14. Teve várias mudanças dentre elas como já mencionado anteriormente, a existência de um juiz singular com poder de fazer o juízo de admissibilidade das petições, o que faz com que a Corte se concentre nas soluções dos casos mais graves de violação.

3.2. Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A proteção internacional dos Direitos Humanos no continente americano tem sua origem histórica com a proclamação da Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta de Bogotá) de 1948, aprovada na 9ª Conferência Interamericana. Esse sistema consiste de duas bases legais principais: a Carta da OEA e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A OEA é uma organização intergovernamental, da qual fazem parte todos os Estados americanos. Conforme o Heintze (2010, p. 72) O objetivo da OEA é “fortalecer a paz e a segurança do continente americano, promover e consolidar a democracia representativa, com todo o respeito pelo princípio da não intervenção, prevenir possíveis causas de dificuldades e assegurar a solução pacífica de eventuais confrontos entre os Estados-Membros”.

Dos 35 Estados membros da OEA, apenas 24 desses países ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos.

O principal documento de proteção dos direitos humanos no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica. A Convenção foi assinada em San José, Costa Rica, em 1969 e somente entrou em vigor em 1978, e traz em seu rol os direitos civis e políticos. Assim como a Convenção Europeia, originalmente a convenção interamericana não listou os direitos sociais, econômicos e culturais. Esses direitos foram incluídos pelo Protocolo à Convenção, também conhecido como Pacto de San Salvador, em 1998.

Conforme ensinamento de Heintze (2010, p. 74):

é a convenção para a proteção de direitos humanos mais abrangente e garante, entre outros, o direito à vida, à integridade social, à liberdade da pessoa, ao processo judicial justo, à privacidade, a um nome, à nacionalidade, à participação em tomada de decisão estatal, à igualdade e à proteção legal. Em adição, aboliu a escravidão e garantiu a liberdade de consciência, de religião, de pensamentos e de expressão, bem como a liberdade de associação, de os Estados-Partes da CADH são obrigados a seguir esses direitos e a garantir seu exercício livre e pleno. A convenção não aplica somente as obrigações negativas de não violar os direitos individuais aos países, mas os obriga, além disso, a tomar medidas positivas para garantir o pleno exercício de suas garantias, circulação e livre escolha de residência. Finalmente, codificou a não retroatividade de leis penais e sanções.

Os Estados membros da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) tem a obrigação de cumprir os direitos elencados na convenção, e garantir livre e pleno exercício desses direitos. Além das obrigações negativas de não violar os direitos individuais dos seus cidadãos aos países também são obrigados a tomar medidas positivas para garantir o pleno exercício de suas garantias.

São dois os órgãos responsáveis para fazer realização do monitoramento no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.2.1 Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão de caráter jurídico, e toma por base dois documentos do Sistema Interamericano:

- a) Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1948, modificada em 1970;
- b) Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, em vigor desde 1978.

A Comissão é composta por sete membros, eleitos pela Assembleia geral da OEA, a CIDH é o órgão representativo de todos os membros da OEA. Seus membros não são representantes de seus governos, mas são escolhidos por suas qualidades individuais pela Assembleia Geral por um período de 4 anos, podendo ser reeleitos apenas uma vez. O seu objetivo principal é promover o respeito e a defesa dos direitos humanos no continente americano. Para realizar essa tarefa, a CADH dispõe de uma variedade de instrumentos.

Nas palavras de Piovesan (2014, p.94):

Cabe à Comissão fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; e submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Cabe à Comissão apresentar aos governos dos Estados-Membros recomendações de medidas progressivas em prol dos direitos humanos nos termos da constituição e de leis e de medidas adequadas para a promoção do respeito desses direitos. Bem assim, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violações desta Convenção por um Estado-parte, nos termos do art. 44 da Convenção Americana.

A esse respeito, a petição deve respeitar a determinados requisitos de admissibilidade, entre elas o prévio esgotamento dos recursos internos, com exceção no caso de demora processual injustificada, ou no caso de a legislação

interna não prover o devido processo legal. Nesse mister, a Comissão tem também a competência de fazer o juízo de admissibilidade das petições ou comunicações apresentadas.

Nos dizeres de Mazzuoli (2014, p.138):

Destaque-se que no âmbito da Comissão Interamericana é possível requerer medida cautelar de proteção, prevista no art. 25 do Regulamento da Comissão (2009). Sua adoção tem por finalidade prevenir danos irreparáveis (a) às pessoas ou ao objeto do processo relativo a uma petição ou a um caso pendente, ou (b) a pessoas que se encontrem sob a jurisdição de um Estado, independentemente de qualquer petição ou caso pendente. A mesma pode, inclusive, ser determinada ex officio pela Comissão em situações de gravidade e urgência.

A Comissão pode ainda solicitar à Corte Interamericana a adoção de medidas provisórias, em casos de extrema gravidade e urgência, para evitar um dano irreparável à pessoa, em matéria ainda não submetida à apreciação da Corte (artigo 74 do novo Regulamento).

Ademais, a Comissão deverá pedir informações ao Estado antes de conceder as medidas, salvo se a iminência de dano potencial justifique a adoção imediata (artigo 25.5). A qualquer momento o Estado poderá apresentar um pedido devidamente fundamentado requerendo a revogação dos efeitos do pedido de medidas cautelares, o qual, contudo, não suspenderá os efeitos das medidas já outorgadas (artigo 25.9).

3.2.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi criada pela convenção Americana e é uma instituição judicial autônoma. A Corte Interamericana não é um tribunal permanente, o seu funcionamento ocorre em sessões ordinárias e extraordinárias. Tem caráter facultativo, o que quer dizer que, os efeitos que a Corte terá sobre o território de um Estado depende da ratificação do tratado, ou seja, o Estado deve redigir uma declaração, reconhecendo, assim, os efeitos que a Corte terá em seu território.

Segundo Mazzuoli (2014, p.139):

Seu nascimento se deu em 1978, quando da entrada em vigor da Convenção Americana, mas o seu funcionamento somente ocorreu, de forma efetiva, em 1980, quando emitiu sua primeira opinião consultiva e, sete anos mais tarde, quando emitiu sua primeira sentença.

