

A racionalidade¹ é a distinção do humano, ao menos desde o Neolítico (Lévi-Strauss, 1989). Porém, nos tempos hodiernos da Modernidade Tardia (Giddens, 1991)², percebe-se que atuam diretamente sobre o direito tanto forças do passado (Razão de Estado³, cesarismo⁴) quanto forças civilizatórias e modernizantes: direitos humanos. Tanto se move o direito na paz, quanto na guerra; tanto se olha pra frente (perfectibilidade⁵, teleologia⁶) quanto para trás: privilégios⁷, *status quo ante*⁸. Portanto, pode-se dizer que há um *mix* ou uma contradição no sentido do processo civilizatório⁹, um vai e vem.

Os direitos fundamentais não estão à venda

¹ A racionalidade e não a “força de lei” (coerção) é, historicamente, a principal responsável e indutora de soluções equilibradas para os problemas e dilemas sociais (Justiça), aproximando-se o processo civilizatório de níveis desejáveis (progressivos) de interação social – mínimo de sociabilidade, civilidade, urbanidade, cordialidade –, a partir do incremento sistemático do bom senso e não pela mera imposição da força: na forma de direito composto (negociado, legitimado) e não imposto. No que também se estabelece uma diferenciação entre coação e coerção, pois que a coação estaria na base da justificação do Poder Público: esta justificação corresponderia à assertiva moral e jurídica do Estado de Direito, emanado de uma Razão de Estado inerente à cultura judaico-cristã.

² A Modernidade Tardia em que nos encontramos – entre barbárie e civilização – remete-nos ao conceito de um passado fundamental que não se esgotou: as bases da Ciência Moderna, os clássicos fundamentais da Teoria do Direito Ocidental e da Ciência Política, bem como os fundamentos que se mantêm na estrutura do Estado Moderno: direitos políticos, soberania, autonomia, democracia ou autocracia (esta como herança da cultura grega clássica).

³ Do ponto de vista do Liberalismo Jurídico, pode-se dizer que a Razão de Estado corresponde ao surgimento da “dominação racional-legal”: burocracia e direito comandariam o “monopólio do uso legítimo da força física” (Weber, 1979). Portanto, a Razão de o Estado existir, a justificativa que se operacionaliza na própria justificação do Poder Político, a essa altura é uma forma de dominação equiparada ao próprio Estado que lhe teria dado garantias existenciais: fins e meios atuam como se fossem um só. Portanto, trata-se de domínio como “governo dos homens” (*summa potestas*) ou de dominação legítima do “governo das leis” (*potestas in populo*)?

⁴ Refere-se à análise de Antonio Gramsci (2000), ao observar que os meios e métodos empregados por Caio Júlio César são predominantes na modernidade política.

⁵ O direito democrático tende a se aprimorar, por exemplo, quando não é estagnado pela autocracia. O direito tenderia, pois, à perfectibilidade: tornando-se o mais perfeito possível.

⁶ Não só o futuro está endereçado, quanto se refere a um “futuro melhor”. O direito, então, tenderia ou impor-se-ia pelo princípio da teleologia.

⁷ Por definição e pela etimologia, os privilégios são “leis privadas” que derivam de interesses de classes, castas ou estamentos. Diferentemente de prerrogativas que defendem direitos (como o exercício da advocacia) ou do discrímen: discriminação positiva, protetiva, inclusiva de grupos sociais subalternizados e historicamente excluídos.

⁸ Numa referência ao retorno ao passado dos privilégios de grupos, castas ou classes que o direito, em algum momento (CF/88), teimou em alterar – enquanto Poder Judiciário – ou servir de indutor nas mudanças sociais: ECA, Lei de Execução Penal, Marco Civil Regulatório da Internet.

⁹ Como marco contemporâneo do amplo processo civilizatório – e irrefreável até finais do século XX, consoantes com as necessárias precaução e prevenção, do Mal, e promoção do que é correto (direito = *directum*) –, podemos citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948 (após a barbárie da Segunda Guerra Mundial), sobretudo, por estabelecer um conjunto essencial de direitos humanos fundamentais (vida, liberdade, isonomia, equidade) e que depois foram ampliados e se desdobraram em direitos fundamentais individuais e sociais (arts. 5º, 6º, 7º da CF/88).

Como visto, não existe Estado sem Direito – ainda que o contrário seja plenamente possível (Clastres, 1990). Porém, pode-se ainda assegurar que não há Estado de Direito sem direitos fundamentais; bem como não se supõe uma democracia sem a regulação pública (Estado de Direito) pautada nas bases dos direitos fundamentais. Mas, o que são Direitos Fundamentais?

