

EFETIVAÇÃO JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O DESAFIO DA CONCRETIZAÇÃO E EFETIVA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CRISE DA PÓS MODERNIDADE

THE CHALLENGE OF CONCRETIZATION AND EFFECTIVE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN TIMES OF CRISIS IN POST MODERNITY

Renata Alves Amorim
renata_2a@hotmail.com

Antonio Hilario Aguilera Urquiza
hilarioaguilera@gmail.com

Recebido: 22-7-2018
Aprovado: 26-11-2019

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direitos fundamentais na modernidade: um contexto histórico 2. O repensar das concepções dominantes do direito no século XX : a renovação do potencial emancipatório do Estado Democrático de Direito. Conclusão. Referências.

RESUMO:

A realidade global contemporânea, seus novos arranjos sócias, políticos econômicos permitiram novos debates sobre a compreensão da performance do Estado Democrático de Direito, do conteúdo constitucional e da sistemática de proteção de direitos fundamentais, pois embora o princípio da preservação da dignidade da pessoa humana tenha adquirido o status normativo mais significativo já percebido, os desafios da modernidade como o agravamento de desigualdades, de mazelas sociais, e instabilidades econômicas e políticas, acabam por fomentar frustrações sistemáticas quanto às

ABSTRACT:

The contemporary global reality, its new social and economic rearrangements, allowed new debates on understanding the performance of the Democratic State of Law, the constitutional content and the systematics of protection of fundamental rights, since although the principle of the preservation of the dignity of the human person has acquired the most significant normative status already perceived. The challenges of modernity, such as the worsening of inequalities, of social ills, and economic and political instabilities, end up fomenting systematic frustrations regarding the democratic ex-

expectativas democráticas frente à realidade social, que geram inquietações relevantes quanto ao desafio da efetiva concretização e proteção dos direitos fundamentais na sociedade. Busca-se portanto, evidenciar a paulatina recepção desses direitos fundamentais no ordenamento jurídico ocidental, sua essencialidade e progressiva positividade como guião emancipatórios em prol do desenvolvimento social, com a finalidade de propor uma releitura paradigmática conforme o posicionamento de Boaventura de Sousa dos Santos e sua interpretação crítica sobre tal problemática, na tentativa de corroborar o papel fundamental tanto do Estado Democrático de Direito como da sociedade civil na renovação do caráter emancipatório do direito.

Palavras chave:

Direitos fundamentais, desafios contemporâneos, constitucionalismo, democracia.

pectations of social reality, which generate relevant questions about the challenge of the effective realization and protection of fundamental rights in society. It is therefore sought to evidence the gradual reception of these fundamental rights in the Occidental legal order, its essentiality and progressive positivation as an emancipatory script for social development, with the purpose of proposing a paradigmatic re-reading according to the position of Boaventura de Sousa dos Santos and his critical interpretation of this problematic, in an attempt to corroborate the fundamental role of both the Democratic State of Law and civil society in the renewal of the emancipatory character of the law

Key words:

Fundamental rights, contemporary challenges, constitutionalism, democracy

INTRODUÇÃO

Em meio a avanços tecnológicos, novos arranjos sociais e políticos, a sociedade moderna paradoxalmente enfrenta o agravamento de crises econômicas e sociais tanto âmbito regional como global, realidade que permitiu surgir questionamentos aos cânones jurídicos do direito moderno, principalmente quanto aos ideais Libertários representados no Estado Democrático de Direito frente à realidade social.

A globalização derrubou fronteiras, transforma as interações com o meio social e com o ambiente, transformado o mundo em uma “aldeia global”, trouxe facilidades, desenvolvimento tecnológico e humano, mas implicou igualmente em instabilidades. Diante dos fenômenos da pós-modernidade, a economia capitalista, as mudanças aceleradas quanto a paradigmas sociais e políticos, somado ao avanço tecnológico, permitiu a transformação da sociedade global em o chamado “mundo líquido” (BAUMAN, 2001), cujos fenômenos diluíram certezas e crenças.

Desta forma, as novas formas de lidar com as problemáticas oriundas da sociedade permanecem constantemente em questionamento, e, portanto, a complexidade dos conflitos advindos requer um novo repensar. Neste contexto, surge a necessidade de retomar, ainda que brevemente, o contexto histórico de reconhecimento e positividade dos direitos fundamentais como guião fundamental do Estado Democrático de Direito.

Uma das constatações de Boaventura Souza dos Santos será especialmente relevante neste trabalho, é o que se enfrenta quanto ao Estado Democrático de Direito, a crise acerca da sua legitimação e a efetividade na concretização dos direitos fundamentais, pois como bem assevera, muito embora as promessas tenham sido auspiciadas e gradi-

loquentes (liberdade, igualdade, fraternidade), temos acumulado um espolio de dividas (SANTOS, 2008 p.3).