De acordo com o artigo 52 da CIDH, a Corte é composta de sete juízes membros, eleitos a título pessoal pelos Estados-membros da Convenção em sessão da Assembleia Geral da OEA. Os juízes são eleitos para um mandato de seis anos, e só poderão ser reeleitos uma única vez (artigo 54.1).

Ainda nos dizeres de Mazzuoli (2014, p.140):

A Corte detém uma *competência consultiva* (relativa à interpretação das disposições da Convenção, bem como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos) e uma *competência contenciosa*, de caráter jurisdicional, própria para o julgamento de casos concretos, quando se alega que um dos Estados-partes na Convenção violou algum de seus preceitos.

Piovesan (2014, p. 97) disserta que, no plano consultivo, qualquer Estado-membro da OEA pode solicitar informações ou pareceres referentes à Convenção ou outros tratados relacionados aos direitos humanos.

Somente os Estados-membros e a comissão Interamericana de Direitos Humanos possuem legitimidade ativa para atuarem perante Corte (Art.61). Diferentemente do que acontece no sistema europeu de proteção dos direitos humanos, onde qualquer indivíduo pode ingressar com a demanda perante a Corte Europeia de Direitos Humanos. Será a comissão que submeterá a demanda ao conhecimento da corte. As decisões da corte são finais, ou seja, não podem ser contestados. Os Estados-membros se comprometem a seguir a sentença da Corte em todos os casos em que forem parte (CADH, art. 68, I).

3.3 Do Sistema Africano de Direitos Humanos

A problemática e o desrespeito dos Direitos Humanos no continente africano sempre foi motivo de preocupação dos Estados Africanos – eis que, muitas vezes, são os próprios violadores desses direitos - e da comunidade internacional, diante de frequentes crueldades contra os cidadãos, o que originou na criação da

Carta Africana como instrumento que reforça a proteção os direitos dos cidadãos na África.

Criado na década 80, o Sistema Africano de Direitos Humanos é o mais recente de todos os sistemas regionais, e ainda está em processo de construção. Esse sistema é o menos eficaz devido a sua própria idade. O sistema europeu foi criado em 1950 com a adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos que entrou em vigor internacional em 1953, e por outro lado, o sistema interamericano foi criado em 1969, com a celebração da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que entrou em vigor internacional em 1978, já o sistema regional africano de direitos humanos nasceu em 1981, com a adoção da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos que somente passou a vigorar em 1986. (MAZZUOLLI, 2014)

Nas palavras de Heintze (2010, p. 80):

O Sistema Africano de Direitos Humanos desenvolveu-se em duas etapas. A primeira etapa constituiu-se da aceitação da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, também chamada de “Banjul-Charta”, pela Organização da Unidade Africana (Organization of African Unity — OAU), substituída em 2002 pela União Africana (African Union — AU). A AU conta hoje com 53 Países-Membros. A segunda etapa seguiu-se em 2004 com a criação da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (African Court on Human and Peoples’ Rights — ACHPR) pela União Africana. A Corte foi oficialmente inaugurada em 2006.

A carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos é o mais importante instrumento normativo desse sistema de proteção aos direitos humanos, uma vez que demonstra contemplar parte significativa dos problemas existentes na África, prevendo assim o direito dos povos a sua autodeterminação.

3.3.1 Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos

Com a entrada em vigor da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, também conhecida como Carta de Banjul, consolidou-se o terceiro sistema regional de proteção dos direitos humanos, depois do sistema europeu e o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos foi adotada em 1981, pela conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, hoje substituída pela União Africana, e entrou em vigor em 1986 (nos termos do artigo 63 da Carta), desde 1995 passou a contar com ampla adesão dos 53 Estados africanos.

Diferentemente da Convenção Europeia e da Convenção Americana dos Direitos Humanos, originalmente a Carta Africana dos direitos Humanos e dos Povos, criou somente a *comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. Somente em 08 de outubro de 1998 é que a Carta Africana foi complementada com elaboração do primeiro protocolo o qual criou a Corte Africana de Direitos dos Homens e dos Povos.

Além de garantir aos indivíduos os direitos sociais e culturais, econômicos, civis e políticos básicos, a Carta dá ênfase aos direitos dos povos e, respeitando assim, de maneira especial a influência das tradições africanas. Além dos direitos, na Carta podemos identificar também deveres dos indivíduos africanos em todos os âmbitos da vida.

Esses direitos estão intrinsecamente conectados ao outro, e devem caminhar sempre juntos, o que constitui a afirmação da corrente teórica segunda a qual os direitos humanos são indivisíveis (princípio da indivisibilidade dos direitos humanos), para além de universais, interdependentes e inter-relacionados (MAZZUOLI, 2014).

No mesmo sentido preleciona Mazzuoli (2014, p.146):

No âmbito normativo, a característica mais importante da Carta Africana está em ter incluído no texto (no *mesmo* texto do tratado-regente, ao contrário do que ocorreu nos sistemas europeu e interamericano) tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos econômicos, sociais e culturais, para além do direito “dos povos”.

O preâmbulo da Carta é constituído de três partes: I – Dos Direitos e Deveres dos cidadãos (arts. 1.º a 29); II – Das medidas de Salvaguarda da Carta (arts.30 a 63), e III – Disposições Diversas (arts.64 a 68).

No preâmbulo, os Estados Africanos, com fundamento na liberdade, igualdade, justiça e dignidade, aspirações do povo africano expressas na Carta da Organização da Unidade Africana (OUA), ratificam a instituição de órgão de promoção e de proteção dos Direitos Humanos e dos Povos, visando:

- a) eliminar todas as formas de colonialismo, neocolonialismo, apartheid, sionismo, as bases militares estrangeiras de agressão e quaisquer formas de discriminação, em especial as que se baseiam na raça, etnia, cor, sexo, língua, religião ou opinião política da África;
- b) intensificar a sua cooperação e seus esforços para oferecer melhores condições de existência dos povos da África;
- c) favorecer a cooperação internacional adotando os princípios expressos na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O capítulo primeiro da Carta africana disciplina os direitos, já o segundo capítulo distingue direitos, liberdades e garantias, denominando essas últimas como medidas de proteção. (Carta Africana De Direitos Do Homem e dos Povos, 1981).

