VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

DIREITOS HUMANOS, DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL: JUDICIALIZAÇÃO, PROCESSO E SISTEMAS DE PROTEÇÃO II

EDIMUR FERREIRA DE FARIA

RUBENS BEÇAK

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais 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 Naspolini 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, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNA/UCR/IIDH/IDD/UFPB/UFG/ Unilasalle/UNHwN;

Coordenadores: Edimur Ferreira De Faria, Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-391-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia no mundo contemporâneo.

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direitos Humanos. 3. Judicial. 4. Sistema de proteção. I. Encontro Internacional do CONPEDI (6. : 2017 : San José, CRC).

CDU: 34

Universidad Nacional de Costa Rica
Heredia – Costa Rica
www.una.ac.cr

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

Universidad de Costa Rica San José – Costa Rica https://www.ucr.ac.cr

VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

DIREITOS HUMANOS, DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL: JUDICIALIZAÇÃO, PROCESSO E SISTEMAS DE PROTEÇÃO II

Apresentação

Este livro resulta de artigos apresentados no VI Encontro Internacional do CONPEDI realizado em Costa Rica, nos dias 23 a 25 de maio de 2017, tendo por Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia na América Latina e Caribe.

Foram apresentados e debatidos 17 temas a seguir sintetizados: título:

1. O Tratamento dado ao aborto no Brasil e em países da América Latina como reafirmação dos direitos da mulher, com incursão nos direitos americanos e alemão. Este artigo teve por objetivos analisar a desigualdade de gênero e a conquista de direitos da mulher no Brasil. examinaram-se o ordenamento jurídico pátrio e a legislação pertinente de países da América Latina, dos Estados Unidos e da Alemanha e também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

A discussão gerou em torno de dois direitos fundamentais: o direito da mulher e o direito à vida. Por fim conclui que o conflito entre entre esses dois direitos gera sacrifício de ambos com observância do princípio da ponderação de modo a sacrificar o amplo direito da mulher em benefício do direito à vida com certas restrições.

2. Notas sobre a política de monitoração eletrônica do Estado do Rio de Janeiro. O artigo analisa as decisões das Câmaras Criminas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro durante o ano de 2015, com o objetivo de verificar como a monitoração eletrônica vem sendo adotada pelo Poder Judiciário. O resultado apresentado foi a limitação do uso da ferramenta eletrônica com alternativa à prisão cautelar e as problemáticas ligadas à aplicação das mesmas pelo Tribunal no âmbito da execução penal.

3. O conceito da segurança como parte integrante da segurança humana e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O artigo examina como o conceito de segurança cidadã tem sido trabalhado no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, enfatizando o seu uso no combate do desvirtuamento do Estado Democrático de Direito. Para

isso foram apresentados debates teóricos sobre o conceito da segurança cidadã como parte da segurança humana, valendo-se de analise de documentos e casos do SIDH sobre a temática, com viés crítico.

4. Los Derechos Humanos de Los Ancianos en la Jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica. o artigo apresenta o seguinte resumo: El presente estudio analizia la tutela que han recebido los ancianos en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justiça de Costa Rica. En particular, el aticulo 51 de la Constitucion Política (1948), determina: "La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tien derecho a la proteción del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa proteción, el anciano". Ese articulo ha sido interpretado de forma extensiava en relación con otros derechos de carácter individual y social reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

5. O Acesso à Educação no Ensino Regular como Instrumento de Inclusão Social e Concretização de Direitos da Pessoa com Deficiência: uma crítica à análise quantitativa. O artigo examina a questão relativa a inclusão da pessoa portadora de deficiência e da importância da educação em ensino regular como facilitador da inclusão de pessoas com necessidades especiais, para que possam ver efetivado os seus direitos fundamentais. Identifica que o Estado brasileiro é dotado de legislação que garante o ensino regular para esse segmento da sociedade. A pesquisa teve por finalidade precípua investigação quanto ao aspecto qualitativo para verificar se a pessoa com deficiência está efetivamente incluída no ambiente escolar.

6. Layoff Trabalhista e a Efetiva Tutela do Pleno Emprego: em busca da incorporação do valor social do trabalho. O artigo examina o princípio do pleno empregos, um dos vetores da Constituição da República. o ponto cerne do estudo foi a análise das interrelações entre o princípio constitucional na busca do pleno empego e o layoff trabalhista como valorização social do trabalho.

7. Do Surgimento dos Direitos Humanos à Possibilidade de uma nova concepção: universalidade, integralidade e o papel dos movimentos sociais. O artigo investiga o contexto de surgimento dos direitos humanos, ressaltando que a atual concepção não hegemônica dos direitos humanos é fruto da problematização do discurso tradicional e da realidade na prática.

8. Efetividade dos Direitos Humanos, Construção da Subjetividade e Mudança Social. O artigo analisa a efetividade dos direitos humanos na relação entre construção da subjetividade e mudança social. Sustenta que para a efetiva mudança social, questiona-se o alcance da

tutela jurisdicional e estatalista contraposta à necessidade de construção da democracia em sintonia com normalidade material dos direitos humanos.

9. Enquadramento Jurídico da Deformidade Causada pela Hanseíase na Lei Brasileira de Inclusão. O artigo demostra que a pessoa portadora de hanseíase, mesmo tendo sido curada, pode ter deformidades estéticas. Nesse caso deve ser enquadra nas regras de benefícios constantes da Lei brasileira de inclusão, que garante a igualdade material das pessoas com deficiência.

10 Reflexões sobre o Adolescente em Conflito com a Lei do Brasil e da Costa Rica. Ao final do estudos dos adolescentes nos dois países pesquisados, os autores verificaram a vulnerabilidade social desses sujeitos de direitos.

11. Teoria Crítica do Direito e o princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana. o artigo analisa o critério filosófico e jurídico da dignidade humana, a partir dos conceitos de dignidade humana, isonomia, autonomia e o papel do Direito na racionalidade altamente tecnológica.

12. A Globalização da Economia e sua Influência no Direito do Trabalho com a Preservação da Dignidade da Pessoa humana como Como Elemento Fundamental do Vínculo Jurídico. O artigo analisa os efeitos negativos da globalização na relação de trabalho em desfavor dos empregados. Os demostram que os direitos humanos devem prevalecer mesmo em face das relações globalizadas, prevalecendo a legislação brasileira, em especial as trabalhistas.

13 A Garantia de Proteção dos Direitos Humanos dos Refugiados Ante os Impactos do Dilema Sócio Econômico da Conjuntura Brasileira Contemporânea. Em síntese, o texto aborda o conflito entre os direitos dos refugiados e a pressão econômica e financeira e orçamentário dos país que recebem os refugiados. Mas que o Brasil é dotado de legislação que ampara os refugiados garantindo-lhes a dignidade e a observância dos direitos humanos.

14. A Função Investigadora da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Situação Humanitária no Chile Após o Golpe de Estado de 1973: a histórica visita in loco realizada em 1974. O artigo foca a pesquisa no trabalho da Comissão Interamericana de Direitos Humanos realizado na República do Chile em 1974.

15. Uma Análise Critica A Partir da Formação de um sistema Multinível de Proteção de Proteção dos Direitos Fundamentais. O artigo cuida da necessidade de um sistema multinível de proteção para que os direitos fundamentais sejam efetivados. E conclui que o Estado deve fomentar e respeitar a existência digna do ser humano.

16. A Crise dos Imigrantes-refugiados no contexto juspolítico e Social Internacional. O capítulo analisa o contexto juspolítico dos imigrantes-refugiados. investiga a situação dos refugiados nos EUA e na Europa.

17. A Ampliação da Participação no Processo Coletivo Como Mecanismo de Concretização do Estado Democrático de Direito: uma análise das Ações Coletivas Como Ações Temáticas. O artigo discute o processo judicial dando-se ênfase ao processo coletivo, demostrando a importância das ações coletivas para a solução dos conflitos nos casos de ofensa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Dessa breve exposição se verifica que a qualidade dos trabalhos ali apresentados e os debates em excelente ambiente de cooperação científica nos permitem considerar este GT como um daqueles em que a excelência investigativa mais se apresentou. Para além da discussão de trabalhos científicos em um encontro internacional, a certeza de estarmos contribuindo uma vez mais para a afirmação do CONPEDI e de nossa área, muito nos satisfaz.