Logo, reavaliar as formas de outorgar ao Estado Democrático de Direito, em especial à sua essência, os direitos fundamentais, uma eficácia formal minimamente satisfatória, para promover uma estabilidade social e política esperada, mostra-se importante. A crise da modernidade, reclama, a inserção de novos paradigmas e principalmente a revisão dos pressupostos de legitimidade do Direito e de seu caráter emancipador, logo a partir das constatações de Boaventura Souza dos Santos, é imprescindível buscar transformar as condições sociais de vida para manter a confiança nas promessas da modernidade.

Portanto, para o propósito desta pesquisa, inicialmente é necessário abordar brevemente o processo de positivação e reconhecimento dos direitos fundamentais, quanto à base teórica fundamental que justifica a essencialidade do Estado Democrático Direito para a efetiva proteção desses direitos, a fim de demonstrar a impossibilidade de esvaziamento destes ideais, pois como bem assevera Boaventura Souza dos Santos (2008, p.2), apesar de sermos herdeiros das promessas da modernidade, estas estão maculadas pelo capitalismo e pela sociedade individualista, o que impõe um repensar do contexto jurídico atual.

Neste contexto, entender o movimento de constitucionalização e limitação da atuação estatal, seria também compreender o processo de positivação e legitimação dos direitos fundamentais e os juízos de possibilidades sobre a eficácia desta ordem jurídica frente à necessidade de proteção e concretização dos direitos fundamentais.

Logo, os direitos fundamentais além de constituírem elementos valorativos essenciais à existência do Estado Democrático de Direito, descrevem exigências indispensáveis ao funcionamento adequado de procedimentos de deliberação democrática. O Estado moderno nos moldes ocidentais, surge embasado na clássica teoria contratualista, que explica a concentração do poder e da produção jurídica no Estado, de modo que ao abdicarem de sua liberdade natural em favor da liberdade civil, o Estado teria se isolado no poder e distanciado a sociedade civil do seu papel também fundamental.

Importante ressaltar que o contexto de crise, em termos globais e principalmente de América Latina permite um ambiente catalizador para um repensar que tende a trazer novos repensar sobre o contexto social e econômico vivido, tornando-se terreno fértil para novos paradigmas que podem mediar uma evolução social necessária. Conforme lição de Thomas Kuhn (2013, p.158), que conclui que o significado de crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos.

Neste contexto, é importante assimilar a lição de que conceito de crise, desenvolvido na tragédia clássica, tem também uma contrapartida no conceito de crise encontrado na ideia de história enquanto salvação. Esta margem de pensamento entrou nas teorias evolucionistas sociais do século XIX através da filosofia da história do século XVIII. (HABERMAS. A crise de legitimação no capitalismo tardio. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 12).

Logo, objetiva-se analisar tal problemática, mediante a exposição do posicionamento crítico e contundente de Boaventura Sousa dos Santos, em um contexto de crise, cuja descrença do Estado Democrático de Direito, suas instituições representativas e principalmente da democracia, não é a resposta para os difíceis questionamentos da modernidade quanto ao desafio de concretização dos direitos fundamentais e os novos paradigmas, principalmente quanto ao reconhecimento da possibilidade de renovação do caráter emancipatório do direito, a fim de determinar a necessidade de romper uma nova consciência de direitos, torná-los mais acessíveis e deslocar o olhar para grupos e classe oprimidos.

1. Direitos fundamentais na modernidade: um contexto histórico

Inicialmente busca se estabelecer o delinear histórico do reconhecimento e positivação dos direitos fundamentais e a concomitante ascensão do Estado Democrático de Direito, com a finalidade de relatar a essencialidade do Direito e de uma ordem democrática legítima para o desenvolvimento social e concretização de direitos.

Os valores essenciais dos direitos fundamentais remontam ao pensamento cristão e a filosofia clássica greco-romana, assimilado os primeiros valores de individualidade, liberdade e igualdade. Nas palavras do jurista Ingo Sarlet (2012,p.37) a partir do século XVI, a doutrina jusnaturalista atinge especial desenvolvimento, paralelamente ao início de laicização do direito natural.

Ainda na idade média, a Magna Carta de 1215, assinada pelo Rei João Sem-Terra na Inglaterra, é considerado pela doutrina história tradicional como o primeiro documento que sacramentou limitações ao Estado, naquela época ainda representado pelo Rei. Consubstanciando assim o primeiro momento do movimento de surgimento das constituições na esfera do direito positivo.

