

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL DOUTORADO**

**VINICIUS FERRASSO DA SILVA**

**O CONSTITUCIONALISMO DIANTE DA TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO  
CONTEMPORÂNEO: A INDISPENSÁVEL GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS**

**SÃO LEOPOLDO**

**2017**

Vinicius Ferrasso da Silva

O CONSTITUCIONALISMO DIANTE DA TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO  
CONTEMPORÂNEO:  
A INDISPENSÁVEL GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

Artigo apresentado para a Disciplina  
Seminário de Qualificação Transformações do  
Estado Contemporâneo, pelo Programa de  
Pós-Graduação em Direito da Universidade do  
Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, sob  
orientação do Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de  
Morais.

São Leopoldo

2017

## O CONSTITUCIONALISMO DIANTE DA TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO: A INDISPENSÁVEL GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

Vinicius Ferrasso da Silva\*

Jose Luis Bolzan de Moraes\*\*

Resumo: O Estado Moderno passou, ao longo das últimas duas décadas, por diversas crises interconectadas. Dedicar-nos-emos à crise denominada por Bolzan de Moraes de “conceitual”, uma crise que se relaciona às características conceituais básicas do Estado, em especial a definição de soberania, o que conduz à (in)capacidade de autodeterminação do Estado. Assim, o presente artigo tem o propósito de analisar dois fatores importantes e correlacionados que merecem atenção, pois vêm se mostrando antagônicos. O primeiro é o inusitado processo de expansão, exclusão e dominação derivado do processo de globalização, pelo capital financeiro e pelas políticas neoliberais que vêm, por um lado, diminuindo a autonomia do Estado, e, de outro lado, impactando diretamente nas relações sociais, modificando o modo pelo qual os agentes político-jurídico-sociais devem enfrentar adequadamente os conflitos surgidos neste meio, de modo a assegurar os direitos humanos. O segundo fator apresentado é o constitucionalismo, com os princípios de integridade e coerência, como prática político-jurídica necessária para afirmação do Estado Democrático de Direito.

### 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal instituída em 1988 inaugurou um novo modelo de Estado Social, então denominado de Estado Democrático de Direito<sup>1</sup>, um projeto de ideal de vida boa, com muitas promessas. Não há dúvidas de que a Constituição Federal transformou o Brasil, devolvendo as prerrogativas e os poderes ao povo, que passou a ser representado pelo poder legislativo, dentro de um jogo democrático, até então agrilhado pela ditadura militar.

Então, a partir de 1988 passamos a nos preocupar com a concretização dos direitos fundamentais<sup>2</sup> previstos pela Constituição. Conforme alerta Bolzan de Moraes, o Estado

---

\* Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

\*\* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Ciências Jurídicas (PUC-RJ). Doutor em Direito do Estado (UFSC/Université de Montpellier I). Pós-doutoramento em Direito Constitucional (U. Coimbra). Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Pesquisador PQ/CNPq. Coordenador do GP e Rede de Pesquisa CNPq “Estado e Constituição”.

<sup>1</sup> Estado Democrático de Direito como sinônimo de Estado que intervém na questão social em busca da concretização dos direitos fundamentais, sempre primando pela igualdade.

<sup>2</sup> Conforme João Baptista Herkenhoff, "Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política, pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e de garantir. HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1994. p. 30.

Democrático de Direito<sup>3</sup>, não se restringindo, como Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência.<sup>4</sup> Mas, conforme destaca Ferrajoli, é necessário um Estado que garanta os direitos fundamentais como vínculos substanciais normativamente impostos, tidos como necessidades de todos, razão de ser do Estado<sup>5</sup>.

Todavia, numa perspectiva procedimental, a concretização desses direitos, prometida pelos formuladores do ideário democrático, não foi cumprida nas últimas duas décadas. Tal situação é definida por Bobbio como *promessas não cumpridas*,<sup>6</sup> cujo déficit, cabe destacar, ocorreu no interior de um processo contínuo de transformação do Estado.

Em virtude disso, o Estado Moderno passou, ao longo das últimas duas décadas, por diversas crises interconectadas. Dedicar-nos-emos à crise denominada por Bolzan de Moraes de “conceitual”, uma crise que se relaciona às características conceituais básicas do Estado, em especial a definição de soberania, o que conduz à (in)capacidade de autodeterminação do Estado.

Em face do exposto, o presente artigo tem o propósito de analisar dois fatores importantes e correlacionados que merecem atenção. O primeiro fator é o inusitado processo de expansão, exclusão e dominação derivado do processo de globalização, pelo capital financeiro e pelas políticas neoliberais que, por um lado, vêm diminuindo a autonomia do Estado, e, por outro lado, impactam diretamente as relações sociais, modificando o modo pelo qual os agentes político-jurídico-sociais devem enfrentar adequadamente os conflitos surgidos neste meio, de modo a assegurar os direitos fundamentais. O segundo fator analisado é o constitucionalismo, entendido como prática político-jurídica necessária para afirmação do Estado Democrático de Direito.

## 2 A (IN)CAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DO ESTADO

Os movimentos globais econômico-políticos conduziram os países a diversos arranjos internos de modo a evitarem-lhes a perda de soberania, e a população ficou à mercê do que se

---

<sup>3</sup> Sobre as características e fundamentos do Estado Democrático de Direito aqui referenciado, consultar BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 98-106.

<sup>4</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. O estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p.151.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andres Ibanez. Madrid: Trotta, 2001. p. 30-34.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

definiu de globalização, acontecimento que modificou costumes, expandiu novas tecnologias e compartilhou inovações científicas.

Por outro lado, a referida influência força global, ao mesmo tempo em que construiu novos mercados, liquidou outros menos competitivos. Tal acontecimento também atingiu, sobremaneira, os países de modernidade tardia; foi o caso do Brasil, no que tange às suas características elementares, próprias de um modelo democrático de direito. Em outras palavras, esses movimentos globais acabaram reduzindo a capacidade de autodeterminação do Estado, especialmente a ideia de soberania, o que impactou na concretização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, alerta Ianni que a formação da sociedade global modifica substancialmente as condições de vida e trabalho, os modos de ser, sentir, pensar e imaginar. Destarte, modifica as condições de alienação e as possibilidades de emancipação de indivíduos, grupos, etnias, minorias, classes, sociedades, continentes.<sup>7</sup>

Convém afirmar que, contemporaneamente, falarmos em soberania, como uma característica imprescindível do Estado, até mesmo daqueles que integram o G20, nas palavras de Bolzan de Moraes, parece mais um saudosismo do que uma avaliação lúcida dos vínculos que a circunscrevem.<sup>8</sup>

Essa espécie de redução da autonomia do Estado, inexoravelmente, causa transformações econômicas, políticas, jurídicas e sociais, deslocando os limites territoriais de acordo com as forças dominantes do momento, o que resulta diretamente no enfraquecimento do Estado, que passa a não monopolizar as forças internamente, as quais ultrapassam fronteiras, e passam ser representadas, inclusive, por organizações, conglomerados, corporações empresariais e agências transnacionais. O Estado de maior importância no momento passa a ser definido como aquele capaz de gerir os fluxos de capitais, pessoas, dinheiro, de maneira mais eficiente, num ambiente que Castells definiu como “espaços fluxos”.

Evidentemente, o processo de dominação soberana dos Estados industrializados diante daqueles em vias de desenvolvimento supõe interferência direta na nação dominada, como transformações políticas e sociais. O efeito é nefasto: à medida que avança a produção de capital, as fronteiras, a tradição, os costumes, projetos de governo e, até mesmo, as

---

<sup>7</sup> IANNI, Octávio. **A sociedade Global**. Ed. Civilização Brasileira. 4ª. Edição, 1996. p.52.

<sup>8</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 143.

constituições são deixadas em segundo plano, passando o Estado Democrático de Direito por uma verdadeira transformação.

