





## 1- INTRODUÇÃO

Como antecessores ao reconhecimento da existência de Direitos Humanos muitas lutas foram travadas com o intuito de estabelecer limitações ao poder buscando garantia formais de reconhecimento inicialmente de direitos individuais e ao longo da história também dos direitos econômicos e sociais.

Considerando que os movimentos europeus tiveram significativa influência na estrutura normativa constitucional de inúmeros Estados em especial na América Latina, identifica-se que a herança colonial influenciou decisivamente para um constitucionalismo não autêntico.

Segundo análise normativa e doutrinária sobre o Constitucionalismo Moderno Latino-Americano identifica-se que as instituições consolidadas e a incorporada herança colonial são obstáculos à construção do Neo-Constitucionalismo Latino-Americano.

Nestas conclusões devem ser agregados argumentos históricos que confidenciem as razões pelas quais um determinado ordenamento optou por suas escolhas normativas. Na hipótese da experiência Latino-Americana, reflexo do modelo europeu, não se pode ignorar que a “Teoria do Direito e o Estado Constitucional” decorrem de processos decorrentes do colonialismo.

Por esta razão, o objetivo do presente estudo é tecer através de método qualitativo uma abordagem exploratória sobre os direitos humanos, reconhecimento e a influência no Constitucionalismo Latino-Americano.

Nesse caminho o tema a ser abordado se justifica pela relevância e pelos reflexos políticos e sociais advindos.

## 2- Direitos Humanos: Definições.

A ideia de direitos humanos é uma concepção com diversos aspectos cujos filósofos, sociólogos e cientistas procuraram explicar ou definir ao longo dos tempos.

Nas palavras de Comparato (2015, p. 13) a respeito do tema:

[...]apesar das inúmeras diferenças que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe



social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.

Sob este ângulo, há um sentido em estabelecer o reconhecimento de que o ser humano, ser que faz parte do mundo, contextualizado em diferentes momentos históricos, com discurso (voz) ou não, pensante ou não, se insere de alguma forma e tem uma posição em determinado espaço geográfico do ponto de vista religioso, jurídico, social, científico.

Sendo assim, segundo Bobbio (2004, p. 18) os direitos humanos em consonância com a história dos últimos séculos constituem uma classe variável: “O elenco dos direitos humanos se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.”

Com efeito, faz-se oportuno, na tentativa de estabelecer uma concepção preliminar a respeito dos direitos humanos, colacionar a frase de Aldo Capitini (*apud* BOBBIO, 1998, p. 113) publicada em 1937 em tempos de guerra Espanhola: “Se os homens forem considerados como coisas, matá-los é um ruído, um objeto caído”

Neste aspecto a denominação “Direitos Humanos” foi construída historicamente e as concepções sobre ela se sedimentaram através de diversos discursos.

Na busca da compreensão a respeito da expressão “Direitos Humanos” se encontra uma gama de concepções fazendo com que a definição conceitual torne-se necessária. Tem-se a concepção de direito que na antiguidade era compreendido com o bom e justo, desde o surgimento do Estado Moderno tal concepção foi reduzida para ciência das leis que se compõe de normas estatais imperativas e sancionadoras (ESCRIVÃO FILHO; SOUSA JUNIOR, 2016).

### **3- Direitos Humanos: jusnaturalismo e o juspositivismo.**

Segundo Norberto Bobbio (2004, p.1):

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos, quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando



existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.

O Estado moderno transformou o jurídico sintetizando-o há duas formas ou modelos principais: o jusnaturalismo e o juspositivismo. O jusnaturalismo “que suprime a história e os fatos de constituição do normativo para abstrair o Direito da experiência e projetá-lo para uma acepção metafísica portanto ideal”; e o juspositivismo, “que reduz o jurídico ao empírico, colado aos fatos sociais a eles intrinsecamente vinculados, numa representação do concreto atual” (ESCRIVÃO FILHO; SOUSA JUNIOR, 2016, p. 15).

Abordando o tema esclarece Comparato (2015, p. 23):

Em suma, é a partir do período axial<sup>2</sup> que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.

Os direitos do homem são direitos que se originaram e nasceram de forma gradual em determinadas circunstâncias históricas que se caracterizam pelas lutas em defesa de novas liberdades e contra velhos poderes (BOBBIO, 2004). Nas palavras de Bobbio (2004, p. 4):

No plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação do Estado/cidadão ou soberano/súditos [...] para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à composição orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos. A inversão de perspectiva, que a partir de então se torna irreversível, é provocada no início da era moderna, principalmente pelas guerras de religião, através das quais se vai afirmando o direito de resistência à opressão, o qual pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais: fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano (entre as quais, em primeiro lugar a liberdade religiosa). Essa inversão é estreitamente ligada à afirmação de que chamei de modelo jusnaturalista[...]