Entre os direitos principais previstos na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP, 1981) destacam-se: a igualdade perante a lei e igual proteção da lei; inviolabilidade da vida, integridade física e moral; a dignidade inerente à pessoa humana; reconhecimento da personalidade jurídica; a proibição de todas as formas de exploração e de aviltamento do homem; o tráfico de pessoas; a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; direito à liberdade e segurança; proibição da prisão arbitrária; a presunção de inocência, a defesa, o julgamento em prazo razoável por um tribunal imparcial, a interposição de recurso, bem como o princípio da reserva legal e da individualização da pena; a liberdade de consciência, profissão, religião, informação; opinião; associação e reunião, vedando a expulsão coletiva de estrangeiros.

Do mesmo modo resguarda o direito à propriedade, saúde, participação na vida cultural, educação, o trabalho em condições equitativas e satisfatórias e salário justo; direito ao desenvolvimento econômico, social e cultural; ao livre gozo igual do patrimônio comum da humanidade; ao meio ambiente, a paz e a segurança no plano interno e internacional. Considera a família o elemento natural e a base da sociedade, devendo ser protegida pelo Estado. (CADHP).

3.3.2 A Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos

Como forma de preservar melhor a proteção dos direitos humanos no continente, a Carta Africana estabeleceu, no seu artigo 30, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

A Comissão foi criada junto à Organização da Unidade Africana (OUA), com a sua previsão na II Parte da Carta Africana – Das Medidas de Salvaguarda, art. 30 a 44, como órgão encarregado de promover e proteger os direitos humanos e dos povos.

É um órgão não jurisdicional, com sede em Banjul, Gâmbia, composta por 11 membros eleitos entre pessoas com alta moralidade, integridade, imparcialidade e com vasto conhecimento em matéria de direitos humanos e dos povos, exercendo a função em caráter pessoal com um mandato de 06 anos, com possibilidade de reeleição.

São eleitos em escrutínio secreto pela Conferência dos Chefes de Estado e de Governo, com a indicação dos candidatos pelos Estados Partes, no máximo dois, sendo vedada a concorrência de dois nacionais. Gozam de privilégios e imunidades diplomáticas elencadas na Convenção.

A indicação dos candidatos deve ocorrer quatro meses antes da votação, mediante encaminhamento dos nomes ao Secretário-Geral da Organização da Unidade Africana (OUA), que faz uma listagem de nomes em ordem alfabética, encaminhando-a aos chefes de Estado e de Governo com antecedência de um mês antes das eleições.

Apesar do mandato de cada membro da Comissão tenha tempo determinado de seis anos, quatro desses membros podem ser reconduzidos, após, realização do sorteio pelo Presidente da Comissão, os quais serão substituídos ao término de dois anos, e três, ao término de quatro anos. Já o Presidente e o Vice-Presidente serão eleitos por um mandato de dois anos, que poderá ser renovado pela Comissão.

As funções e os procedimentos da Comissão Africana são semelhantes à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, onde se destaca a promoção e proteção aos direitos humanos e dos povos, ações realizadas através de sua atribuição consultiva e contenciosa.

No que se refere à competência da comissão ensina Piovesan (2014, p.154):

Quanto às suas competências, cabe à Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos promover os direitos humanos e dos povos; elaborar estudos e pesquisas; formular princípios e regras; assegurar a proteção dos direitos humanos e dos povos; recorrer a métodos de investigação; criar relatorias temáticas específicas; adotar resoluções no campo dos direitos humanos; e interpretar os dispositivos da Carta. Compete-lhe ainda apreciar comunicações interestatais (nos termos dos artigos 47 a 49 da Carta), bem como petições encaminhadas por indivíduos ou ONGs que denunciem violação aos direitos humanos e dos povos enunciados na Carta (nos termos dos artigos 55 a 59 da Carta). Em ambos os procedimentos, buscará a Comissão o alcance de uma solução amistosa.

A Comissão tem também a competência de analisar os relatórios emitidos pelos Estados-partes, a cada dois anos, no que diz respeito à adoção de medidas para efetivar e proteger os direitos previstos na Carta.

A Carta Africana é omissa quanto ao direito de petição dos indivíduos, mas, por interpretação extensiva, tem-se admitido a atuação de indivíduos, grupos de indivíduos e ONGs, sendo, essas últimas, as responsáveis pela maior parte de atuação da Comissão Africana. Nesse sentido Mazzuoli (2014, p. 148) ensina que:

O texto da *Carta de Banjul*, diferentemente do que ocorre no sistema interamericano, não deixa clara (expressa) a possibilidade de os indivíduos peticionarem à Comissão Africana. Dos artigos 47 a 54, a Carta Africana regula a possibilidade de um Estado demandar *outro Estado* perante a Comissão. Dos artigos 55 a 59 – Seção intitulada “Das outras comunicações” –, a *Carta de Banjul* diz apenas que outras comunicações “que não emanam dos Estados-Partes na presente Carta” podem ser enviadas ao secretário da Comissão, o qual fará uma lista das comunicações recebidas e, antes de cada sessão, comunicará aos membros da Comissão, os quais poderão tomar conhecimento de seu conteúdo “e submetê-las à Comissão” (art. 55, §1.º).

Quanto ao direito de petição, deve preencher requisitos de admissibilidade, tal como ocorre nos sistemas regionais interamericano e europeu. Entre os requisitos de admissibilidade podemos destacar os requisitos da observância de um prazo razoável para a apresentação da petição; do prévio esgotamento dos recursos internos (salvo no caso de demora injustificada); e da inexistência de litispendência internacional. (PIOVESAN, 2014, P.154)

3.3.3 A Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos

Como já abordado anteriormente, em sua redação original de 1981, a Carta Africana não criou uma Corte Africana, mas tão somente a Comissão Africana que é um órgão desprovido de poder jurisdicional.

Passaram-se, mais de 20 (vinte) anos desde a criação do sistema regional africano, para que finalmente fosse criado um órgão com poder jurisdicional. Durante todo esse tempo da sua vigência, não havia uma adequada proteção por parte do sistema africano, uma vez que não havia um órgão jurisdicional capaz de condenar os Estados-membros no caso da violação dos direitos por eles assumidos. Tínhamos unicamente a atuação da Comissão Africana, no combate as violações aos direitos humanos através de seus relatórios.

