

A REINVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DESDE A CULTURA JURÍDICA LATINO-AMERICANA

ANDRÉ LUIZ PEREIRA SPINIELI*

* Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual Paulista (UNESP). Advogado. E-mail: spinieliandre@gmail.com.

RESUMO

Com o império do positivismo herdado dos colonizadores, pensar os direitos humanos desde o contexto político, jurídico e social latino-americano exige saber que se fala em ausência de direitos, em demandas falhas ou atrasadas e em propostas constitucionais formalistas que, além de não serem postas em prática, ocasionam o entorpecimento jurídico dos povos e dá ensejo ao efeito encantatório dos direitos humanos. A partir dessa premissa, valendo-se do método de pesquisa bibliográfica, o objetivo deste trabalho é oferecer reflexões sobre o repensar contemporâneo da cultura jurídica desde o contexto latino-americano de direitos humanos, com a proposta crítica de reinvenção desses direitos como processos de luta antipositivista. Dentre os resultados atingidos, fala-se de direitos humanos na América Latina a partir de sua negação e do constitucionalismo de ordem juspositivista, como mecanismo para a castração do potencial emancipatório que carregam tais direitos. Assim, faz-se necessário reinventar os direitos humanos como processos sociais, econômicos, políticos e culturais, que sirvam de matrizes para novas subjetividades revolucionárias.

PALAVRAS-CHAVE

América Latina. Cultura jurídica. Filosofia da práxis. Positivismo jurídico. Teoria crítica dos direitos humanos.

INTRODUÇÃO

A história latino-americana nos permite verificar que a cultura de direitos humanos na região funciona, à imagem e semelhança de outros elementos, como a sistemática social e institucional, a partir de um construto jurídico realizado com fundamento nas visões de mundo dos colonizadores. Significa dizer que as bases do pensamento jurídico regional estão vinculadas intimamente às heranças jusposi-

tivistas trazidas e instaladas no continente sob o modelo de realização dos direitos desde uma estrutura normativista, estatalista, formalista e pós-violatória como instrumento apto à expansão do domínio europeu sobre as terras e os povos do novo continente.

Eis a fonte da qual se permite afirmar que, com o império do positivismo, tão arraigado na cultura jurídica latino-americana, pensar os direitos humanos nesse contexto implica levar em consideração a existência de uma cultura de verdadeira ausência de direitos, de demandas que não são concluídas, da supressão de etapas de maturação da filosofia social sobre a concepção de direito e apostas constitucionais positivistas que ocasionam o entorpecimento jurídico dos povos, levando-os a um estado de ilusão frente às promessas dos direitos humanos.

Por assim dizer, há uma dicotomia entre as concepções teóricas dos direitos humanos e sua aplicação prática, uma vez que os contextos culturais contemporâneos deram abertura a uma anomalia própria da cultura jurídica em que se verifica o distanciamento entre a teoria e a prática desses direitos, tendo por principal motivo a solidificação da sensibilidade social assentada sob a maneira de concebê-los mental e culturalmente. De fato, essa distinção entre as dimensões dos direitos humanos, como fórmulas jurídicas teóricas e objetos materiais, está firmada sobre uma roupagem histórica latino-americana de rechaça ao pluralismo e ênfase ao monismo jurídico.

Conforme afirma o professor David Sánchez Rubio (2015), há dificuldades notórias em se garantir os direitos humanos quando inseridos em determinados espaços sociais, na medida em que se verifica uma bipolaridade no agir humano frente à realização prática desses direitos, ou seja, em alguns casos se permite respeitá-los e reconhecê-los, enquanto em outros, os indivíduos simplesmente optam por não cumpri-los, ignorando-os e desconhecendo a afeição de tais direitos. No contexto da filosofia dos direitos humanos latino-americana, se essa bipolaridade entre o direito teorizado e efetivado permite, por um lado, que determinados direitos sejam respeitados, reconhecidos e incluídos na dinâmica social, por outro também tolera o desrespeito aos direitos que destoam dos padrões monistas.

Assim, surge a necessidade de repensar os direitos humanos sob a ótica do pensamento crítico latino-americano levado a cabo desde a segunda metade do último século, como crítica que identifique corretamente tais direitos como produtos culturais dos povos originários do continente. Nesse sentido, é afirmar que se faz preciso um movimento de reinvenção dos direitos humanos, a partir de novas concepções jurídicas que assimilem esses direitos com os processos sociais, econômicos, políticos e culturais, como expressões da ética da alteridade, que buscam produzir e reproduzir a atuação do indivíduo inferiorizado frente à tradição dos opressores.

Dessa forma, este trabalho adota como objeto as reflexões sobre o processo de reinvenção dos direitos humanos no contexto jurídico-cultural da América Latina e as conseqüentes alternativas epistemológicas para a realização prática desses direitos, que surgem na contramão das heranças coloniais e como rompimento da lógica que sustenta os avanços e as manutenções do paradigma juspositivista. Para tanto, busca-se analisar neste texto o reflorescimento dos direitos humanos na contemporaneidade, na condição de propostas críticas e contrárias ao positivismo legalista e formalista colonial, realizando um paralelo entre as bases epistemológicas clássicas desses direitos, o denominado cativo positivista, e as novas percepções, notadamente o pluralismo jurídico, que carrega consigo a concepção dos direitos humanos como luta social e práxis libertadora.

1. IMPÉRIO JUSPOSITIVISTA NA AMÉRICA LATINA: DE HERANÇA COLONIALISTA A PARADIGMA DO DIREITO

A rica historiografia latino-americana nos permite verificar que a cultura de direitos humanos preponderante no continente é formada a partir do pensamento juspositivista europeu, verdadeira herança dos colonizadores sobre os povos originários do novo continente, que continuou a prosperar com o passar dos tempos, porquanto, com esse modelo, não apenas se nega a cultura local que preza por um pluralismo de fontes de direito, como também se afirma a colonização jurídica, por meio do enraizamento do modelo jurídico monista europeu (MACHADO, 2017, p. 55) De forma geral, os atores e as instituições do direito neste continente estão vinculados ao positivismo pelo fato de que a estrutura é basicamente normativista, estatalista, formalista, burocrática e pós-violatória, ou seja, há um império da norma e a preocupação com os direitos humanos nasce tão somente após sua violação.

Através dos tempos, a dominação dos povos originários por meio da exclusão do sistema de pensamento jurídico presente na América Latina, cujos reflexos ficam mais evidentes após a entrada em vigor do primeiro momento do constitucionalismo latino-americano, consolidou-se como mais um instrumento apto à expansão da sanha predatória europeia sobre as terras do novo continente. Isso porque, sendo o positivismo uma forma de pensamento na qual a *lex* sobrepõe o *jus*, a ampliação e o enraizamento de seus elementos no âmbito da sociedade latino-americana fundamentaram as práticas coloniais e pós-coloniais de enfraquecimento da população a partir do rompimento com uma cultura própria em nascimento e conseqüente crescimento, impondo-se uma associação da cultura geral e jurídica dos povos nativos aos cânones europeus.

Por meio do positivismo jurídico, que atravessa os tempos e a história de formação e consolidação da América Latina, impôs um modelo pré-constituído não apenas de direito, mas também de sociedade, em que a repressão cultural transformou a América Latina e seus povos em verdadeiras subculturas camponesas analfabetas, desprovidas de autonomia e padrões específicos de expressão jurídica (QUIJANO, 1992). Diz-se que não apenas a *forma mentis* jurídica foi afetada, mas também a sociedade como um tempo, pelo fato de que o positivismo jurídico inseriu uma preocupação com os direitos humanos como meros direitos de papel, distantes da realidade e cuja efetividade era baixa.