Dois modelos básicos de ideologias jurídicas se situam entre o direito natural e o direito positivo, correspondendo às concepções jusnaturalista e positivista do Direito. De acordo com Lyra Filho (2006, p. 39) o direito natural se apresenta sob

---

2 Toynbee sustenta que o início desse período remontaria a c. 1060 da era pré-cristã, quando surgiram os primeiros profetas sírios, prováveis inspiradores dos profetas de Israel (Toynbee *apud* Comparato, 2015, p. 21)





O reconhecimento dos direitos do homem era tema entre intelectuais pelo menos desde o princípio da era moderna, inicialmente através da difusão de doutrinas jusnaturalistas e das Declarações dos Direitos do Homem, incluídas posteriormente nas Constituições dos Estados liberais “o problema acompanha o nascimento, o desenvolvimento, a afirmação, numa parte cada vez mais ampla do mundo, do Estado de direito”. Após a Segunda Guerra Mundial a questão relacionada ao reconhecimento dos direitos do homem ultrapassa a esfera nacional para o âmbito internacional “envolvendo – pela primeira vez na história – todos os povos” (BOBBIO, 2004, p. 46)

No entanto, antes mesmo da era moderna, foi considerada como primeiro documento de reconhecimento formal de direitos humanos a Magna Carta, que em 15 de junho de 1215 João Sem-Terra - rei da Inglaterra - foi compelido a assinar. A Magna Carta (Carta Magna das liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês assinada por imposição da burguesia e do clero) tratava-se de um documento em que foram reconhecidos direitos das pessoas em relação ao poder da autoridade. Segundo Comparato (2015, p. 92):

Assim, se a Magna Carta contribuiu, num primeiro momento, para reforçar o regime feudal, ela já trazia em si o germe de sua definitiva destruição, a longo prazo. O sentido inovador do documento consistiu justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele.

Ainda na Inglaterra a Lei de Habeas Corpus de 1679 e a Declaração de Direitos de (Bill of Rights) de 1689 são importantes marcos históricos no reconhecimento formal de direitos do homem. Historicamente o habeas corpus na forma em que fora regulado pela lei inglesa de 1679 consistiu uma garantia de proteção à liberdade de locomoção tornando-se a matriz de todas as leis posteriores que vieram posteriormente para proteger outras liberdades fundamentais. A Declaração de Direitos<sup>3</sup>, que fora promulgada um século antes da Revolução

3 “Embora não sendo uma declaração de direitos humanos, nos moldes das que viriam a ser aprovadas cem anos depois nos Estados Unidos e na França, o Bill of Rights criava, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria a denominar, sugestivamente, uma garantia institucional, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana” (COMPARATO, 2015, p. 105-106)





sociedades industriais avançadas, como também acaba convertendo-se numa conduta e numa forma de vida em que os valores essenciais são: a competição, a materialidade, a ordem, a segurança, o progresso, a liberdade e o pragmatismo utilitário. (Wolkmer, 2015, p. 69-70)

Sob outra concepção, de acordo com Piovesan (2013) o estudo da historicidade dos direitos humanos o aprofundamento sobre os precedentes históricos proporcionaram “o processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos, que, por sua vez, implicou na criação da sistemática normativa internacional de proteção desses direitos” contemplando o “Direito Internacional dos Direitos Humanos, como fonte dos tratados de proteção desses mesmos direitos” (PIOVESAN, 2013, p. 187).

Como precedentes históricos do processo de universalização dos direitos humanos ao lado do Direito Humanitário<sup>6</sup> e da Liga das Nações, a Organização Internacional do Trabalho criada após a Primeira Guerra Mundial, estabelecendo condições internacionais de trabalho e bem-estar, marcam o processo de internacionalização dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013). Neste contexto, enfatiza a autora:

[...] para que os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi ainda necessário redefinir o *status* do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de Direito Internacional. (PIOVESAN, 2013, p. 188).

A internacionalização dos Direitos Humanos se consolida no século XX, no pós 2ª Guerra Mundial, em decorrência das atrocidades perpetradas e violações aos Direitos Humanos ocorridas, com a criação da ONU em 1945 (através da Carta das Nações Unidas), com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com a criação do Sistema Global e Regional de Proteção Internacional dos Direitos Humanos e com suas respectivas estruturas normativas (Pactos, Convenções, Protocolos).