DIREITOS FUNDAMENTAIS estão atrelados a princípios que regem uma sociedade e seu ordenamento jurídico, especialmente a Constituição¹⁰. Em nosso caso, são destacados como diretrizes do próprio Estado (art. 1º da CF/88)¹¹. Esses princípios têm um efeito integrador e uma força motivadora e indutora de valores essenciais¹², como a vida, a liberdade, a igualdade e a dignidade (senda esta a guia-mestre dos demais valores, princípios e normas regulamentares da vida civil e pública). Portanto, os direitos fundamentais atuam em conjunto ou não são comandos legais legitimados.

Defendemos que esse critério é a **dignidade da pessoa humana**, na medida em que, materialmente, os direitos fundamentais devem ser concebidos como aquelas posições jurídicas essenciais que explicitam e concretizam o valor estruturante da dignidade, e nisso residiria, sem dúvida, a sua *fundamentalidade material*. Vale dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o critério *unificador* de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, ao qual todos os direitos do homem se reportam, em maior ou menor grau [...]. À vista desse critério, podemos conceituar os direitos fundamentais como aquelas *posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência*

¹⁰ “Apesar de expressarem decisões políticas fundamentais que estabelecem as bases políticas do Estado, esses princípios são verdadeiras *normas jurídicas* operantes e vinculantes, que todos os órgãos encarregados de criar e aplicar o Direito devem ter em conta e por referência, seja em atividades de interpretação, sem em atividades de positivação do direito infraconstitucional {leis e demais atos normativos}” (Júnior, 2016, p. 457).

¹¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (grifo nosso).

¹² Há, evidentemente, um entrechoque na luta pelo direito (Ihering, 2002) posto que é parte da luta política que emerge da luta de classes. No entanto, a questão não se reduz a uma oposição bipolar entre ficção ou força mítica (coerção ou caos) na origem e necessidade do direito (*ubi societas, ibi ius*), uma vez que o direito é essencialmente um devir: a maior utopia construída pela Humanidade. Trata-se da utopia (*u-topos*: algum lugar) de que a racionalidade jurídica seria capaz de resolver todos os conflitos humanos.

digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas (Júnior, 2016, p. 486-487).

Não se escolhe um preceito fundamental dentre os outros princípios igualmente fundamentais; não há choque de validade entre eles, ou existem em plenitude ou não se efetivam em realidade. Portanto, não há choque de princípios fundamentais. Desde Kant (1990), **a dignidade é o princípio-mãe** dos demais e do que decorrem todos os direitos fundamentais individuais e sociais. Trata-se de princípio-mãe porque é o único capaz de gerar outros, “dar à luz” a outros direitos, liberdades e garantias. Na CF/88, a dignidade tem força normativa vinculante, impondo-se restrições e obrigações ao Poder Político¹³. Por exemplo: não há igualdade que não seja no “reino da liberdade” – pois, não há igualdade entre senhores e servos; tanto quanto não há vida que não seja digna – restando, em alguns casos, uma sobrevivida, um arrastar-se, prolongar-se uma existência sem significado real; por fim, não há dignidade que não seja em estado de liberdade e de igualdade real.

Direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem receber vários apelidos, muitas vezes ressaltando que podem aplicar-se ao mesmo conteúdo. Porém, em outras tantas, soam como garantias (remédios jurídicos¹⁴) em defesa dos próprios direitos que devem ser assegurados e defendidos como fundamentais.

Os direitos fundamentais são também conhecidos como direitos humanos, direitos subjetivos públicos, direitos do homem, direitos individuais, liberdades fundamentais ou liberdades públicas. A própria Constituição da República de 1988 apresenta diversidade terminológica na abordagem dos direitos fundamentais, utilizando expressões como direitos humanos (artigo 4º, inciso II), direitos e garantias fundamentais (Título II e artigo 5º, parágrafo 1º), direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI) e direitos e garantias individuais (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV)¹⁵.

¹³ “A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de *status* constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte dos direitos fundamentais” (Barroso, 2015, p. 285).

¹⁴ “Entre as garantias constitucionais dos direitos fundamentais encontra-se a ação popular, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data* e o *habeas corpus*. A esse conjunto a doutrina tem reservado o nome de ‘remédios constitucionais’ [...] Esses remédios são os instrumentos colocados, pelo ordenamento constitucional nacional, para a proteção dos direitos humanos” (Tavares, 2007, p. 792).

¹⁵ http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528.