No contexto das dominações europeias sobre os latino-americanos, escreve conscientemente Eduardo Galeano (2002, p. 14), pensador da América Latina e de suas veias abertas:

Desde o descobrimento até nossos dias, tudo se transformou em capital europeu, ou, mais tarde, norte-americano, e como tal tem se acumulado e se acumula até hoje nos distantes centros de poder. Tudo: a terra, seus frutos e suas profundezas ricas em minerais, os homens e sua capacidade de trabalho e de consumo, os recursos naturais e os recursos humanos. O modo de produção e a estrutura de classes de cada lugar foram sucessivamente determinados, do exterior, por sua incorporação à engrenagem universal do capitalismo. [...] Nossa derrota esteve sempre implícita na vitória alheia, nossa riqueza gerou sempre a nossa pobreza para alimentar a prosperidade dos outros: os impérios e seus agentes nativos.

A construção da sociedade latino-americana encontra em suas veias marcas de perdas para sustentar as vitórias de outros, motivo pelo qual a história desses povos se confunde até mesmo com a história do desenvolvimento capitalista mundial e, mais recentemente, da globalização. Uma cultura jurídica latino-americana essencialmente formalista, de cará-

ter ahistórico, racionalista, positivista e legalista, tem para si a preocupação com as formas e formalidades do direito, mas não com sua realidade prática ou incidência na dinâmica social. A visão positivista que tomou – e ainda toma – por séculos as sociedades emergentes da América Latina, cuja força foi relativizada com a entrada em vigor das teorias críticas da segunda metade do último século, encontra-se encarcerada em um cativado juspositivista, de que trataremos no segundo capítulo deste trabalho.

Sob a égide do citado legalismo pós violatória, cujas ideias foram fixadas fora de lugar, ao ponto de não incorporar os direitos humanos das minorias e grupos vulneráveis latino-americanos nos sistemas jurídicos, por influência do liberalismo econômico e do idealismo jurídico, parcela considerável dos países da América Latina adentraram ao século XX com documentos constitucionais orientados a partir de uma lógica liberal e conservadora, logo, juridicamente positivista. Essa expressão do positivismo no âmbito constitucional se deve pelo fato que a maior parte das constituições latino-americanas foi firmada no curso da segunda metade do século XIX, instante em que o liberalismo e o conservadorismo significavam as maiores forças políticas do novo continente (GARGARELLA, 2014, p. 34).

Comentando essa primeira fase do constitucionalismo latino-americano, cuja base filosófica e política estava sedimentada no conservadorismo e, conseqüentemente, pensando-se nas raízes europeias, no juspositivismo, diz Roberto Gargarella (2015, p. 97) que

Desde então, a América Latina mantém uma divisão de poderes fundamentalmente tripartida, inclinada para o Poder Executivo e concentrada territorialmente. Esse esquema parece basear-se, sobretudo, em uma desconfiança geral da cidadania – um ponto de encontro que favorece decisivamente o acordo liberal-conservador –, que resultou em sistemas políticos que desencorajam (com reservas conhecidas) a participação autônoma dos cidadãos e as várias formas de controle e decisão popular. (tradução nossa)¹.

Os reflexos desse primeiro instante do constitucionalismo latino-americano atingem até mesmo a concepção de cidadania, porquanto tiram dos povos nativos o caráter de luta pelos direitos e da própria práxis emancipatória. Na ideia de afirmar que não apenas o direito, mas também a sociedade foi alterada profundamente desde a vinda dos colonizadores, é dizer que os metropolitanos não tinham preocupações em assegurar direitos aos povos dominados ou mesmo introduzir uma lógica de direitos humanos que propulsasse a possibilidade de emancipação, já que isso estava na contramão da ideologia solidificada no âmbito do Estado-nação colonizador.

Tipicamente construído sobre as bases filosóficas da libertação e da ética da alteridade (ELLACURÍA, 1999, 2000; DUSSEL, 1993, 1995; MARTÍNEZ, 2018), por exemplo, o neoconstitucionalismo, notadamente em sua busca pela valoração dos direitos humanos, firmada no decorrer do século XX, surge como premissa para se pensar a emancipação social e jurídica dos povos nativos latino-americanos frente ao império juspositivista. Todavia, a crítica que se faz é que, ainda que constituam movimentos de rebeldia contra o positivismo, fato é que dificilmente consegue romper com essa lógica, já que essa ideologia jurídica é hegemônica e permanece nos contornos dos paradigmas do positivismo. A propósito, esse novo constitucionalismo é preenchido com vieses de preocupação com as políticas públicas e a realização prática dos direitos humanos dos povos latino-americanos, em especial os direitos sociais², cujas melhores expressões contemporâneas são os documentos constitucionais equatoriano e boliviano, com a noção do bem viver³.

No instante de identificação e intensificação por que passa a luta pelos direitos humanos na América Latina, associados aos preceitos do novo constitucionalismo latino-americano, que escapa às bases eurocêntricas do direito, surgem duas outras premissas válidas para se pensar a cultura jurídica dos povos (des)colonizados: de um lado, a teoria crítica dos direitos humanos e, de outro, o pluralismo jurídico (WOLKMER, 2019). Assim, os direitos humanos passam a ser objeto da crítica jurídica, devendo ser compreendidos como elementos indispensáveis para o desenvolvimento das sociedades e a quebra das bases jurídicas e políticas positivistas. Dessa forma, ainda que persistam os altos níveis de marginalização, pobreza e discriminação, o desenvolvimento dos direitos humanos nos espaços latino-americanos ascende sob a forma de crítica, para atestar o abismo existente entre teoria e realização material desses direitos.

Na outra margem, nunca distante das formulações teóricas da crítica dos direitos humanos, o pluralismo jurídico se revela sob o formato de elemento que tenta descontinuar a lógica constitucional tradicionalista, conservadora, monista e hegemônica levada a cabo pelos colonizadores nos respectivos territórios dominados, como modelo de pensamento sobre os direitos humanos e sua práxis emancipatória, em face de uma sociedade em que impera a razão das exclusões concretas em contrariedade às inclusões abstratas. Adota-se, para os fins deste trabalho, a ideia de pluralismo jurídico pensada a partir das contribuições do professor brasileiro Antônio Carlos Wolkmer, para quem essa nova visão pode ser considerada “a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagida por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais” (WOLKMER, 2001, p. 219).

No âmbito de uma fundamentação jurídico-filosófica dos direitos humanos, o pluralismo jurídico aparece como verdadeira oposição à concepção de monismo jurídico, para o qual a ideia de direitos humanos está centrada única e exclusivamente no Estado e nos padrões histórica e culturalmente reproduzidos pelas sociedades modernas. É dizer que o pluralismo jurídico rechaça as teses monistas, para as quais há apenas um ordenamento jurídico fundado no direito natural, inserindo no direito as fontes decorrentes das transformações políticas, culturais, sociais e econômicas, que permitem ao homem a adoção de posições que rumam à sua emancipação, como vivente participante dos projetos sociais. No caso latino-americano significa a devolução, pelas vias críticas do direito, de todo um modo autêntico de viver e pensar das classes anteriormente dominadas.

