



## Direitos humanos, tempo e constituição

Rafael Lamera Giesta Cabral<sup>1</sup>

### Resumo

Comemorar os 30 anos da Constituição é, antes de tudo, promover algumas inflexões sobre nosso espaço de experiência constitucional, sem perder de vista nosso horizonte de expectativas, que pode ou não se concretizar no futuro. O ensaio contido neste texto tem como plano de fundo a problematização da constituição dentro dessa relação ambivalente que media o sistema da política e o sistema do direito, que sempre deverá estar aberta para a força do tempo. O resultado prático dessas discussões pode ser observado a partir de questões pontuais, mas de profundo impacto: qual é a nossa identidade constitucional? Uma identidade forjada sobre a batuta dos direitos humanos permanece sobre os efeitos do tempo até quando? As difíceis escolhas constitucionais ocorrem no ambiente familiar, na igreja, na escola e universidade, no legislativo, no judiciário e, enfim, em todos os lugares. Esse ensaio busca apresentar alternativas e reflexões sobre Constituição e a força normativa do tempo frente aos direitos humanos, a partir de um diálogo bibliográfico e filosófico que marcam nosso tempo.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Tempo. Constituição. Identidade Constitucional.

## Human rights, time and constitution

### Abstract

Celebrating the 30 years of the Constitution is to promote some inflections about our constitutional experience without losing sight of our horizon of expectations. This paper problematizes the constitution within this ambivalent relation that mediates the system of politics and the system of law – considering that each system has a language of its own, which must always be open to the force of time. These discussions end up raising more questions like: what is our constitutional identity? Until when an identity forged on the baton of human rights remains on the effect of time? Difficult choices are made in the family environment, in the church, in the school and university, in the legislature, in the judiciary, in short, everywhere. This essay seeks to present alternatives and reflections on the Constitution and the normative force of time in the face of human rights, based on a bibliographic and philosophical dialogue that mark our time.

---

<sup>1</sup>Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Professor adjunto no curso de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Administração Pública (Mestrado Profissional – PROFIAP) da Universidade Federal Rural do Semiárido – UFRSA. É líder do grupo de pesquisa em História Constituição e Direitos Sociais (CNPq/UFRSA). Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de São Carlos – UFSCar e bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, Paranaíba.

**Key words:** Human Rights. Time. Constitution. Constitutional identity.

## **Introdução**

Em tempos de crise institucional, em que os papéis do direito e da política passam a ditar as modificações discursivas dentro agenda pública nacional, não há como deixar de discutir o papel da constituição neste contexto.

Desde o término da Segunda Guerra Mundial, as constituições assumiram a centralidade dos ordenamentos jurídicos e passaram a promover um acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política.<sup>2</sup> A produção de decisões coletivamente vinculantes (política) e a produção de decisões que generalizem expectativas normativas (direito) passam a desempenhar um papel de mútua assistência, de uma relação parasitária, que tem na constituição seu ponto de chegada e partida.

É comum verificar que em tempos de crise no mundo da política ou do direito, a tensão desse movimento se desloca sobre o papel exercido pela constituição. A partir de 2013, a ideia de uma chamada extraordinária para a reforma política tinha por objetivo constituir um poder constituinte com poderes limitados, para instigar uma reforma na constituição. Em 2016 e 2017, uma série de reformas desconstituintes foram levantadas pelo governo, modificando de forma sensível a Constituição de 1988. Por outro lado, crises no mundo do direito promovem interpretações judiciais que acabam por conflitar como o próprio texto constitucional e as decisões do Supremo Tribunal Federal contribuem muito para este estado da arte.

Contudo, compreender o papel da constituição dentro desses limites político ou jurídico pode soar como algo genérico por demasia, tornando inválido alguns propósitos. O ponto a ser abordado neste estudo se refere a um problema não só jurídico ou político, mas essencialmente temporal. Por que uma constituição que foi estabelecida no passado vincula as gerações futuras? Por razões importantes, diriam muitos, ao constatar que essa é uma das principais funções de uma constituição, ou seja, a de vincular gerações futuras, pois regula a estrutura do poder, limitando-a a competências e atividades específicas, dentro de procedimentos que permitam a ampla participação da população nas tomadas de decisões.

---

<sup>2</sup> Para maiores detalhes, ver Luhmann (1996; 2006).

