

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO**

**CONSTITUIÇÃO COMO PROCESSO -
CATEGORIA CENTRAL DA TEORIA
CONSTITUCIONAL DE PETER HÄBERLE**

MESTRANDO: LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JÚNIOR

ORIENTADOR: PROF. DR. SÍLVIO DOBROWOLSKI

**FLORIANÓPOLIS
2001**

CONSTITUIÇÃO COMO PROCESSO - CATEGORIA CENTRAL DA TEORIA CONSTITUCIONAL DE PETER HÄBERLE

LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JÚNIOR

Dissertação apresenta ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas – Especialidade Direito

Orientador: Prof.Dr. SÍLVIO DOBROWOLSKI

Florianópolis, 19 de fevereiro de 2001.

A dissertação "**Constituição como processo - categoria central na Teoria Constitucional de Peter Häberle**", elaborada por **Luiz Magno Pinto Bastos Júnior** e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Florianópolis, 19 de fevereiro de 2001.

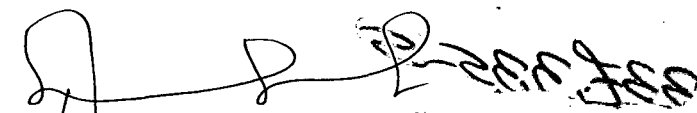
BANCA EXAMINADORA:



Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski
Presidente




Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho
Membro

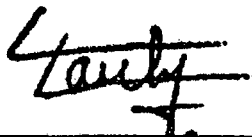


Prof. Dr. Orides Mezzaroba
Membro

Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer
Membro Suplente



Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski
Orientador



Prof. Dr. Christian Guy Caubet
Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

AGRADECIMENTOS

À Deus, luz a guiar meus passos e fonte inesgotável de sabedoria e mansidão.

À minha família, meus primeiros mestres da arte de viver.

À minha amada, Michelle, meu porto seguro, refúgio revigorante para onde acorri nos momentos de cansaço e aflição.

Ao Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski, pelo estímulo e pela confiança depositada no teor dos resultados alcançados.

Ao Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho e ao Prof. Dr. Orides Mezzaroba, pelas oportunas e instigantes intervenções que em muito contribuíram para a redação final que se apresenta.

Aos professores do Curso de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, na pessoa dos Professores Antônio Carlos Wolkmer, Christian Guy Caubet e Sérgio U. Cademartori, por despertarem, com seu exemplo e conhecimento, a vocação para a pesquisa.

Aos amigos Rogério Dultra dos Santos e Cecília Caballero Lois, pela fidelidade, incentivo, carinho e companheirismo inestimáveis.

Aos amigos do Mestrado, pelas ansiedades e descobertas partilhados, em especial, ao André, Fernando, Joel, Jose, Letícia, Mônica e Simone.

À minha família de Floripa, por contribuírem para amenizar a saudade dos “nossos” que estão tão distantes, em especial, ao Iva, Karina, Cris, Halthmann, Sílvio, Fabrício, Liane, Everton, Gersina, Sandra(Guria), Emílio, Merlin, Sandro, Maurício, Rubens e Roberta.

Aos amigos do Ministério Público e Univali-Biguaçu que acompanharam os momentos finais desta batalha e deram todo o apoio ao seu deslinde.

RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo central a compreensão da categoria de constituição como processo, eixo sobre o qual Peter Häberle constrói sua Teoria constitucional. Para tanto, serão destacados os pressupostos epistemológicos que conformam sua percepção do fenômeno constitucional, sua inserção no debate constitucional germânico e a forma com que busca entrelaçar o texto constitucional à dinâmica das transformações culturais subjacentes.

Esta perspectiva de cunho culturalista busca combinar as clássicas idéias formal e material da Constituição e interpretar a norma constitucional não só como um emaranhado jurídico de normas, mas também como condição cultural de um povo, trazendo à baila a idéia sempre presente de constituição como processo público e aberto - **constituição vivente** (*Lebende Verfassung, law in public action*).

A concepção de processualidade constitucional traz em si duas idéias centrais: a de que a Constituição transcende o texto escrito abrindo-se no tempo às forças atualizadoras dos grupos sociais (abertura constitucional), e de que o Estado e a sociedade têm expressão na Constituição enquanto experiência que integra o passado e o presente em um plano mais amplo que se projeta sobre a totalidade da *res publica* (constituição como espelho da esfera pública).

A tentativa de conciliação da idéia democrática de abertura e participação no processo de interpretação impõe a construção de modelos teóricos que possibilitam a estruturação de uma comunidade de intérpretes comprometida com a maximização do pluralismo social e da tolerância, a partir de onde se pode projetar, para o futuro, a força normativa da constituição mediante a solidificação de suas garantias objetivas e do seu comprometimento com a construção de um constitucionalismo mundial.

ABSTRACT

This dissertation is mainly concerned with the comprehension of the category of constitution as a process, over which Peter Häberle built his constitutional theory. For that, some emphasis will be placed on the epistemological aspects which model Häberle's perceptions of the constitutional phenomenon, its insertion in the Germanic constitutional debate, and the way in which it tries to tie the constitutional text to subjacent cultural changes.

This cultural perspective tries to combine the formal and classical ideals of a constitution, and to interpret the constitutional law not only as a judicial entanglement of rules, but also as a people's cultural condition, bringing up the always present idea of the constitution as an open public process - the living constitution (*Lebende Verfassung*, law in public action).

This concept of a procedural constitution focuses on two main assumptions: that the constitution transcends the written word, opening itself over time to social groups' revigorating strength (the constitutional opening); and that the State and Society have a voice in the Constitution, as an experience which connects past and present onto a larger plane encompassing the entire *res publica* (the constitution as a mirror of the public sphere).

The attempt to conciliate the democratic idea of opening and participation in the interpretation process requires the construction of theoretical models, to allow the structuring of an interpretation community concerned with increasing social pluralism and tolerance, from which the normative constitutional force can be propelled to the future, through the solidification of objective guarantees and the concern with the construction of a universal constitution.

Índice

INTRODUÇÃO.....	1
1 TEORIA CONSTITUCIONAL COMO CIÊNCIA CULTURAL	11
1.1 ELEMENTOS DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DE HÄBERLE.....	11
1.1.1 <i>Delimitação científica da teoria da constituição.....</i>	<i>11</i>
1.1.2 <i>Concepção de constituição.....</i>	<i>13</i>
1.1.3 <i>Funções da teoria da constituição.....</i>	<i>17</i>
1.2 PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS DA CONCEPÇÃO CIENTÍFICO-CULTURAL DE HÄBERLE: CULTURA COMO EFETIVIDADE HUMANA.....	20
1.2.1 <i>Racionalismo crítico de POPPER.....</i>	<i>21</i>
1.2.2 <i>O mundo da cultura como pré-condicionamento da conduta humana.....</i>	<i>24</i>
1.2.3 <i>A conjugação dos elementos racionais e irracionais na compreensão do universo humano: unidade dialética de alma e corpo.....</i>	<i>26</i>
1.2.4 <i>Individualismo e vinculação comunitária no marco do dualismo crítico.....</i>	<i>28</i>
1.2.5 <i>Unidade de conexão social.....</i>	<i>30</i>
1.2.6 <i>Marcos antropológicos da cultura como efetividade humana.....</i>	<i>32</i>
1.3 ELEMENTOS TEÓRICOS PARA A APREENSÃO DA CONSTITUIÇÃO ENQUANTO FENÔMENO CULTURAL.....	34
1.3.1 <i>Realidade objetivada e dimensão valorativa (estimativa) dos bens culturais.....</i>	<i>34</i>
1.3.2 <i>Estruturação dos fenômenos culturais: níveis, aspectos e modelos.....</i>	<i>37</i>
1.3.3 <i>Constituição como objetivação cultural.....</i>	<i>39</i>
1.4 TEORIA DA CONSTITUIÇÃO COMO CIÊNCIA EXPERIMENTAL.....	43
2 CONSTITUIÇÃO COMO PROCESSO VIVO (LEBENDE VERFASSUNG)	49
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DO NASCIMENTO DA CONCEPÇÃO DE CONSTITUIÇÃO COMO PROCESSO DE HÄBERLE .	49
2.1.1 <i>Constituição e Processo.....</i>	<i>52</i>
2.2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA A FORMULAÇÃO DA CONCEPÇÃO DE CONSTITUIÇÃO COMO PROCESSO	54
2.2.1 <i>Sociedade aberta e o compromisso com a salvaguarda das instituições democráticas.....</i>	<i>55</i>
2.2.2 <i>Força constitutiva da esfera pública.....</i>	<i>62</i>
2.2.3 <i>Teoria da integração de SMEND e a concretização constitucional de HESSE.....</i>	<i>64</i>
2.2.4 <i>Elementos da concepção de pluralismo constituído de HÄBERLE.....</i>	<i>69</i>

2.3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO COMO PROCESSO.....	75
2.3.1 <i>Abertura das normas constitucionais</i>	76
2.3.2 <i>Constituição como espelho da esfera pública</i>	83
3 CONSTITUIÇÃO E A CULTURA CONSTITUCIONAL NO TEMPO	89
3.1 TEORIA DA RECEPÇÃO E DO ENVIO E A (RE)CONSTRUÇÃO CONTÍNUA DO MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: PARADIGMA DOS NÍVEIS TEXTUAIS	89
3.1.1 <i>Cristalizações culturais e estética da recepção</i>	89
3.1.2 <i>Teoria da recepção jurídica: paradigma dos níveis textuais</i>	93
3.1.3 <i>Arquétipo de Estado constitucional de Direito como modelo concreto e parâmetro de aferição de legitimidade interna</i>	96
3.2 COMUNIDADE DE INTÉRPRETES	105
3.2.1 <i>Sociedade aberta dos intérpretes da constituição</i>	108
3.2.2 <i>Indícios para a construção de uma teoria funcional da interpretação constitucional</i>	109
3.3 CONSTITUIÇÃO COMO PROJETO ABERTO AO FUTURO.....	116
3.3.1 <i>Crise na racionalidade jurídica e desafios ao constitucionalismo</i>	118
3.3.2 <i>Constituição como fator de integração: dignidade humana como pressuposto antropológico-científico</i>	121
3.3.3 <i>Imagens acerca da Constituição como fator de integração</i>	125
3.3.4 <i>Por que uma teoria constitucional de cunho científico-cultural?</i>	126
CONSIDERAÇÕES FINAIS	129
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	138

Introdução

A obra de PETER HÄBERLE, impulsionada pela sua apaixonada crença no Estado constitucional e pelo reconhecimento de um movimento global em favor de sua consolidação, vem encontrando uma profunda ressonância, inclusive para além da cultura constitucional tedesca. É um esforço deliberado para consolidar um espaço de troca de experiências e debate contínuo dos desafios que se apresentam, em diferentes escalas e com distintas matizações culturais, particulares a cada Estado. Esta aceitação ocorre face à profundidade com que aborda e introduz, a partir de um ponto de vista culturalista, problemas de ampla repercussão na teoria e dogmática constitucionais, sem deixar de considerar a aplicabilidade prática de suas proposições e o compromisso científico de fomentar o entrecruzamento dos enfoques das diferentes disciplinas que cercam este fenômeno cultural que é a *constituição*.

O viés culturalista de Peter HÄBERLE reflete uma trajetória acadêmica marcada pela diversidade teórica que foi iniciada já nos estudos de graduação cursado nas universidades de Tübingen, Bonn, Montpellier (França) e Freiburg, tendo sido coroada quando do seu doutoramento em 1961, sob orientação do Prof. dr. h.c. KONRAD HESSE e da cátedra (*Habilitation*) obtida na Universidade de Mannheim/Marbourg. Esta experiência possibilitou-lhe, definitivamente, o ingresso na carreira universitária. Ele é atualmente catedrático de Direito Público, Filosofia do Direito e Direito Eclesiástico na Universidade de Bayreuth (Alemanha), exercendo, simultaneamente, a docência como professor convidado em caráter permanente na Universidade de Saint Gallen (Suíça).

A dinâmica das transformações culturais com a qual se ocupa o autor encontra na categoria operacional **constituição como processo** o eixo a partir do qual passa a constituir sua Teoria Constitucional¹, atualizando-a constantemente, mesmo tendo sido formulada há mais de duas décadas. A processualidade constitucional resultou do

¹ Segundo o próprio HÄBERLE, as bases de seu programa intelectual foram lançadas na coletânea de artigos intitulada *Verfassung als Öffentlicher Prozeß: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft* (Constituição como processo público: materiais para uma teoria constitucional da sociedade aberta) e complementadas com as formulações de índole cultural constantes do livro *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (Teoria da constituição como ciência cultural), a partir do qual pode se enfeixar todo o seu projeto investigador, conferindo-lhe significativa unidade, de forma que cada texto ou momento de sua pesquisa adere ao conjunto de sua obra perfectibilizando-a e conferindo-lhe maior amplitude e complexidade.

propósito de atualização constante do sentido normativo-constitucional, a ponto de reconhecer o carácter essencialmente dinâmico das normas constitucionais, e, por conseguinte, da indeterminabilidade *a priori* de seu sentido, vez que, enquanto marco constitutivo da esfera pública é co-determinado pelas diferentes manifestações dos grupos sociais, mediatizadas ou não por procedimentos e instituições. Tal postura foi duramente combatida por uns em face de sua acentuada *sociologização*, e conclamada por outros pelo seu comprometimento em estruturar a teoria da constituição em estreita correlação com uma teoria democrática.

Neste sentido, a idéia de processualidade implica o reconhecimento do carácter aberto das normas constitucionais e a atribuição de significativa força constitutiva (e função legitimante) da esfera pública, tendo sido, sucessivamente, ampliada pelas investigações posteriores do autor que redundaram na sua rendição a uma perspectiva científico-cultural que privilegiasse a compreensão da constituição e de seus dilemas à luz do entrecruzamento da mais variada gama de aportes científicos, realçando o seu aspecto de *constituição viva (lebende Verfassung)*, uma aproximação da idéia anglo-saxã de *law in public action* (em oposição a *law in the books*).

Devido sua acentuada força sugestiva, a categoria de **constituição como processo** tem ganhado ampla repercussão nos dias atuais. Isto acontece especialmente em virtude da necessidade ainda maior de redimensionar o papel a ser exercido pelas constituições nacionais ante os impactos provocados pelos diversos questionamentos acerca da soberania nacional. Por ocasião da formulação deste conceito, colocava-se, entre o Estado e sua constituição, a necessidade de redefinição das tradicionais formas de apreensão do fenómeno político-jurídico, a fim de que dessem conta da superação (parcial) da clássica dicotomia (e contraposição excludente) entre as esferas pública e privada e a aceleração dos processos de transformação sócio-culturais que aumentavam, em muito, o grau de complexidade social. Neste sentido, a procedimentalização da constituição apresentava-se como mecanismo para aproximação da constituição à realidade da *Öffentlichkeit* (esfera pública, *res publica*) que lhe possibilitasse maximizar sua função garantidora (grau de concretização constitucional).

O debate sempre atual de aproximação da constituição à realidade circundante, relativo à internalização do problema da aproximação entre direito, moral e política, e exige um redimensionamento na apreensão da natureza e função constitucionais, traduzidos na necessidade de um incremento no grau de participação democrática nos processos decisórios e na abertura dos procedimentos como espaço privilegiado para o

debate, nos termos de uma argumentação que se processe segundo o racionalismo crítico (ou seja, que assuma a inexistência de verdades absolutas e a disposição do estabelecimento de compromissos razoáveis).²

Ao conceber a democracia como conseqüência da dignidade humana e a constituição como marco instaurador da *res publica* vinculada a esta máxima axiológica – pressuposto antropológico-cultural do Estado constitucional de direito– o autor atribui um valor em si ao pluralismo, de forma que a maximização das possibilidades (conjugação das máximas da tolerância, pensamento possibilista e busca pela verdade) e as vinculações culturais (em sociedades marcadamente multiculturais), constituem-se em fator de aferição do grau de legitimidade dos processos decisórios de concretização constitucional nos diferentes planos institucionais e no interior da própria sociedade civil.

Neste sentido, a presente dissertação tem por objetivo, precipuamente, a identificação dos elementos que compõem a teoria constitucional do autor, trazendo a lume seus pressupostos epistemológicos, sua inserção no debate constitucional germânico e alguns dos desdobramentos da perspectiva culturalista adotada, de maneira a apreender parcial e ampliadamente a dimensão e o alcance desta categoria no conjunto de sua obra. Para atingir tal escopo efetuar-se-á uma análise panorâmica de sua obra, considerados os cinco momentos distintos e complementares de seu trabalho.³

No *primeiro momento*, pode-se perceber uma preocupação maior com a investigação acerca dos direitos fundamentais. A sua tese de doutoramento, sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, se insere no debate germânico em torno da natureza do art. 19.2 da Lei Fundamental de Bonn que assegura a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Die Wesengehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*). Neste trabalho o autor parte de uma perspectiva institucionalista para assinalar o duplo caráter dos direitos fundamentais: o seu aspecto subjetivo (pessoal) e o aspecto objetivo (institucional) que condiciona e reforça a garantia dos direitos fundamentais reconhecendo a conversão da *quantidade da defesa em qualidade*.

Ademais, em face dos desafios políticos e sociais que se apresentam ao Estado

² Neste contexto, questiona-se acerca do grau de êxito da tentativa de transplantação, para o interior da teoria da constituição, da perspectiva teórico-democrática de cunho científico-cultural intentada por PETER HÄBERLE ao conceber a constituição como processo – constituição vivente.

³ Tal divisão sustenta-se a partir de uma análise detida no rol de obras – *Veröffentlichungen* (livros, coletâneas, artigos e recensões) reunidas por seu assistente Prof. Dr. Lothar Michael, disponível na página pessoal do autor publicada no sítio institucional da Universidade de Bayreuth (<http://www.uni-bayreuth.de/departments/rw/lehrstuhle/oer4/publ.htm>), e, mediante o entrecruzamento dos comentários de LANDA, RÍDOLA, GUITERREZ e MIKUNDA.

do bem-estar social na década de 70 (duramente criticado por FORSTHOFF), HÄBERLE formula uma teoria dos direitos fundamentais no Estado social (*Grundrechte im Leitungsstaat*, 1972), a partir da reconciliação entre igualdade e liberdade, entendida aquela como uma condição para o pleno exercício desta, e da discussão a respeito das funções a serem desempenhadas pelo Estado como garante da esfera de autonomia individual. Estas investigações prepararam definitivamente o terreno para o reconhecimento da feição republicana da constituição e da necessidade de se desenvolver a interconexão entre constituição e participação pública.

No *segundo momento*, o autor ocupa-se do estudo da *constituição da sociedade aberta*⁴ e do reconhecimento da processualidade das normas constitucionais. Enquanto no primeiro momento HÄBERLE partia da realidade constitucional da Lei Fundamental de Bonn para, valendo-se de elementos da teoria constitucional, aperfeiçoá-la e conferir plena compreensão de sua operatividade na dogmática constitucional germânica, este segundo momento se desenvolve no interior da teoria da constituição, com o intuito de compreender seus próprios fundamentos. As obras do autor *Verfassung als Öffentlicher Prozeß* (Constituição como processo público, 1978) e *Verfassung des Pluralismus* (Constituição do Pluralismo, 1980), que reúnem diferentes artigos publicados ao longo daquele decênio, marcam a incorporação do racionalismo crítico e do projeto político reformista de POPPER, além da ampliação da esfera pública e de seu papel nas sociedades contemporâneas como instância crítica e de legitimação da atuação estatal, inspirada no debate acerca da opinião pública de SMEND (1955) e HABERMAS (1968).

No *terceiro momento*, na linha renovadora do pensamento constitucional democrático, HÄBERLE analisa a jurisprudência do Tribunal Constitucional de Karlsruhe, buscando evidenciar os traços indissociáveis entre política e direito, visando confirmar a tese acerca da abertura material das disposições constitucionais à esfera atualizadora da opinião pública e criticar o déficit de participação democrática no processo de determinação de sentido da norma constitucional, momento no qual o autor reúne diferentes análises críticas da jurisprudência constitucional no Comentário sobre as decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979) e as considerações sobre a atuação do Tribunal

⁴ Em alusão à obra **A sociedade aberta e seus inimigos** (São Paulo: Itatiaia, 1987) de POPPER que alcançou maior ressonância na Alemanha a partir da publicação da edição revista e ampliada de 1962, ao passo em que se experimentava um período de agudização da guerra fria e das ameaças à liberdade que o totalitarismo vivido pela República Democrática Alemã representava, dividindo o território e a auto-estima alemã em duas metades.

Constitucional entre a Política e a Ciência Jurídica (*Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980). A partir de então, HÄBERLE incorpora progressivamente a cultura como um problema do fazer constitucional, numa perspectiva política, jurídica e científica, que o leva a reconhecer que só o contexto cultural pode estabelecer em última instância o conteúdo do texto constitucional.

No *quarto momento*, o autor analisa o conceito de cultura e a forma e mecanismos de proteção dos bens culturais insertos nos textos constitucionais (*Kulturpolitik in der Staat*, 1979) para, em seguida, ampliar esta perspectiva culturalista e passar a conceber a própria teoria da constituição como uma ciência cultural (*Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982). Esta perspectiva combina as clássicas idéias formal e material da Constituição e interpreta a norma constitucional não só como um emaranhado jurídico de normas, mas também como condição cultural de um povo. Com a inserção do entorno constitucional no interior do complexo normativo dos direitos fundamentais, o autor complementa as formulações acerca do papel da esfera pública na determinação do sentido constitucional, ampliando o leque de proteção da constituição. Ele assim o faz através da elaboração de um modelo constitucional (culturalmente difundido por meio de um movimento de recepção e envio de diferentes realidades constitucionais) e do reforço da proteção dos direitos fundamentais maximizados mediante a recepção de experiências constitucionais de outros países (mediante cláusulas de abertura) em face do reconhecimento de que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais deve ser progressivamente ampliado (função catalisadora das cristalizações constitucionais). Durante a década de 80, porém, sua obra adquire um carácter intelectual e concreto mais amplo, desenvolvendo fundamentos filosóficos, artísticos e teológicos, incursionando por uma gama de temas como: a educação como valor orientador do Estado constitucional; os literatos; a proteção constitucional da família; sobre o carácter multidimensional dos direitos fundamentais; a proteção dos feriados e do domingo como garantia cultural; e o desenvolvimento de seu modelo de recepção jurídica (comparação entre culturas), bases para os aportes comparatistas que marcam o último ciclo de investigações.

Por fim, no *último momento*, o autor considera as diversas matizações em torno da existência de um Direito constitucional comum europeu. Lançadas as bases que conduzem o autor à compreensão do direito comparado como método necessário do direito constitucional, com a publicação do extenso artigo *Direito constitucional comum europeu* (*Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, 1991), ele volta-se para o

redimensionamento do direito constitucional frente ao processo de integração europeu, identificando a existência, em face de seu legado cultural comum, de espaços de sobreposição constitucional que autorizam o reconhecimento da existência de âmbitos parcialmente constitucionalizados na esfera pública (*öffentlichkeit*) europeia (*Per una dottrina della costituzione europea*, 1993). Este esforço teórico é consolidado em sua tese sobre a cultura jurídica europeia (*Europäische rechtskultur*, 1994) e o problema da verdade constitucional (*Wahreitprobleme im Verfassungsstaat*, 1995). O deslocamento do foco de observação do estudioso para as raízes da cultura política e de suas conexões (avaliação de uma maior ou menor aproximação às promessas constitucionais) daí advindo possibilita ao autor retomar a temática da interconexão entre direito e política ressaltando os seus aspectos culturais (no plano nacional e internacional), que podem ser observadas na obra *A Lei Fundamental entre o Direito Constitucional e a Política Constitucional (Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996).

Como já sinalizado anteriormente, o presente trabalho, ao buscar identificar os elementos da teoria constitucional de HÄBERLE esforça-se para, por via reflexa, suprir algumas dessas lacunas e fornecer alguns critérios que possibilitem a aproximação do estudioso nacional a tão relevantes categorias operacionais da teoria da constituição de cunho científico-cultural, além de sinalizar possíveis desdobramentos (no sentido de recepção cultural) potencializados pela mensagem sugestiva do pensamento de possibilidades de HÄBERLE⁵.

Fornecidos os subsídios que demonstram a atualidade do tema proposto e a importância que se pode conferir à proposta conceitual de PETER HÄBERLE, esclarecidos os problemas e os objetivos que orientaram a presente pesquisa e após promover um apanhado geral sobre o desenvolvimento do pensamento do autor a ser estudado, passa-se então à discussão da forma como serão apresentados os resultados da pesquisa

⁵ HÄBERLE tem participado ativamente dos diferentes movimentos de (re)constitucionalização experimentados pela última onda constitucional fruto da derrota do socialismo real do leste europeu, que o projetaram como um dos principais arautos pró-desenvolvimento de um constitucionalismo europeu. Tendo participado ativamente do processo de constitucionalização da Europa do Leste (assessoria à Constituição da Polónia, da Estónia e da República Tcheca), tendo diferentes fragmentos de sua vasta obra científica encontrado bastante ressonância entre os jusconstitucionalistas italianos (ZAGREBELSKY e RIDOLA), espanhóis (LUCAS VERDÚ, PEREZ-LUÑO, LÓPEZ PINA, BALANGUER CALLEJÓN, CRUZ VILLALLÓN e ESTÉVEZ ARAÚJO), portugueses (CANOTILHO) e gregos (sendo agraciado com o título de *honoris causa* pela Universidade de Tessalonica). O seu trabalho ecoa para além do continente europeu, ressoando entre os constitucionalistas sul-americanos no Peru, no Brasil, na África do Sul e mesmo em países de tradição cultural oriental como Japão e Coreia do Sul. Diversos trabalhos seus foram traduzidos (de forma ainda fragmentada) para o espanhol, português, italiano, inglês, grego, polonês, coreano e japonês.

identificando os recortes teóricos promovidos, acrescidos, quando oportuno, de suas correlatas justificativas. Assim, face ao entrelaçamento e unidade da obra de HÄBERLE, optou-se por fazer uma inversão cronológica no presente trabalho, apresentando, inicialmente, as bases epistemológicas e antropológicas que agrupam as obras onde é formulada uma teoria da constituição de cunho cultural (quarto momento da produção intelectual do autor), para em seguida apresentar os elementos caracterizadores da categoria operacional a ser aqui privilegiada, qual seja, a idéia de constituição como processo público e aberto, uma constante na expressão cunhada de **constituição vivente** (*Lebende Verfassung*, ou ainda, reportando-se à tradição anglo-americana, *law in public action*).

Desta maneira, o **primeiro capítulo**, tem por objetivo central estabelecer as bases para o subsequente desenvolvimento dos elementos que compõem a processualidade constitucional do autor. Neste desiderato, buscar-se-á, em um primeiro momento, fazer uma apresentação global das principais categorias da teoria constitucional enfeixadas desde a problematização clássica em torno da teoria da constituição, quais sejam: a demarcação do objeto de estudo, das funções atribuídas à constituição e dos propósitos pretendidos pelo autor com as suas formulações teóricas. Ademais, a fim de situar o posicionamento do autor sob análise, além de tangenciar o texto com algumas incursões acerca de debates travados no interior da teoria da constituição (teoria material e teoria formal, ter e estar em constituição, etc) serão feitas algumas transcrições diretas com as quais se pretende colocar o leitor em contato com o estilo que perpassa sua obra.