A violência arbitrária promovida pelos colonizadores em face da cultura jurídica latino-americana foi responsável por rechaçar a pluralismo originalmente verificável entre os povos do novo continente. Como afirma Boaventura de Sousa Santos (2001, p. 18), “a rejeição arbitrária da pluralidade de ordens jurídicas eliminou ou reduziu drasticamente o potencial emancipatório do direito moderno”. A negação da cultura do outro na América Latina, sob o pretexto da colonização e da introdução de uma cultura europeia hegemônica – verdadeira coisificação dos povos, para utilizar expressão criada por Dussel –, e a contemporânea necessidade de se superar o colonialismo através dos tempos exige a reinvenção dos direitos humanos, para que passem a ser vistos como processos de lutas sociais e direitos que andam conjuntamente aos povos vulneráveis, às minorias, vítimas e *ninguneados*⁴, como busca pela produção e reprodução do indivíduo inferiorizado.

2. A EPISTEMOLOGIA DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA: ABISMOS E REALIZAÇÕES

A disciplina dos direitos humanos desde o contexto latino-americano, levando-se em consideração todas suas especificidades históricas, políticas e sociais, demonstra a existência de limites axiológicos, epistemológicos e culturais, que impedem, em determinados casos, a realização prática dos direitos humanos e, em outros, possibilita sua implementação relativizada. Esse estado da arte se deve, em grande parte, à gramática dos direitos humanos no espaço da América Latina, porquanto o império da visão puramente legal ou convencional levou os povos à crença de que inexistem outras fontes para o direito, sob a ideia colonizadora de que o pluralismo é insurgente contra a hegemonia europeia e vai de encontro com valores basilares de dominação das comunidades metropolitanas em face das colônias.

Na verdade, verificam-se causas estruturais, sociomateriais, epistemológicas e relacionais que fomentam a separação entre a teoria e as práticas dos direitos humanos. Embora compreendidos como universais, os direitos humanos inseridos no contexto latino-americano têm revelado certo grau de relativização, com a conseqüente ideia de impossibilidade da universalização. Nesse ponto, é válido questionar: os direitos humanos são universais para quem? A gênese histórica desses direitos na América Latina não leva em consideração grupos socialmente excluídos, ou seja, lançando-se os olhares a partir da capacidade de exercício dos direitos humanos, embora aplicáveis a todos os seres humanos, nem todos conseguem exercitá-los.

Como afirma o professor David Sánchez Rubio (2015, p. 100-101):

Por um lado, concordamos com a importância dos direitos humanos, o efeito positivo e encantador que eles têm porque servem simbolicamente para legitimar a justiça dos estados civilizados, constitucionais e democráticos. Discursivamente, quase todos estão convencidos do quão necessários são para que princípios como dignidade humana, liberdade e igualdade sejam garantidos em qualquer comunidade que os respeite. Mas, por outro lado, sabemos como é difícil cumpri-los no dia a dia, na prática, e, o que é pior, que eles sejam garantidos em certos espaços sociais, como na esfera doméstica ou nos mundos de produção, trabalho e/ou mercado. *(tradução nossa)*⁵.

Nesse ponto, verifica-se que a transformação do direito em abstração, sobretudo sob a égide da igualdade formal entre os povos, pensar os direitos formais e institucionalmente reconhecidos a partir da ideia monista torna os direitos humanos insuficientes. Diz-se isso pelo fato de que, ainda que permitamos a infiltração do pensamento e valores dominantes europeus em outras culturas, uma interculturalidade, certamente verificaríamos princípios de direitos humanos que são diferentes para outros povos e, conseqüentemente, haveria um impedimento ao se falar em universalidade desses direitos. Em última análise, é afirmar que não basta que seja ser humano para que haja efetividade na tutela desses direitos.

Essa constatação guarda relações íntimas com o próprio processo de colonização latino-americana, na qual os ibéricos foram afastados da possibilidade de emancipar sócio e juridicamente os povos aqui encontrados, dando azo à introdução de um novo modelo de pensamento sobre o direito, de acordo com as concepções próprias das metrópoles europeias, que, no desenvolver dos tempos, mostraram um direito fixo, eivado de bases rígidas e imutáveis. De fato, o alijamento do pensamento jurídico sobre os direitos humanos nos países que compõem o bloco da América Latina tem como fonte os dois paradigmas hegemônicos do direito

desde o tempo da conquista ibérica: o jusnaturalismo e, mais fortemente enraizado após o giro hermenêutico do século XIX, o positivismo jurídico.

A insatisfatória situação das disciplinas jurídicas basilares, como a filosofia do direito e os direitos humanos, nos países latino-americanos se deve primordialmente à insuficiência explicativa da realidade dos povos dominados (ATIENZA, 2017), transformando a cultura de direitos em meras produções da elite europeia. Além da supressão das fontes do direito plural ao tempo da colonização, os ibéricos também foram responsáveis por anestesiar os sentidos de luta popular arraigadas entre os povos nativos da América Latina. Isso porque a proposta de um pluralismo jurídico era considerada, aos olhos dos metropolitanos, um contrassenso frente à noção de um direito futuramente juspositivista, traduzido em formalismos e burocracias, e de cidadania, como acesso censitário – para homens brancos e proprietários – aos direitos humanos (FAJARDO, 2011, p. 140).

Dessa forma, instalava-se e perpetuava-se na América Latina, até os novos horizontes jurídicos e sociais inaugurados pelo constitucionalismo do século XX, sobretudo com o México, um verdadeiro pluralismo jurídico conservador, como reflexo de um poder instituinte oligárquico, cuja proposta era a de suspender e destruir os direitos humanos dos povos nativos. Trata-se do retrato posto dos movimentos de conquista praticados pelos Estados-nação europeus em face dos povos latino-americanos, exteriorizando a desregulamentação dos direitos humanos e a dessubjetivação dos povos e dos movimentos sociais.

O retrato dos direitos humanos no contexto latino-americano, pensado basicamente a partir das contribuições do positivismo jurídico, revela severos problemas de efetividade. Para o positivismo, para ser direito deve haver um núcleo mínimo de eficácia, mas, nos direitos humanos, pode-se dizer que houve uma promessa ou aparência de eficácia, porquanto o complexo desses direitos não tem finalidade propriamente de resolução de conflitos, mas sim uma ideia de fornecer suporte à dignidade humana, aos direitos de cidadania e à democracia. Parte daí a necessidade de se invocar a problemática sobre a efetividade prática desses direitos, o que não ocorre no âmbito formalista, visto que, como direitos de carta e de papel, são previstos nas ordens constitucionais e convencionais internacionais de forma massiva.

O problema das taxas de (in)efetividade dos direitos humanos na América Latina é bastante alta, ao ponto de, em alguns casos, aniquilar qualquer anseio em termos de direitos humanos. A título exemplificativo, no caso do Brasil, os debates mais incisivos sobre direitos humanos são recentes e urgentes, na medida em que passaram a ser difundidos como tema principal nas pautas sociais após o terrorismo de Estado vivido no contexto da ditadura militar e a desigualdade social cada vez mais acirrada se tornou fundamental para a formação de uma sociedade de burocracias políticas e regalias sociais e econômicas restritas a determinados indivíduos. Com o movimento de democratização primária na América Latina, houve a constituição dos direitos de primeira dimensão, civis e políticos, sem que, por outro lado, os governos tenham conseguido avançar em termos de efetividade dos direitos sociais, em grande parte por força da não superação das desigualdades históricas.

Apenas na última década é que o contexto político, econômico e social latino-americano conseguiu reinventar, ainda que parcialmente, os termos de efetividade dos direitos de segunda dimensão, sobretudo pelo fato de que houve uma ascensão em massa ao poder de governos considerados progressistas e de orientação ideológica mais à esquerda, cuja proposta de governo era o olhar para a vítima histórica, para o economicamente hipossuficiente e para os *ninguneados*. Porém, como característica verificável nos muitos governos que adotaram essa sistemática, tem-se que, se “por um lado ampliaram políticas sociais de acesso a direitos

básicos, por outro são responsáveis por mega projetos que sonegam direitos de parcelas significativas da população” (VIOLA; PIRES, 2016, p. 286).