A preocupação dos mortos governarem os vivos, por outro lado, não é recente. Thomas Jefferson, Thomas Paine e Comte, nos séculos XVIII e XIX, já tinham suas próprias opiniões e aquele, por exemplo, nunca achou razoável que uma constituição pudesse vincular os vivos por muito tempo: a cada 19 anos deveria ser renovada para se adequar às novas gerações. No entanto, enfrentar o questionamento pode ser uma boa saída para os tempos modernos.

As constituições, principalmente sob a marca do constitucionalismo democrático, guardam um núcleo fundamental que expande o exercício do poder político para os cidadãos, ao mesmo tempo em que limita o exercício do poder do Estado, em restrito respeito à uma série de direitos e garantias fundamentais. Para que fosse possível essa ampla participação do povo nas deliberações públicas, o estabelecimento de uma carta de direitos se torna relevante, a fim de proporcionar o livre exercício da cidadania. Logo, se os principais direitos estabelecidos na Constituição de 1988, que datam quase 30 anos, ainda vigoram com validade e eficácia, como promover uma adequação aos novos direitos que surgiram ao longo desse tempo? Em outras palavras, como compreender a vinculação da Carta de Direitos de 1988 com nosso tempo presente?

Desvelar o papel de uma Constituição neste aspecto nos remete para uma análise crítica da relação de Direitos Humanos, Constituição e tempo. Para que esse objetivo seja alcançado e dentro da proposta limitativa deste texto, irei estabelecer em três aspectos como se pode articular o tempo passado com o futuro que se tornou presente (na perspectiva da Constituição de 1988 até os dias atuais), e como o uso dos discursos jurídicos permite a reconstrução da identidade do sujeito constitucional, superando, deste modo, as relações clássicas dos direitos humanos enquanto produto da experiência liberal.

### **Vinculação temporal, identidade e direitos humanos**

Compreender o fenômeno do Direito dentro de categorias que foram forjadas em contextos de grandes interesses econômicos acabou por produzir grandes hiatos entre o mundo real e o mundo legal, o mundo das leis.

Interesses econômicos e políticos – desde a antiguidade, fomentam um grave processo de naturalização dos problemas sociais (mesmo que em um primeiro momento, esse não seja

o objetivo), e com isso, promoveram uma espécie de efeito pedagógico questionável, que se cristaliza, no caso brasileiro, em mais ou menos duzentos anos de uma retórica reacionária.

As inovações no campo dos direitos civis, políticos e sociais sofreram resistências profundas nas sociedades onde foram implementadas. Com o Brasil não foi diferente. No entanto, desde muito tempo essa sequência de desenvolvimento que marcou o processo evolutivo das esferas de direitos foi repetida como se fosse um mantra: primeiro, os direitos de primeira geração (ou dimensão): direitos civis; depois, os direitos de segunda geração: políticos e por fim, os de terceira, com os direitos sociais.

Esse movimento, de certo modo, decorre de trabalhos pioneiros como o de Marshall (1967) e Norberto Bobbio (2004), com grande aderência no Brasil, mas quando verificada em realidades completamente distintas das experiências analíticas européias, é possível observar que o ciclo evolutivo de direitos não ocorre da mesma forma e, José Murilo de Carvalho (2010), ao examinar o caso brasileiro, registrou que, por aqui, os direitos sociais podem ter assumido a vanguarda desse ciclo, em detrimentos dos direitos políticos e civis, conquistados tempos depois.

A forma como os direitos de cidadania foi estabelecida no Brasil chama a atenção e é imperioso reconhecer que os direitos não foram outorgados ou reconhecidos sem questionamentos, lutas e muita resistência dos cidadãos para sua implementação. Em uma análise pontual sobre alguns desses processos fundamentais para a concepção de direitos desde a modernidade, Albert Hirschman (1992), na obra “A retórica da intransigência”, verificou que, historicamente, em cada momento de inclusão de direitos nas experiências políticas, ondas de resistência se levantaram, produzindo efeitos práticos que marcaram os avanços, continuidades e rupturas sobre a ideia de direitos e seu exercício.