Como se vê, os direitos fundamentais servem de teia, uma rede de proteção abaixo da qual não se efetiva o humano, tanto quanto é um ideal e uma utopia: no sentido de que são guias-mestres e que deverão ser realizados com efetividade. No âmbito constitucional, os direitos fundamentais (desde o Preâmbulo da CF/88¹⁶) baseiam-se na integralidade dos preceitos jurídicos indicados ao longo de todo o Texto Constitucional: com destaque para a prudência, proteção e precaução (art. 225 da CF/88¹⁷). Nesse escopo, a Constituição Federal alinha-se ao que foi definido doutrinariamente por **direito a ter direitos** (Bobbio, 1992). Na modernidade, como transposto no artigo 3º da CF/88, são valores e princípios norteadores do Estado e de suas políticas públicas. Essa construção jurídica, por sua vez, vem de uma tradição inaugurada no século XIX: Estado de Direito; Constituição; República; Federação; Princípio Democrático. Os princípios constitucionais básicos reguladores do Estado – Poder Público – são, em nosso ordenamento, assim como historicamente, a legitimidade e da legalidade¹⁸.

O **Estado de Direito** deve se fundamentar no direito constitucional: “Em todo governo, diz-se, tem que haver algo fundamental, semelhante à **Carta Magna, permanente, invariável**” (Heller, 1998, p. 178 – grifos nossos)¹⁹. O fato deste conceito de direitos fundamentais – construção jurídico-institucional – estar atrelado ao Estado evidencia a força normativa ainda presumida pelo positivismo jurídico. Desse modo, os direitos fundamentais são ou devem ser garantidos pelo Estado, assim como as liberdades e demais garantias de direitos são ou devem ser asseguradas pelo Poder Político. Por sua vez, a constitucionalização dos direitos congrega deveres ao Estado (Hesse, 1991). Não se trata somente de confundir a lei com o legítimo – como se fez e

¹⁶ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (grifo nosso).

¹⁷ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e **futuras gerações** (grifo nosso).

¹⁸ “Mas a legalidade jamais foi conceito unívoco e pacífico, mesmo quando os tempos pareciam transcorrer menos turbulentos, pois a ideia de *supremacy of law* – governo das leis e não dos homens –, que se desenvolveu a partir da Magna Carta e se tornou a pedra angular do sistema anglo-saxão, expressa, essencialmente, a autonomia da *common law* e de seus tribunais e não a supremacia política do Estado legislador, que, distintamente, é o que se subentende na formulação novecentista germânica do *Rechtsstaat* e se incorporou à nossa herança continental europeia” (Neto, 2005, p. 90).

¹⁹ Heller (1998) empresta a citação de Jellinek (2000).

como querem muitos positivistas –, pois, temos o desafio de mostrar/revelar que esta “força de lei” se ampara (ou não) na democracia e no bom senso.

Historicamente e constitucionalmente, a construção dos direitos fundamentais sempre esteve apontada à defesa de direitos humanos sob a condição *sine qua non* de serem direitos naturais, inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, anteriores, independentes e superiores ao Estado. Já a partir de 1791, com a proclamação da primeira Constituição Francesa, os documentos jurídicos passaram a consagrar a mesma orientação subordinada à *liberdade negativa*, e mais especialmente quando confrontados os interesses individuais e a participação do Estado (Martinez, 2013).

Entre todos os limites impostos ao poder do Estado se considera que o mais eficaz é o reconhecimento jurídico de determinados âmbitos de autodeterminação individual sobre os quais o Leviatã não pode penetrar. O acesso a estas zonas proibidas está impedido a todos os detentores do poder, ao governo, ao parlamento e, uma vez que os direitos fundamentais são <inalienáveis>, também ao eleitorado. Estas esferas privadas, dentro das quais os destinatários do poder estão livres da intervenção estatal, coincidem com o que se vem denominando há trezentos anos de <direitos do homem> ou <liberdades fundamentais> [...] Ainda que estejam submetidas a uma interpretação variável devido à diferenciação do ambiente onde estejam em vigor, essas garantias fundamentais são o núcleo inviolável do sistema político da democracia constitucional, regendo como princípios superiores à ordem jurídica positiva, e ainda que não estejam formulados em normas constitucionais expressas. Em sua totalidade, estas liberdades fundamentais encarnam a dignidade do homem (Loewenstein, 1979, p. 390 – tradução livre).

Essas regras democráticas, por sua vez, obedecem aos preceitos mais caros do Princípio Democrático: “princípio democrático que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º)” (Silva, 2003, p. 108). Na modernidade clássica, do Estado Moderno até fins do Estado Social nas décadas de 60-70, o Estado de Direito transbordou valores que deveriam assegurar a inviolabilidade dos direitos fundamentais:

O Estado de Direito transporta *princípios e valores materiais* razoáveis para uma ordem humana de justiça e de paz²⁰. São

²⁰ O Estado de Exceção ajusta-se à Justiça Social e à paz? Sob este prisma também pode ser invocada uma ilegalidade (Agamben, 2004).

eles: a *liberdade* do indivíduo, a *segurança* individual e coletiva, a *responsabilidade e responsabilização* dos titulares do poder, a *igualdade* de todos os cidadãos e a *proibição* de discriminação de indivíduos e grupos [...] e competências que permitam falar de um *poder democrático*, de uma *soberania popular*, de uma *representação política*, de uma *separação de poderes*, de *fins e tarefas* do Estado [...] Trata-se: (1) de um Estado de direito; (2) de um Estado constitucional; (3) de um Estado democrático; (4) de um Estado social; (5) de um Estado ambiental (Canotilho, 1999, p. 21-22 – grifo nosso).