Avançando um pouco na história da sociedade moderna, a revolução francesa figura na doutrina como o marco histórico inicial quanto o movimento de limitação dos poderes estatais e reconhecimentos dos direitos fundamentais. A importância real e simbólica deste marco histórico é ponderada já a época de sua eclosão, a manchete histórica do *The Morning Post* (21 de julho de 1789) sobre a queda da Bastilha já antecipava a importância daquele acontecimento para a sociedade moderna:

Um inglês que não se sinta cheio de estima e admiração pela maneira sublime com que está agora se efetuando uma das mais importantes revoluções que o mundo jamais viu deve estar morto para todos os sentidos da virtude e da liberdade; nenhum de meus patrícios que tenha tido a sorte de presenciar as ocorrências dos últimos três dias nesta grande cidade fará mais que testemunhar que minha linguagem não é hiperbólica.

Segundo Ingo Sarlet (2012, p. 39), o empenho da burguesia para alcançar o poder político aliado ao pensamento jusnaturalista, cada vez mais laico, e ao pensamento das teorias contratualistas dos séculos XVI, XVII e XVIII, foram fatores que conduziram ao iluminismo que culminou na revolução francesa. Todavia, segundo o doutrinador Ingo Sarlet (2012, p. 43), a paternidade dos direitos fundamentais é disputada entre a Declaração Francesa e a Declaração de Direitos do povo da Virgínia de 1776, cujo conteúdo incorporou virtualmente os direitos estabelecido pelos ingleses d século XVII, apresentando características de supremacia e universalidade.

A constituição, com a revolução burguesa, passou a ser como constituinte de poder, devendo expressar valores do contrato social, estabelecendo direitos fundamentais como valores essenciais da ação estatal. Esse reconhecimento dos direitos fundamentais, foi um movimento gradual na história da humanidade, não foi considerado como linear, todavia a economia global indica ter evoluído diante da revolução industrial britânica, e a ideologia libertária que reconheceu a supremacia da dignidade e liberdade humana ter evoluído a partir do marco ideológico da Revolução Francesa.

O Estado Democrático apresenta portanto, como momento de ascensão, a Revolução Francesa, sendo possível fazer um paralelo entre o processo de reconhecimento dos direitos fundamentais e da sociedade politicamente organizada por meio do contrato social. O direito

moderno passa a ser protagonizado pela produção estatal, reduzido aos modelos hegemônicos segundo os moldes do Estado Liberal, e por força da carga do positivismo jurídico.

O delinear histórico do processo de reconhecimento e positivação dos direitos fundamentais se confunde, portanto, com a afirmação do Estado de Direito nos moldes atuais, conforme lição do doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.45), que enfatiza o fato da revolução no campo da positivação dos direitos fundamentais culminou com a afirmação do Estado na sua concepção liberal-burguesa

A Revolução Francesa marcou uma ruptura com os elos feudais do absolutismo, viabilizando não apenas o reconhecimento de direitos fundamentais individuais, mas também do Estado Liberal, todavia não fora capaz de conter o surgimento de uma nova gama de direitos fundamentais, os quais correspondem as necessidades advindas dos direitos coletivos, classificados pela doutrina clássica então como direitos de segunda dimensão.

As constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919, foram oriundas dessa fase de ruptura, marcando no início do século XX a crise do Estado-Mínimo, cujo seu ápice foi a Primeira Guerra Mundial seguida da grave crise econômica de 1929, denominado como período da “grande depressão”, este cenário trouxe uma esta nova gama de direitos fundamentais, e surge então o ideal do Estado Social com natureza plenamente oposta ao não

De modo que, a digressão histórica evidencia as etapas de reconhecimento e positivação dos direitos fundamentais, as quais se mostram importantes para a compreensão tanto da questão de sua essencialidade quanto a sua eficácia e titularidade, e conforme lição de Ingo Sarlet (2012, p.45) os direitos não se substituem, restando em um processo de complementaridade, conforme as mutações sociais.

Esta nova era de direitos é marcada pelo acelerado processo de multiplicação dos direitos, em face do aumento de bens para serem tutelados, do crescimento dos sujeitos de direito e pela ampliação da proteção jurídica de certos sujeitos.¹ O alargamento espacial, teve como fenômeno o aumento da normativa ordinária, a fim de tutelar especificadamente todas as novas nuances sociais, todavia sua vinculação ao texto constitucional, principalmente aos limites estabelecidos pelos direitos fundamentais fortaleceu-se.

A realidade pós moderna surge em meio a sociedades complexas, de modo que, o estado pós-moderno é um Estado cujos traços permanecem, precisamente e enquanto tais, marcados pela incerteza, pela complexidade, pela indeterminação: esses elementos devem ser considerados como elementos estruturais, constitutivos do Estado contemporâneo. (CHEVALLIER, 2009, p. 21)

Todavia, a carga programática de reconhecimento dos direitos fundamentais como fundamento essencial do Estado moderno passou a tornar-se generalizante nos sistemas de governos, em alguns lugares com relativizações mas com um mínimo reconhecimento, neste contexto de legitimação, Antonio Perez Luño (1983, p.20), conclui que quase todos os sistemas políticos, desde as democracias, até os regimes socialistas possuem os direitos do homem como fundamentação filosófica, e por tal motivo os direitos fundamentais aparecem como uma referência obrigatória na maioria dos textos constitucionais.