Os fluxos globais de capital, produtos, serviços, tecnologia, comunicação e informações passam a se sobrepor ao próprio Estado, interferindo no controle do tempo e do espaço. Conforme sugere Castells, a apreensão do tempo histórico pelo Estado mediante a apropriação da tradição e a (re)construção da identidade nacional passou a enfrentar o desafio imposto pelas identidades múltiplas definidas por sujeitos autônomos.<sup>9</sup>

Nessa mesma direção, para o saudoso Warat, os Estados Nacionais e seus políticos não têm mais voz ativa na globalização neoliberal. Na arte da política, o artista da *polis*, quer dizer, o governante dos Estados Nacionais, era um exímio conhecedor das ciências e das artes humanas, incluídas as militares. O Estado Nacional é só um fetiche, um holograma. Este Estado Nacional, que foi sustentado por décadas como a referência da estabilidade está deixando de existir, saindo de cena junto à condição moderna que o inventou. O Estado moderno é só um holograma alimentado pelos dogmas, as crenças e as drogas semióticas com o que se tenta carregar de sentido um significante vazio.<sup>10</sup>

Nas palavras de Bolzan de Moraes, verifica-se uma espécie de dispersão nos centros de poder, uma espécie de descompasso entre a pretensão de um poder unitário e o caráter plural destes, algo como uma atitude centrífuga de dispersão dos lugares de atuação política na sociedade, seja no âmbito interior, seja no exterior.<sup>11</sup>

Nesse cenário, inclusive os países mais pobres acabam ficando submissos aos padrões de consumo internacional. É o caso dos bens de consumo de tecnologia no Brasil, como, por exemplo, o consumo de *smartphone*, que gira significativamente em torno das comunidades mais pobres. Esse novo arranjo internacional, denominando por Ianni de “colonialismo de mercado”, conduz os Estados à uma submissão deliberada aos mercados internacionais, cenário nunca antes experimentado pelo Estado.<sup>12</sup>

O Estado, do mesmo modo que as empresas e particulares, passa a manter, com outras nações, uma relação mais estreita; ocorrem relações de países desenvolvidos com países em vias de desenvolvimento, com preponderância nas negociações e acordos, em regra, das

---

<sup>9</sup> CASTELLS, Manoel. **A sociedade em rede**. São Paulo. Ed. Paz e Terra, 2001. p. 287.

<sup>10</sup> WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p.15.

<sup>11</sup> No âmbito interno do Estado, Bolzan de Moraes alerta os sindicatos e as organizações empresariais, além de outros movimentos sociais, passaram a patrocinar determinadas atividades e produzir certas decisões que caracteristicamente se incluíram no rol do poder soberano do Estado. (BOLZAN de MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p.143)

<sup>12</sup> IANNI, Octávio. **Teorias da Globalização**. Ed. Civilização Brasileira. 5ª. ed., 1998.

maiores potências no que se refere aos aspectos econômicos e políticos das relações. Nota-se que a referida interdependência entre os Estados acaba constituindo uma organização mundial complexa, já institucionalizada na Organização das Nações Unidas (ONU), no Fundo Monetário Internacional (FMI), no Banco Mundial (BIRD), entre outras instâncias.

Assim, especificamente no âmbito nacional, o papel do Estado se reduz diante da ampliação dos poderes das então denominadas comunidades supranacionais, organizações econômicas, organizações não-governamentais (ONGs) e organismos internacionais.<sup>13</sup>

Então, em meio as ações desses novos agentes internacionais que, inexoravelmente, constata-se o indiscutível enfraquecimento do Estado no interior desse ambiente mundial complexo. Nota-se o destaque de instituições multilaterais, principalmente do Fundo Monetário Internacional (FMI), dado o seu socorro aos Estados endividados, mas que passa a ditar as regras destes países, interferindo em suas políticas e exigindo aberturas de seu mercado, obrigando que se desfaçam do protecionismo de suas empresas nacionais e surfem na onda do comércio internacional.

Mas convém destacar que os países mais ricos continuam a manter as medidas protecionistas de seus capitais, de suas empresas, de seus trabalhadores e de seus mercados. Um exemplo notório são os movimentos da Europa (Reino Unido), e, especialmente, dos EUA.<sup>14</sup> As políticas ditadas pelo FMI e pelo Banco Mundial acentuam as disparidades sociais

---

<sup>13</sup> As comunidades supranacionais (Comunidade Europeia/CCE/União Europeia, NAFTA, MERCOSUL) impuseram uma nova lógica de tarifas alfandegárias, aplicação de normas jurídicas de direito internacional sujeitas à apreciação de Cortes de Justiça supranacionais, emissão de moeda, alianças militares, acordos comerciais. As organizações econômicas, sinônimos de empresas transnacionais que não guardam nenhum vínculo com o Estado, ingressam e saem do país ao sabor do vento, afetando diretamente a situação econômica principalmente daqueles países mais frágeis economicamente. Também exercendo papel de diminuição substancial da noção de soberania estão as Organizações Não Governamentais (ONGs), que pressionam as grandes potências a ajudarem humanitariamente Estados menos favorecidos. Há, ainda, organismos internacionais, que, a pretexto de Estados poderosos, lançam relatórios repudiando determinada atividade de países em posições menos favorecidas, de modo a diminuir ou extinguir a atividade destes países. Foi o caso do Brasil, que apareceu, em relatório do governo americano, com 13 setores da economia em lista de trabalho infantil forçado; dentre os mais importantes estão a produção de tijolos, cerâmica, algodão, calçados, mandioca, abacaxi, arroz, sisal e tabaco. Tal fato causou a diminuição das exportações desses setores.

<sup>14</sup> Kellie Hock, do Mclarty Associates, em palestra recente no Seminário Amcham/ CEBRI (Centro Brasileiro de Relações Internacionais) que aconteceu no dia 19/5/2017 na Amcham, na cidade de São Paulo, disse que o ambiente comercial americano está ficando mais restrito para outros países. Em fevereiro, Trump manifestou a intenção de renegociar o Nafta e torná-lo mais "justo" para os Estados Unidos. Na ocasião, o líder americano disse que o acordo é injusto com os trabalhadores e empresas americanas, e que não descarta abandoná-lo se novas condições não forem alcançadas. Também, Trump tem publicado medidas de incentivo à produção local. Em abril, o presidente assinou uma ordem executiva chamada de "*Buy American, Hire American*", que muda as prioridades para vistos de trabalho e compras governamentais. O documento restringe ainda mais os critérios de concessão de vistos para imigrantes qualificados e orienta as estatais a darem preferência a compras de bens fabricados pelos EUA. Para Hock, o fechamento do mercado americano vai contra os interesses do próprio país. "No dia seguinte a um eventual fim do Nafta, haverá retaliação dos mexicanos. Eles saberão como atingir pontos sensíveis da economia americana. Outra preocupação é que a restrição de talentos pela política do *Hire American* vai afetar a produtividade do país. Hoje, estima-se que é preciso 300 mil trabalhadores qualificados nas fábricas americanas." (informação verbal).

entre as nações e no seu interior, e, na realidade, tais políticas são cada vez mais camufladas por uma ciência econômica global.<sup>15</sup>

Perante as forças supranacionais e transnacionais, o modelo liberalista dos países encontra-se impotente de conduzir seu próprio destino, o que não significa, apesar de seu declínio, que o Estado reste totalmente desfigurado. Mas pode-se afirmar que o Estado contemporâneo se encontra, atualmente, com suas forças delimitadas e, ao mesmo tempo, *desterritorializado*, antagonicamente vigiado, condicionado por todo esse processo aqui destacado no bojo desse mercado mundial volátil.

Todavia, dependendo das políticas adotadas pelo Estado, o processo de declínio pode ocorrer de maneira mais rápida para uns e mais devagar para outros; os fatores regionais e nacionais interferem diretamente na velocidade no *modus* de transformação.

Deve ser destacado que, em meio a este ambiente *desterritorializado*, ainda impera a hierarquização entre os Estados. Em outras palavras, paralelamente às incertezas dos rumos do multilateralismo liberal, a partir de 2009, iniciou-se uma espécie de centralização dos debates políticos, tudo diante de duas dimensões da relação internacional contemporânea.

Destaca-se primeiramente a importância que foi dada ao grupo dos países emergentes, o denominado BRIC, integralizado por Brasil, Rússia, Índia e China, países considerados intermediários ou potências emergentes, o que mostra já o grau de hierarquia na relação multilateral dos Estados contemporâneos. Aliado a isso, também houve o reconhecimento do grupo dos 20 países (G-20), composto pelo grupo das 8 maiores potências mundiais (G-8),<sup>16</sup> e membros do BRIC e mais a África do Sul, a Arábia Saudita, a Argentina, a Austrália, a Coreia do Sul, a Indonésia, o México, a Turquia e a União Europeia, formando literalmente um foro hierarquizado e privilegiado para interlocução das principais economias de países desenvolvidos e em desenvolvimento, após o marco da crise financeira que eclodiu ao fim de 2008.

Dito isto, a globalização em suas diversas facetas compromete a autonomia e a capacidade de decisão do Estado. E isso ocorre justamente no momento em que o exercício do poder do Estado no cenário internacional também fica à mercê das limitações do referido

---

<sup>15</sup> O levante dos Estados Unidos se deu com um projeto de hegemonia no mundo capitalista, regulada e gerida por instituições multilaterais e tuteladas pelos Estados Unidos e seus principais aliados, como no caso do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU), ou do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Mundial entre outros. Por baixo desta institucionalidade, entretanto, a engenharia da nova ordem mundial se apoiou na bipolarização geopolítica e ideológica do mundo entre a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e a relação privilegiada dos Estados Unidos com a Inglaterra e com todos os “povos de língua inglesa”.