Essas ondas de resistência foram identificadas em três teses; a primeira, seria a *tese da perversidade*, que pode ser compreendida nos seguintes termos: toda mudança que pretende empurrar a sociedade em determinada direção fará com que ela, sim, se mova, mas na direção contrária. Essa tese estava atribuída pelos conservadores contrários ao movimento iniciado pela Revolução Francesa, que tinha em sua essência a inclusão de direitos civis. A segunda tese ficou conhecida como a *tese da futilidade*, que afirmava que qualquer tentativa de mudança é abortiva, que de um modo ou de outro, qualquer suposta mudança é, foi ou será, em grande medida, de fachada, cosmética, e, portanto, ilusória, pois as estruturas “profundas” da sociedade permaneceriam intactas. Essa tese era contra o Estado de bem-estar social. Por

fim, a *tese da ameaça*, que apregoa que a mudança proposta, ainda que desejável em si, acarreta custos ou consequências inaceitáveis de um ou outro tipo. Essa tese formulava-se contra a democracia, por ver nela a possibilidade de se destruir a liberdade (HIRSCHMAN, 1992).

Os temas direitos civis, políticos e sociais, ao lado de democracia e Estado de bem-estar social compõem o cenário de uma filosofia política que acabou por contribuir para o desenvolvimento dos sistemas do direito e da política que deixou-se democratizar graças à transição idealizada pela questão constitucional. As resistências, capazes de produzir retóricas de intransigências, foram captadas pelo próprio sistema e reorganizadas em estruturas filosóficas de longa duração.

Essas questões da filosofia política nos apontam para a necessidade de, dentro de uma linhagem histórica, observar que grande parte da construção jurídica do Direito Constitucional, com suas concepções de constitucionalismo, separação de poderes, com sua própria limitação e direitos humanos partem de uma concepção filosófica que remonta ao universalismo de Platão e ao particularismo de Aristóteles.

Esses dois autores estavam preocupado sem encontrar respostas ao grande dilema de sua época: como fazer com que as facções convivam de maneira pacífica, de modo a não se autodestruírem? Talvez, este questionamento permaneça vivo e sem respostas adequadas desde então.

Em cada momento histórico, cada geração pretendeu dar respostas efetivas a este dilema e a partir do momento em que a concepção de Estado se tornou moderna e organizada a partir de um documento escrito, chamado de constituição, a doutrina dos direitos humanos trouxe à tona algumas respostas.

O núcleo central dos direitos humanos consiste em uma aposta no universalismo (de tipo platônico). A doutrina dos direitos naturais também tinha essa vertente. Os direitos humanos seriam, assim, garantidos a todos os seres humanos. No entanto, essa aposta poderia causar conflitos com experiências diversas de se viver o ideal de bem ou de vida boa. Como incorporar os particularismos (de tipo aristotélico) da experiência humana em contextos de universalização de direitos humanos? Essa questão está no centro dos debates quando vislumbramos os conflitos tribais e étnicos no oriente médio, na África e até mesmo em alguns países do cone sul.

A perspectiva universalista ou particularista que envolve a doutrina dos direitos humanos nos remete a um outro tipo de estrutura. Trata-se da estrutura normativa, abalizada pela concepção de Estado de Direito.

Atualizando o problema da filosofia política já prevista por Aristóteles e Platão, também podemos observar que nas sociedades contemporâneas o mesmo problema persiste, contudo, travestido numa nova roupagem: ao nos questionarmos sobre qual estrutura normativa é mais compatível com as sociedades contemporâneas, nem sempre é possível encontrarmos uma resposta clara e imediata.

Alguns cidadãos podem encontrar no Estado autoritário as melhores condições para o desenvolvimento econômico. Outros podem se identificar com um Estado comunista ou socialista. No entanto, é na estrutura normativa do constitucionalismo democrático que encontramos a maior aderência ao Estado de Direito. Se tal fato pode ser claro no século XXI, que tipo de constitucionalismo se adequada à estrutura de Estado que queremos?

Em um olhar retrospectivo, a geração da constituinte de 1988 debruçou-se sobre esse problema e durante dois anos buscou encontrar mecanismos para uma estrutura normativa que fosse compatível com a reconciliação nacional, com direitos ampliados, idealizando o *nunca mais* da experiência da ditadura militar.<sup>3</sup>

Esse questionamento sobre qual constitucionalismo torna-se pertinente, porque, talvez seja o Direito Constitucional o ramo mais atingido pelas transformações econômicas e políticas das últimas três décadas. De fato, a informação procede e, no mínimo, por duas razões essenciais, como aponta José Eduardo Faria (2009, p. XV-XXI): (i) produto do século XIX, o direito constitucional é fruto da institucionalização política promovida pelo modelo liberal-burguês, que desenvolveu a ideia de constituição como “centro emanador do ordenamento jurídico” e (ii) por ser encarado como sinônimo de segurança e legitimidade, pois delimita o exercício dos mecanismos de violência monopolizados pelo Estado, institucionaliza seus procedimentos decisórios, legislativos e adjudicatórios, estabelece as formas de participação política e definindo o espaço soberano da palavra e da ação em contextos sociais marcados pelo relativismo ideológico e em cujo âmbito o poder do Estado depende de critérios externos aos governantes para ser aceito como válido.

