

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE:
FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS
PARTICIPATIVOS**

EUDES VITOR BEZERRA

FERNANDA CRISTINA DE OLIVEIRA FRANCO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Eudes Vitor Bezerra, Fernanda Cristina de Oliveira Franco – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-568-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos Fundamentais. 3. Utopia. 4. Políticas Públicas. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

Apresentação

Caríssima(o) Associada(o), demais leitores,

A questão da efetividade dos direitos humanos constitui elemento central de uma série de discussões acadêmicas que buscam enfrentar os desafios que se colocam diante do tema, sobretudo contemporaneamente frente às crescentes ameaças que visam desconstruir conquistas históricas expressas nas formulações deste conjunto de direitos.

Na célebre lição de Norberto Bobbio, a questão premente dos direitos humanos deixou de ser a de sua fundamentação para ser justamente a de sua efetivação, tema caro aos autores dos artigos ora apresentados. Neles, são apresentadas diferentes perspectivas ao tema da efetividade dos direitos humanos, transitando entre abordagens teóricas e pesquisas empíricas. Muitos deles discorrem acerca de processos participativos capazes de criar ou exercitar mecanismos que ao final consigam assegurar a almejada efetividade dos direitos humanos.

Muitos artigos analisam de que forma estes direitos - à exemplo do direito à educação, à saúde, à alimentação, o direito dos idosos, dos imigrantes, dos refugiados, das mulheres e de diversos grupos socialmente vulneráveis - encontram-se ameaçados, bem como mecanismos necessários para reverter ou no mínimo se contrapor aos processos instalados de violações desses mesmos direitos.

Algumas soluções são trazidas, a exemplo da educação para a mediação de conflitos, da abordagem da proteção multi-nível, a questão das ações afirmativas, bem como o olhar realista que desvende como a estrutura política acaba atuando de forma descomprometida e despolarizada em relação aos direitos humanos.

Alguns artigos trazem a discussão sobre o direito ao desenvolvimento, entendido como um direito síntese, a partir do qual vários outros direitos humanos podem ser efetivados, problematizando em que medida o desvio dos recursos por meio da corrupção acaba minando importantes iniciativas e políticas públicas que seriam destinadas à promoção do

desenvolvimento. A crise da representatividade no sistema político partidário é igualmente analisada, de forma a demonstrar como esta lacuna de representação acaba por minar as possibilidades de efetividade dos direitos humanos.

O tema das mídias sociais e da ciberdemocracia surge como horizonte marcante, potencialmente capaz de criar condições favoráveis à concretização de processos participativos, desde que adequadamente enfrentada a exclusão e desigualdade no acesso dos cidadãos às novas tecnologias. Aliada à educação dos cidadãos e dos servidores públicos, são apresentados como caminhos através dos quais os direitos humanos podem encontrar caminho frutífero de efetivação.

Destarte, é para nós uma honra escrevermos o prefácio de uma junção de aguerridos trabalhos científicos, seja pela profundidade, seja pela qualidade das pesquisas realizadas e apresentadas por alunos e docentes de diversos programas de pós-graduação em Direito do Brasil, motivo pelo qual agradecemos todos os autores que contribuíram para o desfecho da presente obra cuja leitura convidamos.

Prof. Dr. Eudes Vitor Bezerra (Universidade Nove de Julho – Uninove)

Profa. Dra. Fernanda Cristina de Oliveira Franco (Universidade Federal do Maranhão)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A POLÍTICA CONTRA OS DIREITOS HUMANOS

POLITICS AGAINST HUMAN RIGHTS

André Simões Chacon Bruno ¹

Resumo

O presente artigo busca analisar como o processo de desenvolvimento econômico traz consigo o desenvolvimento de estruturas jurídicas adjuntas, como a formação monopolística, que levam à impossibilidade da garantia de diversos direitos. A discussão aqui realizada busca também confrontar a afirmação de que o afrouxamento da rigidez existente em relação aos direitos fundamentais poderia contribuir para sua concretização. Pretende-se, assim, avaliar a hipótese segundo a qual, tendo em vista o realismo político violentamente exercido na política brasileira, o resultado disto seria catastrófico. Por fim, fica demonstrado que a política, nestes termos, parece atuar, em verdade, contra os direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos, Constitucionalismo, Filosofia do direito, Desenvolvimento econômico e social, Política

Abstract/Resumen/Résumé

This study seeks to analyze how the process of economic development brings with it legal frameworks which, such as the monopolies, leads to an impossibility of the guarantee of various rights. The discussion held here also seeks to confront the claim that the loosening of the existing rigidity in relation to fundamental rights could contribute to its implementation. The aim is to evaluate the hypothesis according to which, given the political realism violently exercised in Brazilian politics, the result would be catastrophic. Finally, it is demonstrated that politics, in these terms, seems to act, in truth, against human rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Constitutionalism, Philosophy of law, Economic and social development, Politics

¹ Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1 Introdução

O presente artigo pretende realizar uma discussão crítica sobre os direitos humanos, promovendo, para tanto, a problematização de questões internas e externas ao direito, como as influências do poder econômico, bem como também a miríade de barreiras, impedimentos e consequências geradas pelo embate deste com o realismo político exercido no cotidiano social,¹ sempre no desiderato de se desvendar possíveis razões pelas quais os direitos humanos continuam a não ser devidamente concretizados.

As provocações que incitaram esta reflexão são oriundas de uma discussão ocorrida em uma disciplina de mestrado, na qual diversos pontos de vista foram coerentemente e amplamente debatidos. Um dos pontos de vista em particular causou ao autor certa estranheza, pois as premissas e as conclusões, apesar de fundamentadas, não pareciam ser as mais adequadas. O ponto de vista em questão trazia certa dose de desconfiança e pesar em relação às possibilidades de concretização de direitos humanos pelas vias estatais, especialmente no que tange aos direitos sociais. Isto posto, procurou creditar ao âmbito privado maiores possibilidades, chances e pendor à concretização dos aludidos direitos, defendendo ainda a des-rigidização (afrouxamento dos requisitos de alterabilidade, da rigidez e até mesmo a desconstitucionalização) dos direitos fundamentais; opinião da qual discordamos.

