

INTRODUÇÃO

A trajetória de centralidade das Constituições no sentido de ocuparem o *locus* mais importante da ordem jurídica que, se inicia ao fim da segunda Grande Guerra, ocorre especialmente em função da perplexidade diante da subalternização da noção de dignidade da pessoa humana em função das atrocidades perpetradas naquele contexto. As Constituições começam a abrigar os valores e opções políticas da comunidade por meio dos princípios que paulatinamente ganharão o reconhecimento de seu caráter normativo. A função do Direito, principalmente, a função das Constituições, deixará de ser apenas a de estabelecer as regras do jogo político e passará a ter, como eixo estruturante, o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais da pessoa, em todas as suas gerações. O Direito, por intermédio do próprio Direito Constitucional, aparecerá comprometido com o único fim que lhe justifica a existência. Para além da segurança jurídica, o Direito estará comprometido com a pretensão de realização de justiça ou de correção material.

A dignidade da pessoa humana passa a ser o norte que conduz a criação e instrumentalização das Constituições. As fronteiras entre a moral e o Direito se tornam mais imprecisas em função da abertura do sistema introduzida por meio dos princípios constitucionais, a ponto de se perceber, não apenas uma relação contingencial, mas uma conexão necessária entre a moral e o Direito, o que implicará em um perspectiva pós positivista de compreensão do fenômeno jurídico.

O reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, operado por jusfilósofos como Dworkin, entre outros, acarretará uma mudança copernicana na maneira se aproximar e conhecer o Direito. Uma mudança que resultará da alteração da teoria normativa (com o reconhecimento da normatividade dos princípios), da teoria das fontes do direito (visto que a Constituição passa a ser a fonte de todo o Direito) e também da necessidade de renovação da própria hermenêutica jurídica (os raciocínios de

subsunção, aplicados às regras jurídicas já não servem na compreensão dos princípios normativos). A Constituição vista agora como horizonte de sentido e compreensão de todo arcabouço normativo que forma o sistema jurídico, ocupa o centro de significado e importância de todo o sistema e não é demasiado afirmar-se, uma vez mais, que este movimento leva para o centro de importância das Constituições os Direitos Humanos Fundamentais. As Constituições contemporâneas já não existem apenas para organizar o Estado e definir as regras do jogo político, sua principal função atual é reconhecer e proteger os direitos fundamentais da pessoa tornando-se assim, uma das principais ferramentas normativas de emancipação humana. O reconhecimento da centralidade dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade humana nas atuais Constituições e as chamadas “cláusulas de abertura” cada vez mais frequentes nos Textos Constitucionais, por meio das quais os Textos se abrem também para o reconhecimento ampliado dos direitos humanos fundamentais na seara internacional, fazem das Constituições atuais um espaço de luta e transformação para a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Esta trajetória do constitucionalismo contemporâneo, encontrará singular acolhida no chamado Constitucionalismo Latino-americano. Neste o avanço constitucional alcançará campo fértil para o surgimento de algumas inovações importantes para a defesa das sociedades plurais e da natureza como sujeito de direitos.

1- AS ALTERAÇÕES NA TEORIA DO DIREITO E NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Não se pretende aqui, fazer um levantamento histórico das perspectivas pelas quais já passou a Teoria do Direito até chegar na atual fase considerada pós- positivista. A pretensão é apenas de relatar e esclarecer a mudança paradigmática que esta sofre a partir da perspectiva Dworkiniana de entender o Direito como prática interpretativa, hoje bastante difundida, principalmente entre os juristas pátrios.

Como se sabe, em 1977 com a sua obra *Levando os Direitos a Sério*, DWORKIN se propõe a estabelecer uma melhor compreensão do Direito do que aquela estabelecida até então pelo positivismo(s) jurídico. Para o autor, as posições básicas do positivismo (embora a sua contrariedade se dê em relação ao positivismo jurídico mais avançado defendido por Hart) se estabelecem em torno da ideia de que o Direito é um sistema complexo de regras, estatuídas pelo Poder Público, que definem o comportamento de uma comunidade. Estas regras, para ser reconhecidas como válidas são submetidas a critérios de análise que tem haver com a forma pela qual foram criadas e não pelo conteúdo que adotam (aqui se encontra a ideia da regra secundária de reconhecimento de Hart) ¹. Se o conjunto destas regras constitui o próprio Direito, um caso determinado que não encontre solução na regra estabelecida deverá ser decidido por meio da discricionariedade do juiz, que ao sair do Sistema Jurídico vai buscar em padrões outros (não jurídicos), a solução para o caso concreto devendo agir como se fosse um legislador intersticial e consciencioso. No entanto, o modelo de regras, próprio da perspectiva positivista, não serve para identificar como direito válido estes padrões outros que não funcionam como regras mas sim como princípios, especialmente quando se está diante dos chamados casos difíceis, diga-se de passagem, cada vez mais frequentes diante de uma sociedade complexa e especializada.