Ora, se buscamos uma maneira de convivência não autodestrutiva, não podemos negar que uma opção pelos direitos humanos possa nos proporcionar essa realidade de uma maneira

---

<sup>3</sup> Ver Marques, 2018.

mais efetiva. No Estado democrático de Direito, o constitucionalismo moderno incorporou a doutrina dos direitos humanos e seu desdobramento na dignidade da pessoa humana como fundamentos da própria República.

Entretanto, por mais que essa tenha sido a opção constituinte dos representantes do povo brasileiro que, em 05 de outubro de 1988, inauguraram uma constituição que se vincula à realização plena da dignidade humana de seus cidadãos e tem no pluralismo político parte de seus fundamentos; que tem na perspectiva da prevalência dos direitos humanos como um de seus princípios, que repudia o terrorismo e o racismo, o porquê, em nossa sociedade, há ainda a manutenção de uma sólida retórica intransigente contra os direitos humanos?

Ultrapassados quase 30 anos, desde a promulgação da Constituição da República, direitos fundamentais continuam violados constantemente. Deveras, o próprio Estado assume posição de violador daquilo que ele próprio se comprometeu a abster-se de fazer em nome da dignidade das pessoas, e infelizmente, com uma crescente cessão de legitimidade de parte da população que sacraliza expressões como “bandido bom é bandido morto”. A retórica intransigente promovida pela sociedade contra direitos humanos se assemelha aos argumentos das teses da perversidade, da futilidade e da ameaça dentro de um marco que descaracteriza nossa identidade constitucional.

Neste estado de completa crise institucional, temos que forçar a autorreflexão: quais são as respostas que as autoridades públicas, a sociedade, as famílias, as igrejas, os movimentos sociais, e outros, têm oferecido aos nossos problemas mais contemporâneos?

Como se pode perceber, as respostas mais imediatas são frutos do longo processo de naturalização de exclusão social, afastando aqueles que, por não se encaixarem dentro da ideia meritocrática, típico do modelo liberal, são simplesmente eleitos como indesejáveis, e por isso, excluídos dos benefícios da cidadania. Mulheres, negros, quilombolas, deficientes, indígenas, gays, lésbicas, estrangeiros da periferia mundial, trabalhadores rurais, pobres, são alguns dos exemplos.

Se cotejarmos as respostas atuais com os preceitos constitucionais de 1988, a relação entre tempo e direito passa a ser um ponto fulcral para nossa análise. Tempo, geração. O que podemos destacar desses fenômenos se não a constatação de seu caráter passageiro? O fato é que no dia de hoje, estamos esboçando o que nossa geração pensa sobre Direitos Humanos. Aqui, há, necessariamente, uma disputa semântica que se desdobra em dois momentos constitucionais específicos: o de 1988 com o de 2018. Essa tensão temporal nos aponta a um

problema sociológico das gerações, onde nem sempre é possível encontrar uma coesão de pensamento entre elas. Mas será que a categoria Geração pode nos ajudar em alguma coisa?

Nesta temática, houve uma relevante pesquisa, originalmente proposta por Cristiano Paixão (2013) que contribuiu para essa análise. Evidentemente, a categoria geração não está sendo analisada em seu sentido cronológico, biológico, mas sim numa perspectiva mannheiniana, onde “cada ponto do tempo é um espaço de tempo que se organiza politicamente”.

Ainda nesta perspectiva de geração, Karl Mannheim (1982) apontou que o conceito geração possui uma tríade, que pode ser composta pela a) posição geracional: não é um agrupamento de experiências de um mesmo grupo, de um mesmo coletivo, é a possibilidade ou a potencialidade de ter essas experiências, que podem vir a tona ou ser reprimidas ou ter um efeito modificado, quando sedimentado em outras forças sociais influentes; aqui não se fala de uma identidade, no sentido de senso comum, mas da potencialidade de se gerar identidade; b) pela conexão geracional, que se constitui através da participação de indivíduos que pertencem a uma mesma posição geracional (aquela potencial) em um destino coletivo comum, assim como da partilha de conteúdos que estão correlacionados de alguma forma, é necessário trabalhar, participar do destino em comum, e c) pela unidade geracional, que é uma visão mais concreta, uma mesma conexão de época que pode gerar várias unidades geracionais, inclusive, contrapostas, que disputam na arena política determinados conceitos, posições e etc. (MANNHEIM, 1982; PAIXÃO, 2013).