Deste modo, para o desvelamento de outra faceta desta questão, e de modo a contribuir com o debate, caracterizado por sua extrema complexidade e sobre a qual pensa-se ser impossível definir uma única possível e definitiva resposta, registramos aqui nossa argumentação. Foram utilizados neste exercício, vale dizer, principalmente as percepções e

¹ O realismo político, também chamado de *realpolitik*, teve início com o pensamento de Nicolau Maquiavel (1469-1527), para quem a pesquisa política se destaca do pensamento especulativo, ético e religioso. Giovanni Reale e Dario Antiseri (2004, p. 93) demonstram que a mudança brusca de direção em que se encontram as reflexões de Maquiavel em relação aos humanistas anteriores explica-se pela nova realidade política que havia sido criada em Florença e na Itália, pressupondo também uma grande crise de valores morais que começava a grassar. No que tange ao *realismo político*, ao qual está ligada forte vertente do pessimismo antropológico, escrevem que “[...] é básico o capítulo XV de *O Príncipe* (escrito em 1513, mas publicado somente em 1531, cinco anos após a morte do autor), que discute o princípio de que é necessário se ater à ‘verdade efetiva das coisas’, sem se perder na busca de como as coisas ‘deveriam’ ser; trata-se, em suma, da separação entre ‘ser’ e ‘dever ser’” (REALE; ANTISERI, 2004 p. 94). Nas palavras do próprio florentino: “[...] Muitos imaginaram repúblicas e principados que jamais foram vistos e que nem se soube se existiram na verdade, porque há tamanha distância entre como se vive e como se deveria viver, que aquele que trocar o que se faz por aquilo que se deveria fazer aprende antes sua ruína do que sua preservação; pois um homem que queira fazer em todas as coisas profissão de bondade deve arruinar-se entre tantos que não são bons. Daí ser necessário a um príncipe, se quiser manter-se, aprender a poder não ser bom e a se valer ou não disto segundo a necessidade” (MAQUIAVEL, 1996, p. 73).

problematizações trabalhadas na mencionada disciplina, às quais foram adicionadas outras, de modo a se complementar e enriquecer a argumentação.

2 Desenvolvimento econômico, positivismo e novo estruturalismo jurídico

Para uma possível crítica sobre a atual situação dos direitos humanos nos países subdesenvolvidos e sobre a possibilidade de se proceder a uma maior efetividade dos mesmos deve-se levar em consideração, primeiramente, o processo de formação econômica dos países, visto que o desenvolvimento econômico sempre traz consigo uma complexa gama de estruturas jurídicas adjuntas, as quais possuem a finalidade de tanto justificar, quanto de operar a manutenção de seu próprio sistema.

O modo como as nações crescem e se desenvolvem, ou seja, o processo de formação econômica de um país, mantém uma íntima conexão com a sua atual situação econômica, com os mecanismos de poder e com os sistemas jurídicos² que atualmente estão em vigor.³ Estes elementos podem ser traduzidos como as *condições estruturais* para a concretização dos direitos humanos dentro de determinada sociedade e, nesse sentido, da forma como o direito é aplicado, ele parece ser fundamentalmente um instrumento de manutenção das estruturas econômicas e sociais existentes (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 534).

Em relação aos países subdesenvolvidos (ou em desenvolvimento), sabe-se que o poderio econômico esteve historicamente mais concentrado e consolidado nas ex-colônias europeias na América Latina e na Ásia. Nestes países o poder econômico foi feito por relações econômicas que predominaram e se consolidaram antes mesmo da própria formação dos respectivos Estados nacionais, os quais historicamente estiveram relacionados a colonizações monopolizadoras, tanto como monopólios estatais (América Latina), como por

² Embora não seja o mérito da presente discussão, pensa-se importante constar que tais relações são intrínsecas ao modo de reprodução capitalista. Nesse sentido: “No capitalismo, a apreensão do produto da força de trabalho e dos bens não é mais feita a partir de uma posse bruta ou da violência física. Há uma intermediação universal das mercadorias, garantida não por cada burguês, mas por uma instância apartada de todos eles. O Estado, assim, se revela como um aparato necessário à reprodução capitalista, assegurando a troca das mercadorias e a própria exploração da força de trabalho sob forma assalariada. As instituições jurídicas que se consolidam por meio do aparato estatal – o sujeito de direito e a garantia do contrato e da autonomia da vontade, por exemplo – possibilitam a existência de mecanismos apartados dos próprios exploradores e explorados” (MASCARO, 2013, p. 18).

³ “This is why it appears possible to revisit their development processes, starting from structures of economic power and the structures of income distribution that follow them. The bonds of colonial dependence that motivated underdevelopment, even if the root cause, are not its ultimate cause. The explanation is simple, but must be well understood. The internal economic structures are what permit or inhibit, in the necessary moments, the breakthrough from external economic dependency. As we all know, this rarely took place in the history of developing countries. Apart from rare and exceptional situations, in these countries the bonds of dependency are rarely counterattacked and even less frequently broken. This is because of internal power structures and income distribution that benefits, even if indirectly, from these bonds” (SALOMAO FILHO, 2015, ps. 1-2).

monopólios público-privados (Ásia). A questão mais importante que aqui se quer denotar, no entanto, é que o *status* colonial, muito além da dependência externa, cria estruturas de poder internas que marcaram e continuam influenciando muitos aspectos do desenvolvimento (ou subdesenvolvimento) destas sociedades (SALOMÃO FILHO, 2015, p. 1).

O monopólio de exploração colonial trazia consigo marcas profundas que influenciavam na totalidade das relações da época, principalmente as econômico-sociais.⁴ Em relação ao capital produzido, havia a drenagem total dos recursos para a metrópole, o que, aliado à exploração do trabalho escravocrata, produzia poderosos influxos de renda (não havia salário, logo, não havia circulação monetária). Como consequência do monopólio de exploração colonial,⁵ deu-se a inexistência de um mercado interno, o que causava um profundo amortecimento social, pois se não há renda, privilegia-se somente a exportação, levando à inexistência dos demais setores – e o que resta, então, são somente ciclos de exploração (no caso do Brasil, o açúcar, o minério, o café...) (FURTADO, 2007).

Esta ausência de concorrência levava a uma “tripla drenagem” nos recursos da sociedade (mercado de trabalho, mercado consumidor e demais setores), o que, se por um lado levava à acumulação concentrada de capital pelos detentores dos meios de produção, levava também à marginalização e ao empobrecimento dos setores econômicos periféricos. (SALOMÃO FILHO, 2015, p. 41). Além do problema da drenagem econômica, verifica-se também que na origem do Brasil depreende-se a superposição de uma dimensão do *privado fortalecido* (na figura do plenipotenciário, autoritário, defensivo, egoísta, explorador), diante do amplo saldo de distanciamento e abandono secular, no que tange ao colonizador, em face à outra dimensão, a de um *público enfraquecido* (distante, ausente, inexistente, presente somente como punição), que marcou todo o histórico da colonização monopolista predatória e exploratória brasileira (BITTAR, 2014, ps. 07-38).