Assim, Dworkin desenvolve seu pensamento no sentido de estabelecer a ideia de que há uma diferença lógica e qualitativa entre regras e princípios, ambos compreendidos como espécies do gênero norma jurídica. Esta compreensão já se difundiu amplamente pela doutrina, de forma que hoje não se constitui mais propriamente em uma novidade. Os princípios possuem a dimensão do peso, valor ou importância, que as regras por sua vez, não possuem. Em um conflito entre princípios há de prevalecer aquele de maior peso em relação às contingências do caso concreto. Por outro lado, um conflito entre regras se resolve no plano da validade. Só uma das regras em conflito poderá ser considerada válida e é o próprio Direito que institui os critérios que podem ser utilizados para resolvê-lo (critério cronológico, critério hierárquico e critério da especialidade).

Neste sentido, o modelo oferecido pelo positivismo (o Direito como um sistema complexo de regras primárias e secundárias) não dá conta de explicar a realidade jurídica

¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.28.

dos princípios e neste sentido, ao não reconhecer a realidade dos princípios como normas, o positivismo jurídico não conseguiria descrever o direito existente de forma adequada. Dworkin propõe, assim, o abandono do modelo positivista. Segundo ROSSI,

O abandono do modelo positivista se daria visto que, em primeiro lugar, o positivismo (especialmente o hartiano), ao desconhecer a realidade dos princípios como norma, não descreve o direito existente de maneira adequada. Segundo, pela não valorização do papel dos princípios, o positivismo jurídico entenderia que, quando não há regra jurídica, mediante o caso concreto, que ofereça solução ao problema, o juiz estaria autorizado a buscá-la em um espaço de discricionariedade no qual recorreria a padrões não jurídicos para esta resolução. Terceiro, a regra de reconhecimento não se presta a identificar os princípios, portanto falha como critério de identificação e reconhecimento do próprio direito.²

Para Dworkin, o modelo de regras e princípios permite encontrar soluções jurídicas aos casos em que o recurso único às regras não admite encontrar solução sem recorrer a padrões extrajurídicos. Assim os juízes, perante os casos difíceis, revelam o direito das partes e não o criam efetivamente. Nesse sentido, não há discricionariedade para Dworkin, visto que, nos casos difíceis, quando não encontrada a solução nas regras jurídicas, o juiz se acode dos princípios normativos, e ao fazê-lo, não sai do sistema jurídico e nem recorre a padrões não jurídicos. Não é demasiado lembrar que os princípios são padrões normativos que, ao portarem os valores essenciais de uma determinada comunidade, se estabelecem comumente como direitos fundamentais.

Os princípios constitucionais acolhem, assim, os principais valores e opções políticas da comunidade. Os direitos fundamentais, muitas vezes são erigidos sob a forma de princípios normativos. A compreensão mais extensa de Dworkin sobre o que é o Direito, em uma perspectiva interpretativa, não se explica e nem se compreende sob a visão do positivismo jurídico. Não é despendioso lembrar que um dos pressupostos metodológicos que acode a toda a doutrina positivista (e são os mais variados tipos de positivismo existente) é a separação entre Direito e Moral. Assim, a compreensão dos

² ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico?** Curitiba: Juruá, 2011, P.110

princípios normativos, com a sua potencial recorrência a valores e opções políticas fundamentais, quebra esta suposta separação, ainda mais quando se encontram estes princípios em uma Constituição que se estabelece no centro de importância e significado de toda a ordem jurídica, irradiando os seus princípios constitucionais na compreensão e interpretação do sistema jurídico e conseqüentemente, rematerializando e ressubstancializando todo o Direito.