No momento seguinte, procurar-se-á apresentar os resultados da investigação das matrizes epistemológicas sobre as quais o autor constrói a perspectiva científico-cultural, identificando os elementos do racionalismo crítico de POPPER e a análise da cultura como efetividade humana. HÄBERLE se preocupa em transmudar a teoria científica do racionalismo crítico de POPPER para o interior da teoria constitucional, integrando-o com a caracterização do direito e de todas as esferas de atuação do homem como dimensões da cultura. Para tanto, além de valer-se dos fragmentos da filosofia política do filósofo austríaco, seguindo os passos indicados pelo próprio HÄBERLE ao refletir sobre os influxos teóricos por ele sofridos⁶, intentar-se-á conjugar os trabalhos de HELLER e SMEND,

⁶ HÄBERLE, Peter. Un jurista europeo nacido en alemania: conversación con el profesor Peter Häberle. *Anuario de derecho constitucional parlamentario*, Granada, Espanha, n. 9, 1997. Entrevistado por Francisco Balaguer Callejón. p. 15.

bases para o desenvolvimento de sua concepção culturalista, a partir da identificação da dinâmica cultural no seio da sociedade, os aspectos antropológicos que vão condicionar a construção do modelo teórico de sua apreensão, as bases para a compreensão da vinculação do indivíduo na comunidade e a forma como se interpenetram os elementos racionais e emocionais nas projeções sociais dos indivíduos como forças dinamizadoras da realidade.

Por fim, após esta *garimpagem*, buscar-se-á fornecer os elementos teóricos que possibilitarão a apreensão da constituição enquanto fenômeno cultural e que servirão de critério orientador para a construção do projeto científico de HÄBERLE como ciência experimental em estreita vinculação com o caráter constitutivo da esfera pública.

O **segundo capítulo**, por sua vez, se preocupará, precipuamente, com a apresentação dos elementos constitutivos da categoria de constituição como processo, enunciando não só os elementos e as circunstâncias que marcaram o seu aparecimento, fortemente influenciado pelo contexto cultural-constitucional da Alemanha da década de 70, mas também fazendo a necessária intertextualidade com os desdobramentos posteriores da obra do autor, em especial, a partir da explícita tentativa de compreender a constituição e o direito desde o ponto de vista de uma ciência cultural (a partir de 1982), reforçando-se desta maneira, a referida inversão cronológica operada no curso da sistematização do presente trabalho.

No primeiro momento tentar-se-á apresentar os elementos que contribuíram diretamente para o desenvolvimento do pensamento possibilista de HÄBERLE, fazendo um rápido catálogo dos desafios sócio-políticos que se lhe apresentavam e os desenvolvimentos da processualística e dogmática constitucional, em cujo contexto se inseria –e para onde voltava seus olhos ao postular a integração da teoria da democracia à teoria da constituição– em seguida buscar-se-á esclarecer: os traços caracterizadores do projeto político de POPPER e o sentido que ele empresta à sociedade aberta em sua teoria democrática (de índole processual) comprometida com uma ética humanitária e igualitária; a categoria esfera pública; e a inserção do pensamento de HÄBERLE na dogmática constitucional alemã instrumentalizada pelas categorias teóricas da teoria constitucional de seus mestres (direto) HESSE e (indireto) SMEND.

No segundo momento, serão apresentados os elementos que foram adscritos à concepção inicial de pluralismo como *multiplicidade de idéias e interesses* (fato do pluralismo), elementos que, em decorrência da vinculação estabelecida por HÄBERLE entre o Estado constitucional e a sociedade aberta de POPPER, conferem ao pluralismo um valor

intrinsecamente positivo que, enfeixados, autorizam HÄBERLE a convertê-lo na máxima que vai orientar sua maneira de compreender a constituição e a partir de onde se podem inserir as categorias acopladas a sua teoria da constituição (o enfoque acerca da tolerância, a esfera pública como mediatização de cristalizações culturais, etc).

Por fim, buscar-se-á desenvolver os elementos centrais da categoria de constituição como processo quais sejam: a de que a Constituição transcende o texto escrito abrindo-se no tempo às forças atualizadoras dos grupos sociais (abertura constitucional), e, como corolário, de que o Estado e a sociedade têm expressão na Constituição enquanto experiência que integra o passado e o presente em um plano mais amplo que se projeta sobre a totalidade da *res publica* (constituição como espelho da esfera pública).

O **terceiro capítulo** visa apresentar alguns dos desdobramentos da idéia de processualidade constitucional, acrescidos do aporte culturalista do autor à teoria constitucional, a fim de pôr em evidência os motivos pelos quais se entende que a categoria procedimental da constituição representa o elo de ligação de toda sua teoria constitucional.

Neste sentido, será enfocada, primeiramente, a teoria da recepção (e do envio) jurídica a partir da qual o autor identifica, no texto constitucional, a existência de níveis textuais distintos, frutos de sucessivas ondas de recepção cultural e que conectam os Estados constitucionais a uma matriz comum, razão pela qual é possível construir um modelo (arquétipo) de Estado constitucional, que por sua vez é o resultado da abstração das diferentes experiências constitucionais.

No afã de subsidiar a reconstrução deste modelo teórico, valer-se-á aqui da lição de CALVO GONZÁLES, que recorre à estética da recepção (cultural) a fim de conceber a comunidade jurídica como um modelo de jogo intertextual para o direito. Buscar-se-á, em seguida, identificar os elementos que compõem a comunidade de intérpretes, conceito correlato à idéia de procedimentalização constitucional, a fim de identificar de que forma a preocupação com os participantes do processo de interpretação constitucional é concebida a partir da diferenciação entre interpretação em sentido estrito e em sentido lato. E, no último momento deste capítulo, tentar-se-á, de forma pontual, apresentar os termos em que HÄBERLE concebe a constituição como um projeto aberto ao futuro, conectando o futuro do Estado constitucional aos desdobramentos da dignidade humana e da função educativa da constituição com as quais ela se instrumentaliza no intuito de adaptar sua função integradora às novas exigências da contemporaneidade.

Munido deste instrumental teórico e tendo recuperado as principais questões enfrentadas ao longo do trabalho, descortinar-se-á –como forma de encerrar o texto ciente de que a pesquisa está somente começando– serão apresentadas algumas possibilidades de desenvolvimento do pensamento de HÄBERLE no interior do atual estágio de discussão constitucional no Brasil.

Apesar da inegável repercussão e importância, para o constitucionalismo pátrio, que teve a publicação do texto central de uma das obras de PETER HÄBERLE⁷, trata-se, tão-somente, de um pequeno fragmento que não é capaz de fornecer algumas das importantes precisões e desdobramentos posteriores da obra do autor, o que dificulta sua apreensão e pode conduzir a graves perturbações ou mesmo perplexidades. Da leitura de tal texto não se pode apreender com clareza: (a) o *substrato cultural*, de acentuada importância como instrumento de conformação e garantia objetiva da constituição; (b) a idéia de *pluralidade de métodos e de intérpretes* que permanece vaga, podendo conduzir o leitor incauto a reconhecer nisto a defesa de um relativismo exacerbado que implicaria em um total desvirtuamento da obra do autor; (c), a relação entre a opinião pública e o *self restraint* dos juízes como fatos de incremento da legitimidade democrática à atividade judicial, pois o texto não esclarece *sobre qual opinião pública se está falando?* –uma apropriação indevida poderia constituir grave perigo para a sociedade brasileira dotada de instituições democráticas tão frágeis, com uma forte tradição cultural de autoritarismo e dominada por uma cultura de massas em que a mídia televisiva constitui o principal instrumento de formação de opinião a par de elevados índices de analfabetismo e descrédito na representação política–; e (d) a interconexão das diferentes experiências constitucionais, da teoria da recepção jurídica e da função do modelo de Estado constitucional como critério de correção e garantia objetiva da constituição, que não está dimensionada.

Valeu-se, no presente trabalho, do método dedutivo, tendo-se recorrido, essencialmente, de material bibliográfico que privilegiou a compreensão do debate constitucional e político de matriz germânica, acrescido, de forma pontual, da análise documental de decisões da Corte Constitucional Alemã, recolhidas em publicações compiladas e traduzidas para o inglês.

⁷ *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: SAFE, 1997.

1 Teoria Constitucional como ciência cultural

1.1 Elementos da Teoria da Constituição de HÄBERLE

A delimitação de um campo do saber científico requer a descrição daqueles elementos que lhe são próprios, de modo a individualizá-lo e diferenciá-lo dos demais. O caminho a ser trilhado, neste sentido, consiste na identificação do seu objeto e de sua(s) finalidades(s), momento no qual se destacam as nuances específicas do fenômeno em tela (seu objeto).

1.1.1 Delimitação científica da teoria da constituição

Para HÄBERLE, a teoria da constituição é a *ciência das constituições dos Estados Constitucionais*⁸. HÄBERLE pretende, pois, evidenciar a *cientificidade* da teoria da constituição e o objeto do qual se ocupa, qual seja, a *constituição dos Estados constitucionais*. O sentido com que o autor apreende o termo constituição, contudo, e o grau de generalidade (abstração) que atribui a sua formulação teórica não ficou de pronto evidenciado, face da indeterminabilidade, *a priori*, dos termos *constituição* e *Estados Constitucionais*, que impedem a apreensão da perspectiva adotada pelo autor na ultimação de seu afazer teórico, além do silêncio quanto às tarefas a serem assumidas pelo investigador, dificultando a individualização do seu *ethos* próprio.

Ao assinalar a experiência constitucional dos Estados constitucionais como foco da teoria da constituição, não se quer com isso produzir uma concepção teórica que se ocupe da identificação dos elementos essenciais da constituição em um sentido ontológico e a-histórico, nem identificar formulações genéricas (intuitivamente, ou mesmo a partir da observação das experiências concretas) aptas a compreender, de forma absoluta, as diferentes experiências constitucionais. A teoria da constituição pretende investigar a estrutura e os elementos da constituição de uma determinada realidade histórico-cultural –a formação do Estado constitucional a partir da experiência euro-atlântica mediada por um processo de troca de experiências: recepção e envio jurídico⁹–, inserindo-se na dinâmica das transformações, em meio à qual busca destacar as notas

⁸ HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1998. p. 45.

⁹ Cf. item 3.2.

necessárias do ser da **concepção atual** de constituição, ou seja, a identificação das funções a serem exercidas que adquirem o *status* de essencialidade.

Em seu centro não está qualquer Estado (prescindindo do espaço e do tempo), não se situa na tradição da chamada teoria geral do Estado (com os três elementos: poder, povo e território do Estado), mas sim um tipo de constituição bastante concreto¹⁰, precisamente a constituição do Estado constitucional: tanto quanto a constituição o determine.¹¹

A teoria da constituição, assim, não pretende ser uma teoria geral do constitucionalismo¹², posto que poderia redundar em um historicismo desmedido, nem se limitar ao estudo de uma realidade espaço-temporal concreta, posto que se converteria em uma dogmática constitucional. A indicação dos elementos a serem integrados à normatividade constitucional, ademais, deve ser suscitada a partir da identificação da perspectiva científica adotada na tarefa de apreensão da constituição que, para HÄBERLE, consiste no reconhecimento da teoria constitucional como ciência da realidade, ou seja, como ciência cultural

que colabora, de acordo com uma divisão de trabalho, na busca da verdade com outras ciências culturais, como a história ou a economia política, contudo conserva seu propium (a busca aberta da justiça e do bem comum) e sua própria responsabilidade, precisamente frente a uma corrente atual, que como o fundamentalismo, a desafia radicalmente.¹³

Neste sentido, a inserção do qualificativo *cultural* reconhece que o fenômeno *constituição* é passível de ser apreendido em diferentes perspectivas que, complementando-se, ampliam os elementos de percepção de sua realidade. Quando o autor reconhece a *divisão de trabalho* ele já deixa sinalizada a importância que confere à

¹⁰ A idéia desenvolvida por HÄBERLE se aproxima bastante das precisões de seu mestre HESSE quando se ocupa da formulação de uma teoria constitucional constitucionalmente adequada (vd. *Concepto e cualidad de la Constitución* [1966]. In: _____. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983).

¹¹ *En su centro está no cualquier Estado (prescindiendo del espacio y del tiempo), en la tradición de la llamada teoría general del Estado (con los tres elementos: poder, pueblo y territorio del Estado), sino un tipo de Constitución bastante concreto, precisamente la Constitución del Estado constitucional: aquí hay sólo tanto Estado como la Constitución determina.* HÄBERLE. **Libertad, igualdad, fraternidad...** p. 36.

¹² No mesmo sentido empregado por HELLER quando defende a impossibilidade do estabelecimento de uma teoria geral do Estado nos termos das pretensões científicas próprias do século XIX de LABAND e JELLINEK. (Cf. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968).

¹³ *la teoría constitucional es una ciencia cultural, colabora conforme a una división del trabajo en la búsqueda de la verdad con otras ciencias culturales como la historia o la economía política, pero conserva su propium (la búsqueda abierta de la justicia y del bien común) y su propia responsabilidad - precisamente frente a una corriente actual, que como el fundamentalismo la desafia hoy radicalmente.* HÄBERLE, Peter. *Programas sobre Europa en constituciones y proyectos constitucionales recientes. El desarrollo del "Derecho constitucional nacional sobre Europa"*. In: _____. **Rectos Actuales dei Estado Constitucional**. Oñati, Espanha, IVAP, 1996. p. 138.

interdisciplinaridade e ao recurso de resultados (parciais) de outros campos do saber como elementos de crítica e reformulação da própria forma de conceber a função normativa da constituição¹⁴.

Ademais, a normatividade, na conceituação do autor, não é assinalada como traço distintivo da teoria da constituição, mas deriva da conjugação do compromisso científico na *busca aberta da justiça e do bem comum* (fins próprios à teoria da constituição enquanto ciência jurídica). Percebe-se, desde logo, a mudança de foco na apreensão da normatividade e de sua força normalizadora, que se constitui num dos principais traços individualizadores da concepção de constituição como processo (mediado pelo contexto cultural). A idéia de norma vinculada à produção estatal, de forma abstrata e generalizante é substituída pela concepção de que a normatividade veiculada pelas instituições é constituída pela esfera pública (por isso, a busca do bem comum) e é axiologicamente orientada (busca da justiça), e seu grau de legitimidade aumenta na proporção em que o teor da prescrição tenha se processado à luz das exigências do pluralismo¹⁵, ou seja, tenha sido resultado de um processo de *livre* discussão no qual houvesse sido oportunizado o entrelaçamento de diferentes possibilidades e tivessem sido levados em conta os interesses em tela (*busca da verdade*¹⁶).

Feitas estas precisões e imbuído do propósito de propiciar um primeiro contato com as categorias centrais da teoria constitucional do autor, passar-se-á a identificar a concepção de constituição formulada por HÄBERLE e as funções a ela atribuídas, a partir do que se poderá aprofundar os pressupostos teóricos que orientam sua perspectiva científico-cultural.

1.1.2 Concepção de constituição

A concepção de HÄBERLE pretende apreender o *espectro*¹⁷ da Constituição através de sua –segundo entende o autor: necessária– conexão ao contexto cultural circundante, de forma que ele (o texto constitucional), incorporando o *dever* histórico, se manifesta como *texto vivo* – *Lebende Verfassung, law in public action*. Esta

¹⁴ Vd. item 2.3.2.

¹⁵ Para a compreensão da forma com que o autor concebe o pluralismo, vd. item 2.2.4.

¹⁶ VD. item 2.2.4.4.

¹⁷ Expressão utilizada por HÄBERLE como forma de apropriação do sentido que os estudos físicos sobre a propagação do calor, que consiste no *Resultante de um processo, ou de um fenômeno, em que se observa ou registra um efeito proveniente da distribuição de energia numa onda ou num feixe de partículas*. Cf. ESPECTRO. In: **NOVO Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa, versão 3.0: dicionário eletrônico. São Paulo: Lexikon Informática; Editora Nova Fronteira, 2000. 1 CD-ROM. [Fis. item 7].

processualidade e conexão vitais descortinam-se a partir da enunciação dos pressupostos epistemológicos e dos elementos centrais de sua perspectiva científica, condensados na seguinte definição de constituição apresentada pelo autor:

Estas [as constituições] se apóiam sobre a dignidade humana como premissa antropológico-cultural e conduzem à democracia como «conseqüência orgânica»¹⁸, constituem uma res publica com a Constituição como ordenamento marco, que vive de que todos os cidadãos e grupos intentem, cada vez e sempre de novo, comportar-se de modo adequado e suportar-se mutuamente e que desse modo se desenvolva¹⁹.

Assim, a constituição é compreendida como *marco constitutivo da res publica*, de forma que HÄBERLE não nega a natureza vinculante do texto constitucional, mas funda sua legitimidade, não no argumento retórico da autoridade privilegiada do Poder Constituinte²⁰, mas no grau de sua identificação à cultura política da sociedade. Esta concepção é estruturada a partir de uma visão moderadamente otimista do homem e da sociedade fundada nos pressupostos do racionalismo crítico²¹ que compele, como condição de possibilidade de sustentação da própria idéia de Estado constitucional, à realização da dignidade humana e maximização da democracia²².

A partir do postulado da processualidade da constituição, pode-se inferir que o projeto político de HÄBERLE tem base em uma concepção instrumental de dignidade humana e democracia enquanto possibilidade de ampliação da autonomia e da liberdade humanas, de forma que a tábua de elementos que preenchem estes conceitos não é

¹⁸ HÄBERLE emprega a expressão *conseqüência orgânica* de um modo bastante particular –que se diferencia da tradição organicista da filosofia alemã– como forma de reforço semântico da interligação entre os valores da liberdade, igualdade e democracia, funcionalmente conectados de forma que a liberdade postulada se define concretamente a partir de procedimentos democráticos mediante que leva em conta as diferenças (e deficiências) concretas no processo de ponderação de interesses. A fim de compreender estes valores em conexão com a idéia de dignidade humana como premissa antropológico-cultural do Estado constitucional, vd. item 3.3.2.

¹⁹ *Éstas [as constituições] se apoyan sobre la dignidade humana como premissa antropológico-cultural y conducen a la democracia como «consecuencia orgánica»; constituyen una res publica con la Constitución como ordenamiento marco, que vive de que todos los ciudadanos y grupos intenten cada vez y siempre de nuevo comportarse de modo adecuado y soportarse mutuamente y que de ese modo se desarrollo.* HÄBERLE. *Libertad, igualdad, fraternidad...* p. 45.

²⁰ Baseado na ficção que remonta a SIÉYÈS sobre a ilimitação jurídica e incondicionamento do Poder Constituinte a nenhuma normativa pré-constitucional (Cf. *¿Que es el tercer estado?* México: Editora Nacional, [19??]). Estes elementos, inclusive reportando-se à influência do abade francês, são bem delineados no interessante estudo de GONÇALVES FERREIRA FILHO entitulado *O Poder Constituinte* (São Paulo: Saraiva, 1997. p. 21-102).

²¹ No sentido que lhe confere POPPER, vd. item 1.2.1.

²² Evidencia-se, desta forma, o caráter notadamente prescritivo e axiologicamente orientado da conceituação de constituição como processo de HÄBERLE.

definida *a priori*, mas encontra-se sempre aberta às atualizações da esfera pública²³ (*Öffentlichkeit*). Desta maneira, não obstante estar o Estado aberto ao entrecruzamento das diferentes ideologias, encontra-se axiologicamente orientado²⁴ à realização das máximas do *fortalecimento das instituições democráticas* e da *maior autonomia possível*.

Por reconhecer a estrutura dialógica das normas constitucionais e sua necessária referibilidade à sociedade, o seu processo de atualização e configuração de sentido deve ser estruturado a fim de incorporar os elementos materiais resultantes da atuação conjunta dos diferentes grupos sociais²⁵ da esfera pública (estímulo proporcionado pelos textos) que se processa nos quadrantes fixados pela constituição (segundo seus limites textuais).

Por fim, quando entende que a constituição deve propiciar uma atitude de tolerância (suportar-se mutuamente) e de fraternidade (promoção dessa tolerância), reforça seu posicionamento segundo o qual os valores constitucionais podem ser cultivados²⁶, sendo seu enraizamento cultural a única forma de garantia objetiva contra o vilipêndio da dignidade humana e da democracia (instrumentalmente orientada à

²³ O termo *Öffentlichkeit* não possui um correspondente exato na língua portuguesa, tendo sido usualmente traduzido por *coisa pública*, *publicidade*, *esfera pública* e *espaço público*. O debate acerca dos influxos da cultura anglo-saxônica e latina acerca da expressão *Öffentlichkeit* e a transformação por que passou este vocábulo na cultura política germânica, foi acentuado por SMEND (*Sobre el problema de lo público y la «cosa pública»*). In: _____, **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: CEC, 1985) e HABERMAS (**Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984). Não obstante as traduções italianas e espanholas valerem-se, quase à totalidade, do termo *publicidade*, no presente trabalho adotou-se a expressão *esfera pública* uma vez que o emprego do termo *publicidade* na língua portuguesa remete à idéia de *propaganda* ou ainda *do caráter do que é feito em público*, minimizando a dimensão de abertura e de participação ativa que a expressão alemã traz consigo. Ademais, a opção por *esfera pública* também coaduna-se com o intuito deliberado de não confundi-la com a categoria habermasiana de *espaço público* como espaço comunicacional (concorrendo para uma equivocada recepção de matizes da teoria da ação comunicativa). Não obstante existirem importantes aproximações entre a concepção de *teoria da constituição como ciência cultural* desenvolvida por HÄBERLE e a obra de HABERMAS, contrapô-las refugiria à pretensão deste trabalho, razão por que a referência a HABERMAS limitou-se a algumas remissões a categoria esfera pública no item 2.2.2.

²⁴ As considerações relativas à caracterização feita pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão acerca da existência de um *sistema objetivo de valores* e sobre a concepção neutral da Constituição, cf. as considerações a esse respeito no item 2.3.1.

²⁵ As relações entre o Estado e o cidadão são mediadas por uma infinidade de grupos sociais de diferentes graus de organização e dotados de diferentes finalidades que interagem na esfera pública e constitui as unidades através das quais o indivíduo interage em sociedade e a partir das quais comparte diferentes vivências. A concepção republicana de HÄBERLE o faz sobrevalorizar a importância da consideração das cristalizações emanadas destes núcleos de poder nos processos de concretização constitucional, a ponto de reconhecer que a constituição consiste em um espelho do conjunto de interações destes grupos na esfera pública, composta pelos partidos, sindicatos, igrejas, núcleos familiares, atividade recreativa, etc. Para uma visão esclarecedora acerca dos seus elementos constitutivos e da sua relação com o poder em uma sociedade complexa e pluralística, vd. DOBROWOLSKI, Sílvio. Grupos sociais e poder. Separata de: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, a. 22, n. 88, out./dez., p. 95-104, a. 1985.

²⁶ Os textos constitucionais devem ser literalmente *cultivados* para que os vínculos objetivos do Estado constitucional possam ser estabelecidos no sentido de conferir maior estabilidade à constituição.

realização daquela); esta perspectiva de maximização dos meios de garantia, pode ainda ser reforçada através do reconhecimento da dignidade humana como máxima em diplomas e por instituições internacionais²⁷.

Destacados os principais pontos a partir dos quais o autor irá desenvolver sua teoria da constituição, reproduzir-se-á um trecho de uma de suas conferências²⁸ onde HÄBERLE enfeixa estas questões, a fim de propiciar uma visão panorâmica do seu estilo e temas que circundam a problemática em torno da admissão da processualidade constitucional.

A constituição constitui o poder e o limita. Não é só um texto jurídico, mas também um contexto cultural. Comentários, textos, instituições e procedimentos simplesmente jurídicos não chegam a abarcá-la [por completo]. A Constituição não é só uma ordem jurídica para juristas, que deveriam interpretá-las de acordo com as velhas e novas regras de seu ofício. Atua essencialmente, também, como guia para não juristas: para cidadãos e grupos [sociais].

Não é a constituição só um texto jurídico ou um emaranhado de regras normativas, mas também, expressão de uma situação cultural dinâmica, meio de auto-representação cultural de um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças. As constituições vivas, como obra de todos os intérpretes da Constituição em uma sociedade aberta, são, de acordo com sua forma e conteúdo, expressão e mediação da cultura, marcos para a recepção e reprodução cultural, assim como arquivo cultural das informações, experiências, vivências e o saber popular recepcionados. [...] a Constituição do Estado é uma «forma inventada que, vivendo, se desenvolve».

A partir de um ponto de vista jurídico [teoria formal²⁹], um povo tem uma

²⁷ Possibilita a construção do que HÄBERLE denomina de cultura internacional dos direitos humanos. Neste sentido, vd. HÄBERLE, Peter. El fundamentalismo como desafío del Estado constitucional: consideraciones desde la ciencia del Derecho y de la cultura. In: _____. **Retos actuales del Estado Constitucional**. Oñati: IVAP, 1995. p. 133-162; Idem. El concepto de derechos fundamentales. In: SAUCA, J.M. (Org.). **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: BOE/Univ.Carlos III, 1994. p. 81-127.

²⁸ HÄBERLE. *Libertad, igualdad, fraternidad...* p. 45-48.

²⁹ A admissão da incompletude da norma e da sua referibilidade aos elementos extra-normativos (cf. item 2.3.1) situa o pensamento de HÄBERLE dentre os partidários de uma concepção material de constituição. Essa discussão em torno de uma concepção formal ou material da constituição ganhou maior proeminência no debate germânico no período de Weimar, onde se contrapunham ao purismo metodológico de Kelsen autores como SMEND (teoria da integração) e HELLER (integração científico-cultural do Estado) e SCHMITT (teologia política). A contestação à concepção formal da constituição representa um dos poucos traços em comum que aproximam esses diferentes autores, de forma que a qualificação de uma determinada teoria da constituição como *teoria material* não pode ser positivamente valorada só pelo fato de ser constituída a partir do reconhecimento de vínculos extranormativos ao texto constitucional. Para uma elucidação acerca da temática com inúmeras referências ao debate germânico, vd. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997. Para uma leitura aprofundada especificamente sobre o debate em torno das concepções material e formal de constituição, vd. LUCAS VERDÚ, Pablo. El orden normativista puro: supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen. **Revista de estudios**

Constituição; considerado de um ponto de vista culturalmente mais amplo, [este povo] está em (melhor ou pior) forma constitucional. O acatamento de uma Constituição, seu enraizamento no ethos cidadão e na vida dos grupos, sua entronização pela comunidade política; tudo isto tem certamente como pressuposto, determinadas regulações jurídicas, mas nelas não reside a garantia de que o Estado constitucional seja [realizado] hic et nunc [hoje e sempre]³⁰.

A apaixonada crença de HÄBERLE no Estado constitucional e na máxima ampliação do grau de concretização de seus elementos estruturais, mediada por sua concepção de constituição faz com que a própria teoria da constituição reconheça-se constituída como projeto aberto. Esta abertura resulta da referibilidade do texto ao contexto cultural que, por sua vez, estimula o desenvolvimento de sucessivos níveis textuais por diferentes forças produtivas (estatais e não-estatais), que, passados pelo teste da realidade, integram aquele modelo. Descortinam-se, assim, novos horizontes à cidadania, uma vez que se estabelecem as bases para o reconhecimento dos cidadãos como elementos potencialmente ativos nos procedimentos de atualização constitucional e, como corolário, da legitimidade de sua participação imediata e mediata nos diferentes processos de tomada de decisão, a fim de que a *coisa pública* resulte da *obra de todos e de cada um*, contribuindo, dessa forma, para a criação de uma identidade constitucional genuína de cada nação³¹.

1.1.3 Funções da teoria da constituição

A teoria da constituição tal qual concebida por HÄBERLE, busca integrar o

policitos (nueva época), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 68, abr.-jun., p. 7-93, a. 1990.