Portanto, direitos fundamentais não configurariam fruto da concessão espontâneo detentor do poder, e seu reconhecimento deu-se a partir das mudanças sociais. Atualmente, portanto, os direitos fundamentais configuram o epicentro axiológico da ordem jurídica e consequentemente do exercício da hermenêutica, da atuação legislativa, governamental

1 Bobbio, Norberto. A era dos direitos. 1992 p.39

e na esfera privada, passando os direitos fundamentais a obter status de mandamentos de otimização.²

Todavia, em tempos paradigmáticos, vale ressaltar a lição de que para analisar o estado moderno, é necessário desde logo abdicar do universo das certezas, sair dos caminhos bem balizados da ordem, abandonar a ilusão de uma coerência necessária, de uma complexidade absoluta; só é possível indicar um certo número de aspectos que, contrastando com os atributos tradicionais do Estado, são a marca, o signo tangível dessa nova indeterminação (CHEVALLIER, 2009, p. 21).

A crítica acima articula conduz a constatação de que o discurso jurídico não pode mais centrar-se no objeto nem na existência da verdade mas, sim, numa teoria democrática, que permita o diálogo com a sociedade (GOMES, p.205, 2010). De modo que nas palavras de Bento Itamar (1994, p. 228), não podemos negar o progresso técnico e material; ninguém quer hoje voltar à candeia de azeite e à escravidão – em que pesem os problemas com o meio ambiente e com a formalização do direito – mas são inevitáveis a consideração da ideia mesma de progresso e a sensação de que nessa área do conhecimento e da argumentação não demos ainda um bom passo adiante.

2. O repensar das concepções dominantes do direito no século XX : a renovação do potencial emancipatório do Estado Democrático de Direito

A regressão acima disposta, tenta compreender o significado dos direitos fundamentais em sua essência, cuja magnitude requer uma imersão histórica, todavia cada perspectiva de análise é singularmente relevante e distinta, de modo que:

Aquilo a que se chama ou a que é lícito chamar direitos fundamentais pode, afinal ser considerado por diversas perspectivas. De facto, os direitos fundamentais tanto podem ser vistos enquanto direitos naturais de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares - perspectiva filosófica ou jusnaturalista; como podem ser referidos aos direitos mais importantes das pessoas, num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto ou numa comunidade de Estados - perspectiva estadual ou constitucional; como ainda podem ser considerados direitos essenciais das pessoas num certo tempo, em todos os lugares ou, pelo menos, em grandes regiões do mundo - perspectiva universalista ou internacionalista.

Ainda, no que cabe ao delinear histórico, inúmeras foram as rupturas históricas diante do processo de reconhecimento dos direitos fundamentais do ser humano, todavia apesar da Revolução Francesa ocorrida na segunda metade do século XVIII figurar como fundamental marco teórico e histórico quanto a posituação e universalização deste direitos, o século XX, era de massacres e guerras históricas, foi o cenário cujas catástrofes inquietou ideologicamente inúmeros sociólogos, filósofos e juristas quanto aos direitos fundamentais seu reconhecimento e efetivação.

Também neste contexto histórico do século XX, as mudanças pós guerras acenderam inúmeras metamorfoses sociais e econômicas e sacramentaram o processo de democratização de inúmeras nações, pois diante das barbáries vividas restou ao mundo como sociedade

2 Robert Alexy. Entrevista com. Pág. 675.

globalizada passar a compreender a íntima relação entre Estado de Direito, Constituição, direitos fundamentais e paz social.

De modo que, as inúmeras transformações importantes no âmbito do Direito Constitucional contemporâneo se deram neste período, com a redemocratização de diversas nações na América Latina, a promulgação de diversas Constituições democráticas com objetivos sociais e igualitários.

Portanto, a derrota dos regimes totalitários, como menciona o jurista Eduardo Cambi (2011 p. 37), igualmente evidenciou a necessidade de criação de mecanismos efetivos de controle da Constituição, por intermédio do aperfeiçoamento dos institutos, especial o de Direito Processual.

O jurista ainda descreve que em decorrência destas mudanças, o direito adequou-se a viabilizar que relações onde há maior desigualdade fática, a proteção dos direitos fundamentais é maior e a tutela de autonomia de vontade, para permitir a renovação do Direito Constitucional, classificado por parte da doutrina como o movimento neoconstitucionalista, que teria se proposto a superar a validade formal do direito, passando a ser intolerável que tudo que o Estado faça em nome da vontade do legislador seja considerado legítimo (CAMBI, 2011 p. 47).

Esta virada de século, pode proporcionar que a dignidade da pessoa humana fosse elevada a núcleo axiológico central do ordenamento, como um fim em si mesmo quanto a função do Estado, um marco histórico não somente na transição para estado democrático direito, mas principalmente passou a considerar os direitos fundamentais como balizas essenciais para a sociedade brasileira.