1.1 – A perspectiva Pós - Positivista

É necessário deixar preliminarmente claro que a expressão pós- positivismo visa apontar que as principais teses atuais da teoria do direito denotam um importante avanço e um distanciamento considerável das teses do positivismo jurídico. Assim o pós – positivismo implica a ideia de que em função das relações necessárias e conceituais entre a moral e o direito, dadas em especial diante de uma Constituição principiológica, se estaria em um momento de ultrapassagem da perspectiva positivista.

É inegável que o atual momento da teoria jurídica e, especialmente, é importante ressaltar, da teoria constitucional, implicam uma série de mudanças significativas na maneira de compreender, conceituar e aplicar o Direito. Essa é uma transformação paulatina que vem sendo percebida de maneira mais impactante por teóricos europeus e latino-americanos.³

Assim, a perspectiva atual demonstra uma transição de um modelo de Estado de Direito para um paradigma de Estado Constitucional e Democrático de Direito, no qual prevalece a categoria de Constituição rígida, do controle jurisdicional da constitucionalidade, da centralidade dos direitos fundamentais, de uma interpretação extensiva do Texto Constitucional, de reconhecimento de normatividade a princípios constitucionais, da intensa atuação do Judiciário por meio de uma interpretação moral e

³ O Constitucionalismo Americano e Anglo-Saxão (sistemas de Common Law) percebem as mudanças, mas não com tanta contundência quanto os sistemas de Civil Law que as percebem com um impacto diferenciado no sentido de que esses sistemas possuíram uma construção jurídica baseada em um apego mais forte à lei como estrutura formal, enquanto aqueles sistemas já estavam mais acostumados a perceber o direito também como fruto de uma construção de raciocínios jurídicos cristalizados nos precedentes judiciais.

construtiva da Constituição e, portanto, a aproximação cada vez mais estreita entre direito e política, direito e moral, ou seja, a indicação da constitucionalização do Direito em termos não positivistas.

Para Josep Aguiló REGLA⁴ uma das principais características desta transição seria a de que o positivismo defenderia o modelo de regras para explicar a estrutura do sistema jurídico. As regras comportariam a descrição fechada de um caso correlacionado com uma solução normativa e autorreferente. Nessa perspectiva, ainda poderiam existir regras abertas ou incompletas, mas estas apenas fazem remeter à ideia de uma delegação dos órgãos criadores da norma (Legislativo) aos órgãos aplicadores (Judiciário e Administração), estabelecendo um espaço discricionário de atuação (como já esclarecido, é a posição hartiana). Já o pós-positivismo estaria centrado em um modelo de regras e princípios em que os princípios, compreendidos como normas, estabelecem um solução normativa (dizem o que deve ser), embora não definam especificamente um caso (não indicam quando são aplicáveis tais soluções normativas). Os princípios supririam juridicamente as aberturas do sistema por meio da ponderação ou compromisso interpretativo entre eles, estabelecido na deliberação prática que orientará a atuação dos órgão de aplicação. Nesse sentido a compreensão de que inexistem espaços de discricionariedade à atuação do juiz. Este não cria, mas antes revela o direito preexistente. Assim, consequentemente no positivismo, congruente com um sistema de regras, o raciocínio jurídico é do tipo subsuntivo, enquanto na dimensão pós-positivista, o raciocínio jurídico é subsuntivo, mas, em função dos princípios, a ponderação também é um tipo de raciocínio jurídico existente, ou a ideia de integridade e de coerência, desenvolvidas por Dworkin.

No entanto, o que aqui é realmente significativo é que a operação de ponderação é mais básica e frequente do que a de subsumir regras. No pós-positivismo, o Direito não pode ser visto apenas como expressão de uma racionalidade do tipo formal. Mesmo porque existem normas no sistema cuja validade não repousa em critérios formais e sim, substanciais ou materiais. Nesse sentido, o próprio direito se materializa ou substancializa. Ainda, é possível observar-se, segundo a posição de REGLA que a linguagem da ciência do Direito é uma metalinguagem e, portanto, descritiva do fenômeno jurídico (de maneira

⁴ REGLA, Josep Aguiló. **Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras.** Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.30, p.671, 2007.

neutra e isenta, própria da separação sujeito-objeto), no qual os enunciados adquirem valor de verdade. No pós-positivismo, a oposição entre linguagem descritiva e linguagem prescritiva, no âmbito do discurso jurídico, se enfraquece, visto que, para o autor, a boa ciência jurídica desempenha não apenas um papel de descrever o sistema, mas antes, de reconstruí-lo de maneira prática e justificada. O jurista (tanto teórico quanto prático) não é um mero observador do objeto que descreve senão que um participante de uma prática social complexa, como é o direito e que está comprometido com a sua melhora.