Segundo o Mazzuoli (2014, p.150) o argumento utilizado para justificar a não criação da corte era de que:

no Continente Africano, a solução de conflitos (segundo uma pretensa “tradição africana”) estava mais ligada à mediação e à conciliação que propriamente à solução pela via jurisdicional (v.g., o estabelecimento de tribunais), além do que a instalação de um tribunal africano de direitos humanos poderia representar uma ameaça à soberania dos novos Estados independentes.

Somente em 10 de junho de 1998, após aprovado o primeiro Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, que entrou em vigor em janeiro 2004, quando atingiu o número mínimo de quinze ratificações, conforme previsão do artigo 34 foi finalmente criado a Corte Africana de Direitos do Homem, marcando assim um grande avanço para o alcance de um sistema realmente eficaz na proteção dos direitos humanos. Sua sede localiza-se na cidade de Arusha, Tanzânia.

A Corte é composta por onze magistrados, nacionais dos Estados membros da União Africana. Para a escolha e o exercício do cargo é necessário que estes sejam de diferentes países-membros que compõe a União Africana (UA). Os juízes serão eleitos por sua capacidade individual, deverão possuir elevada reputação moral, reconhecida competência e prática no campo dos direitos humanos e dos povos, não podendo haver dois juízes com a mesma nacionalidade. A duração do mandato é de seis anos e podendo ser reeleitos uma única vez. O período de

trabalho dos juízes é parcial, com exceção do juiz presidente que trabalhará em período integral.

Seguindo a dinâmica jurisdicional de atuação dos demais tribunais regionais (Corte Interamericana de Direitos Humanos - art. 2, e a Corte europeia de Direitos Humanos – art. 32) o protocolo prevê que a corte possui função consultiva (art.3) e contenciosa (art.4). A consultiva consiste na emissão de opiniões a respeito da interpretação de dispositivos da Carta Africana ou de outros instrumentos importante de direitos humanos e que tenha sido ratificado pelos Estados em litígio.

No que diz respeito a sua competência contenciosa a corte poderá apreciar casos que foram submetidos pelos Estados-membros, pela Comissão Africana, e por organização intergovernamental africana. (Art. 5º do Protocolo Adicional).

Os indivíduos e as organizações internacionais poderão submeter diretamente as suas demandas à Corte, se houver declaração expressa formulada pelo Estado para esse fim, conforme preveem os artigos 5º, § 3º, e 34, § 6º, do Protocolo. Ainda no exercício da sua competência a corte poderá adotar “medidas provisórias” (também possíveis no sistema interamericano, e não previstas no sistema europeu) para proteger de um direito em vias de sofrer violação. (MAZZUOLI, 2014).

Nos anos porvir a corte deverá enfrentar as seguintes dificuldades conforme bem demonstrado pela Piovesan (2014):

Com efeito, a credibilidade da nova Corte estará condicionada ao enfrentamento desses desafios, que compreendem a maior aceitação de sua jurisdição pelos Estados, com a ampla ratificação do Protocolo; a independência e a integridade de sua atuação; a sua relação com a Comissão, de forma a conferir maior eficácia ao sistema de proteção dos direitos humanos e dos povos consagrado na Carta; a insuficiência e precariedade dos recursos financeiros disponíveis; e o devido cumprimento de suas decisões pelos Estados-partes, que ainda experimentam os dilemas de consolidação do regime democrático e do Estado de Direito no âmbito interno.

Até então, dos 53 Estados-partes que ratificaram a Carta Africana, apenas 26 Estados ratificaram o Protocolo adicional. Continua ainda o desafio da ampla adesão a este, com o reconhecimento da jurisdição da Corte Africana pelos Estados da região.

4 COSTUMES NO SISTEMA AFRICANO

É impossível dissertar sobre qualquer aspecto sociológico e cultural do continente africano sem antes falar do período pré-colonial e do período colonial onde a sociedade africana sofreu grande influência e transformação pelas potências europeias.

Antes do início do processo colonial europeu, nas sociedades africanas cada região possuía uma organização econômica, política e social diferenciada dos demais. Em suas estruturas sociais, algumas dessas sociedades eram formadas por reinos, clãs e impérios.

Com a descoberta e conseqüentemente a exploração de outros continentes, pelos europeus, em busca de novos mercados de consumo e povos para impor seus valores e suas ideais, iniciou a escravização dos povos africanos para serem utilizados as suas mão-de-obra como força de trabalho nas suas colônias, principalmente nas colônias americanas.

Essa exploração se intensificou com a partilha da África entre vários países durante a realização da conferência do Berlim em 1884/1885. A distribuição das terras foi feita sem garantir o mínimo de direito às populações das regiões. Como relata Boahen (2010, p. 3):

Em 1914, com a única exceção da Etiópia e da Libéria, a África inteira vê-se submetida à dominação de potências europeias e dividida em colônias de dimensões diversas, mas de modo geral, muito mais extensas do que as formações políticas preexistentes e, muitas vezes, com pouca ou nenhuma relação com elas. Nessa época, aliás, a África não é assaltada apenas na sua soberania e na sua independência, mas também em seus valores culturais.

Varias dessas sociedades anteriormente mencionadas foram destruídas, quebrando diversos valores das tradições africanas, transformando as identidades culturais e construindo novas comunidades. A sociedade africana ficou dividida em dois grupos diferentes com direitos distintos, de um lado temos os assimilados que possuíam todos os direitos e garantias de um cidadão e do outro os indígenas a quem não era assegurado nenhum tipo de direito. Todas as crenças e os valores tradicionais africanos passaram obrigatoriamente a ser europeus ou ocidentais.

A ausência de sistema de proteção dos Direitos Humanos reinantes na era pré-colonial foi agravada durante o período colonial a extinção dos Direitos Humanos para os nativos africanos. Foi instituído o trabalho forçado em todas as regiões da África, o racismo com base na raça, nível de instrução, cor da pele, o desrespeito às tradições culturais, ou seja, a exclusão total desse povo da vida pública.

Todos esses aspectos abordados se intensificaram de forma prolongaram até depois da 2ª Guerra Mundial, quando o mundo tomou consciência acerca das graves violações que estavam acontecendo aos redores. A Carta das Nações Unidas trouxe os ideais de liberdade dos seres humanos, e como consequência a ideia de soberania dos estados. Assim, com a ideia de autodeterminação prevista na Carta das Nações Unidas (nº2 do art.1º) influenciou bastante o início do processo de descolonização da África frente ao imperialismo europeu.