³⁰ *La Constitución constituye el poder y lo limita. No es sólo un texto jurídico, sino también un contexto cultural. Comentarios, textos, instituciones y procedimientos simplemente jurídicos no llegan a abarcala. La Constitución no es sólo un orden jurídico para juristas, que deberían interpretar de acuerdo con las viejas y nuevas reglas de su oficio. Actúa esencialmente también como guía para no juristas: para ciudadanos y grupos. No es la Constitución sólo un texto jurídico o un entramado de reglas normativas sino también expresión de una situación cultural dinámica, medio de la autorrepresentación cultural de un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas. Las constituciones vivas, como obra de todos los intérpretes de la Constitución en una sociedad abierta, son más bien, de acuerdo con su forma y su contenido, expresión y mediación de cultura, marcos para la recepción y mediación de cultura, marcos para la recepción y (re)producción culutral, así como archivo cultural para las informaciones, las experiencias, las vivencias y el saber popular recibidos. (...) la Constitución del Estado es una «forma acuñada que viviendo se desarrolla» (HELLER). Desde el punto de vista jurídico, un pueblo tiene una Constitución; considerado culturalmente de modo más amplio está en (mejor o peor) forma constitucional. El acatamiento de una Constitución, su arraigo en el ethos ciudadano y en la vida de los grupos, su incardinamiento con la comunidad política; todo ello tien ciertamente como presupuesto determinadas regulaciones jurídicas, pero en ellas no reside aún una garantía de que el Estado constitucional sea real hic et nunc. HÄBERLE. **Libertad, igualdad, fraternidad...** p. 46-8.*

³¹ Cf. HÄBERLE, Peter. I diritti fondamentali nelle società pluraliste e ia Costituzione dei pluralismo. In: LUCIANI, M (Org.). **La democrazia alla fine del secolo**. Bari, Itália: Laterza, 1994. p. 93-134.

passado, o presente e o futuro, considerando a constituição como *um fragmento momentâneo*³² da realidade cultural, comprometida com a pretensão de superar a dicotomia entre realidade e texto constitucional. Para o autor, seu esforço precípua não consiste em verificar quão distante se encontra o texto constitucional de sua realidade circundante, mas em focar o próprio texto a partir de sua inserção na cultura político-constitucional nacional, a fim de que, de pronto, se possa evidenciar suas fragilidades e seu grau de identificação ao povo (grau de adesão cultural). Evita-se, assim, de um lado, o sentimento de frustração ante a constatação de inúmeras promessas não-cumpridas, e de outro, encontra-se os elementos objetivos que se constituiriam como fator de recrudescimento das garantias objetivas da constituição, conferindo aos valores fundamentais da tolerância e da liberdade um enfoque precipuamente pedagógico. Quando se inverte a lógica de apreensão da realidade, acentua-se a natureza predominantemente processual de enunciados normativos e se pode, com maior facilidade, mantê-los abertos às atualizações valorativas. A teoria da constituição de HÄBERLE, nestes termos, assume-se intimamente comprometida com a realidade³³.

No início do terceiro parágrafo do trecho antes transcrito, HÄBERLE lecionava que:

A partir de um ponto de vista jurídico [teoria formal], um povo tem uma Constituição; considerado de um ponto de vista culturalmente mais amplo, [este povo] está em (melhor ou pior) forma constitucional.

Ao distinguir o ponto de vista *jurídico* de uma abordagem *culturalmente mais ampla* que se ocupe do *ter* ou *estar*³⁴ em constituição, HÄBERLE adentra o debate acerca da concepção formal e material da constituição³⁵ a partir do momento em que insere os elementos materiais na investigação teórico-científica. Aquela discussão (*ter* e *estar em* Constituição), matizada inicialmente em solo britânico, face às peculiaridades de sua

³² la «Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura» integra tanto el pasado como el presente y el futuro – piénsese sólo en las cláusulas relativas al llamado «legado cultural» y a cualesquiera otros procesos análogos de recepción -, siempre y cuando y en la medida en que dichas modalidades tengan que ver con los textos constitucionales. Quizás así se logre una nueva configuración – no sólo en teoría, sino también en la práctica – de la relación existente entre el Derecho constitucional y la realidad, que reflejaría un fragmento momentáneo de su dimensión temporal, es decir, de la cultura constitucional en el tiempo. HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia cultural*. Madrid: Tecnos, 2000. p.73

³³ Vd. as conseqüências desta vinculação no item 1.4, onde se buscará assinalar alguns indícios sobre as formas de adotar efetivamente a perspectiva culturalista e os elementos da realidade no interior da teoria da constituição concebida por HÄBERLE.

³⁴ Neste sentido, vd. interessante apanhado acerca das diferentes matizações em que a oposição entre *ter* e *estar* em constituição é enfocada, assinalado por LUCAS VERDÚ *in* *La constitución en la encrucijada: palíngenesia iuris politici*. Madrid: Unv. Complutense de Madrid, 1994. p. 37-45. (Discurso de ingresso na Real Academia de Ciencias Morales y Políticas da Espanha).

³⁵ Vd. as considerações constantes da nota 29.

constituição *sem texto constitucional*, ecoa com proficuidade, há algum tempo, em solo continental, suscitando profundas reflexões face à entronização da preocupação em, através de uma teoria científica da constituição, inserir a realidade histórico-cultural nos textos normativos ao longo dos processos de atualização constitucional.

A oposição entre os enfoques formal (qualificado pelo autor de *jurídico*) e material (qualificado como *culturalmente mais amplo*) evidencia a motivação que orienta a apreensão do fenômeno *constituição*. O *approach* culturalista admite a enunciação de um juízo de valor acerca de seu grau de compatibilidade a um padrão ideal de forma constitucional (quando o autor refere-se à *melhor ou pior* forma constitucional)³⁶. Assim, para HÄBERLE, a teoria como ciência cultural busca relacionar a tipologia dos Estados Constitucionais e os elementos estruturais particulares de cada nação de forma a conjugar a *força sugestiva* dos textos constitucionais à *força produtiva* resultante da atividade positiva dos seus intérpretes (em sentido lato).

A atividade científica, ao aspirar converter-se em ciência da realidade, aponta em duas direções interconectadas, mas que cumprem distintas funções: a função de crítica e fornecimento de elementos para a dogmática constitucional e a função de apreensão das relações funcionais entre Constituição e Estado. Em um dado momento a teoria da constituição indaga acerca das funções a serem desempenhadas, dos objetivos e métodos para munirem o investigador do instrumental teórico que lhe confira aptidão para desenvolver a dogmática constitucional, e, em outro, ocupa-se da análise do papel desempenhado pela Constituição e pelo Estado na comunidade política.

Ambas valem-se da incorporação da crítica fornecida pela análise de seus resultados, obtidos, inclusive, a partir de outras ciências. Na primeira acepção da teoria da constituição, seus resultados fornecem subsídios (renovados) aptos a conduzirem a uma *boa* interpretação. Enquanto que na segunda faz-se possível uma crítica acerca do conjunto de pré-compreensões políticas confirmadoras da investigação científica de índole constitucional (autocompreensão crítica), de forma que o *âmbito da ciência deve ser considerado como elemento autônomo e integrado da comunidade política (Gemeinwesen)*³⁷. A ampla abertura ao diálogo, inclusive interdisciplinar, possibilitado por

³⁶ A preocupação em construir um modelo ideal de Estado constitucional a partir da confrontação das diferentes realidades constitucionais consiste em uma de suas questões centrais, razão por que a teoria da recepção e envio jurídicos aliada à defesa do método comparatista (entre culturas) serão analisados, de forma detida, no item 3.1.

³⁷ Seguindo esta sentença, o autor destaca o fato de que incumbe à *Ciência formular suas contribuições de forma acessível, de modo que ela possa ser apreciada e criticada na esfera pública (Öffentlichkeit)*.

essa dupla função³⁸ atribuída à teoria da constituição, deriva do compromisso teórico de HÄBERLE com o racionalismo crítico popperiano como condição para o desenvolvimento do pluralismo cultural.

1.2 Pressupostos epistemológicos da concepção científico-cultural de HÄBERLE: cultura como efetividade humana

Apresentados os principais elementos da teoria constitucional de HÄBERLE, cumpre elucidar os pressupostos teóricos sobre o qual o autor assentou os alicerces de sua concepção científica, recorrendo à conjugação das lições do racionalismo crítico de POPPER e do aporte culturalista cujos subsídios foram apreendidos, como matrizes epistemológicas, da tentativa de apreensão da realidade pela teoria do Estado e da constituição intentadas por HELLER e SMEND.

Por entender que a teoria científica de POPPER foi construída a partir de um enfoque teórico-democrático, HÄBERLE buscou transmudá-la para o interior da teoria constitucional. A incorporação desta perspectiva teórico-científica possibilitou a entronização do debate em torno da legitimidade e consenso, face ao reconhecimento do caráter convencional da sociedade (produto do engenho humano). O dualismo entre fatos e regras daí advindo implica a adoção de uma postura de abertura ao diálogo e uma atitude de razoabilidade que constituem as bases para a consolidação do compromisso de que as decisões resultem de processos de livre debate de idéias e do equacionamento dos interesses em tela sob o manto da equidade.

A idéia de verdade conjectural e a compreensão da linguagem como mediação das relações humanas de matizes popperianos conectam-se com o pensamento de integração cultural da realidade do Estado professado por HELLER e SMEND³⁹ no período weimariano, de onde HÄBERLE retira os subsídios para a compreensão do direito e da constituição como uma das dimensões da cultura. A apreensão da constituição em

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.** Porto Alegre: SAFE, 1997. p. 35.

³⁸ CANOTILHO, em uma acepção similar, confere à teoria da constituição uma dupla função, como teoria científica, *porque procura descrever, explicar e refutar os fundamentos, ideias, postulados, construção, estruturas e métodos (dogmática) do direito constitucional*, e como teoria política, *porque pretende compreender a ordenação constitucional do político, através da análise, discussão e crítica de sua força normativa, possibilidades e limites do direito constitucional.* Cf. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 3.ed. Lisboa: Almedina, 1999. p. 1246

³⁹ É de se frisar que o integracionismo político de SMEND e a dinâmica vital do Estado de HELLER possuem diferentes pontos de contato. Quando se os reconhece, contudo, como matrizes comuns do pensamento de HÄBERLE não se está, com isso, olvidando suas dissensões.

conexão com a dinâmica vital das transformações culturais no seio da sociedade constrói-se a partir da abertura de suas normas ao influxo atualizador do tempo e do reconhecimento de que estas transformações são fruto de contínuas mediações sociais. Desta maneira, pode-se recuperar os aspectos antropológico e epistemológico que vão condicionar a construção do modelo teórico de HÄBERLE, lançando luzes sobre o sentido por ele atribuído à relação de co-implicação dos processos culturais, sem os quais vê-se esvaziada a teoria constitucional como ciência cultural.

1.2.1 Racionalismo crítico de POPPER

POPPER configura seu racionalismo crítico a partir da exigência metódica de submeter todo o conhecimento à prova (refutabilidade) mediante a exposição pública dos argumentos que lhe dão suporte. Argumentos estes que resultam da conjugação de uma atitude de apelo à razão (como justificação) e de uma atitude de abertura ao diálogo. Este posicionamento se coaduna com a tentativa de transplantar para o âmbito das investigações sociais o seu projeto epistemológico, convertendo o método do *trial and error* em uma *mecânica social gradual*.

A teoria do conhecimento de POPPER encontra-se assentada nos seguintes termos: (a) demonstração de que todo conhecimento humano está previamente condicionado à problematização, que direciona sua investigação e conforma a seleção dos fenômenos observáveis, e às experiências anteriores; (b) defesa da verdade como correspondência, em substituição à idéia de verdade como equiparação, em face ao reconhecimento da falibilidade humana e da impossibilidade de prescrição de enunciados dotados de validade intrínseca⁴⁰; (c) compreensão do conhecimento científico como pautado em verdades objetivas ou conjecturais que consistem nos conhecimentos aceitos como válidos após a prévia submissão à prova mediante padrões comumente aceitos -

⁴⁰ A constatação da impossibilidade de prescrição de enunciados *verdadeiros em si* decorre do reconhecimento da impossibilidade de que o homem possa enunciar juízos que equivalham à apreensão da realidade na sua inteireza, mas que o conhecimento humano se constrói a partir das asserções humanas sobre os fatos (substituição da lógica da filosofia do conhecimento, pela da filosofia da linguagem). Assim, ao se admitir a verdade como equiparação não se está com isto instaurando um relativismo irracional. Ao contrário, segundo POPPER pode-se, através desta inversão, investigar racionalmente os fundamentos últimos da ciência, uma vez que a verdade objetiva passa a ser admitida como uma idéia de regulação a que se deve submeter todo o conhecimento que se pretende científico. Esta racionalização é possível através do reconhecimento de que a verdade da asserção não significa a validade intrínseca do conteúdo nela vinculado, mas do fato de que este conteúdo tenha sido *aceito como válido* e se mantenha *exposto à refutação* por parte da comunidade acadêmica. POPPER defende ainda que o termo que melhor se adequa a esta idéia de verdade conjectural é **verossimilhança**, uma vez que a verdade é obtida mediante o recurso, durante o processo de validação, a um **padrão** comumente aceito como correto; e subsiste sempre a possibilidade de ser considerada insuficiente, no todo ou em parte, para descrever os fenômenos que

método da tentativa e do erro (*trial and error*); (d) admissão da *refutabilidade* como critério definidor da cientificidade, ou seja, a exposição à crítica que redunde na possibilidade de que todo o conhecimento científico possa ser refutado, donde o seu grau de adesão racional aumenta à proporção que a formulação resista a um número maior de tentativas de refutação científica; (e) constatação de que a objetividade científica não resulta de uma postura de absoluta imparcialidade do investigador⁴¹, mas do caráter público e socializante decorrente do método da tentativa e erro (*trial and error*) que exige a exposição das premissas, da metodologia empregada e dos resultados alcançados (condição de refutabilidade).

Quando discorreu sobre o racionalismo crítico aplicado à filosofia política, o autor austríaco foi buscar na tradição grega os elementos que, segundo entende, compõem os fundamentos da sociedade moderna veiculados, mediata ou imediatamente, no âmago dos questionamentos acerca da democracia, liberdade e totalitarismo⁴². Para ele, a passagem da sociedade tribal à estrutura da *pólis* (tensão da civilização) possibilitou o desenvolvimento do racionalismo grego face à desvinculação da mística característica da sociedade estática tribal e da sua estruturação a partir da tentativa de apreender, de forma racional, que o movimento (a dinâmica social) e a distribuição do poder na sociedade (legitimidade) resultavam de atitudes humanas, diferenciadas das regularidades naturais.

Este dualismo entre fatos e decisões⁴³ implica o reconhecimento de que as opções (decisões) nunca derivam de fatos, não obstante sejam referentes a eles, e de que não devem ser contrárias às regularidades-naturais, até mesmo pela impossibilidade material de seu cumprimento. POPPER, contudo, adverte que estas tentativas de racionalização podem resultar na admissão tanto de posturas racionalistas autênticas (críticas) quanto de posturas pseudo-racionalistas (não-críticas)⁴⁴.

pretende descrever.

⁴¹ Lembrando que o investigador sempre estará sujeito aos problemas previamente formulados e, por via de consequência, às objetivações do mundo da vida.

⁴² É de se frisar que seu radical posicionamento antitotalitário e antiutópico foi fortemente influenciado pelo momento que marca a produção de sua principal obra dedicada a esta temática – *A sociedade aberta e seus inimigos* – qual seja, a Segunda Guerra (1943), e no auge das tensões da guerra fria, quando promoveu sua ampla revisão (1962).

⁴³ O dualismo crítico de Popper resulta do esforço de superação do isomorfismo entre natureza e convenção (característico das sociedades fechadas), através do reconhecimento de que as leis normativas prescrevem condutas e, como tais, são suscetíveis de serem alteradas e reforçadas mediante procedimentos institucionalizados de modificação.

⁴⁴ Novamente referindo-se à tradição grega, o autor identifica a teoria platônica das formas e o projeto político da *República* com o pseudo-racionalismo e a postura não-dogmática de SOCRÁTES como base para o racionalismo crítico. Para ele ao intuicionismo intelectual, ao argumento de autoridade dos governantes

Para ele a pretensão de fundamentar criticamente o racionalismo implica na negação de que sua pretensão racionalizadora é capaz de repelir qualquer argumentação ou experiência contrária, uma vez que toda decisão importa a conjugação de um impulso a um ato de razão. Logo, a decisão em favor da adoção do racionalismo também é uma decisão irracional, pois está assentada em um ato de fé na racionalidade humana. Assim, esta decisão mantém-se sempre em aberto⁴⁵, devendo⁴⁶, todavia, ser tomada levando-se em conta a análise das eventuais conseqüências sociais e políticas dela resultantes.

Mesmo reconhecendo a relevância de alguns dos argumentos irracionais⁴⁷, POPPER, adotando uma postura pragmática, busca *refutar*⁴⁸ o irracional apelo à emoção conectando-o às experiências totalitárias que vivenciou. O apelo à razão deve conjugar⁴⁹ o realismo (como pressuposto epistemológico – problema) ao racionalismo (como atitude prática ao diálogo), uma vez que o racionalismo consiste em uma atitude de *disposição a ouvir argumentos críticos e a aprender com a experiência [...que resulta em...] admitir que eu posso estar errado e vós podeis estar certos, e, por um esforço, poderemos aproximar-nos da verdade*⁵⁰.

Essa atitude de permanente **abertura ao diálogo** – na qual POPPER assenta a esperança de que, através de uma argumentação e observações cuidadosas, se possa alcançar um acordo aceitável pela maioria em torno de determinada decisão em face da equidade de seus fundamentos– exige que a atitude de racionalidade, quando do entrecruzamento de posicionamentos conflitantes, transmude-se em uma **atitude de**

sábios, à crença no racionalismo como instrumento infalível de descoberta e à crença de que a argumentação visa mostrar o verdadeiro (formas puras) àqueles acostumados com as sombras das cavernas; opõem-se a consciência das limitações pessoais, a modéstia intelectual, a crença moderada na razão e a argumentação concebida como instrumento de aprendizado.

⁴⁵ Cf. POPPER. *A sociedade aberta...* p. 454-5.

⁴⁶ Esta obrigatoriedade consiste, segundo POPPER, em uma **exigência moral**, pelo fato de que, não obstante a opção de adotar uma perspectiva racionalista ou irracionalista ser uma deliberação pessoal, em face do caráter público que uma opção deste jaez reflete por ser capaz de afetar uma enorme gama de pessoas, a análise das suas repercussões resulta do compromisso moral com a salvaguarda do pleno exercício da liberdade pela totalidade dos indivíduos na sociedade.

⁴⁷ Que se fundam na assertiva de que o homem possui uma natureza preponderantemente emocional (intuições, instintos, impulsividade) e no reconhecimento de que a intuição consubstancia-se em autêntica mola propulsora dos avanços científicos.

⁴⁸ (a) a firme convicção na ênfase irracional estimula a violência e a força bruta, uma vez que gera uma atitude de irresignação ante a natureza humana; (b) a proliferação dos conflitos se deve ao fato de que é porque mesmo as emoções e paixões construtivas não puderam evitá-lo; (c) a liberdade e a igualdade não podem ser fundadas tendo por base uma teoria de valores inatos, ou seja, da simples constatação de que a liberdade e a igualdade dos homens resultam do fato de terem nascido fora dos grilhões das cadeias e serem dotados de uma feição humana comum; uma vez que esses argumentos facilmente podem degenerar para posturas antiigualitárias (desigualdades naturais) e intolerantes.

⁴⁹ Bases para a construção de seu *intuicionismo sociológico*. Para a uma leitura mais aprofundada a respeito desta categoria, vd. PEREIRA, Julio Cesar. Op. cit.. p.

⁵⁰ *A sociedade aberta...* p. 448 (v.ún.)

razoabilidade⁵¹, à semelhança da objetividade científica cujo carácter social configura-se através do método científico e do intercâmbio cultural mediado pela linguagem⁵².

Para o autor, nenhuma emoção, nem mesmo o amor, pode substituir o regime das instituições controladas pela razão⁵³, uma vez que a tentativa de trazer o céu à terra invariavelmente produz o **inferno da intolerância**⁵⁴. Como é que o autor chega a tais conclusões? Ele parte do pressuposto de que *amar é querer fazer o outro feliz*, mas, segundo POPPER, a adoção da máxima utilitarista de *felicidade ao máximo* é um dos ideais políticos mais perigosos, pois pode levar a imposição de uma escala de valores, de forma que estes, por mais sublimes que sejam, devam ser excluídos da agenda pública e suplantados pela idéia de **fraternidade** –em razão da qual o dever de promover a felicidade se converte no dever de eliminar o sofrimento– compreendida em estreita conexão com uma ética igualitária e humanista. Desta maneira, se reconhece que a sociedade e a natureza são irracionais, contudo, a atividade intelectual do homem deve imbuir-se da pretensão de racionalizá-las. Esta função de prescrição racionalizadora atribuída à teoria possibilita a identificação de POPPER do racionalismo crítico ao pragmático, para quem:

Esse racionalismo pragmático relaciona-se com o racionalismo não-crítico e com o irracionalismo do mesmo modo pelo qual o racionalismo crítico se acha relacionado a eles. De facto, o racionalismo não crítico pode argüir que o mundo é racional e que a tarefa da ciência é descobrir essa racionalidade, ao passo que um irracionalista pode insistir em que o mundo, sendo fundamentalmente irracional, deve ser experimentado e esgotado pelas nossas emoções ou paixões (ou por nossa intuição intelectual), antes que por meio dos métodos científicos. Em contraposição a isso, o racionalismo pragmático pode reconhecer que o mundo não é racional, mas exigir que o submetamos ou sujeitemos à razão até onde for possível⁵⁵.

1.2.2 O mundo da cultura como pré-condicionamento da conduta humana

Os elementos de pré-compreensão do conhecimento científico, que se constituem, inclusive, como pré-compreensões do fenómeno *constituição*, conformam o

⁵¹ Pode-se perceber aqui, os influxos da cultura anglo-saxônica da *equity* e da *rule of law*, sobre a formação do autor, decorrente da seu convívio na Nova Zelândia, onde escreveu a primeira versão da obra, complementado com a sua radicalização na Inglaterra.

⁵² A unidade racional da humanidade, aquilo que identifica o ser do homem enquanto ser racional consiste no fato dele ser capaz de linguagem. Cf. Idem, ibidem. p. 451 (v.ún.)

⁵³ Idem, ibidem. p. 460. (v.ún).

⁵⁴ Idem, ibidem. p. 462 (v.ún).

⁵⁵ Idem, ibidem.

agir humano condicionando-o a um conjunto de experiências vivenciadas no plano individual e coletivo –**mundo da cultura**– aqui concebido como conjunto de objetivações culturais. A compreensão do mundo da cultura comporta o reconhecimento da cultura como **atuação humana** e como **conjunto de vivências conformadoras desta mesma atuação**.

Na primeira acepção é privilegiado o aspecto criador e de atualização de sentido, próprio do indivíduo humano (*atuação social* de HELLER), uma vez que a cultura, numa perspectiva filosófica, é compreendida como uma categoria dialética de análise do processo pelo qual o homem, por meio de sua atividade concreta (espiritual e material), ao mesmo tempo em que modifica a natureza, cria a si mesmo como sujeito social da história. Neste sentido, a cultura constitui-se como atributo próprio da humanidade, critério distintivo da conduta humana. Esta consciência de si tomada a partir da projeção do *eu* na dinâmica social, que se realiza mediante interações intersubjetivas, faz do homem um *ser enquanto dever ser*⁵⁶ já que a sua existência ao mesmo tempo em que não é resultado de um conjunto de determinações causais (elementos da realidade), igualmente não pode ser concebida mediante a abstração dos elementos fáticos (historicidade) a partir de valorações abstratas. A sua existência, deve, assim, integrar a referibilidade (conexão) do ser ao dever-ser, já que viver não implica subsistir, mas projetar-se mediante um horizonte de significações.

O *mundo da cultura* consiste em um conjunto de características humanas, não inatas, que se criam e se preservam ou aprimoram através da comunicação e cooperação entre indivíduos em sociedade, e se manifestam em praticamente todos os aspectos da vida: modos de sobrevivência, normas de comportamento, crenças, instituições, valores espirituais, criações materiais, etc. Estas manifestações consistem em objetivações culturais –em cristalizações da cultura⁵⁷– que lhe conferem **existência material**, sem, contudo, abarcar a totalidade de seu sentido, uma vez que as cristalizações culturais são como pontas de *icebergs* que trazem consigo, como condição de possibilidade e como desdobramento, um conjunto complexo de expectativas e pensamentos (não expostos ou

⁵⁶ À semelhança de HELLER, REALE, um dos maiores expoentes pátrios da filosofia do direito, aqui citado para ilustrar os desdobramentos desta perspectiva culturalista, também recorre a uma perspectiva contextual-filosófica concebida como fundada na conduta humana como *atuação nomotética*. Assim, para o jusfilósofo paulista, a cultura consiste em *tudo aquilo que o homem realiza na História, na objetividade de fins especificamente humanos* (*Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 218); é *unidade de processus que encontra a sua raiz e fundamento na análise mesma do homem e de sua radical polaridade e historicidade* (*Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 79).

⁵⁷ Para uma apreensão do sentido em que as cristalizações culturais são empregadas no interior da teoria

em conexão).

Na unidade de *processus* em meio ao qual se (re)produz, a cultura conecta-se à realidade concreta do indivíduo e dos grupos sociais, de forma que tudo aquilo que o homem realiza no seu devir histórico (o conjunto das obras e atos) compõe a dimensão objetiva do próprio homem onde é tão essencial **a imagem do homem** como a **reflexão sobre si mesmo**.

A compreensão da cultura como efetividade humana visa combater as concepções abstratas ou metafísicas que sujeitam o indivíduo ao todo social. Não se pode conceber a cultura como efetividade se não se levar em conta uma concepção de homem que se baseie na oposição dialética entre individualidade (interação entre *alma* e *corpo*) e vinculação comunitária, tensão esta que se processa mediante múltiplos mecanismos de integração construídos a partir da conexão de vivências e representações da totalidade experimentadas globalmente pelos indivíduos na chamada unidade de ação social-coletiva e reforçadas pelas imagens de pacto que confere critérios racionais sob os quais se postula a formação do consenso.

1.2.3 A conjugação dos elementos racionais e irracionais na compreensão do universo humano: unidade dialética de alma e corpo

É impossível conceber uma teoria do Estado e da Constituição dissociada da visão de homem nelas latente em face da referibilidade social de toda ciência cultural que, na teoria constitucional de HÄBERLE, ganha acentuada proeminência diante das constantes referências à imagem do homem como elemento de integralização de sentido da dignidade humana e como critério norteador das tarefas de concretização dos direitos fundamentais⁵⁸. O **homem**, tal qual se apresenta, consiste em uma **unidade dialética** de alma/corpo, de virtudes/vicissitudes, de forma que o sentido de sua ação é determinado pela integração (em maior ou menor grau) entre *emotio* e *ratio*. Qualquer tentativa de redução da análise a um único desses elementos, deixando de reconhecer sua natureza conflituosa, não se coaduna com a busca da apreensão da humanidade, a qual tem como elemento imanente a integração dos aspectos naturais (físico e psique) aos culturais. A conjugação dos elementos racionais aos irracionais (emoção) é o que confere ao homem o atributo de *ser espiritual-moral*⁵⁹.

da constituição de HÄBERLE, vd. item 1.3.3.2.

⁵⁸ Cf. item 3.2 (direitos fundamentais).

⁵⁹ A referência a essa característica de *spiritual-moral being* é uma constante nas decisões do Tribunal

Por esta razão, a realidade social aparece, como o homem, penetrada de *espírito*, mas, também como ele, não pode ser considerada como *espírito*, porque goza de materialidade, e, como tal, encontra-se, em parte, sujeita às conexões de causalidade. A identificação do ponto de equilíbrio que melhor pode conjugar os elementos naturais e culturais do corpo social não é tarefa simples. Quanto mais elementos puderem ser considerados, mais precisa será a representação da conexão de sentido, de forma que deve ser evitada toda tentativa de reducionismo a qualquer um dos fatores⁶⁰.