A realização do VI Encontro Internacional do CONPEDI, em San Jose, San Ramon e Heredia, Costa Rica, entre 23 e 25 de maio de 2017, com seu expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados mais solidifica este rumo. Ademais, a acertada decisão, desde alguns encontros, da edição em livro digital dos trabalhos apresentados e discutidos, possibilita que todos aqueles interessados no tema aproveitem este material e possam, com a leitura dos trabalhos aqui constantes, acrescerem algo em suas próprias indagações, estudos e pesquisas.

Os Coordenadores

Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Prof. Dr. Rubens Beçak - Universidade de São Paulo.

EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS, CONSTRUÇÃO DA SUBJETIVIDADE E MUDANÇA SOCIAL NA REALIDADE BRASILEIRA

EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS, CONSTRUCTION OF SUBJECTIVITY AND SOCIAL CHANGE IN BRAZILIAN REALITY

Francisco Cardozo Oliveira [1]
Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini [2]

Resumo

O artigo analisa a efetividade dos direitos humanos na relação entre construção da subjetividade e mudança social, considerado o contexto de desigualdade da sociedade brasileira. O eixo da análise se desenvolve desde uma reconstrução histórica dos fundamentos dos direitos humanos e evolui para contrapor a subjetividade identitária da modernidade à necessidade de construção de uma subjetividade aberta à indeterminação e compromissada com a efetividade dos direitos humanos. Ao final, para o efeito de mudança social, questiona-se o alcance da tutela jurisdicional e estatalista contraposta à necessidade de construção da democracia em sintonia com uma normatividade material dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos, Efetividade, Subjetividade, Mudança social, Normatividade material

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the effectiveness of human rights in the relationship between subjectivity construction and social change, considered the context of inequality in Brazilian society. The analysis has developed since a historical reconstruction of the foundations of human rights and evolves to counterpose the identity subjectivity of modernity to the need to construct a subjectivity open to indetermination and committed to the effectiveness of human rights. For the purpose of social change, the question of the scope of jurisdictional and state protection is opposed to the need to construct democracy in line with a material normativity of human rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Effectiveness, Subjectivity, Social change, Material normativity

[1] Pós-doutor pela UFSC, doutor em direito pela UFPR, Professor do Programa de Mestrado em Direito no UNICURITIBA, Juiz de direito no Tribunal de Justiça do Paraná, e-mail xikocardozo@msn.com.

[2] Pós-doutor pela UFSC, doutor em direito pela UFPR, Professor do Programa de Mestrado em Direito no UNICURITIBA, Procurador de Justiça no Paraná, e-mail mateusbertoncini@uol.com.br.

INTRODUÇÃO

O humanismo renovado pelo Renascimento na Europa pode ser tomado como marco para a garantia de direitos humanos na história da modernidade ocidental. Contudo, o modo como a afirmação dos direitos humanos repercute efeitos na realidade das sociedades democráticas tem suscitado debates intensos, ao mesmo tempo em que se multiplicam instituições jurídico-politicas encarregadas de assegurar o respeito aos direitos da pessoa humana, de que são exemplo as cortes internacionais de direitos humanos. Tratar da efetividade dos direitos humanos em situações limites de violações e violência, por mais paradoxal que possa parecer, acaba sendo mais fácil porque se objetiva na realidade o que deve ser enfrentado e o alcance da mudança a ser promovida; recursos acabam sendo disponibilizados, a partir do espírito de solidariedade que se dissemina nesses momentos limites para o humano e para a humanidade. As dificuldades para delimitar a efetividade dos direitos humanos surgem com mais intensidade no contexto de sociedades democráticas, em que violações de direitos tendem a permanecer invisíveis ou são ignoradas ou ainda acabam atribuídas à própria processualidade da evolução social, como parece ser o caso daquelas diretamente ligadas à pobreza e à desigualdade social, a exemplo da situação do Brasil.

O problema da efetividade dos direitos humanos ganha sentido quando relacionado às possibilidades de mudança social, o que coloca em evidência a necessidade de reflexão que tenha como relevante uma determinada realidade social e econômica. Colocar-se em perspectiva a relação entre direitos humanos e mudança social implica questionar o modo como a tutela jurídica desses direitos, no plano do direito internacional, é capaz de produzir alterações na vida concreta de uma comunidade. Ao mesmo tempo, implica avaliar o modo como o próprio Estado atua para assegurar o respeito aos direitos das pessoas em sociedade e a maneira como as pessoas, em uma determinada realidade social e histórica, estão de fato comprometidas com a garantia da dignidade da pessoa humana. É importante verificar, nesse sentido, o quanto a construção de uma subjetividade individualista na modernidade influenciou o modo como os direitos humanos são invocados para tutela de direitos.

Observadas essas premissas, coloca-se como problema a análise da efetividade dos direitos humanos, no contexto de construção da subjetividade e do potencial de mudança social, tendo em conta a realidade social brasileira.

Objetiva-se evidenciar os paradoxos, limites e possibilidades para a efetividade dos direitos humanos em meio ao contexto social de desigualdades e assimetrias que caracteriza a construção da socialidade no Brasil.

Para enfrentar o problema proposto, elabora-se uma reconstrução normativa dos direitos humanos de modo a indicar os paradoxos em que eles estão enredados; na sequência, discute-se o quanto a construção da subjetividade de caráter identitário contribui para obstaculizar a efetividade dos direitos humanos, e indica-se o que precisa ser superado na direção de consolidar uma prática social fraterna, de igual respeito e igual consideração, que deve estar na base da efetividade dos direitos humanos. No final, a análise trata do alcance da jurisdição na tutela dos direitos humanos em termos de mudança social, mediante o exame da judicialização de direitos sociais e de caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em que é parte o Brasil.

Adota-se uma metodologia dialética e crítica, com apoio bibliográfico e jurisprudencial.

1. RECONSTRUÇÃO NORMATIVA DOS DIREITOS HUMANOS: IDEALISMO E VIOLÊNCIA

A proposta de uma reconstrução normativa constitui ferramenta destinada a estabelecer o marco a partir do qual possam ser fixados os desdobramentos no tempo de um determinado arranjo de ideias, ações e objetivos projetados em torno da evolução histórica da vida em sociedade; opera-se na reconstrução uma base histórica indicativa do desenvolvimento normativo da vida social. No caso dos direitos humanos, o objetivo da reconstrução reside na possibilidade de estabelecer o alcance da normatividade desses direitos, no contexto dos desdobramentos da sociedade moderna e pós-moderna e, nela inserida, de maneira mais próxima, a sociedade brasileira. A reconstrução, portanto, leva em conta a atividade concreta de instituições em determinada realidade social, durante um período de tempo. Nesse sentido, o paradigma reconstrutivo assume um caráter crítico. Segundo sustenta Jürgen Habermas, no esforço reconstrutivo se trata de reconstruir os pressupostos e as condições formais e pragmáticas de comportamentos, do entendimento da ação e do agir, da experiência e dos discursos que tornaram possível a construção teórica e a racionalização (2012, vol. 1, p. 21). Mas essa visão de uma reconstrução da teoria e de saberes no pensamento do Jürgen Habermas, de acordo com Marcos Nobre, se tornou menos abrangente do que pressupunha a

proposta de fundamentos para o que ele chegou a denominar de “ciências reconstrutivas”; de qualquer modo, diz ele que o que ganhou estabilidade foi a ideia de paradigma crítico como reconstrução histórica da teoria. O próprio Marcos Nobre enfatiza que a retomada do paradigma crítico reconstrutivo por Axel Honneth, que já incorpora as contribuições de Jürgen Habermas, opera em dois níveis: o de reconstrução dos modelos e paradigmas de partida e o de atualização, pela mensuração dos resultados em termos de emancipação; é dessa forma que o paradigma reconstrutivo, segundo Marcos Nobre, adquire em Axel Honneth um sentido crítico (2013, p.11-54).