<sup>16</sup> O G-8 é composto por Estados Unidos, Japão, Alemanha, Reino Unido, França, Itália, Canadá, e Rússia.

multilateralismo no âmbito da defesa, da política externa e das políticas governamentais globais.<sup>17</sup>

O estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA),<sup>18</sup> intitulado de Inserção Internacional do Brasil, apontou para o mesmo cenário no início da última década em termos de posição global do Brasil, dada a dinâmica da globalização financeira e produtiva, e a alteração de posições relativas de determinados Estados-nação, o Brasil permanece definido como um país ainda emergente. Pois, os Estados que buscam acumular poder político e econômico na arena internacional se deparam ainda com um cenário altamente concentrado, especialmente nos Estados Unidos – que ainda detêm 23% do produto interno bruto (PIB) global e 42% das despesas militares do mundo.<sup>19</sup>

Ainda, tal estudo apontou que o sistema mundial encontra-se em um ponto de inflexão histórica em que convivem múltiplas dimensões econômico-produtivas e de organização da ordem internacional. Mais especificamente sobre este último aspecto, verifica-se que a governança global ainda permanece unipolar, dado o poder militar e econômico – moeda de curso internacional – dos Estados Unidos. Porém, essa unipolaridade parece estar caminhando para uma bipolaridade em virtude da acelerada ascensão chinesa.

A expectativa é que, nesse cenário internacional, o Estado crie novas condições para alterar o seu ambiente, assim como tome novas posições hierárquicas, diante do poder econômico e político, e, precipuamente, das estratégias adequadas que, por ventura, adote frente a outros Estados na arena global. Nessas realidades, emergem oportunidades para mudanças de posições relativas. Todavia, deve-se atentar que, a todo momento, surgem ameaças potenciais, geralmente de médio e longo prazo, que, se não forem contra-arrestadas, podem gerar efeitos deletérios no futuro do Estado. Aqui repousa o antagonismo existente entre a abertura de mercado (des)fredda e soberania do Estado, que ao fim e ao cabo, pelas

---

<sup>17</sup> CASTELLS, Manoel. **A sociedade em rede**. São Paulo. Ed. Paz e Terra, 2001. p. 306.

<sup>18</sup> IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Inserção Internacional Brasileira**: temas de política externa. Livro 3 – Volume 1. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2010.

<sup>19</sup> Consulta realizada em 05/07/2017 no site do Fundo Monetário Internacional (FMI) mostra que, dentre as 13 maiores economias do mundo, em 2016, em dólar corrente, os Estados Unidos (EUA) são a maior economia do mundo, com um valor superior a US\$ 18 trilhões. A China vem em segundo lugar, com pouco menos de US\$ 12 trilhões. Em seguida, aparecem Japão, Alemanha, Reino Unido e França, todos do G7, os sete maiores países capitalistas. A Índia aparece em sétimo lugar, refletindo o alto crescimento econômico indiano das duas últimas décadas. O Brasil aparece como a 9ª economia do mundo, muito longe da meta, apresentada pelo ex-ministro Guido Mantega, de ser a quarta ou quinta economia do mundo. O Canadá, com uma população 6 vezes menor do que o Brasil, tem um PIB quase do mesmo tamanho. A Coreia do Sul, também com uma população pequena (cerca de 50 milhões de habitantes), aparece em 11º lugar. E por fim, aparecem Rússia e Indonésia. (INTERNATIONAL MONETARY FUND. Washington D.C., 2017. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/index.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2017.)

razões já expostas, conduz o Estado à redução do grau de soberania, especialmente, com relação a temas sensíveis, como a concretização dos direitos fundamentais.

Depreende-se que, apesar do comportamento entre os Estados neste ambiente (des)territorializado sinalizar para um maior atrelamento de cooperação jurídica, econômica e social, ao mesmo tempo, resulta-se numa considerável redução de soberania dos Estados. Ainda sendo necessária a própria soberania do Estado para o início de tratativas com outro Estado, num segundo momento, o que se nota, na verdade, é a descaracterização quase que absoluta do conceito de soberania do Estado, ficando ele submisso às forças aleatórias externas.

Aliadas à perda de capacidade de autodeterminação do Estado, que se dá em meio à transformação do Estado Democrático de Direito costumeiramente vivenciada, ao mesmo tempo, notam-se, também, severas mudanças na divisão internacional do trabalho, que tendem a ampliar as pressões competitivas do setor manufatureiro asiático, particularmente do chinês, sobre os parques industriais mais complexos de economias em desenvolvimento, sobretudo, o brasileiro, o argentino e o mexicano. Essa nova dinâmica mundial tem gerado uma força atrativa que puxa a pauta exportadora brasileira para uma *reprimarização relativa* que, se levada ao extremo, pode gerar uma “especialização regressiva” da estrutura industrial, com queda significativa da produção industrial doméstica de alta intensidade tecnológica.

Diante da facticidade aqui discorrida, o processo de transformação vivenciado pelo Estado é irreversível, e, como resultado disso, o conceito de soberania clássico, precipuamente, desde a inauguração do processo de globalização está superado. Inclusive, uma avaliação a partir do conceito tradicional e majoritário da doutrina, que define a soberania como *una-indivisível-inalienável-imprescritível*, também deve ser considerado repensado. Para corroborar, diversos autores sustentam,<sup>20</sup> de maneira ainda mais incisiva, que qualquer conceito de soberania baseado na concepção de poder exclusivo e ilimitado do poder estatal encontra-se ultrapassado, não servindo mais para a definição de soberania do Estado contemporâneo. Além disso, como se viu, os cidadãos atualmente são destinatários de diversas normas jurídicas oriundas de comunidades supranacionais, organizações econômicas, organizações não-governamentais (ONGs) e organismos internacionais, e não especificamente de seus governantes diretos.

---

<sup>20</sup> Celso Fernandes Campilongo afirma que qualquer definição de soberania “uma, indivisível, inalienável e imprescritível”, defendida por “praticamente a totalidade dos estudiosos” é incompatível com a realidade estatal contemporânea. (CAMPILONGO 11994 apud BOLZAN de MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 175).

### 3 A INDISPENSÁVEL GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

Cumprе observar, inicialmente, que, muito embora haja diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais,<sup>21</sup> não há discordância, na doutrina, de que eles operam de forma entrelaçada. A velha discussão paira sobre a dicotomia entre ordem interna e ordem internacional, dado os contornos que permanentemente se sucedem no decorrer da transformação do Estado, principalmente no que se refere à problemática da soberania referenciada primeiro capítulo.<sup>22</sup>

Não cabem, nesse cenário contemporâneo, de características transnacionais onde o Estado encontra-se inserido, discussões sobre a diferença, historicamente tratada no âmbito do Direito Internacional Público, entre monismo e dualismo,<sup>23</sup> uma vez que o Estado abre mão da sua soberania e acaba submetendo-se, muitas vezes, diretamente às comunidades supranacionais, organizações econômicas, organizações não-governamentais (ONGs) e organismos internacionais, e não especificadamente aos poderes constituídos internamente pelo Estado.

---

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 36.

<sup>22</sup> Como se pode verificar, aqui não será tratado o tema específico das distinções entre as “*gerações ou dimensões*” dos direitos humanos, pois partimos das premissas da transformação permanente do Estado Democrático de Direito e do caráter fundamental dos direitos humanos, independentemente da quadra da história. Os direitos humanos, na perspectiva das *gerações ou dimensões*, são: os direitos de liberdade (1ª geração), os direitos de igualdade (2ª geração), os direitos de fraternidade (3ª geração) e, contemporaneamente, os direitos de pesquisa genética (4ª geração) e os direitos tecnológicos cibernéticos (5ª geração). Eles sempre merecerão atenção especial, uma vez que sempre estarão no curso de transposição.

<sup>23</sup> Para os defensores da teoria monista, o direito é unitário, quer se apresente nas relações de um estado, quer nas relações internacionais. Sendo assim, as normas internacionais e internas são partes integrantes de um mesmo ordenamento. Porém, dentro do monismo, mesmo existindo consenso na ideia fundamental de que o direito é um só, existe uma divisão. Um grupo entende que, em caso de conflitos entre normas de direito internacional e de direito interno, deve prevalecer o direito interno, tese defendida dentre outros por Hegel, ao passo que outro grupo defende que, nos casos de conflitos entre essas normas, deve prevalecer o direito internacional, posição defendida por Kelsen. Já os dualistas advogam que o direito internacional e o direito interno são ordens jurídicas distintas e independentes entre si, e que, para ter validade internamente, o direito internacional precisa passar por um processo de incorporação ao direito interno de cada País. Consequentemente, o direito internacional não criaria obrigações para o indivíduo, salvo se suas normas fossem transformadas em direito interno, conforme as regras adotadas por cada País para essa transformação. O Brasil adota um dualismo mitigado ou moderado para incorporar ao seu ordenamento interno as normas de direito internacional decorrentes de tratados ou convenções internacionais. No Brasil, somente depois de incorporadas ao ordenamento jurídico interno, podem as normas de origem internacional criarem direitos e deveres para os particulares, ainda que, antes disso, tenha o estado, em relação aos seus contratantes, assumido suas obrigações no plano internacional, por ratificação e depósito do instrumento próprio. (ACCIOLLY; Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA. G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 239.)