Dessa forma, têm-se direitos proclamados em tratados e cartas constitucionais, mas sonegados na vida, o que se agrava nos contextos periféricos dos Estados democráticos. Os direitos humanos, como direitos essenciais, promovem um discurso encantatório e ilusório, mas que não apresentam a efetividade devida, transformando esse fator, juntamente com suas funções e finalidades, em seus problemas mais aflitivos (MACHADO, 2017, p. 20). Além disso, o problema central está em conhecer o real sentido do direito, não do que deveria ser feito com ele, mas o que é de fato realizado.

A partir da perspectiva crítica do direito, aplicada aos direitos humanos em especial, tem-se a possibilidade de assinalar três fatores macro que funcionam como obstáculo à efetividade jurídica, intensiva e expansiva, dos direitos humanos⁶. Diz-se que há necessidade de uma efetividade intensiva no sentido de, cada vez mais, realizar-se tais direitos na prática, e expansiva pelo fato de buscar sua aplicação para o maior número de indivíduos possíveis, sobretudo àqueles historicamente excluídos dos projetos sociais.

O primeiro fator diz respeito ao fato de que toda a gramática, a narrativa e a retórica dos direitos humanos, tal como as técnicas e práticas (*práxis*), possui resultados satisfatórios apenas em contextos sociopolíticos e econômicos em que se opera uma lógica de razoável igualdade material. Contrariamente, em sociedades estruturalmente desiguais, como é o caso da América Latina, o trabalho teórico e prático dos direitos humanos facilmente fracassa ou atinge resultados mais baixos. Significa dizer que os direitos humanos têm funcionalidade e efetividade mais clara em Estados que se valem do sistema do bem-estar social (*Welfare State*). O problema da América Latina em geral foi adotar um constitucionalismo europeu e, conseqüentemente, importar teorias sobre direitos humanos também do velho continente, mas se esquecer da realização prática de um Estado de bem-estar social. Aqui, pula-se diretamente do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, amputando a etapa essencial do Estado Social de Direito.

O segundo elemento que ocasiona a ineficácia dos direitos humanos no contexto latino-americano está no fato de que, após o rompimento com os governos ditatoriais, os países da América Latina foram incisivos em assinar todos os tratados de direitos humanos possíveis, o que revela que, quanto ao campo jurídico, está-se bem calçado. Porém, na contramão, a efetividade dos direitos humanos inseridos em documentos constitucionais e tratados internacionais depende do sistema de justiça, que realmente não foi algo pensado para distribuir direitos, mas apenas para solucionar conflitos e fornecer direitos no varejo, caso a caso. Isso revela que o sistema de justiça atua somente na criticável dimensão pós-violatória dos direitos humanos, de modo que não age para distribuir direitos humanos, que significa, em realidade, condição indispensável para a efetividade jurídica deles. Trata-se de um problema estrutura, segundo o qual o sistema de justiça é formulado para realizar controles e manter a ordem, não para perfazer a justiça social.

Por fim, o terceiro elemento se revela como a dimensão que o professor Antônio Alberto Machado (2017, p.21) nomeia de “cativeiro do positivismo”. É dizer que temos uma cultura jurídica latino-americana essencialmente formalista, ahistórica, racionalista, positivista e legalista, que se preocupa com as formas e formalidades do direito, mas não com a sua realidade. A partir do efeito encantatório e ilusório promovido pelos direitos humanos, a sociedade se põe como satisfeita com a forma jurídica, mas a luta social propriamente dita para a realização desses direitos é levada a cabo por poucos atores sociais – grupo que certamente não é constituído pelo Poder Judiciário. Isso revela que os direitos humanos estão presos no

calabouço do positivismo, da satisfação com meras previsões legais por parte das sociedades latino-americanas, esquecendo-se que esses direitos exigem, para sua efetividade, atenção à dimensão prática.

O cativo do positivismo – ou quadrado paradigmático – impõe reconhecer que o conhecimento e a cultura jurídica latino-americana, teórica e prática, está condicionada por quatro padrões, sendo dois de caráter científico, um político e outro filosófico. Os dois paradigmas científicos que governam a ciência jurídica, que dizem o que é o seu objeto e como ele deve ser estudado é a compreensão kelseniana do direito como lei ou norma, e o método lógico-formal. Nessa concepção, para conhecer a norma, é preciso inteligir seus sentidos abstrativos, sua validade e sua vigência. Por outro lado, o paradigma político está vinculado à ideologia do liberalismo, para a qual o direito é essencialmente individualista, egoístico e privatista, e, no campo filosófico, diz respeito aos sujeitos que aplicam as normas, cujo horizonte e parâmetro em que se busca o alcance das normas é o sentido racional-analítico, de origem cartesiana e com toques de platonismo e neokantismo.

As três ordens racionais postas demonstram a base epistemológica clássica dos direitos humanos no âmbito latino-americano, a partir de um retrato realístico de descumprimento prático desses direitos, com especial ênfase para a crítica ao positivismo posta em vigor pelas teorias pós-positivistas do século XX, em especial a crítica dos direitos humanos e o neoconstitucionalismo. Além de um preceito axiológico e teórico, revela-se que os direitos humanos possuem também uma dimensão política, pois não nasce somente da paz, mas sim da luta, do conflito e do tumulto. Nesse sentido, Óscar Correias (2017) afirma que aqueles que estão do lado dos outros, dos vulneráveis e dos *ninguneados* são condenados socialmente pela luta pelos direitos humanos.

Segundo o professor argentino,

[...] os direitos humanos constituem meios de defesa de bens conquistados na luta contra os opressores. São conquistas da humanidade, mas na transição para uma sociedade melhor. E certamente não é válido que os opressores agora os usem para desativar a luta que os oprimidos devem continuar a desenvolver contra sua intransigência.⁷. (CORREAS, 2017, p. 410; tradução nossa)

Pensando a partir desse pretexto é que os direitos humanos se situam também no campo da política. Diante das especificidades sociais, culturais, políticas e econômicas já tratadas, ao se escrever sobre o movimento europeu colonizador de encarceramento do direito plural originário da América Latina, para dar espaço à compreensão monista do direito, que mais tarde abraça integralmente os ideais do positivismo jurídico, é preciso também analisar as teses defendidas politicamente, as leis que são aprovadas e quem são os atores e personagens beneficiados ou liquidados pelo direito hegemônico.

Por não se verificar historicamente um período de Estado de bem-estar social na maior parte dos países que compõem a América Latina – o que não abarca o forte constitucionalismo social posto em prática no México a partir de 1917 –, a efetivação dos direitos humanos é deveras complexa de ser realizada, sobretudo dos direitos sociais, econômicos e culturais, uma vez que “com a diminuição do papel do Estado, desmonte do papel do Estado de Bem-Estar (Welfare State (...)) a taxa eficaz dos direitos fundamentais de segunda geração tende a se reduzir drasticamente” (MACHADO, 2017, p. 148).

Por fim, ainda se nota o obstáculo de cunho teórico e científico, que é a própria formação jurídico-cultural do povo latino-americano e as finalidades que se busca atingir *com* e *no*

direito, porquanto está preso ao chamado cativo do positivismo, do qual nem mesmo as teses mais contemporâneas, de insurgência contra o formalismo jurídico, consegue escapar. Não há um favorecimento para uma cultura de direitos humanos. Trata-se de uma visão formalista, cuja materialização de direitos depende diretamente da superação do paradigma do positivismo jurídico lógico-formal, uma reinvenção.