O paradigma reconstrutivo crítico, que serve de apoio metodológico, mas, ao mesmo tempo, de articulação da análise, deve inicialmente indicar os fundamentos normativos constituintes dos direitos humanos para alcançar um ponto em que seja possível apontar, na atualidade, os resultados atingidos, em especial na realidade da evolução social brasileira.

1.1. A Revolução Francesa de 1789 e os limites da Declaração dos Direitos do Homem

A Revolução Francesa resulta do humanismo cultivado pelo Renascimento europeu. É nessa perspectiva que pode ser compreendido o sentido da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que reconhece como direitos naturais do homem a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 assinala a tensão, naquele momento, entre fundamentos positivistas e jusnaturalistas na normatividade dos direitos humanos. De um lado protege-se a liberdade e a igualdade, mas em termos formais; de outro a mesma liberdade é reconhecida direito natural e imprescritível. Michel Villey aponta o *Leviatã* de Thomas Hobbes como o precursor na construção dogmática das premissas de direitos do homem; segundo Michel Villey, Hobbes afirma que os direitos do homem no estado da natureza provocam a guerra e que a paz somente será alcançada mediante o uso da razão que permite estabelecer as bases do contrato e do poder soberano, capaz de instituir a ordem e a segurança (2007, p. 142-157). A construção teórica de Hobbes descreve o arco que conduz a passagem do homem do estado da natureza a um sistema social ordenado pelo direito e as leis. O que está em causa no pensamento de Hobbes é estabelecer os limites do direito natural de liberdade do homem que, no estado da natureza, não admite proibições.

Mas Michel Villey lembra também que o caráter formal dos fundamentos dos direitos humanos é tributário das ideias de John Locke no *Segundo Tratado do Governo Civil*, em

que a liberdade e a propriedade não estão articuladas como direitos de todos (2007, p. 160-161).

O caráter formal dos direitos na Declaração dos Direitos do Homem de 1789 ganha maior relevo quando confrontado com os desdobramentos de conflitos na realidade social. Marx e Engels ressaltam que a Revolução Francesa se tornou necessária em razão da concentração da manufatura e do comércio na Inglaterra, que obrigou a França a proteger sua indústria com medidas alfandegárias; o avanço das práticas de mercado forçou cada indivíduo a buscar a satisfação de suas necessidades, deixando evidente o caráter unilateral de direitos e destruindo as bases da vida social solidária; tornou-se natural, nesse contexto, dizem eles, derivar as relações humanas do conceito de homem, do homem representado, da essência do homem, ou seja, fazer da ideia o domínio da realidade social e histórica (2008, p. 52-86). No mesmo sentido, Eric Hobsbawm afirma que a Revolução Francesa ocorreu em momento de crise; diz ele que, embora houvesse na França expansão industrial, a depressão do século XVII impediu o país de acompanhar a Revolução Industrial liderada pela Inglaterra (2013, p. 41). Assim, naquele momento, ao mesmo tempo em que o mercado reforçava o individualismo, a compreensão da realidade das relações sociais passou a depender da mediação abstrata do conceito. Consequentemente, os direitos do homem tomaram como base o conceito de homem, não alcançando o sentido das relações de vida em sociedade. De todo modo, como a Revolução Francesa veio consolidar os valores do liberalismo em uma sociedade que já havia superado etapas de transformação econômica, pode-se dizer que a Declaração dos Direitos do Homem, seguindo a ideia de Eduardo Barros Mariutti (2009, p. 110), ao mesmo tempo em que inaugura a possibilidade de tutela dos direitos do homem, no campo jurídico, faz emergir os limites de efetividade desses direitos no desenvolvimento da modernidade.

Nesse sentido, a revolta e os combates de rua na Paris de junho 1848, cerca de 50 anos depois de Declaração dos Direitos do Homem de 1789, revelam as dificuldades para a salvaguarda dos direitos humanos na realidade da vida social. O clima de guerra civil e de divisão social nas ruas de Paris reduziu a esperança de consolidação do ideal de fraternidade que compunha os princípios da Revolução Francesa, ao mesmo tempo em que, segundo Dolf Oehler (1999, p. 27-151), reforçou o pessimismo em relação à natureza do homem e as possibilidades de evitar ou eliminar formas de violência na vida em sociedade. A construção da modernidade, doravante, passou a oscilar entre a defesa da liberdade e a luta contra a desigualdade. Cem anos depois, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 ao afirmar no art. 1.º que "*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em*

direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade." recuperou o caráter normativo conjunto de liberdade, igualdade e fraternidade pregado pela Revolução Francesa em 1789.

1.2 Os paradoxos e a normatividade material dos direitos humanos

Entre 1848 e 1948 a efetividade dos direitos humanos, tomados como referência os direitos de liberdade e igualdade, permaneceu restrita em face do caráter declaratório e da perspectiva idealista consolidada em torno dos direitos do homem. Essa situação pode ser ilustrada por dois paradoxos: um de natureza conceitual, que atinge os fundamentos dos direitos humanos, e outro de natureza social, ligado à efetividade propriamente dita.

O problema dos paradoxos dos fundamentos dos direitos humanos, de acordo com Niklas Luhmann, se inicia com a passagem do direito natural para uma base de natureza racional, que seguiu, no Século XVIII, com a separação entre indivíduo e sociedade; enquanto os direitos subjetivos do indivíduo derivavam do direito objetivo, isto é, de um direito legislado, os direitos humanos surgem dos direitos que o indivíduo tem por natureza. Esse paradoxo, na sequência, na medida do surgimento das declarações de direitos humanos, ganha outra dimensão; os direitos humanos passam a integrar o direito legislado e as Constituições, como catálogo de direitos fundamentais; todavia, de modo paradoxal, a validade dos direitos humanos ficou dependente da verificação de violações (2000, p. 153-261). Evidencia-se, portanto, segundo Niklas Luhmann, uma sucessão de paradoxos na fundamentação dos direitos humanos que opera por distinções; são essas distinções que aprisionam a efetividade dos direitos humanos nos limites das insuficiências do conceito.

O segundo eixo de paradoxos diz respeito à efetividade dos direitos humanos que, ao longo do tempo histórico da modernidade, dependeu de contextos de violência e não da normalidade da vida em sociedade. Conforme sustentam Adeilson Luz de Oliveira e Francisco Cardozo Oliveira, os direitos humanos são frutos dos momentos da história em que ocorre uma tomada de consciência da insuportabilidade do sofrimento que desencadeia a busca pela ampliação por reconhecimento e, consequentemente, por direitos (2014, p. 398-422). A efetividade dos direitos humanos, desse modo, depende mais de contextos de violência do que do caráter relacional da vida em sociedade.

Em termos de reconstrução normativa, pode ser afirmado que os direitos humanos contemplam uma normatividade material desdobrada no processo de evolução social, cuja efetividade, como diz Hannah Arendt, depende de uma construção (1989), e

consequentemente de uma luta que se articula na presença do outro. Contudo, a reconstrução normativa também evidenciou os limites para a efetividade dos direitos humanos decorrentes do caráter idealista que se consolidou na modernidade em torno dos fundamentos dos direitos do homem e da dependência de situações de violência e de violação para aquisição de um sentido objetivo de salvaguarda da pessoa humana.

Resulta necessário, desse modo, estabelecer as bases em que os direitos humanos podem ampliar sua efetividade, na direção da mudança social e, com isso, superar os limites identificados na reconstrução normativa.

2. INDIVIDUALISMO E IDENTIDADE E OS OBSTÁCULOS À EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Admitido o caráter relacional que envolve a efetividade dos direitos humanos, é necessário verificar o quanto a consolidação do individualismo identitário constitui obstáculo para a produção de efeitos na realidade social de uma prática de respeito aos direitos da pessoa, em especial no caso do Brasil de marcantes desigualdades, capaz de ampliar o exercício da liberdade. Para essa tarefa impõe-se analisar duas questões relacionadas: a da permanência do individualismo e seu caráter identitário; e a da construção da subjetividade e suas possibilidades de abertura para uma sociabilidade de respeito e igual consideração pelo outro; em ambas as questões emerge o problema da liberdade, que pode ser tomada agora como um recorte na análise, para o efeito de avaliar a efetividade dos direitos humanos.

