

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

S624

Sistemas de justiça constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano Brasil;

Coordenadores: José Ribas Vieira, Cecília Caballero Lois e Mário Cesar da Silva Andrade – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-511-9

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

Tema: Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Constitucionalismo. 3. Justiça Constitucional. 4. Controle de Constitucionalidade. 5. América Latina. 6. Novo Constitucionalismo Latino-americano. I. Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano (6:2016 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Justiça Constitucional. Controle de Constitucionalidade. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Mário Cesar da Silva Andrade – UFRJ

**AS CONTRADIÇÕES DO NEOLIBERALISMO PARA A EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS E O NOVO CONSTITUCIONALISMO**

**THE CONTRADICTIONS OF NEOLIBERALISM FOR THE REALIZATION OF
FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE NEW CONSTITUCIONALISM**

João Batista Moreira Pinto ¹
Diego Bezerra Alves ²

Resumo

Apesar do reconhecimento pelas organizações internacionais e nacionais em torno do processo sócio-histórico de constituição dos Direitos Humanos, ainda são muitos os obstáculos para a efetivação desses no contexto mundial. Nesse sentido, este artigo analisa as perspectivas de efetivação dos direitos humanos diante dos obstáculos apresentados em um contexto de hegemonia do paradigma neoliberal, em especial os de ordem política e econômica, considerando os documentos da Carta Universal de Direitos Humanos e seu processo constitutivo, apontando possibilidades de superação desses limites, a partir das novas construções teóricas acerca do direito constitucional, como o novo constitucionalismo latino-americano, e de perspectivas de articulações nacionais e internacionais. A partir de referenciais teóricos alinhados à perspectiva de uma visão ampla de direitos humanos, trabalhou-se uma pesquisa documental e bibliográfica, com perspectiva crítica. Como resultados conclusivos do trabalho, destacam-se a importância do novo constitucionalismo ou do constitucionalismo democrático para a defesa dos direitos constitucionais, o fortalecimento do Estado democrático e a participação cidadã; favorecendo a articulação de diversos atores e órgãos nacionais e internacionais para a superação dos obstáculos e envolvimento efetivo dos Estados na realização progressiva de todos os direitos fundamentais, para todos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Efetivação dos direitos fundamentais, Novo constitucionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

Despite the recognition by international and national organizations of the sociohistorical process of constitution of Human Rights, there are still many obstacles to the realization of those in the global context. Thus, this article examines the prospects of realization of human rights by the obstacles presented in a hegemonic neoliberal context, especially at the political and economic order, considering the documents of the Universal Human Rights Charter and

¹ Pós-doutor em Direito pela Université de Paris X, professor da Pós-graduação da Escola Superior Dom Helder Câmara, diretor do Instituto DH. jbmpinto@gmail.com

² Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara e pesquisador em Direitos Humanos, Meio Ambiente e Sustentabilidade. diegobalves@gmail.com

its constitutive process, pointing out possibilities of overcoming these limits, from the new theoretical constructs on constitutional law, such as the new Latin American constitutionalism, and prospects for national and international relations. From theoretical frameworks aligned with the prospects of a broad view of human rights, we worked out a documental and bibliographic research, with critical perspective. As conclusive results of the work we highlight the importance of the new constitutionalism and democratic constitutionalism for the protection of constitutional rights, the strengthening of the democratic state and citizen participation; favoring the articulation of different actors, national and international agencies to overcome the obstacles and effective involvement of States in the progressive realization of all fundamental rights for all.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Realization of fundamental rights, New constitutionalism

1 INTRODUÇÃO

O processo sócio-histórico de construção dos direitos humanos tem profunda correlação com as realidades políticas e sociais vivenciadas por determinadas sociedades, levando à defesa de direitos sob perspectivas diversas, mas expressando aspectos fundamentais da vida humana. Os principais documentos internacionais relativos aos direitos humanos buscaram reconhecer essas reivindicações e lutas políticas e sociais, sob perspectivas diversas e mesmo, opostas. Dentre estes marcos destacam-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os dois pactos internacionais em torno dos direitos humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Apesar dos avanços que esses tratados representam em termos de reconhecimento e institucionalização dos direitos humanos, sua implementação e efetivação pelo mundo, em especial os direitos sociais, ainda enfrenta enormes dificuldades.

Persistem em nossas sociedades obstáculos e resistências à concretização dos direitos humanos capazes de transformar os avanços normativos em torno do caráter de interdependência, indivisibilidade e universalidade desses direitos em meras esperanças e formulações teóricas, distantes de uma realização concreta nas vidas das pessoas, apesar dos esforços de diversos atores e organismos internacionais.

Em que pesem os grandes desafios, é neste contexto que emergem novas alternativas para pensar e interpretar o direito em sua vertente constitucional. Diante da crise aberta pelas contradições entre as previsões normativas de direitos e sua falta de observância, surgem respostas em construções como o novo constitucionalismo, novo constitucionalismo ou ainda constitucionalismo democrático, preocupados com o acesso efetivo da sociedade aos seus direitos fundamentais e a uma realidade democrática efetiva.