Nesta perspectiva, esta nova era de direitos seria marcada pelo acelerado processo de multiplicação dos direitos, em face do aumento de bens para serem tutelados, do crescimento dos sujeitos de direito e pela ampliação da proteção jurídica de certos sujeitos. O alargamento espacial, teve como fenômeno o aumento da normativa ordinária, a fim de tutelar especificadamente todas as novas nuances sociais, todavia sua vinculação ao texto constitucional, principalmente aos limites estabelecidos pelos direitos fundamentais fortaleceu-se.

Boaventura Souza dos Santos (2010 p.11) ainda enfatiza que além do processo de reconhecimento e expansão dos direitos fundamentais na latino América houve no século XX o excessivo crescimento do executivo e da burocracia, o que reflete diretamente na frustração quanto o abismo entre a expectativa de Direito e a realidade social enfrentada.

Ainda de acordo com Boaventura Souza dos Santos (2010 p. 10) nesta virada de século a América Latina encarou uma transformação acelerada, e o desempenho e papel do judiciário é uma destas significativas mudanças, considerando que após a redemocratização seu papel secundário foi substituído por um protagonismo impactante, mas ainda dualístico, como performances tanto em prol de direitos fundamentais quanto como uma atuação casual ou seletiva em acontecimentos excepcionais.

A crise cada vez mais perceptível da forma jurídica e judicial do Estado-Providência criou as condições para um questionamento mais profundo do direito estatal. (Boaventura p.17 1990). Esse reconhecimento da necessidade de democratização da própria sociedade, vista como um ente distinto do próprio Estado, mas ao mesmo tempo integrado no Estado, aponta para uma complicada síntese entre o Estado de direito e o Estado Social ou Welfare State (FERRAZ JÚNIOR 1997, p. 51)

.Neste linear de análise crítica proposto, a América Latina merece uma especial análise acerca das instabilidades oriundas da implementação desse modelo de Estado ocidental., A expansão colonialista na América Latina, fez reunir em uma nação, matrizes étnicas distintas, cujos valores multiculturais foram afastados da atuação deste modelo de Estado pós-

-moderno. Nesta ótica, vale análise da constatação de Como expõe Darcy Ribeiro (1998. P. 204), que descreve que na América Latina, em especial, populações foram remodeladas através da destribilização e a deculturação compulsória que somente tiveram futuro integrando-se aos modos de ser das sociedades industrializadas. Somam-se a isso a explosão demográfica e a urbanização acelerada e caótica, que agrava ao extremo as tensões sociais.

Nessas condições, o anunciado Welfare State nunca foi plenamente visível, neste contexto a lição de Lenio Luis Streck (2006, p.251) é importante ao afirmar que, o direito atual assume feição transformadora, vez que os textos constitucionais passaram a conter no seu interior as possibilidades de resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume relevância impar em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o welfare state não passou de um simulacro.

Deste modo, a constituição do Estado social mostra-se voltada para valores constitucionais vitais para sociedade, todavia sua performance em efetivamente concretizar direitos fundamentais é a problemática que requer um repensar crítico e contundente. Neste sentido, a centralização da materialização do direito no Estado, alheio a valores culturais necessários e o desequilíbrio na dinâmica entre os poderes compõem as instabilidades constatadas pela doutrina e especialmente analisada na realidade paradigmática de crise na pós modernidade.

Não se ignora que, durante o século XX, o mundo vivenciou algum grau transferência da iniciativa da atividade legislativa para o Executivo, enquanto o Legislativo assumiu, cada vez mais, o papel de incrementar dos mecanismos de controle e fiscalização, não raro em parceria com o Judiciário. Houve uma alteração mundial na dinâmica entre poderes. (PESSANHA, p.155,2002)

O que permite ALARCÓN (2010, p.295) afirmar que se bem as constituições latino-americanas que estudaremos estão bastante distantes de uma crise de legitimação, por outro lado, a pluralidade dos atores econômicos, culturais, a diversidade dos projetos políticos, as mudanças de sensibilidade e as reações com relação a temas nos quais entram em jogo as opções religiosas, as orientações sexuais, a família, a propriedade e as instituições jurídicas que outrora foram consideradas suficientemente consolidadas instalam casos difíceis.