2.1 A permanência do individualismo no contexto da sociedade pós-moderna e a efetividade dos direitos humanos

A modernidade configurou uma subjetividade individualista, na medida em que estabeleceu os pressupostos de construção da socialidade em torno dos interesses individuais. Anthony Giddens associa modernidade e identidade para sublinhar que, na modernidade, entendida como o momento de intensa industrialização do Ocidente, o eu se tornou um projeto reflexivo; as transições na vida dos indivíduos passaram a exigir uma reorganização psíquica em que o eu precisou conectar mudança pessoal e mudança social; assim, diz ele, a ordem institucional da modernidade envolveu a formação e a continuidade do eu; diferentemente dos ambientes das antigas sociedades tradicionais, a modernidade rompe com

o referencial protetor da comunidade, que é substituído pelas organizações impessoais (2002, p. 36-38).

A burocratização da vida e a racionalização interligam evolução social e constituição do indivíduo; essa interligação pode ser melhor compreendida mediante a ideia de ação social, que expressa a constante necessidade de adaptação social do indivíduo no contexto da modernidade. A concepção de ação social de Max Weber, que se define por um elemento relacional e outro racional procura dar conta, na realidade social da modernidade, do modo como se orientam as linhas de conduta e a tomada de posição individual diante do aumento da complexidade da vida moderna; definem-se linhas de ação em face de fins ou de valores e em relação ao comportamento dos outros (2009). Na sociedade moderna, o exercício da liberdade é mediado por uma ação racional. Como diz Karl Loewith, a racionalidade acompanha a liberdade de ação porque é uma liberdade a ser alcançada mediante o exercício da livre escolha dos meios adequados a um fim eleito e preestabelecido por valores ou significados de vida. Assim, diz ele, a personalidade resulta marcada por uma relação do homem com valores últimos, que exige adaptação constante de meios dados a um fim preestabelecido (1983, p. 143-162). O conhecimento metódico e a coisa como absoluto são os pressupostos da racionalização, que busca alcançar a unidade do mundo, mas a afirmação da unidade do mundo, como diz Theodor W. Adorno, reforça o caráter identitário em meio ao paradoxo do uno e do múltiplo (2015, p. 33-86). A ideia de ação social, desse modo, incorpora a dinâmica de um processo de adaptação da personalidade às exigências de racionalização organizacional do mundo moderno. Mas, como lembra Karl Loewith, o próprio Max Weber vê o caráter irracional do processo de racionalização que se materializa à medida que a impessoalidade e a burocracia das instituições envolvem o indivíduo, de modo que fins e valores da ação individual escapam ao seu controle (1983, p. 143-162).

O homem da modernidade confrontado com os limites na identificação de fins e valores da ação individual no mundo permaneceu sujeito à alienação e a formas de dominação. O conceito de alienação, desde a economia até a psicanálise, procura explicar as dificuldades do indivíduo da modernidade de guiar suas ações em meio ao caráter burocrático e impessoal das organizações. Por outro lado, a racionalidade da dominação na civilização ocidental, segundo Herbert Marcuse, precisa ser constantemente reafirmada, de modo a impedir que a crescente produtividade possa realizar o potencial de um mundo verdadeiramente livre (1999, p. 94)); daí o risco de totalitarismos que a construção dos direitos humanos precisa combater também de forma constante. Mais tarde, Michel Foucault, ao tratar do problema da dominação, sustenta que o próprio direito, desde a Idade Média,

pode converter-se em instrumento de dominação ou mesmo aplicar relações de dominação; mas essa dominação, diz Michel Foucault, não se explica por uma formação de controle maciço e total; ela se manifesta por meio da compreensão do exercício do poder nas suas extremidades, onde ele se torna capilar, mais local, o seu investimento em instituições, em técnicas e instrumentos materiais; por isso ele fala do papel do direito de veicular relações de dominação e cita como exemplo o modelo clássico no seu pensamento que é o poder de punir e a efetivação da punição, do aprisionamento físico, regulamentar e violento na sociedade moderna. Mas o que é fundamental na reflexão de Michel Foucault é entender o poder e a dominação que o direito instrumentaliza como uma instância material de sujeição, em que o próprio poder faz com que os corpos, gestos, discursos e desejos possam ser constituídos como indivíduos, ou concebidos como individualizados (2010, p.20-35). É nesse sentido material de sujeição e de dominação que o individualismo se mantém na atualidade, porque também se manteve uma forma de poder que o direito legitima. A positivação dos direitos humanos, desse modo, corre o risco de ela própria instrumentalizar formas de dominação, no interior da ordem jurídica nacional e internacional, e de reduzir o potencial de liberdade. Tomar os direitos humanos pela unilateralidade de valores de uma determinada cultura ou de um projeto político e de poder potencializa os riscos de dominação e de formas de sujeição. Para escapar a esse risco, é preciso manter o compromisso com o caráter material da efetividade dos direitos humanos.

A permanência do individualismo na sociedade pós-moderna se deve ao fato de que, em larga medida, continuaram vigentes estruturas de poder e de saber, e com elas as bases do direito, característicos da modernidade. A pós-modernidade reforça a construção de uma subjetividade de caráter identitário e o mal-estar que lhe é característico. Freud havia sustentado que a evolução da civilização ocorre por meio de uma luta da pessoa pela sobrevivência que opõe o compromisso com o amor, a unidade e a comunidade ao instinto de violência e de agressão dirigida contra o outro (1997, p. 81-82). O equilibro precário entre a necessidade da presença do outro e a repulsa que se manifesta pela violência dependerá do modo como articulada a evolução social. Assim, na medida em que a evolução social inibe oportunidades de encontro com o outro, mediante formas de dominação e de sujeição, amplia-se ao mesmo tempo a cultura do individualismo, de reforço da construção de uma subjetividade de caráter identitário. Se na evolução da modernidade o individualismo pareceu em certos momentos desestabilizar o equilíbrio de construção da subjetividade e de vivências comunitárias, mediante o reforço da identididade, na pós-modernidade, segundo Zigmunt Bauman, ocorre uma flexibilização da identidade que, contudo, não conduz à emancipação e

à ampliação da liberdade, mas desperta sentimentos contraditórios e ambivalentes, com ameaças de desestruturação, fragmentação e desarticulação; diz ele que esse cenário, ao invés de unificar a condição humana e gerar cooperação e solidariedade, reforça os conflitos e induz à competição mais ríspida (2001, p. 105-106). A permanência do individualismo, desse modo, restringe a efetividade dos direitos humanos a uma concepção de tutela de interesses individuais sobreposta ao direito privado codificado no Ocidente, a partir da Revolução Francesa.

Na medida em que uma subjetividade de caráter identitário se mantiver alheia ao compromisso com a efetividade de proteção da pessoa e da unidade da vida comunitária, dificilmente os direitos humanos alcançarão efetividade capaz de reduzir desigualdades e de promover a dignidade da pessoa, mediante ampliação da liberdade. Considerada a realidade brasileira de desigualdades, reforçam-se os fundamentos idealistas dos direitos humanos, como se a efetividade pudesse ser posta no nível da dogmática e da razão, antes de confrontada com a vida em sociedade. É preciso avaliar então o modo como os direitos humanos, ao invés de reforçar o individualismo identitário, podem abrir oportunidade de evolução social e de efetividade na proteção dos direitos da pessoa humana e na ampliação da liberdade.

2.2 A construção da subjetividade entre humanismo, inumano e indeterminação

A relação entre construção da subjetividade e direitos humanos tem importância fundamental para a efetividade de direitos, uma vez considerado que sem um compromisso pessoal com o outro, no interior da vida comunitária, não é possível realizar o ideal de vida digna e de liberdade ao maior número de pessoas possível. Resulta incontornável, nesse sentido, fazer a análise da construção da subjetividade que possa superar os limites do individualismo e promover o compromisso com a normatividade de igual consideração pelo outro. Assim, é necessário verificar, em um primeiro momento, o que na atualidade serve para reforçar uma subjetividade individualista e identitária e o que se abre de oportunidade de formas de subjetivação comprometidas com a alteridade e com a ampliação da liberdade.