O objetivo do presente artigo é analisar as perspectivas de efetivação dos direitos humanos diante dos obstáculos apresentados em um contexto de hegemonia do paradigma neoliberal, em especial os de ordem política e econômica, considerando os documentos da Carta Universal de Direitos Humanos e seu processo constitutivo, apontando possibilidades de superação desses limites, a partir das novas construções teóricas acerca do direito constitucional, como o Novo Constitucionalismo, e perspectivas de articulações nacionais e internacionais.

A metodologia de pesquisa é bibliográfica e documental. Trabalhando-se a compreensão teórica dos direitos humanos, sua efetividade, aspectos do contexto político-econômico nacional e continental, assim como os documentos internacionais, a partir de referenciais teóricos críticos.

A organização do texto se inicia com uma breve análise dos documentos fundamentais da ONU que tratam das construções e a proteção dos direitos fundamentais e seu processo constitutivo. Em seguida discute-se as contradições econômicas da configuração neoliberal que marca a organização do capitalismo atual como barreira para uma maior efetivação aos direitos humanos pelo mundo e no Brasil, como aponta o exemplo da PEC 241. Apresentam-se perspectivas diante dos obstáculos e propostas de minimização das desigualdades, apontando ainda aspectos da realidade de inobservância dos direitos fundamentais que marcam o continente latino-americano. Em um último momento, busca-se considerar a possibilidade de superação das contradições econômicas e limitações na compreensão do direito a partir das novas contribuições do constitucionalismo democrático e concluir, ressaltando a importância do papel desta corrente para a defesa dos direitos constitucionais, fortalecimento do Estado democrático e da participação cidadã. Assim favorecendo a articulação de diversos atores e órgãos nacionais e internacionais para a superação dos obstáculos e envolvimento efetivo dos Estados na realização progressiva de todos os direitos fundamentais, para todos.

2 O PROCESSO DE CONSTITUIÇÃO E PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DOS DIREITOS HUMANOS E SUAS LIMITAÇÕES

O processo sócio-histórico de constituição dos direitos humanos evidencia que, desde suas primeiras construções e afirmações, temos nesse campo o resultado de lutas que se fizeram sob diferentes perspectivas sociais e políticas, alicerçadas em diferentes concepções de mundo e que levavam a propostas específicas de organização da sociedade, algumas de cunho essencialmente liberal e outras de cunho social ou socialista, como vão se afirmar a partir do século XIX.

Como sabemos, a disputa política entre essas duas formas de organização da sociedade é o núcleo das discussões políticas, e portanto, também jurídicas, pelo menos desde o século XVII, com a afirmação, de Locke, da propriedade privada como um direito natural que deve ser observado pela sociedade política.

Essa afirmação da propriedade privada como um direito natural do indivíduo tornou possível o capitalismo, e com ele, suas contradições sociais. Por outro lado, a vivência dessas contradições no contexto da produção fabril, já levava às primeiras mobilizações e reivindicações em torno dos direitos trabalhistas e sociais, antes mesmo de Marx teorizar sobre o conflito de classes.

Desnecessário retratar aqui os aspectos fundamentais desse processo de constituição e de disputas em torno dos direitos humanos antes de alcançarem sua formalização pela ONU, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos; mas sabemos que este documento não representa de forma alguma uma compreensão unívoca ou mesmo uma unidade no campo dos direitos humanos, pelo contrário, ele representa e busca integrar aspectos dessas diferentes concepções de mundo, retratando ambiguidades e contradições que serão apontadas por Bobbio (1992), em texto de 1968, e que serão aprofundadas, por exemplo, nas análises de Quintana (1999), sobre as bases dessas divisões e disputas já no processo de elaboração dos documentos que precederam ao texto da Declaração Universal de 1948.

Ressaltando essas divisões presentes no campo dos direitos humanos no âmbito internacional, lembramos os quase vinte anos após a aprovação desse texto de 1948, para se reconhecer que não seria possível um documento único que servisse de referência para a aplicação e observância desses direitos pela comunidade internacional, e diante dessa impossibilidade, a constituição e aprovação dos dois pactos internacionais, um retratando a perspectiva liberal dos direitos humanos, sobre os direitos civis e políticos, e outro, retratando os direitos econômicos, sociais e culturais - o PIDESC. Essas diferenças e o estabelecimento de prioridades no campo dos direitos humanos no âmbito internacional foram reafirmados com a entrada em vigor em 1976, somente do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o que implicava que a ONU só pudesse analisar casos de violações no campo dos direitos liberais, sem poder se ocupar da observância dos direitos sociais.

Ora, nesse contexto, a aprovação da Declaração de Viena, em 1993, representou uma esperança de superação do predomínio dado aos direitos civis e políticos frente aos direitos econômicos, sociais e culturais, ao reafirmar a indivisibilidade, a interrelação e a interdependência como princípios dos direitos humanos. Aliás, Alves, analisando os avanços dessa Conferência Mundial de Direitos Humanos, destaca nela “a existência de um nexo supostamente indissolúvel entre a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos” (ALVES, 2002, p. 42).