Há várias razões para acreditarmos que a posição geracional dos cidadãos pode contribuir tanto para a aderência ou rejeição aos direitos humanos consagrados pela constituição. O contexto de violência, corrupção, desemprego e ausência de perspectivas para o ideal de vida boa pode reprimir jovens a estabelecer uma conexão geracional entre o contexto da transição para a democracia, iniciado desde 1985, com o significado da constituição 30 anos depois, como fruto de um destino comum desejado.

Sem essa conexão geracional, a constituição passa a ser interpretada e interpelada por inúmeras unidades geracionais, que acabam por disputar no espaço público temas fundamentais para o desenvolvimento da democracia. Ao disputar ações, conceitos e outras vertentes, corremos o risco de produzir ações contrapostas que não são capazes de promover um convívio pacífico entre as gerações. Enfim, o risco é de nos afastarmos de nossa identidade constitucional pela incapacidade de estabelecermos vínculos ou conexões entre

passado, presente e futuro. Em outras palavras, por nossa incapacidade de atualizarmos nossa identidade constitucional para que se torne necessária para o presente.

O que a constituição tem a ver com tudo isso? Esta pergunta é condutiva a uma reflexão que se desdobra em outras, porque se nossa disputa é sobre a história semântica e sobre momentos constitucionais em que se dispõe em gerações distintas. Avancemos a um novo questionamento: porque uma constituição feita por uma geração do passado vincula a geração futura? No sentido do autogoverno, como contemporizar essas questões com o entendimento sobre direitos humanos, violência, insegurança e constituição? Por que a Constituição de 1988 nos vincula?

Em qualquer constituição democrática deverá haver aberturas, opções para diálogos intergeracionais, possibilidades de definições de fronteiras entre gerações, que podem alterá-las, e permitir um verdadeiro encontro de horizontes de gerações, mesmo nas situações em que há diversas unidades geracionais interligadas com conexões geracionais complexas (PAIXÃO, 2013). A Constituição de 1988 possui diversos mecanismos de diálogos que são capazes de ativar unidades geracionais em prol dos direitos humanos.

É neste contexto que visualizamos inúmeras entidades de Direitos Humanos que buscam promover esse diálogo geracional, contribuindo para a promoção dos direitos. O diálogo geracional promovido por essas organizações é uma tentativa de se buscar e reconstruir a identidade do sujeito constitucional e é neste momento que encontramos nossas maiores dificuldades. Isto porque, o sujeito constitucional possui, por sua própria natureza, o desejo incontrolável de se alterar no tempo. As expectativas dos jovens de 1988 foram completamente diversas dos jovens de 2018. Tempo e direito se tornam uma teia complexa, onde a procura pelo diálogo geracional torna-se fundamental para o registro da identidade desse sujeito.

Como aponta Michel Rosenfeld (2003), não se trata apenas da dificuldade decorrente de a identidade constitucional ser propensa a se alterar com o tempo, mas igualmente de sua tendência a se encontrar mergulhada em complexas e ambíguas relações com outras identidades relevantes; tais como as identidades nacionais, as étnicas e as culturais. Para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras. O problema, no entanto, é que tanto o passado quanto o futuro são

incertos e abertos a possibilidades (de reconstrução) conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se buscar revelar linhas de continuidade.

Se pensarmos no tempo geracional de 1988, podemos observar que a ordem constitucional requereu a imposição de limites à disseminação da identidade comunitária pré-política da nação. Não havia espaço para autoritarismos. A questão chave passa a ser a necessidade de fazer com que a identidade constitucional passe a ser distanciada o suficiente das outras identidades relevantes contra as quais ela precisou forjar sua própria imagem, enquanto ao mesmo tempo, fosse capaz de incorporar elementos suficientes dessas identidades para continuar viável no interior de seu próprio ambiente político.