Para HELLER as atuações sociais são formadas por atos de intencionalidade que, como tais, esbarram como *um freio conformador sob o aspecto do "algo" intencionado, às efervescências da psique*⁶¹. Com isso, não se pretende negar a importância da investigação da natureza psicológica do homem, mas se pode vê-la como *um* dentre os (importantes) *elementos* identificáveis na conexão dialética existente entre natureza e cultura. A fim de defender esta necessária inter-relação HELLER assevera que:

*se o homem, por seus processos corporais, se acha completamente penetrado na conexão causal da natureza, também todo processo corporal, produzido de modo causal, acha-se incluído no mundo de vivências psíquicas do homem, e todos os fatos da nossa existência vital afluem ao todo da conexão espiritual de vivência.*⁶²

O reconhecimento da irracionalidade humana (emoção, compulsividade) e de sua falibilidade não colide com a pretensão do racionalismo crítico de sujeitar toda forma de conhecimento à prova (nas ciências sociais pela verificação dos fatos, e, na ciência jurídica enquanto ciência normativa, pelo debate propiciado pela estrutura dialógica e da necessária consideração acerca das conseqüências concretas de sua aplicação); ao contrário, pois é justamente a exposição à crítica que possibilita a compreensão do homem a partir das contingências à que se encontra concretamente sujeito. Assim, para que seja considerado **tal qual ele é**⁶³, não se pode olvidar sua dupla natureza: racional e impulsiva.

Constitucional Federal alemão, ponto de partida necessário para a construção da teoria constitucional de HÄBERLE, como se poderá ver adiante.

⁶⁰ HELLER, quando constrói a sua visão integrada do Estado, busca identificar os diferentes elementos naturais e culturais que compõem sua realidade (território, povo, opinião pública, etc) e, neste esforço teórico, ataca as visões reducionistas do psicologismo de FREUD que identifica na libido o fio condutor das atividades da massa e das organizações sociais⁶⁰, assim como as análises psicológicas da estrutura dos impulsos de SCHELER.

⁶¹ Op. cit., p. 108.

⁶² Idem, ibidem. p. 96-7.

⁶³ HÄBERLE defende que se deve adotar um meio termo entre a visão pessimista de HOBBS e a otimista de LOCKE, identificando-se com a perspectiva moderadamente otimista de POPPER. Neste sentido, cf.

Esta dupla natureza exige, pois, que as ciências culturais levem em conta, quando da apreciação da mutabilidade da conduta humana no tempo, uma plêiade de elementos de índole irracional que compõem o mundo da cultura (histórica e temporalmente delimitado), que se repercute, na seara da teoria da constituição, na idéia de **sentimento constitucional**, como fator de integração política, como objetivo pedagógico do Estado constitucional e como condição para o enraizamento cultural dos valores constitucionais, enraizamento este que consiste na garantia objetiva mais efetiva contra o desvirtuamento constitucional, consubstanciando-se, inclusive, como garantia contra as próprias instituições democráticas.

1.2.4 Individualismo e vinculação comunitária no marco do dualismo crítico

Tem-se, portanto, tendo por base o dualismo entre fatos e decisões, que as **opções nunca derivam de fatos**, não obstante se refiram a eles e, por sua vez, não devam ser contrárias às regularidades naturais, até mesmo por impossibilidade lógica. A fim de elucidar esta questão, reproduz-se o exemplo de POPPER, segundo quem

[A] decisão, por exemplo, de opor-se à escravidão não depende do facto de que todos os homens nascem livres e iguais, de que nenhum homem nasce em cadeias. Pois, embora todos nasçamos iguais, alguns homens sempre podem tentar encadear outros e podem mesmo acreditar que devem encadeá-los. Inversamente, se nascessemos [sic] os homens em cadeias, muitos de nós poderiam exigir que tais cadeias fossem removidas. [...] se considerarmos um facto como alterável [...] sempre podemos adotar numerosas atitudes diferentes em relação a esse facto mais especialmente, podemos decidir fazer uma tentativa para alterá-lo; ou podemos decidir resistir a qualquer tentativa dessa espécie; ou podemos decidir não fazer qualquer intervenção.⁶⁴

A partir do **convencionalismo**, pode-se demarcar o âmbito do voluntário e do involuntário, fazendo nascer, como já acentuava ARISTÓTELES⁶⁵ quando discorria sobre a natureza da excelência moral e a responsabilização individual pelos próprios atos praticados, a garantia da liberdade de consciência e seu correlato dever de responsabilidade e de *responsividade (accountability and responsiveness)*⁶⁶, tão caras à

HÄBERLE. *Libertad, igualdad, fraternidad...* p. 15.

⁶⁴ *A sociedade aberta ...* v. 1, p. 76.

⁶⁵ Cf. *Ética a nicômacos*. 3.ed. Brasília: UnB, 1999. Livro III.

⁶⁶ Engloba tanto a responsabilização pelas conseqüências de seus atos como o fornecimento de respostas/esclarecimentos sobre sua atuação. Para tanto, vd. HALTERN, Ulrich R. High time for a check-up: progressivism, populism and constitutional review in Germany. **Harvard Jean Monnet Working Papers**, Boston, MA, may 1996. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/papers/96/9605ind.html>>. Acesso em: 15 nov. 1999.

democracia. Ao se reconhecer a faculdade de aperfeiçoamento das leis normativas e das instituições, o homem se reconhece como **moralmente responsável por elas**, não talvez pelas normas que encontra na sociedade a partir de quando começa a refletir sobre elas, mas pelas normas que está apto a tolerar desde que constatou a faculdade de poder fazer algo para mudá-las.

A idéia de homem como **ser espiritual-moral** remete à questão da necessidade (sempre problemática) da determinação do âmbito de autonomia e liberdade de auto-determinação face ao conjunto de pré-cometimentos mediados pelas relações sociais.

O racionalismo crítico (explicação racional dos seus próprios fundamentos engendrada pelo convencionalismo) **não** implica em uma **absoluta relativização**, que lhe esvazie de conteúdo ético mínimo posto que, como produto cultural, encontra-se conformado pelos valores circundantes e fundantes do mundo da vida (contexto cultural), no qual a dignidade humana se impõe à consciência histórica como valor-fonte inalienável, vetor em conformidade com o qual gravitam os diferentes valores enfeixados de forma a manterem sua relação conflituosa de contínua co-implicação dinâmica no interior do sistema constitucional.

Em conseqüência disso, a **liberdade** (assertiva⁶⁷) afigura-se como efetiva possibilidade de **auto-determinação do horizonte de atuação individual** de forma que a ampliação da capacidade de auto-determinação (autonomia) opera a par de sua sociabilidade (vinculação à comunidade como condição inerente). A liberdade humana, assim, não resulta anulada pelo **mundo da vida**, mas deve ser recolocada numa perspectiva de liberdade cultural⁶⁸, mediante sua vinculação ao entorno cultural onde o conjunto de expectativas, anseios e padrões individuais adscritos ao valor *liberdade* seja condicionado a um só tempo pela sua inserção comunitária e pelo conjunto de imagens acerca da liberdade produzidas em sua história de vida. Esta atuação **na e através** da cultura se expressa mediante processo de interação contínua entre indivíduos e instituições, a partir de uma relação de **reciprocidade incondicionada**, relação que,

⁶⁷ DAHRENDORF, no texto que busca reconciliar a igualdade e a liberdade, diferencia a **liberdade problemática** da **liberdade assertiva**, por entender que a primeira se contenta com a concepção de que a liberdade se dá com a *eliminação das coações injustificadas*, enquanto que, na segunda, a concepção de liberdade projeta-se para além da mera possibilidade de exercício da autonomia, mas se realiza quando se pode efetivamente aproveitar a oportunidade de auto-realização. Cf. DAHRENDORF, Ralf. Reflexões sobre a liberdade e a igualdade. In: _____. **O futuro da liberdade**. Brasília: UnB, [19--]. p. 241-271

⁶⁸ A questão da liberdade será retomada no presente trabalho em outras duas oportunidades: (a) quando de sua relação com a dignidade humana (item 2.3) e (b) quando for mencionada a tentativa de superar a antinomia entre liberdade e igualdade como fundamento dos direitos fundamentais no estado constitucional de direito (item 3.2).

segundo HELLER, preserva a integridade individual, uma vez que os sujeitos:

se determinam e limitam uns aos outros no intercâmbio; [...] o que garante aos sujeitos, apesar destes contemplarem a 'mesma' realidade e nela atuarem, a individualidade incondicionada dos seus atos e vivências perspectivistas.(...) Cada ato social encontra, então, uma vida já formada nos instrumentos, formações e ordenações, e, sobretudo, na linguagem que uma longa série de gerações vem criando e transmitindo, e a essa vida aflui, e, nela, a vida pessoal vê-se levada por álveos comuns, realizando-se um processo de ajuste e adaptação espiritual-social que é por completo diferente, e relativamente independente, das comunidades naturais (destaques acrescentados)⁶⁹.

A conexão espiritual de vivência *une o indivíduo à comunidade* no qual está inserido, condicionando sua visão do mundo e de si próprio. Este vínculo entre a realidade social e a tomada de consciência de si através de sua atuação na comunidade é bem acentuado por HELLER quando esclarece que:

o sujeito individual é o centro de vivências e atos da realidade social; não, porém, à maneira de uma mônade isolada e sem comunicação com o exterior, mas só na sua reciprocidade com outros sujeitos, de tal sorte que o eu (ego) não pode ser concebido sem o seu correlato, o tu (alter), em recíproca motivação⁷⁰.

1.2.5 Unidade de conexão social

Depois de destacar o caráter suprapessoal da conexão social, resultado do conjunto de vivências concretas e não de um *espírito objetivo*, coloca-se a questão do **modo de como se dá essa reprodução de vivências**, restando esclarecer em que nível o indivíduo entra em contato com a totalidade das experiências possíveis em uma dada realidade histórico-cultural, já que é impossível que as vivencie individual e integralmente. Assim sendo, é importante salientar de que maneira se dá a sucessão no tempo (extensão sucessiva) e a comum identificação no espaço (extensão espacial).

Estas questões não se explicam somente pelo desenvolvimento do sentimento de pertença ao grupo⁷¹, mas pelo fato de que o homem não experimenta, via de regra, as *formações culturais, no extraordinário volume de suas particularidades, mas por 'fragmentos' ou, melhor, segundo determinadas representações da totalidade⁷²*. Desta forma, cada experiência vivenciada põe o indivíduo em contato, em maior ou menor grau,

⁶⁹ HELLER. *Op cit.* p. 108-110.

⁷⁰ Idem, *ibidem*.

⁷¹ Sem, com isso, pretender negar a sua importância. Cf. Idem, *ibidem*.

⁷² HELLER. *Op. cit.* p. 64.

com a totalidade de sentido predominante no mundo da cultura⁷³, através do qual pode projetar-se socialmente (agir intencionalmente) ou mesmo agir como expressão incondicionada (massa psicológica). Assim, *a totalidade de sentido de caráter histórico não é nunca independente da realidade psicofísica, mas, unicamente, um momento abstraído desta realidade*⁷⁴.

Mesmo se admitindo a possibilidade de uma experiência do todo a partir de seus fragmentos, faz-se necessário um breve esclarecimento sobre a duração desta unidade no tempo⁷⁵ de conexão e sua vinculação através de larga extensão territorial. A permanência no tempo não se resolve senão pela conjugação da tensão contínua entre tradição e inovação⁷⁶. Para tanto, HELLER demonstra que:

*a união segundo o sentido e o espírito permite, juntamente com a unidade da organização, uma extensão do grupo no tempo. A identidade do grupo conserva-se graças ao fato de que as novas gerações nascem e se formam dentro das conexões de sentido das atitudes espirituais do grupo de antemão existentes. (...). Mas como as gerações se perceberam no tempo e, na sua gradual transformação, os recém-chegados constituem sempre uma minoria, é possível explicar, sem necessidade de apelar ao espírito do povo ou a alma da comunidade, simplesmente pela 'mediação social' [...], que, não obstante a mudança constante de pessoas, se produza uma relativa continuidade, tal como a linguagem, os costumes e o direito.*⁷⁷

Neste mesmo sentido, a base comum de vivência se constrói no interior de grandes extensões territoriais mesmo sem a experiência psicológico-real da totalidade da conexão de sentido. A validade social da unidade de conexão concebida nestes termos é mantida, inclusive, quando o indivíduo não se identifica como membro de uma dada comunidade, quando lhe é sonogada a participação nos processos políticos e culturais de autodeterminação comunitária, ou ainda, quando ele critica seus fundamentos ou reproduz tacitamente seus padrões normativo-culturais. Concorrem para a consolidação

⁷³ Essa totalidade de vivência, por sua vez, não consiste na soma de vivências subjetivas ou mesmo na identificação de um *espírito objetivo* como unidade abstrata que se encontra acima (apartada) das interações subjetivas (como a ontologia platônica da teoria das formas, ou o espírito objetivo de HEGEL, considerados por POPPER como inimigos da sociedade aberta), mas sim como conexão de sentido supra-individual, uma *unidade* de ação social-coletiva, constituída *pela participação nas conexões comuns de significação e pela elaboração de formas significativas relativamente constantes para conteúdos de sentido relativamente permanentes*. HELLER. Op. cit.. p. 109.

⁷⁴ Idem, ibidem.

⁷⁵ A unidade de conexão de sentido não implica na uniformidade de cultura, mas, enquanto reunião de projeções particulares, deve comportar o multiculturalismo próprio da sociedade, cf. item 1.2.3.

⁷⁶ Que conectadas ao pluralismo constituem os aspectos inerentes à qualquer bem cultural, cf. item 1.3.2.2.

⁷⁷ Idem, ibidem. p. 119.

desta conexão espacial tanto a atuação sobre os indivíduos de **fatores simbólicos**⁷⁸ (mediante apelo a imagens) quanto o reconhecimento da **participação democrática**⁷⁹ como elemento a se integrar nos diferentes processos de mediação social. Tais elementos possibilitam o desenvolvimento da idéia de um **acordo**, base para a efetivação e fortalecimento da unidade de ação social-coletiva (conexão social de sentido), uma vez que funciona como um pressuposto racionalizador e como meta concreta a alcançar⁸⁰. A idéia de **pacto fundacional enquanto pressuposto** não se esgota em si mesma, mas vale como fator de legitimação que remete à necessidade de produção de consenso e de unidade concreta em torno da participação nas conexões comuns de significação, e à elaboração de formas significativas relativamente constantes para conteúdos de sentido relativamente permanentes⁸¹, formando-se, com isso, a realidade social sob formas mais ou menos duradouras. A realidade social concebida a partir deste binômio liberdade–consenso se estabelece a partir das múltiplas conexões suprapessoais, como adverte HELLER ao afirmar que a natureza e a cultura não podem ser consideradas isoladamente como fatores da realidade social, senão como *motivo, condição, estímulo ou obstáculo da única realidade que existe, isto é, a atividade humana. Se não se pensar assim, essas forças ou relações exteriores ao homem transformam-se, erroneamente, em sujeitos da realidade social, fazendo-se do homem o seu predicado (...)*⁸².

1.2.6 Marcos antropológicos da cultura como efetividade humana

Os marcos antropológicos que marcam a visão de cultura como efetividade humana, difusamente apresentados nos itens anteriores, podem ser condensados da seguinte maneira:

- **visão realista acerca do homem**, que o considera tal qual ele é, no afã de encontrar um meio termo entre o pessimismo hobbesiano e o otimismo lockeano, ou seja, não olvidar suas vicissitudes e virtudes.

⁷⁸ Reflexos da teoria da integração de SMEND e o reconhecimento da necessidade de desenvolvimento do sentimento constitucional na cultura política como principal garantia objetiva da proteção das instituições democráticas e dos direitos fundamentais, as duas faces da concepção de dignidade humana do autor, cf. item 2.2.3.

⁷⁹ HABERMAS (**Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v) identifica no **patriotismo constitucional** o fator de integração social em substituição à idéia reguladora de mundo da cultura, face a seu caráter multifacetado e da existência de uma moralidade pós-convencional que exige a fundamentação moral das bases de convicção mediante processos de argumentação racional em razão do desmoronamento das concepções de mundo religiosas e filosóficas imunes à crítica.

⁸⁰ Vale destacar que consenso não pressupõe uniformidade ou unanimidade, mas uma solução de compromisso otimizada dos interesses em questão.

⁸¹ HELLER. Op.cit. p. 109.

Leva-se em conta, assim, as diferentes dimensões de sua realidade: a conjugação dos elementos de *emotio* e *ratio* como marco existencial da experiência humana enquanto mediada pela cultura objetiva – liberdade cultural;

- visão de mundo **moderadamente otimista** que crê na liberdade enquanto possibilidade de auto-determinação do horizonte de atuação individual, a fim de promover uma *mecânica social gradual* que, ao mesmo tempo que privilegia o desenvolvimento de mecanismos de proteção da esfera de autonomia individual (social), confere sobrelevada importância ao momento de co-participação nos processos decisórios, de forma que a experiência descortina-se como um constante aprendizado mediante o entrecruzamento de diferentes possibilidades (*trial and error*);
- **historicismo axiológico** que reconhece o homem como ente essencialmente histórico e o afirma como fonte de todos os valores, cujo projetar-se no tempo nada mais é do que a própria expressão do espírito humano *in acto*, como possibilidade de atuação diversificada e livre. Nestes termos, a categoria do passado só existe enquanto possibilidade de futuro, que por sua vez dá sentido ao presente que em passado se converte. O presente, como tensão entre passado e futuro, se expressa através da conexão fundamental entre valor e tempo, axiologia e história⁸³;
- o **pluralismo** que passa a ser concebido como um bem irrenunciável em razão do qual a **tolerância** e as garantias objetivas da liberdade de auto-determinação surgem como instrumento para o desenvolvimento da cultura enquanto expressão e aspiração das diversas intencionalidades.

⁸² Idem, *ibidem*. p. 94.

⁸³ Bastante elucidativas são as considerações de REALE acerca da temática, referidas aqui com o afã de melhor ilustrar a questão, a partir do estado do desenvolvimento da discussão no plano da filosofia do direito interna. Cf. **Teoria tridimensional do direito: situação atual**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.80-1.

1.3 Elementos teóricos para a apreensão da constituição enquanto fenômeno cultural

1.3.1 Realidade objetivada e dimensão valorativa (estimativa) dos bens culturais

Nas primeiras páginas de sua *Teoria da Constituição como ciência cultural*, HÄBERLE reporta-se à concepção de cultura de E.B.TYLOR, para quem a cultura ou civilização é *um conjunto complexo de conhecimentos, crenças, artes, moral, leis, costumes e usos sociais que o ser humano adquire como membro de uma sociedade determinada*⁸⁴. Concepção complementada e ampliada por HÄBERLE⁸⁵, para quem

*toda cultura se compõe de um conjunto de arquétipos de conduta explícitos e implícitos, adquiridos e transmitidos mediante símbolos, que representam os desenvolvimentos típicos de cada um de seus grupos humanos, incluindo, igualmente, suas técnicas materiais. Daí que o essencial do núcleo cultural central consiste em certas idéias tradicionais, selecionadas e transmitidas historicamente, assim como seus respectivos valores concomitantes; deste modo os sistemas culturais poderiam ser compreendidos, de uma parte, como produto de certas ações e, por outra, como elementos condicionantes de ações posteriores [destaques acrescentados]*⁸⁶.

Uma dada herança cultural, nestes termos, fornece os elementos conformadores da atuação humana, e, por sua vez, é atualizada por sucessivas objetivações do espírito humano na realização de seus fins específicos. É o que permite concluir que a transformação intencional do estado das coisas (objetivação) consiste em uma atuação humana que se projeta, a um só tempo, como resultado das condicionantes histórico-culturais e como fator impulsionador da própria dinâmica social.

Sendo o conjunto de bens intencionalmente objetivados, a cultura engloba todo o universo de conhecimentos humanos: científico e do senso comum; o conjunto de ideais e

⁸⁴ se entiende por cultura o civilización un conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, constumbres y usos sociales que el ser humano adquire como miembro de una sociedad determinada. HÄBERLE. *Teoría de la constitución* p.24.

⁸⁵ No mesmo sentido antes assinalado sobre a vinculação/autonomia do homem em relação ao mundo da cultura.

⁸⁶ toda cultura se compone de un conjunto de arquetipos de conducta explícitos e implícitos, adquiridos y transmitidos mediante símbolos, que representan los logros típicos de cada uno de sus grupos humanos, incluyendo igualmente sus técnicas materiales. De ahí que lo esencial del núcleo cultural central consista en ciertas ideas tradicionales, seleccionadas y transmitidas históricamente, así como sus respectivos valores concomitantes; de este modo los sistemas culturales podrían ser comprendidos, por una parte, como producto de ciertas acciones y, por otra, como elementos condicionantes a su vez de posteriores acciones. HÄBERLE, *Teoría de la constitución*... p. 25.

valores concretos; a totalidade dos costumes e práticas sociais; as inúmeras concepções do belo, do estético e da arte; etc. Isto pode ser mais facilmente compreensível quando se observa que a antropologia, instrumentalizada pelos testemunhos materiais postos a relevo pela arqueologia (pinturas, gravuras, utensílios domésticos e de caça, vestimentas e adornos, etc), pode, em certa medida, reconstruir o *ambiente* dos antepassados, o seu modo de viver, já que estes substratos materiais consistem em fragmentos de sua constelação cultural, do conjunto de vivências concretas daquela comunidade específica. É a razão pela qual se pode afirmar que todo bem cultural possui uma natureza bipolar⁸⁷ que conecta, de forma indissociável, sua **realidade objetivada** à sua **dimensão valorativa**, de forma que, a partir de seu **suporte** (realidade objetivada), pode-se obter inúmeros significados que ganham sentido enquanto **valem** para os indivíduos e grupos de uma dada comunidade (dimensão valorativa).

Por outro lado, como se pode afirmar a existência de uma *dimensão valorativa*? Ora, se os bens culturais consistem em objetivações da atuação humana orientada a fins, a referência ao conjunto de valorações que lhe dá suporte fornece o critério para aferição da sua importância ou pertinência, de forma que não se pode dissociá-lo (o bem cultural) da função estimativa das adjetivações dele derivadas⁸⁸.

Um conjunto de valores verificáveis em uma determinada comunidade pode ser reunido em ciclos de cultura ou **constelações axiológicas** (que reproduzidas para a seara do direito constitucional se traduziriam nas chamadas ondas⁸⁹ ou movimentos constitucionais⁹⁰) que correspondem a uma especial cosmovisão que orienta a atuação de uma determinada coletividade, no interior da qual se dá uma hierarquização de valores que têm em vista determinados tipos de polarização valorativa. Resumindo, passa-se a estruturar todo o sistema axiológico a partir de um determinado valor do qual emanam, ou a partir do qual se constroem, os demais.

E *qual* seria esse valor? HÄBERLE identifica o valor da dignidade humana como

⁸⁷ Cf. REALE, M. *Filosofia do direito*... p. 189-194.

⁸⁸ Esta função estimativa remete o debate para o problema da jurisprudência de valores, tendência consolidada pelo Tribunal Constitucional Federal no pós-guerra. Algumas considerações sobre a oposição de CARL SCHMITT (*La tiranía de los valores*. *Revista de estudios políticos*, Madrid, CEC, p. 65-81) sob o argumento de tirania de valores e a tentativa de HÄBERLE de compreender o sistema objetivo de valores a partir de uma concepção de valor objetivamente verificável defendida por SMEND, cf. item 2.3.1.2.

⁸⁹ Cf. HÄBERLE, P. *Avances constitucionales en Europa Oriental desde el punto de vista de la jurisprudencia y de la teoría constitucional*. *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUC-Peru, v. 2, p. 141-165, 1995.

⁹⁰ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3.ed. Lisboa: Almedina, 1999. p. 34.

pressuposto antropológico-cultural da constituição republicana⁹¹, uma vez que ele se apresenta como condição de possibilidade para os demais. Note-se que não se está, com isto, engessando o sistema axiológico a partir de uma concepção estreita de pessoa humana. Afinal subsistem, ao longo da história, diferentes (e muitas vezes concorrentes) imagens do homem, na medida em que se confere maior destaque a um dos aspectos que compreendem o universo humano (econômico, teórico, político, social, religioso e estético) em detrimento dos demais.

O sistema de valores assim concebido não se coaduna com as pretensões jusnaturalistas ou ontologistas que identificam os valores como objetos ideais que se impõem ao homem, posto que o sistema se constitui a partir das necessidades e expectativas concretas dos indivíduos que o compartilham; em consequência, ele não se identifica com um sistema estático e petrificante, posto que sua objetividade pressupõe o caráter conflituoso e aberto que lhe é inerente. De forma que pode se construí-lo a partir do conjunto de vivências e expectativas de uma determinada realidade social (sem, com isso, olvidar seu aspecto conformador) razão pela qual os bens culturais só podem ser compreendidos se se partir do conjunto de vivências da comunidade no qual o sistema de valores está inserido⁹².

A gradação hierárquica antes referida, desde que seja assinalado o seu aspecto sempre relativo, é decorrência necessária da própria idéia de valor e valoração⁹³, reconhecendo o valor da dignidade humana como máxima a ser realizada de forma que todos os demais valores possam referir-se a ela no curso de seus processos de interação dialética. É bom frisar, desde já, que não se trata aqui da identificação de um princípio jurídico⁹⁴ absoluto que sempre deva preponderar frente aos demais –possibilidade esta duramente combatida por ALEXY⁹⁵– mas de um valor-fonte do qual emanam todos os

⁹¹ Em sentido análogo, REALE fala em valor-fonte de todo o universo axiológico da cultura jurídica.

⁹² Pode-se salientar, desde logo que, para AARNIO, o conjunto de referências valorativas diferenciadas entre os distintos indivíduos não autoriza a falar em estrita racionalidade no processo de argumentação jurídica e composição de interesses mediada pelas instâncias decisórias, mas sim, na necessidade de adoção de critérios de razoabilidade que devem orientar este processo. Cf. AARNIO, A. **Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica**. Madrid: CEC, 1991.

⁹³ Esta característica se coaduna com o reconhecimento do princípio da hierarquização axiológica como meta-princípio de interpretação jurídica defendida por FREITAS, vd. **A Interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁹⁴ A dissertação de mestrado de FERNANDO DOS SANTOS *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana* (Celso Bastos; IBDC,1999) confere característica deontica à dignidade humana, quando a reconhece como um meta-princípio que deve conformar a determinação de sentido das demais disposições normativas da constituição republicana nacional.

⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

demais, que não envolve um conjunto de decorrências estanques, mas que se (re)constrói com base no debate em torno da liberdade cultural.

1.3.2 Estruturação dos fenômenos culturais: níveis, aspectos e modelos.

Ao longo das considerações anteriores se pôde observar inúmeros elementos próprios à concepção de cultura: a historicidade; o caráter conformador da atuação humana; sua conexão de sentido na diversidade ao longo de seu processo espontâneo de desenvolvimento; dentre outros. Procurar-se-á destacar, em seguida, os diferentes níveis em que se pode apreender os fenômenos culturais, para, então, assinalar os aspectos dinamizadores que lhe são inerentes.