Com a independência começou a reconstrução dos novos Estados Africanos, com suas adesões a vários organismos internacionais entre elas a Organização das Nações Unidas e outros instrumentos do sistema global, como forma de inserção no contexto mundial. Com essa grande adesão esses novos países começaram a elaborar suas Constituições e leis com referência aos direitos do Homem previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Mas de forma efetiva, somente em 1963 foi iniciado o processo de positivação dos Direitos Humanos e Humanitários em todo o continente africano, com a criação da Organização da Unidade Africana (OUA), substituída pelo atual União Africana (UA) que tinha como objetivos expressos na sua constituição a Promoção da unidade e solidariedade entre os Estados africanos; Coordenar e intensificar a cooperação entre os Estados africanos, no sentido de atingir uma vida melhor para os povos de África; Defender a soberania, integridade territorial e independência dos Estados africanos; Erradicar todas as formas de colonialismo da África; Promover a cooperação internacional, respeitando a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos; Coordenar e harmonizar as políticas dos Estados membros nas esferas política, diplomática, económica, educacional, cultural, da saúde, bem estar, ciência, técnica e de defesa e por fim Combater para luta pela a liberdade (COLEGIO WEB, 2015).

Com a intensificação dos conflitos armados pela tomada de poder pelo uso da força e o derramamento de sangue com a violação flagrante de Direitos Humanos praticamente em todas as regiões do continente africano, foi preciso à criação de um

sistema regional capaz de garantir a promoção dos humanos na África. Através dessa necessidade é que a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos ou Carta de *Banjul* foi aprovada em 1981, na Conferência Ministerial da OUA em Gâmbia concretamente na cidade de Banjul, com a sua entrada em vigor no ano de 1986.

Com esse reconhecimento podemos dizer que a universalidade dos Direitos Humanos que decorre da dignidade da pessoa humana como valor intrínseco a condição humana, não deve deixar de reconhecer, em contrapartida, as condições históricas, econômicas, políticas, sociais e culturais de cada povo, tomados como elementos intrínseco deste mesmo povo, com objetivo de promover a proteção dos Direitos Humanos em todas as dimensões.

No momento da redação da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos os redatores levaram em consideração, os principais aspectos que retratam a realidade africana, aspectos essas que o diferencia tanto da realidade europeia como da realidade americana. Entre as condições que caracterizam a particularidade dos Direitos Humanos na África podemos citar as Condições econômicas e sociais, Condições Políticas, Condições culturais e religiosas.

Com destaque para as condições culturais, o Povo africano manifesta a sua identidade através das suas leis, nos seus modos de viver, nos instrumentos das suas atividades utilizados no dia a dia.

A carta africana dos direitos humanos baseou suas formulações nos valores culturais dos povos africanos. Apesar de existir praticas tradicionais positivas na África, como a predominância da conciliação na resolução dos conflitos e procura de uma solução harmoniosa que sirva a toda a comunidade, deve-se admitir que algumas práticas tradicionais africanas não são compatível com os direitos humanos previstos na carta e a valorização dessas culturas ou valores tradicionais seria uma forma de aumentar o desrespeito aos direitos humanos.

E podemos considerar também que a povo africano durante a colonização assimilou valores culturais europeus totalmente contraria ao que vivenciavam. As informações conferidas pelas mídias e a globalização deram outro sentido à sociedade africana, o que quer dizer que a cultura tradicional que existia antes da colonização já não é o mesmo nestes tempos da globalização.

Antigamente na África havia falta da presença do Estado e da noção dos problemas da proteção dos Direitos Humanos, a sociedade era regida pelo modelo

comunitário de resolução de conflitos através dos chefes tribais por meio das regras costumeiras, que atualmente não coadunam com padrões modernos da dignidade da pessoa humana. Por outro lado também, a sociedade tradicional africana não valorizam o individualismo e sim a comunidade como um todo ou contrario de qualquer sistema de proteção dos Direitos Humanos visam alcançar meios e mecanismos de proteção do indivíduo contra o grupo, ou contra o próprio Estado, no caso da ocorrência de certas violações dos seus direitos garantidos no âmbito interno ou internacional.

Atualmente os chefes tradicionais assim como a família têm poucos poderes de intervenção na resolução de conflitos, entre os membros da família, ou de suas tribos.

Podemos dizer ainda que aglomeração das pessoas nas grandes capitais em busca de melhores condições de vida diante do modelo capitalista do mercado criou novos modelos de vida das pessoas nas cidades. O que não foi diferente com os países africanos, onde também houve um grande êxodo rural da sua população provocando uma mudança de vida tradicional deste povo.

A Primeira Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) sobre os Direitos Humanos em África realizada de 12 a 16 de Abril de 1999, em Grand Bay, Ilhas Maurícias, aprovou a “Declaração e plano de ação de Grand Bay” (OAU, 1999). No seu ponto nº 8 foi enumeração as causas que se consideram de violação dos direitos humanos em África, os quais são:

A Conferência está ciente de que as violações dos direitos humanos em África são causadas, notadamente por:

- a) Formas contemporâneas de escravidão; b) Neocolonialismo, racismo e intolerância religiosa; c) Pobreza, doença, ignorância e analfabetismo; d) Conflitos que levam a fluxos de refugiados e deslocamento interno da população; e) Perturbações sociais que podem resultar da implementação de alguns aspectos dos Programas de Ajustamento Estrutural; f) Problema da dívida; g) Má gestão, má governação e corrupção; h) Falta de prestação de contas na gestão dos assuntos públicos; i) Monopólio no exercício do poder; j) Práticas tradicionais nocivas; k) Falta de independência do poder judicial; l) Falta de instituições independentes de direitos humanos; m) Falta de liberdade de imprensa e de associação; n) Degradação ambiental; o) Não observância das disposições da Carta da OUA sobre integridade territorial e inviolabilidade das fronteiras herdadas do colonialismo e o direito à autodeterminação; p) Mudanças inconstitucionais de governos; q) Terrorismo; r) Nepotismo; s) Exploração de etnia.

Há, portanto, necessidade de adoptar uma abordagem multifacetada para a tarefa de eliminar as causas de violações dos direitos humanos em África.