⁴ Sobre a nossa origem monopolística e sua imbricação nos demais sistemas sociais, inclusive o jurídico, merece menção a seguinte passagem: “Sob essas condições, a lei é uma forma de revestimento para relações sociais de dominação, em que *senhor* e *escravo*, *colonizador* e *indígena*, *missionário* e *prosélito*, *civilizado* e *bugre*, *dominador* e *dominado* se encontram em polos opostos e codependentes, amenizados pela pessoalidade do destino comum em terras distantes e inóspitas, onde se dará a fermentação de um processo sociocultural, econômico e político, de singular expressão. A lei concede direitos ao *senhor plenipotenciário*, e impõe deveres e rigores a *dependentes*, *súditos* e *escravos*. O *patriarcalismo* e o *hiperindividualismo* dos dominantes são autorizações para a ocupação de terras extensas e para as quais se procura produtividade, lucro e controle” (BITTAR, 2014, p. 10).

⁵ “Na história econômica, a busca de novos mercados e o raciocínio mercantilista sempre foi sinônimo de dominação, dependência e pobreza e os países subdesenvolvidos e em via de desenvolvimento, de passado colonial, são as grandes testemunhas e vítimas dessa equação” (SALOMÃO FILHO, 2016, p. 68).

A relação entre direito e economia toma especial relevo nesta discussão, pois como já foi dito, ele também é influenciado pelos fatores acima explicitados. É sabido que o processo de formação histórica do direito, especialmente da dogmática jurídica, acabou culminando na produção de um direito autocentrado, autorreferencial, desvinculado da moral e da justiça.⁶ Isso se torna um grande problema, pois a principal consequência deste processo é que esse direito positivista intimista⁷ reduz a capacidade do sistema jurídico de minimamente captar e considerar os interesses sociais envolvidos pelo direito, permitindo-se ser, assim, cooptado pelo sistema econômico. Nesse sentido, portanto, a postura doutrinária positivista preparou o terreno perfeito para que o direito se distanciasse dos grandes problemas sociais e para que fosse consumido e subsumido aos desígnios técnicos de outras ciências, especialmente a econômica (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 536).

O direito cooptado, portanto, abre brechas para uma utilização pífia do ordenamento, que é a ideia de inspiração racional-positivista de *compensação*. A ideia do direito como *compensação* torna-se, assim, a solução geral no trato de problemas econômico-sociais, especialmente em relação aos direitos sociais, pois ao invés de promover mudanças *estruturais*, no sentido de fornecer respostas coletivas satisfatórias, promovem-se respostas compensatórias e individuais para demandas subjetivas oriundas do direito objetivo. Uma resposta justa seria a mudança do sistema para que ele *de fato* desse respostas viáveis e coletivas para os grupos historicamente marginalizados, mas o que vemos, no entanto, é exatamente o oposto (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 538).

Como consequência das compensações têm-se dois resultados: primeiramente, as políticas públicas tornam-se de difícil implementação pelo direito, pois elas ocorrem individualmente e por decisões judiciais casuísticas e nem sempre coerentes, e, em segundo lugar, também torna-se dificultoso conseguir promover mudanças econômico-sociais, pois as compensações sempre serão insuficientes frente às enormes e profundas desigualdades continuamente criadas pelas esferas do sistema econômico, principalmente quando baseadas em estruturas de poder extremamente concentradas e monopolizadas. Uma outra resposta

⁶ Esta, inclusive, é uma das principais características da Tradição Jurídica Ocidental. Isso significa dizer que em nossa tradição é realizada uma distinção entre as instituições jurídicas (incluindo processos jurídicos como a legislação ou a adjudicação, bem como as regras jurídicas e conceitos que são gerados por esses processos) e outros tipos de instituições, ou seja, apesar de o Direito poder ser influenciado pelos demais sistemas (religião, política, moral e costume), reconhece-se que, no Ocidente, ele possui uma autonomia própria (BERMAN, 2006, p. 18).

⁷ Procurando descrever as características do direito como se manifesta hoje, no mundo burocratizado das sociedades ocidentais, Tercio Sampaio Ferraz Junior escreve que ele se identifica como um fenômeno decisório, um instrumento de poder, e a ciência jurídica como uma tecnologia (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 2).

deve ser dada então, muito diferente da solução compensatória, que pode ser denominada de *estruturalismo jurídico*, a qual não se confunde com os demais estruturalismos das Ciências Sociais (como o linguístico e o antropológico) ou das Ciências Econômicas (por exemplo, o chamado estruturalismo de Harvard) (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 539).

Antes de explorar esta questão, no entanto, compreende-se ser importante fazer uma pequena digressão. Comentando sobre as linhas de argumentação racional sobre a justiça, Amartya Sen (2011, ps. 37-38) promove uma diferenciação entre as mais usuais. Segundo o autor, a primeira abordagem, chamada de “*institucionalismo transcendental*”, possui duas características: a) concentra a atenção no que identifica como a justiça perfeita, e não nas comparações relativas de justiça e injustiça, e b) na busca da perfeição, o institucionalismo transcendental se concentra antes de tudo em acertar as instituições, sem focalizar diretamente as sociedades reais que poderiam surgir. Este modo de pensar a justiça, portanto, claramente se identifica com as teorias contratualistas.

A segunda abordagem pode ser chamada de “*comparação focada em realizações*”, a qual coloca esforços justamente em realizar abordagens comparativas endereçadas às realizações sociais (resultantes de instituições reais, comportamentos reais e outras influências). Diferentemente dos contratualistas, os autores que trabalham deste modo estavam envolvidos em comparações em sociedades que já existiam ou poderiam surgir, em vez de limitarem suas análises a pesquisas transcendentais na busca de uma sociedade perfeitamente justa.

Esta questão é complementada por Sen (2011, p. 50) por meio do contraste feito com duas palavras tiradas do sânscrito clássico, *niti* e *nyaya*, as quais ambas significam justiça, embora representando diferentes acepções da mesma. Entre os principais usos de *niti* está a adequação de um arranjo institucional e a correção de um comportamento, enquanto o termo *nyaya* representa um conceito abrangente de justiça realizada, ligando-se mais aos fatos do mundo que emerge, e não apenas às instituições ou regras específicas.

Em termos análogos, pode-se identificar a abordagem de *niti* com o *institucionalismo transcendental*, e, por sua vez, *nyaya* com a abordagem da *comparação focada em realizações*. Estas diferenciações justificam-se porque a segunda abordagem (*comparativa*, alinhada com o conceito de justiça de *nyaya*) parece se coadunar perfeitamente com as

ambições do *estruturalismo jurídico*, inclusive facilitando a compreensão em relação ao seu desiderato e *modus operandi*.