1.2 - Centralidade das Constituições atuais e dos Direitos Fundamentais

Não cabe mais pensar em constitucionalismo, ou no papel desempenhado pelas Constituições contemporâneas senão no sentido que o Direito se encontra comprometido com valores e opções políticas em um sentido emancipatório de realização das prerrogativas inerentes aos direitos fundamentais e à dignidade humana. É necessário entender que para definir ou conceituar o Direito, hoje, é preciso tomar em conta que este deve estar conceitualmente ligado à realização de determinados valores morais, no cumprimento de determinadas finalidades, que ultrapassam o valor segurança jurídica, sem, no entanto, desconhecê-lo. O Direito deve cumprir uma função emancipatória, estando comprometido com a realidade complexa da qual ele surge e para a qual ele retorna a fim de melhorá-la.

O que se pode observar, é que estamos diante de um momento de rompimento estrutural e de profundas mudanças na maneira de se conceituar e se compreender o próprio Direito. Não se pode desconhecer que a realidade normativa dos princípios, hoje elevados à categoria de princípios constitucionais, exige uma nova compreensão de sentido que se deve atribuir ao Direito. Não parece que atualmente se esteja diante do querer ou possibilidade de optar-se ou não por tal ou qual conteúdo que o Direito queira e possa carregar. Os direitos fundamentais em seu apelo às considerações morais e éticas constituem a própria concepção de Direito como sistema jurídico. Assim, consoante Menelick de CARVALHO NETO, as afirmações de liberdade e igualdade, os direitos

fundamentais, constituem a própria forma do Direito, que não pode comportar qualquer ordem ou conteúdo de legalidade que não guarde profunda conexão com a democracia.⁵

As Constituições contemporâneas e o Direito como um todo, se encontram comprometidos com a realização de correção material e de justiça. Não se pode, atualmente, compreender o constitucionalismo sem considerar a sua estreita ligação com a democracia e com a afirmação dos direitos humanos fundamentais. Assim, as Constituições contemporâneas, para além de estabelecer as regras do jogo político e a organização do Estado, estão comprometidas indissociavelmente para com o princípio da dignidade da pessoa humana. As Constituições se transformam em instrumentos de emancipação e transformação da sociedade em uma dimensão mais livre, justa e solidária.

Assim, os direitos humanos fundamentais encontram o seu *locus* natural nas Constituições, e passam a ser abrigados em todas as suas dimensões e com um caráter inicial de universalidade. Esta característica de universalidade, no entanto, significa apenas e tão somente que estes direitos dirigem-se à todos indistintamente, mas não toma o sentido de que sejam protegidos todos da mesma forma e num único padrão em relação às órbitas constitucionais dos Estados concretos e determinados.

Neste sentido, em especial mediante uma sociedade cada vez mais complexa e especializada, há a necessidade de se tomar em consideração as identidades culturais próprias a cada Estado e mesmo, há que se tomar em consideração que hoje, a própria ideia de Estado Nacional, homegeneizado e territorializado, já não cabe mais perante as profundas alterações da sociedade contemporânea. Não será então incomum, como faz exemplo o constitucionalismo contemporâneo na América Latina, que a tendência atual seja cada vez maior à ampliação de direitos, especialmente os coletivos e difusos, a originalidade do reconhecimento dos direitos da natureza, a ênfase no desenvolvimento dos direitos sociais mas especialmente, o estabelecimento do pluralismo nacional e étnico, acolhendo a realidade das sociedades pluriculturais e respeitando as identidades próprias que as compõe, em Estados que se reconhecem em suas novas Constituições como

⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Forum, 2011.p.99.

Pluriétnicos e Pluriculturais.⁶ Assim, no constitucionalismo latino-americano atual se assiste a refundação do Estado pelo reconhecimento da plurinacionalidade, o que aponta para uma lógica não mais universalista ou relativista de compreensão dos direitos humanos mas sim intercultural, usando de uma racionalidade de resistência, conforme se verá nos próximos ítems.

2- DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA INTERNACIONAL DE SEU RECONHECIMENTO

Como já amplamente debatido na doutrina, a primeira grande geração ou dimensão de direitos fundamentais nasce em fins do século XVIII, em função do rompimento em relação às estruturas do Absolutismo Político operada pelas Grandes Revoluções Liberais Burguesas (inglesa, americana e a francesa) que acabaram por erigir o chamado Estado Liberal de Direito. Nele os ideais de liberdade e igualdade tomam forma por meio das primeiras Constituições escritas da época que possuíam como principal função a de equilibrar poder e liberdade nos traços da organização do Estado. As primeiras Constituições escritas se incumbem, ao organizar o Estado, reconhecer os primeiros direitos individuais de liberdade (direitos civis e também direitos políticos de participação), destinados agora ao homem, no sentido universal do gênero humano.

No entanto, de acordo com a ideia de que a universalidade de direitos não elimina a possibilidade de estabelecimento de diferenças, os considerados iguais neste contexto, como destinatários dos direitos políticos, são os homens, entenda-se, homem gênero masculino, branco e proprietário. O status político ativo requer que o indivíduo possua determinada renda ou bens para se qualificar como sujeito político e as mulheres e os trabalhadores se encontrarão longe de satisfazer a esta qualificação. Esclarecedoras as palavras de Pietro COSTA,

⁶ v. g. Artigo Primeiro da Constituição da Bolívia de 2009: **artigo 1º** “Bolívia se constitui num Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, livre, independente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado e com autonomias. Bolívia se funda na pluralidade e o pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e lingüístico, dentro do processo integrador do país”.

L'Ottocento è l'età dei diritti. La forte presenza dei diritti nell'Europa del "secolo lungo" è incontestabile, ma mostra al contempo i segni di un'interna divaricazione e di una singolare fragilità. Da un lato, si moltiplicano le "lotte per i diritti", ma i *moral rights* reclamati faticano non poco a trovare accoglienza negli ordinamenti positivi; dall'altro lato, la rivendicazione dei diritti riesce a mettere in questione la legittimità delle discriminazioni esistenti, ma non dispone a proprio supporto di una teoria coerente e condivisa, che abbia preso il posto dell'ormai marginale giusnaturalismo. La stessa eguaglianza, cui le lotte per i diritti fanno appello contando sul fatto che essa è un principio costitutivo della modernità giuridica (salvo i diversi gradi di "radicalità" nella sua attuazione), subisce, a fine secolo, attacchi crescenti: dal darwinismo sociale ai movimenti nazionalisti, dalle ideologie della razza alle teorie dello Stato-potenza, si moltiplicano le prospettive convergenti nel presentare l'eguaglianza come un vecchio arnese ideologico, che occorre ridimensionare per valorizzare la gerarchia, la disciplina sociale, l'espansionismo della nazione.⁷

Será então, apenas na segunda metade do século XIX que os trabalhadores tomarão consciência, em função das correntes socialistas, da sua situação de exclusão política e também social.

Com a Primeira Grande Guerra e o agravamento, que dela decorre, da chamada questão social (exploração humana reproduzida socialmente com o conseqüente aprofundamento dos níveis de miséria, exclusão e desigualdades concretas) o capitalismo deixa de ser concorrencial e passa a organizar-se. A Primeira Guerra marca o fim do capitalismo concorrencial, e também o início do fim da infra-representação política das classes trabalhadoras e das mulheres. O próprio constitucionalismo (agora sob uma perspectiva mais marcadamente social) se verá obrigado a readaptar-se no sentido de encontrar novos caminhos para tentar sanar algumas das patologias geradas pela própria modernidade. Esses novos rumos do constitucionalismo implicaram, especialmente no

⁷ COSTA, Pietro. Op. Cit. P.63 (**Tradução Livre**). "O Oitocentos (século XIX) é a idade dos direitos. A forte presença dos direitos na Europa do "século longo" é incontestável mas, concomitantemente mostra os sinais de uma lacuna interior e de uma fragilidade singular. De um lado se multiplicam as lutas por direitos, mas os *moral rights* reclamados lutam não apenas para encontrar acolhimento no direito positivo; de outro lado, as reivindicações de direitos conseguem colocar em questão a legitimidade das discriminações existentes, mas não contam com um suporte teórico coerente próprio e compartilhado como havia sido o caso do agora marginal jusnaturalismo. A mesma igualdade, cuja as lutas por direitos fizeram apelo, tomando em conta que este é um princípio constitutivo da modernidade jurídica (exceto pelos diferentes graus de "radicalismo em sua aplicação) sofre, em fim de século, um aumento crescente: Do Darwinismo social aos movimentos nacionalistas, das ideologias racistas às teorias do Estado- Potência, se multiplicam as perspectivas convergentes em mostrar a igualdade como um velho instrumento ideológico que deve ser redimensionado para valorizar a hierarquia, a disciplina social e o expansionismo da nação.