3. A REINVENÇÃO DA CULTURA DE DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA⁸

“Si no se abren las puertas
El pueblo las ha de abrir”

(Mercedes Sosa)

A bipolaridade presente entre o direito teorizado e o materialmente efetivado permite, como afirmamos outrora, que determinados direitos sejam respeitados, reconhecidos e incluídos na dinâmica institucionalizada de cada sociedade, alcançando o status de direitos humanos universais, verdadeiros símbolos do progresso e da civilidade, mas firmados sobre uma base cultural, social e econômica extremamente restritiva, ao mesmo tempo em que há certa ignorância ou mesmo desconhecimento quanto à necessidade de efetivação de outros direitos, que destoem dos interesses hegemônicos e dos padrões monistas. Vale dizer que o abismo verificado entre teoria e prática dos direitos humanos não reside tão somente na inaplicabilidade concreta dos mecanismos postos à disposição pelos ordenamentos jurídicos, mas esse distanciamento mantém relação com a inadequação dos direitos humanos aos padrões impostos pela ideologia hegemônica, ao que não seria interessante garantir uma igualdade material entre os sujeitos sociais, sobretudo quanto aos indesejáveis.

De acordo com o professor David Sánchez Rubio (2015), ainda que a identificação da existência de um abismo entre teoria e prática dos direitos humanos seja considerada indiscutível, fato é que há certa dificuldade de sobrepô-la, visto que a principal motivação para perpetuação desse afastamento promovido entre os diferentes discursos jurídicos que estão ao redor dos direitos humanos é a conveniência social em reforçar a condição precária em que se encontram, como itens de notória descartabilidade. Segundo o autor, tem-se que a existência de uma “cultura interesadamente conformista, indolente, acomodaticia y pasiva conviene entender derechos humanos a partir de estos dos planos aparentemente tan distintos” (RUBIO, 2015, p. 102). Em realidade, a passividade existente na construção prática dos direitos humanos como instrumentos de emancipação social na sociedade moderna fortalece o entendimento segundo o qual a vivência humana é incapaz de alcançar a perspectiva histórica desses direitos.

Comentando a permanência das estruturas sociais assimétricas, que reforçam a exclusão daqueles à margem da sociedade do gozo dos direitos humanos, diz o professor Sánchez Rubio (2015, p. 103):

Parece que existe uma espiritualidade de desamparo que, sob a desculpa desse abismo entre o que foi dito e feito, adota a atitude de continuar deixando as coisas como estão, permanecendo intactas estruturas socio-culturais assimétricas e desiguais sobre as quais essa cultura de preguiça se move como um peixe na água. Possivelmente nos convém manter essa

diferença para consolidar e reforçar uma sensibilidade dos direitos humanos, cuja existência, demasiada estreita, reduzida e simplista, que tanto na superfície como no fundo convém a quem, realmente, prefere conviver descumprindo, destruindo e/ou ignorando direitos humanos ou, como mínimo, sob uma lógica padronizada de inclusões e exclusões, somente reconhece alguns grupos ou coletivos e desconhece outros por diversas circunstâncias intimamente relacionadas, como o racial, o sexual, o gênero, o etário, a condição de classe e/ou a eficiência ou deficiência psíquica e física.(tradução nossa)⁹.

Transplantando essa ideia para o contexto latino-americano, pode-se afirmar categoricamente que o distanciamento entre teoria e prática dos direitos humanos, que tais povos assimilaram como natural, sobretudo por força da cultura jurídica imposta nos países que compõem a América Latina, é uma das razões pelas quais se verifica certa passividade no instante de construir os direitos no dia a dia e em todos os campos da sociedade. Afirma-se que a perda do atributo de emancipação social que ostenta os direitos humanos faz que com se impere a lógica das exclusões concretas e das inclusões abstratas nas sociedades contemporâneas. Por ser excessivamente pautada em critérios formalistas, típicos do juspositivismo, a cultura de direitos humanos existente contemporaneamente acaba reforçando, voluntária ou involuntariamente, a ideia hegemônica de que a separação entre o que é dito e feito em termos de direitos humanos constitui uma visão válida.

Como visto, a própria concepção culturalmente influenciada de direitos humanos que é posta nos discursos latino-americanos demonstra a existência de uma “actitud autista”, nos dizeres do professor David Sánchez Rubio (2015, p. 101), que tolera, de maneira bastante naturalizada, as violações sistemáticas de direitos dos grupos usualmente discriminados e marginalizados, bem como reproduz o formato de sociedade considerada acomodada e com bases conservadoras, que optam por manter intactas suas estruturas socioculturais. Na verdade, a normalização desse estado de separação entre teoria e prática dos direitos humanos ou de acriticidade frente às usurpações desses direitos, notadamente dos grupos situados mais à margem das sociedades, implica reconhecer a urgência e a necessidade premente de uma reinvenção dos direitos humanos, para que sejam creditados não apenas como meras estruturas formais, direitos de papel, mas também como mecanismos com potencial emancipatório e de luta antipositivista.

A crítica dos direitos humanos desde a visão da América Latina perpassa pela necessidade de ressignificação do próprio entendimento sobre o conceito. Está na contramão do que preconiza a teoria crítica a clássica – e formalista – compreensão dos direitos humanos como normas fundamentais reconhecidas nos âmbitos nacional e internacional, pelos documentos constitucionais e convencionais, que são interpretados pelos juristas. Como afirma o professor Joaquín Herrera Flores (2009, p.17), “os direitos humanos constituem o principal desafio para a humanidade nos primórdios do século XXI”, de modo que é preciso uma reformulação de toda a teoria para que se aproxime das problemáticas enfrentadas contemporaneamente.

No mesmo sentido, outro elemento negativo que a crítica dos direitos humanos assimila e que faz exigir urgentemente propostas de reinvenção do pensamento e da prática sobre esses direitos é o fato de que esse modelo de cultura jurídica faz com que as lutas sociais sejam transformadas em meros objetos, sem significação, o que acaba promovendo uma cultura de direitos erguida sobre a base formalista e de ordenação juspositivista. Esse fenômeno reduz a força constituinte desses direitos e levam à conclusão segundo a qual somente se tem direitos humanos nas ocasiões em que há uma norma legal que os positive e quando um corpo burocrático de funcionários estatais busca inseri-los, desordenadamente, na prática por in-

termédio de hermenêuticas retiradas de reflexões doutrinárias, planos de políticas públicas e sentenças judiciais.

Tais fatores traduzem aquilo que a teoria crítica chama de cultura pós-violatória dos direitos humanos (BORGES, 2012; RUBIO, 2010), isto é, a sensação de que temos direitos fundamentais apenas se manifesta na medida em que um direito é violado e há abertura de procedimentos no âmbito do sistema de justiça. Em terras latino-americanas, concebemos os direitos humanos apenas depois de sua violação e tentamos suprir essa lacuna protetiva a partir do acesso à justiça, o que cria uma anestesia na proteção desses direitos. Por outro lado, é necessária a concepção de uma cultura pré-violatória de direitos humanos, a todo o momento e em todos os lugares e espaços sociais, como verdadeiros produtos das lutas sociais, já que não se garantem direitos humanos na prática tão somente por força de um limitado sistema de justiça. Faz-se preciso uma mudança na cultura jurídica latino-americana, que passe de anestésica para sinestésica¹⁰.