Entretanto, outros quinze anos foram necessários para se aprovar o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PF-PIDESC, aprovado no ano de celebração dos 60 anos da Declaração Universal, em 2008, e que só entrou em vigor em 2013, contando em 2016 com a ratificação de apenas 21 países membros. Note-se que há um importante número de adesões dos Estados latino-americanos dentre os signatários: Argentina, Bolívia, Costa Rica, El Salvador, Equador e Uruguai, em que pese o atraso continental no sentido da efetivação de direitos em função da marca histórica da colonização e do subdesenvolvimento. Ainda assim é de se notar o ainda grande número de ausências significativas, como o Chile, México e Brasil.

Destarte, a análise desse processo de inclusão dos direitos humanos no âmbito da ONU e da comunidade internacional não deixa dúvidas quanto ao predomínio dado à compreensão liberal desses direitos frente à outra compreensão geral de direitos humanos, que aponta para a exigência da efetivação dos direitos sociais, para que se possa superar a abstração dos direitos humanos, inclusive do próprio direito à liberdade e da participação, o que pode comprometer a existência de um real processo democrático, apesar de sua afirmação hegemônica em nossas sociedades contemporâneas.

3 AS CONTRADIÇÕES DO CAPITALISMO COMO BASE DOS OBSTÁCULOS PARA A OBSERVÂNCIA AMPLA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A realidade econômica hegemônica em âmbito global tem sido marcada pelo sistema capitalista, através de diferentes modelos, até chegarmos às contradições do modelo neoliberal. Essa forma de organização que assume o sistema capitalista mundial é pautada pela diminuição dos “gastos” governamentais, em especial os vinculados a benefícios sociais, e consequente fortalecimento da atuação das grandes empresas, inclusive recorrendo às privatizações. O resultado desse processo em grande parte do mundo é a redução da estrutura do Estado e sua dependência, em todos os níveis, das grandes corporações, sobretudo transnacionais. (SANTOS, 2005)

A propagação do modelo neoliberal pelo mundo em larga escala, situação potencializada pelo contexto da globalização, propicia um cenário de enormes dificuldades para a garantia e promoção dos direitos humanos em âmbito mundial.

O modelo de Estado e de intervenção deste na sociedade e no mercado, defendido pelo paradigma neoliberal, se contrapõe ao modelo de Estado que se revela necessário para a realização concreta dos direitos humanos em todas as suas dimensões, sobretudo em um contexto de desigualdades pelo mundo.

Nesse sentido Bresser-Pereira aponta:

o neoliberalismo também conta com o apoio dos capitalistas rentistas, dos financistas e dos principais executivos das grandes corporações, porque enriquecem mais com o neoliberalismo; e com o apoio dos ricos em geral, que não querem pagar impostos - os impostos que um Estado social e desenvolvimentista requer. (BRESSER-PEREIRA, 2015, p. 390).

A implementação ou efetivação dos direitos humanos em âmbito global, incluindo os direitos sociais, não é algo que favoreça o capitalismo em sua vertente neoliberal, que busca sempre aproveitar oportunidades de exploração pelo mundo. Importante ressaltar que a existência de países com menor grau de desigualdade não significa uma ruptura com esse sistema, uma vez que estes se sustentam em forte ligação com as contradições econômicas em outras partes do mundo. Destarte, as decisões do capitalismo global quanto à possível transferência da produção, sempre considerando os “custos do trabalho”, o que pressiona tanto os países desenvolvidos como aqueles considerados “em desenvolvimento” para limitarem as conquistas trabalhistas anteriores, levando à busca de aprovação ou à adoção de estratégias normativas com “menor custo social”, como as terceirizações ou outras formas de limitação de direitos.

Esse funcionamento global da economia parece explicar também a pressão neoliberal por “enxugamento da máquina pública”; o que se expressa por expressões como “redução do Estado” ou “diminuição dos gastos públicos”; o que deve ser compreendido como diminuição do Estado Social.

Note-se que, apesar da força com que enxergamos a aplicação do neoliberalismo em diversas partes do mundo, há também quem argumente que a influência neoliberal perde forças no cenário atual. Bresser-Pereira aponta que o “neoliberalismo foi ferido e desmoralizado com a crise financeira global de 2008”, uma vez que a aplicação de suas recomendações de desregulamentação dos mercados e sistemas financeiros teria sido fator decisivo para ocorrência da crise. Segundo ele “O liberalismo econômico, a abertura comercial, a abertura financeira, a desregulamentação - todas essas palavras de ordem do neoliberalismo - perderam seu brilho” (BRESSER-PEREIRA, 2015, p.392).