Cabe destacar que somente no ano de 1945, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando o Direito Internacional passou a dedicar atenção especial a esse tema, foi que ocorreram grandes modificações com olhar aos direitos humanos.

Todavia, o efeito da abertura da fronteira nacional (*desterritorialização*) do Estado fez com que os Estados desenvolvidos e subdesenvolvidos se deparassem entre si no cenário internacional. Como resultado disso, indiscutivelmente, houve o aumento da disparidade entre as nações ricas e as nações pobres; os Estados subdesenvolvidos e desfavorecidos nesse duelo acabaram com seus direitos humanos internamente ainda mais desprotegidos.

A problemática ressaltada por Aranha consiste da importância que os direitos humanos carregam em si, devendo funcionar como um mecanismo de equilíbrio aos interesses dos Estados. Reside aí a importância histórica da afirmação dos direitos humanos, pois introduzem, no direito, um novo fundamento racionalmente construído, qual seja a dignidade ao invés da dominação.<sup>24</sup>

Portanto, indiscutivelmente, os direitos humanos devem ser tratados a partir de uma visão histórica, reconhecendo-se que sua função é combater as novas ameaças derivadas da transformação do Estado, como uma espécie de remédio contra possíveis descasos aos direitos humanos. Nessa senda, os direitos humanos não são um fenômeno dado, existente, mas construído, conquistado, ou seja, uma invenção humana em constante processo de construção, reconstrução e maturação.<sup>25</sup>

Da leitura de Bobbio, se depreende a importância do nascimento dos direitos humanos, na medida em que surgem e se aperfeiçoam, conforme os interesses humanos, para se assegurarem condições mínimas de dignidade para todos. Esses direitos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas, exatamente numa noção de transposição.<sup>26</sup>

Os direitos humanos, sempre presente a característica de temporalidade destaca por Bobbio, assumem papel fundamental de reconhecer, a todo instante, as novas situações advindas do processo de (trans)nacionalização dos Estados. Não estamos afirmando que os direitos humanos já firmados possam ser superados com o aparecimento de novos direitos. Em outras palavras, mesmo com a permanente transformação do Estado, o direito humano à liberdade não deve ser suprimido por direitos humanos derivados das pesquisas genéticas.

---

<sup>24</sup> Renovar, 2001. ARANHA, Guilherme Arruda. Direitos Humanos e Dignidade. In: PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela (Org.). **Direitos humanos**: fundamento, proteção e implementação, perspectivas e desafios contemporâneos. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2009. p. 14.

<sup>25</sup> ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro, 1979, p. 54.

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32.

Verdadeiramente, o que defendemos é que os novos direitos humanos devem se entrelaçar com aqueles já reconhecidos.

Desse modo, podemos afirmar que a hipótese de Bobbio, quando se refere aos aspectos históricos dos direitos humanos, coaduna com a realidade, pois verificamos, diante da multiplicação dos novos conteúdos que devem abarcar as novas gerações de direitos humanos na contemporaneidade, a exemplo das pesquisas genéticas e das tecnologias cibernéticas, a comprovação de observância histórica no sentido de entrelaçamento entre esses direitos humanos, sem que a tutela de um novo direito humano resulte na eliminação de outro já tutelado.

Todavia, diante da internacionalização (*desterritorialização*) deflagrada, podemos verificar que o Estado encontra-se em permanente transformação, expondo cada vez mais sua soberania em prol de cooperações jurídicas com organismos internacionais e em busca de investimentos voláteis com organizações econômicas sem nenhuma contrapartida realmente benéfica para o Estado. Além do mais, o Estado tem submetido sua plena autonomia estatal às comunidades supranacionais e organizações não governamentais.

Sempre devemos recordar que as promessas da modernidade descritas na Constituição Federal de 1988, instituindo o Estado Democrático de Direito, buscaram assegurar o ideal de uma comunidade solidária, onde, ao poder estatal foi delegada a responsabilidade de promover a igualdade entre todos os cidadãos, definido como o modelo de Bem-Estar Social (*welfare state*)<sup>27</sup>.

Nessa quadra da história, ainda que a poucas décadas da referida inauguração constitucional, muitos dos conteúdos desses direitos sequer foram concretizados, reafirmando o que Bobbio definiu como *promessas não cumpridas*, impondo ao jurista, com coerência e integridade, a busca da concretização dos direitos humanos então prometidos.

No entanto, deve-se também ser considerada a especificidade da Constituição brasileira, que aumenta o grau de inefetividade do seu conteúdo programático. Destaca-se que a Constituição brasileira contém um leque de direitos humanos descritos no seu corpo inexistentes em outras Constituições, o que, dentro do cenário internacional no qual o Estado se insere, inexoravelmente, aumenta o leque de direitos não cumpridos. Consequentemente, no caso brasileiro, a judicialização tornou-se inevitável. Porém, ainda mais danosa foi a

---

<sup>27</sup> BOLZAN de MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p.153-155.

confusão realizada entre a judicialização, que é contingencial, e o ativismo, que é uma forma antidemocrática de substituição do legislador.<sup>28</sup>

Por isso, diante do fenômeno aqui destacado da *desterritorialização* do Estado contemporâneo, que ao fim e ao cabo resultou na redução da soberania, evidenciaram-se e acentuaram-se ainda mais as promessas não cumpridas, isto é, diminuiu-se ainda mais a possibilidade de o Estado alcançar a concretização dos direitos humanos. São necessárias novas práticas político-jurídicas de enfrentamento desta realidade.

#### **4 A NECESSIDADE DE NOVAS PRÁTICAS POLÍTICO-JURÍDICAS: A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Atualmente, a realidade transnacional em que o Estado se insere, um mercado globalizado e agressivo, conforme argumentado até aqui, tem diminuído substancialmente a soberania e as condições de possibilidades de concretização dos direitos humanos assegurados na Constituição brasileira. Em outras palavras, o sistema tradicional de soberania dos Estados tem sido considerado insuficiente para proteger os direitos humanos, isto é, o sistema acaba perecendo diante da especificidade do mundo de hoje.

As soluções encontradas pelos Estados tradicionais não conseguem responder aos embates contemporâneos, como os conflitos entre Ocidente e Oriente, entre grupos étnicos em uma mesma região ou país ou entre imigrantes e cidadãos naturais.

O pluralismo dessa concepção contemporânea de mundo, cada vez mais faz emergir, com pretensão de legitimidade no cenário internacional e no interior das sociedades tradicionais, conflitos jurídicos e morais, que, de modo indiscutível, necessitam novas práticas político-jurídicas para a garantia dos direitos humanos.

Nesse sentido, Bolzan de Moraes destaca que os direitos humanos surgem como condição fundante de vida, impondo aos agentes político-jurídico-sociais a tarefa de agirem

---

<sup>28</sup> A judicialização na visão dos autores Maués e Fadel surge a partir dos quatro estágios que trazem um padrão de definição para o referido instituto, de modo que, para a análise do caso brasileiro, se faz necessária uma abordagem a partir da Constituição Federal de 1988, que trouxe uma ampliação dos papéis político-institucionais do Supremo Tribunal de Federal, tribunais e juízes, com efeito, com a presença da judicialização da política acompanhada do denominado ativismo judicial, figuras antagônicas, mas ainda por diversas vezes confundidas no judiciário. Isso trouxe uma alteração abrupta no modo do exercício da jurisdição constitucional. Esses dois mecanismos de ampliação da jurisdição demonstram sobremaneira a característica de nivelamento entre os poderes legislativo e judiciário na busca da concretização da democracia brasileira, conforme salienta Lenio Streck: “*ocorre um rompimento com a concepção clássica de separação de poderes e daquilo que se entendia como liberdade de conformação da constitucionalidade do legislador*”. (STRECK, **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 121.).

no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruir tais direitos em benefício próprio e comum ao mesmo tempo.<sup>29</sup>

Enquanto Ferrajoli descreve que as normas constitucionais substanciais não são mais que direitos fundamentais, estes pertencem a todos que somos, precisamente, os titulares desses direitos fundamentais. É nesta titularidade comum que reside o sentido da democracia e da soberania popular.<sup>30</sup> Mas Ferrajoli destaca que a caracterização apenas formal de democracia não é suficiente para fundamentar de maneira adequada uma definição de si mesma, tornando-se necessária a sua integração a algum vínculo de caráter substancial ou de conteúdo.