O individualismo na atualidade pós-modernidade orienta-se pela construção da sociabilidade em rede a partir da noção de diferença que se manifesta, segundo Axel Honneth, pela perseguição de um projeto de autorrealização pessoal que exige flexibilidade constante;

diz ele que, em face das mudanças socioeconômicas recentes, as pessoas perderam a disposição para entender o seu projeto de vida como um processo linear de desenvolvimento da identidade que conduziria a um bom posto de trabalho e a um papel seguro no interior da família; substituiu-se um esquema de identidade rígida por uma tendência a incorporar diferentes opções de identidade; as pessoas submetem à prova diversas formas de existência para poder realizar, à luz das experiências vividas, o núcleo daquilo que as distinga das demais; de modo a estarem abertas a novas experiências, as pessoas mantém decisões e projetos de vida sempre abertos; a abertura permanente produz novas formas de mal-estar em função da sobreposição de exigências de performances nos mais diferentes contextos da vida social (2009, p. 363-388).

Enquanto do ponto de vista do indivíduo se mostrou necessário uma abertura para uma existência de múltiplas possibilidades de experiência, do ponto de vista social também se operou uma mudança na direção de assimilar o modo de vida flexível. Nesse sentido, a flexibilização do mercado de trabalho de uma lado e, de outro, o que Jeremy Rifkin denomina de mercantilização completa da experiência de vida, mediante relações de clientela fidelizada e cativa (2004, p. 138-139), formam uma dualidade entre trabalho flexível e consumo que compõe a estrutura socioeconômica do individualismo pós-moderno. Apesar da promessa de abertura para diferentes experiências do projeto de vida pós-moderno, a incerteza e a insegurança decorrentes das novas formas de trabalho, assim como a repetição das práticas de consumo, acabam por limitar o exercício da liberdade; a liberdade surge como obrigação de desempenho e gozo em que, segundo Pierre Dardot e Christian Laval, o normal não é mais o domínio de si e a regulação das pulsões, mas a estimulação intensiva como fonte de energia que conduz ao consumo e constrói o vínculo da subjetividade com os objetivos empresariais de concorrência (2016, p. 357-361).

A construção da subjetividade opera mediante uma relação entre o indivíduo e o ambiente social. Félix Guattari captou o sentido dessa relação ao sustentar que a subjetividade pode ser entendida como o conjunto das condições que torna possível que instâncias individuais ou coletivas estejam em posição de emergir como território existencial autorreferencial, em relação de delimitação com uma alteridade subjetiva (2012, p. 19). É necessário um contexto social para que a pessoa possa afirmar sua individualidade e posicionar-se em relação aos outros. Nesse sentido, o ordenamento jurídico se situa entre as instâncias que fazem emergir a subjetividade, na medida em que fornece ao indivíduo uma pauta de comportamentos e de formas de vida. Os direitos humanos, portanto, não escapam a dinâmica de propiciar contexto social que esteja em condições de fazer emergir a

existencialidade da pessoa e sua relação com os demais. Logo, não se justifica reduzir os direitos humanos a uma perspectiva de efetividade a partir de interesses individuais, sobreposta às titularidades do direito civil, no sentido de uma sociedade que se estrutura mediada pela forma jurídica do contrato. É necessário que a construção da subjetividade já esteja ela própria comprometida com uma premissa de igual consideração pelo outro, o que, nesse sentido, confronta com uma premissa de liberdade da pessoa restrita a promover escolhas mediadas pelos mercados e pelo consumo.

A subjetividade e o seu contexto social precisam estar compromissados com a construção dos direitos humanos, o que pode revelar-se incompatível com uma perspectiva de direitos humanos associados a uma premissa de liberdade de cunho estritamente individualista e abstrata, nesse sentido correlata aos pressupostos do liberalismo. Se, como afirma Espinoza, a liberdade está confrontada com a existência (2015, p. 97-152), é preciso considerar que a liberdade protegida pelos direitos humanos, e que constitui o núcleo da construção da subjetividade, confronta o indivíduo com a realidade social e com a presença do outro. Assim, é preciso considerar o alcance da liberdade na construção da subjetividade mediante o exame dos desdobramentos da vida em sociedade o que, por sua vez, exige dos direitos humanos uma normatividade comprometida com a efetividade material de proteção da pessoa.

Na perspectiva de uma luta por reconhecimento de direitos, Axel Honneth faz a reconstrução do alcance do direito de liberdade ao longo da modernidade; para essa tarefa, ele define três modelos de direitos de liberdade: i) o direito de liberdade negativa, em que a liberdade se manifesta como ausência de obstáculos que impeçam a realização dos interesses da pessoa; ii) a liberdade reflexiva, que compreende a liberdade como exercício de autonomia e autorrealização; iii) finalmente, a liberdade social, em que o social é uma condição para o exercício da liberdade mediante interação intersubjetiva no discurso (2014, p. 36-96). Em termos de contexto social pós-moderno interessam os desdobramentos do alcance do modelo de liberdade social. De certo modo, a estes três modelos de liberdade correspondeu uma ampliação das esferas de proteção nos direitos humanos que, para Flávia Piovesan, vai desde a proteção dos direitos civis e políticos até a proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, além do chamado direito ao desenvolvimento ou um direito à redistribuição no sentido do preconizado por Nancy Fraser (2011, p.35-64).

Embora os direitos humanos tenham adquirido uma maior abrangência para alcançar a dimensão social de proteção da pessoa que, neste sentido se conecta com a ampliação do direito à liberdade como liberdade social, não ocorreu um desdobramento de proteção suficientemente efetivo a ponto de comprometer o sujeito com a realização de uma liberdade

capaz de assimilar na vida social a normatividade dos valores de igual consideração pelo outro, máxime em face dos desdobramentos do capitalismo financeirizado e suas formas de exclusão e de restrição de direitos. Do ponto de vista político, Achille Mbembe observa que, na atualidade, se manifesta um processo de desumanização mediante o que ele qualifica de políticas da inimizade, em que os meios de comunicação digital fazem emergir uma racionalidade mítico-religiosa, uma moralidade de massa, uma "experiência interior", como antítese do saber racional que transforma as democracias liberais em Estados de segurança, recria fronteiras e sustenta a necessidade de guerra contra o outro (2016, p. 61-90). O discurso político e econômico continua a privilegiar uma perspectiva de direitos humanos voltada para a tutela da liberdade individual, tomada no sentido de liberdade negativa característica da modernidade liberal. Como sustenta Bader Burihan Sawaia, não é possível fundar os direitos humanos na negatividade ou no pressuposto de que eles ficam acima dos homens e de suas necessidades; precisa ser levado em conta, segundo ela, que a subjetividade é uma experiência intersubjetiva e ativa, de seres humanos existencialmente determinados que expressa, ao mesmo tempo, singularidades e integração comunitária, na busca pelo bem comum, pela liberdade e pela igualdade (2004, 61-73).

A ampliação do direito à liberdade como liberdade social, na esteira de assegurar efetividade aos direitos humanos, precisa superar os limites de um humanismo que, de acordo com Vladimir Safatle, advoga uma forma de liberdade comprometida com a predição de direitos positivos integrados ao ordenamento jurídico; é necessário alcançar o que o mesmo Vladimir Saflatle qualifica de defesa da capacidade de confrontação com o inumano, ou seja, com o que no sujeito não porta a figura atual do homem (2012, p. 223-234). Seria o caso, portanto, de romper com a determinação que está na base da construção da subjetividade identitária para alcançar uma normatividade capaz de assimilar uma ação social aberta à indeterminação; trata-se da construção de uma subjetividade comprometida com uma forma de vida em que, para lembrar novamente Vladmir Safatle, a alteridade não é exatamente a presença do outro, mas a-normatividade, a resistência à submissão da gramática da norma (2012, p. 238-247).