A conferência explicitou a preocupação com a questão dos costumes, e concluiu que, se um costume tradicional é péssimo para uma parcela da sociedade, o fato de ser considerada parte da cultura não deve ser motivo para que o erro persistisse, visto que essas tradições negativas são causas de violação dos Direitos Humanos na África.

Nesse sentido, os fatores citados permitiram à Comissão fazer uma inversão lógica da ideia inicial adotada na Carta, diminuindo os excessos dos valores e a tradições culturais africanas para adequá-la a realidade atual da África e para melhor servir os cidadãos dos Estados-membros, no que diz respeito à efetivação dos seus dispositivos da Carta africana. Vários países africanos seguiram também a mesma linha da comissão.

4.1 O infanticídio indígena no Brasil e as crianças Irã em Guiné-Bissau

Em razão da disparidade de costumes, determinado comportamento de uma sociedade muitas vezes não terá a mesma compreensão pelas demais. Exemplo disso é a prática de infanticídio nas tribos indígenas no Brasil, e o caso das crianças consideradas “Irã” em Guiné-Bissau: para esses grupos, o fato de matar uma criança não incorre num sentido de culpabilidade por justificação de se tratar apenas de uma expressão cultural.

No âmbito internacional, o direito à cultura é protegido em vários documentos. Temos a sua previsão no artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabelece que toda pessoa, como membro da sociedade, tem os direitos culturais, os quais são indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

O Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 15º, alínea “a”, garante também o direito do ser humano de participar na vida cultural. A seu turno a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, criada em 2001, estabeleceu vários princípios, dentre os quais se destacam a diversidade cultural

enquanto património comum da Humanidade e os direitos humanos como garantias da diversidade cultural. No seu artigo 4º, estabelece que:

A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, indissociável do respeito pelos direitos humanos. Implica um compromisso para com os direitos humanos e liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas pertencentes a minorias e dos povos indígenas. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para justificar a violação dos direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para restringir o seu âmbito.

A proteção da tradição e dos costumes é sem dúvida de grande importância, tanto nas legislações internas como nas internacionais, haja vista que são práticas que vêm desde os primeiros membros que conseguiram manter a cultura nas suas comunidades. Contudo, o problema surge quando esses costumes não coadunam com os direitos previstos nos documentos (nacionais ou internacionais) destinados a proteção a esses direitos.

4.1.1 Infanticídio Indígena

Essa prática constitui um dos costumes e tradições das tribos indígenas, que se organizam conforme os ensinamentos dos seus antepassados. A prática de infanticídio indígena não é um costume encontrado em todas as tribos brasileiras, havendo seus registros nas tribos de Uaiuai, Mehinaco, Tapirapé, Ticuna, Amondaua, Uru-eu-uau-uau, Suruwaha, Deni, Jarawara, Jaminawa, Waurá, Kuikuro, Kamayurá, Parintintin, Yanomami, Paracanã e Kajabi. (AMARAL; WIESER, 2009).

Vários são os motivos da prática de infanticídio nas tribos indígenas: o nascimento de filhos gêmeos, os filhos de mães solteiras, crianças nascidas com deficiências físicas ou mentais, entre outros. Muitas vezes, essa prática é justificada pela cultura, onde se encontram como fundamentos a punição divina, mau agouro, e congêneres.

O exemplo dessa prática é o da etnia yanomami. A parturiente dá à luz no meio da floresta, e em seguida os membros da tribo decidem se recolhem ou não o recém-nascido do solo, considerando efetivamente nascido quando isso acontece. Na ocorrência do abandono e morte do neném, o fato não é considerado como um homicídio, pois, segundo o costume do grupo, o nascimento não chegou a ocorrer (SARMENTO, 2016, p.288).

A Convenção nº 169 da OIT estabelece que os Estados tenham a obrigação de levar em consideração ao aplicar a legislação nacional, os costumes indígenas, para que, nos trâmites dos processos legais, os indígenas entendam as leis e sejam entendidos.

Nesse mesmo sentido, no âmbito interno, a Constituição da República Federativa do Brasil em seu Título VIII, que estabelece sobre a Ordem social, se dedica a um capítulo referente à Educação, Cultura e do Desporto. Assim, dispõe o art. 215:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§1º. “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileira, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.”

Temos ainda a previsão do art.231 da Constituição Federal, sobre os direitos reconhecidos aos índios, entre eles os costumes e as tradições, *in verbis*:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

De outro lado, a Constituição Federal estabelece em seu artigo 1º, inc. III, que é um dos fundamentos República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e, ainda no art. 5º, caput, garante aos brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade de direito à vida, igualdade e à liberdade.

O infanticídio é considerado crime no Brasil, conforme estabelece o art. 123 do Código Penal:

Art.123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos;

O infanticídio caracteriza uma afronta ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, inadmitindo dessa forma, a continuação da sua prática em nome tradição.

Diante do exposto, entra-se em conflito a preservação da cultura (infanticídio indígena), o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Observa-se então que, se por um lado indígenas tem o direito de ter a sua cultura resguardada, por outro lado temos o direito à vida que é assegurado tanto pela Declaração Universal de Direitos Humanos como pela Constituição Federal brasileira, e a sua tutela incondicionada.

Com efeito, a estrutura principiológica e axiológica trazida pela CF/88 faz com que regras, princípios e valores sejam obrigatoriamente obedecidos pela norma jurídica, sob pena de desvirtuamento do propósito do sistema jurídico e assim sua inexorável nulidade. Consequentemente, o princípio da Dignidade Humana e seus decorrentes direitos fundamentais – dentre eles, o direito à vida – transformam-se em regras imperativas.