Assim, a primeira razão diz respeito à caracterização formal de democracia, como uma simples técnica de produção de leis pelo princípio da maioria. Porém, esta não daria conta de explicar o fenômeno representado pelas democracias constitucionais contemporâneas. A segunda razão pela qual não podemos aceitar um conceito puramente formal de democracia refere-se à sua escassa consistência teórica, o que resulta na necessidade de algum limite substancial, de modo a evitar a supressão, a exemplo, do pluralismo partidário, da divisão dos poderes, da representação, do próprio sistema de regras de que consiste a democracia. A terceira razão diz respeito ao nexó indissolúvel, ignorado pelas concepções formais de democracia, entre soberania popular e direitos fundamentais, o que Ferrajoli descreve como condições *fisiológicas* da vida política da comunidade. E, por fim, o autor destaca a quarta razão para não recepionarmos um conceito formal de democracia estaria ligada a uma aporia de caráter político-filosófico, uma vez que o conceito formal aceita a liberdade positiva do povo desvinculada de outras decisões, salvo aquelas deliberadas por si próprio.<sup>31</sup> Porém esse povo é coletivo e, em regra, não pode muito mais além do que decidir, por maioria, sobre a eleição de seus representantes. Assim, surgiriam riscos de que o povo que exerce o poder não seria o mesmo povo objeto das decisões estatais.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 8ª. ed. rev. e atual. 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p.151.

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. Jueces y política. Derechos y libertades. **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Madrid, v. 4, n. 7, p. 63-79, jan. 1999. Também sugere Fioravanti que a doutrina do constitucionalismo já não pode ser doutrina do governo limitado, senão doutrina dos deveres do governo, como é o caso dos direitos sociais em relação ao valor constitucional de igualdade a promover e realizar. (FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Trota, 1998. p. 131.)

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. **Teoría del derecho y de la democracia**. v. 2. Teoría de la democracia. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trota, 2011. p. 10-13.

<sup>32</sup> Conforme Darci Guimarães Ribeiro, citando o filósofo Kelsen, “muitas são as definições possíveis de povo, razão pela qual uma proveitosa cisão conceitual acerca do termo: povo como meio de legitimar o Estado, *povo-ativo* (participante das decisões políticas); povo como instância global de atribuição de legitimidade, povo ícone; e o povo como destinatário das decisões e atuações públicas. [...] o mais presente povo é o mais sorrelfo deles. É aquele que é invocado, mas que nunca vê. É aquele cuja legitimidade não se faz presente no sistema. É o

Logo, partindo da premissa, onde o Estado se encontra inserido num pluralismo de concepções globais, que faz emergir nítidas pretensões de legitimidade no cenário internacional e no interior do Estado, com resultado disso, inexoravelmente, se constata a redução acentuada da soberania e, conseqüentemente, dos direitos humanos. Portanto, conforme descreve Ferrajoli, o constitucionalismo, instituidor do Estado Democrático de Direito, não deve ser encarado como apenas uma conquista e um legado do passado, ou seja, sendo descrito por meio de um conceito formal, ainda mais nesse cenário globalizado, momento em que a Constituição brasileira deve atuar como um mecanismo substancial de garantia dos direitos humanos do Estado.

Do mesmo modo, Bolzan de Moraes assinala que o Estado Democrático é *plus* normativo em relação às formulações anteriores, num sentido teleológico de sua normatividade. Portanto, o Estado Democrático de Direito deve assumir função transformadora da realidade, e não desempenhar apenas um papel coadjuvante nas condições sociais de existência.<sup>33</sup>

Percebe-se que a Constituição brasileira, buscando permanentemente configurar-se diante da historicidade dos sujeitos singulares e coletivos, em atenção à igualdade e ao reconhecimento das diferenças, deve ser o mecanismo de resposta contra imposições padronizadas que caracterizam a sociedade mundial, tal como já abordado, que causam um enfraquecimento da soberania do Estado, com a supremacia discriminatória do mercado financeiro extremamente volátil, que, de um dia para o outro, tem a capacidade de desestabilizar a moeda nacional com a fuga de capital diante de um noticiário político afetando diretamente todos os sujeitos do Estado.

Por sua vez, o paradigma do Estado Democrático de Direito acarreta a tensão entre jurisdição e legislação, uma vez que as normas constitucionais, em regra, não podem ser interpretadas sem o recurso a valorações políticas, mostrando-se, até determinado ponto, subjetivo, havendo sempre uma certa relação *tensionante* entre o direito e a política. A necessária qualificação do jurista para enfrentar competentemente os conflitos derivados de tal *tensionamento*, requer que a aplicação deste direito acarreta consigo necessariamente que aquele que a faz proceda a valorações políticas.<sup>34</sup>

---

denominado *povo ícone*. [...] como palavra vã de falsa legitimidade. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 97.)

<sup>33</sup> STRECK, **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 118-126.

<sup>34</sup> BACHOF, Otto. **Estado de direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o Direito e a Política**. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, v. LVI, Coimbra, Coimbra Ed., 1996, p. 10.

Então, face à atual posição do Estado no cenário internacional, que, inevitavelmente, acaba reduzindo diretamente a sua soberania e afetando a concretização dos direitos humanos, torna-se importante destacar que a força normativa da constituição, antes mesmo do início do processo de *desterritorialização*, sempre teve uma ligação com a atuação da justiça constitucional em defesa da garantia dos direitos humanos originários da democracia inaugurada por meio da Carta Maior.

Convém observar, para aqueles que veem a Constituição brasileira como utopia, nas palavras de Cabral Pinto, que “*todas as realidades de hoje foram utopias de ontem*”. E, ainda, com relação aos direitos humanos, diz:

Só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos os seus membros lograrem uma vida plenamente humana.<sup>35</sup>

Então, diante da busca incansável da concretização dos direitos humanos, sempre atentos à tensão entre os Poderes do Estado, pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito assenta-se em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais. Não podemos falar em democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais sem democracia. Essa é a regra do jogo democrático e o custo que representa viver sob a égide do Estado Democrático de Direito.

A partir disso, pode-se concluir que o Estado Social e o Estado Democrático de Direito são fases sucessivas no processo de transformação do Estado Contemporâneo, o primeiro respondendo aos esquemas de superação da crise do liberalismo e o segundo buscando inserção naquilo que se pode denominar de socialismo democrático.<sup>36</sup>

A preocupação com os direitos fundamentais e a democracia engendra textos constitucionais que avançam nitidamente em relação aos fundamentos do velho liberalismo e à noção puramente intervencionista do Estado Social. A democracia e os direitos fundamentais passam a ser os dois sustentáculos desse novo modelo, donde não pode haver retrocesso. Conforme destaca Streck, qualquer problematização que se pretenda elaborar

---

<sup>35</sup> CABRAL PINTO, Luiza Marques da Silva. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p. 218-219.

<sup>36</sup> DIAZ, Elias. El estado democrático de derecho y sus críticos izquierdistas. **Sistema**, n. 17-18.

acerca da democracia e do agir dos agentes sociais se dará neste espaço, onde ocorre o sentido do direito e da democracia.<sup>37</sup>

Nesse cenário transnacional em que o Estado se encontra inserido, a ascensão do Poder Judiciário diante do inexorável crescimento das demandas por direitos (fundamentais-sociais), faz surgir também, a necessidade concomitante de um rigoroso controle das decisões de modo a não comprometer um dos pilares sustentadores do paradigma Constitucionalista, a “democracia”.

A promessa da concretização dos direitos humanos pelos formuladores do ideário democrático, precipuamente, devido à inércia do Executivo e à carência de atuação do Legislativo, mais preocupados com o pluralismo da concepção contemporânea de mundo aqui abordada, fez o Poder Judiciário ganhar destaque. Todavia, tal Poder sempre deve atuar mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.

Concomitantemente, alerta-se que o judiciário não deve ser a solução mágica para os problemas dos fracassos e insuficiências de políticas de *welfare state*, pois correríamos o risco de criarmos cidadãos de *segunda classe*, ou seja, aqueles que, ao invés de reivindicarem seus direitos no campo da política, passam a apostar no ajuizamento de demandas judiciais, uma espécie de *paternalismo jurídicista*.<sup>38</sup>

Diante da omissão do Estado e conseqüentemente da ausência de cumprimento das promessas trazidas pela Constituição brasileira (*promessas não cumpridas*), agora, através do judiciário, exsurge a alternativa para a realização daqueles direitos constitucionais ainda não alcançados. Porém, destaca-se a necessidade de desmistificar as ideias equivocadas que rondam as políticas públicas e do direito, sendo a mais próxima do tensionamento aqui referido entre os poderes do Estado, o problema de ação do Poder Executivo. Essa ideia é aquela, segundo a qual, cabe ao Judiciário, que não detém o orçamento em suas mãos, regulamentar e adequar constitucionalmente a execução dessas ditas políticas públicas; isso, segundo Elías Díaz, é denominado de “*legalidade constitucional*”.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> STRECK, **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 125.

<sup>38</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 65.