Essa evolução quanto ao reconhecimento e positivação de direitos fundamentais, veio acompanhado de inúmeras instabilidades sociais e políticas, o que passou a requerer esforço expressivos tanto do judiciário quanto um repensar crítico da sociedade, que reconheça a necessidade de reorganização de paradigmas, ideais e organismos, sem pretender abolir ou comprimir o Estado Democrático de Direito, pois conforme Neumann, o que caracteriza a democracia não puramente a intervenção do povo, mas sim o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana (NEUMANN apud CUNHA JUNIOR,2007 p.44)

Para Boaventura Souza dos Santos, em meio a instabilidades esvaziar o fundamentalidade do Estado Democrático não é desejável, este deve, portanto assentar-se em dois princípios, o primeiro é as diferentes soluções institucionais multiculturais desfrutam de iguais condições para se desenvolverem segundo sua própria lógica, e ao segundo é garantir padrões mínimos de inclusão que tornem possível a cidadania ativa para transformar as instabilidades em campo de verdadeira deliberação democrática. Logo, na visão do doutrinador para a efetiva concretização no plano fático dos direitos fundamentais, deve surgir o “*Estado-articulador*”, fundado verdadeiramente do interesse geral, e não apenas em determinados grupos.

Igualmente fundado nesse entendimento histórico evolutivo, o jurista Eduardo Cambi (2011 p. 40) leciona que, posto isso, a tutela dos direitos fundamentais não deve ser buscada, exclusivamente no texto constitucional, mas no contexto social representado, não

sendo correto limitar a carga protetiva em gerações, porque não é um elenco limitado e a interpretação do ordenamento como um todo, deve ser marcada pela força expansiva dos direitos fundamentais, sejam eles em dimensão vertical, na relação entre Estado e indivíduo, a fim de limitar o poder estatal, ou em dimensão horizontal, na relação entre cidadãos em um problema de colisão de direitos (CAMBI, 2011, P.36).

Todavia, a evolução histórica do reconhecimento dos direitos fundamentais possui entendimento uniforme quanto a sua essencialidade ao modelo organizacional de Estado de Direito atual, pois seguindo a lição de Ingo Sarlet (2012, p.59), o estado de direito não é compreendido somente em sentido formal, ou seja, como “governo das leis”, mas como um “ordenamento livre da comunidade política”, expressão da concepção de Estado material de Direito, no qual repousa a garantia de determinadas formas e procedimentos referentes ao poder estatal, e se encontram reconhecidos, simultaneamente, como metas, parâmetro e limites da atividade estatal, certos valores, direitos e liberdades fundamentais.³

O autor ainda defende que um contragolpe a crise é impossível sem uma relação virtuosa entre a justiça e a comunicação social, integrado legitimamente a sociedade elevada principalmente em valores multiculturais e sólidos, pois o papel da mídia na modernidade não pode ser negligenciado. O autor então conclui que sem direitos de cidadania efetivos a democracia é uma ditadura mal disfarçada.

Para Boaventura, (1999, p.31) pensar o direito, renovando seu caráter emancipatório necessita hermenêutica reconstrutiva que recupere e invente as tradições e as práticas suprimidas pelas vigência universal Maria Tereza Fonseca Dias (2003, p. 32) esclarece que a crise do direito moderno relaciona-se com a crise do paradigma do direito materializado do Estado social (ou Estado de bem-estar social), de forma que o sistema de crenças da modernidade aos poucos vai desaparecendo, ou, ao menos, vai sendo pulverizado e imiscuído a outros valores.

Nessa perspectiva, a observação de Morris (2005), o estado não deve ser tomado como um objeto acabado ou uma necessidade absoluta, constituindo um instrumento para a obtenção de imperativos de justiça e legitimidade. Logo, nesse sentido o questionamento sobre se não seria prospero e viável o homem viver sem Estado, mostra-se equivocado, resta necessário portanto, observar mudanças na dinâmica da realidade habitual da sociedade moderna e superar a dificuldade da equivalência cultural compartilhada entre os povos.

Na lição de Eduardo Carlos Bittar (2008, p.145), nesta realidade é necessário acenar a importância da revitalização de valores perdidos durante a modernidade como modo de aquietação de diversas questões candentes no plano da justiça social, e identifica-se assim o desafio da ciência do direito, repensar seus próprios conceitos, práticas, valores e paradigmas.

Logo, sustenta-se que além do reconhecimento e normatização dos direitos fundamentais, o papel emancipatório do Direito é essencial para as comunidades, e apesar das crises e instabilidades profundas da modernidade, é imperioso reconhecer a necessidade da multiplicação de direitos e buscar uma crítica radial da atuação do Estado e da sociedade civil para reconciliá-los em ambiente multicultural e transformador, onde não há espaço para relativizações que esvaziem as expectativas democráticas, ou ainda o Estado Democrático de Direito, pois a problemática a ser reavaliada não reside puramente na organização da sociedade na forma de Estado ou no regime político adotado, mas na falta de fomentar um *Estado-articulador*.

3 Apud H.P.Sshneider, in: REP nº7 (1979)p.23.

O neoliberalismo mostrou suas debilidades, com uma sociedade marcada por desigualdades cujos interesses econômicos figuram como campo hegemônico (SANTOS , 2010, p. 20) , todavia há o campo contra hegemônico, campo do cidadão cuja modernidade, o processo de reconhecimento e positivação lhe proporcionou uma consciência de direitos que clamam efetivação. De modo que ainda considerando o pensamento de Boaventura Souza dos Santos (2010,p.21) há um racismo social, que não é criado pelo Estado, mas pelo sistema social estabelecido.