Para o Estado de Direito, assegurado pelo Princípio Democrático, “os meios são justificação dos fins”: a escolha de meios injustos não poderá levar à justiça. De acordo com essa natureza jurídica democrática, o direito responde (obriga-se) aos meios, inclusive porque o direito é um *medium* de estabilidade (reconhecimento) das relações sociais (Habermas, 2003). Como diz o jurista espanhol Pablo Lucas Verdú (2007)²¹, trata-se da luta pelo “direito justo” e por causa disso é preciso abrir caminho à força: o *fórceps* da história é a luta política pelo reconhecimento do direito justo, legítimo e concorde com a dignidade humana. Entretanto, também é uma espécie de “lei da vida social” e isto coincide com a **luta pelo Estado de Direito**²²:

Os pontos de contato da luta pelo Estado de Direito com a democracia se baseiam na ideia de que o Estado e o Direito estão sempre a depender da sua conformidade com a vontade popular, conclusão que converte essa luta constante em um importante alicerce da soberania popular [...] Submeter o poder político ao Direito²³ não era mais suficiente; tornava-se necessário assegurar a compatibilidade desse Direito com os critérios jurídico-convencionais lançados pela vontade popular (Agassiz, 2007, p. XII – grifo nosso).

Por sua vez, a perspectiva do pós-1945 impôs regras de uma **soberania profunda** (Fleiner-Gerster, 2006), em que o povo – **intérprete da Constituição** (Häberle, 2008) – não pode deliberar contra si (em desfavor da democracia) e, certamente, menos ainda tem legitimidade para promulgar em favor de crimes contra a Humanidade. Portanto, ações de tomada de poder, reais crime de responsabilidade, devem ser direcionadas judicialmente à ONU ou à Corte Interamericana de Direitos

²¹ Conforme artigo disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4613>.

²² Se toda luta pelo direito é uma luta política e, se a luta política é essencialmente luta de classes, a luta pelo direito justo é fundamentalmente para assegurar o Estado Democrático. Por esse prisma, não há justiça fora da democracia, pois só há sentido (nomológico) no Estado que seja pautado pela Justiça Social. Do contrário, há mera arbitrariedade: Autoridade sem Alteridade é Atrocidade.

²³ Trata-se de um processo histórico-jurídico que também se denomina de Estado Jurídico, conforme: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7575>.

Humanos²⁴. Pablo Lucas Verdú (2007) é o autor da concepção e das teses que deram origem e substância jurídico-histórica à expressão **Estado de Direito Democrático** (Portugal) ou, no caso espanhol, **Estado Social e Democrático de Direito**. No Brasil, como é sabido, a CF/88 adotou o termo/conceito **Estado Democrático de Direito**. Como Estado Democrático de Direito, procura outra forma mais legítima de afirmação. Por meio da *Ratio essendi* (em “razão de ser”) da democracia que abriga/obriga à edição de um direito que não se furte a este fim: dignidade, paz e Justiça Social. Nesse âmago, o Estado Democrático produz um direito democrático; posto que, do contrário, produz-se um direito autocrático, classista, ilegítimo.

O resultado, como visto, é o Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito ainda desempenha uma função social civilizatória relevante, a exemplo da tentativa de criminalização dos crimes de homofobia e de intolerância. Se não for assim, é mera ideologia, como farsa, que não tem força para garantir o *status* jurídico dos direitos sociais consagrados pelo Estado Democrático de Direito Social. O Estado Democrático de Direito é resultado de longas e profundas transformações históricas e políticas, ao mesmo tempo em que deveria produzir, cotidianamente, uma cultura jurídica baseada na mediação e na conciliação dos conflitos – especialmente os conflitos sociais.