<sup>39</sup> Lenio Streck traz os seguintes exemplos: “o Judiciário pode determinar a continuidade de uma política pública que esteja adequada e funcionando, mas que o Executivo – por motivos político-fisiológicos – decidiu interromper ou substituir por outra, por exemplo, da política de segurança implantada pelo governo Garotinho ao tempo em que o Luiz Eduardo Soares era secretário de segurança e que o governo, um ano depois, por conta de acordos políticos – que viabilizassem a candidatura do governador à presidência da república –, decidiu interromper por conta de novos acordos políticos. Nesta hipótese, o Ministério Público poderia ter provocado o Poder Judiciário, até para evitar o retrocesso social. Há casos limítrofes, em que a decisão judicial evita um

Atualmente, existem inúmeros exemplos de ações civis públicas obrigando o fornecimento de remédios<sup>40</sup> ou construções de locais adequados para abrigo de menores. Verifica-se o Ministério Público e o Judiciário atuando com características claramente intervencionistas, sendo utilizados equivocadamente, não como instrumentos de redução de complexidade ou reprodução de uma dada realidade, mas como mecanismos de transformação da sociedade,<sup>41</sup> ressalva-se aqui, que esse elevado grau de intervencionismo se manifesta muito mais em forma de ativismo judicial do que da judicialização da política.

Dito isso, verifica-se que a transformação do Estado Democrático de Direito impõe, a todo momento, desafios aos seus agentes político-jurídicos, pois essa nova relação necessária entre os poderes legítimos do Estado, em especial no que tange à justiça constitucional, vem ocasionando um forte debate na doutrina, naquilo que se denominou de *ativismo jurídico*.

Logo, o Estado Democrático de Direito passa a correr perigo com o modo de aplicação do direito pelos Tribunais, e, inexoravelmente, o afastamento do ativismo, do decisionismo e da discricionariedade judicial passa a ser condição de possibilidade para a realização do paradigma do Estado Constitucional.<sup>42</sup>

---

desvio de finalidade do orçamento público e das próprias políticas públicas que advêm da Constituição e da Lei Orgânica do Município. *Mutatis mutandis*, é o exemplo que vem da Comarca de Joinville (SC), em que o juiz Alexandre Morais da Rosa, atendendo ação civil pública promovida pelo Ministério Público, determinou à municipalidade a criação de 2.984 vagas de ensino fundamental na rede pública de ensino. No caso, a municipalidade havia “preferido” colocar elevada verba em favor de um clube de futebol (Joinville Esporte Clube, que disputava a terceira divisão do Campeonato Brasileiro).” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 66)

<sup>40</sup> No que tange às decisões que determinam o fornecimento de remédios e internações hospitalares, que representam o maior volume da intervenção do Poder Judiciário, este, por não se dar a partir de uma criteriológica, acabou por ser “adaptado” pelos diversos governos municipais, estaduais e federal. Não é desarrazoado afirmar, nesse contexto, que é mais cômodo para o Poder Executivo fornecer um advogado para autente do que políticas públicas. Veja-se, como exemplo que simboliza essa problemática, o Estado de São Paulo, que vem gastando mais no atendimento às decisões judiciais (que dizem respeito à saúde) do que nas políticas públicas *stricto sensu*. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 69).

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>42</sup> Os referidos termos (discricionariedade-decisionismo), quando abordados no decorrer deste artigo, se referem ao problema entendido contemporaneamente como paradigmático, ou seja, o modo como a linguagem desnuda os elementos estruturantes, denunciando o lugar da fala de parcela considerável dos magistrados brasileiros, que se encontram compromissados tão somente com a sua consciência. Conforme Streck, há uma espécie de *holding*, que torna o tema recorrente: o juiz não se subordina a “nada”, a não ser ao “tribunal de sua razão”. No campo do processo penal, o modo pelo qual se manifesta esse paradigma representacional pode ser visto a partir da persistência do sistema inquisitório, diante do deferimento de compromisso à testemunha contraditada e que não poderia prestá-lo, nos termos do art. 208 do CPP, que diz não viciar a ação penal, mas exterioriza-se como mera irregularidade, pois não encerra a instrução e, dentro do princípio do livre convencimento motivado, o juiz, não adstrito a critérios de valoração apriorísticos, “atribuirá ao depoimento o peso que sua consciência indicar, mediante fundamentação” (HC 11.896/RJ, julgado em 27/06/2000, DJ 21/08/2000, p.173). Destaca-se aqui, que em plena vigência da Constituição de 1988, que o próprio resultado do processo dependerá do que a consciência do juiz indicar. Já na área do processo civil, aparece por meio do protagonismo/ativismo do juiz que encobre a filosofia da consciência. I) acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: A norma legal propicia ao juiz

Inevitavelmente, diante do rol de direitos humanos elencados no corpo da Constituição brasileira, a judicialização da política tornou-se realidade permanente para resolução de conflitos no âmbito do poder judiciário, o que é totalmente diferente de ativismo judicial. Esta última constitui uma forma antidemocrática de substituição dos juízos morais, políticos e econômicos que devem ser construídos, especificamente, pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Müller, em referência a Rosseau, afirma que “direito constitucional é o direito do político. Insistir nisso não tem relação nenhuma com o decisionismo”. O autor fornece uma definição à luz do direito constitucional que deixa muito evidente a necessidade da diferença entre os institutos da judicialização e os do ativismo, pois a judicialização, muitas vezes, será necessária para a equalização entre Direito e Política, observada sempre a constituição, sem a presença de discricionariedade, arbitrariedades e decisionismos subjetivos. Acentua-se que Müller, inicialmente, aceita uma homogeneização entre Direito e Política, no entanto, nega a existência, nessa relação do decisionismo, daquele que tem o dever e obrigação de decidir. Em outras palavras, não é apenas uma relação de aproximação entre Direito e Política na

---

(...) meios para completar sua convicção e, assim, ***decidir com tranquilidade de consciência, realizando o ideal do verdadeiro juiz*** (HC TJSP: AI 7256094200/SP, DJ 31/07/2008); II) acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: “Ao Juiz, como destinatário da prova, e só a ele, cabe, ***diante de sua consciência***, para proferir decisão, determinar a realização de nova perícia, ainda que, formalmente e à primeira vista, seja o laudo anterior conclusivo e aparentemente idôneo” (TJMG: AC 1671932/MG, DJ 10/02/2000); III) acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: “***o juiz é o intérprete da consciência social***, pois contrapõe a livre valoração moral à norma” (TJSC: AC 37530/SC, DJ 03/08/2000). Embora com pretensões de construir racionalidades e até mesmo tecer críticas a decisionismos e/ou voluntarismos, acabam por sufragar teses como as descritas. É o caso referido na tese de doutorado de Maria de Fátima S.G.M. de Oliveira, que reforça o imaginário de apoio ao “*solipsismo judicial*” ao defender, por exemplo, que a “liberdade de investigação crítica corresponde à interpretação dada pelo magistrado à norma”, entendendo a autora que, “hoje o juiz, não se submete à letra fria da lei”. Devendo ao contrário, interpretá-la e suas decisões devem ser harmonizadas ao sistema jurídico, mesmo que, aparentemente afrontem a lei. O juiz exerce atividade criadora do direito e com margem de liberdade. Mas, ainda, sustenta que a discricionariedade nada mais é, senão, a impressão pessoal do juiz e a impessoalidade de escolher interpretação desses conceitos indeterminados ao caso concreto para atingir a ordem jurídica justa. Da mesma maneira, Eduardo Cambi, em sua obra *Jurisdição no processo civil*, sustenta, a partir de uma mixagem de matrizes e autores, que o juiz, nos casos difíceis, possui tanta margem de discricionariedade quanto o legislador, como se, a um, o legislador tivesse discricionariedade nesta quadra da história e, a dois, não fosse a discricionariedade, exatamente, a porta de entrada dos decisionismos e voluntarismos. Muito embora a tese de Cambi seja pós-positivista, o que, registre-se, é extremamente louvável, o autor insiste em teses que são contrárias ao que propõe, como, por exemplo, quando sustenta que a sentença é ato de vontade do juiz, reprecinando, consciente e inconscientemente, o pai do positivismo normativista (Hans Kelsen) – e que “*sentença vem de sentir*” (sic). Ainda, Cambi sinaliza uma opção explícita pelo solipsismo: “A decisão judicial reflete características pessoais do juiz (a sua personalidade, o seu temperamento, as suas experiências passadas, as suas frustrações, as suas expectativas etc.) ou dos jurados (...)”. E, por fim, sustenta a necessidade de que o juiz faça ponderações, o que, também neste caso, coloca-o em campo distante da hermenêutica filosófica, da teoria integrativa de dworkiniana e do antirrelativismo habermasiano. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 24-32).

judicialização da política, mas fundamentalmente um meio de compreensão do elemento político dentro do Direito, conforme afirma Müller.<sup>43</sup>

A judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado,<sup>44</sup> ocorrendo como o resultado do descolamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislação em direção à justiça constitucional. No Estado Liberal, o centro de decisão era o Legislativo; no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo pela necessidade da realização de políticas públicas e intervenção do Estado em busca do equilíbrio econômico;<sup>45</sup> já no Estado Democrático de Direito, a tensão se volta para o Poder Judiciário.