Em termos de normatividade, mais que a positividade de regras, competiria aos direitos humanos propiciar uma forma de vida aberta à indeterminação do inumano; uma experiência de liberdade que ainda não se incorporou à humanidade do homem, o que, evidentemente, coloca em perspectiva o problema da efetividade material dos direitos, e a resistência às formas de dominação e de violência, ao mesmo tempo em que busca instaurar novos vínculos

de socialidade; resta saber se uma forma de tutela jurisdicionalizada dos direitos humanos tem força para alcançar esse novo patamar de proteção da pessoa.

3. JURISDIÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E MUDANÇA SOCIAL NO CONTEXTO DA REALIDADE BRASILEIRA

A esta altura já é possível estabelecer dois pressupostos necessários para assegurar a efetividade dos direitos humanos comprometida com a mudança social, tendo-se em conta a realidade social e econômica brasileira. Um primeiro pressuposto diz respeito ao fato de que a efetividade dos direitos humanos depende de uma luta de construção no contexto social, que se objetiva na presença do outro. O segundo pressuposto, obviamente atrelado ao primeiro, se refere à necessidade de o contexto de luta pela efetividade dos direitos humanos propiciar a construção de uma subjetividade comprometida com o inumano e a indeterminação, ou seja, com aquilo que ainda não faz parte da vida do homem e que, portanto, se manifesta no presente como injustiça e exclusão.

Fixados esses dois pressupostos, impõe-se averiguar o quanto a tutela jurisdicionalizada se mostra capaz de assegurar efetividade aos direitos humanos e de consequentemente ampliar o direito à liberdade como liberdade social, já que é nesse nível que se torna viável a abertura para o inumano e a indeterminação, e o que disso resulta em termos de mudança social. Para dar conta dessas questões, investiga-se o problema em duas perspectivas: a da judicialização dos direitos sociais e a da desjudicialização ou de desestatização dos direitos humanos, rumo a uma democracia horizontalizada.

3.1 Judicialização dos direitos sociais e sua relação com a efetividade dos direitos humanos

A compreensão da relação entre judicialização de direitos sociais e a efetividade dos direitos humanos exige considerar, a princípio, o problema da judicialização da vida social e o que pode ser entendido por mudança social, no contexto de desigualdades.

A questão da judicialização da vida social associa-se, invariavelmente, a premissa de uma expansão da atividade judiciária e do papel do juiz que assumiu a tarefa de protagonizar a efetividade de direitos sociais. Reforçou-se o papel político da jurisdição. Antoine Garapon

sustenta que, na atualidade, a forma do direito e do processo se tornou referência para a ação política, de modo que tudo passa a ser questionado perante a jurisdição. Especificamente sobre os direitos humanos, ele afirma que a colocação do problema em termos jurídicos ou constitucionais, como por exemplo na questão do aborto, teve efeitos concretos limitados, mas potencializou acirramento e radicalização (1999, p. 33-53). A redução de questões políticas a problemas jurisdicionais parece não ser suficiente para fazer avançar a democracia na contemporaneidade. Michel Foucault quando tratou da forma de governamentalidade do neoliberalismo, principalmente depois da 2.ª Guerra Mundial, fixou a premissa de que o modelo da empresarialidade que ela assume atinge a pessoa, amplia conflitos e, consequentemente, intensifica o papel da jurisdição na busca de solução e de apaziguamento social (2008, p. 220-295). Mas o aumento de atividade jurisdicional não significa, necessariamente, maior efetividade de direitos, embora deva ser ressalvado o acesso a remédios no caso do Brasil, que, todavia, manteve intocado a questão da desigualdade; a expansão mesma da judicialização pode ser o sintoma da potencialização de conflitos na vida social.

Tratando-se da questão dos direitos humanos, o problema da judicialização da vida social reclama o exame de uma perspectiva que permita compreender a relação entre sociedade e direito, em especial ao longo da modernidade e seus efeitos na atual configuração da sociedade contemporânea.

Considerado que a sociedade moderna se estrutura como sociedade jurídica, em que o direito assume o papel de fornecer os elementos necessários à construção da socialidade, a judicialização da vida social poderia ser compreendida como um estágio de estruturação da relação entre sociedade e direito. Nesse sentido, não estaria em causa uma expansão, mas uma forma de evolução. É desse modo que Niklas Luhmann sustenta uma perspectiva evolucionista; diz ele que a diferenciação funcional do sistema jurídico, que opera mediante um fechamento autopoiético, ocorre quando diferentes condições são satisfeitas; nesse processo, a variação de padrões de reprodução até então aceitos permite a seleção da estrutura que possibilita um novo padrão de reprodução e, finalmente, a estabilização do sistema em uma nova dinâmica, surgida da alteração produzida (2016, p. 319-326). Embora possa estar pressuposto no pensamento sistêmico de Luhmann uma evolução autônoma do sistema jurídico, ele não desconhece a necessidade de uma alteração antecedente na vida social capaz de provocar o que ele denomina de irritação; é essa irritação que repercute efeitos no sistema jurídico e provoca variação, seleção e reestabilização. Não se trata para Luhmann de uma relação mecânica entre mudança social e alteração do sistema jurídico, mas de acoplamento

estrutural; ele afirma que a variação decisiva para a evolução do sistema jurídico se relaciona a expectativas normativas inesperadas que ocorrem *a posteriori*, em virtude de um comportamento visto de forma retrospectiva que exige um novo modo de regulação. É o caso, diz Luhmann, que torna visível a norma; para dizer de forma mais enfática, é o caso que torna visível os limites de uma determinada compreensão normativa; de qualquer modo, Luhmann sustenta que a evolução do direito depende de como o problema da conciliação social é resolvido (2016, p. 342-374). Tem-se então que mesmo o funcionalismo sistêmico não ignora o fato de que as alterações no sistema do direito dependem de uma mudança na construção da socialidade.

O mesmo problema da relação entre sociedade e sistema jurídico vai encontrar em Jürgen Habermas uma formulação em que a diferenciação sistêmica se opera mediada pela ampliação da consciência social estruturada no que ele denomina de mundo da vida, tomado o quadro de uma racionalidade comunicativa. O risco, segundo Habermas, é o de o mundo da vida ser colonizado pela dinâmica de sistematização, o que acarretaria obstáculos para a emancipação e para a evolução social (2012, vol. 2, p. 276-355).

À luz da relação entre sistema jurídico e sociedade, o problema da judicialização da vida social revela um padrão determinante que não pode ser negligenciado: o de que a normatividade tem um desdobramento que se evidencia na materialidade das relações da vida em sociedade. Consequentemente, a efetividade dos direitos somente pode ser mensurada em toda a sua extensão mediante os efeitos de mudança no modo como se articula a evolução da vida social. Assim, na judicialização da vida social tanto podem se manifestar formas de ampliação de efetividade de direitos, como também pode ocorrer a sedimentação de uma reprodução de elementos de manutenção de restrição de titularidades de posições jurídicas e de exclusão. No caso brasileiro esse paradoxo se revela em toda a sua extensão; ao mesmo tempo em que a Constituição de 1988 ampliou possibilidades de inclusão social, reforçadas pela jurisdição dos tribunais, a exemplo dos direitos dos homossexuais, crianças e idosos, os tribunais do país também atuaram para construir uma jurisprudência de aumento de formas de encarceramento e de internação de jovens e de adolescentes e de coibir protestos e reivindicações de movimentos sociais.

É preciso verificar, de forma mais específica, o modo como a judicialização de direitos se relaciona à mudança social. Considerada a realidade brasileira, a judicialização do direito à saúde, que também integra o catálogo de direitos humanos, pode ajudar a evidenciar os termos da relação entre atividade jurisdicional e mudança social.