Nesse distanciamento, evidentemente, foi do determinismo autoritário que buscamos fugir. E fugimos dele com o estabelecimento daquilo que Holmes (1993) chama de *gag rules*, ou regras de mordação, onde a conversa é sempre moldada por aquilo que os participantes decidem não dizer. Para evitar conflitos destrutivos, suprimimos temas polêmicos. Não se discutiu na Assembleia Nacional Constituinte de 1988, por exemplo, a questão das violações aos direitos humanos praticados pela ditadura militar. O custo dessas escolhas reverbera nas vítimas e na ausência de uma justiça de transição capaz de promover uma reconciliação nacional.

Dentro desta luta semântica, promover a integridade do Direito, como possibilidade de realização da justiça em cada capítulo que nós escrevemos passa a ser o desafio. Enfrentamos a dificuldade de construir e desconstruir a ideia da identidade do sujeito constitucional porque lidamos com o confronto de várias identidades, com a tensão entre o pluralismo inerente ao constitucionalismo moderno contemporâneo e com a própria tradição.

Somente é possível promover a identidade constitucional hoje com o respeito aos direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Mas há problemas nesta desconstrução, porque o resultado de nossas ações judiciais ou de educação em Direitos Humanos sempre é produto de um processo dinâmico aberto à maior elaboração e revisão. É exatamente por isso que, seguindo ainda Michel Rosenfeld (2003), encontramos aqui uma ausência e um hiato. Constantemente, o *eu* do pluralismo político entra em conflito com o seu outro *eu* que é a tradição.

Na obra a “Identidade do sujeito constitucional”, Michel Rosenfeld (2003), compreende que o sujeito precisa encontrar resultados para os seus desejos. Uma vez alcançados, não pode ser satisfeito por objetos. Assim, o sujeito se volta a outros sujeitos que

podem satisfazer o seu desejo ao longo do tempo. Esse sujeito, que se encontra em busca de satisfazer seus desejos, é caracterizado como uma ausência, no sentido de ser incompleto. O principal problema é quando o sujeito não é reconhecido pelo outro sujeito, pois se torna também não só uma ausência, mas também uma carência, no sentido de não ser nada, senão a negação de seus objetos.

O sujeito surge, então, como consciência da carência e da incompletude, lançando-se em busca de reconhecimento. Por certo, nem sempre é possível apontar qual o preço pelo reconhecimento, mas a sua alienação ou sua sujeição ao outro, pode se impor.

Nem sempre os legisladores conseguem preencher esse vazio, esse hiato para produzir uma identidade comum enraizada nos textos constitucionais. Muitas vezes, nem interesse político há para que essa concretização ocorra, diante da não superação do modelo pré-constitucional de 1988, que em muitas vezes, se comporta politicamente em pleno equívoco geracional.

A atuação de muitas organizações protetivas de direitos humanos caminha neste sentido, buscando proporcionar que o sujeito constitucional possa superar a sua carência e a sua incompletude; carência esta e incompletude que, por características da naturalização das desigualdades, muitas vítimas que sofreram abusos em seus direitos acabam não possuindo forças para lutar.

O uso do instrumento do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma autoidentidade plausível tem se tornando relevante na experiência constitucional brasileira.

O caso da ADPF n. 132, que permitiu o reconhecimento jurídico da união estável entre pessoas do mesmo sexo, é um exemplo. Mesmo havendo dificuldades no acesso e avanços no uso desses instrumentos, esta limitação pode ser compensada com a ideia de que as constituições devem permanecer abertas à interpretação e não somente isso, mas que seu direcionamento deve se adequar as necessidades que se transformaram, pois, uma constituição escrita jamais encerra todo o conjunto de matérias que poderiam ser abordadas.

Em 2018, o STF promoveu um outro exemplo significativo ao permitir que transexuais e transgêneros possam mudar registro civil sem necessidade de cirurgia. Para a Ministra Carmem Lúcia, presidente do tribunal, a permissão dada incorpora o lema de que “temos o direito de ser diferentes em nossa pluralidade e nossa forma de ser”. (D’AGOSTINO, 2018).

Assim, permitir uma *práxis* constitucional que se compromete com um regime de direitos e garantias fundamentais nos impõe uma nova postura, principalmente, ao se levar em consideração que “o pluralismo constitucional requer que um grupo que se constitua em um *eu (self)* coletivo reconheça grupos similarmente posicionados como outros *selves*, e/ou que cada *eu* individual trate os demais como outros *eu*, como outras pessoas (*selves*)” (ROSENFELD, 2003, p. 30).

Essa exigência do pluralismo constitucional nos impõe ou revela uma nova forma de interação em relação os direitos humanos.