Nos últimos 15 anos não inauguramos centros de imanência de políticas sociais e democráticas substantivas, como práticas inerentes à cultura emancipadora. Tampouco fomos capazes de refazer ou remontar os necessários valores e fundamentos transcendentais ao próprio modelo do Estado: republicanismo, direitos, liberdade, garantias, justiça real. O desafio contemporâneo, não apenas brasileiro, está em superar e apontar alternativas ao individualismo jurídico embalado pela pós-modernidade e que não se confunde com a Modernidade Tardia²⁵. O nihilismo e o desconstrutivismo dissolvem as referências às sistematizações, visões totalizantes, unidades e estabilidade;

²⁴ <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/05/20/dilma-deve-levar-impeachment-a-tribunal-internacional-defende-flavio-dino.htm>.

²⁵ A **Modernidade Tardia** pode ser definida como uma ligação sólida, conseqüente ou um elo tardio, tênue, frígido entre passado-presente e presente-futuro. Como marco histórico, insurge-se no Renascimento e na racionalidade marcante desde então. Para usar de uma metáfora, diremos que está entre o berçário e o velório da própria modernidade. A **Modernidade Tardia** (sobre)vive entre mitos que (re)carrega do passado e (des)ilusões do presente — uma perda de utopias que se pronunciará no futuro. A **Modernidade Tardia** (re)vive problemas comuns, cotidianos com outros tantos contemporâneos, mas que de um modo irônico já aponta o futuro que temos construído aos poucos. Por isso é que tanto se pergunta, haverá refúgio no futuro? A ilustração perfeita é da Igreja A Sagrada Família, um projeto arquitetônico do catalão Gaudí iniciado no século XIX e que não tem data marcada para sua conclusão. De fato, já nasceu pós-moderno (Martinez, 2010).

incitando-se o pontual, o fragmentário, o local, o indiferente (ou avesso) ao diferente, o errático, o senso comum, o irracional. A crise na/da modernidade exige uma nova adaptação do direito à realidade – que cada vez é menos simplista, diretivo e linear. O poder é cada vez mais disperso, multifacetado, incongruente com os pressupostos originários do Estado Moderno (Chevallier, 2009). **É neste contexto político-jurídico global que se inserem os direitos fundamentais – em alguns casos também designados de Direitos Humanos Fundamentais.** Inicialmente, pode-se dizer que são direitos – entendidos globalmente – que devem assegurar condições mínimas para que cada ser humano (o cidadão do Estado) disponha sua vida de modo pleno e sadio.

O acesso à Internet pode ser considerado como direito humano, mas não é fundamental se comparado à própria educação básica. Combater a condição de pobreza é um indicador constitucional (art. 3º, III da CF/88), mas não é tão urgente/fundamental quanto erradicar a miséria humana do povo brasileiro²⁶. Na verdade, a defesa dos direitos humanos é obrigação constitucional, interna e externamente, do Estado brasileiro²⁷. Assim, se o direito à vida é fundamental – no que se exclui a pena de antecipação da morte –, há que se considerar que a proteção ao meio ambiental integralizador é o desdobramento do próprio direito à vida, sobretudo no século XXI. Estamos diante de uma verdadeira mutação na categoria dos direitos humanos, porque nos deparamos com a formação de um novo direito fundamental:

A proteção ambiental, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a

²⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (grifo nosso).

²⁷ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (grifo nosso).

tutelar a qualidade do meio ambiente em função da *qualidade de vida*, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana. Encontramo-nos, assim, como nota Santiago Anglada Gotor, diante de uma nova proteção do direito à vida, pois neste há de incluir-se a manutenção daquelas condições ambientais que são suportes da própria vida, e o ordenamento jurídico, a que compete tutelar o interesse público, há que dar resposta coerente e eficaz a essa nova necessidade social (Silva, 2003b, p. 58).

Alguns marcos indicam-nos a longevidade dos preceitos presentes no direito: Código de Hamurabi (1722 a. C.), Magna Carta (1215), Revolução Francesa (1789), Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Na Constituição Federal de 1988 estão elencados no Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais; presumindo-se que são cláusulas pétreas (Silva, 2003).

- a- Direitos individuais e coletivos.
- b- Direitos sociais.
- c- Direitos de nacionalidade.
- d- Direitos políticos.
- e- Direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos.

Em si, o artigo 5º da CF/88 poderia ser definido como uma Constituição de Direitos Fundamentais. Bastaria que observássemos, como Hermenêutica Constitucional, o seu caput: “**Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se** aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade**²⁸ ...” (grifo nosso). A Constituição, como índice do ordenamento jurídico, deverá punir ação atentatória a direitos, liberdades e garantias essenciais à dignidade humana (inciso XLI). O racismo será punido como crime hediondo (inciso XLII). A tortura, especialmente a institucional, também será objeto de crime hediondo (inciso XLIII). Bem como está assegurada a individualização da pena (incisos XLV e XLVI).