O *estruturalismo* de que aqui se fala, conforme Calixto Salomão Filho (2012, p. 540):

[...] Parte da crítica explícita ao funcionamento positivista do direito e procura identificar estruturas econômicas e jurídicas que, fundamentais à organização social, respondem por relações de dominação e de poder econômico, afastando a possibilidade de aplicação de qualquer raciocínio valorativo na organização da sociedade. É à crítica e transformação dessas estruturas, ora jurídicas ora econômicas, que se propõe a sugerida “teoria estruturalista”. Assim, o direito por vezes serve de base (como no caso das patentes, verdadeira “estrutura jurídica” geradora das estruturas econômicas e de dominação importantes), às vezes de superestrutura determinada por uma base econômica (o caso da concentração de empresas e seu tratamento regulatório e concorrencial).

Em vez de atuar no sentido de propor quais seriam as melhores instituições ou como devem dar-se os pactos sociais para que se alcance a justiça, esta teoria tem a sóbria intenção de procurar afetar questões reais e materiais que impedem o bom funcionamento do direito, especialmente no que tange à efetividade dos direitos humanos.⁸

Por outro lado, ao se entrar no campo da efetividade dos direitos humanos deve-se sempre levar em consideração o funcionamento e a estrutura dos poderes, principalmente os limites de cada um deles, bem como suas atuações fáticas. O direito constitucional ao enrijecer algumas normas, direitos fundamentais,⁹ por exemplo, tem a pretensão de funcionar como mecanismo de correção da política quando esta deixa de aplicar, mediante programas/arbitrariedades de governo, patamares mínimos de comportamentos queridos e tornados obrigatórios. Quer-se dizer com isso que reconhecem-se comportamentos que logram serem respeitados, não interessando conceitos ou opções políticas, criando-se, assim,

⁸ Por exemplo, o caso da legislação sobre patentes, que funciona de modo a garantir a existência de monopólios, logo, impedindo e inviabilizando o acesso a medicamentos e, em última instância, ao próprio direito à saúde. Nesse sentido: “Nesta perspectiva estruturalista, temas clássicos passam a exigir outro tipo de visão. É natural que tais temas sejam mais diretamente ligados às estruturas jurídicas e econômicas que têm impacto sobre o sistema econômico e social. Discute-se, por exemplo, a viabilidade e necessidade de proteção ampla a patentes, em um mundo em que informação e conhecimento são fontes indiscutíveis de poder. A isenção de produtos de patenteamento e o licenciamento compulsório de patentes de produtos socialmente sensíveis tornam-se temas relevantes. A própria justificativa econômica para a existência de patentes parece indicar a necessidade de uma análise acurada das hipóteses em que sua concessão se justifica. Em setores já dotados de grande nível de rivalidade a patente não serve para estimular a invenção, mas apenas para garantir monopólios [...]” (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 545).

⁹ Entendendo-se aqui direitos fundamentais como direitos humanos positivados: “É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (Grundrechte). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos” (COMPARATO, 2010, ps. 70-71).

expectativas contrafáticas de que certos comportamentos devem ser cumpridos (direitos sociais), e que outros devem ser abstidos (direitos civis e políticos), independentemente das preferências políticas dos governantes circunstanciais.

3 Constitucionalismo, efetividade e Direitos Humanos

A proclamação de direitos fundamentais como núcleos rígidos, ou seja, constitucionalizados, aliás, possuem justificativas históricas muito óbvias: assim o são mediante a percepção, construção e exigência históricas das suas necessidades.¹⁰ Ou seja, percebeu-se que algumas questões não poderiam estar ao jugo das conveniências políticas.¹¹ Isto posto, sabe-se que, diferentemente, a política, exercida no âmbito do Poder Executivo, legitimada por meios democráticos, irá exercitar mais ou menos os conteúdos dos programas insculpidos no texto constitucional. Em termos de liberdades públicas, caso a política interfira e a viole, parece ser a neutralização e reparação da violação mais facilitada por meio de decisões judiciais que outros tipos de violações, principalmente em comparação com o que pode ser feito em se tratando de direitos sociais (devido ao seu caráter majoritariamente prestacional).

Se por um lado não há problema algum em fornecer respostas individuais a demandas individuais de direito subjetivo oriundas de direito objetivo (modo *normal* de funcionamento do poder judiciário), o mesmo não pode ser dito em relação a dar estes mesmos tipos de respostas para demandas de direitos sociais (ou seja, reitera-se a inadequação de respostas *meramente compensatórias*) (PORTUGAL GOUVÊA, 2013, p. 460 e ss).¹² Indaga-se, por outro lado, de que outro modo o poder judiciário poderia atuar. Como dar

¹⁰ Rigidez essa que tem como uma de suas maiores expressões as *cláusulas pétreas*. Sobre esta questão valem os comentários de André de Carvalho Ramos (2016, ps. 393-394): “[...] A justificativa para a existência de um núcleo imutável de normas constitucionais é a escolha, por parte do Poder Constituinte Originário, de determinados valores que simbolizariam a própria essência do Estado Democrático brasileiro. Para alterar, então, essa essência, seria necessária a ruptura e a invocação, novamente, do Poder Constituinte Originário para outra ordem constitucional e fundar outro modelo de Estado”; e “Apesar de tais críticas, a existência de cláusulas pétreas é bem aceita no Brasil, pois reforça o caráter de perenidade e estabilidade de determinados valores o que pode ser útil em determinados momentos históricos, nos quais há a necessidade de se consolidar determinada visão de Estado e de respeito a direitos fundamentais” (grifo nosso).

¹¹ Por exemplo, a constitucionalização do sistema de saúde: “The constitutionalization of this system may well be the greatest achievement of the 1988 Federal Constitution in terms of social and economic rights understood as a means for reducing social inequalities” (PORTUGAL GOUVÊA, 2013, p. 465).

¹² Interessante notar aqui que a situação demonstrada por Carlos Portugal Gouvêa, baseada na experiência brasileira relativa ao direito à saúde, caracterizada pela distribuição *compensatória* de medicamentos por meio de decisões singulares pelo poder judiciário, vai de encontro com a posição defendida por Richard Posner sobre como os juízes atuam, mediante suas decisões, de modo a “maximizar a satisfação total das preferências” (“to maximize the total satisfaction of preferences”) de modo eficiente (FISS, 1986, p. 4). Em verdade, ao menos no caso brasileiro, a tese defendida por Posner, e criticada por Owen Fiss, está bem longe de se coadunar com a realidade, verificando-se na facticidade exatamente a situação contrária.

respostas coletivas para demandas coletivas (oriundas de direitos subjetivos individuais – ainda que sociais) por meio do poder judiciário?