A visão tradicional de direitos humanos, sob muitos aspectos, se relaciona com a perspectiva de liberdade. Dentro deste cenário, foi na Revolução Francesa que sua configuração inicial inaugurou um desenho institucional vinculado aos ideais de igualdade e liberdade na visão abstrata do indivíduo. A racionalidade, ao dotar o ser humano de vontade própria, permitia o exercício de sua liberdade ampla, podendo fazer tudo aquilo que não fosse proibido pela lei ou não prejudicassem outrem.

Os fundamentos desta teoria se assentam no contratualismo, ponto fulcral para a ideia de direitos como produtos do consenso entre os cidadãos, que livres, submetem sua soberania aos seus representantes, na nova etapa de fundação do Estado.

No entanto, por mais que essas questões fossem colocadas dentro do panorama político da época, instrumentos capazes de promover o convívio pacífico e não autodestrutivo entre as facções deveria ser concertado. A ideia de tolerância para a concretização desse horizonte novo, idealizado pelos direitos humanos, foi ao longo do tempo utilizado como uma alternativa razoável à manutenção do consenso. Para o desenvolvimento do Estado de Direito, por exemplo, uma cultura de tolerância sempre fora desejável (HABERMAS, 2007).

Com o esgotamento dos instrumentos políticos e jurídicos, decorrentes muitas vezes da própria expansão na concepção de direitos, o conceito tolerância se tornou insuficiente para dar respostas adequadas a esses novos arranjos inovadores. Muito embora o sentido de tolerar imponha as formas de aceitar, admitir ou conviver com algo ou alguém indulgentemente, houve um claro colapso construído historicamente, e hoje, vivenciado na própria ausência de respeito aos outros, seja na esfera racial, cultural, religiosa, entre outras, impede o reconhecimento de diferentes identidades.

O tolerar ainda permite vincular o outro a um ato de última palavra, onde o indivíduo (tolerador) ainda decide se será clemente com a diferença que traz desconforto; ao tolerar o

outro, cria-se um patamar de hierarquia, limitando o outro ao seu direito de exercer sua “outridade” (PEREIRA, 2014).

Dentro do projeto constitucional de inclusão e proteção integral à dignidade do ser humano, temos observado uma nova categoria que pode auxiliar nesse processo integrativo, numa tentativa de reconstruir essa categoria de liberdade em uma democracia do por vir.

A concepção a qual nos referimos é a de Jacques Derrida (2003, 2010), com a categoria da hospitalidade incondicional. Para a filosofia da hospitalidade,

[...] a procura por um consenso, em verdade, interrompe a relação intercultural. Se a partir do encontro com uma cultura diversa privilegia-se a procura pelo consenso, mesmo investido em uma argumentação sincera, acabo me dirigindo na busca da igualdade e não dou espaço à diferença. No máximo tolero a diferença. O consenso, neste caso, germina a tolerância em sua dimensão relacional, circunstância que Habermas não nega. O consenso transita entre ideários de mônadas contratualistas que instituem cercas demarcatórias para sua inter-relação. Como afirmamos, a diferença, à primeira vista, choca. Traumatiza as expectativas da totalidade. O abrir mão da vontade da mesma idade, na experiência do infinito ético, possibilita o encontro no qual a diferença pode conviver. O encontro se dá, nesta esfera de relação, independente do consenso, assim como independente da reciprocidade (PEREIRA, 2014, p. 11).

Aqui, não há uma recusa sobre os ganhos que o conceito tolerância oportunizou para a sociedade, mas mesmo assim, mantê-la nos termos em que fora concebida, reflete a característica da “razão do mais forte”. Logo, a proposta é de reconstrução de seu significado, a fim de que seja possível reencontrar uma multiplicidade de origens.

Segundo Pereira (2014, p. 14), Derrida traduz a lei da hospitalidade como uma lei incondicional e ilimitada, como o oferecimento do lar a quem chega de fora, ao estrangeiro da subjetividade. Mais que isso; a lei da hospitalidade oferece a si própria, o seu próprio si, “sem pedir a ele nem seu nome, nem contrapartida, nem preencher a mínima condição”. A lei da hospitalidade está em contraponto às leis da hospitalidade que se dirigem a direitos e deveres sempre condicionados e condicionais, como tratam os Tratados e Convenções das relações entre nações.