## 5- Direitos Humanos: Crítica e Atualidade.

6 “O chamado direito internacional humanitário, cujo embrião foi a Convenção de Genebra de 1864, constituiu-se no curso do século XX em dois ramos distintos. [...] normas internacionais destinadas a limitar o recurso a determinados métodos ou meios de combate durante as hostilidades armadas [...] e o segundo ramo do direito internacional humanitário é formado pelas normas internacionais, que têm por fim proteger as vítimas de conflitos bélicos.” (Ibid., p. 222)



Ultrapassada a sintética abordagem dentro de uma visão clássica que apresenta os documentos que representaram os processos de luta histórica pelo reconhecimento formal de “Direitos do Homem” que se universalizam para haver o reconhecimento dos “Direitos Humanos”, o tema na atualidade se volta para outras concepções críticas envolvendo não a necessidade da existência de direitos positivados que representassem também cláusulas de barreira contra o poder absoluto e estatal.

Conforme manifesta Piovesan (2013, p. 187):

Sempre se mostrou intensa a polêmica sobre o fundamento e a natureza dos direitos humanos — se são direitos naturais e inatos, direitos positivos, direitos históricos ou, ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral. Esse questionamento ainda permanece intenso no pensamento contemporâneo

No entanto, é possível estabelecer que uma concepção atual a respeito dos direitos humanos requer uma postura crítica que se volte para a eficácia de tais direitos e o reconhecimento do pluralismo.

O direito positivado assume o status de fundamento e consolida uma visão abstrata de Direitos Humanos que são identificados como normas jurídicas e princípios inatingíveis à sujeitos coletivos. Além disso, determinados direitos porque não foram positivados não se podem reivindicar. Trata-se do reconhecimento formal dos Direitos Humanos que cria uma ilusória concepção de efetividade porque estatal e juridicamente reconhecidos “Deslegitima-se, assim, a capacidade da sociedade civil para implementar um sistema de garantias, não único, mas plural que, dentro ou fora do marco legal, protege e defende direitos historicamente conquistados[...]” (ESCRIVÃO FILHO; SOUSA JUNIOR, 2016, p. 27)

Assim, segundo Lyra (2006, p. 8):

A identificação entre Direito e lei pertence, aliás, ao repertório ideológico do Estado, pois na sua concepção privilegiada ele desejaria convencer-nos de que cessaram as contradições, que o poder atende ao povo em geral e tudo o que vem dali é imaculadamente jurídico, não havendo Direito a procurar além ou acima das leis.

Neste contexto, “Não são necessários grandes esforços de investigação para concluir que, nos nossos dias, o direito oficial do estado capitalista apresenta, em geral, um elevado grau de institucionalização[...]” (Santos, 1988, p. 51).

No entanto, a autenticidade do direito que considere as diversidades culturais, sociais e políticas e que permita identificar e considerar a diversidade de forma



contextualizada e regionalizada se faz importante na busca de uma adequada representação ideológica e normativa.

Como argumenta Vachon (*apud* Eberhard, 199, p. 160) “Tudo indica que estamos sendo convidados a repensar o paradigma contemporâneo da teoria e da práxis dos direitos humanos, e mesmo o horizonte mais amplo no qual se insere”.

É preciso que sejamos capazes de superar as abstrações que são sustentação à teoria tradicional dos direitos e propor reflexão que impulse, sistematize e complemente as práticas sociais “num sentido crítico, subversivo e transformador.”(Herrera Flores, 2001, p.91)

## **6- Direitos Humanos e Constitucionalismo na América Latina: abordagem para a indagação.**

Em abordagem sobre as raízes históricas dos direitos humanos na conquista da América Bragato (2016) aponta a negligência dos debates e problemas relacionados a colonização na formação do discurso dos direitos humanos:

Fato amplamente negligenciado na construção do discurso dos direitos humanos deu-se durante a colonização e a conquista hispânicas da América, onde, na Espanha do século XVI, eclodiram inúmeros conflitos e lutas políticas em torno da legitimidade da conquista das terras recém-descobertas e do direito dos europeus de submeter os povos indígenas à escravidão. As narrativas das primeiras ocupações dão conta da sistemática exploração dos índios americanos e do sentimento de superioridade europeu que as tornaram possível. Ocorre que tais práticas provocaram as primeiras reações políticas e filosóficas contra a negação da dignidade humana de que se têm provas documentais no ocidente, o que levou a formulação de novos discursos amparados em uma ideia substancializada de pessoa humana, a partir, sobretudo, dos ensinamentos cristãos. (Bragato, 2016, p. 2)