Entretanto, nesse marco, o modelo constitucional promulgado, principiológico e aberto, serve de plataforma de partida e ponto de convergência para a política constitucional orientadora do processo de transformação (ZAGREBELSKY, p. 13). A velocidade e a diversidade dos acontecimentos em uma sociedade pós-moderna e a sensação de fugacidade própria dos atuais tempos convidam o direito a retornar à sua dimensão ética, sob a ótica de uma nova hermenêutica submetida à teoria dos direitos fundamentais.

Cappelletti (1999), ensina que concomitante com o alargamento do espaço de atribuição do executivo e com a explosão do garantismo social e o crescente aumento da interferência privada por meio da legislação, também o judiciário teve a sua dimensão tornada mais complexa. Esses fatores ajudam-nos a perceber que a configuração e a realidade do Estado não é algo fixo.

A noção do que é o Estado é algo mutável, em certa medida, com o passar dos tempos, o que nos obriga a afastar qualquer tipo de ideia que nos leve a concebê-lo como uma essência petrificada, mas como um tornar-se, uma construção. A existência do estado já não vale por si mesma, posto que exige a observância a primados éticos e aos direitos fundamentais (GOMES, p.205, 2010). As Constituições programam realidades que precisam de uma autêntica política constitucional aliada a uma dogmática para a transformação sustentada no reconhecimento do pluralismo e o protagonismo popular.

CONCLUSÃO

Como se vê, a relação entre direitos fundamentais, globalização, sociedade civil e Estado é complexa e em um momento histórico onde o ideal político-cultural emancipatório sofre duros golpes, a releitura crítica da atuação dos organismos estatais e sociais é imprescindível, para buscar a efetiva concretização dos direitos fundamentais que viabilize o desenvolvimento social igualitário, pois é possível afirmar que os direitos fundamentais, considerados de forma ampla, são o substrato legitimador da organização social e impedem tendências autoritárias.

Neste sentido, acertadamente Boaventura Sousa dos Santos destaca a necessidade de impulsionar processos de regionalização que assimilem o multiculturalismo, negligenciado pelo capitalismo moderno, mormente é possível a utilização de instrumentos hegemônicos para fins não hegemônicos, de modo que o papel dos Tribunais é essencial para reivindicar tais mudanças pautadas na efetividade de direitos fundamentais.

A realidade impõe alta exigência de convivência social, com suas profundas transformações e não bastariam transformações do direito subjetivo na tentativa de acompanhar as metamorfoses sociais incessantes sem a renovação da cultura jurídica democrática e não mais corporativa.

Deve-se romper com elementos que desvirtuam a essência do Estado, ou seja, o favorecimento de determinados grupos, a falta de interlocução entre os poderes e a mídia,

entre os poderes e a sociedades e entre os poderes em si, pois um isolamento sistemático do Estado representado seja pelo Judiciário, pelo Executivo ou pelo Legislativo impossibilita a reconciliação necessária e emergente em tempos de crise.

Neste contexto de crise paradigmática complexa, a renovação do constitucionalismo democrático, que mediante releitura crítica faz surgir o *Estado-articulador*, fundado verdadeiramente do interesse geral garantir padrões mínimos de inclusão que tornem possível a cidadania ativa desponta como alternativa para efetiva concretização de direitos fundamentais baseada na preservação do Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma questão difícil e desafiadora, mas que deverá ser protagonizada tanto pela sociedade civil quanto pelo Estado, de forma a permitir uma realidade promissora e fundada em valores multiculturais.

Assim, o reconhecimento dos direitos fundamentais no que concerne a sua dimensão espacial, se entrelaça com o surgimento do Estado constitucional, que busca essencialmente a eliminação de conflitos, assegurando a normatização de necessidades e deveres, criando-se uma obrigatoriedade jurídica exigível de todos. Esta seria a justificação do Estado e a demonstração de dependência da constituição e dos direitos fundamentais como substrato legitimador e limitador.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ACSELRAD, Henri; LEROY, Jean-Pierre. *Novas premissas da sustentabilidade democrática. Cadernos de debate Brasil Sustentável e Democrático*, n. 1. Rio de Janeiro: FASE, 1999
- BIGUES, Jordi *La democracia ambiental: un camino complejo*. Disponível em: < <http://www.gencat.cat/mediamb/revista/rev26-cast.htm#bigues> > Acesso em setembro 2017.
- BORGES, Bento Itamar. *Crítica e teorias da crise*. São Paulo: Zahar, 1994, p. 228.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BITTENCOURT, C.A. Lúcio. *O controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro. 1949
- BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 11.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. (Coleção Fórum Brasil-França de Direito Público, 1).
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário*. RT. 2011