Não por acaso, a filosofia da hospitalidade, com o convite à reconstrução daquilo que foi dado por um conjunto de experiências históricas, não poderia ser enquadrada dentro dos limites impostos pelo atual constitucionalismo. Transcender a lógica do constituído é etapa necessária para se pensar o político e o jurídico para além de si mesmo. Assim, é creditar forças a uma *democracia por vir*, para reconstruir a herança de suas promessas, como retorno

ao seu fundamento, “e o dar se conta de que a democracia só se dá como vontade de democracia” (PEREIRA, 2014, p. 21).

### **Considerações finais**

Não há nada tão instigante como refletir sobre o tema Direitos Humanos e Constituição. Aqui, necessariamente, sempre haverá um conflito de pensamento, pois decorre não apenas de uma vivência teórica, mas também de muitos abusos, violações e debilidades reais, incorporados nos últimos trinta anos de existência de nossa Constituição Federal (1988), um marco significativo para uma cultura de paz, referendada pela opção aos direitos humanos.

Movimentos sociais, organizações não governamentais, mídia, Estado, todos, sem exceção, têm projetado e fomentado discursos em torno do que seria ou o que deveria ser direitos humanos. A pluralidade de opções favorece o aprofundamento do debate, principalmente, quando nosso passado tenebroso representado pela ditadura militar, nos compele a vivenciar seus legados autoritários. Isto significa, não por acaso, que a doutrina dos direitos humanos pode, facilmente, ser acolhida ou rejeitada.

Ao vincular o futuro, uma constituição deve ser sempre aberta a novas contingências produzidas no curso de seu desenvolvimento histórico. Não se pode, na verdade, pensar uma constituição apenas na categoria produzida pelo Estado-Nação. Com a globalização, o poder político e jurídico deve habilitar novos eixos interpretativos da atualidade, a fim de que possibilite a reconstrução da identidade do sujeito constitucional global sempre na categoria de uma democracia que está a surgir, revisitando suas promessas: a de promover o convívio pacífico entre as facções, evitando o convívio autodestrutivo.

A perspectiva geracional pode ser um bom ponto de partida e chegada: o problema sociológico das gerações pode ser revisitado a partir das experiências que unem nosso potencial de diálogo para um destino comum.

### **REFERÊNCIAS**

- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BORRADORI, Giovanna. **Filosofia em tempo de terror**. Diálogos com Habermas e Derrida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.
- CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

- CASTRO, Marcus Faro de. **Política e Relações Internacionais**. Brasília: UnB, 2005.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- D'AGOSTINO, Rosanne. STF decide que transexuais e transgêneros poderão mudar registro civil sem necessidade de cirurgia. *Portal de Notícias G1*, Brasília, 01 de março de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/stf-decide-que-transexual-podera-mudar-registro-civil-sem-necessidade-de-cirurgia.ghtml>>. Acesso em: 02 mar. 2018.
- DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: UnB, 2006.
- DERRIDA, Jacques. **Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar da hospitalidade**. São Paulo: Escuta, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Força de lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HIRSCHMAN, Albert. O. **A retórica da intransigência**: perversidade, futilidade, ameaça. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudos de Teoria Política. São Paulo: Loyola, 2007.
- HOLMES, Stephen. Gag rules or the politics of omission. In: Elster, Jon (et al.). **Constitutionalism and democracy**. Cambridge: University of Cambridge, 1993.
- LUHMANN, Niklas. Constituição como aquisição evolutiva. Título original: Verfassungsevolutionäre Errungenschaft. *Rechtshistorisches Journal*, v. 9, p. 179-220, 1996. Tradução de Menelick de Carvalho Netto, Giancardo Corsi e Raffaele De Giorgi. Não publicada.
- \_\_\_\_\_. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- MANNHEIM, Karl. O problema sociológico das gerações. In: FORACCHI, Marialice M. (Org.). **Karl Mannheim**: Sociologia. São Paulo: Ática, 1982.
- MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Julgar o passado? Verdade história e verdade judicial na ADPF 153. **Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, V. 2, n. 3, p. 70-86, 2018.
- MARSHALL, Theodore H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- PAIXÃO, Cristiano. **Entre passado e futuro**: Constituição em perspectiva intergeracional. [Palestra]. In: VI Congresso Internacional em História do Direito. Brasília, 26 a 29 de agosto, 2013.
- PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. **Da tolerância à hospitalidade na democracia por vir**. Um ensaio a partir do pensamento de Jacques Derrida. Tese de Doutorado em Filosofia. Pós-graduação em Filosofia da Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Porto Alegre: PUCRS, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/6968>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Tradução Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.