1.3.2.1 Níveis de apreensão do fenômeno cultural

Com base no trabalho de KROEBER y KLUCKHOHN, que tentaram identificar os traços comuns às diferentes concepções de cultura estudadas, HÄBERLE reproduz quatro níveis nos quais os fenômenos culturais podem ser estudados:

- a) primeiro, em *nível histórico, quanto à tradição e legado social;*
- b) segundo, em *nível normativo, como regras e usos sociais, incluindo cada um dos respectivos valores e ideais de conduta;*
- c) terceiro, em *nível psicológico, como adaptação superadora de problemas, como processos de aprendizagem ou como conjunto de costumes seculares;*
- d) quarto, ao *nível estrutural, entendido como um conjunto de modelos de organização da própria cultura, ou bem em nível genético, entendido este no sentido de cultura como produto, como idéias ou como símbolos.*⁹⁶

A possibilidade de enfocar a cultura nos diferentes níveis, não implica na compartimentação do fenômeno cultural, muito menos em um estruturalismo em razão do qual cada dimensão se revestiria de uma funcionalidade própria. Ao contrário, a compreensão dos fenômenos culturais exige uma imersão cada vez maior na dinâmica das transformações sociais a fim de se apreender uma dada *leitura* do processo vital, no

⁹⁶ *Primero a nivel histórico, en cuanto a su tradición y legados sociales; segundo, a nivel normativo, como reglas y usos sociales, incluyendo cada uno de los respectivos valores e ideales de conducta; tercero, a nivel psicológico, como adaptación superadora de problemas, como procesos de aprendizaje o como conjunto de costumbres seculares; cuarto, a nivel estructural, entendido éste como conjunto de modelos de organización de la propia cultura, o bien a nivel genético, entendido éste en el sentido de cultura como producto, como ideas o como símbolos. HÄBERLE. Teoría de la constitución ... p. 25.*

qual o próprio *leitor* se encontra visceralmente imbricado com a *leitura cultural*.

No início do trabalho, reportou-se à concepção de constituição na qual HÄBERLE refere-se à teoria da constituição como atividade que se conecta com outras abordagens, nos termos de uma divisão de trabalho, inter-relação esta que suscita a ampliação da apreensão do fenômeno sob observação mediante recurso às respostas parciais e problematizações de outros campos do saber. Assim, o reconhecimento da existência de níveis culturais faz desnudar os diferentes enfoques através dos quais se pode mirar o fenômeno *cultura*. Tais enfoques, contudo, não equivalem a campos específicos do saber (*história, ética, direito, etc*), mas a feições assumidas pela cultura, constituintes do universo circundante da atuação humana e que integram o conjunto de pré-compreensões que orientam, de forma explícita e implícita, a atuação criadora do homem.

1.3.2.2 Aspectos da dinâmica cultural

A fim de pôr em evidência os elementos que compõem esta interdependência dinâmica, o autor refere-se à existência de três aspectos da cultura, distintos e complementares –a tradição, a inovação e a pluralidade⁹⁷– que perpassam os níveis/dimensões antes assinalados. Afirma o autor que:

1) «cultura» é a mediação do que em um determinado momento foi (aspecto tradicional);

2) «cultura» é o desenvolvimento ulterior do que já foi, em seu momento, e que se aplica, inclusive, à transformação social (aspecto inovador);

3) «cultura» não é sempre sinônimo de «cultura», o que significa que um mesmo grupo humano pode desenvolver simultaneamente diferentes culturas (aspecto pluralista da cultura)⁹⁸

A partir destas assertivas o autor sintetiza os três critérios que irão servir como horizonte orientador de toda a dogmática do direito constitucional cultural e, o que interessa de perto ao presente estudo, da teoria da constituição como ciência da cultura.

⁹⁷ O que exige que se fale sempre em *culturas* e não em uma única cultura, na medida em que a igualdade do gênero humano pressupõe, necessariamente, a desigualdade concreta, em razão da qual pode-se admitir a coexistência, em maior ou menor grau, de diferentes critérios informadores da hierarquização axiológica, que se co-implicam e possibilitam a existência da superação/inovação dos elementos culturais de uma nação.

⁹⁸ 1) «cultura» es la mediación de lo que en un momento dado fue (aspecto tradicional); 2) «cultura» es el ulterior desarrollo de lo que ya fue en su momento, y que se aplica incluso a la transformación social (aspecto innovador); 3) «cultura» no es siempre sinónimo de «cultura», lo cual significa que un mismo grupo humano puede desarrollar simultáneamente diferentes culturas (aspecto pluralista de la cultura). HÄBERLE. *Teoría de la constitución...* p. 26.

O primeiro assinala o caráter histórico conformador do passado (dinâmica que se realiza através do tempo) como **herança cultural**. O segundo, permite a identificação da função catalisadora atribuída às cristalizações culturais como elementos de auto-representação cultural, fator de integração cultural e função pedagógica para o futuro. Por fim, o reconhecimento do pluralismo (multiculturalismo) como elemento intrínseco à cultura, dotando-o de valor intrínseco. A cultura é, pois, tradição e inovação, impulso e inércia, é produto e processo mediado pela tensão dialética entre movimento de conservação e de renovação social.

A incorporação da pluralidade potencializa ainda mais a dinâmica constitucional, pois alarga o conceito de cultura para além da cultura erudita⁹⁹, incluindo elementos do senso comum¹⁰⁰. Se se identifica a constituição como fruto da esfera pública, necessariamente deve-se abri-la à incorporação das atividades produtivas dos diferentes grupos sociais. Esta concepção do caráter constitutivo da esfera pública¹⁰¹ é que fundamenta a ampliação da legitimidade de interpretação da constituição a todo o cidadão e, em consequência, a preocupação de HÄBERLE acerca dos partícipes da constituição¹⁰². Desta maneira, assinala-se o compromisso de manter abertos os canais de participação através da adoção de políticas de inclusão e de proteção das minorias no seu desenvolvimento.

1.3.3 Constituição como objetivação cultural

A constituição exsurge igualmente como um bem cultural, já que também possui suporte material (texto) resultante de inúmeras cristalizações culturais e uma dimensão normativa que, ao lhe conferir o caráter de garantia objetiva da realização da dignidade humana, impregna-se de especial função estimativa que faz transcender o universo jurídico para apresentar-se como padrão de conduta para todo cidadão. É neste momento que a constituição, como processo cultural, se identifica com os princípios de justiça postulados a partir de seus enunciados normativos como reflexo e auto-compreensão cultural. Enquanto produto histórico-cultural, a constituição espelha a forma como a própria comunidade se percebe e/ou como gostaria de ser vista, enquanto elemento de auto-determinação

⁹⁹ No Brasil ainda é bastante significativa a cultura bacharelesca e um academicismo que empobrece o debate jurídico à medida que o distancia das ruas e dos conjuntos de vivências comuns.

¹⁰⁰ HÄBERLE registra a existência de uma ampla gama conceitual como: cultura superior, cultura popular, subcultura, cultura de castas e cultura parasitária. Cf. *Teoría de la constitución...* p. 24-5.

¹⁰¹ Vd. item 2.2.2.

a constituição é expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de auto-representação própria de todo um povo¹⁰³, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos [utopia concreta¹⁰⁴]¹⁰⁵.

A identidade da Constituição pluralista constrói-se a partir da conjugação, como legado comum e experiências históricas, de esperanças, de possibilidades atuais e de elementos para sua configuração futura concernentes a todo um povo. A constituição de **letra viva**, assim, é um instrumento mediador da cultura, marco reprodutivo e de recepções culturais e depósito de futuras configurações culturais, experiências, vivências e saberes. Ela somente pode ser percebida como espelho do *pano de fundo*¹⁰⁶ (*background*) da cultura política subjacente a partir do momento em que se a compreende como marco (ordem-quadro) do processo público por ela *orquestrado*.

1.3.3.1 Constituição como processo cultural

A conversão da constituição em instrumento mediador se coaduna com: (a) o reconhecimento da existência de um contexto cultural mais amplo no qual a constituição se insere e que consiste em uma das dimensões da normatividade; (b) a transcendência da constituição vis-à-vis dos textos constitucionais, abarcando outros textos jurídicos e não-jurídicos e o conjunto de valores fundamentais¹⁰⁷; (c) a figuração da constituição como ponto de convergência de diferentes atuações normativas, funcionando como fator e critério de legitimidade e adequação ao conjunto normativo; (d) a abertura da constituição às atividades atualizadoras sem, com isso, olvidar os valores que compõem o *background* cultural.

A constituição, portanto, é mediação da cultura, obra de todos os intérpretes e reconstruída continuamente através da internalização de diferentes elementos materiais. Nestes termos, o próprio texto constitucional remete-se à realidade, não no sentido de

¹⁰² Vd. item 3.2.

¹⁰³ É de se notar que o fato de o autor considerar a constituição como expressão de *todo um povo* não implica a negação do aspecto pluralista inerente à própria concepção de cultura, posto que ao mesmo tempo em que ele espelha a auto-compreensão dos indivíduos e grupos a cultura é (re)produzida pelas diferentes (e concorrentes) atuações individuais e sociais.

¹⁰⁴ Expressão de ERNEST BLOCH, usada pelo autor no sentido de identificação de um projeto aberto para o futuro, que serve como fator de integração cultural e base para o fortalecimento e reconfiguração das conexões de sentido da comunidade. Vd item 3.3.3.

¹⁰⁵ HÄBERLE. *Teoría de la constitución...* p.34.

¹⁰⁶ Idem, *ibidem*. p. 45.

¹⁰⁷ Capazes de produzir consenso básico, vd. item 3.3.2.

constituí-la ou recriá-la¹⁰⁸, mas como *realidade unicamente sugerida por indícios «superficiais», setoriais e fragmentários do próprio texto legal, que ela mesma criou*¹⁰⁹. Indícios *superficiais*, pois o texto constitucional não pode abarcar sequer a complexidade do seu domínio normativo¹¹⁰, *setoriais* porque apreende uma única dimensão (jurídica) da realidade cultural que o circunscreve, *fragmentário*, pois prescinde de uma sistematização no interior do próprio conjunto normativo e porque a ele (texto) são reconduzidos diferentes elementos contextuais¹¹¹.

A compreensão da constituição como instrumento mediador da cultura, nos termos antes assinalados, faz com que o intérprete submirja-se na cultura constitucional, compreendida esta como

*a soma de atitudes e idéias, de experiências subjetivas, escalas de valores e expectativas subjetivas e das correspondentes ações objetivas tanto no nível pessoal do cidadão como no de suas associações, da mesma forma que no nível dos órgãos estatais e nos de quaisquer outros relacionados com a Constituição, entendida esta como processo público*¹¹².

Os processos institucionalizados de interpretação constitucional¹¹³, portanto, devem se desenvolver (metódica e funcionalmente) visando a ampliação dos legitimados e da variedade de elementos materiais, refletindo (a) a admissão da liberdade individual como orientação à realização da sociedade aberta¹¹⁴; (b) a incorporação do elemento temporal em suas considerações, resultado da constatação de que todos aqueles fatores materiais, que colaboram com a determinação da exegese normativo-constitucional, não

¹⁰⁸ Neste particular, vd. a interessante revisão do dirigismo constitucional realizada por CANOTILHO, valendo-se da alegoria do riso da mulher trácia ante a queda do astrólogo em um buraco enquanto observava as estrelas. Cf. Rever ou romper com a constituição dirigente. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, RT, a. 4, n. 15, p. 7-17, abr.-jun., 1996.

¹⁰⁹ *Realidad únicamente sugerida por indicios <superficiales>, sectoriales y fragmentarios del propio texto legal, que ella misma ha creado. Teoría de la constitución...* p. 23.

¹¹⁰ Cf. HÄBERLE. **La libertad no Estado...** p. 163.

¹¹¹ A título de uma exemplificação deste processo de recondução do contexto ao texto. *En paralelo con el recurso a 1789 en la célebre sentencia del caso Lüth (E 7, 198 [208]), que consagró la dimensión también objetiva de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional recaba argumentos del ámbito jurídico angloamericano en su Brockdorf-Entscheidung (E 69, 315 [343 s.]) para su construcción de la libertad de reunión del artículo 8 de la Ley Fundamental. Así vibran ahora 1789 y 1776 junto a los artículos 5 y 8 de la Ley Fundamental: un ejemplo de cómo el Estado constitucional alemán integra ambas fechas particularmente en la idea de los derechos fundamentales.* HÄBERLE. **Libertad, igualdad, fraternidad...** p. 60, nota 9.

¹¹² *La suma de actitudes y de ideas, de experiencias subjetivas, escalas de valores y expectativas subjetivas y de las correspondientes acciones objetivas tanto al nivel personal del ciudadano como al de sus asociaciones, al igual que a nivel de órganos estatales y al de cualesquiera otros relacionados con la Constitución, entendida ésta como proceso público.* HÄBERLE. **Teoría de la constitución...** p. 57.

¹¹³ Vd. item 3.2.

¹¹⁴ Vd. item 3.2.

são previamente e imutavelmente fixados; (c) o repúdio a uma hierarquização metodológica¹¹⁵; e, por fim, (d) a multiplicidade de fatores co-determinantes (elementos e cristalizações) que constituem o *background* cultural da constituição, que serão a seguir pontuadas¹¹⁶.

1.3.3.2 *Cristalizações culturais*

As cristalizações consistem, segundo HÄBERLE, nas objetivações (externalizações) resultantes das diferentes atuações humanas que galgaram a um status de permanência e durabilidade em face do seu grau de aceitação e acomodação no mundo da cultura. A constituição, por sua vez, enquanto objeto cultural se forma a partir do substrato plúrimo e multifacetado da sociedade aberta, reunindo tanto os elementos textuais *positivados* no documento constitucional histórico como os elementos textuais e não-textuais que o circundam¹¹⁷. Ademais, enquanto elemento cultural, sua estrutura *poliédrica* permite a interconexão com diferentes e múltiplos elementos, razão por que não se petrificam, ao contrário, constituem-se nos principais fatores *catalisadores* da dinâmica cultural, os elementos que impulsionam o ulterior desenvolvimento constitucional. Quais seriam, então, estes elementos que constituiriam o pano de fundo cultural e fator de atualização da constituição? HÄBERLE relaciona, exemplificadamente:

as manifestações críticas por parte das igrejas, associações e grupos sociais, assim como de quaisquer outros grupos de cidadãos, para a defesa de seus direitos fundamentais, pertencem a um marco pluralista de caráter geral, tanto quanto ao papel vanguardista [?] do legislador, já que esses elementos pré-julgam, de múltiplos modos, a própria interpretação constitucional, ao preparar todo um material de pré-julgamentos, na forma de lei que, por sua vez, não só irradiará ao vértice mais elevado da própria constituição, como poderá, inclusive, converter-se em impulso inicial de qualquer modificação ulterior¹¹⁸.

¹¹⁵ Cf. HÄBERLE, *Teoría de la constitución...* p. 54.

¹¹⁶ Houve aqui a preocupação de focar a questão das transformações culturais na idéia de processualidade da constituição, atitude que se identifica com um dos objetivos principais do presente trabalho. Aqui se enfocou os aspectos da democracia e da abertura da constituição à esfera pública, destacando-se o influxo atualizador do tempo, a maximização de possibilidades e da admissão de elementos materiais. Essa discussão é aprofundada no item 2.2.4 onde se apresenta a concepção de pluralismo utilizada por HÄBERLE.

¹¹⁷ Que vão desde os próprios textos clássicos aos discursos presidenciais no mais alto nível, e inclusive à argumentação do Tribunal Constitucional, passando pela articulação das obras científicas e artísticas. Vd. HÄBERLE. *Teoría de la constitución...* p. 36.

¹¹⁸ *El atento <reconocimiento> de la relevancia que adquieren la manifestaciones críticas por parte de las iglesias, asociaciones y grupos sociales, así como de cualesquiera otros colectivos de ciudadanos para la defensa de sus derechos fundamentales, es que pertenece a un marco pluralista de carácter general, tanto como el rol vanguardista del legislador, ya que dicho reconocimiento prejuzga de múltiples modos la propia*

O *background* cultural, por sua vez, vincula, materialmente, cada um dos diferentes critérios hermenêuticos, de forma que o mesmo texto *encerra diferentes conteúdos em cada uma das culturas nas quais aparece*, se particularizando, temporal e espacialmente, exigindo a formulação de uma *exegese constitucional em função de cada especificidade cultural*. A fim de reforçar esta perspectiva, o autor reporta-se a SMEND que já deixou assentado que «quando duas leis fundamentais dizem o mesmo, isso não significa que elas sejam a mesma coisa»¹¹⁹.

O condicionamento mútuo entre o entorno e a atividade atualizadora da constituição¹²⁰ é realçado por HÄBERLE, para quem:

*aqueles que tomam parte no entorno constitucional, como um processo complexo e plural, dependem de que aqueles materiais sejam entendidos como elementos estruturais da Constituição, e vice-versa, já que tais elementos atuam, sobretudo, nos próprios atores e nos promotores do entorno constitucional mediante os procedimentos públicos específicos*¹²¹.

1.4 Teoria da constituição como ciência experimental

Como se pode inferir ante todo o até aqui exposto, a pretensão de isolamento do objeto da ciência do direito aos textos jurídicos cede ante a necessidade de compreensão do fenômeno jurídico enquanto efetividade humana¹²², ou seja, como atuação (e produto)

interpretación de la Constitución al preparar todo un <material prejuzgable> en forma de ley que a la larga no sólo irradiará al vértice más elevado de la propia Constitución, sino que podrá llegar incluso a convertirse en impulso inicial de cualquier modificación constitucional ulterior. Idem, ibidem. p.43.

¹¹⁹ [...] *que el mismo texto encierra diferente contenido en cada una de las culturas en las que aparece [...] <cuando dos leyes fundamentales dicen lo mismo, ello no significa que sea lo mismo>.* Idem, ibidem. p. 45.

¹²⁰ Vd. item 3.1.

¹²¹ *He aquí cómo se produce un condicionamiento mutuo: quienes toman parte en el entorno constitucional como un proceso complejo y plural dependen de la existencia de aquellos materiales entendidos como elementos estructurales de la Constitución, y viceversa, ya que tales elementos actúan ante todo en los propios actores y en los promotores del entorno constitucional mediante los procedimientos públicos respectivos.* Idem, ibidem. p. 51.

¹²² A ciência do direito, enquanto ciência prática, se realiza mediante um *jogo de linguagem* em cujo meio se constata uma dupla violência (no sentido de exercício de poder, que lhe empresta MÜLLER), ora no momento da positivação da norma, em que o enunciado normativo é textualizado, ora na sua interpretação/aplicação, quando o intérprete/aplicador vai adscrever uma prescrição normativa a um determinado enunciado normativo (texto) a partir da seleção (reconstrução) dos elementos fáticos que lhe são apresentados. Enquanto normatividade institucionalizada que dispõe de instrumentos de garantia objetiva contra a violação das regras de conduta social, o direito é antes (no sentido temporal) experiência jurídico-social do que ciência do direito. Por dispor sobre regras de conduta, o direito goza de uma relativa autonomia face às relações de causalidade próprias das relações naturais, uma vez que, por se tratarem de objetos ideais, preponderam nexos de finalidade visando a integração de sentido, próprios de juízos de compreensão. Essa relativa autonomia, contudo, não pode significar um total alijamento da realidade social (do plano de sua efetividade social). Nem mesmo KELSEN, ao pretender *libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos*, deixou de condicionar a validade do sistema a um mínimo de eficácia social, posto que se mostrava absolutamente insuficiente a delimitação do âmbito do jurídico a partir da regra de pertinência sistêmica e a elaboração da dinâmica jurídica (auto-produção normativa), calcada numa

social que se expressa na realidade **através da cultura** e como **atualização da cultura**.

No início do presente capítulo, referia-se ao fato de que a teoria da constituição de HÄBERLE se consolida sobre o pressuposto de que deve se converter em ciência da realidade e cumprir uma dupla função que consistiria em fornecer subsídios para a dogmática constitucional e como instância, igualmente crítica, da inter-relação e funções efetivamente desempenhadas pelo Estado e pela Constituição.

Após elucidar as bases epistemológicas do pensamento de HÄBERLE e terem sido evidenciadas as funções atribuídas à cultura e a forma como se dá o entrelaçamento da sua dimensão jurídica (texto escrito) ao entorno, passar-se-á à compreensão dos elementos da teoria da constituição como ciência da realidade.

Tendo em vista o processo global da cultura política que circunscreve a dimensão estritamente normativa da constituição, e face ao reconhecimento de sua força motriz como importante fator de atualização da cultura constitucional, HÄBERLE, antes de apresentar os fins para os quais ele concebe a teoria da constituição, *constata* que a teoria constitucional constitui-se não só em *ciência*, com suas usuais projeções no âmbito dos intérpretes autorizados do texto legal, mas em *literatura*, pois enraíza suas matizações, inclusive, no seio da cultura política, refletindo-se, ora como garantia objetiva da própria normatividade constitucional, ora como elemento que é textualizado em razão do caráter constitutivo da esfera pública¹²³.

O que seria, então, uma ciência constitucional científico-cultural tal qual postula o jurista de Bayreuth? Como estaria ela apta a apreender a complexidade dos fenômenos culturais? Como poderia se estruturar? A caracterização da cultura enquanto ciência da realidade consiste numa das principais preocupações de HÄBERLE quando ele se reporta aos fundamentos e conseqüências da perspectiva científico-cultural adotada. Feita esta precisão, pode-se questionar a caracterização da ciência constitucional a partir de uma

concepção de sistema piramidal, no topo do qual figuraria a norma fundamental. Esta norma meramente pressuposta, vazia de conteúdo, é concebida como condição de possibilidade para a estruturação do sistema jurídico, que, independente de qualquer referibilidade à realidade para a qual se constituía, apresenta-se como fundamento último de validade ao ordenamento jurídico. Desta maneira, o processo de positivação do enunciado normativo indica a opção valorativa adotada ao eleger um bem jurídico como passível de proteção. A sua eficácia normalizadora é tanto mais reforçada quanto mais **socialmente relevante for o valor tutelado** – uma vez que suas garantias objetivas prescindem de um mínimo de internalização subjetiva, ou seja, do reconhecimento (por parte dos cidadãos) da legitimidade da vinculação jurídica estatuída – e quanto melhor estruturadas forem as **instituições** garantidoras da ordem jurídica – elemento coercitivo do direito. Nestes termos, a compreensão das prescrições normativas deve ser buscada, precipuamente, num processo de sistematização, através do qual é privilegiada a conexão de sentido que torna possível a compreensão ordenada do âmbito de validade jurídica que tem, na constituição, o seu *ponto de convergência* (ZAGREBELSKI).

¹²³ Cf. *Teoría de la constitución*.... p.60.

perspectiva científico-cultural, a forma como ela teria que se estruturar a fim de apreender a complexidade dos fenômenos culturais como pretende. No afã de precisar estas questões, HÄBERLE, assumidamente, parte da hipótese que

Valores, sistemas axiológicos, objetivos educacionais, valores orientativos, todos eles fazem referência e reenviam a uma certa estratificação, a certas escalas e a determinados conceitos dentro de uma realidade, oferecendo uma gama de possibilidades que são somente em parte abarcáveis mediante o emprego de «metodologias jurídicas», vez que são uma somente uma parcela da cultura comunitária global¹²⁴.

Estabelecido seu ponto de partida, o autor precisa os contornos de sua teoria da constituição, a partir das seguintes assertivas: (a) a teoria da constituição se formula a partir de juízos de compreensão¹²⁵, mas não se esgota com sua diferenciação dos juízos de realidade¹²⁶; (b) a teoria da constituição é uma ciência da cultura, razão pela qual não pode se coadunar com o enclausuramento em um *âmbito científico perfeitamente limitável*¹²⁷ a priori, uma vez que a perspectiva culturalista desafia o indivíduo a apreender o fenômeno sob o necessário enfoque da *interdisciplinariedade*; (c) a teoria da constituição não pode desprezar os aspectos político, econômico e axiológico no momento da identificação dos elementos extranormativos que se apresentam como intertextualidade a serem apreciados pela dogmática constitucional, pois, desta forma, se estaria emascarando, sob nova alcunha (ciência cultural), uma tradicional concepção de ciência social¹²⁸.

O posicionamento da constituição enquanto ciência cultural conecta a teoria da constituição às demais ciências, razão pela qual, em diversas oportunidades, HÄBERLE faz questão de frisar o fato de que o jurista atua, em regime de divisão de tarefas, com os demais cientistas¹²⁹. Por esta razão, o autor entende que o conceito de *ciência da cultura*

¹²⁴ *Valores, sistemas axiológicos, objetivos educacionales, valores orientativos; todos ellos hacen referencia y reenvían a cierta estratificación, a ciertas escalas y a determinados contextos dentro de una realidad, ofreciendo una gama de posibilidades que únicamente son abarcables en parte mediante el empleo de «metodologías jurídicas», sino tan sólo una parcela de la cultura comunitaria global. Idem, ibidem. p. 76.*

¹²⁵ Os **juízos de compreensão**, próprios da ciência do espírito ou da cultura, visam uma integração de sentido de forma a estabelecer nexos de finalidade a partir de uma opção axiológica, enquanto que os **juízos de realidade**, associados às ciências naturais, comportam um sentido de explicação tendo em vista a pretensão de generalização do conhecimento que se processa mediante a identificação de nexos de causalidade e gozam de um âmbito de pré-compreensão mais restrito em relação àqueles à medida que a opção valorativa consiste na seleção dos meios para que o postulado alcance validade

¹²⁶ Distinção que remonta a DILTHEY. Vd. REALE. *Filosofia do direito...* p. 195-208.

¹²⁷ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución...* p. 71

¹²⁸ Para uma melhor ilustração vd. os elementos constitutivos do conceito de cultura constitucional de HÄBERLE antes apresentado.

¹²⁹ O autor não nega, com isto, o recurso aos métodos jurídicos próprios à dogmática constitucional e recorre às positivações das decisões jurisprudenciais e das fontes normativas. O que ele defende é a

ganha sentido justamente enquanto *fator aglutinante de distintas disciplinas científicas em torno a um amplo objeto comum*¹³⁰, já que para ele

*a Teoria da Constituição como ciência da cultura [...] é uma ciência integracionista, na medida em que integra os distintos elementos filosófico-sociais com os científico-normativos, todos eles, no que tange à própria constituição, se encontram por demais dicotomizados*¹³¹.

A noção de ciência da realidade possibilita que se insiram, nas preocupações da teoria da constituição, os elementos de crítica ou aportes científicos de outros ramos do saber científico, aliados à necessidade de processos de atualização constitucional, internalizando a tese popperiana do *trial and error*. Pode-se inferir que o processo de compreensão de sentido da constituição, enquanto visa subsidiar o aperfeiçoamento da dogmática constitucional e constituir-se como elemento de auto-crítica, comporta quatro exigências: (1) que se penetre no universo axiológico em que os bens culturais foram gerados, em face da complexa dimensão de suas co-implicações¹³²; (2) que explicita os *grupos concretos de pessoas e os fatores que formam a esfera pública (Öffentlichkeit), o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes*¹³³; e, no caso de crítica de atualizações constitucionais, (3) que se indague, *realisticamente, que interpretação foi adotada, a forma ou maneira como ela se desenvolveu e que contribuição da ciência influenciou decisivamente o juiz constitucional no seu afazer hermenêutico*¹³⁴; e, por fim, (4) que enfeixe, de uma forma mais sistemática, os *objetivos e os métodos, bem como o grau de participação dos intérpretes constitucionais, considerando as conseqüências e as novas indagações para a interpretação constitucional jurídica e para a teoria constitucional*¹³⁵.

A imersão na complexa tessitura de conexões vitais, possibilitada pela adoção

necessidade de que o jurista se reconheça enquanto dependente de aproximações de outras ciências a fim de obter *bons* resultados com o grau máximo de eficácia social.

¹³⁰ [...] *justamente ahí es donde cobra sentido la función del concepto «ciencias de la cultura» como factor aglutinante de distintas disciplinas científicas en torno a un amplio objeto común, al cooperar incluso en la tarea de mantener abierto el abanico de cada una de las subramas particulares en que se divide, por pretender todas ellas los mismos objetivos.* Idem, *ibidem*. p. 74.

¹³¹ *la Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura en cuanto tal es simultáneamente una ciencia integracionista también, en la medida en que integra los distintos elementos filosóficos-sociales con los científicos-normativos, todos ellos, por lo que al menos respecta a la propia Constitución, demasiado dicotomizados.* Idem, *ibidem*. p. 75.