Ainda que reconheça o autor que esta ideia poderia ser considerada otimista, os sinais que observamos na política e economia brasileiras, em especial a partir do processo de impeachment de Dilma Rousseff, apontam na verdade para um aprofundamento das práticas neoliberais no país. São exemplos nesse sentido a lei que elimina a exigência de atuação da Petrobrás na exploração do pré-sal, fortalecendo a privatização da exploração desse recurso; iniciativas de revisão de direitos trabalhistas e previdenciários; e provavelmente a mais clara influência neoliberal esteja na implementação do Novo Regime Fiscal, através da PEC 241 (já aprovada na Câmara dos Deputados, o que provavelmente também ocorrerá no Senado, em tramitação sob a designação de PEC 55, em função das articulações políticas conservadoras e liberais). Apontada pelo governo como o único caminho possível para a retomada do crescimento brasileiro, a medida assegura, entre outras limitações ao orçamento, na forma do art. 105 a ser inserido no ADCT, apenas a correção monetária a partir de 2018 para as aplicações mínimas em serviços públicos de saúde (art. 198), e em manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212), ambos previstos constitucionalmente. Uma vez aprovada, a emenda ameaça impor um retrocesso histórico aos direitos sociais. Notas técnicas do IPEA já apontam as possíveis perdas de investimentos que podem ocorrer, na casa dos R\$ 860 bilhões para a assistência social, R\$ 654 bilhões para a saúde, comprometimento do Bolsa Família; e um estudo da própria Câmara dos Deputados aponta para perdas da ordem dos R\$ 32 bilhões para a educação, apenas nos 10 primeiros anos.

O governo Temer argumenta que esta seria a melhor medida para reequilibrar as contas públicas e viabilizar a recuperação da economia brasileira. Mas é representativo que diversos especialistas e até mesmo o Conselho Federal de Economia se manifestem contrariamente à proposta. Aliás, esta PEC consiste no exato oposto do que recomendou o economista Piketty para o crescimento do país quando esteve pela última vez no Brasil. Perguntado sobre as perspectivas de retomada do crescimento brasileiro a partir da crise o francês argumentou que: “Se o Brasil quiser crescer no século 21 precisa garantir que amplos grupos da população tenham acesso à educação de qualidade, qualificação e trabalhos que pagam bem. Para isso é necessário muito investimento social inclusivo”. Cortando investimentos da educação, portanto o governo brasileiro estaria na contramão do crescimento econômico sustentado do país. Assim como estaria preservando o quadro de graves desigualdades sociais. Ainda segundo Piketty, “o investimento em educação - em especial na educação pública - é absolutamente essencial para se reduzir a desigualdade e a taxação progressiva de rendas altas e grandes heranças pode ser uma forma de obter recursos para investir no sistema de educação pública”. (PIKETTY, 2014b)

Dessa forma, sob a perspectiva econômica não liberal, parece que a forma mais adequada para a transformação das realidades marcadas por fortes desigualdades é através de políticas públicas que favoreçam o empoderamento social e econômico de parcelas significativas dessas sociedades excluídas da possibilidade de acesso a direitos básicos como educação, saúde e moradia, para não falar de outros como direitos à cultura, ao lazer, ao ir e vir, à cidadania.

Também sob uma perspectiva de justiça, a implementação e a efetivação dos direitos fundamentais, mesmo que de forma progressiva, exige políticas públicas bem estruturadas; com a articulação de ações objetivando uma “justiça redistributiva”, o reconhecimento e a representação, como aponta Nancy Fraser (2007).

Diante das características do capitalismo, o modelo de estado capaz de levar a frente a efetivação de direitos se contrapõe de todas as formas ao modelo neoliberal. Bresser-Pereira nos aponta características desse estado:

Quando levamos em conta que as sociedades modernas são o resultado de uma construção social e política, e consideramos que elas definiram historicamente cinco grandes objetivos políticos referidos anteriormente, a única forma de organizar o capitalismo consistente com essas premissas é com um Estado democrático, desenvolvimentista, social e protetor do meio ambiente, com uma alta carga tributária porque financia os grandes serviços sociais e científicos que caracterizam as sociedades do bem-estar ou social-democráticas. (BRESSER-PEREIRA, 2015, p. 386)

A estratégia liberal e neoliberal de relegar os direitos sociais a segundo plano, com a justificativa de inexistência de recursos para financiá-los, sempre articulada com o discurso dos planos de austeridade e diminuição do Estado, tem levado à manutenção ou ao agravamento continuado das violações aos direitos humanos e das desigualdades sociais pelo mundo.

Dessa forma, a ação dos poderes econômicos predominantes no contexto central, com suas reproduções nas realidades nacionais globais, alicerçadas atualmente sob o paradigma do neoliberalismo e em correlação com outros poderes constituídos (CASTORIADIS, 1982), podem ser apontadas como o grande obstáculo para a implementação e efetivação dos direitos fundamentais em âmbito global, apesar de normatização destes na grande maioria das constituições nacionais.

3.1. Uma realidade de inobservâncias no campo dos direitos sociais, comprometendo o conjunto dos direitos humanos

Apesar dos avanços estratégicos na regulamentação internacional e dos diversos países quanto ao reconhecimento dos direitos humanos, e de certa observância de parte desses direitos, em especial dos direitos civis e políticos, mesmo que apresentando determinadas contradições internas; não é difícil perceber os limites quanto à observância dos direitos humanos em seu conjunto nos diversos espaços da realidade global. Diversas situações de violação dos direitos humanos podem ser observadas cotidianamente pelo mundo.