Preocupado com essa situação de verdadeira dissociação entre teoria e prática dos direitos humanos, como uma das problemáticas que mais exigem com urgência a reinvenção do ato de fazer e desfazer direitos, o chileno Helio Gallardo (2007) insere sua visão sobre a teoria desses direitos a partir de cinco dimensões: a) luta social; b) reflexão filosófica ou dimensão teórica e doutrinária; c) reconhecimento jurídico-positivo e institucional; d) efetividade jurídica e efetividade relacionada ao sistema de garantia; e) sensibilidade sociocultural e popular.

Em linhas gerais, é dizer que o fundamento dos direitos humanos é a própria luta social e os “setores populares constituem o fundamento sócio-histórico dos direitos humanos” (GALLARDO, 2019, p. 33), de modo que cabe aos grupos se organizarem para a defesa de novos direitos, como gênese dos direitos humanos. Por outro lado, atesta-se a necessidade de reflexões filosóficas ou teórico-doutrinárias acerca do aspecto de legitimidade das e paras as reivindicações sobre os novos direitos. Em sequência, é preciso pensar o problema intrínseco à positivação dos direitos, que acompanha a desmobilização dos movimentos sociais, vez que a demanda pela qual se lutava foi “cumprida” pela normatização. No campo da eficácia e efetividade jurídica, é pensar a criação de uma teia que una o que está na teoria com o que se encontra na prática, de maneira a inserir mudanças nas concepções filosóficas e culturais das sociedades contemporâneas para fazer com que as pessoas respeitem naturalmente os direitos humanos dos outros, já que seria inócuo pensar os direitos humanos se o discurso, na primeira oportunidade, prega a exploração das vulnerabilidades sociais. Por fim, tem-se o viés da sensibilidade sociocultural, que demonstra que a teoria crítica não parte da universalidade, mas sim de uma pluriversalidade, o que não representa suplantando direitos, senão romper com o distanciamento entre teoria e prática.

Essa nova forma de pensar os direitos humanos e a necessidade insurgente de reinventar as bases de pensamento e prática sobre esses direitos é característica típica do grupo de teóricos afetos à teoria crítica, cuja finalidade é a busca dos direitos humanos na prática, como luta de grupos marginalizados para a construção da própria história. Ou seja, não se trata de um dado, mas de um construto; não é um terceiro intermediador, mas sim parte do próprio grupo que se organiza e reivindica direitos. Dessa forma, rompe-se com a perspectiva assistencialista de direitos humanos, pois concessões que não são de natureza emancipatória não fazem parte desse campo fértil de pensamento, senão de políticas governamentais. O que se busca com a teoria crítica e sua ideia de reinvenção dos direitos humanos, para figurarem como produtos da luta social, em última instância, são níveis satisfatórios de igualdade material, já que o plano formal de igualdade é uma constante nas normativas que versam sobre direitos humanos.

A perspectiva posta pela teoria crítica é emancipatória, pois os povos devem estabelecer processos de lutas sociais que visem alcançar os direitos humanos a partir de sua inserção na esfera prática. É o que diz o professor Helio Gallardo (2019, p. 83-84):

Faz-se necessário retornar aos critérios básicos desta discussão. Em primeiro lugar, a obscuridade sobre o fundamento dos direitos humanos tem um custo significativo em sua abordagem, promoção e defesa. Esse custo castiga diretamente os setores populares já sob sua expressão de vulnerabilidade, ou como agentes de transformação social, política e cultural necessária. Em segundo lugar, o fundamento dos direitos humanos reside nos movimentos e nas mobilizações sociais, na luta social, não em uma ideologia filosófica ou na sua aceitação ou promoção pelo(s) Estado(s) ou no reconhecimento de uma dignidade humana abstrata. É por meio da luta social que os direitos humanos adquirem legitimidade cultural. A luta social, portanto, é decisiva para a constituição de uma cultura de direitos humanos. Em terceiro lugar, somente no marco de uma cultura de direitos humanos é que estes podem ser reivindicados com eficácia em circuitos judiciais.

A reinvenção dos direitos humanos tem como mote a sua redefinição como processos de luta pela dignidade humana, ou seja, são direitos que não se produzem pelo acaso, mas sim como resultado de lutas sociais. Trazendo essa ideia para o campo latino-americano de trabalho, tem-se que hoje já se fala em direitos humanos como produtos culturais, de modo que o pensamento sobre os direitos funciona como reação frente aos processos de subordinação, exploração e exclusão social. Como afirma o professor Joaquín Herrera Flores (2005a, p. 18), os direitos humanos sob a perspectiva cultural e de produto das lutas sociais serve à cultura como “el cauce necesario para conectar con las diferentes luchas que las plurales y múltiples formas de vida que pueblan nuestro mundo han realizado en la búsqueda de la dignidad humana”.

Falar em reinvenção dos direitos humanos a partir do contexto específico latino-americano é delegar aos movimentos sociais e aos povos originários o dever de superação da racionalidade capitalista exploratória inserida desde a lógica do capitalismo liberal, tal como significa obrigar todos os latino-americanos a se comprometerem com uma visão crítica e emancipatória dos direitos humanos, para concebê-los não como meras formalidades legais, mas sim como elementos úteis à construção de uma racionalidade que ponha desejos e necessidades humanas mais urgentes em mais destaque do que as expectativas do capital. Como afirma Joaquín Herrera Flores (2009, p. 17), os direitos humanos têm o condão de se converterem em discussões jurídicas, éticas e de lutas sociais para servirem de guia para essa nova racionalidade. Porém, isso exige uma imediata libertação do cativeiro mercadológico e juspositivista em que estão inseridos.

A ideia de direitos humanos como produtos culturais é bem informada na voz do professor Joaquín Herrera Flores (2005b, p. 98), cuja obra é um marco para a discussão sobre o conceito de reinvenção dos direitos humanos:

Para nós, os direitos humanos só podem ser entendidos como produtos culturais que emergiram em um determinado momento histórico como uma “reação” - funcional ou antagônica - diante das relações que nele prevaleciam. Ou seja, os direitos humanos não devem ser vistos como entidades supralunares ou, em outras palavras, “direitos naturais”. Antes, deveriam ser analisados como produções, como artefatos, como instrumentos que, desde seus primórdios históricos na modernidade ocidental,

estavam instituindo processos de reação, insistimos, funcionais ou antagônicos, diante dos diferentes ambientes de relacionamento que surgiram das novas formas de explicar e intervir no mundo.(*tradução nossa*)¹¹

Essa nova perspectiva leva em consideração os direitos como processos sociais e institucionais que fomentam a abertura de espaços de luta pela dignidade humana. Para o professor Herrera Flores (2009, p. 17), o mito da universalidade dos direitos humanos pode ser redefinido para significar o “fortalecimento de indivíduos, grupos e organizações na hora de construir um marco de ação que permita (...) criar as condições que garantam um modo igualitário aos bens”. Reinventar os direitos humanos é afirmar a luta dos homens para a realização de seus desejos e necessidades nos contextos históricos, políticos e sociais – senão também jurídicos – em que estão inseridos.