¹³² Já que podemos compreender a cultura só porque nós mesmos somos um pedaço de cultura. Só “por uma transposição baseada na plenitude das próprias vivências” (DILTHEY) pode penetrar a nossa mente nas exteriorizações vitais dos outros. HELLER. Op. cit. p. 136.

¹³³ HÄBERLE. *Hermenêutica Constitucional...* p.20.

¹³⁴ Idem, *ibidem*.

¹³⁵ Idem, *ibidem*.

desta perspectiva, confere à apreciação da realidade uma imprescindível função *de informação ou de mediação (Zubringeraufgabe)*¹³⁶, que remete o cientista à consideração da *dimensão pluralista da sociedade aberta*, conectando os diferentes elementos em intertextualidade¹³⁷ a partir da construção de modelos estruturais que possibilitem a apreensão dos fenômenos.

Face ao complicado sistema de mediações e entrelaçamentos sociais, sucessivos e simultâneos, que caracterizam as realidades culturais, a compreensão de qualquer uma de suas dimensões (artística, estética, jurídica, estatal, etc.) prescinde da formulação de estruturas-tipo que, à semelhança dos tipos ideais de WEBER¹³⁸, vão possibilitar uma aproximação à realidade concreta. Neste sentido, as estruturas não têm a pretensão de conferir um sentido unívoco e unidirecional ao fenômeno estatal, mas são dotadas de tamanha abertura que permitem ao tempo de *circular* por ela. Esta conexão espaço-temporal explica-se e realiza-se praticamente, mediante a formulação do *princípio da concordância*¹³⁹ que põe de lado as diferenças tendo em vista a formação da unidade em torno dos fins a serem alcançados pela comunidade.

A melhor forma de identificar a complexa plêiade de elementos que interagem, diacrônica (evolução no tempo) e/ou sincronicamente (relação no espaço), na estrutura social efetiva¹⁴⁰, consiste na realização do que HELLER entende por **corte transversal praticado na corrente da história**, que:

*(...) não nos revela um caos, mas uma conexão ordenada de efetividade, com algum grau de estabilidade, em cuja conexão de as formas particulares, com uma maior ou menor permanência também por sua parte, realizam funções que se condicionam reciprocamente.*¹⁴¹

A referência a este corte transversal não é capaz de, por si só, fornecer o modelo apto à apreender a constituição nas suas inter-relações de índole cultural, mas informa os

¹³⁶ HÄBERLE. *Hermenêutica Constitucional...* p.20.

¹³⁷ As interlocuções com o dialogismo intertextual serão apreciados no item 3.1.

¹³⁸ Ao trabalhar esta questão, HELLER refere-se à teoria dos tipos ideais de MAX WEBER, reconhecendo a identidade de funções desempenhadas pelas suas formas ideais, mas entende que a atitude epistemológica de ambos é diferenciada, o que confere um caráter dinâmico a sua estrutura formal, de tal sorte que as próprias formas podem sofrer alteração.

¹³⁹ É esta disposição ao diálogo e este compromisso com os resultados a serem alcançados que compelem o autor a dialogar com diferentes correntes teóricas e proclamar a pluralidade metódica e a integração programática a serem levadas a cabo pelos órgãos jurisdicionais.

¹⁴⁰ É com base na idéia de herança, interdependência histórico-cultural e formas-estruturas que o autor vai desenvolver sua **tese de paradigma de níveis textuais** que permita, de um lado, a construção do arquétipo ideal de *estado constitucional de direito*, e de outro, a defesa do *direito comparado* como método necessário para o estudo da dogmática constitucional a partir de uma perspectiva científico-cultural.

¹⁴¹ Op. cit.. p. 74.

requisitos que devem ser observados por qualquer tentativa metódica de cunho culturalista: (a) abertura à dinâmica das transformações; (b) diálogo com outras concepções metódicas e soluções de compromisso; (c) preocupação em prever a possibilidade de um enfeixamento de inúmeros elementos materiais.

Para HÄBERLE, face ao seu compromisso com a pluralidade metódica, não se pode invocar uma hierarquização metodológica, pois, desta maneira, poder-se-ia diminuir a abertura da teoria da constituição ao processo vivificador da realidade. A teoria constitucional, portanto, deve estar comprometida com o desenvolvimento e aprimoramento da processualidade e da integralização da força constitutiva da *res publica* na tessitura constitucional.

2 Constituição como processo vivo (*lebende Verfassung*)

2.1 Contexto histórico do nascimento da concepção de Constituição como processo de HÄBERLE

Para se entender a amplitude do projeto científico de HÄBERLE é preciso situá-lo, mesmo que rapidamente, ante as inquietações de seu tempo, já que, como ficou assentado no capítulo anterior, é impossível separar a problematização que direciona as investigações do teórico dos pré-cometimentos culturais (políticos, sociais, axiológicos) que conformam esta atuação. A dimensão processual da Constituição encontra seu núcleo condensado nas coletâneas do autor intituladas *Constituição como processo público* (*Verfassung als Öffentlicher Prozeß*, 1978) e *Constituição do Pluralismo* (*Verfassung des Pluralismus*, 1980), que reúnem parte de sua produção científica publicada ao longo da década de 70, período marcado por acentuada crise econômica e pelo recrudescimento do autoritarismo, do terrorismo e, de seu elemento corolário, a repressão anti-terrorista.

Ao longo desta década ampliou-se a concepção de *democracia militante* construída desde a década de 50¹⁴², sob o argumento de que a Constituição¹⁴³ exige a criação de mecanismos de salvaguarda contra os ataques à ordem constitucional¹⁴⁴. A forma como ela se configurou reflete as raízes culturais do autoritarismo alemão¹⁴⁵ e se traduz na adoção da política conhecida como *Berufsverbot* (*proibição de profissão*)¹⁴⁶—

¹⁴² Com as decisões que, sucessivamente em 1952 e 1956, declararam inconstitucionais os Partidos Imperial Socialista (SRP) – de orientação neonazista– e o Nacional Comunista (NKP).

¹⁴³ Requer que seus valores essenciais sejam não só protegidos pelo Estado (em um sentido repressivo) como exigem a criação de instituições, mecanismos e procedimentos que os salvaguardem dos possíveis ataques direcionados do interior da sociedade.

¹⁴⁴ Acerca de um apanhado bastante significativo sobre o conteúdo e alcance da democracia militante firmada no direito constitucional alemão, com vasta referência jurisprudencial, inclusive com a transcrição parcial da decisão que pôs fim ao SPR (BVerfGE 38, 334), vd. KOMMERS. **The constitutional jurisprudence of Federal Republic of Germany**. Durham, USA: Durke Univ. Press, 1997. p. 217-238.

¹⁴⁵ Para uma apreciação crítica acerca das razões esposadas pelos elaboradores da Lei Fundamental de Bonn e pelos constitucionalistas do período pós-Guerra para justificar a baixa normatividade conferida aos mecanismos de soberania popular, e, valendo-se das formulações de HÄBERLE e ELY, sua defesa no sentido de maximização do caráter constitutivo da esfera pública, vd. HALTERN. Op. cit.

¹⁴⁶ Resultante da vigilância por parte dos órgãos estatais sobre os grupos considerados atentatórios à ordem constitucional, que importava na limitação de acesso ao serviço público àquelas pessoas que haviam se ligado a grupos extremistas (geralmente de esquerda), mesmo em face de ligações do passado e da ocupação de cargos menores na burocracia estatal, respaldado pelo Decreto da Lealdade dos Servidores Públicos de 28.1.1972, que *densificou* o enunciado constitucional constante do art. 33, abs 5, segundo o qual os juízes e os servidores públicos encontram-se vinculados à observância da Constituição.

que para ESTÉVEZ ARAÚJO consiste no *fenômeno mais emblemático que caracterizou este período e a visão que as autoridades tinham da Constituição*¹⁴⁷ – e da imposição de inúmeros atos legais que, progressivamente, ampliavam as restrições às garantias fundamentais¹⁴⁸ dos militantes extremistas. Ambas as restrições eram fundadas na defesa da ordem constitucional – o dever de fidelidade dos servidores públicos civis à Constituição¹⁴⁹ e o dever geral de manutenção da ordem constitucional¹⁵⁰.

A crise econômica, por seu turno, fez desencadear pesadas críticas ao modelo de Estado social de direito, às políticas assistencialistas e de proteção ao trabalhador, e, sobretudo, ao intervencionismo econômico. Paralelamente a estes questionamentos relacionados à extensão e natureza das atividades a serem desempenhadas pelo Estado, situava-se a reorganização das relações entre Estado e sociedade no sentido de superação das esferas do público e do privado, consolidando e ampliando uma terceira dimensão, a *Öffentlichkeit* (esfera pública, espaço público) que postulava, a par da ampliação dos debates em torno das políticas a serem adotadas, a exigência por maior transparência na condução do *munus* público.

A crise das funções do Estado possibilitou a insurgência de questionamentos, inclusive, contra o próprio modelo de direito (legislativo¹⁵¹) estruturado sob as bases de um espírito legalista e codificador, quer em face da excessiva inflação legislativa desencadeada pela ampliação da intervenção do Estado em diversos setores da vida social, quer pela incapacidade de que a atividade legiferante acompanhe, à mesma velocidade, a dinâmica das transformações sociais e que preveja os inúmeros particularismos reclamadas (pelas diferenças sociais entre os indivíduos sujeitos à normatividade estatal.

Este fato, aliado à recepção dos desdobramentos oriundos da hermenêutica filosófica e da filosofia da linguagem, pelas diferentes teorias da interpretação jurídica e ramos do saber científico, concorreu para a saturação do modelo de estrita subsunção

Cf. ESTÉVEZ ARAÚJO. *La constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta, 1994. p. 80-81; KOMMERS. Op. cit.. p. 229-234.

¹⁴⁷ *El fenómeno más emblemático que caracterizó ese período y la concepción que las autoridades tenían de la Constitución fue el llamado Berufsverbot*. Op. cit. p. 80.

¹⁴⁸ P.ex, a diminuição dos privilégios de progressão de penas, quebra de sigilo nas comunicações, restrição à assistência de advogados ao longo do processo persecutório, dentre outras. Cf. KOMMERS, Op. cit.. p. 227-9.

¹⁴⁹ Art. 33, inc. 5 da LF de Bonn.

¹⁵⁰ Vd. ainda a restrição de acesso aos meios de comunicação (mídia televisiva) durante propaganda política de grupos de radicais extremistas de extrema direita (BVerfGE 47, 198; julgada em 1978). KOMMERS, Op. cit.. p. 224-229.

¹⁵¹ Cf. ZAGREBELSKY. *El derecho ductil. Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995. cap. 2.

legal, repercutindo, na seara da dogmática constitucional, através de uma jurisprudência constitucional fortemente orientada à preservação dos direitos fundamentais em progressiva ampliação, pode-se laçar as bases para uma reconceituação da idéia de sistema (constitucional) que se abre ao entorno a partir da adoção de uma estrutura dialógica e da força diretiva dos princípios jurídicos, em nítida substituição das funções supletiva e subsidiária que ocupavam no interior da dogmática tradicional.

Não obstante os importantes alicerces lançados em prol de uma teoria material da Constituição, a jurisprudência de valores intentada pela Corte Constitucional alemã na primeira hora do constitucionalismo de Bonn¹⁵², ao fazer recrudescer os ideais jusnaturalistas que consideram os direitos humanos como vinculações anteriores ao Estado e à Constituição, permanecem adstritas a uma concepção voluntarista da interpretação constitucional, visto que os magistrados concebem-se como os tutores das liberdades¹⁵³ a ponto de manterem fechados os canais de participação deixando irresolúvel a problemática em torno do déficit de legitimidade democrática¹⁵⁴. Por que?

Já não é mais suficiente o argumento simples de que a legitimidade (inclusive democrática) do poder judiciário repousa na sua vinculação/submissão à Constituição (norma suprema e conformadora de todo o ordenamento), que faz com que os atos (e interpretações) tendentes a potencializar a sua aplicabilidade devem prevalecer ante as demais medidas violadoras oriundas dos diferentes setores da sociedade e dos demais órgãos do Estado¹⁵⁵. Pois, reconhecendo que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, mas que resulta sempre de um processo atualizador determinado pelo seu intérprete, a teoria da Constituição, quando se preocupa acerca da legitimidade democrática, deve se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action*. Neste desiderato, invariavelmente se é

¹⁵² Movimento de retorno ao jusnaturalismo em razão da perplexidade (e sentimento de culpa compartilhado pela sociedade em geral) ante as atrocidades promovidas pelo regime nazi-facista

¹⁵³ Neste sentido, vd a percuciente crítica de HALTERN que defende a necessidade de abertura democrática dos procedimentos institucionais de interpretação constitucional.

¹⁵⁴ No direito norte-americano, o debate acerca do déficit de legitimidade democrática dos tribunais, em especial, da Suprema Corte, não é fato novo. Desde o início da doutrina dos poderes implícitos e da aplicação do *judicial review* pela Suprema Corte Norte Americana, no caso paradigmático de *Marbury vs. Madison*, questiona-se sobre os fundamentos que autorizam a intervenção ativa do poder judiciário, no sentido de invalidar medidas, impor limites à atuação dos órgãos representativos –executivo e legislativo– ou ainda, determinar o cumprimento de prestações positivas.

¹⁵⁵ Uma vez que toda norma prescinde de um momento de interpretação legal, anterior ao ato de concretização normativa – para HÄBERLE não há norma jurídica *senão norma jurídica interpretada*– revestindo-se de característica inovadora, posto que, ao atualizar seu sentido, a insere no tempo (*in die Zeit*), uma vez que *interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. Hermenêutica Constitucional...* p. 9.

compelido a conferir um acento maior na processualidade das normas do que na busca pela elucidação dos conceitos legais, conectando, em diversas dimensões, a Constituição ao processo.

2.1.1 Constituição e Processo

Entre o fim da década de 60 e o início da de 70, pôde-se perceber diferentes tendências aproximando Constituição e processo, tanto do lado do ponto de vista do direito processual quanto da juspublicística constitucional, através de um movimento de constitucionalização dos princípios processuais e de busca pela materialização dos direitos fundamentais. Em razão disto, impõe-se sejam feitas algumas precisões terminológicas acerca das possíveis concepções que enfeixam o processo à Constituição.

O movimento de *materialização (constitucionalização) do direito processual* em razão do qual se entende que o direito processual deve abandonar, em parte, as concepções estritamente individualistas e autoritárias, em cujas bases se estruturou e ganhou autonomia no começo do século –transcendendo a dimensão subsidiária, técnica e meramente instrumental no qual fora concebido ao longo do século XIX, sob os auspícios do ambiente individualista e legalista do espírito codificador–, para se reestruturar, considerando os imperativos do Estado de direito social e democrático¹⁵⁶. Desta forma, o reconhecimento da origem constitucional dos institutos básicos do direito processual conduz à afirmação de uma estreita conexão entre Processo e Constituição, de forma que aquele passa a ser estruturado tendo em vista a realização da plêiade axiológica dos preceitos constitucionais, a ponto de ser o processo identificado como uma espécie de *direito constitucional aplicado*¹⁵⁷.

De outro lado, defende-se a **procedimentalização do direito constitucional**, em um duplo sentido: (a) como necessidade de desenvolvimento das garantias institucionais e processuais da Constituição como condição de sua efetividade e (b) como

¹⁵⁶ Neste sentido as obras de COUTOURE e CALAMANDREI são bastante significativas e encontram grande ressonância na processualística continental (e, por conseguinte, na dogmática pátria) à medida que se apresentam como precursoras dessa materialização, reconhecendo a índole notadamente juspublicista do direito processual, quer ao conceber a teoria do direito de ação como direito público subjetivo autônomo, quer ao identificar nos institutos básicos do processo um dos mecanismos para a promoção da democracia em observância aos ditames constitucionais (CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960). Essas análises possibilitaram o questionamento e adequação da dogmática processual às exigências garantísticas de índole constitucional dos chamados direitos fundamentais processuais enfeixados a partir da cláusula do devido processo legal, como, p.ex., a independência do órgão julgador, o direito dos interessados ao amplo acesso ao juízo, direito ao contraditório, direito ao tratamento isonômico, inversão do ônus da prova de cunho social, etc.

¹⁵⁷ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: UFC, 1989. p. 20.

reconhecimento da estreita conexão entre as normas constitucionais – estruturas abertas e dialógicas– com os processos de transformação social, de forma que se reconhece o caráter essencialmente processual das disposições materiais, posto que o sentido de suas prescrições não é previamente dado, mas resultado de múltiplas interações sociais contingentes. Parte-se, para tanto, do reconhecimento de que a Constituição –para além de um estatuto meramente organizatório do organismo estatal e de um instrumento garantidor dos direitos fundamentais, dotada de força normativa vinculante¹⁵⁸ e fonte de legitimidade da ação estatal– goza de uma dimensão processual, uma vez que possibilita, mediante sua estrutura normativa aberta e dialógica, a inserção dos elementos contingenciais e conflituais da realidade quando da determinação de seu sentido e de sua eficácia normalizadora.

Na primeira acepção pode-se perceber a pretensão de que os direitos fundamentais positivados no texto constitucional superem a sua programaticidade retórica (cartas de intenção política dependente de regulamentação estatal) e passem a gozar de força vinculante. Como seu corolário, impôs-se o reconhecimento de mecanismos/instrumentos para a realização da Constituição, de forma que a doutrina constitucional (em especial, neste primeiro momento, os esforços tedesco e italiano) esforçou-se por conceber um sistema de garantias que dessem conta da implementação do Estado democrático e social¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Vd. item 2.2.3.2.

¹⁵⁹ Nesta direção, à concepção subjetivista dos direitos fundamentais, como faculdade de agir dos interessados (solidamente constituída a partir da teoria dos *status* de JELLINEK), aderem diversas concepções que conferem aos direitos fundamentais, inclusive os direitos negativos (liberdades), um aspecto igualmente objetivo (institucional) que não só restringe o âmbito de atuação estatal, como impõe aos grupos sociais o dever de fornecer subsídios para sua implementação, de institucionalizar mecanismos de realização e oportunizar o acesso amplo a estes mecanismos de participação do processo decisório (*status activus processualis*), de implementá-los mediante políticas legislativas e administrativas, de converter-se (a plêiade dos direitos fundamentais) em parâmetro necessário de aferição de validade e legitimidade do ordenamento jurídico (interpretação conforme os direitos fundamentais), inclusive nas relações de direito privado (efeito direto), e, ainda, de serem assumidos, pela esfera pública, estatal e não-estatal, como objetivos educacionais e diretivas de caráter educacional. Destaca-se o estudo do caráter vinculante das normas constitucionais consagradoras dos clássicos direitos de liberdades civis e políticas (direitos negativos e de participação política) assim como dos direitos de cunho social, econômico e cultural, que marcam a segunda dimensão dos direitos humanos, internamente positivadas, à quase unanimidade, na onda constitucional do período pós-guerra, retomando o constitucionalismo social do segundo decênio do século passado (Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919). Neste contexto, as garantias caracterizam-se como técnicas de limitação da atuação do Estado no que respeita aos direitos fundamentais de liberdade e técnicas de implementação daquela mesma ação referente aos direitos sociais (vd. CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999), o que leva ao reconhecimento de regimes diferenciados – direitos de liberdade e direitos de prestação (Cf. CANOTILHO. **Direito constitucional...**)– aptos a realizar direitos que, não obstante seu idêntico caráter de fundamentalidade, impõem comportamentos diferenciados aos grupos sociais e particulares, constituindo-se os primeiros no desenvolvimento de técnicas de defesa da esfera de

Como já se pôde assinalar em outra oportunidade, a concepção de Constituição como processo de HÄBERLE identifica-se, contudo, à idéia de procedimentalização na sua **segunda aceção**, de forma a transcender os limites dos aspectos antes referidos¹⁶⁰ reconhecendo a índole processual das normas constitucionais no afã de compatibilizar (a) a **abertura semântica e estrutural** que lhe é inerente, (b) à teoria democrática expressa mediante o reconhecimento do papel proeminente da **política constitucional** no processo de determinação do conteúdo das prescrições normativo-constitucionais e (c) à preocupação com o enraizamento (compatibilidade) dos valores e bens constitucionais na **cultura política**, como medida de inserção do elemento de realidade à investigação constitucional.

2.2 Pressupostos teóricos para a formulação da concepção de Constituição como processo

A fim de melhor compreender os elementos constitutivos da concepção de processualidade a partir da qual HÄBERLE constrói, por fragmentos, sua concepção de Constituição como processo, faz-se necessário identificar e elucidar os pressupostos teóricos que, a par daqueles epistemológicos (teoria do conhecimento) e antropológicos (concepção de homem subjacente), confluíram para a construção do pluralismo de HÄBERLE. Antes de aprofundá-los, procurar-se-á, partindo das lições do próprio autor, estabelecer os termos em que esses diferentes elementos contribuem para a ampliação da concepção inicial de pluralismo *como multiplicidade de idéias e interesses*¹⁶¹ *convertendo-o no pluralismo constituído*, chave mestra que conecta os diferentes elementos de sua teoria constitucional:

a teoria do racionalismo crítico compreendida como «filosofia do pluralismo» e a teoria da fundação cultural da sociedade aberta a partir de determinados valores fundamentais. Isto significa que o pluralismo na sociedade aberta não se produz de forma automática e autônoma no momento em que se libera a força (de «auto-regulação») da sociedade, particularmente a do mercado. Do contrário, é necessário falar em uma

autonomia individual, enquanto que os segundos impõem-se como exigências de caráter prestacional, aptos a conferir as condições mínimas necessárias para que o indivíduo (e coletividades) possam, concretamente, exercer sua autonomia. Eis aqui o conceito de liberdade fundamental que tenta conciliar os princípios de liberdade e igualdade como ambivalentes e complementares à medida que ele pode ser compreendido como condição para o pleno exercício da liberdade.

¹⁶⁰ A concepção de Constituição como processo formulada por HÄBERLE não deixa de inserir esta discussão acerca dos mecanismos de institucionalização das garantias e dos direitos de participação e de acesso a procedimentos. Estas características, contudo, constituem-se em desdobramento da concepção mais abrangente de processualidade constitucional.

¹⁶¹ «*moltiplicità de idee ed interessi*». *Diritto i verità*. Torino, Itália: Einaudi, 2000. p. 75.

pluralidade «constituída». O Estado constitucional mantém-se e desenvolve-se graças ao funcionamento de um triplice âmbito de ação, típico do modelo republicano: o âmbito estatal, o da esfera pública pluralística e aquele privatístico. Os três âmbitos mantêm-se distintos contudo encontram-se em influência recíproca¹⁶².

A formulação do pluralismo, naqueles termos, é possível graças ao caráter convencional (dualismo entre decisões e natureza) da sociedade e do racionalismo pragmático desenvolvido por POPPER que erige sua teoria democrática e seu projeto político a partir de um enfoque institucionalista sustentado por máximas políticas (de caráter formal), axiologicamente orientadas para a realização de uma mecânica social (gradual), comprometidas com um projeto político aberto que deve ser constituído, tanto quanto possível, pela esfera pública.

2.2.1 Sociedade aberta e o compromisso com a salvaguarda das instituições democráticas

Como já foi assinalado antes¹⁶³, o racionalismo crítico de Popper aplicado às investigações sociais e políticas pode ser enunciado nos termos de um racionalismo pragmático, uma vez que a exposição à crítica dos enunciados normativos de índole social (cultural), além de exigirem dos cientistas uma justificativa (racional) acerca dos fundamentos que ensejaram a decisão adotada, da identificação das conseqüências dela possivelmente advindas e de sua capacidade de produzir consenso (aceitação). O racionalismo pragmático, ainda, estabelece-se tendo por base um compromisso com o diálogo e com a adoção de uma atitude de razoabilidade que implica na abertura ao estabelecimento de compromissos que levem em conta, de forma maximizada, os interesses em conflito, conectando o investigador à realidade em uma relação indissociável. Feita esta breve retomada acerca dos elementos que compõem seu aporte teórico, incumbe analisar a questão central neste item, qual seja, de que forma o racional-pragmático POPPER se posiciona ante a questão do bom governo e da sociedade?

Reconhecendo a falibilidade humana associada à crença no homem enquanto ser

¹⁶² *vanno di nuovo ricordate a tale proposito la teoria dei razionalismo critico intesa come «filosofia del pluralismo» e la teoria della fondazione culturale della società aperta, ad es. mediante determinate valori fondamentali. Ciò significa che il pluralismo nella società aperta non si produce in modo automatico ed autonomo nel momento in cui vengono lasciate libere le forze (di «autoregolazione») della società, in particolare quelle dei mercato. È invece necessario parlare di una pluralità «constituited». Lo Stato costituzionale riesce ad ottenerla grazie al funzionamento di un triplice ambito di azione, tipico del modello repubblicano: l'ambito statale; quello della sfera pubblica pluralistica; quello privatistico. I tre ambiti devono essere tenuti distinti nonostante le reciproche influenze. Idem, ibidem.*

capaz de posturas racionais e razoáveis, opta por um enfrentamento indireto aos *paradoxos*¹⁶⁴ da soberania e da democracia, mediante o recurso à institucionalização de procedimentos de controle democrático do poder. Resta esclarecer, contudo, no que consistiriam estes paradoxos?

A filosofia política, desde a antiguidade, busca compreender o político a partir dos questionamentos sobre o *bom governante – quem deve ser o titular da soberania?*

A perplexidade daí resultante é que, independentemente do resultado obtido (o sábio, o virtuoso, a maioria), o valor elencado como critério para escolha do depositário da legitimidade soberana (inteligência, virtude, democracia), o seu titular poderia renunciar em favor de outro elemento, degenerando o bom governo (ideal) em tirania¹⁶⁵.

Desta maneira, a defesa da democracia como a forma de governo da sociedade aberta que melhor se adequaria aos compromissos de manter o processo de abertura e racionalização da esfera de atuação política, não seria suficiente, pois o governo da maioria poderia converter-se em tirania de duas maneiras, ou a partir de uma deliberada opção da maioria do povo em renunciar parcialmente a sua liberdade e submeter-se a um regime totalitário¹⁶⁶, ou quando a maioria no exercício de seus poderes (pseudo)legítimos em nome de sua representatividade democrática violar os direitos das minorias. O discurso feito em nome do povo, em especial nas sociedades periféricas, converte, inúmeras vezes, a expressão *povo* um qualificativo dotado de mera eficácia retórica¹⁶⁷, uma vez que este mesmo povo permanece apático e alijado do processo de decisão política¹⁶⁸.

Partindo-se da premissa (empiricamente verificável) de que o governo pode ser

¹⁶³ Vd. item 1.2.1.

¹⁶⁴ Os paradoxos são chamados, às vezes, “contradições”. O que pode ser levemente enganoso. Uma contradição comum (ou uma auto-contradição) é apenas um enunciado logicamente falso, tal como “Platão era feliz ontem e não era feliz ontem”. Se considerarmos tal sentença como falsa, não há mais dificuldades. De um paradoxo, porém, não devemos supor que seja verdadeiro, nem que seja falso, sem nos envolvermos em dificuldades. POPPER. *A sociedade aberta*, v.2., p. 372, nota 7(2) ao cap. 24.

¹⁶⁵ Idem, ibidem. v.1., p. 143.

¹⁶⁶ Pode-se aludir a inúmeras experiências concretas da conversão de regimes democráticos em ditatoriais mediante um assalto pelas vias institucionais do poder – como p.ex. a *democracia vacilante* (LUCAS VERDÚ. *La lucha contra* p.54) de Weimar.

¹⁶⁷ Sobre a questão da constitucionalização simbólica, vd. NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994; Idem. *Constitucionalização Simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder*. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 12, p. 156-167, 1995. Vd. ainda o item 3.4.