Assim, no continente latino-americano a Comissão Econômica das Nações Unidas para a América Latina e Caribe (CEPAL) divulgou o Panorama Social da América Latina 2014, segundo o qual a pobreza atingia 28% da população da América Latina, com um aumento da indigência de 11,3% para 12%. Estes números correspondem a 167 milhões de pessoas vivendo em situação de pobreza, sendo 71 milhões em pobreza extrema (CEPAL, 2014). Esses dados, muito provavelmente, são hoje piores, se considerarmos o avanço da política neoliberal no Brasil e Argentina, com suas graves consequências sociais, e o agravamento da crise econômica e social na Venezuela.

Essa realidade evidencia, de forma clara, os desafios ainda postos no que tange ao acesso da maioria da população latino-americana aos direitos humanos, e mesmo aos direitos fundamentais consagrados em suas constituições nacionais. Essa falta de efetividade na observância dos direitos humanos se apresenta em suas múltiplas dimensões e sob diversas formas. São violações sobretudo no campo dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, o que leva também a violações dos direitos civis e políticos. Essa realidade reflete escolhas políticas dos Estados, sobretudo nesse contexto de política neoliberal, que muitas vezes negligenciam a implementação de direitos, sobretudo no campo dos direitos sociais.

Destarte, observa-se nos direitos humanos, sobretudo se considerados sob o princípio de sua indivisibilidade, um aspecto político, social e econômico, que faz com que os poderes instituídos nas diferentes sociedades não tenham qualquer interesse na efetivação desses direitos. Assim, a indivisibilidade dos direitos humanos parece encontrar sérios obstáculos para uma implementação substancial pelo mundo, sobretudo em um contexto de globalização neoliberal e de ampliação das contradições sociais e econômicas.

Nossas pesquisas sobre os direitos humanos têm apontado que, para melhor compreendermos o problema da distância entre as construções teóricas e normativas neste campo e sua efetivação, é fundamental considerarmos os elementos que ainda impedem a

compreensão e atuação integrada frente a esses direitos, o que tem apontado para as diferentes concepções em torno dos direitos humanos, sobretudo a partir de vinculações políticas e interesses econômicos dos grupos de poder constituídos e instituídos nas diferentes sociedades nacionais da América Latina e pelo mundo, como elementos dificultadores para a observância dos direitos humanos em seu conjunto. Essa realidade indica igualmente, a relevância de considerarmos os direitos humanos como um processo político, que envolve os diferentes atores sociais, incluindo o Judiciário e, portanto, as contribuições do novo constitucionalismo para a superação dos obstáculos que limitam a observância e efetivação dos direitos fundamentais na América Latina e pelo mundo.

4 DOS LIMITES PARA A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O NOVO CONSTITUCIONALISMO

A proteção e efetivação dos direitos fundamentais exige a correlação entre os organismos internacionais e os Estados nacionais e seus órgãos que, de alguma forma, participam desse processo. Dentre estes podemos destacar o papel dos juízes e do Poder Judiciário, que atuando sob as referências do novo constitucionalismo, parece poderem contribuir para a construção de novas bases para o constitucionalismo, que favoreçam a implementação de um plano para, progressivamente, chegarmos à observância de todos os direitos fundamentais, para todos.

Parece possível destacar que, o próprio surgimento do novo constitucionalismo, enquanto uma das vertentes mais relevantes e dinâmicas do pensamento jurídico contemporâneo se dá, em parte, para responder ao problema da falta de efetividade dos direitos humanos, observando a contradição existente entre as previsões normativas abstratas desses direitos, expressos em nossas cartas constitucionais e sua não efetivação ou observância na vida de parcela significativa de nossas populações.

Nesse sentido, TOLENTINO e OLIVEIRA (2015) observam que:

O novo constitucionalismo latino-americano surgiu [...] como forma de suprir a incapacidade da promoção daqueles que se encontram em maior grau de vulnerabilidade, priorizando a proteção da natureza, o respeito pela vida, à dignidade, o valor da pessoa humana, como forma de transformar o ser humano em sujeito central do desenvolvimento [...]. (TOLENTINO & OLIVEIRA, 2015, p. 317)

Essa preocupação teórica e de realização do direito se observa, por exemplo, em Luiz Roberto Barroso (2015) que, discutindo a crise do constitucionalismo, destaca: “A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa”. (BARROSO, 2015, p. 518). Dessarte, o novo constitucionalismo será definido pelo autor como: “O constitucionalismo democrático, que combina a soberania popular e o respeito aos direitos fundamentais, tornou-se o arranjo institucional dominante no mundo desenvolvido” (BARROSO, 2015, p. 525).

No mesmo sentido, a professora Margarida Lacombe Camargo define o novo constitucionalismo e seu papel na defesa de direitos de previsão constitucional.