período de entre guerras, a reformulação do princípio representativo para acabar com o voto censitário e alçar, finalmente, à esfera política, no circuito da representação, uma classe (os proletários) e o sexo feminino, alargando o consenso constitucional para além da burguesia. O signo do século XX conhecerá uma transformação paulatina no modelo de Estado Liberal que vai, pouco a pouco, assumindo uma faceta mais voltada ao social e, portanto, à realização do valor igualdade material.

É com o advento da Segunda Grande Guerra que os direitos humanos desenvolvidos até então mas já sem brilho e ênfase do início, voltam a ganhar centralidade e especial importância, não obstante esta redescoberta de direitos não tenha sido fácil e nem imediatamente assimilada. Será apenas em 1945, na Conferência de São Francisco, que a Carta das Nações Unidas em seu artigo 55⁸, utilizará a categoria direitos humanos e assim esta categoria entrará oficialmente na pauta política mundial. Segundo COSTA, os direitos humanos encontrarão a sua consagração definitiva no Julgamento de Nuremberg (e de Tokyo) e na Declaração da ONU de 1948. Estes dois eventos possuíram uma enorme força simbólica no sentido da afirmação da categoria direitos humanos, sendo os primeiros a mencionar e prever os crimes contra a humanidade. A própria ideia de humanidade estabelece a proteção a estes direitos agora tanto no âmbito interno como internacional. No pós Segunda Guerra, a onipotência do Estado e do seu soberano estarão em baixa e agora vinculadas ao respeito a uma órbita internacional que passa a gravitar em torno à proteção aos direitos humanos.

⁸ **Carta das Nações Unidas, artigo 55** – Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

O Estado passa a ser o instrumento para a realização dos direitos humanos, e estes se tornam a base sob o qual se assenta a convivência humana. Os direitos passam a ocupar o centro de atenção da ordem jurídica e política. Ocorre um declínio na teoria jurídica, conforme já afirmado anteriormente, da perspectiva positivista do Direito acusada de chancelar (em função da difusão de um legalismo extremado) os horrores da guerra. A atenção volta-se agora para os organismos transnacionais e para a órbita internacional. O homem portador de direitos não apenas civis de liberdade/propriedade, mas também políticos e sociais aparece como sujeito de direitos perante a órbita internacional na qual, anteriormente, só os Estados eram visíveis.

2.1 O Universalismo renovado da Declaração de 1948 *versus* Relativismo

A polêmica da contraposição entre a afirmação do universalismo, enfatizada com a Declaração Universal dos Direitos de 1948, e particularismo ou relativismo continuam e se desenvolvem com ênfase por todo século XX. A ideia de universalidade das primeiras declarações de direitos do fim do século XVIII, foram criticadas como parciais e interessadas por Marx que as creditava o adjetivo de declarações burguesas, por não alcançarem a todos, em especial ao proletariado (a polêmica da contraposição entre direitos de liberdade e direitos sociais).

No mundo contemporâneo, segundo HERRERA FLORES⁹, seria ainda possível encontrar-se duas visões que implicam em racionalidades próprias e distintas no que tange aos direitos humanos. A ideia de igualdade ou identidade e a ideia de diferença. A ideia de igualdade ou identidade elenca uma visão abstrata baseada na concepção ocidental dos direitos e em uma racionalidade jurídico-formal e abstrata, já a ideia de diferença se baseia em uma visão localista centrada em um valor particular de cultura, construída sob o signo de uma racionalidade material.

⁹ HERRERA FLORES, Joaquin. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. *Revista Seqüência*, Florianópolis, v. 23, n. 44, jul. 2002. P.12