A expressão de um poder constituinte popular de direitos humanos, formado por movimentos sociais e grupos historicamente vulnerados, fundamenta a passagem desses direitos de uma dimensão institucionalizada para uma perspectiva prática, a partir das lutas travadas coletiva e singularmente na realidade cotidiana. Como afirma Joaquín Herrera Flores (2009, p. 98), “os direitos humanos começam com o café da manhã”. No contexto latino-americano de luta pelos direitos humanos, a inserção de uma ideia de pluralismo jurídico a partir do neconstitucionalismo andino foi essencial para demonstrar que o poder estatal não constitui a única fonte do direito, de tal forma que se abre espaço para a introdução de práticas sociais desde abaixo, de caráter emancipatório e advindo dos movimentos sociais. A proposta de um pluralismo jurídico na América Latina como base para uma sociedade intercultural representa a tentativa de escapar da reprodução impensada dos padrões hegemônicos europeus e, conseqüentemente, dar atenção aos desejos e necessidades dos segmentos latino-americanos majoritários, “como as nações indígenas, as populações afro-americanas, as massas de camponeses agrários e os múltiplos movimentos urbanos” (WOLKMER, 2011, p. 147).

Em última análise, a compreensão dos direitos humanos na América Latina deve necessariamente passar por uma perspectiva de pluralismo jurídico emancipatório, que afaste as influências do juspositivismo e insira a ideia de sujeitos vulneráveis históricos, concretos e coletivos, como construto para uma busca pela práxis libertadora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cultura de direitos humanos construída na América Latina ao longo dos tempos, desde a colonização, é reflexo direto das estruturas institucionais baseadas nos interesses das metrópoles frente às colônias. Os documentos constitucionais produzidos no contexto latino-americano estão marcados não unicamente pelos resquícios do interesse das elites hegemônicas, como também trazem consigo o encarceramento dos direitos humanos junto ao positivismo jurídico, de ordenação formalista e burocrática. Isso leva à concepção de que nos satisfazemos com o efeito domesticador causado pelo direito meramente inserido na lei, esquecendo-nos, por força da ilusão causada por esse movimento, que os direitos na prática são dependentes de lutas.

Como proposta de reinvenção dos direitos humanos, sob a condição de produtos culturais das lutas sociais levadas a cabo no contexto latino-americano, o pensamento crítico sobre esses direitos tem por finalidade denunciar e colocar em xeque toda a estrutura tradicionalista, hegemônica e conservadora construída no entorno dos direitos humanos. Dessa forma, o papel da crítica é justamente subverter a ordem naturalizada e complacente dos homens frente a esses direitos, em condições de subordinação. Os direitos humanos, mais do que

asseguradores de dimensões éticas, sociais e jurídicas, também ostentam o caráter político. Isso significa dizer que não basta somente verificar a inclusão formal desses direitos na lei, sendo preciso notar a luta por direitos e a quem eles beneficiam.

A proposta de reinvenção dos direitos humanos tem por finalidade superar a ideia equivocada de que eles, por si, possuem sempre um caráter crítico. Na verdade, muitas das teorias desenvolvidas acerca desses direitos carregam em si o pensamento hegemônico clássico, ora dizendo que os direitos humanos estão numa ordem de dado (não construto), universal, eterna e imutável, ora afirmando que os direitos dos homens apenas são assim considerados a partir do instante em que a autoridade competente a insere no texto legal. Portanto, a tese da reinvenção teórica e prática dos direitos humanos, ancorada na teoria crítica do direito, tem por mote transformá-los em instrumento para uma práxis de libertação, úteis para legitimar processos de luta contra as opressões.

Se, por um lado, os direitos humanos servem como reforço para o capitalismo e sustentam, de certa forma, as práticas do neocolonialismo latino-americano, por outro, a ideia é que operem como elemento de estímulo às lutas sociais que visam garantir a emancipação dos povos historicamente postos à margem da sociedade. Não se pode simplesmente abandonar a gramática dos direitos humanos, diante de sua impraticabilidade, mas sim reconstruí-la desde uma perspectiva emancipatória. O pensamento crítico sobre os direitos humanos, que não apenas identifica os abismos existentes entre teoria e prática, mas também a descrença no formalismo juspositivista, identifica esses direitos como produtos culturais surgidos no ocidente, em que assumem dupla posição, tanto de reprodução das bases ideológicas coloniais, quanto de oposição à predatória globalização e às injustiças sociais e opressões.

Portanto, à imagem e semelhança da introdução de novas perspectivas do direito plural nos documentos legais e constitucionais latino-americanos, a reinvenção dos direitos humanos é essencial nesse âmbito para compreendê-los como processos sociais, econômicos, culturais e políticos, que visam fomentar o surgimento de uma nova ordem em que sirvam como mecanismos de luta e de construção das novas subjetividades revolucionárias na América Latina, que venham desde abaixo, dos movimentos sociais, populares e dos povos esquecidos, marginalizados e transformados em verdadeiros *ninguneados*.

REFERÊNCIAS

- ATIENZA, M.. *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid: Trotta, 2017.
- CORREAS, Ó.. El derecho y los marxistas. *Problemata: Revista Internacional de Filosofía*, v. 8, n. 1, p. 403-413, 2017.
- CUNHA, J. R.. Direitos humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 3, a. 2, p. 138-172, 2005.
- DUSSEL, E.. 1492 - *O encobrimento do outro: a origem do "mito da modernidade"*: conferências de Frankfurt. Trad. Jaime Classen. Petrópolis: Vozes, 1993.
- *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995.
- ELLACURÍA, I.. *Filosofía de la realidad histórica*. San Salvador: UCA, 1999.
- *En torno al concepto y a la idea de liberación*. In: ELLACURÍA, Ignacio. *Escritos teológicos*. San Salvador: UCA, 2000.
- FAJARDO, R. Z. Y.. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 139-159.

- GALEANO, E.. *As veias abertas da América Latina*. 41. ed. São Paulo: Paz & Terra, 2002.
- GALLARDO, H.. *Direitos humanos como movimento social: para uma compreensão popular das lutas por direitos humanos*. Trad. Fredson Oliveira Carneiro *et al.* Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2019.
- *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: Francisco Gómez, 2007.
- GARGARELLA, R.. La “sala de máquinas” de las constituciones latinoamericanas: entre lo viejo y lo nuevo. *Nueva Sociedad*, n. 257, jul./ago., p. 96-106, 2015.
- *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2014.
- HERRERA F., J.. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- *El proceso cultural: materiales para la creatividad humana*. Sevilla: Aconcagua, 2005a.
- *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata, 2005b.
- MACHADO, A. A.. *Elementos de teoria dos direitos fundamentais*. Franca: Cultura Acadêmica, 2017.
- QUIJANO, A.. Colonialidad y modernidad-racionalidad. In: BONILLO, Heraclio (Org.). *Los conquistados: 1492 y la población indígena de las Américas*. Bogotá: Tercer Mundo Ediciones, 1992. p. 437-449.
- RUBIO, D. S.. Crítica a una cultura estática y anestesiada de derechos humanos: por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos. *Derechos y Libertades*, n. 33, p. 99-133, jun. 2015.
- SANTOS, B. de S.. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- VELASTEGUÍ, M. B.. Un triple punto de partida. In: TEJADA, F. C. (Coord.). *Educación y buen vivir: reflexiones sobre su construcción*. Quito: Contrato Social, 2012. p. 33-42.
- VIOLA, S. E. A.; PIRES, T. V.. Direitos humanos e sociedade: para além do liberalismo. In: RODINO, A. M. *et al.* (Org.). *Cultura e educação em direitos humanos na América Latina*. João Pessoa: CCTA, 2016.
- WOLKMER, A. C.. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCConst., Curitiba, *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCConst*, 2011. p. 143-155.
- *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.
- *Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito*. Revista Direito & Práxis, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 2711-2735, 2019.