O artigo 5º da CF/88 ainda assegura ações de caráter coletivo, a exemplo do Mandado de Segurança Coletivo em defesa do meio ambiente (inciso LXX). E obriga o Estado à prestação social aos hipossuficientes, como Estado de Bem-Estar Social (LXXIV). Por fim, no que talvez seja o principal das garantias constitucionais, nesta

²⁸ Neste caso, deve-se observar a Função Social da Propriedade (art. 5º, XXIII).

breve introdução aos direitos fundamentais assegurados em nossa Carta Magna, a partir de seu artigo 5º, destaca-se a condição de se tratar de direitos e de garantias fundamentais incondicionadas, ou seja, acarretam obrigação imediata ao Estado (inciso LXXVII, § 1º). Além do fato de que há previsão explícita de que se trata de uma Constituição Aberta a outros direitos (inciso LXXVII, § 2º).

Constituição Aberta aos direitos humanos

Como ensina Häberle (2008), é preciso ler a Constituição e o direito como fomento cultural. Assim, pode-se ter o pluralismo como uma ideia luminar e a cultura como um conceito aberto. No caso brasileiro, teríamos de ver como se arranjam reciprocidade e multiculturalismo na ordem jurídica ou, em outras palavras, cidadania e garantias constitucionais. Este marco analítico constituiria um verdadeiro pluralismo constitucional: a cultura na Constituição. Também seria terreno fértil à elaboração teórica e prática do que se convencionou chamar de **Estado Social na Sociedade Aberta**. Este conjunto de defesas constitucionais alicerçado pela ordem da cultura ainda serviria ao combate das formas fascistas e totalitárias de Estado que se têm anunciado. Portanto, Häberle (2008) intenta constituir um modelo jusfilosófico (axiológico) da cultura, notadamente nas sociedades modernas altamente racionalizadas.

Evidentemente que narra seu modelo sob um escrupuloso respeito à diversidade cultural - seria como um ideário a constituir uma sociedade multicultural e multiétnica. Certamente um desafio ao Estado Social que, além das dificuldades inerentes à ordem da cultura, ainda debela-se frente ao neoliberalismo. Juridicamente, equivaleria a ter o Pluralismo como pressuposto jurídico-filosófico da Democracia Constitucional – equivalente a uma dimensão intercultural e jurídica da democracia social. Esta forma de ver o multiculturalismo – ou respeito às mais variadas intersecções culturais – empresta ao direito uma generosidade constitucional ao mesmo tempo em que busca uma articulação jusfilosófica da cultura. Häberle incorporou ao contexto jurídico a música e a literatura, a arquitetura, as artes cênicas e a pintura. Este esforço lhe valeu uma visão policrômica, multifacetada, democrática, transdisciplinar e, queria o autor, transcultural.

O constitucionalista alemão ainda tinha como meta articular uma síntese multicultural – objetivo não facilitado porque nos deparamos com uma globalização incerta e indeterminada para a maioria dos povos pobres. Häberle nos convida a uma necessária interpretação constitucional sob parâmetros sociais, económicos, jurídicos e deontológicos. Seu intento maior é converter a cidadania em um imenso fórum aberto da Constituição, onde os destinatários são seus próprios artífices. O autor nos oferece

um tripé analítico, como suporte de sua perspectiva jurídica: Multiculturalismo, Constitucionalismo Democrático e Federalismo. A luz conceitual procura fortalecer uma visão de duplo alcance: subjetivo individual; objetivo institucional. Seu intento è verificar na cultura os laços próprios à legitimação constitucional, como um processo político no interior de um amplo conceito de pluralismo (como axiologia e hermenêutica). Trata-se, portanto, de um pluralismo constitucional não-dogmático.

Politicamente, esta hermenêutica constitucional traz o Princípio da Dignidade Humana e é receptiva a pontos de vista angulares e até opostos ou contraditórios. Sua perspectiva prima pela inclusão não-excludente, combatente da lógica dos meios jurídicos de exceção, em que se inclui a exclusão. “Sua” Constituição Axiológica e Deontológica é pluralista, opondo-se ao modelo constitucional totalitário, integrista e fundamentalista; em que não fiquem à sombra valores como: diversidade; cidadania ativa; soberania autonômica. Desse modo, sua obra acaba por se converter num gigantesco poema-sinfônico do constitucionalismo democrático (uma “reserva teoricamente possível”). Como seguidor de K. Hesse, Häberle vê o vigor ou a força normativa subjacente à Constituição, como se fora sua síntese cultural. De onde também transborda o eixo de sua base conceitual: “realidade; possibilidade; necessidade”. Há um nítido esforço por resultar em uma mescla entre cultura e direito (Justiça Constitucional), informando as formas e os limites em que atuam, realisticamente, a normatividade jurídica constitucional concernente ao Estado Social e à cidadania. Neste sentido, o direito não deveria ser apenas normativa de poder, ainda que fosse um novo direito antropocêntrico (Carducci,2003); pois, além da norma, há o *nomos* societal e ético que deve ser recuperado como espaço do “mundo vida”.