Indaga-se, aqui, se o campo adequado de fornecimento de respostas para essa questão não se situaria dentro do próprio sistema político. Ele é, assim como os demais poderes, destinatário dos programas ditados pela constituição. Se a constituição funciona no sentido de *prometer* (constituição dirigente) e *promover* um Estado de bem-estar social,¹³ então, acredita-se que os próprios *dirigentes políticos* ficam vinculados a esses mesmos compromissos, os quais devem cumprir por meio de agendas e *políticas públicas* voltadas para a concretização destas metas, de modo a cumprir *demandas coletivas de direitos subjetivos*. Este é um exercício, portanto, que não cabe aos juízes.¹⁴

Sabe-se, no entanto, que além do jogo político, há também a questão econômica, pois os recursos são escassos, o que definitivamente influi na capacidade de o Estado conseguir mais ou menos atuar no sentido de cumprir as aludidas metas. O Estado, no entanto, por meio da “reserva do possível”,¹⁵ poderá alegar o cumprimento das demandas até o limite das suas possibilidades, ou seja, dentro do orçamento existente. Não se nega a realidade da aludida tese, com exceção do inderrogável dever constitucional de cumprimento, ao menos, da garantia do *mínimo existencial* (SARLET, 2007, p. 305).

Em última análise, a questão política mostra-se presente em todas as abordagens. Uma possível resposta para as questões levantadas seria operar *mudanças estruturais*, as quais concorreriam para um melhor funcionamento do sistema, produzindo a consequente garantia de mais direitos. Estas mudanças, porém, devem partir do poder legislativo, encontrando tais

¹³ Conforme pode se depreender da leitura do art. 1º, III, CF/1988, a República Federativa do Brasil tem como fundamento, dentre outros, os *valores sociais do trabalho* e da *livre iniciativa*. Tais valores estão imersos e muito bem delineados pelo texto constitucional, deixando a Magna Carta poucas dúvidas quanto ao modelo de sociedade a ser por ela configurada. Os motivos pelos quais estas promessas não se cumprem, no entanto, são vários e de diferentes ordens: políticos (envolvem uma decisão), econômicos (exigem vastos recursos), sociológicos (os recursos existentes ou não são aplicados por meio de decisões políticas, ou são extraviados por meio de comportamentos *patrimonialistas* e a cultura da *pessoalidade* – que dão causa à corrupção sistêmica), dentre outros.

¹⁴ “The government, unlike judges, wields great bargaining power and its actions do not benefit one single citizen at a time, but millions of them based on its public policies” (PORTUGAL GOUVÊA, 2013, p. 467).

¹⁵ “Como dá conta a problemática posta pelo ‘custo dos direitos’, por sua vez, indissociável da assim designada ‘reserva do possível’ (que, consoante já visto, não pode servir como barreira intransponível à realização dos direitos a prestações sociais) a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais” (SARLET, 2007, p. 379).

mudanças, então, novamente, barreiras políticas. Se eles não fizerem, quem fará? O judiciário. Sem mudanças estruturais, de que tipo? Compensatórias...¹⁶

O Brasil, fruto de uma modernização (incompleta) e periférica,¹⁷ após a transição do regime autoritário civil-militar, conseguiu promulgar uma constituição caracterizada pela declaração de amplos direitos fundamentais, assegurando a todos direitos civis e políticos, bem como direitos sociais, culturais e econômicos. A operacionalização e a efetiva garantia e cumprimento de tantas promessas mostram-se quase impossíveis, reconhece-se. Vale dizer, assim, que há correntes que defendem, de outro modo, que a constitucionalização de direitos sociais, econômicos e culturais, em verdade, seria prejudicial e atrapalharia na sua concretização.¹⁸ Muito embora se reconheça que a sua concretização seja problemática e dificultosa, encontrando diversas barreiras, não se pode reconhecer esta tese, a de que a desconstitucionalização e o seu desapego de vínculos formais rígidos possam atuar no sentido de sua maior promoção.

Mesmo as promessas constitucionais possuindo alta densidade normativa, ou seja, sendo fortemente vinculativas, graças à técnica da constitucionalização *rígida*, é sabido que, ainda assim, a maior parte dos direitos não se cumprem na realidade fática, nem mesmo algumas simples liberdades fundamentais. Cite-se, como exemplo, como por meio de recente mudança do entendimento do Supremo Tribunal Federal, nem mesmo um direito essencial, evidente e autoexplicativo como a presunção de inocência se sustenta.¹⁹ Ou, ainda, a mais recente ainda aprovação da reforma trabalhista, a qual, indubitavelmente, irá tornar ainda mais precárias as relações trabalhistas no país, por meio de sua excessiva flexibilização.²⁰ Nesse

¹⁶ Pede-se o perdão, aqui, pelo ceticismo. A questão parece ser a de um desafio lógico insuperável, uma aporia. A política (em termos reais) distorcida, manipulada e violentada pelo poder econômico, parece atuar *contra os direitos humanos*.

¹⁷ “Há muitas formas de se construírem narrativas a respeito da realidade brasileira. Aquela que vimos ensaiando nestes últimos anos, especialmente considerada a situação do direito brasileiro, desde a publicação de *O direito na pós-modernidade*, revela que chegamos à *pós-modernidade* sem nunca termos encerrado nosso ciclo de modernização, o que nos diz que nossa *modernidade* é, acima de tudo, uma *modernidade incompleta*” (BITTAR, 2014, p. 07).

¹⁸ Outro ramo desta crítica diz, inclusive, que a constitucionalização pode ter um viés antidemocrático, pois reduz o âmbito de atuação política do dirigente, atentando contra a autonomia política ao fixar parâmetros imutáveis de atuação.

¹⁹ No HC 126.292 o STF mudou seu entendimento, passando a aceitar a prisão antes do trânsito em julgado da sentença, contrariando o inciso LVII, art. 5º, da CF.