Nesse sentido, Aronne (2013, p. 101) bem elucida:

Pensar principiologicamente dentro do sistema jurídico é alinhar segurança à justiça social, passível de percepção intersubjetiva, na dialética normativo-axiológica do sistema, que o horizonte da principiologia abre para o operador do direito. Trata-se de uma ruptura com o dogmatismo sem cair no ceticismo, pela recusa do objetivismo e subjetivismo, na perseguição da interpretação mais adequada ao caso concreto, ditada pelos valores do sistema, teleologicamente alinhados. [...] O Código, como qualquer conjunto de regras, deve ser analisado como via concretizadora dos princípios aos quais densifica. Resulta antijurídica a análise das regras de Direito Civil sem ter em mente princípios que as antecedem e lhes dão carga axiológica. Pensar o contrário significa identificar o Direito a um conjunto de regras, ou mesmo, como se observou no auge do liberalismo, o Direito Civil ao Código Civil. O conteúdo principiológico que desenha o Estado democrático brasileiro, em face da alteração da moldura constitucional, traz sentido completamente distinto às regras do Código, considerando os valores que inspiraram os princípios que o conformaram. A positivação de um Estado Social em substituição a um Estado Liberal, desde o sentido das normas infraconstitucionais remanescentes até o movimento impulsionador de intervenção do Estado nas relações interprivadas, como fator exógeno do respectivo sistema jurídico, resulta em um Direito Civil

renovado com as aspirações de reposição do sujeito no centro protetivo do ordenamento.

Vê-se assim, que quando o cerne do ordenamento jurídico passa a ser a tutela e proteção dos direitos e integridade psíquica, física e moral do ser humano, institui-se o princípio da dignidade humana enquanto fundamento básico e orientador do sistema jurídico de proteção à pessoa humana.

Essa necessidade de enfoque constitucionalista dá-se principalmente pelo fato de a CF reconhecer o princípio da Dignidade Humana enquanto alicerce axiológico de todos os direitos humanos, fundamentais e pessoais, na medida em que elenca tal princípio no inciso III de seu art. 1º, o qual disciplina os fundamentos da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Kant (2004, p. 65) bem elucida ao afirmar que:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está cima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.

É dizer: uma vez considerada o fundamento primordial e o último arcabouço da guarda dos direitos fundamentais, a dignidade humana faz-se necessariamente presente em todas as relações pessoais, direta ou indiretamente, de forma a se garantir ao ser humano um mínimo de condições de vivência, convivência e sobrevivência em meio aos seus semelhantes e junto à sociedade em si considerada. Eis porque, não pode a cultura indígena ser justificativa para a continuação de tão abominável prática: admitir o contrário é desconsiderar o metaprincípio da dignidade humana.

4.1.2 Crianças Irã em Guiné-Bissau

É considerada uma criança-irã um menor portador de alguma patologia ou característica específica que o torna diferente e que, por isso, se acredita que seja uma manifestação de um deus com poderes sobrenaturais.

Crianças com paralisia cerebral, epilepsia, desnutrição crônica ou trissomia 21 são consideradas feiticeiras e, por isso, são afastadas do seu grupo, maltratadas

e por vezes acabam sendo mortas pelos seus familiares e comunidades. Estas crenças animistas não têm uma explicação para estes tipos de problemas e, por isso, atribuem estes problemas a uma manifestação sobrenatural.

Segundo o relatório sobre a situação dos direitos Humanos na Guiné-Bissau (2010-2012, p.57) “A explicação dada para este comportamento é que essas crianças com deficiência pertencem a divindades da água ou da terra, devendo, por isso, obrigatoriamente regressar à procedência”.

Não só em Guiné-Bissau, mas também em alguns outros países da África, acredita-se que estas crianças estão de alguma forma possuídas por um ser sobrenatural. Na maioria dos casos, as mulheres dirigem-se à beira de um rio com maré em fluxo alto, colocando a criança num cesta com ovo e farinha cozida, devendo esconder para observar de longe a criança. Podemos ter dois desfechos: ou a criança come os ovos e a farinha e depois entra na água, então se trata de um Irlã, ou a criança permanece imóvel no local devendo os familiares escondidos retornar e recolhê-lo.

A Constituição da República de Guiné-Bissau (CRGB) garante no seu artigo 17º o direito à cultura:

E imperativo fundamental do Estado criar e promover as condições favoráveis à preservação da identidade cultural, como suporte da consciência e dignidade nacionais e factor estimulante do desenvolvimento harmonioso da sociedade. O Estado preserva e defende o património cultural do povo, cuja valorização deve servir o progresso e a salvaguarda da dignidade humana.

De outro lado, temos a proteção do direito a vida no título II da Constituição, onde se lê que “todo cidadão tem direito à vida e a integridade física e moral”.

Conforme estabelece o art. 110 n° 1 do Código Penal Guineense (CPG), o infanticídio é considerado crime:

A mãe, o pai ou os avós que, durante o primeiro mês de vida do filho ou do neto, lhe tirarem a vida por este ter nascido com manifesta deficiência física ou doença, ou compreensivelmente influenciados por usos e costumes que vigorarem no grupo étnico a que pertencem, são punidos com pena de prisão de dois a oito anos, se tais circunstâncias revelarem uma diminuição acentuada da culpa.

Podemos ver que, a exemplo do sistema normativo brasileiro, também o guineense elenca a dignidade humana como referencial axiológico do ordenamento jurídico, fazendo com que seja imperativa a prevalência da lei sobre os costumes sociais quando estão em causa graves lesões de bens jurídicos fundamentais. Nesse sentido é que o infanticídio dessas crianças é cada vez menos praticado, visto que, além do esforço estatal em assegurar e fazer cumprir a dignidade humana, buscou-se a realização de campanhas de sensibilização, a escolarização crescente da nova geração, um maior contato com a cidade, criação de hospitais e de centros de saúde e também a criação de centros de acolhimento de crianças necessitados, onde podem ser deixadas essas crianças.

4 CONCLUSÃO

Os direitos humanos percorreram longos caminhos até chegar aos dias atuais. A sua evolução histórica, sempre foi marcada pelas lutas, conflitos e divergências. A internacionalização desses direitos acentuou de forma significativamente após a Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos que garantiu aos indivíduos a proteção de seus direito no âmbito internacional. A internacionalização dos direitos humanos surgiu da necessidade de assegurar que esses direitos, devido a sua relevância, não ficassem no plano exclusivo de proteção do Estado, que muitas das vezes é o próprio violador.

A luta pela concretização dos direitos humanos é um processo que não parou com a declaração universal dos direitos humanos. Depois da sua promulgação foi adotada, primeiramente pela Europa, criando assim o primeiro Sistema Regional de proteção dos Direitos Humanos (o sistema europeu). O segundo criado foi o sistema interamericano, com a Convenção Americana de direitos humanos adotada em 1969, com o Pacto de San Jose. O processo de criação de um sistema efetivo na África teve início em 1981, com a adoção da Carta africana dos direitos humanos e dos povos, em Banjul.