¹⁶⁸ Vd. os textos de FRIEDRICH MÜLLER em que analisa essas duas questões, sobre o papel do *povo* e sobre o grau de *exclusão social* tolerável em uma sociedade democrática. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998; *Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? exclusão e democracia, globalização e democracia*. Porto Alegre: s/d. Mimeografado.

exercido por péssimos governantes, a melhor forma de assegurar o desenvolvimento democrático (e o movimento contínuo rumo à sociedade aberta) seria através do desenvolvimento de uma **teoria dos controles democráticos**, que pusesse em relevo o questionamento sobre *como se pode organizar as instituições políticas de modo tal que maus ou incompetentes governantes sejam impedidos de causar demasiado dano*¹⁶⁹.

Assim, a teoria da democracia

*não se baseia no princípio de que a maioria deve governar, mas, antes, no de que diversos métodos igualitários para o controle democrático, tais como o sufrágio universal e o governo representativo, devem ser considerados como simplesmente salvaguardas institucionais, de eficácia comprovada pela experiência, contra a tirania, repudiada de modo geral como forma de governo. E estas instituições devem ser susceptíveis de aperfeiçoamento.*¹⁷⁰

Esta formulação prescinde, inicialmente, de uma substituição da idéia de **povo** pela idéia de **cidadão** (democracia participativa) e pelo comprometimento ético das instituições com o *combate à tirania*¹⁷¹, mantendo, de um lado, a abertura das vias institucionais ao desenvolvimento de técnicas de controle mais eficazes e complexas (tendo em vista o reforço das instituições democráticas) e, de outro, legitimando o controle exercido (em última instância pela própria sociedade) sobre a atividade dos próprios governantes quando se desviam dos comprometimentos democráticos das funções institucionais que lhe são atribuídas.

A mudança de enfoque verificada através da substituição dos questionamentos – *Quem?* por *Como?* – possibilita a perspectiva **teorético-democrática** de POPPER de desenvolver-se, em contraposição ao personalismo característico das teorias da soberania¹⁷², nos termos de uma visão institucionalista¹⁷³ que enfatiza a necessidade de aprimoramento dos meios de controle democrático do poder. Pode-se questionar se este enfoque permitiria uma resolução definitiva para o paradoxo da democracia. Se esta crença nas instituições democráticas não se converteria em um novo utopismo face à constatação empírica da falibilidade humana. Se seria possível um controle democrático do governo que fosse, a um só tempo, eficaz e produto da crítica de toda a esfera pública.

¹⁶⁹ POPPER. *A sociedade aberta...*, v. 1, p. 136.

¹⁷⁰ Idem, ibidem. p. 148.

¹⁷¹ Idem, ibidem. p. 149

¹⁷² HÄBERLE refere-se a esta substituição como a formulação de uma teoria da democracia *contra os dogmas "clássicos" da soberania popular. Hermenêutica Constitucional...* p. 39, n. 70.

¹⁷³ POPPER reportando-se à política educacional de PLATÃO afirma que *todas as políticas de longo alcance são institucionais. A sociedade aberta* v.1., p. 142.

A crença na razão humana e na institucionalização dos mecanismos de controle democrático não redundam na ilusão de um sistema de controle perfeito ou mesmo de que a legitimação democrática deve ser presumida mediante a verificação da observância dos procedimentos previamente instituídos¹⁷⁴. O próprio reconhecimento de que os mecanismos existentes devem ser submetidos à prova¹⁷⁵ e de que estas instituições devem incorporar progressivamente métodos mais eficazes para a implementação deste controle, já denota o caráter sempre incompleto e imperfeito das técnicas de controle – *[n]ão há meios infalíveis*¹⁷⁶ – e a necessidade de que os mecanismos encontrem-se sujeitos a formas de controles institucionais e sejam suscetíveis de serem esclarecidos ao público.

Ademais, a preocupação com a institucionalização das vias democráticas confere à democracia uma garantia objetiva maior à medida que uma parcela progressivamente maior da sociedade assume-se enquanto legitimada à implementação da democracia, concebida como axiologicamente orientada à reafirmação da sociedade aberta. POPPER reconhece-se comprometido com uma ética humanista e igualitária, racionalmente defendida a partir do *intuicionismo sociológico de valores* em que o autor, recorrendo ao debate grego¹⁷⁷ propiciado pela tensão da civilização¹⁷⁸, busca justificar suas opções valorativas pela refutação de suas antíteses¹⁷⁹ e racionalizá-las através de sua conversão em máximas da razão prática, mantendo-as, desta forma, abertas ao influxo de novas ideologias ou filosofias morais. Qual o caminho traçado por POPPER para incorrer nestas afirmações?

Para responder a esta questão tentou-se apresentar os fundamentos éticos do

¹⁷⁴ Para uma diferenciação entre a concepção luhmanniana de legitimação pelo procedimento e a legitimação no procedimento de HÄBERLE, vd. nota 280.

¹⁷⁵ Verificação do grau de eficácia dos procedimentos enquanto salvaguarda democrática, mesmo nos mecanismos de democracia representativa.

¹⁷⁶ POPPER. *A sociedade aberta...* v.1., p. 290, n. 4 ao cap. 7.

¹⁷⁷ *[N]ossa civilização ocidental começa com os gregos. Foram eles, parece, os primeiros a dar o passo do tribalismo para o humanitarismo.* Idem, ibidem. p. 187.

¹⁷⁸ Para POPPER, a oposição entre sociedade fechada e aberta só foi possível a partir da *tensão da civilização* operada no curso do processo de agregação político-social dos clãs helênicos em torno da *pólis* e de sua *vocação universalista* expressa pelo intercâmbio cultural e comercial com outros povos, e promoveu um movimento de ruptura com as *estruturas tribais tradicionais* – com o coletivismo que negava autonomia moral ao indivíduo difusamente inserido no interior da comunidade e com a compreensão mística de mundo associada ao argumento de autoridade dos anciãos –. Tais transformações incutiram no homem grego o desejo de entender o sentido do mundo e as origens da vida, primeiro através da construção de uma cosmovisão mítica – tentativa de racionalização do irracional (pré-socráticos) – até a investigação dos fundamentos racionais da sociedade humana e do reconhecimento do caráter convencional de suas instituições. Nestes termos, o convencionalismo presente no pensamento socrático é erigido como traço característico da sociedade aberta, por se assentar em uma postura absolutamente antidogmática.

¹⁷⁹ Vd. considerações acerca da natureza bipolar dos valores expendida no item 1.3.1.

seu pensamento (quais sejam: a ética humanitária, igualitária e o compromisso democrático) como resultado da refutação pragmática de suas antíteses, apresentando as máximas políticas, de índole formal, por ele inferidas a partir deste processo de intuição sociológica.

Assim a decisão em prol de uma *postura igualitária*¹⁸⁰ foi reforçada pela análise das conseqüências que as atitudes anti-igualitárias poderiam engendrar, redundando na reprodução da violência e na tirania; de uma postura *humanista*, e, conseqüentemente, *individualista comprometida com o altruísmo*, é resultante da consideração dos efeitos nocivos à responsabilização moral e à liberdade (autonomia) individual que o coletivismo (preponderância do todo sobre o indivíduo) pode acarretar; a conversão da democracia em uma *teoria dos controles e equilíbrios institucionais* pode ser inferida, de um lado, do reconhecimento da falibilidade humana e a fácil constatação da degeneração do poder em tirania, de outro, da perplexidade ante o *paradoxo da soberania*. Estas posturas, como se pode ver, encontram-se assentadas sobre os valores igualdade e tolerância; liberdade e altruísmo; e, a democracia, enquanto dotada de um valor em si.

Para POPPER, um dos critérios de racionalização da democracia institucional, axiologicamente orientada para a realização de valores, consiste na tentativa de converter estes valores em máximas (de índole formal) de atuação política. O valor da *igualdade*, assim, converte-se na *máxima* que determina o reconhecimento à totalidade dos indivíduos da igualdade de direitos, de tratamento e de igualdade de condições para formulação livre de suas aspirações. A promoção de uma política igualitária, por sua vez, jamais pode desprezar o multiculturalismo e o direito conferido a todo o cidadão de autodeterminação moral e do exercício livre de suas convicções, de forma que a tolerância seja potencializada ao máximo, que se converte na máxima: *[t]olerância para com todos os que não são intolerantes e não propagam a intolerância. Isto implica, especialmente, que as decisões morais dos outros sejam tratadas com respeito, enquanto tais decisões não colidirem com o princípio da tolerância*¹⁸¹.

O individualismo, expresso através da liberdade enquanto autonomia individual dotada de uma orientação altruísta, apela para que os indivíduos reconheçam o outro como membros de uma mesma humanidade (princípio da fraternidade), convertendo-se,

¹⁸⁰ Reconhecimento de que *a igualdade perante a lei não é um fato, mas uma exigência política baseada numa decisão moral, e é totalmente independente da teoria de que "todos são nascidos iguais". A sociedade aberta...* p. 458 (v.ún).

¹⁸¹ Idem, ibidem. v. 1, p. 256, n. 6 ao cap.5.

assim, na *máxima da eliminação do sofrimento*¹⁸², que vai orientar o pensamento de possibilidade de HÄBERLE, circunscrevendo-o à observância das necessidades concretas, como critério de ponderação entre as possibilidades postas em tela.

Por fim, o valor democracia, concebido como salvaguarda das instituições democráticas através de uma ampliação progressiva das técnicas de controle democrático enseja a formulação da *máxima do combate à tirania*¹⁸³, através da criação, desenvolvimento e proteção das instituições políticas¹⁸⁴.

Esta tábua de valores e máximas políticas fornecem critérios para a adoção das decisões políticas e elementos para a justificação das decisões a fim de conferir-lhes maior grau de adesão racional, que se reproduzem como exigências no interior da teoria dos controles democráticos de POPPER.

*[E]xigirmos um governo que governe de acordo com os princípios do igualitarismo e do protecionismo [evitando o paradoxo da liberdade]; que tolere todos os que se disponham a agir do mesmo modo, isto é, que sejam tolerantes [paradoxo da tolerância]; que seja controlado pelo público e lhe preste contas [paradoxo da democracia]*¹⁸⁵.

Por fim, importa frisar a relação entre a sociedade aberta como critério de orientação para a atuação da **mecânica social gradual** (*piecemeal social engineering*).

A antítese entre sociedade fechada e aberta, não obstante referir-se à realidade histórico-concreta da tensão da civilização grega, é matizada por POPPER através de modelos-tipo, convertendo-se em um apelo racional para que os cidadãos adiram à construção permanente de uma sociedade aberta, comprometida com a ética humanitária, igualitária e democrática que se constituem como condição de possibilidade para a abertura da sociedade como a idealizada pelo filósofo austríaco¹⁸⁶. Portanto, a sociedade aberta afigura-se como um projeto a ser continuamente (re)construído¹⁸⁷ e que consiste na

¹⁸² (2) O reconhecimento de que toda premência moral tem sua base na premência do sofrimento ou da dor. Sugiro, por essa razão, substituir a fórmula utilitária [...] pela fórmula: "a menor quantidade possível de dor para todos", ou, em resumo, "dor ao mínimo". Esta fórmula tão simples pode-se converter, creio, num dos princípios fundamentais (por certo que não o único) da política pública. [...]. **A sociedade aberta**.... v. 1, p. 256, n. 6 ao cap.5.

¹⁸³ (3) A luta contra a tirania; ou, em outras palavras, a tentativa de salvaguardar os outros princípios pelos meios institucionais de uma legislação em vez de pela benevolência dos que estejam no poder. Idem, ibidem.

¹⁸⁴ Cf. Idem, ibidem. p. 142.

¹⁸⁵ Idem, ibidem. p. 290, n.4 ao cap. 7.

¹⁸⁶ Razões por que não se pode concordar com as críticas lançadas por LUCAS VERDÚ contra a oposição que POPPER faz entre sociedade fechada e aberta, por entender ser impossível a verificação empírica de sociedades exclusivamente fechadas ou exclusivamente abertas. Cf. **La constitución abierta y sus <enemigos>**. Madrid: Beramar/Univ. Complutense de Madrid, 1993. p. 21-24.

¹⁸⁷ O autor refere-se à existência de estágios intermediários entre as concepções naturalistas (isomorfismo

permanente tentativa de identificação e eliminação dos obstáculos à plena realização da liberdade¹⁸⁸.

O projeto político de POPPER, em consonância com as máximas antes formuladas, pode ser articulado *em três frentes: a eliminação de qualquer privilégio; o primado do indivíduo, e a concepção do estado [sic] como tendo por função básica a proteção da liberdade dos cidadãos*¹⁸⁹. A mecânica social gradual, partindo dessas premissas, busca conciliar o aspecto tradicional (sucessão no tempo) a necessidade de reformas (aspecto inovador), valendo-se não da prévia idealização de um Estado perfeito para o qual se deve envidar todos os esforços, inclusive, a sacrifício da própria autonomia individual, mas sendo caracterizada pelo combate aos males presentes da sociedade (*eliminação do sofrimento e da dor*), utilizando a *sociedade concreta como parâmetro de teorização*¹⁹⁰. Desta maneira, devem ser afastados os projetos grandiosos de reconstrução total da sociedade, das utopias e de revolução social¹⁹¹, em favor da idéia de reforma gradual a ser obtida mediante o controle e o amplo debate social que propicie a construção de políticas públicas capazes de produção de consenso.

A existência de uma constante tensão entre tradição e inovação pode ser concebida a partir de uma perspectiva científico-cultural (como já delineado no capítulo anterior), uma vez que o processo de conexão superadora no tempo se move no plano do mundo cultural, ou seja, mediado por uma complexa teia de relações e co-determinações

entre convenção e natureza) e dualistas (separação entre fatos e opções) que, em última instância apelam para elementos irracionais, que por sua vez podem degenerar em desdobramentos políticos que neguem a própria razão, na qual pretendem ver assentados seus posicionamentos. Neste sentido, identificando-os como espécies de racionalismos não-críticos o autor elenca: (a) **Naturalismo biológico**, que reconheceria a existência de regras morais convencionais e a possibilidade de inferirmos condutas da natureza humana; (b) **Positivismo ético** que importaria na redução da moralidade nos fatos normativos dados (convenções que devem ser aceitas); e uma construção que mescla os dois posicionamentos anteriores, o (c) **Naturalismo psicológico ou espiritual**, que reconhece, de um lado, que as convenções devem ser aceitas como objetivações da subjetividade, e, de outro, que as normas emanadas da natureza humana relacionam-se não somente com as necessidades biológicas, mas com os fins espirituais do indivíduo. Cf. *A sociedade aberta...* v. 1, p. 82.

¹⁸⁸ O autor ressalta que as principais causas da obstrução do processo rumo à **sociedade aberta** consistem na tendência de redução da pluralidade social intentada por visões monistas de apreensão da sociedade – obtidas mediante diferentes argumentos que, em último grau, reduzem normas a fatos– e na tendência de transferir a responsabilidade pelas decisões a outras autoridades. Estes elementos identificados por POPPER em maior ou menor grau nas formulações teóricas daqueles que se constituiriam nos *inimigos da sociedade aberta* –a perversão da justiça igualitária implementada por PLATÃO, o positivismo ético de HEGEL e a descrença de MARX na política apregoando a revolução como uma necessidade.

¹⁸⁹ PEREIRA. Op. cit. p. 148.

¹⁹⁰ Idem, ibidem. p. 154.

¹⁹¹ Não obstante considerar o atual modelo de Estado constitucional tributário do constitucionalismo revolucionário (nos EUA em 1787 e na França em 1789), HÄBERLE entende que o modelo de reforma social consolidou-se em oposição à idéia revolucionária e radical reconstrução social constante naqueles momentos inaugurais. Cf. *Libertad, igualdad, fraternidad...* e o item 3.1.3.

das mais diversas ordens e estimulado por um conjunto de cristalizações culturais¹⁹² que adquirem uma função *catalisadora* das transformações sociais.

A atuação governamental de acordo com o igualitarismo e o protecionismo implica a consideração de que a função estatal pode ser resumida na consideração de que lhe incumbe uma função **protecionista da liberdade** compreendida como condição para o desenvolvimento dos demais valores (autonomia moral), devendo prevalecer sobre a igualdade, mas ser desenvolvida em coordenação com uma ética igualitária que resultaria de inúmeros condicionamentos intersubjetivos que mantém os valores abertos¹⁹³ ao intercâmbio cultural no tempo. Desta maneira, o problema da garantia das minorias e da abertura dos canais de participação do processo decisório no interior do Estado Constitucional, encontra critérios para o desenvolvimento de técnicas de controle¹⁹⁴.

Faz-se mister a busca da conciliação destes aspectos (tradição + inovação) na apreensão da realidade, quer face à adoção de uma perspectiva realista, quer como decorrência do caráter social do método (a objetividade científica decorrente da exposição dos seus fundamentos à refutação) e da atitude de razoabilidade a ele correlata que dê conta das possibilidades pluralísticas (exposição pública) que se descortinam perante o mecânico social: uma vez que ele deve, ante os problemas e possibilidades apresentadas e mediante um processo dialógico, decidir de forma a possibilitar uma maior adesão da comunidade, em razão de sua equidade.

2.2.2 Força constitutiva da esfera pública

A realidade do moderno Estado social deixa claro que as tradicionais teorias do Estado, ancoradas na separação entre o político e sociedade, não podem captar o sentido do homem em particular e dos homens em geral como fins últimos do Estado e da sociedade. Estas duas realidades *agem e reagem reciprocamente*, de forma que a

¹⁹² A vinculação da mecânica social gradual ao *background* cultural correlato não anula a esfera de liberalidade, de auto-consciência, muito menos a responsabilização moral dos indivíduos. O que se tem, é o reconhecimento de sua substancial conformação ao conjunto de expectativas, ansiedades, idealizações, valores (conflitantes e concretos) que conectam, invariavelmente, o indivíduo à comunidade. Assim, a identificação das possibilidades pluralísticas, das necessidades concretas e a realidade do processo político devem ser formuladas a partir do (numa perspectiva interna ao) espaço da cultura, dinamizadas pelas objetivações cristalizadas. A aceleração ou retardo das transformações, a redução das desigualdades ou a aceleração das diferenciações, resultam, todavia, como não podia deixar de ser, sob pena da invalidação de todo o arcabouço teórico formado pelo recurso à idéia de **A sociedade aberta**, das ações concretas de todos os indivíduos que atuam no interior da comunidade.

¹⁹³ Em conformidade com a enunciação das máximas políticas resultantes da intuição sociológica de valores de POPPER.

¹⁹⁴ Neste ponto consiste a aproximação da processualidade constitucional de ELY (**Democracy and distrust**. Cambridge, MA, Harvard Press, 1998) e de HÄBERLE, como será brevemente sinalizado no item

Constituição já não pode mais ser concebida adstrita ao Estado, mas se converte em uma Constituição da sociedade, um marco constitutivo da *esfera pública*. Como corolário lógico desta posição, mas apontando já para a necessidade de uma abertura à esfera pública do Estado e de participação do público pela sociedade, o povo é visto como uma *grandeza pluralística* que procura intervir de forma unitária, não a partir de uma unidade estadual pressuposta, mas através de uma *unidade pública*, que tem no pluralismo sua condição de possibilidade.

Para HÄBERLE, esta aproximação é mediada por processos que ocorrem na esfera pública, enquanto espaço privilegiado, no qual se realizam múltiplos, sucessivos e concomitantes foros nos quais a opinião pública é formada. Desta maneira, o povo (atitude passiva) vê-se compelido a participar nos processos de determinação da agenda pública, em uma aproximação da idéia republicana de gestão da coisa comum. HABERMAS¹⁹⁵ após analisar a categoria da esfera pública, recuperou a noção clássica de opinião pública, desenvolvendo o problema de sua possibilidade nas sociedades capitalistas contemporâneas. Para que a opinião pública seja constituída neste processo, devem obedecer a algumas condições: (a) cada sujeito esteja individualmente informado acerca dos assuntos públicos e tenha a instrução necessária para formar-se uma opinião acerca deles, (b) que haja um momento de discussão com outros indivíduos para que se gere opinião pública, pois um modelo informativo que só opera na direção emissor-receptor e que mantém a cada indivíduo isolado em seu domicílio sem discutir publicamente os assuntos políticos não pode gerar opinião pública no sentido de resultado de uma discussão de um público raciocinador; (c) os sujeitos devem imbuir-se do espírito coletivo, no sentido de preocupar-se com a coletividade; (d) a legitimidade da opinião gerada depende das condições em que se processa a gestação da idéia, recorrendo à formulação de um modelo que estabeleça as condições ideais de comunicação de forma que ofereçam critérios para aferição da legitimidade do processo concreto.

A elaboração do conceito de esfera pública pluralística (*pluralistische Öffentlichkeit*), para HÄBERLE, representa um passo crucial para a compreensão da vinculação comunitária do indivíduo. A expansão da esfera pública nas democracias pluralistas não tem conduzido somente a sua socialização e à valorização do rol que nela

3.2.2.2.

¹⁹⁵ **Mudança estrutural da esfera pública:** investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

desenvolvem os grupos sociais, mas tem potencializado, inclusive, a força de irradiação da liberdade na esfera pública. A única forma de “organização” coerente com um cenário tão difusamente pluralizado é dado, em lugar da estratificação de regras e de hierarquias sociais próprias das ordens de tipo organicista, pela procedimentalização deste espaço, por sua abertura constante e dinâmica ao maior número possível de chances e alternativas.

Para HABERMAS a esfera pública pode funcionar como instância crítica dos órgãos públicos, mas, também, a medida em que o Parlamento se articule com a esfera pública, pode conferir um critério de racionalidade à lei. Já que a esfera pública das discussões parlamentárias não se constitui, unicamente, em garantia da racionalidade da própria discussão – no sentido de que determinadas razões e motivos que podem fazer-se valer a porta fechada não podem, contudo, utilizar-se no público – mas represente, simplesmente, uma condição de possibilidade para que o público pudesse ter acesso à informação (preenchendo assim, uma das condições para que fossem preenchidas as condições de legitimidade da opinião gerada da esfera pública).

HÄBERLE identifica a abertura dos processos sociais e, portanto, sua legitimidade, com a capacidade de formular e consolidar alternativas, de forma que a opinião pública não só reaja frente a propostas configuradas, mas que tenha capacidade de formulá-las, e, mais importante ainda, que possa participar ativamente do processo de deliberação.

É com base nesta concepção de força constitutiva da esfera pública que HÄBERLE edifica a sua concepção pluralística. Entendo-a em estreita conexão com a concepção institucional dos direitos fundamentais, o direito ao procedimento e à participação e a exigência por institucionalização dos mecanismos de controle democrático.

2.2.3 Teoria da integração de SMEND e a concretização constitucional de HESSE

Aa preocupação da mecânica social gradual em acentuar os problemas, a par do reconhecimento do caráter constitutivo da esfera pública, vão potencializar os elementos do pensamento pluralista de HÄBERLE através da conjugação dos elementos da necessidade, da realidade e da possibilidade (comprometimento com a tópica jurídica) e da teoria da integração smendiana e da concretização constitucional de HESSE. É em Weimar que HÄBERLE reconhece os principais traços que possibilitaram a construção da ciência do direito constitucional, rendendo-se a esses matizes, reconhece-se como herdeiro desta tradição e tributário do pensamento tópico e da teoria da integração.

2.2.3.1 Integracionismo político de SMEND

A proposta de SMEND lança suas raízes antropológicas no ataque frontal ao positivismo e no recurso a elementos ético-estimativos¹⁹⁶, a serem perquiridos pela teoria da Constituição, mediante atitudes de *apreensão* da realidade concreta em consonância com o método das ciências do espírito. Este, por sua vez, visa estabelecer conexões histórico-ideológicas da nossa cultura jurídica concebidas como fonte do conhecimento para captar o direito positivo e manejar as crenças jurídicas diretoras. Para SMEND,

*[a] Constituição é a ordenação jurídica do Estado, ou seja, da dinâmica vital na que se desenvolve a vida do Estado, ou seja, seu processo de integração. A finalidade deste processo é a perpétua re-implantação de realidade no Estado como um todo, e a Constituição é a plasmação legal ou normativa dos aspectos determinados deste processo*¹⁹⁷.

A formulação nestes termos já traz em si dois elementos que se constituem na tônica central de toda sua obra, a **categoria de integração política** –que visa conferir sentido e unidade entre a Constituição e o Estado, a partir de sua articulação vital-funcional *que supõe dinamismo, movimento e não-imanência*¹⁹⁸– e a exigência por um processo de **legitimação constante** a partir dos **valores vividos** efetivamente pelos membros da comunidade –*perpétua reimplantação da realidade total do Estado*.

A tentativa de conferir unidade à Constituição e ao Estado exige que se faça, antes da interpretação e aplicação dos preceitos fundamentais, uma tentativa de compreensão do Estado e da Constituição e da identificação do sentido e funções atribuídas a estas categorias, a fim de superar o formalismo de Kelsen¹⁹⁹, que nega a apreensão da realidade subjacente à norma, sem incorrer no sociologismo de Lassale²⁰⁰, que identifica a normatividade constitucional estritamente a sua normalidade social.

Desta maneira, o autor atribui ao Estado a função precípua de garantia da *integração da comunidade*, ou seja, a superação do problema permanente de restauração do Estado como agrupamento soberano de vontades. Como se pode reconhecer a função de integração que impulsionaria este processo dinâmico-vital? Esta função de integração

¹⁹⁶ Cf. SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: CEC, 1985. p. 48-52.

¹⁹⁷ *La Constitución es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado, y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de este proceso. Constitución y derecho...* p. 137.

¹⁹⁸ LUCAS VERDÚ, P. *La lucha contra el positivismo jurídico en la república de Weimar: la teoría constitucional de Rudolf SMEND*. Madrid: Tecnos, 1987. p. 81.

¹⁹⁹ Cf. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

²⁰⁰ Cf. *Que é uma Constituição?* Rio de Janeiro: Laemmert, [19??].

é a unidade concreta de valor da comunidade, pois é à função estimativa de valores que SMEND atribui o impulso integrador e o fator de legitimação política²⁰¹. *A unidade vivencial do Estado se deve ao fato de ser uma totalidade de valores*²⁰², de forma que o Estado não consistiria na soma de elementos isolados, mas de uma unidade individual, uma totalidade que vem determinada pela conexão de valores substanciais em situações históricas concretas. A justificação da dominação do Estado, por conseguinte, só é possível mediante a manutenção de um alto grau de densidade da carga valorativa. Só dessa maneira pode-se conceber a existência de uma **unidade objetiva de valores** como amálgama de vivências concretas dotadas de relativo grau de unidade, o que não elimina o dissenso no interior da comunidade e o multiculturalismo característicos das sociedades modernas.

E como é formulada a categoria de **integração política**? A integração consiste em um postulado conceitual e metodológico que se traduz na ação de integração sintética de diversos fatores de integração. Segundo, LUCAS VERDÚ, *o conceito de integração não é uma definição para compreender algo, mas sim uma concepção da essência de uma Constituição de um Estado nacional enquanto unidade política que alcança pleno significado e concreção só no quadro de sua realização empírica*²⁰³, desta maneira, o Estado se é concebido enquanto dotado de uma realidade espiritual e dinâmica, que se reconstrói mediante os processos vitais de **integração pessoal** (encarnação da unidade política de um povo), **funcional** (procedimentos institucionalizados como, p.ex., as eleições e os partidos políticos) e **material** (símbolos políticos com maior abertura semântica). A realidade espiritual do pensamento de SMEND processa-se mediante a unificação do resultado do processo de criação e recriação do processo integrador (integração sintética) que conecta uma **integração técnica** (de natureza organizacional: a exteriorização das instituições do Estado) e de uma **integração ideal**. Esta, contudo, se processa no âmbito espiritual-cultural, reconhecendo a função integradora de alguns elementos simbólicos como datas festivas, hino nacional, bandeira, etc., que constituem o elemento de vivência, de sentimento de pertença ao grupo que deve ser estimulado como

²⁰¹ ESTÉVEZ ARAÚJO entende que a categoria de integração política smendiana, face à sua função impulsionadora, *puede concebirse un proceso que tiende a generar en cada momento el consenso más amplio posible. En este caso, nos encontramos con una dinámica de carácter inclusivo que no ataca a los disidentes sino que los considera elementos indispensables de un proceso dinámico y permanentemente renovador*. Op. cit.. p. 68.