²⁰ A reforma trabalhista (PLC 38/2017) foi aprovada na data de 11 de julho e sancionada na data de 13 de julho de 2017. A reforma, que altera a CLT em vários pontos, tem sido duramente criticada por diversos especialistas em direito do trabalho. Nesse sentido, merece menção a nota técnica emitida pelo Ministério Público do Trabalho (2017), o qual apresentou pedido de veto total ou parcial quanto ao projeto de lei (que não foi atendido). De acordo com o parecer, a reforma proposta (e promovida) tem como principais características a ausência de amplo debate com a sociedade (não tendo os principais concernidos sido devidamente consultados) e

ínterim, qual seria o resultado, portanto, de um afrouxamento dos grilhões? Pensa-se e teme-se que, tendo em vista as tormentas da *realpolitik* e a inundação dos tentáculos do sistema econômico dentro sistema jurídico-político, o resultado final desta peça não poderia ser outro senão o de uma terrível *tragédia*.

Atos de justiça baseados em parâmetros pragmáticos, no sentido proposto por Amartya Sen, são indubitavelmente úteis na correção de injustiças pontuais e reais, assim como também os atos de mudanças *estruturais*, conforme o proposto pelo *estruturalismo jurídico*. O que não se pode perder de vista, no entanto, é que tanto a declaração quanto a concretização de direitos humanos são processos políticos, os quais, para ter efetividade, dependem, em última instância, do confronto direto com o realismo político exercido no seio de cada sociedade.²¹

Como diz o filósofo alemão Jürgen Habermas (2012, p. 11), os direitos humanos sempre surgiram a partir da oposição à arbitrariedade, opressão e humilhação.²² Nesse sentido, deve-se ressaltar a importância da *dignidade humana*, a qual funciona como uma espécie de portal por meio do qual o conteúdo universalista e igualitário da moral é transportado para o direito. A dignidade humana é, com efeito, a *dobradiça conceitual* que tem o condão de conectar a moral do respeito de cada um com o direito positivo e com a legislação democrática, de modo que, na sua articulação histórica, pôde emergir uma ordem política fundamentada nos direitos humanos (HABERMAS, 2012, ps. 17-18).

o caráter claramente supressor dos direitos sociais, com vasta redução da proteção social dos trabalhadores, incorrendo em violação ao princípio democrático da vedação do retrocesso social.

²¹ A crítica aqui realizada aproxima-se em alguns aspectos da posição defendida pelo movimento do *critical legal studies*, conforme descrito por Owen Fiss (1986), mas com ela não se confunde. Diferentemente de alguns de seus expoentes (os quais Fiss acusa de “criticar por criticar”, sem nada propor), acredita-se, para os propósitos do presente trabalho, que o direito pode, sim, ser um efetivo instrumento de transformação social, inclusive com a capacidade de colaborar com a efetivação de políticas públicas. Defende-se, aqui, uma visão *afirmativa* do direito, que embora não negue a necessidade de uma certa dose de libertarianismo, dê preferência a um direito voltado para a busca de uma *igualdade substantiva*, mas que para proceder necessita realizar uma briga constante com a política. Por outro lado, não se pode negar a importância de vários valores liberais, como os defendidos por John Stuart Mill. Tratam-se aqui, logo, tanto das *liberdades políticas*, voltadas para a proteção contra a tirania dos dirigentes políticos, como os desdobramentos das *esferas da liberdade*: liberdade de consciência, de gosto e de inclinações e de união, pois, conforme o próprio autor, “Nenhuma sociedade na qual essas liberdades não sejam, no seu todo, respeitadas, é livre, qualquer que seja a sua forma de governo, e nenhuma na qual essas liberdades não existam de forma absoluta e sem qualificações é completamente livre. A única liberdade que merece esse nome é a de perseguir o nosso próprio bem de nossa própria maneira, isso enquanto não tentarmos privar os outros de sua liberdade, ou obstruirmos seus esforços para obtê-la” (MILL, 2010, p. 53).

²² Pode-se mesmo dizer, com Habermas (2012, p. 11), que “Hoje ninguém pode pronunciar algum desses artigos veneráveis – por exemplo, o princípio: ‘ninguém será submetido a tortura nem a penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradante’ (Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 5) – sem ouvir o eco que ressoa do grito de incontáveis criaturas humanas torturadas ou assassinadas. *O apelo aos direitos humanos alimenta-se da indignação dos humilhados pela violação de sua dignidade humana* (grifo nosso)”.

Afirma-se, deste modo, que:

A experiência da violação da dignidade humana tem uma função de descoberta – por exemplo, em vista das condições sociais de vida insustentáveis e da marginalização das classes sociais empobrecidas; em vista do tratamento desigual de mulheres e homens no mercado de trabalho, da discriminação de estrangeiros, de minorias culturais, linguísticas, religiosas e raciais; também em vista do sofrimento de mulheres jovens de famílias de imigrantes que precisam se libertar dos códigos de honra tradicionais; ou diante da expulsão brutal de imigrantes ilegais ou dos que buscam asilo. À luz dos desafios históricos, em cada momento são atualizadas *outras* dimensões do sentido da dignidade humana. Essas características da dignidade humana, especificadas em cada ocasião, podem levar tanto a uma *maior* exploração do conteúdo normativo dos direitos fundamentais assegurados, como ao descobrimento e à construção de *novos* direitos fundamentais. Com isso a intuição implícita no pano de fundo penetra de início a consciência dos atingidos e depois os textos do direito, para então ser conceitualmente articulada (HABERMAS, 2012, p. 14).

Pode-se dizer, então, que os direitos humanos são, independentemente de sua fundamentação ontológica (se jusnaturalista, se juspositivista, etc), de fato, *conquistas históricas*,²³ que possuem como lastro a *dignidade humana*, a qual funciona, de acordo com Habermas (2012, p. 17) como um verdadeiro *sismógrafo*, mostrando aquilo que é constitutivo para uma ordem jurídica democrática – a saber, os direitos humanos, considerados em sua integralidade, uma vez que são *indivisíveis* -, de modo que “*Somente a garantia desses direitos humanos cria o status de cidadãos que, como sujeitos de direitos iguais, pretendem ser respeitados em sua dignidade humana*” (Habermas, 2012, p. 17, grifo do autor). Afirma-se, portanto, que tais direitos devem ser preservados por meio de uma ética da resistência, em consonância com o princípio da proibição do retrocesso.²⁴ Isso significa, em resumo, que os direitos humanos devem ser protegidos contra as intempéries produzidas pelo jogo político, o qual é, sem dúvida, movido pelos mais diferentes e escusos interesses.

²³ No que tange ao caráter histórico dos direitos humanos, “[...] No caso dos direitos humanos, o seu cerne é a luta contra a opressão e busca do bem-estar do indivíduo; consequentemente, suas ‘ideias-âncoras’ são referentes à justiça, igualdade e liberdade, cujo conteúdo impregna a vida social desde o surgimento das primeiras comunidades humanas. Nesse sentido amplo, de *impregnação de valores*, podemos dizer que a evolução histórica dos direitos humanos passou por fases que, ao longo dos séculos, auxiliaram a sedimentar o conceito e o regime jurídico desses direitos essenciais” (RAMOS, 2016, p. 33).