Costuma-se vincular os direitos humanos como hoje são reconhecidos aos acontecimentos históricos do final do século XVIII, em especial a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Tais direitos se apresentam como reivindicação de autonomia privada dos indivíduos frente ao Estado como uma reação ao contexto dos governos absolutistas. A preocupação não era diretamente com a vida digna para todos mas garantir o exercício de liberdade a quem pudesse exercê-la pelas próprias forças. Porém, contemporaneamente considera-se que a ideia de direitos humanos está muito além da relação Estado e indivíduo (Bragato, 2016).



Neste contexto, a respeito da trajetória da cultura jurídica moderna contemporânea na América Latina, manifesta Wolkmer:

Toda e qualquer apreciação acerca da cultura jurídica moderna contemporânea na América Latina há de se ter em conta a herança e a influência do processo de colonização ibérica a partir do século XVI. Tal cultura jurídica irá se transformar pela reprodução do legado romano-germânico, assimilado e imposto pelos colonizadores luso-hispânicos e adaptada ao Novo Mundo, em diferentes etapas do processo histórico, desde a conquista, passando pela colonização e independência, e alcançando a consolidação durante o desenvolvimento das repúblicas em fins do século XIX e ao longo do século XX.

Durante o transcurso da colonização das nações latino-americanas, predominou a reprodução eurocêntrica de uma cultura jurisprudencial e de um aparato jurídico imposto pelo poder hegemônico das Metrôpoles. O surto de independência da América Latina e o rompimento com Espanha e Portugal, no início do século XIX, gerou as condições para emergência de uma elite local, que incorporou e difundiu os princípios de uma tradição jurídica, marcada pelo idealismo abstrato jurinaturalista e pelo formalismo dogmático-positivista. Naturalmente, a formação moderna dessa cultura latino-americana está apoiada a um passado econômico colonial-extrativista e à construção de um sistema sócio-político elitista, individualista e formalista. (Wolkmer, p. 1-2)

Portanto, a herança colonial influenciou fortemente na construção do constitucionalismo Latino-Americano.

Segundo Piovesan (2013, p. 87):

No âmbito do Direito Constitucional ocidental, são adotados Textos Constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana. Esta será a marca das Constituições europeias do Pós-Guerra. Observe-se que, na experiência brasileira e mesmo latino-americana, a abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade humana demarcarão a feição das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política.

A cultura jurídica imposta na América Latina durante o período colonial bem como as instituições (tribunais, codificações e operadoras de Direito) que se formaram depois da independência são originárias da tradição legal europeia ocidental “Portanto, da Cultura Jurídica latino-americana há de se ter em conta a herança colonial luso-hispânica (suas respectivas raízes romano-germânicas) e os processos normativo-disciplinares provenientes da ordem centralizadora capitalista, liberal-individualista e burguesa.” (WOLKMER, 2008, p. 17)

Neste sentido se contextualiza a abordagem de Santos (1988, p. 66):

A controvérsia que se prende com a questão, mais ampla do etnocentrismo, consiste em saber se é legítimo (Gluckman) ou ilegítimo (BOHANNAN) usar na análise de outras sociedades e culturas conceitos, como, por exemplo, o conceito de direito, que são originariamente conceitos-folck (conceitos











II SEMINÁRIO  
INTERNACIONAL EM  
DIREITOS HUMANOS  
E SOCIEDADE

IV Jornada de Produção  
Científica em Direitos  
Fundamentais e Estado



rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

LYRA FILHO, Roberto, 1926-1986. **O que é direito.** 15ª reimpressão da 17ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MARCONI, Marida de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica.** Porto Alegre, Fabris, 1988.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico.** 3.ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

\_\_\_\_\_. **Repensando a questão da historicidade do Estado e do direito na América Latina.** In: WOLKMER, Antonio Carlos; VIEIRA, Reginaldo de Souza. Estado, política e direito: relações de poder e políticas públicas. Criciúma/SC: UNESC, 2008. 11-20.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina.** In: Anais do [Recurso eletrônico] IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst. - Curitiba, PR: ABDConst., 2011. 143-155. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>> Acesso em: 02 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito.** 4.ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Cenários da Cultura Jurídica Moderna na América Latina.** Texto inédito.