Já o ativismo judicial seria uma espécie de “vulgata” da judicialização da política, aquelas circunstâncias que desnudam não somente a indevida compreensão da noção de princípios (principalmente o democrático), mas que também fazem os Códigos já nascerem com um déficit de democracia ao deslocar o problema da concretização dos direitos dos demais Poderes e da Sociedade em direção ao Judiciário. Sinaliza-se, aqui, para uma espécie de paradoxo: como é possível que um Código, cuja pretensão maior é o incremento de mecanismos de acesso à justiça, aposte no ativismo judicial<sup>46</sup>?

Cumprido observar, mesmo diante desse dilema observado entre ativismo *versus* judicialização, que a Constituição brasileira se mostra como um mecanismo de rumo ao futuro, e que o judiciário, no Estado Democrático de Direito, por meio do controle da constitucionalidade das leis, tem, da mesma forma, a função de proteger os direitos já conquistados. É possível combater alterações feitas por majorias políticas eventuais, que, legislando na contramão das regras constitucionais, se curvam diante das comunidades supranacionais, organizações econômicas, organizações não-governamentais (ONGs) e organismos internacionais, e diretamente, acabam retirando as conquistas da sociedade<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> MÜLLER, Friedrich. Prefácio. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza et al. (Orgs). **Teorias da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

<sup>44</sup> Cabe ressaltar aqui que esse (*ex*)surgimento não é novidade, conforme Leonel Severo Rocha, em análise do pensamento de Rui Barbosa. Destaca ele que, na Constituição de 1891, o Poder Judiciário, responsável pelo controle de constitucionalidade, já atuava como garantidor das instituições de modo garantir o cumprimento às demandas individuais, denominada por Leonel Severo Rocha de “democracia jurisdicista”, uma forma política na qual o direito de reivindicar os direitos nos tribunais é a todos assegurada. (ROCHA, Leonel Severo. **A democracia em Rui Barbosa**. O projeto político liberal-racional. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995, p.137 e 153.

<sup>45</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p.153-155.

<sup>46</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 22.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 68.

Nesse cenário, o enfrentamento dos problemas da democracia, que ocorrem em meio à transformação do Estado Democrático de Direito, seguindo a proposta de Ferrajoli,<sup>48</sup> se mostra mais adequado por meio de uma teoria substancial de democracia, de modo a legitimar as decisões judiciais, contramajoritariamente, que concretizam direitos fundamentais não garantidos pelo Estado.

Portanto, a teoria substancial de democracia, entendida como mais adequada, segue a linha teórica dworkiniana, onde as Cortes Constitucionais são responsáveis pelo controle constitucional dos atos normativos oriundos da maioria parlamentar, com integridade e coerência, e, na qual, torna-se possível assegurar os limites de atuação legítima do Poder Judiciário, para que o Estado Democrático de Direito não se transforme em uma *juristocracia*.<sup>49</sup>

Mas o autor faz uma ressalva que deve ser observada preliminarmente: democracia e mercado produzem distorções que, em regra, são suas próprias características. O mercado não contempla pessoas que partem do mesmo ponto de partida. Alguns começam pobres, outros, ricos, uns com maiores capacidades, outros, menos, alguns têm mais oportunidades, outros, menos; assim, nunca o mercado resulta num ponto em que todos os cidadãos encontram-se satisfeitos, pois aqueles que partiram de posições desfavoráveis permanecem prejudicados ao longo do processo. E como se evidencia nesse processo de redução de soberania do Estado diante da relação internacional com outros Estados, se o mercado não for regulado por alguns mecanismos, ou até mesmo restringido, ele produz um resultado profundamente desigualador. Da mesma maneira, a Democracia, por um lado, leva a opinião de todos, mas o seu método de tomada de decisão é pela regra da maioria, de tal modo que existem minorias desfavorecidas pelas decisões democráticas. Diante disso, se deixássemos a decisão sobre as leis somente por conta da democracia, poderíamos correr o risco de vivenciarmos uma espécie de *tiranía*-

---

<sup>48</sup> FERRAJOLI. Luigi. Principia iuris. **Teoría del derecho y de la democracia**. v. 2. Teoria de la democracia. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2011. p. 10-13.

<sup>49</sup> Na mesma linha é a Teoria da Decisão, de Lenio Streck. Para o autor, parece ser claro que existe razoável nível de consenso no sentido de que é possível compatibilizar constitucionalismo e democracia. **Isto é, de que modo podemos reivindicar e defender a democracia se, no final do processo decisório deixamos uma “margem de atuação” para a livre escolha do juiz?** Isso é possível num Estado Democrático de Direito? Mas, se o constitucionalismo atua no plano do contramajoritarismo – e esse é o ponto de compatibilização a partir da discussão dos limites da *jurisdição constitucional* –, também é possível dizer que tal circunstância acarreta outro grande debate: **como impedir que os juízes (ou os Tribunais Constitucionais) se substituam ao legislador?** Isso implica, à evidência, discutir as condições de possibilidade de um efetivo controle das decisões judiciais. Enfim, **trata-se de discutir a validade dos discursos jurídicos e as condições de possibilidade de uma “teoria da decisão”**. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª. ed., rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 481, grifo do autor).

*totalitarista* das maiorias, onde as minorias nunca seriam contempladas com igualdade de valor e respeito.<sup>50</sup>

Segundo Dworkin, a democracia é o melhor mecanismo para elaboração de leis, mas ela, se não for restringida, causará desigualdades. Do mesmo modo, o mercado é o melhor mecanismo para distribuir recursos, mas se não devidamente restringido é desigual. Acentua o autor, que ao fim e ao cabo, tanto a democracia quanto o mercado geram desigualdades porque contemplam esquemas de ações e preferências majoritárias. Por isso, descreve que o mercado, assim como se vê nas relações internacionais do Estado, gira em torno de uma lógica *utilitarista*.

Desse modo, o utilitarismo da democracia e mercado é útil para distribuir os recursos e para fazer leis, porém, como é intrinsecamente desigualador, para corrigir a referida desconformidade utilitarista, Dworkin sugere as proteções e as denomina de *trunfos*. Por isso, tornam-se necessários os direitos para que o mercado e a democracia, na busca de distribuição de riqueza e elaboração de leis, não dilacerem os direitos fundamentais da minoria. Com isso, o conjunto de regras seriam trunfos da minoria, estes que não irão ceder de maneira alguma diante das metas sociais da maioria, pois, caso contrário, a minoria seria dizimada pelas forças da democracia e do mercado.

Em virtude dessas considerações, Dworkin não deixa de transparecer sua preferência pelas Cortes Constitucionais que atuariam na função de árbitros das decisões de princípio da comunidade, sempre aperfeiçoando a legitimidade democrática. Então, a aplicação desses *trunfos* democráticos dar-se-ia com a coerência e a integridade do jurista. Isso resulta na sofisticação dos conceitos interpretativos que, com a aparente atribuição de sentidos,<sup>51</sup> seriam suficientes para dirimir qualquer possibilidade de interpretações conflitivas. Na medida em que se interpretasse adequadamente cada parte de acordo com as outras partes e com os objetivos da *teia integrada de valores*, os aparentes conflitos, em verdade, resumir-se-iam a interpretações equivocadas dessas partes, e assim, os inautênticos conflitos entre valores

---

<sup>50</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>51</sup> A teoria dworkiniana mostra-se inexoravelmente coerente com a atribuição de sentidos derivada dos valores, que, como se pode notar, sempre andam em duplicidade, de modo que se tem sempre uma paridade de valores colocados em discussão, exatamente onde repousa a coerência no uso da moral. O direito, para Dworkin, é visto como um ramo da moral, apesar dos atributos que o particularizam. Já em termos de filosofia política, os direitos fundamentais são vistos como espécies de trunfos contramajoritários e vinculam-se à ideia de dignidade de que Dworkin lança mão, da qual parte o direito a ser tratado com igual consideração e respeito. Dworkin também divide a dignidade em dois princípios: (i) o direito a ser tratado com igual consideração e respeito e (ii) o de que os indivíduos têm a responsabilidade pessoal de definir o sucesso em suas próprias vidas. Trata-se de uma concepção nitidamente liberal quanto à concepção dos valores morais e, por conseguinte, do direito, na medida em que Dworkin o vincula a essa ideia de dignidade. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 513.

desapareceriam.<sup>52</sup> Para Dworkin, definitivamente, os conflitos aparentes são inevitáveis, mas, da mesma forma, são ilusórios e temporários.<sup>53</sup>

A democracia, assim como o direito, é um conceito interpretativo, é incerto e dependente dos melhores argumentos justificatórios para se firmar, e, para escolhermos entre as concepções rivais que se pretende explicar, devemos localizar aquele princípio ou conjunto de princípios que traduzem a sua melhor luz.<sup>54</sup>

Portanto, o Direito, enquanto conceito interpretativo, fundamentalmente, submete-se ao conceito de melhor interpretação segundo a coerência entre todo e partes. Dworkin compara a interpretação jurídica à interpretação de textos literários e utiliza-se da metáfora do Direito enquanto um *romance em cadeia*. Partindo do contexto integrativo dworkiniano, o juiz, sempre diante de um caso concreto, deve analisar casos anteriores parecidos com o seu, tendo em vista que a prática de interpretação do Direito precisa considerar o passado (tradição) sob o olhar do presente (fusão de horizontes gadameriana) sem principalmente deixar de observar os reflexos para o futuro do Direito.