Em linhas gerais, o neoconstitucionalismo, termo cunhado na Itália, amplamente aproveitado na Espanha e agora em voga no Brasil, indica uma supremacia do Poder Judiciário também como guardião da Constituição, mas sob uma ótica de caráter instrumental. Tem o dever de garantir o direito fundamental do exercício do pluralismo democrático, em lugar de se submeter aos interesses da maioria representada no Legislativo. O legalismo cede lugar, assim, ao constitucionalismo, e o Poder Judiciário, notadamente os tribunais constitucionais, ganha força e destaque o novo equilíbrio da separação entre os poderes do Estado. O poder das cortes se acentua quando agem na defesa das minorias desprotegidas, na defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos, e ainda na defesa do pluralismo de ideias e interesses que devem compor o jogo democrático. (CAMARGO, 2008, p. 3,4).

O princípio da interdependência dos direitos humanos evidencia o desafio de viabilização e implementação de todos os direitos fundamentais, buscando, portanto, a superação de suas divisões históricas. Nesse sentido muitos autores da nova vertente constitucional enxergam o novo constitucionalismo e o campo social e político dos direitos humanos como campos sociais diferenciados, mas complementares. Destacam, dessa forma, alguns de seus desafios comuns e as possibilidades de uma atuação mais integrada entre eles, favorecendo a plenitude da participação e da cidadania, e conseqüentemente, o fortalecimento da democracia e do Estado democrático de direito.

Constata-se, no posicionamento desses autores, uma interpretação constitucional não mais pautada na perspectiva meramente formal, mas atenta à realidade efetiva, concreta e substancial, agora não apenas dos direitos fundamentais, mas também da democracia como condição da efetivação de direitos.

Certo, não se pode deixar de considerar que esse processo só é possível com a participação efetiva da sociedade; o que pode se apresentar como um desafio importante em sociedades com estruturas sociais desiguais, que inibem ou mesmo inviabilizam a participação efetiva. Uma premissa especialmente verdadeira para os estados latino-americanos, tão

frequentemente marcados pelo subdesenvolvimento, desigualdades e inefetividade dos direitos e frágeis democracias. Essa situação exige que o estado latino-americano, na condição de Estado periférico deva ser ainda mais amplo e central que nos países centrais, como aponta Gilberto Bercovini:

para a superação do subdesenvolvimento é necessário um Estado nacional forte e democrático, com o objetivo de incluir a população na cidadania política e social. Portanto, com base neste debate sobre o papel do Estado, é possível afirmar que a garantia da existência digna por meio da homogeneização social está também diretamente vinculada à democracia. Afinal, com a falta de homogeneidade social, inúmeros setores da população já não mais se identificam com a política e o Estado. A cidadania, assim, não se limita aos direitos de participação política, inclui também os direitos individuais e, fundamentalmente, os sociais (BERCOVICI, 2015, p. 79).

Com isso observamos que as condições para uma participação social e política real devem ser construídas a partir da ação consciente do Estado e dos diversos setores da sociedade, em diferentes âmbitos de atuação, do local ao global, visando o princípio da igualdade. Nessa perspectiva, o processo de redução dessas desigualdades e de acesso constante aos direitos pode levar ao fortalecimento da participação e da cidadania, o que levará ao fortalecimento democrático do Estado e a novas possibilidades de acesso aos direitos em sua implementação concreta.

O papel dos direitos sociais nesse contexto é determinante, uma vez que é através da implementação de direitos que se estabelece a lógica de redistribuição de renda e enfrentamento às desigualdades, como aponta mais uma vez Piketty.

Em suma a redistribuição moderna não consiste na transferência de riqueza dos ricos para os pobres, não de maneira tão explícita. Ela consiste em um financiamento dos serviços públicos e das rendas de substituição de forma mais ou menos igualitária para todos, especialmente nos domínios da educação, da saúde e das aposentadorias [...]. No que concerne à educação e à saúde, trata-se de uma verdadeira igualdade de acesso para todos, qualquer que seja sua renda ou a de seus pais, ao menos em princípio. **A redistribuição moderna é construída em torno de uma lógica de direitos e um princípio de igualdade de acesso a certo número de bens julgados fundamentais.** (PIKETTY, 2014a p. 466, destaque nosso)

É assim, portanto, que o processo dialético de fortalecimento democrático, através da garantia e efetivação de direitos, e consequente combate às desigualdades, tem sua correlação com as bases do novo constitucionalismo. Da mesma forma, outro aspecto evidencia a proximidade e integração entre os conceitos expressos na Declaração de Viena e as bases teóricas do novo constitucionalismo; trata-se da correlação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos, expressa no parágrafo 8º da Declaração:

8. A democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais são interdependentes e reforçam-se mutuamente. A democracia assenta no desejo livremente expresso dos povos em determinar os seus próprios sistemas políticos, económicos, sociais e culturais e a sua participação plena em todos os aspectos das suas vidas. Neste contexto, a promoção e a proteção dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, a nível nacional e internacional, devem ser universais e conduzidas sem restrições adicionais. A comunidade internacional deverá apoiar o reforço e a promoção da democracia, do desenvolvimento e do respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais no mundo inteiro. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1993).