- DWORKIN, R.: *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977.
- Darcy Ribeiro. O processo civilizatório. São Paulo. Companhia das Letras. 1998. P. 204.
- FERRAJOLI, Luigi. *La crisis de la democracia en la era de la globalización*. In: Law and Justice in a global society (Anales de la Cátedra Francisco Suarez). Granada, 2005
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR Tércio Sampaio. Constituição brasileira: Modelo de Estado, Estado democrático de direito, objetivos e limites jurídicos. In: Parcerias Estratégicas v.1, no4, 1997.
- GARGARELLA, Roberto. *Un Papel Renovado Para La Corte Suprema. Democracia E Interpretación Judicial De La Constitución*. > disponível em: <http://www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella.pdf>> Acesso em 01 de abril de 2018
- GOMES. Mário Soares Caymmi. O direito na mudança paradigmática da pós-modernidade. In: Revista de Informação Legislativa (RIL) Brasília a. 47 n. 188 out./dez. 2010
- HABERMAS, Jürgen. A crise de legitimação do capitalismo tardio. 3. ed. Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.
- HERRERA FLORES, J.: *A propósito de la fundamentación de los derechos humanos y la interpretación de los derechos fundamentales*, en «Revista de Estudios Políticos», 1985, n.o 45.
- HOBSBAWN, Eric J. *A revolução francesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- HOBSBAWM, Eric J. *A era dos impérios: 1875-1914*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. *Constitución y derechos fundamentales*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/84/art/art5.htm>>. Acesso em 01 de abril de 2018
- HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.
- PÉREZ LUÑO, A. E. *La fundamentacion de los derechos humanos*. Revista de estudios Políticos n35. Set-Out. 1983.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2.a ed. 1986
- Cf. PESSANHA, Charles. **O Poder executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática**. In: WERNECK VIANNA, Luiz. **A democracia e os três poderes**. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p.155.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Editora Cortez, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Poderá o direito ser emancipatório?*. Vitória: Faculdade de Direito e Fundação Boiteux, 2007
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar a democracia*. Lisboa, Gradiva (2ª edição), 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado e o Direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o Poder e o Direito*. In Revista Crítica de Ciências Sociais , 1990.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12ª Edição. Saraiva. 2015.

- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007
- STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006
- VERGARA, Sylvia Constant. *Projetos e relatórios de pesquisa em administração*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- GOMES. Mário Soares Caymmi. *O direito na mudança paradigmática da pós-modernidade*. Brasília a. 47 n. 188 out./dez. 2010 p.191-207.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid. Trotta. 2008.

Renata Alves Amorim

renata_2a@hotmail.com

Advogada, graduada em Direito pela Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2014), pós-graduada em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016), graduada em Direitos Humanos e Valores Éticos pela Universidad de Comillas em Madrid/ES (2015), mestranda em Direito na Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

Antonio Hilario Aguilera Urquiza

hilarioaguilera@gmail.com

Possui graduação em Filosofia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Lorena (1984); graduação em Teologia pelo Instituto de Teologia de Sao Paulo (1990); graduação em Pedagogia pela Universidade de Cuiabá (1994); especialização em Antropologia (teoria e métodos - 1999) e mestrado em Educação (Educação Indígena) pela Universidade Federal de Mato Grosso (1999); master em educação (tecnologias de la educación - 2001) e doutorado em Antropologia pela Universidade de Salamanca-Espanha (2006). Tem experiência na área de Etnologia, assim como nas áreas de Educação Indígena e Direitos Humanos, atuando principalmente nos seguintes temas: teoria antropológica, antropologia urbana, contextos interculturais, educação e diversidade cultural, Direitos Humanos e povos indígenas, Comunidades Quilombolas, Indígenas no Ensino Superior. Coordena desde 2012 o Programa Rede de Saberes. Representa a ABA na Comissão Nacional de Educação Escolar Indígena (CNEEI). Professor Adjunto da UFMS, e da Pós-graduação em ANTROPOLOGIA SOCIAL (UFMS), assim como da Pós-graduação em Direitos Humanos (FADIR/UFMS). Professor colaborador dos Programas de Pós-graduação em Antropologia (PP-GAnt) da UFGD e da Pós-graduação em Educação da UCDB. Realizou perícias para a justiça (estadual e federal), trabalhos técnicos para UNICEF e também atuou em estudos de licenciamento ambiental. Atualmente cursa Pós-doutorado no Programa de Estudios Posdoctorales - UNTREF (Argentina) - Projeto: Diálogo de conhecimentos e educação superior no Brasil. Espaço estratégico de construção da autodeterminação dos povos indígenas. (Diretor: Dr. Daniel Mato). Pesquisador do CNPq. Bolsista Produtividade (PQ2)