Nomos da Terra

Nesse sentido, o Direito é interpretado como o *Nomos* da Terra, o direito que provém da fixação da identidade do homem com seu território; formando-se a mais profunda percepção de territorialidade, como pertencimento a uma comunidade e que lhe dá sentido para a vida social. É uma concepção de direito que leva à identidade/identificação e emancipação, concomitantemente.

Esse processo de inserção configura-se como reconhecimento do direito (Honneth, 2003) e, portanto, como domínio de um conhecimento técnico e social (*Logos*). Este suporte de consciência acerca do direito – como (con)vivência – ainda inibe a instrumentalização do próprio direito. É o momento maior em que a “expectativa do direito” (como pretensão e querer de um direito compensatório) nasce e se articula

provindo da consciência do direito (como construção global, humanitária, coletiva e difusa: como um querer de Justiça).

Trata-se, em outras palavras, de assegurar a função jurídica do Estado em que os direitos individuais fundamentais coexistam com a mesma inclinação de força devida aos deveres públicos. Por fim, da autorregulação da política e da democratização do direito (Estado de Direito Democrático) podemos extrair a necessária mediação entre o governo dos homens (da política) e o governo das leis (o *telos*, a finalidade projetiva da justiça social).

A fé pública atribuída ao Poder Político é a chancela de que o Estado propugna agir bem, como ente racional. A fé pública não é mitológica, é racional, nascida das necessidades de auto regulação e de padronização das ações públicas. A Razão de Estado, sob este prisma, é um ato de fé, sem dúvida, mas como fé pública construída sobre as bases da razão. A fé pública, como derivação da Razão de Estado, é parte da razão cartesiana do poder.

Trata-se de repensar a *soberania clássica* a partir de uma perspectiva global do poder que possa ser compartilhado. Assim, Habermas (1980, p. 103) explica que:

Em suma: o poder (comunicativamente produzido) das convicções comuns origina-se do fato de que os participantes orientam-se para o entendimento recíproco e não para o seu próprio sucesso. Não utilizam a linguagem “*perlocutoriamente*²⁹”, isto é, *visando instigar outros sujeitos para um comportamento desejado*, mas “*ilocutoriamente*³⁰”, isto é, com vistas ao *estabelecimento não-coercitivo de relações intersubjetivas* [...] H. Arendt considera o poder um fim em si mesmo. O poder serve para preservar a práxis, da qual se originou³¹[grifos nossos].

É um projeto de instigação profunda da consciência, como soberania profunda dos territórios da via pública e da vida social (Fleiner-Gerster, 2006), de dominação racional e dialogada, como fator de emancipação articulada. Neste caso seguem o jovem Marx, de a **Questão Judaica**, para quem nem se cogitava de uma emancipação política (incluindo aí a noção jurídica) que não fosse plenamente humana — ou todos/ou tudo, ou nada. De acordo com Marx (1991, p. 63):

Toda a emancipação constitui uma restituição do mundo humano e das relações humanas ao próprio homem [...] A emancipação política é a redução do homem, por um lado, a membro da sociedade civil, indivíduo independente e egoísta e, por outro, a cidadão, a pessoa

²⁹ Quando se instiga outros sujeitos a agirem de um modo diverso do pretendido originalmente.

³⁰ Relações não coercitivas só se estabelecem mediante a comunicação e a persuasão.

³¹ Portanto, o poder é práxis e não dominação ou ação social, como em Weber, mas, quando muito, uma forma bem abrangente de relação social.

moral [...] A emancipação humana só será plena quando o homem real e individual tiver em si o cidadão abstrato; quando como homem individual, na sua vida empírica, no trabalho e nas suas relações individuais, se tiver tornado um ser genérico; e quando tiver reconhecido e organizado as suas próprias forças (forces propres) como forças sociais, de maneira a nunca mais separar de si esta força social como força política.

A história da Humanidade – em que o direito é *caput* no processo civilizatório – e da educação revela-nos dois grandes objetivos: dominação racional ou violenta (Weber, 1979) ou emancipação.

Na verdade, não há educação que não seja tracejada pela emancipação; do contrário seria mera aculturação, adestramento. Não há emancipação fora de uma construção social global. Não há emancipação reduzida somente a um grupo de indivíduos escolhidos. Este é o grande desafio da Humanidade, emancipar a si mesma, para os próximos tempos.