Dessa forma, ressalta-se que democracia e Estado democrático de direito estão intimamente conectados à observância e efetivação dos direitos humanos. Entretanto, as compreensões de direitos humanos alicerçadas em posições políticas liberais têm levado à não observância desses direitos em seu conjunto e, com frequência, à sua desconsideração, especialmente do campo dos direitos sociais.

O novo constitucionalismo, como posicionamento teórico comprometido com a realidade material do direito, tem elementos importantes para contribuir no processo de superação dessa contradição, que limita estrategicamente os direitos humanos a uma perspectiva liberal, sob o argumento de que a efetivação dos direitos sociais exige boas condições econômicas; desconsiderando, portanto, o princípio da progressividade. Tal princípio, que se orienta por um processo de implementação cada vez maior e mais efetivo de direitos, a uma parcela cada vez maior da população, é um que se encontra flagrantemente violado pela proposta de limitação dos gastos em direitos sociais da PEC 241. Suas graves consequências para os direitos constitucionais são apontadas por Comparato e Pinto.

Tal inversão de piso para teto desprega a despesa do comportamento da receita e faz parecer as noções de proporcionalidade e progressividade no financiamento desses direitos fundamentais. Assim, o risco é de que sejam frustradas a prevenção, a promoção e a recuperação da saúde de mais de 200 milhões de brasileiros. Ou de que seja mitigado o dever de incluir os cerca de 2,7 milhões de crianças e adolescentes, de 4 a 17 anos, que ainda hoje se encontram fora da educação básica obrigatória. (COMPARATO & PINTO, 2016).

Se a implementação dos direitos fundamentais exige recursos, é fundamental que os Estados se comprometam efetivamente com esse processo. Entretanto, o que se observa nesse momento, no Estado brasileiro, é um planejamento que compromete a observância do princípio da progressividade na aplicação e abrangência dos direitos sociais, por opções políticas liberais que limitam o campo de atuação do Estado, mesmo em áreas sociais constitucionalmente protegidas. Essa realidade permite que se evidencie, mais uma vez, o aspecto político dos direitos humanos, além do jurídico. Entretanto, ela aponta igualmente para o papel fundamental

de concepções críticas do direito, como o novo constitucionalismo, em momentos de crise política e institucional.

No momento, aos juristas neoconstitucionalistas brasileiros se apresenta a tarefa fundamental de preservação das garantias constitucionais ante à implementação da PEC 241. São muitos os que apontam para a inconstitucionalidade da própria emenda, em especial no que tange às restrições orçamentárias para a saúde, a educação e a seguridade social, tendo em vista o financiamento necessário desses direitos fundamentais, considerados cláusulas pétreas, portanto, protegidas até mesmo de reformas constitucionais.

Várias são as dimensões da hermenêutica constitucional que fortalecem esta interpretação: essas garantias teriam caráter objetivo, sendo portanto dever estatal o custeio desses direitos, materializados em serviços públicos essenciais, e não podendo sofrer descontinuidade, por sua aplicabilidade imediata prevista no art. 5º, §1º da CR/88, não sendo oponível a cláusula de “reserva do possível”; custeio mínimo dos direitos à saúde e educação deve ser encarado como garantia fundamental diante desses direitos sociais, tal qual o habeas corpus para o direito à locomoção; tais direitos podem ser considerados princípios sensíveis da Constituição de 1988; e ainda estariam protegidos pela vedação de retrocesso da seguridade social.

Esse, portanto, é um cenário propício para a atuação do Poder Judiciário em sua vertente neoconstitucionalista, como guardião da Constituição e atuante na defesa e implementação de direitos, em especial dos sociais ora ameaçados, não se sujeitando assim ao retrocesso em curso proposto pelo Legislativo.

As contribuições em torno de um constitucionalismo democrático comprometido com a preservação das garantias mínimas e ainda com a transformação da realidade social, através da defesa de implementação dos direitos fundamentais, poderá ampliar o campo e a relevância dos juristas comprometidos com essa realidade; o que poderá ampliar ou consolidar essa posição nos órgãos judiciários no Brasil e na América Latina, podendo levar ao respeito dos juristas e Judiciário brasileiro, em um momento de crise institucional e política graves, com consequências e desafios para a observância dos direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese a incidência dos instrumentos internacionais para a proteção dos direitos fundamentais em contexto global, é ainda forte a contradição existente entre suas previsões normativas e a realidade de violações e inobservâncias dos direitos humanos pelo mundo, marcada pela existência de obstáculos que dificultam a proteção desses direitos tanto no âmbito internacional como no dos Estados.

Os diferentes interesses econômicos presentes na sociedade, atualmente definidos pelo paradigma econômico neoliberal podem ser identificados como uma das principais barreiras para um maior envolvimento dos Estados na implementação e observância dos direitos humanos, tanto os estabelecidos nos documentos internacionais da ONU, quanto os já constitucionalizados em grande parte dos Estados. Sendo que muitas vezes é o próprio Estado o agente fomentador deste obstáculo, para atender os interesses econômicos já fortemente estabelecidos, haja vista o exemplo do atual governo brasileiro e sua iniciativa de emenda constitucional restritiva dos direitos sociais.