²⁴ Quanto à proibição do retrocesso, a lição de Fábio Konder Comparato (2010, p. 79): “É esse movimento histórico de ampliação e aprofundamento que justifica o princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, isto é, do conjunto de direitos fundamentais em vigor. Dado que eles se impõem, pela sua própria natureza, não só aos Poderes Públicos constituídos em cada Estado, como a todos os Estados no plano internacional, e até mesmo ao próprio Poder Constituinte, à Organização das Nações Unidas e a todas as organizações regionais de Estados, é juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais, por via de novas regras constitucionais ou convenções internacionais”.

A máquina jurídica, formada pela dogmática liberal-burguesa, nascida na esteira do movimento esclarecedor e ordeiro da modernidade,²⁵ atua de modo acrítico e desvinculado de preocupações de natureza social. Seu compromisso está em dar respostas (soluções) para problemas sociais,²⁶ funcionando exatamente como uma *técnica*, razão pela qual os conteúdos das suas respostas não estão ontologicamente eivadas de *justiça*, a qual somente poderá resultar dos conteúdos inseridos na máquina (ou seja, o conteúdo mais ou menos justo das normas), assim como da qualidade da operação da máquina (a noção de justiça inserida na interpretação das normas e a justiça que pode daí resultar).

A violência que resulta da violação de direitos humanos (diga-se, por atos comissivos e omissivos), não é apenas uma consequência necessária da noção de poder, mas o próprio poder já está na raiz de toda relação aparentemente “apolítica” de violência. A crítica deve exercer a tarefa de desnudar o processo político oculto que sustenta todas as análises e *insights* que promovam resultados de relações como “a” ou “pré” políticas, pois, conforme assevera Slavoj Žižek (2010, p. 23), na sociedade humana a política é o princípio estrutural que a tudo engloba e, assim, qualquer neutralização de algum conteúdo parcial indicando-o como “apolítico” é um gesto político *par excellence*.

Redações espúrias para dispositivos legais (mesmo os constitucionais), técnicas inadequadas de jurisdicionalização, bem como modos de implementação e concretização de direitos são também resultantes da política, logo, a inefetividade resultante destas práticas são todas questões políticas. Na esteira da discussão anterior, não se logra considerar a positivação, portanto, como negativa *per se*, pois a alta densidade normativa, ao fornecer uma maior vinculação e coerção, atua no sentido de forçar a concretização dos direitos humanos,

²⁵ “Quando se pensa que o Direito possa ser uma espécie de instrumento neutro de controle social, na medida em que olha objetivamente os conflitos sociais e procura pacificar-lhes o confronto, deixa-se de pensar que, já em seu nascedouro, o Direito nasce comprometido com a ordem burguesa liberal em ascensão, como parte de um *panneau* de grandes dimensões amplificado por grandes teorias, justificado por sistemas de pensamento e desejado por grandes contingentes humanos, especialmente pelas elites detentoras de riquezas. O Direito passa a assumir um papel fundamental na constituição da arquitetura moderna” (BITTAR, 2014, p. 46).

²⁶ “Nesse quadro, a ciência dogmática do direito, na tradição que nos vem do século XIX, prevalecentemente liberal, em sua ideologia, e encarando, por consequência, o direito como regras dadas (pelo Estado, protetor e repressor), tende a assumir o papel de *conservadora* daquelas regras, que, então, são por ela *sistematizadas e interpretadas*. [...] Podemos dizer, nesse sentido, que a ciência dogmática do direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente” (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 56).

sejam eles civis e políticos, sejam eles econômicos, sociais e culturais, tentando fazer oposição à própria política.²⁷

Nesse ínterim, não pode também passar despercebida a influência negativa causada pelo processo de mundialização econômica,²⁸ o qual causa a redução dos espaços políticos, substituindo a razão política pela técnica. O próximo passo dos mercados é, justamente, atuar no sentido de substituir a soberania popular pelas estruturas da *degovernance* (cujos protagonistas são todos organismos, nacionais e internacionais, “neutros”) e representantes de interesses econômicos e financeiros (BERCOVICI, 2015). Busca-se colocar no comando entes técnico-burocratas, no desiderato de excluir as decisões econômicas do debate político, sendo este processo extremamente danoso no que tange à busca pela efetivação dos direitos humanos.

Assim, conforme a lição de Gilberto Bercovici (2015):

Do mesmo modo que o Estado, a Constituição demonstra uma crescente debilidade intrínseca, com cada vez menos capacidade de regular a política e a economia. A Constituição, que deveria ser o controle do poder econômico, vê os poderes que deveria controlar se tornarem ocultos e inalcançáveis.

Entende-se, portanto, que a regulação possível do mercado, para que este não se imiscua na política, impedindo a execução de políticas econômicas de cunho social, bem como alterando *estruturas jurídicas* a seu favor, parece ser justamente proibir a existência de certos mercados. Nesse sentido, menos mercado é necessário para que nossas preocupações

²⁷ Neste mesmo sentido, “O constitucionalismo e sua pretensão de permanência, caracterizada pela rigidez constitucional, tenta evitar a degenerescência da forma política liberal, buscando encerrar a contingência e o dinamismo da política expostos por Maquiavel” (BERCOVICI, 2015).

²⁸ Os ataques são constantes e poderosos. Nesse sentido: “[...] Até recentemente, o cenário social, político, econômico e cultural era identificado com os Estados-nação e com seu poder para realizar objetivos e implementar políticas públicas por meio de decisões livres, autônomas e soberanas, sendo o contexto *internacional* um desdobramento natural dessas realidades primárias. Agora, o que se tem é um cenário interdependente, com atores, lógicas, racionalidades, dinâmicas e procedimentos que se inter cruzam e ultrapassam as fronteiras tradicionais, não fazem distinções entre países, costumam colocar enormes dilemas para os governos, não hesitam em desafiar a autoridade dos *policy makers* quando lhes convém e, em muitos casos, chegam ao ponto de ignorar as próprias identidades nacionais. Vencida a fase inicial do desafio da transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo, vive-se atualmente a etapa relativa às mudanças jurídicas e institucionais necessárias para assegurar o funcionamento efetivo de uma economia globalizada. E quanto mais veloz e mais acentuada é essa globalização, dando origem a situações em que a ideia de um sistema econômico nacional, auto-sustentado passa a ser vista como anacronismo, mais ela exerce um profundo impacto transformador nos sistemas políticos e normativos forjados em torno de determinados postulados (como o monopólio do exercício *legítimo* da violência pelo Estado) e determinados princípios (como os da *legalidade*, da *hierarquia das leis* e da *segurança do direito*), levando seu poder de controle, decisão, direção e comando a ser crescentemente pressionado, condicionado e atravessado por uma pletera de entidades multilaterais, organizações transnacionais, grupos nacionais de pressão, instituições financeiras internacionais, corporações empresariais multinacionais etc” (FARIA, 2004, ps. 14-15).

possam voltar-se a problemas reais e prementes na arena nacional e internacional. (SALOMÃO FILHO, 2016, ps. 68-69).