É o *Logos* que leva ao *Nomos*; mas, é a perfeita junção entre ambos, quando o homem demonstra sua inteira vocação para a organização político-jurídica. Do mito à racionalização da política, o Estado não deixa de ser o *zoon politikón* potencializado pelo contrato social. O que também indica ser o substrato de uma constante e incontestada institucionalização da política. Estando o direito positivo a serviço dessa idealidade, constitui-se o Estado em ideia objetiva.

Este pressuposto efetiva o *Nomos da Terra*:

I) *Nomos*: Lei. Na Grécia antiga: lugar destinado a louvar os deuses ou celebrar acontecimentos. No Egito: antiga divisão territorial;

II) Desse modo, implica na conclusão de que a lei é divina e é a base de segurança de todo um território; é a garantia da vida social. Toda lei que não violar este sentido natural à sociabilidade (*Nomos*) será lógica (*Logos*);

III) O *Nomos* da Terra equivale à norma de posse e propriedade estabelecida sobre a terra conquistada; o *Nomos* da Terra constitui o território e sedimenta a soberania;

IV) O “ordenamento do espaço” é, pois, o *Nómos* soberano, não é apenas “tomada da terra³²” (*Landnahme*), mas acima de tudo a fixação de uma ordem jurídica (*Ordnung*) e a conseqüente dominação territorial (*Ortung*) (Schmitt, 2006);

³² Interessante pensar que o soberano é aquele que “toma a terra em primeiro lugar”, demarca-a e aí estabelece o *nomos*, a norma atribuída ao território a esta altura delimitado.

V) A dominação estatal está baseada no *monopólio decisional* acerca do próprio uso do poder/coerção;

VI) *Soberano é quem decide*, a partir da lei que se impõe por sua dominação.

Por fim, o *Nomos da Terra* se constitui em supremacia legal que decorre da própria soberania. Se a lei do Estado (soberano) não é soberana, não há povo e integridade territorial a serem defendidas. Outrossim, é direito humanizado, sacralizado como direito fundamental à vida global, pois sem meio ambiente com dignidade não há forma de vida possível.

Afinal, o direito ao meio ambiente trata da proteção das gerações presentes e futuras. O que nos traz uma relação espaço-temporal atual que se desdobra no devir. E nos coloca na Teoria da Relatividade. Pois, é um direito projetado para se realizar na temporalidade que se observa – o presente –, mas, com o resultado do objeto projetado ao futuro. Nisto também é teleológico. De todo modo, trata-se do futuro conhecido no presente, porque as ações presentes demarcarão o futuro de maneira irreversível.

Bibliografia

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo : Boitempo, 2004.
- AGASSIZ, Almeida Filho. **Prefácio**. IN : VERDÚ, Pablo Lucas. A luta pelo Estado de Direito. Rio de Janeiro : Forense, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro : Campus, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª Edição. Lisboa-Portugal : Almedina, s/d.
- _____. **Estado de Direito**. Lisboa : Edição Gradiva, 1999.
- CHEVALLIER, J. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política**. 5. ed. Francisco Alves, 1990.
- FALCÃO, Joaquim; SOUTO, Cláudio. **Sociologia & Direito**. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 2001.
- FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1991.
- GRAMSCI, Antonio. Cadernos do Cárcere. (Org. Carlos Nelson Coutinho). Volume III. **Nicolau Maquiavel II**. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2000.
- HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Madrid: Tecnos, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. **O Estado Democrático de Direito**. IN : *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003.

- HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. 2ª Edição. México : Fondo de Cultura Económica, 1998.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: 34, 2003.
- IHERING, Von Rudolf. **A luta pelo direito**. São Paulo : Martin Claret, 2002.
- JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. México : Fondo de Cultura Económica, 2000.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Edição. Salvador : Editora JusPodivm, 2016.
- KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa : Edições 70, 1990.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LÉVI-STRAUSS, C. **O Pensamento Selvagem**. Campinas: Papirus, 1989.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucion**. Barcelona – Caracas – México : Editorial Ariel, 1979.
- MARTINEZ, Vinício Carrilho. **Estado de Exceção e Modernidade Tardia: da Dominação Racional à Legitimidade (anti) Democrática**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA/Marília, 2010.
- _____. **Teorias do Estado: metamorfoses do Estado Moderno**. São Paulo : Scortecci, 2013.
- MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política**. v. I. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.
- _____. **Formações Econômicas Pré-capitalistas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- NETO, Diego de Figueiredo Moreira. **Juridicidade, Pluralidade normativa, Democracia e Controle Social: reflexões sobre alguns rumos do Direito Público neste século**. IN : ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito**. São Paulo : Malheiros, 2005.
- SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Direito Ambiental Constitucional**. 4ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2003b.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2007.
- VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro : Forense, 2007.
- WEBER, MAX. **Ensaio de Sociologia**. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1979.