Da mesma forma, as motivações dos Estados que se recusam a ratificar o Protocolo Facultativo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais resultam das divisões sócio-históricas na forma de compreensão e de vinculação aos direitos humanos, seja sob uma perspectiva liberal ou sob uma perspectiva social ou socialista; o que evidencia o aspecto político-jurídico desse processo.

Ao final discutiu-se as possibilidades de contribuição da teoria constitucional e do novo constitucionalismo, articulando operadores do direito através do Poder Judiciário, para a construção de alternativas jurídico-políticas para a superação dos obstáculos à implementação e à observância dos direitos fundamentais. Apontou-se a necessária atuação desses setores para preservação e adequada observância dos direitos e garantias constitucionais, ressaltando a relevância do princípio da progressividade para a correta implementação dos direitos sociais. Observou-se ainda o impacto positivo que o processo de efetivação de direitos traz ao aprofundar as possibilidades democráticas, o que garantiria também um aprimoramento dos direitos civis e políticos, e a consequente realização de um Estado Democrático de Direito efetivo, capaz de fomentar um contexto de maior solidariedade e de viabilização da realização dos direitos humanos, para todos.

REFERÊNCIAS

ABRASCO. **Inconstitucionalidade do congelamento dos pisos da saúde e da educação na PEC 241.** <<https://www.abrasco.org.br/site/2016/10/nota-tecnica-inconstitucionalidade-do-congelamento-dos-pisos-da-saude-e-da-educacao-na-pec-241/>> Acesso em 29 de outubro de 2016.

ALVES, J.A. Lindgren et al. **Direito e Cidadania na Pós-modernidade.** São Paulo: Unimep, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015

BERCOVICI, Gilberto. A questão social, a Constituição de 1988 e os desafios do desenvolvimento. In SOUZA, Pedro de. (org.) **Brasil, Sociedade em Movimento.** São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** [L'état del Diritti, 1990] Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Um terceiro desenvolvimentismo na história?** In SOUZA, Pedro de. (org.) **Brasil, Sociedade em Movimento.** São Paulo: Paz e Terra, 2015.

CAMARGO, Margarida Lacombe. **O STF e a Interpretação da Constituição de 1988, 20 anos depois de promulgada.** in 20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional? VIEIRA, José Ribas (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade.** Tradução de Guy Reynaud, 2ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CEPAL. **Panorama Social da América Latina 2014.** <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37706/1/S1420848_pt.pdf> Acesso em 29 de Outubro de 2016

COMPARATO, Fábio Konder. TORRES, Heleno Taveira. PINTO, Élide Graziane. SARLET, Ingo Wolfgang. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação: mínimos inegociáveis** <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>> Acesso em 29 de outubro de 2016

COMPARATO, Fábio Konder. PINTO, Élide Graziane. **Custeio mínimo dos direitos fundamentais, sob máxima proteção constitucional.** <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-17/custeio-minimo-direitos-fundamentais-maxima-protacao-cf>> Acesso em 29 de outubro de 2016

FRASER, Nancy. Feminist Politics in the Age of Recognition: a Two-Dimensional Approach to Gender Justice. **Studies in Social Justice**. v. 1, Number 1, Winter, 2007, p. 1-13.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10ª ed., Madrid: Ed.Tecnos., 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A Carta Internacional dos Direitos Humanos**. 1995

_____. **Declaração e Programa de Ação de Viena**. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Viena, 1993

_____. **OHCHR Status of Ratification**. Disponível em: <<http://indicators.ohchr.org/>>. Acesso em 30 de Agosto de 2016

PAIVA, Andrea Barreto de. MESQUITA, Ana Cleusa Serra. JACCOUD, Luciana. PASOS, Luana. **O Novo Regime Fiscal e suas Implicações para a Política de Assistência Social no Brasil** <https://www.abrasco.org.br/site/wp-content/uploads/2016/09/nt_27_IPEA_regime_fiscal_assistencia_social.pdf> Acesso em 29 de outubro de 2016

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Trad. De Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014a.

_____. Entrevista concedida a BBC '**Brasil precisa taxar ricos para investir no ensino público**', diz Piketty. 2014b <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141127_piketty_entrevista_ru_lgb?SThisFB> Acesso em 29 de outubro de 2016.

QUINTANA, Fernando. **La ONU y la Exégesis de los Derechos Humanos**: una discusión teórica de la noción. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor - UNIGRANRIO, 1999.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 12ª Ed., RJ: Ed. Record, 2005.

SULPINO, Fabiola. BENEVIDES, Vieira Rodrigo Pucci de Sá e. **Os Impactos do Novo Regime Fiscal para o Financiamento do Sistema Único de Saúde e para a Efetivação do Direito à Saúde no Brasil** <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_28_disoc.pdf> Acesso em 29 de outubro de 2016.

TOLENTINO, Zelma Tomaz e OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamama e o direito à vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.12, n.23, p.313-335, Janeiro/Junho de 2015.