Assim, de forma mais clara a racionalidade formal culmina em um tipo de prática que poderia ser chamada, consoante HERRERA FLORES¹⁰, de universalismo de partida, um *a priori* ao qual deve adaptar-se a realidade. Todos possuem direitos pelo fato de terem nascido, mas não se especifica que direitos, em que condições se aplicam, etc. Já o oposto desta perspectiva, o particularismo, sob a premissa de uma racionalidade material, acaba se fechando em si mesmo, pois ao reforçar a categoria da distinção, da diferença, acaba defendendo o mesmo que o universalismo em sua visão abstrata do mundo, ou seja, a separação entre nós e eles ao ignorar o que nos identifica. Assim, aponta o autor para uma alternativa que implicaria em uma racionalidade de resistência que entende pela possibilidade de chegar a uma síntese universal de diferentes opções relativas aos direitos, sem considerar o universal como ponto de partida, e ao contrário, chegando-se a um universalismo de confluência, depois de um processo conflitivo e dialógico no qual se compreende a tensão produtiva entre universalismo e particularismo. Isto seria o que se chama de multiculturalismo crítico ou de resistência ou interculturalismo. Nas Palavras do autor,

Os direitos humanos, no mundo contemporâneo, necessitam dessa visão complexa, dessa racionalidade de resistência e dessas práticas interculturais, nômades e híbridas, para superar os resultados universalistas e particularistas que impedem uma análise comprometida dos direitos, há muito tempo. Os direitos humanos não são, unicamente, declarações textuais. Tampouco, são produtos unívocos de uma cultura determinada. Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que pugnam por reinserir os seres humanos no circuito de reprodução e manutenção da vida, permitindo-lhes abrir espaços de luta e de reivindicação. São processos dinâmicos que permitem a abertura e a conseguinte consolidação e garantia de espaços de luta, pela particular manifestação da dignidade humana.¹¹

¹⁰ HERRERA FLORES, Joaquin. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. *Revista Seqüência*, Florianópolis, v. 23, n. 44, jul. 2002. P.15

¹¹ *Idem Ibidem*, p.25

3- O Protagonismo do Constitucionalismo Latino-Americano na dimensão do Constitucionalismo Contemporâneo- Considerações Finais

O constitucionalismo latino- americano tem proposto mudanças significativas na compreensão do processo constituinte e da soberania popular por meio de mecanismos e institutos que reinventam e ressignificam as formas de participação popular (referendos de aprovação constituinte e da própria possibilidade de reforma da Constituição). Neste sentido caminha também em na direção de protagonizar a noção de diversidade cultural (Nicarágua, 1987) e linguística (Guatemala 1985), o reconhecimento do direito à identidade cultural (Peru, 1993) e, finalmente, o reconhecimento de um Estado plurinacional e multicultural, fundado em sociedades plurinacionais (Bolívia, 2009), cofundado pelo povos indígenas, no qual é preconizada a refundação do Estado. O reconhecimento da natureza como sujeito de direitos (Equador) propugna por uma alteração original e inovadora em toda a teoria amplamente desenvolvida até então.

Estas mudanças influenciam a concepção do constitucionalismo, no reconhecimento e proteção de concepções distintas do que seja o caráter de fundamentalidade dos direitos e suas implicações. A complexidade das sociedades atuais impõe novos desafios de superar pretensas contradições: v. g. universalização de direitos e relativização dos direitos humanos. O direito à diferença, o reconhecimento e o respeito a direitos de povos, das minorias invisíveis, do respeito à diversidade e à alteridade.

Vale observar aqui que a tradição latino-americana esteve sempre muito atrelada a reprodução dos interesses da metrópole colonial, transportando institutos da tradição constitucional europeia e anglo-americana, fortemente influenciada pelos ideais do iluminismo e do individualismo exacerbado, próprios da nova modernidade capitalista. Esta constatação reforça o caráter de mudança paradigmática que o constitucionalismo latino-americano vem produzindo nos últimos tempos em especial pela potencialidade de instrumentalizar um viés mais emancipatório.

As Constituições do Brasil, Venezuela, Bolívia e Equador emolduram este movimento constitucional que redescobre possibilidades para que o povo tome novamente as rédeas do seu destino, por meio do aperfeiçoamento de instrumentos de democracia participativa, de alargamento de direitos sociais, do reconhecimento dos direitos da

natureza, da busca de um novo papel da sociedade plural no Estado e a integração das minorias até então marginalizadas, reconhecidas agora em sua especial dignidade e identidade de existir.

BIBLIOGRAFIA:

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras.** Belo Horizonte: Forum, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério** . 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HERRERA FLORES, Joaquin. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. **Revista Seqüência**, Florianópolis, v. 23, n. 44, jul. 2002.

REGLA, Josep Aguiló. **Positivismo y postpositivismo:** dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho , n.30, p.671, 2007.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico?** Curitiba: Juruá, 2011