O caso da judicialização do direito à saúde reclama uma indicação objetiva e específica da expectativa de mudança social no Brasil; no contexto da evolução social, a expectativa de mudança social, em torno da judicialização do direito à saúde, se direciona para a ampliação de acesso a remédios e tratamentos, e consequentemente para a redução das desigualdades que caracteriza o eixo central do conflito que caracteriza a sociedade brasileira. Sobre o modo como se opera a mudança social em contextos de desigualdades, Max Gluckman esclarece que enquanto os conflitos podem ser resolvidos no padrão vigente de coesão social se mantém um equilíbrio repetitivo; quando uma alteração nas relações sociais introduz um conflito de desigualdade insolúvel desencadeia-se uma dinâmica de mudança que se acelera até encontrar um novo equilíbrio (2010, p. 237-364). Tem-se que ver então se, na situação brasileira, a judicialização do direito à saúde pode ter introduzido um conflito de desigualdade em torno do acesso a remédios e a tratamento médico, com potencial de mudança social. No caso brasileiro, no ano de 2014 o Ministério da Saúde dobrou os gastos com custeio de medicamentos que atingiram R$ 2,3 bilhões; o valor é praticamente o dobro do gasto com o programa "Mais Médicos", destinado ao atendimento da população com dificuldades de acesso a tratamento médico (2015); os gastos com a tutela individual de remédios superou os gastos com o atendimento de comunidades sem recursos em vários locais do País; estima-se que em 2016, os gastos com fornecimento de remédios por decisões judiciais no Brasil tenha atingido R$ 7 bilhões (2016, p. 18-23), o que tem levado a criação de gestão compartilhada dos recursos, de modo a reduzir demandas individuais no Poder Judiciário (2016, p. 48-65); ou seja, o caminho da judicialização adversarial da saúde impacta orçamentos, mas não universaliza o acesso; de forma paradoxal, em que pese o acesso facilitado a medicamentos, manteve-se a desigualdade em torno da efetividade do direito à saúde, já que os gastos se concentram em medicamentos específicos e atingem grande parcela de pessoas que gozam de melhores condições socioeconômicas (2016, p. 18-23). Observa-se então que a judicialização do direito à saúde no Brasil não chegou a configurar elemento determinante de alteração nos padrões de conflitos de desigualdade a ponto de provocar uma mudança social, no sentido de alteração desse conflito que está arraigado na estrutura social brasileira.

O caso da judicialização da saúde evidencia que, em termos de efetividade dos direitos humanos, a atividade jurisdicional pode se mostrar limitada em termos de mudança social; ajuda também a demonstrar o caráter material da efetividade de direitos que faz a mudança social depender do compromisso com uma luta pela alteração dos padrões do conflito que

estrutura a construção da socialidade. Para esse compromisso contribui de forma decisiva a construção de uma subjetividade que esteja aberta a igual consideração do outro.

3.2 Desestatização dos direitos humanos e democracia horizontalizada

Na medida em que a judicialização pode encontrar limites para operar mudanças sociais, sem a construção de uma subjetividade comprometida com alterações dos padrões de violência e de desigualdades, pode ser o caso de considerar que a efetividade dos direitos sociais reclama uma perspectiva de desjudicialização ou de desestatização dos direitos humanos. Os termos de uma desjudicialização ou de desestatização dos direitos humanos pode ser posta em dois momentos ilustrados pelo caso: o do modo como os direitos humanos se conectam à construção da democracia; e o que essa construção democrática exige de compromisso da pessoa e da sociedade com a efetividade de direitos; o caso que ilustra a análise serve para mostrar como assegurar direitos nos tribunais pode não ser suficiente para estabelecer um novo patamar de vida democrática.

A Conferência de Viena de 1993, segundo Andrei Koerner, assinalou a interdependência dos direitos humanos e sua vinculação com a democracia e o desenvolvimento humano; a pessoa, diz ele, passou a ocupar o lugar central para os direitos humanos e não mais o Estado. Paralelo a isso, reconheceu-se também que os Estados encontravam limites para a promoção dos direitos humanos que necessitava de um papel mais acentuado da ONU (Organização das Nações Unidas). De todo modo, diz Andrei Koerner, continuou a prevalecer uma visão estatalista a respeito dos direitos humanos, traduzidos nos direitos fundamentais incorporados nas Constituições e na estrutura institucional do Estado de Direito, com o consequente reconhecimento do caráter obrigacional de tratados e pactos internacionais, em que as violações poderiam ser instrumentalizadas por meio de reclamações dirigidas ao Estado (2003, p. 143-157).

A concepção estatalista dos direitos humanos esbarra naquilo que vem sendo evidenciado pela análise: a efetividade dos direitos humanos contempla uma dinâmica de luta que se desenvolve em meio à evolução social e que, muitas vezes, se coloca em conflito com grupos sociais e econômicos que se apropriam do poder e da estrutura do Estado, apoiados em procedimentos formais característicos das democracias ocidentais. O próprio Andrei Koerner reconhece que a dinâmica explosiva do reconhecimento de direitos pode confrontar grupos sociais e autoridades políticas, em consequência da busca de efetividade; ele assinala

que poderia não ser o caso de pensar os direitos humanos como uma estrutura constitucional hierarquizada e piramidal. A partir dessa perspectiva, Andrei Koerner propõe uma forma de desestatização dos direitos humanos que, desde as formulações da sociologia do direito, passam a ser pensados como processo democrático aberto a uma perspectiva construtivista e deliberativa (2003, p. 143-157). Ganha relevo, nesse contexto, uma luta por reconhecimento de direitos enfatizando o papel preponderante da pessoa na dnâmica da evolução social e de uma democracia horizontalizada como abertura para a mudança social.

A perspectiva de uma luta por reconhecimento de direitos reorienta a dinâmica dos direitos humanos para a consideração de um direito à justificação, no sentido do formulado por Rainer Forst, em que tomado o respeito à pessoa humana como agente autônomo com direito à justificação, ou seja, a ser reconhecido como alguém que pode exigir razões adequadas para cada ação que reivindica uma justificação moral e para cada ação política ou social e, principalmente, para cada lei que pretenda obediência; reforça-se assim, diz Rainer Forst, o caráter político da Declaração de Direitos do Homem de 1948 (2015, p. 63-64).

Tomado o caso do direito à saúde, o acesso a remédios e tratamentos médicos no Brasil, numa perspectiva de construção democrática dos direitos humanos, caminharia na direção da universalização, nos termos do que está posto na Constituição de 1988, e não da ênfase na tutela jurisdicional individualizada, de caráter adversarial, que reproduz desigualdades.

Admitido que a efetividade dos direitos humanos comporta uma interdependência ineliminável com a construção da democracia, convém verificar em que medida a jurisdição se relaciona com a dinâmica de evolução social, que esteja de acordo com esse pressuposto. Essa questão pode ser melhor vista mediante uma relação com o caso.

Em setembro de 2009, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença no Caso Garibaldi vs Brasil e, depois de reconhecer a falha do sistema judiciário brasileiro na investigação da morte do agricultor Sétimo Garibaldi, no contexto de conflitos pela posse da terra no Paraná, entre outras obrigações, fixou a de que o Estado brasileiro deveria abrir inquérito para investigar, julgar e, eventualmente, punir os autores do homicídio. Dois anos depois da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça do Paraná decidiu trancar a ação penal, sem a identificação dos autores do crime, em decisão proferida no Habeas Corpus n.º 825907-6, referendada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp n.º 1351177. Mas o que é mais relevante, é que a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não trouxe significativo avanço para a luta por reconhecimento de direitos pela posse da terra no Brasil.

Enquanto no Caso Garibaldi vs Brasil buscou-se na tutela jurisdicional dos direitos humanos uma forma de consolidação do respeito aos direitos de trabalhadores na luta pela posse da terra, um outro caso na história da colonização do mesmo Estado do Paraná ilustra o caminho inverso: o de que a luta pela terra, ela mesma, pode ser determinante para a construção de uma subjetividade comprometida com a construção da democracia. Trata-se do levante dos colonos no sudoeste do Estado do Paraná em outubro de 1957. A ocupação das cidades de Pato Branco e Francisco Beltrão pelos posseiros revoltosos, naquela ocasião, obedeceu uma organização espontânea de luta pelo reconhecimento do direito de posse da terra em face da violência perpetrada por empresas imobiliárias instaladas na região, que tentavam expulsá-los da área mediante a imposição de direitos de propriedade baseados em títulos de juridicidade duvidosa. Como diz Francisco Cardozo Oliveira, a insurgência dos colonos e posseiros pela posse da terra, no enfrentamento das exigências de expropriação feitas pelas companhias imobiliárias, permitiu a eles afirmar uma identidade capaz de contrapor aos demais as pretensões jurídicas de posse e de uso da terra (2016, p. 44-51).