ABSTRACT

With the empire of positivism inherited from the colonizers, thinking about human rights from the Latin American political, legal and social context requires knowing that there is talk of an absence of rights, of failed or delayed demands and of constitutionalist proposals that, in addition to not being put into practice, cause the peoples' legal numbness and gives rise to the enchanting effect of human rights. Based on this premise, using the bibliographic research method, the objective of this work is to offer reflections on the contemporary rethinking of legal culture from the Latin American context of human rights, with the critical proposal of reinventing these rights as processes of anti-legal positivist struggle. Among the results achieved, there is talk of human rights in Latin America based on their denial and constitutionalism of a legal positivist nature, as a mechanism for the castration of the emancipatory potential that carry such rights. Thus, it is necessary to reinvent human rights as

social, economic, political and cultural processes, which serve as matrixes for new revolutionary subjectivities.

KEYWORDS

Latin America. Legal culture. Philosophy of praxis. Legal positivism. Critical theory of human rights.

NOTAS

- ¹ Original: “Desde entonces, América Latina mantiene una división de poderes fundamentalmente tripartita, ladeada hacia el Poder Ejecutivo y territorialmente concentrada. Ese esquema aparece basado, ante todo, en una general desconfianza hacia la ciudadanía – punto de encuentro que favorece decisivamente el acuerdo liberal-conservador –, lo cual ha redundado en sistemas políticos que desalientan (con reservas conocidas) la participación autónoma de la ciudadanía y las diversas formas de control y decisión populares.”
- ² É digno se recordar que o constitucionalismo social tem como sua principal fonte a Constituição Mexicana de 1917, resultado da luta popular posta em prática durante o movimento revolucionário de sete anos antes de sua entrada em vigor. Não apenas rompendo com a ideia do constitucionalismo liberal e conservador, de baixa realização dos direitos humanos, a inserção dos direitos sociais no âmbito constitucional representava, à época, uma grande novidade. O pioneirismo latino-americano revela, além de um importante momento do constitucionalismo mundial, que os direitos humanos se renovam a partir das lutas populares e dos movimentos sociais.
- ³ No documento constitucional boliviano, em especial, a ideia de bem viver (*buen vivir* ou *suma qamaña*) aparece como base fundamental do Estado, na seção em que se fala sobre princípios e finalidades da existência do ente estatal, o que leva à conclusão primária de que se trata de um princípio ético-moral de uma sociedade reinventada sob a base do pluralismo jurídico. Portanto, a proposta do povo boliviano ou equatoriano ao inserir em suas constituições o conceito de bem viver é trazer à tona os princípios clássicos dos direitos humanos, como a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a liberdade do homem, o respeito, a equidade social, a realização da justiça social e dos direitos humanos em geral. Nesse mesmo sentido, resta evidente que o neoconstitucionalismo latino-americano leva em consideração a tradição de seus povos, porquanto, sobretudo nesses países, os documentos foram construídos a partir das ingerências dos grupos histórica e socialmente excluídos, como os indígenas. Conforme aponta Velastégui (2012, p. 36), o bem viver constitucional “Representa, reflete, recorre, recria uma maneira de pensar e ver o mundo, um modo de organizar o conhecimento sobre o mundo. É a concepção ancestral andina de vida que se mantém em vigor em muitas comunidades indígenas até hoje”.
- ⁴ O termo “ninguneado” é tomado do escritor e ensaísta mexicano Octávio Paz, que utilizava o termo, em um contexto de escrita que traz representações simbólicas sobre a parcela da sociedade que se encontra à margem da ideologia hegemônica e invisível aos demais indivíduos desse corpo social, para se referir às pessoas cuja existência é socialmente apagada, de forma voluntária, ou simplesmente ignorada diante da complexidade das relações sociais travadas diariamente.
- ⁵ Original: “Por un lado, estamos de acuerdo con la importancia que tienen los derechos humanos, el efecto positivo y encantador que poseen porque simbólicamente sirven para legitimar la justicia de los estados civilizados, constitucionales y democráticos. Discursivamente casi todo el mundo está convencido de lo necesarios que son para que principios como la dignidad humana, la libertad y la igualdad sean garantizadas en cualquier comunidad que los respeta. Pero por otro lado, somos conscientes de lo difícil que resulta cumplirlos en el día a día, en la práctica y, lo que es peor, que sean garantizados en determinados espacios sociales como puede ser el ámbito doméstico o los mundos de la producción, el trabajo y/o el mercado.”
- ⁶ A enumeração desses três fatores é realizada com base nas informações fornecidas em aula pelo Professor Dr. Antônio Alberto Machado, da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) da Universidade Estadual Paulista (UNESP), na disciplina da Pós-Graduação em Direito (Mestrado) denominada “Pluralismo jurídico e alternativas epistêmicas: a efetividade dos direitos humanos da cidadania”, realizada em 2019.
- ⁷ Original: “[...] los derechos humanos constituyen medios de defender bienes que han sido conquistados en la lucha contra los opresores. Son conquistas de la humanidad, pero en el tránsito hacia una sociedad mejor. Y por cierto que no es válido que ahora los opresores los usen para desactivar la lucha que los oprimidos deben continuar desarrollando contra su intransigencia.”
- ⁸ Nesse capítulo, seguiremos a discussão a partir das significativas contribuições do professor espanhol Joaquín Herrera Flores, notadamente em relação ao que escreveu sobre a reinvenção dos direitos humanos e a proposta desses direitos enquanto produtos culturais das lutas sociais.
- ⁹ Original: “Parece como si existiera una espiritualidad de impotencia que, bajo la excusa de ese abismo entre lo dicho y lo hecho, adopta la actitud de seguir dejando las cosas tal como están, permaneciendo intactas las estructuras socio-culturales asimétricas y desiguales sobre las que esta cultura de desidia se mueve como pez en el agua. Posiblemente nos conviene mantener esta diferencia para consolidar y reforzar una sensibilidad de derechos humanos, allí donde exista, demasiado estrecha, reducida y simplista, que tanto en la superficie como en el fondo conviene a quienes, realmente, prefieren convivir incumpliendo, destruyendo y/o ignorando derechos humanos o, como mínimo, bajo una lógica normalizada de inclusiones y de exclusiones, solo los reconoce a unos grupos o colectivos y los desconoce a otros por diversas circunstancias muy relacionadas, con lo racial, lo sexual, lo genérico, lo etario, la condición de clase y/o la capacidad o discapacidad psíquica y física.”
- ¹⁰ Sobre a relação muitas vezes conflituosa entre efetivação dos direitos humanos e sistema de justiça, ver a pesquisa desenvolvida pelo professor José Ricardo Cunha (2005), desenvolvida no Rio de Janeiro, em que demonstra claramente a atitude anestesiada de magistrados frente às demandas que envolvem direitos humanos. Parte dos dados inseridos na pesquisa mostram que muitos deles pouco estudaram direitos humanos e, se houvessem oportunidade, não o fariam. Além do mais, há um preocupante desconhecimento e utilização sobre os tratados e normas internas que contemplam direitos dessa natureza.
- ¹¹ Original: “Para nosotros, los derechos humanos, no pueden entenderse sino como productos culturales surgidos en un determinado momento histórico como “reacción “ – funcional o antagonista – frente a los entornos de relaciones que

predominaban en el mismo. Es decir, los derechos humanos no deben ser vistos como entidades supralunares, o, en otros términos, “derechos naturales”. Más bien, deben analizarse como producciones, como artefactos, como instrumentos que desde sus inicios históricos en la modernidad occidental, fueron instituyendo procesos de reacción, insistimos, funcionales o antagonistas, ante los diferentes entornos de relaciones que surgían de las nuevas formas de explicar, interpretar e intervenir en el mundo.”