Os Três sistemas regionais vigentes têm mecanismos parecidos, levando em conta os princípios da carta da ONU e da sua própria declaração regional, e têm como escopo assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana no âmbito regional. Apesar de possuírem semelhanças cada sistema tem a suas próprias características, devido à particularidade de cada continente.

O sistema europeu tem como base a Convenção Europeia dos direitos Humanos, e originariamente se baseava em dois órgãos: a Comissão Europeia de Direitos Humanos e a Corte Europeia dos Direitos Humanos. As atividades desses órgãos não eram exercidas de forma contínua. Com o protocolo nº11 esses órgãos foram substituídos por uma Corte de caráter permanente.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é regulamentado, juridicamente, pela Convenção Americana de Direitos Humanos e é composto por

dois órgãos principais: a Comissão Americana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Sistema Africano tem como mecanismos de proteção: Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Originalmente a Carta Africana, criou somente a comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Somente em 1998 é que a Carta Africana foi complementada com elaboração do primeiro protocolo o qual criou a Corte Africana de Direitos dos Homens e dos Povos.

No momento da sua elaboração a Carta de Banjul, procurou preservar contornos característicos da cultura e da formação histórica africana, ou seja, a carta não deixou de inspirar na base das tradições e valores da civilização africana. É de grande relevância a preservação das tradições e costumes dos diferentes povos, haja vista a importância dos direitos culturais. Correntes como a do relativismo cultural e universalismo dos direitos humanos tentam buscar argumentos para resolver essa colisão entre a preservação cultural e a garantia dos direitos humanos a todos os povos.

O problema é que excessiva valorização das tradições culturais, não é compatível com a atual realidade social e política vigente nos territórios africanos. Para garantir que todos os povos africanos, independentemente de etnia, religião, faixa etária, gênero e situação social, possam usufruir dos direitos estabelecidos na Carta, é preciso que seja feita uma efetiva revisão voltada para uma atualização do que foi posto inicialmente na Carta e das reais necessidades do povo africano.

5 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Anderson Maia; SANTANA, Anina Di Fernando; GAIA, Nilvia Marília de Andrade; BAKER, Suelen Karine Cabeça. Os direitos humanos sob a ótica do relativismo cultural: uma breve análise do infanticídio indígena no Brasil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10376&revista_caderno=27>. Acesso em jul. 2017.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. WIESER, Wanessa. **Infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil**. Projeto Hakani, 2009. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2331/1827>> Acesso em: 30 de junho de 2017.

ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: os contornos metodológicos do direito civil constitucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, 2013, Ano 2, n. 1, p. 73-113.

BOAHEN, Albert Abu. **História geral da África, VII: África sob dominação colonial, 1880-1935**. 2.ed. rev. Brasília : UNESCO, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum Saraiva. 10. ed. atual. e apl. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotado pela XXI Assembleia das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 07 jul. 1992 a. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 07 jul. 1992b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 22 jul. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (Volume III)**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.

Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos. Banjul, 1981. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>>. Acesso em 05 de jul.2017.

Carta das Nações Unidas, 1945. Disponível em:

<https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10134.htm> Acesso em: 29 de julho de 2017.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2011 1 v.

COLÉGIO web. O que é a Organização da Unidade Africana. 2015. Disponível em:

<<https://www.colegioweb.com.br/geografia/o-que-e-a-organizacao-da-unidade-africana.html>> Acesso em 29 de junho de 2017.

Conferência de Direitos Humanos - Viena – 1993. Disponível em:

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>> Acesso em: 5 jul. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2009. Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://cidh.oas.org/que.port.htm>. Acesso em: 5 de julho de 2017.

Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Disponível em:

<<http://pampasul.wixsite.com/pampasul2016/blank-1>> Acesso: em 06 de julho de 2017.

Convenção Americana De Direitos Humanos, 1969. Disponível em: <

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 5 de julho de 2017.

Convenção Europeia de Direitos Humanos, 1950. Disponível em: <

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em: 05 de julho de 2017.

Corte Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, 1998. Disponível em:

<<http://www.achpr.org/pt/about/afchpr/>> Acesso em 05 de julho de 2017.

Corte Interamericana De Direitos Humanos, 1979. Disponível em:

<<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>> Acesso em: 06 de julho de 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

Declaração e Plano de Ação de Grand Bay. Maurícia, 1999. Disponível em: <

<http://www.achpr.org/pt/instruments/grandbay/>> Acesso em: 06 de julho de 2017.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em:

<http://www.mp.go.gov.br/portaWeb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_home m.pdf>. Acesso em 4 julho de 2017.

GUINÉ-BISSAU. **Código Penal. Decreto-Lei nº 4/93** – Suplemento ao Boletim Oficial nº 41, de 13 de Outubro de 1993. Disponível em:

<http://www.rjcplp.org/sections/informacao/anexos/legislacao-guine_bissau4332/codigos-e-estatutos9979/código-penal_e/downloadFile/file/DirPenal.pdf?nocache=1366630286.62> Acesso em: 05 de julho de 2017.

GUINÉ-BISSAU. Constituição (1996). **Constituição da República de Guiné-Bissau.**

Disponível em:

<<http://www.anpguinebissau.org/leis/constituicao/constituicaoguine.pdf>> Acesso em: 05 de julho de 2017.

HEINTZE, Hans Joachim. Introdução ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: PETERKE, Sven (Org.) CARVALHO RAMOS, André de; HEINTZE, Hans-Joachim [et al] (Colab.). **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010. p. 22 a 82.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MARCONI, Marina de Andrade, PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia: uma introdução.** 7 ed. São Paulo : Atlas, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humano.** 2ª ed. São Paulo: Métodos, 2014.

MENDES, Betânia Gusmão. **Direitos humanos e cultura: uma análise segundo o pensamento de pluralidade de Hannah Arendt.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4694, 8 maio 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45526>>. Acesso em: 4 julho de 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional.** 5ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Santos, José Luiz dos. **O que é cultura.** São Paulo: Brasiliense, 2006.

Sarmiento, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** Belo Horizonte: fórum, 2016.