Vê-se então que a efetividade dos direitos humanos, na medida em que conectados à construção da democracia, contempla um desdobramento material inscrito na luta por reconhecimento de direitos e o conflito que lhe é inerente, cuja dinâmica consolida uma subjetividade comprometida com a normatividade de direitos e que envolve, acima de tudo, a igual consideração pelo outro e a abertura para a mudança social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise se iniciou por uma reconstrução normativa dos direitos humanos ao longo da modernidade que apontou duas características principais: a de que a efetividade dos direitos humanos está comprometida com uma normatividade material; e, por outro lado, a de que se manteve ao longo da modernidade o caráter idealista em torno dos fundamentos dos direitos humanos, cujo sentido objetivo somente pode ser alcançado em face de situações de violência e violações. Mediante uma epistemologia de sistematização idealista dos direitos humanos, a efetividade constitui antecedente que pode ser mediado pela forma jurisdicionalizada de tutelas. Configura-se, portanto, um impasse: os fundamentos dos direitos humanos não alcançam os desdobramentos da normatividade material arraigada no contexto de construção da socialidade.

A saída para esse impasse que a reconstrução normativa indicou exigiu uma análise do modo como se articula a construção da subjetividade e seu compromisso com a ampliação da liberdade e da mudança social. Nesse sentido, a análise indicou que a superação da subjetividade individualista, de caráter identitário, legada pela modernidade, passa pela construção de uma subjetividade aberta à indeterminação, capaz de incorporar a ampliação da experiência de liberdade como liberdade social. São necessários vínculos de socialidade capazes de alcançar o sentido da normatividade material dos direitos humanos e o caminho de abertura para a mudança social. Neste ponto se manifesta um outro problema: o de que a tutela jurisdicional pode se revelar limitada para a tutela dos direitos humanos, na exata medida em que a normatividade material que lhes é característica está atrelada aos desdobramentos de lutas por reconhecimento de direitos e conflitos que se manifestam da realidade da vida em sociedade.

Em face dos impasses e problemas evidenciados, tratou-se, no final, de confrontar a forma judicializada de tutela dos direitos humanos e o problema da efetividade relacionada à mudança social. Em um primeiro momento, tomando-se o caso da judicialização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde no Brasil, ficou demonstrado que a tutela jurisdicional pode não se revelar adequada para o efeito de assegurar efetividade dos direitos humanos, máxime se estiver em causa a superação de desigualdades e assimetrias. Mostrou-se na sequência, a partir do caso Garibaldi vs. Brasil, que a tutela específica da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode não ser suficiente para alterar o padrão de desigualdades e de luta por direitos em uma determinada realidade social.

Assim, a título de conclusão, tem-se que a efetividade dos direitos humanos, comprometida com a mudança social, exige que a construção da democracia permita consolidar uma subjetividade comprometida com a normatividade material de direitos, a ampliação da liberdade como liberdade social e os valores de igual consideração pelo outro; em última análise, o que está em jogo na questão da efetividade dos direitos humanos é a possibilidade de um outro modo de vida no mundo, em que o outro não esteja reduzido ao inimigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W. **Para a metacrítica da teoria do conhecimento –** estudos sobre Husserl e as antinomias fenomenológicas. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo:** anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Cia. das Letras, 1989.

ASENFI, F.; PINHEIRO, R. Judicialização da saúde e diálogo institucional: a experiência de Lages (SC). **Revista de direito sanitário.** v.17, n.º 2, 2016, p. 48-65.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade liquida.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

CANCIAN, Natália. Ação judicial para acesso ao SUS explode em cinco anos. **Folha de S. Paulo,** São Paulo, 7.3.2015, caderno Cotidiano, C1.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo –** ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

_____**Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.

FORST, Rainer. **Justificación y crítica –** perspectiva de una teoria crítica de la política. Buenos Aires: Katz Editores, 2015.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização.** Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda., 1997.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia -** o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade.** Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2002.

GLUCKMAN, Max. Análise de uma situação social na Zululândia moderna. BELA, Feldman –Bianco (Org.) **Antropologia das sociedades contemporâneas** – métodos. 2.ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2010, p. 237-364.

GUATTARI, Félix. **Caosmose** - um novo paradigma estético. 2.ª ed. São Paulo: Editora 34, 2012.

HABERMAS, Jürgen**. Teoria do agir comunicativo –** racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, vol. 1 e 2, 2012.

HOBSBAWM, Eric. J. **Da Revolução Industrial inglesa ao imperialismo.** 6.º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento** - a gramática moral dos conflitos sociais. 2.ª ed., São Paulo: Editora 34, 2009.

_____.**Crítica del agravio moral –** patologias de la sociedad contemporánea. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

_____. **El derecho de la libertad –** esbozo de una eticidad democrática. 1.ª ed., Buenos Aires, Katz Editores, 2014.

KOERNER, Andrei. O papel dos direitos humanos na política democrática: uma análise preliminar. **Revista brasileira de ciências sociais**. Anpocs, vol. 18 n.º 53, outubro de 2003, p. 143-157.

LOEWITH, Karl. Racionalização e liberdade: o sentido da ação social. In FORACCHI, Marialice Mencarini; MARTINS, José de Souza (Org.). **Sociologia e sociedade –** leituras de introdução à sociologia. Rio de Janeiro: LTD Editora, 1983, p. 143-162.

LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. **Revista Themis.** Fortaleza, vol. 3, n.º 1, p. 153-161, 2000.

_____**O direito da sociedade.** São Paulo, Martins Fontes, 2016.

MARCUSE, Herbert. **Eros e civilização** – uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8.ª ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1999.

MARIUTTI, Eduardo Barros. **Colonialismo, imperialismo e o desenvolvimento econômico europeu**. São Paulo: Editora Hucitec, 2009.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MBEMBE, Achille. **Politiques de l´inimitié.** Paris: Éditions la découverte, 2016.

NOBRE, Marcos. Reconstrução em dois níveis: um aspecto do modelo crítico de Axel Honneth. In MELO, Rúrion (Coord.). **A teoria crítica de Axel Honneth –** reconhecimento, liberdade e justiça. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 11-54.

OEHLER, Dolf. **O velho mundo desce aos infernos** – auto-análise da modernidade após o trauma de junho de 1848 em Paris. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

OLIVEIRA, Adeilson Luz de; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Paradoxos e utopia na normatividade dos direitos humanos: a efetividade da proteção da pessoa e da cidadania na perspectiva material das relações de reconhecimento. (Coord) CARDIN, Valéria da Silva Galdino; DEL'OLMO, Florisbal de Souza; FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. **Direito internacional dos direitos humanos I**. Florianópolis, CONPEDI, 2014, P. 398-422. Disponível em: www.conpedi.org.br/publicações. Acesso em 21.02.2017.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Outubro de 1957: a insurgência pela posse da terra no sudoeste do Paraná. **Revista cultural da Amapar.** Curitiba, n.º 13, p. 44-51, agosto de 2016.

PIERRO, Bruno de. Demandas crescentes. **Revista Pesquisa Fapesp.** São Paulo, ano 18, n.º 252, p. 18-23, Fevereiro de 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional.** 2.ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

RIFKIN, Jeremy. **La era del acceso –** la revolucíon de la nueva economía. Buenos Aires: Editorial Paidós, 2004.

SAFATLE, Vladimir. **Grande hotel abismo –** por uma reconstrução da teoria do reconhecimento. São Paulo, Martins Fontes, 2012.

SAWAIA, Bader Burihan. Para não esquecer do "irredutível humano": a subjetividade como ideia ético-reguladora da reflexão sobre direitos e humanos e exclusão/inclusão social. In SILVA, Marcus Vinicius de Oliveira (Coord). **Psicologia e direitos humanos:** subjetividade e exclusão**.** São Paulo: Casa do Psicólogo Livraria e Editora Ltda. 2004, p. 61-73.

SPINOZA, B. **Ética.** 2.ª ed. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2015.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: Editora UNB, vol. 1, 2009.