Resta afirmar que o controle judicial de constitucionalidade, num conceito substancial de democracia, conforme sugerido por Ferrajoli, atuaria como uma estratégia possível para aperfeiçoar a legitimidade do governo, assegurando, por meio da proteção dos direitos fundamentais da minoria, o direito da maioria de impor sua vontade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em tempos difíceis, de confrontos entre os novos desafios que assume o Estado frente à sua própria transformação, evidenciou-se, num primeiro momento, como tentativa de efetivação do ideal de vida boa, própria do Estado Social, um intervencionismo estatal centrado no Poder Executivo. Todavia, no Estado Democrático de Direito, inaugurado com o advento da Constituição brasileira, constatamos o notório deslocamento da esfera de tensão do Poder Executivo para o Poder Judiciário, pelas razões exaustivamente debatidas aqui.

Demonstrou-se que, iniciado o processo de internacionalização do Estado, grandes reflexos se iniciaram, tanto positivamente quanto negativamente, os quais interferiram sobremaneira no modo pelo qual o Estado teve que lidar com a transformação evidenciada. O

---

<sup>52</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 182.

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 182.

<sup>54</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 579-585.

acontecimento mais notório, sem dúvida, foi o impacto na soberania do Estado, pois as relações diretas do Estado com comunidades supranacionais, organizações econômicas, organizações não-governamentais (ONGs) e organismos internacionais, inexoravelmente, fragilizaram a autonomia do poder estatal.

Destacou-se, inclusive, aquilo que autores como Warat já haviam declarado: que o Estado Nacional não passava de um fetiche, um holograma, que fora sustentado por décadas como a referência da estabilidade, mas acabou saindo de cena junto à condição moderna que o inventou. O Estado moderno referido por Warat mostra-se desconfigurado, o que indica, sobremaneira, a perda de sua soberania. Já Bolzan de Moraes disse que falarmos em soberania como definição de uma característica imprescindível do Estado parece mais um saudosismo do que uma avaliação lúcida dos vínculos que a circunscrevem.

Observou-se que, apesar do comportamento entre os Estados neste ambiente *desterritorializado*, poder criar um maior atrelamento de cooperação jurídica, econômica e social, benéfico ao Estado, ao mesmo tempo, ocorre uma considerável redução da soberania nacional. A deflagrada *desterritorialização*, além de demonstrar que o Estado encontra-se em permanente transformação, também aponta para, cada vez mais, uma exposição de sua soberania em prol de cooperações jurídicas com organismos internacionais e em busca de investimentos voláteis com organizações econômicas sem nenhuma contrapartida realmente benéfica para o Estado. Isso, ao fim e ao cabo, acaba por submeter a autonomia estatal às comunidades supranacionais e organizações não governamentais.

Uma avaliação a partir do conceito tradicional e majoritário da doutrina, que define a soberania como *una-indivisível-inalienável-imprescritível*, passou a ser considerada incompatível contemporaneamente.

Todas essas considerações são indicadores relevantes para demonstrar que o pluralismo dessa concepção contemporânea de mundo, indiscutivelmente, causou a crise conceitual do Estado, ao passo que a ideia de insubmissão, independência e de poder supremo juridicamente organizado do Estado restou fustigada.

Desse processo de internacionalização do Estado, a concretização dos direitos fundamentais prometidos pelos formuladores do ideário democrático, numa perspectiva procedimental, não foi cumprida, o que Bobbio denominou de *promessas não cumpridas*, cujo déficit ocorreu no interior de um processo contínuo de transformação do Estado. Pois, o efeito da referida abertura da fronteira nacional – *desterritorialização* – levou os Estados, desenvolvidos e subdesenvolvidos, a se confrontarem entre si no cenário internacional

munidos de suas vantagens comparativas. O resultado disso, indiscutivelmente, foi o aumento da disparidade entre as nações ricas e as nações pobres.

Todavia, ainda diante dos conflitos de direitos surgidos neste meio, asseverou-se que, dada a especificidade da Constituição brasileira, o efeito também é aumentar o grau de inefetividade do seu conteúdo programático. Destacou-se o leque de direitos humanos descritos no seu corpo inexistentes em outras Constituições, o que, dentro do cenário internacional do qual o Estado se insere, inexoravelmente, aumenta o leque de direitos não cumpridos.

Desse modo, para o caso brasileiro, inexoravelmente, como uma prática político-jurídica adequada à realidade em que se posicionou o Estado Democrático de Direito, estabeleceu-se a Constituição brasileira como mecanismo para garantias das promessas do ideal de vida boa asseguradas na Carta Maior, se tornando inevitável a prática da judicialização da política. Todavia, ressalvando que diferentemente da judicialização, que é contingencial, não devemos admitir nenhum tipo de ativismo judicial, que é uma forma antidemocrática de substituição do legislador.

Convém observar que a opção pela Constituição brasileira como instrumento para afastar a crise conceitual do Estado está relacionada exatamente com o restabelecimento da soberania do Estado, de modo a assegurar e proteger os direitos humanos. Por isso, entende-se que a saída mais adequada é através do constitucionalismo, compreendido como uma prática contemporânea político-jurídica.

Assim, diante da inevitável prática da judicialização da política, fenômeno este que exsurgiu a partir da relação entre os poderes do Estado, como um descolamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislação em direção a justiça constitucional, a preocupação passou a ser o modo como os juristas enfrentariam competentemente os conflitos surgidos neste meio.

Por isso, optou-se em seguir a posição de Ferrajoli, que reivindica uma teoria substancial para o modelo adequado de democracia. Assim, a partir da teoria integrativa dworkianiana, que estabelece a Democracia e o Direito como um conceitos interpretativos, e à luz da integridade e coerência, constroem-se os melhores argumentos justificatórios para que se firmem os direitos fundamentais de uma sociedade, garantindo, assim, uma verdadeira Democracia.

Desse modo, com o Direito e pelo Direito, as proteções denominadas de *trunfos*, tornar-se-iam indispensáveis para que o mercado e a democracia, na busca de distribuição de

riqueza e elaboração de leis, não dilacerem os direitos fundamentais da minoria, assegurando, destarte, os direitos fundamentais do Estado de maneira igualitária.

## **CONSTITUCIONALISM IN THE FACE OF THE CHANGES OF CONTEMPORARY STATE: THE REQUIRED ASSURANCE OF HUMAN RIGHTS**

Abstract: The Modern State has passed over the last two decades through several interconnected crises, we will focus on the crisis denominated by Bolzan de Moraes as "conceptual", a crisis that is related to the basic conceptual characteristics of the State, especially the definition Of sovereignty, which leads to (in) the State's capacity for self-determination. Thus, the present article has the purpose of analyzing two important and correlated factors that merit attention, since they have been antagonistic. On the one hand, the unusual process of expansion, exclusion and domination derived from the process of globalization, by financial capital, and by neoliberal policies that have diminished the autonomy of the State, which on the other hand directly impacts on social relations, modifying the way The political-juridical-social agents must face adequately the conflicts arisen in this way, in order to assure the human rights. And, in the end, to present constitutionalism, with integrity and coherence, as a political-juridical practice necessary for affirmation of the Democratic State of Right.

### **REFERÊNCIAS**

ACCIOLLY; Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA. G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro, 1979.

BACHOF, Otto. **Estado de direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o Direito e a Política**. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, v. LVI, Coimbra, Coimbra Ed., 1996.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992

\_\_\_\_\_. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

BOLZAN de MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. O estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

CABRAL PINTO, Luiza Marques da Silva. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

CASTELLS, Manoel. **A sociedade em rede**. São Paulo. Ed. Paz e Terra, 2001.

DIAZ, Elias. El estado democrático de derecho y sus críticos izquierdistas. **Sistema**, n. 17-18.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. **Teoría del derecho y de la democracia**. v. 2. Teoria de la democracia. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Jueces y política. Derechos y libertades. **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Madrid, v. 4, n. 7, p. 63-79, jan. 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andres Ibanez. Madrid: Trotta, 2001.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1994.

IANNI, Octávio. **Teorias da Globalização**. Ed. Civilização Brasileira. 5ª. ed., 1998.

\_\_\_\_\_. **A sociedade Global**. Ed. Civilização Brasileira. 4ª. Edição, 1996.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. Washington D.C., 2017. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/index.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Inserção Internacional Brasileira: temas de política externa**. Livro 3 – Volume 1. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2010.

NETO, Cláudio Pereira de Souza et al. (Orgs). **Teorias da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela (Org.). **Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação, perspectivas e desafios contemporâneos**. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. **A democracia em Rui Barbosa**. O projeto político liberal-racional. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª. ed., rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.