Deve-se dizer, aliás, com Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 285), que não há norma constitucional que não tenha um mínimo de eficácia. Estas podem, sim, variar em grau de aplicabilidade. Ainda assim, deve-se constatar o fato de que ambas as dimensões de direitos possuem uma esfera positiva (intervencionista e prestacional) e uma negativa (uma abstenção estatal, uma não intervenção), de modo que a atuação nestes sentidos depende claramente dos resultados do realismo político, o qual acaba por interferir também no direito. A *política despolitizada dos direitos humanos*, portanto, serve como um xeque-mate ideológico que se presta a diversos fins: fundamenta situações diversas que vão desde a adoção da distribuição de *compensações* dispendiosas e inefetivas de direitos sociais como regra (pelo judiciário – ao invés de políticas públicas adequadas), até intervenções militares humanitárias (com fins claramente econômicos).²⁹

Por fim, duas explicações podem ser dadas para a cegueira coletiva que aqui se tentou demonstrar. A primeira, institucional, tem a ver com a evolução das estruturas de poder e a subserviência do direito a elas, conforme já explicitado no início do texto. A segunda, complementar à primeira, versa sobre a questão de como não há sistema social capaz de sobreviver, ou regra de cunho social que consiga ser aplicada, quando o padrão de comportamento vigente é individualista. Assim, oportunidades sempre serão individuais, problemas sociais serão sempre dos outros e problemas de consciência resolvidos por atos isolados de caridade, incapazes de transformar as estruturas geradoras de desigualdade. A regra jurídica, nesse ínterim, segue a mesma lógica: nunca será aplicada de modo a transformar as estruturas de modo a quebrar com a espiral da desigualdade, mas sim no sentido de garantir a persecução de interesses individuais, sustentando irrestritamente o mercado (SALOMÃO FILHO, 2016, p. 71).

4 Conclusão

Os desafios são muitos, assim como as barreiras e os entraves existentes para se combater as violações, e, simultaneamente, promover uma maior garantia e efetivação dos

²⁹ Como se pode apreender pela esclarecedora advertência proferida por Habermas (2012, p. 33): “[...] Quando a política dos direitos humanos torna-se um mero simulacro e veículo para impor os interesses das grandes potências; quando a superpotência empurra para o lado a Carta das Nações Unidas e arroga-se o direito de intervir; quando ela conduz uma invasão que viola o direito das gentes humanitário e a justifica em nome de valores universais, então se confirma a suspeita de que o programa dos direitos humanos *consiste* em seu mau uso imperialista”.

direitos humanos em nossa sociedade. Nossa desigualdade, que possui números abismais, tem raízes históricas e levará ainda muito tempo até que esta diminua de modo significativo.

Deste modo, o presente ensaio procurou demonstrar como atualmente, em tempos de prevalência de discursos conservadores e neoliberais, soluções do tipo privatizantes costumam tilintar, refletindo também na seara dos direitos humanos. Entre elas, a aludida tese da necessidade de desrigidização dos direitos fundamentais.

A ocorrência de uma tal situação, como se demonstrou, seria no mínimo trágica. O direito, como se sabe, é produto da política, razão pela qual os conteúdos dela oriundos podem não ter (e frequentemente não tem) nenhum compromisso com causas sociais e coletivas, quicá no que tange aos direitos humanos. Por essa razão, o constitucionalismo rígido funciona como uma das principais armas à disposição da sociedade no desiderato de salvaguardar direitos tão duramente conquistados.

Portanto, a nós – a sociedade como um todo, contudo, especialmente a nós, estudantes e operadores do direito - cabe a missão de manter o espírito combativo, atuando sempre de modo crítico ante as múltiplas concepções econômicas, jurídicas e, principalmente, políticas, de modo a procurar sempre novas possibilidades de êxito para a difícil empreitada da concretização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, fundado na soberania popular e no respeito aos direitos humanos.

5 Referências

BERCOVICI, Gilberto. *A Influência do Poder Econômico sobre o Poder Político*. Boletim IBCCRIM, v. 274, 2015.

BERMAN, Harold J. *Direito e Revolução: A Formação da Tradição Jurídica Ocidental*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade*. 3. ed. modificada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *O Decreto n. 8.243/2014 e os desafios da consolidação democrática brasileira*, in *Revista de Informação Legislativa*, Ano 51, Número 203, Brasília, Senado Federal, Secretaria de Editoração e Publicações, Julho/Setembro, 2014.

COMPARATO, Fábio K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. 1. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FISS, Owen. *The Death of the Law*. *Cornell Law Review*. vol. 72, 1986.

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 34ª ed, São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa: um ensaio*. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução Maria Júlia Goldwasser. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução e organização de Ari R. Tank. São Paulo: Hedra, 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Veto total ou parcial do PLC 38/2017*. Brasília, 2017, 86 ps. Disponível em: < http://cdn01.justificando.cartacapital.com.br/wp-content/uploads/2017/07/12170938/PEDIDODEVETO_FINAL_1.pdf>. Acesso em: 10 agosto 2017.

PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. *Social Rights Against the Poor*. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol. 7, 4 (2013).

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: do humanismo a Descartes*. v. 3. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004.

SALOMÃO, Calixto. *Menos mercado, mais direitos humanos, in Desafios dos Direitos Humanos no Século XXI*. BERCOVIC, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto (Coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2016.

_____. *Monopolies and underdevelopment – from colonial past to global reality*, Cheltenham, Elgar, 2015.

_____. *Novo estruturalismo jurídico: uma alternativa para o direito?* in *Revista dos Tribunais (edição comemorativa de 100 anos)*, (ano 101, vol. 926), dezembro de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottman, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ZIZEK, Slavoj. *Contra os direitos humanos*. *Mediações*, Londrina, v. 15, n.1, Jan/Jun. 2010.