²⁰² *La unidad vivencial se debe al hecho de ser una totalidad de valores*. SMEND. **Constitución y derecho...** p. 87.

²⁰³ LUCAS VERDÚ. *La lucha contra...* p. 96.

parte de um projeto pedagógico do Estado, como fator de unidade em meio ao dissenso e ao pluralismo característico da comunidade.

As idéias de **ordenação** e **unidade** conectam os diferentes elementos da realidade à Constituição, fazendo com que a interpretação vise

nem tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender o sentido e a realidade de uma lei constitucional, [numa aproximação ao método sociológico que] conduz à articulação desta lei com a integração espiritual real da comunidade (com os seus valores) com a realidade existencial do Estado²⁰⁴

A fim de apreender alguns dos traços proeminentes de sua obra e a forma com que o autor os enfeixa, passou-se a transcrever um dos trechos do autor, em que diversas das questões antes referidas são enfeixadas:

Logicamente, o Estado não limita «sua vida» só àqueles momentos da realidade contemplados pela Constituição, como forma de dar conta à enorme gama de impulsos e de motivações sociais da dinâmica política, integrando-os progressivamente. Mas a Constituição não pode abarcar, sequer em sua totalidade, aquelas funções vitais do Estado que lhe compete regular, pois também estas, como ocorre com toda dinâmica política, resultam da totalidade supra-individualidade do Estado. Este grande dinamismo da vida política não pode ser apreendido e normatizado plenamente por uns tantos artigos recolhidos na Constituição, o mais das vezes de forma esquemática, e que, por ocasiões, são o produto de uma recepção jurídica de terceira ou quarta mão, em todo caso, os artigos da Constituição inspiram a dinâmica política, que, pelo que se refere a sua capacidade integradora, pode resultar estimulada, bem entendido que a finalidade integradora se realiza fora dos canais institucionais. Nestes casos, a função integradora, característica tanto da natureza essencialmente valorativa do espírito como das próprias normas constitucionais, se realiza, apesar destas aparentes divergências, de um modo mais pleno, além de ser assim mais fiel ao genuíno sentido da Constituição, do que quando se recorre a uma regulação exaustiva e apegada ao texto constitucional, posto que evidencia uma escassa vida constitucional²⁰⁵.

²⁰⁴ CANOTILHO. *Direito constitucional...* p. 215.

²⁰⁵ *Lógicamente, el Estado no limita «su vida» sólo a aquellos momentos de la realidad contemplados por la Constitución para tener en cuenta toda la enorme gama de impulsos y de motivaciones sociales de la dinámica política, integrándolos progresivamente. Pero la Constitución no puede abarcar, siquiera en su totalidad, aquellas funciones vitales del Estado que le compete regular, pues también éstas, como ocurre con toda dinámica política, resultan de la totalidad supraindividual del Estado. Este gran dinamismo de la vida política no puede ser aprehendido y normado plenamente por unos cuantos artículos recogidos en la Constitución, las más de las veces de corte esquemático, y que, en ocasiones, son el producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano; en todo caso, los artículos de la Constitución inspiran la dinámica política, que, por lo que se refiere a su capacidad integradora, puede resultar estimulada; bien entendido que la finalidad integradora se realiza fuera de los canales institucionales. En estos casos la función integradora, característica tanto de ia naturaleza esencialmente valorativa dei espíritu como de las*

As concepções de SMEND não obstante à subjetividade excessiva a que remete, e a ausência de garantias efetivas, podem ser vistas como parcialmente retomadas, através de atribuição à Constituição da função de *formação da unidade política*²⁰⁶ concebida por HESSE, como critério de legitimação nos métodos desenvolvidos por MÜLLER (setor normativo) e, de forma mais expressiva ainda, por HÄBERLE (interpretação lata da Constituição).

2.2.3.2 Concretização constitucional de HESSE

O integracionismo de SMEND é recepcionado por HESSE, em larga medida, nos quadrantes de uma teoria tópico-problemática que reconcilia (e limita) os catálogos tópicos ao texto constitucional²⁰⁷, concebe a Constituição como *ordem jurídica fundamental da Comunidade*²⁰⁸, funcionalmente orientada à formação da unidade política

proprias normas constitucionales, se realiza, a pesar de estas aparentes divergencias, de un modo más pleno, alén de ser así más fiel el genuino sentido de la Constitución, que a través de una regulación exhaustiva y pegada al texto constitucional, pero que a la postre no es sino muestra de una escasa vida constitucional. SMEND. Constitución y derecho... p. 132-133

²⁰⁶ Cf. Concepto y cualidad de la Constitución. In: HESSE. *Escritos de derecho...* p. 4.

²⁰⁷ A tradição **tópico-problemática** revitalizada por THEODOR VIEHWEG (*Tópica y Jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1986), em flagrante oposição à lógica axiomático-dedutiva, buscou recuperar a diferenciação aristotélica entre **verdade** (apodítica) e **opinião** (dialética), de forma que a revitalizar a necessidade de que a argumentação jurídica seja estruturada nos padrões de uma **argumentação retórica**, já que todo discurso racional visa, mediata ou imediatamente, persuadir o(s) auditório(s) que o circunscreve(m). Ao postular a retomada do conhecimento dialético, VIEHWEG defende *uma técnica de pensamento orientada para o problema*. Ao contrário do que, aparentemente, pode-se supor, este modelo não contrapõe o **problema** ao **sistema** (situando-os em pólos antagônicos) a ponto de levar ao desprezo deste pela relevância dada àquele, já que ambos são compreendidos como realidades complementares, dialeticamente inter-relacionadas (o problema é "racionalmente discutido" nos limites/regras do sistema). VIEHWEG opõe-se, sim, ao modo de pensar sistemático, à medida que privilegia como ponto de partida o sistema e não o problema. A tópica concorreu para um significativo abalo à tradição abstrato-conceitual tão entronizada na dogmática jurídica continental, fortemente influenciada pela jurisprudência dos conceitos e pelo movimento pandectista germânico. A proeminência dada aos problemas enfatiza o aspecto instrumental da ciência do direito, ao passo que revigora o direito por meio da inserção da realidade extra-normativa para o interior da dogmática, dinamizada através do entrelaçamento de bens jurídicos. A sobrevalorização dos *topói* como critérios de decisão possibilita o desenvolvimento de teorias jurídicas que reconhecem a reconstrução normativa no momento de sua aplicação, através da contraposição de diferentes cadeias de significação e da suscitação de uma multiplicidade de alternativas possíveis, convertendo-se em uma exigência do desenvolvimento de técnicas de *discussão racional* que vêm nos problemas (conflitos) a serem solucionados o ponto de origem e de chegada do sistema jurídico (retomada da *atitude pragmática*). Exatamente por se conectar o problema à discussão, esta se revela como uma importante instância de controle das próprias premissas que serão admitidas (reforço do sistema) ou rechaçadas (adaptação), mediante o recurso à utilização de diversos catálogos tópicos na argumentação que são identificados como *regras de calibração*, e que têm crucial implicação na demarcação do âmbito normativo, no sentido, inclusive, de correção das estruturas internas. Aos *topói* se reconhece uma estrutura formal (máximas de atuação, critérios formais) a partir da qual se pode promover um controle *substancial* dos níveis mais elementares de concretização constitucional, quer sejam atuações estatais como de particulares, na inter-relação com a esfera pública (conceito ampliado de sociedade civil).

²⁰⁸ Cf. *Concepto e cualidad...* p. 6-7.

no Estado²⁰⁹. Para HESSE a Constituição goza de um caráter aberto (incompletude) e é estruturada de forma dialógica que possibilita a incorporação dos elementos materiais nos processos dinâmicos de concretização constitucional.

A dinâmica internalizada pela Constituição se processa mediante a polaridade entre os caracteres de abertura e precisão (ou não abertura) que devem acompanhar a norma constitucional²¹⁰, mantendo a Constituição aberta a diferentes opções políticas (compromisso democrático). Neste sentido, muitos de seus preceitos caracterizam-se por elevada (e deliberada) amplitude e indeterminação, de forma que a vida política jamais poderia se converter em uma execução da Constituição, pois o processo de realização das normas constitucionais prescinde de prévia atualização e se dá mediante diversos procedimentos de concretização, resultando de um processo de re(criação) contínua.

O critério tópico da *força normativa da Constituição* se encontra decisivamente subordinado às condições de realização da Constituição, entre as quais se destaca a *vontade da Constituição*. A força normativa, segundo HESSE, possui uma dupla função, introduzir os elementos de realidade através de uma abordagem de cunho sociológica a respeito das condições reais de aplicabilidade da Constituição, reafirmar seu caráter normativo que exige a sua máxima concretização. Este caráter de máxima otimização, portanto, remete à necessária análise das condições de possibilidade a que está sujeito o texto constitucional:

O reconhecimento, por outro lado, da incompletude do texto constitucional como numa abertura deliberada à mediação atualizadora dos processos de concretização (e portanto às valorações ideológicas), não olvidam seu prévio cometimento à realização da dignidade humana. Assim, a interpretação da Constituição é *concretização*, pois é *precisamente o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da realidade cuja ordenação se trata*²¹¹.

2.2.4 Elementos da concepção de *pluralismo constituído* de HÄBERLE

A concepção de pluralismo desenvolvida por HÄBERLE constitui um dos elos centrais para a configuração da processualidade constitucional, de forma que a sua

²⁰⁹ Idem, ibidem. p. 8.

²¹⁰ De uma parte, a Constituição não pode limitar-se às normas reguladoras do processo de formação política, abstendo-se de quaisquer pronunciamentos sobre o conteúdo desta vontade; HESSE, pelo contrário, é partidário de uma Constituição material que forneça as bases da ordem fundamental da comunidade, bases estas que encontram-se subtraídas da agenda política.

²¹¹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 36.

concepção transcende a mera constatação da existência no seio da sociedade de uma *multiplicidade de idéias e interesses*. A partir deste reconhecimento genérico são acopladas diferentes perspectivas que conferem um valor *em si* ao pluralismo, uma vez que, a um só tempo, ele: (a) afigura-se como *máxima* a ser protegida; (b) deve ser *promovido* a fim de constituir-se como a *base* para a formulação do consenso, (c) tem na *tolerância* a condição para sua plena manifestação; e, por fim, (d) lhe é atribuída uma *função educativa* como garantia de manutenção do Estado constitucional.

2.2.4.1 *Rompimento com a idéia de jusnaturalismo e a defesa da pluralidade constituída*

Para HÄBERLE, o reconhecimento do jusnaturalismo como fator de legitimação dos valores constitucionais implica o desdobramento do conteúdo da Constituição em dois componentes: um imanente e outro transcendente. O caráter eterno e imutável do componente transcendente, que se impõe ao Estado como elemento metajurídico e pré-político, pode por em perigo o desenvolvimento e evolução do componente imanente e inviabilizar a adaptação da Constituição ao presente²¹². Desta maneira, não se nega a precedência da dignidade humana sobre a coletividade, do contrário, para o autor, ela, se define no interior de uma comunidade concreta, constituindo-se como seu pressuposto antropológico-cultural (valor-fonte) com o qual todos os bens constitucionais devem se harmonizar. HÄBERLE não intenta, desta maneira, eliminar o caráter axiológico da Constituição, mas tenciona fundamentá-lo a partir da sua referibilidade aos elementos histórico-culturais que a circundam, para os quais apontam e que suscitam os anseios, necessidades e expectativas que completam seu programa normativo. Para o autor, adaptando as lições de SMEND sobre os valores objetivos,

Os valores não vêm impostos à Constituição do e ao ordenamento jurídico a partir do exterior, ou das alturas. Não têm a pretensão de ser válidos aprioristicamente, sem referências ao espaço e ao tempo em que se manifestam. Isso seria contrário ao sentido da Constituição, que representa um ordenamento complexo da vida do presente e que deve fazer referência às forças vitais de uma época no âmbito de um sistema unitário. Impor, a partir de cima, um sistema de valores, equivaleria negar o valor intrínseco e a autonomia ao Direito²¹³.

²¹² A íntima inter-relação entre Constituição e tempo é um dos traços marcantes da concepção processual de Constituição de HÄBERLE, para tanto vd. item 2.3.1.

²¹³ *Los valores no vienen impuestos a la Constitución de y al ordenamiento jurídico desde el exterior o bien desde las alturas. No tienen la pretensión de ser válidos de cualquier modo que sea, a priori, sin referencias al espacio y al tiempo en que se manifiestan. Ello sería contrario al sentido de la Constitución, que representa un ordenamiento complejo de la vida del presente y que debe hacer referencia a las fuerzas*

As forças atualizadoras da Constituição encontram-se previamente vinculadas a um consenso de base em torno de valores fundamentais, consenso pré-político e apto a conferir força integradora ao conjunto, sempre mutável, das normas constitucionais. Contudo este consenso não resulta de uma categoria a-histórica, mas funciona como fator de legitimação para o consenso concreto. A partir daí, se pode contrapor à jurisprudência de valores²¹⁴, não no que diz respeito à perspectiva material por ela adotada, mas por entender que os fundamentos axiológicos não devem ser buscados na condição essencial do homem, mas tendo por base o historicismo axiológico como a única maneira de expor seus fundamentos à crítica e furtar-se de uma postura acentuadamente voluntarista.

2.2.4.2 *Pensamento possibilista: pluralismo como máxima a ser promovida*

A democracia comprometida desde as bases de uma teoria dos controles democráticos, reconhece no pluralismo possibilista sua principal força motriz, uma vez que esta

*desenvolve-se mediante a **controvérsia** sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o “concerto” científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver **interrupção** e não existe e **nem deve existir dirigente** [destaques acrescentados]²¹⁵.*

A formulação, nestes termos, reconhece o pluralismo como força atualizadora das transformações constitucionais, enfeixando as diferentes questões até aqui enfocadas²¹⁶, na medida em que concebe-se como veículo através dos quais são possíveis as controvérsias; fornece os elementos para o movimento contínuo de superação/conservação na unidade de conexão social; compromete-se com o caráter constitutivo da esfera pública ao negar a primazia de determinada potência pública.

*vitales de una época en el ámbito de un sistema unitário. Imponer, desde lo alto, un sistema de valores equivaldría a negar el valor intrínseco y la autonomía del Derecho. **La libertad fundamental...** p. 78*

²¹⁴ Vd. item 2.3.1.2.

²¹⁵ HÄBERLE. *Hermenêutica Constitucional...* p. 37.

²¹⁶ (a) o compromisso com a mecânica gradual mediante o reconhecimento que a democracia se desenvolve a partir da controvérsia sobre alternativas, possibilidades e necessidades, (b) o reconhecimento de que o processo político que o impulsiona é conformado pela cultura política e mediado pela linguagem, que o converte, por si só, em expressão cultural; por outro lado, (c) o reconhecimento, também, de que não existe e não deve existir um *dirigente*, selando, com isso, um compromisso com a ética humanitária e igualitária que impede que as instituições democráticas adotem políticas anti-igualitárias ou de exclusão das minorias, mantendo-as abertas ao controle público, já que são dotadas de salvaguardas passíveis de serem continuamente aperfeiçoadas.; (d) o reconhecimento, por fim, de que a mola propulsora da democracia consiste na atitude de abertura ao diálogo (e, por consequência, à razoabilidade), redundando, por conseguinte, no estímulo e promoção do entrecruzamento de possibilidades, internalizando o *conflito* e institucionalizando mecanismos de participação e regras de calibração que devem mediar a discussão e as

A abertura a um *pensamento de possibilidades* é mediada e limitada pelo *real* e pelo *necessário*, contudo, o processo de exclusão de possibilidades não deve ser feito *a priori*, mas deve se processar após a refutação racional dos fundamentos de uma dada possibilidade. Só se pode afastá-la, após a demonstração: (a) da existência de uma abissal distância que a separa do terreno da **realidade**, convertendo-a numa hipótese que não é susceptível de compromissos; (b) de sua **desnecessidade** ou que ela, violando a esfera de autonomia individual, possa converter-se numa imposição de um projeto de valores (garantias culturais das minorias); (c) de que tenha *excedido* ao sistema, **sacrificando as condições de abertura** e de pluralismo científico-social.

Esta última importaria, à semelhança dos paradoxos apreciados por POPPER, na negação das condições de sua abertura inicial. Este pensamento de possibilidades, orientado à maximização dos mecanismos de participação e à institucionalização dos procedimentos, transforma-se no instrumento através do qual se pode suscitar a abertura às possibilidades legitimando-o não pela observância dos procedimentos, mas à medida que estes promovam a pluralidade.

A interpenetração destes três níveis de pensamento é formulada por HÄBERLE:

O pensamento de possibilidade [...], constante nos textos de R. Musil [...] e presente na política de Bismarck como a "arte" de buscas possíveis permite explorar o horizonte do pensamento e da ação, em minha opinião, até o nível "das utopias concretas"²¹⁷ - o Estado Constitucional necessita de um determinado "quantum de utopia". [...].

O pensamento de necessidade prioriza as exigências – presentes através da expressão das cláusulas do bem-estar comum e do leque de funções do Estado.

A partir do pensamento de realidade [...] confronta os objetivos elevados aos déficits atuais de realidade²¹⁸.

tentativas de recíproca persuasão.

²¹⁷ A Constituição atribui-se também uma função de integração e através de estimativas políticas e do apelo a recursos simbólicos de integração material. Desta forma, o pensamento de possibilidades, segundo HÄBERLE, também deve comportar a utopia concreta, pois toda Constituição espelha um *quantum* de utopia, de promessa a ser cumprida, que promove a esperança e estabelece a base valorativa com cujos anseios os cidadãos devem se identificar a fim de que ela cumpra sua função legitimadora – a vontade de Constituição a que se reporta HESSE.

²¹⁸ *The possibility approach, [...] conceived in the writings of R. Musil (Possibility Man) and present in Bismarck's politics as the "art of possible" seeks to explore the horizon of thinking and acting, in my opinion, up to the level of "concrete utopias" – the constitutional state needs a certain "quantum of utopia". Examples have been the hope for German reunification and the present hope for Irish reunification. [...] The necessity approach puts requirements on the agenda – they are given positive expression in common welfare clauses and state obligation inventories. The realist approach [...] confronts high goals with the present "deficits" of*

No plano da teoria da Constituição, o pensamento da possibilidade mantém aberta a **Constituição viva**, entrelaçando sua realidade e esfera pública circundantes, em relação a todos os procedimentos institucionalizados de concretização constitucional: legiferação, administração, jurisprudência, política, dogmática e publicística. Desta maneira, sem esgotar-se sobre um *fin em si* mesmo, o **pensamento das alternativas pluralísticas** é um meio de maximizar a esfera de atuação pluralística.

2.2.4.3 Tolerância como expressão cultural do pluralismo

A tolerância já havia sido situada como uma das máximas do projeto político engendrado pelo racionalismo crítico e constitui-se como condição inicial para o desenvolvimento pluralístico da sociedade, nestes termos se

revela como «a expressão cultural do pluralismo por excelência»: resulta do renovação contínua na esperança na personalidade individual, a tolerância, garantia fundamentalíssima do gênero humano, é o sinal distintivo da sociedade aberta e do pluralismo que sempre se constitui novamente²¹⁹.

A tolerância, na Constituição do pluralismo, apresenta-se como uma das principais condições para que a liberdade possa se desenvolver em plenitude no interior de uma dada comunidade, permitindo a re-implantação e internalização constantes do aspecto plural. Desta forma, as liberdades de religião, artística e científica encontram-se umbilicalmente ligadas à máxima da tolerância. HÄBERLE, depois de fazer um apanhado histórico a respeito do surgimento e consolidação das liberdades públicas na Europa a partir da Idade Média, reconhece a proeminência que deve ser dada à liberdade religiosa em relação às demais, pois sem a libertação do jugo da fogueira da intolerância, nenhuma outra arte ou ciência pode guiar-se impulsionada por seu próprio espírito.

Em face da proficuidade e dos frutos dela engendrados, a centralidade da tolerância reflete-se, inclusive, em um dos âmbitos específicos do texto constitucional, o âmbito pedagógico, já que a tolerância deve ser estimulada e enraizada entre os jovens, uma vez que constitui-se o solo, sem o qual, a sociedade aberta não pode se edificar.

A tolerância, não obstante sua fundamentalidade, comporta limites a fim de

reality. These three variations of constitutional thinking interact in numerous ways. HÄBERLE. *The constitutional state and its reform requirements*. Ratio Juris, Oxford (UK)/Malden(USA), Blackwell Pubs., v. 13, n. 1, mar. 2000. p. 87.

²¹⁹ Essa si rivela così come l'«espressione culturale del pluralismo» per eccellenza: rivissuta di continuo nell'esperienza di singole personalità, la tolleranza, respingendo fondamentalismi di ogni genere, è il segno distintivo della società aperta e del pluralismo che sempre nuovamente la costituisce. HÄBERLE. *I diritti*

suplantar o paradoxo da tolerância (POPPER) viabilizando sua reprodução no seio da sociedade, de forma que ela deve tolerar a intolerância até onde esta não se converta em obstáculo à realização daquela. Neste sentido, mesmo diante de posturas intolerantes, a primeira atitude que o valor *tolerância* impõe é a tentativa de refutação teórica de seus fundamentos, a partir da qual, ante o insucesso desta iniciativa, reconhece-se o direito de impedir seu livre exercício, sendo autorizado, inclusive, o recurso à força, em defesa à liberdade²²⁰.

2.2.4.4 Vinculação à busca pela verdade

O aspecto conjectural do conhecimento (que segundo o racionalismo crítico de POPPER implica sua sujeição a contingências) possibilita a compreensão da dinâmica das transformações científicas, por admitir a mudança do padrão comumente aceito, e, como tal, a contínua “atualização” da verdade objetiva da ciência. Nestes termos, a busca pela verdade não se coaduna com a busca pelas essências, mas com a tentativa de alcançar uma resposta satisfatória, consistente na sua maior capacidade de produção de consenso, maior grau de força atrativa²²¹.

Na busca um Estado constitucional comprometido com a sua *cláusula de garantia de eternidade*, a busca pela verdade converte-se em *verdade jurídica*, concebida como um limite vinculante *absoluto*, cuja coercibilidade, em colaboração com a tolerância, traduz-se em fator de educação de seus cidadãos, como obrigação de que sempre se averigüe se a imagem humana subjacente é compatível com o postulado da busca pela verdade. *O próprio da busca da verdade é o fator que determina a capacidade de interconexão recíproca entre toda a ciência e a arte*²²². (p. 88)

A tentativa de conceber o estado constitucional como um fórum da busca da verdade deverá ser fundada sob um duplo aspecto: (a) subjetivamente, a partir da liberdade fundamental de religião, arte e ciência (e, primeiramente, a liberdade de religião)

fondamentali ... p. 130-1.

²²⁰ Bastante polêmicas foram as decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão relativas à análise da constitucionalidade ou não do Partido Socialista do Reich (SRP) – sucessor do antigo Deutsche Reichspartei – (BVerfGE 2,1 de 1952) e do Comunista KPD-Urteil (BVerfGE 5,85 de 1956), sob o fundamento proclamarem a intolerância democrática.

²²¹ A busca pela verdade se converte em um meta-critério de correção que deve orientar a atividade da comunidade de intérpretes. Pode-se aproveitar aqui as considerações de PEREIRA acerca da verdade popperiana: *uma meta-linguagem que possa falar de enunciados e dos objetos que os enunciados referem; interpretada desta maneira, a verdade não seria uma modalidade de crença, mas sim um predicado meta-lingüístico de enunciaidos na medida em que estes referem fatos*. PEREIRA. Op. cit. p. 71.

²²² *E propio de la ricerca della verità è il fattore che determina – [...] – la capacità di interconnessione reciproca tra tutte la scienze e tutte le arti*. HÄBERLE. *Diritto i verità...* p. 88.

e (b) objetivamente, a partir de uma classificação da cláusula do pluralismo relativo ao princípio da esfera pública e da responsabilidade fundante de toda estatalidade constituída.

Para o autor, o problema da verdade quando colocado a partir de uma perspectiva comprometida com a democracia pluralista, ele se coloca, ante o Estado constitucional, em três distintos planos: (a) a controvérsia sobre a identificação entre verdade e maioria; (b) a compreensão do processo de formação da esfera pública social, e, por consequência; (c) a individualização do limite da liberdade de imprensa²²³ em relação aos outros bens protegidos e no seu funcionamento como “cronhacha” que informa o respeito à verdade.

2.3 Elementos constitutivos do conceito de Constituição como processo

A Constituição em seu conjunto é “Impulso e limite” (R.SMEND), processo público e material, instrumental e valorativo, principal e aberto. [...] Uma vez tornado possível seu funcionamento [texto constitucional] combinado [...] com o Estado Constitucional em seu conjunto, cumprem uma função estabilizadora do ordenamento e da liberdade, criam uma configuração unitária e uma plural variedade, e podem resultar constituintes do poder e limitadores do mesmo²²⁴.

A partir deste texto pode-se inferir as duas questões centrais da processualidade constitucional de HÄBERLE: a de que a Constituição transcende o texto escrito abrindo-se no tempo às forças atualizadoras dos grupos sociais, e, como corolário, a que o Estado e a sociedade têm expressão na Constituição enquanto experiência que integra o passado e o presente em um plano mais amplo que se projeta sobre a totalidade da *res publica*.

²²³ A liberdade de imprensa não deve ser *absolutizada* a ponto de emascarar o oligopólio e a dificuldade da busca da verdade em sociedade. Desta maneira, a vinculação das redes de televisão a uma pauta prévia e pluralisticamente definida, que estabeleça uma efetiva representatividade no acesso aos meios de informação, consiste exatamente em um dos limites impostos pela vinculação do Estado à busca pela verdade, uma vez que esta prescinde de um aspecto objetivo para além do simples direito subjetivo do seu livre exercício.

²²⁴ *La Constitución en su conjunto es ‘incitación y límite’ (R.SMEND), proceso publico y material, instrumental y valorativa, principal y abierta. [...]. Una vez hecho posible su funcionamiento [texto constitucional] combinado, su simultánea garantía en uno y el mismo documento constitucional de un pueblo, con otras palabras, su ‘mezcla’ en el Estado Constitucional, en su conjunto cumplen una función estabilizadora del ordenamiento y de la libertad, crean una configuración unitaria y una plural variedad, y pueden resultar constituyentes del poder y limitadores del mismo. HÄBERLE. La multifuncionalidad de los textos constitucionales a la luz de una comprensión “mixta” de la Constitución. Los Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, Valencia, n. 17, 1996. p.9.*

2.3.1 Abertura das normas constitucionais

HÄBERLE parte do pressuposto de que *não existem normas que não normas jurídicas interpretadas*²²⁵, evidenciando, assim, a separação entre texto e norma jurídica (separação entre enunciado e dispositivo normativos), a partir do qual se descortina, com maior clareza, os termos nos quais o autor desenvolve a sua concepção processual da normatividade constitucional, situando-o dentre aqueles que defendem o caráter aberto da Constituição. Faz-se importante, contudo, estabelecer em que sentido o autor concebe esta abertura a fim de que esta categoria, que ocupa sobrelevado destaque em sua concepção processual, não se dilua em face às distintas concepções.

Usualmente o caráter aberto da Constituição resulta do reconhecimento de sua *indeterminabilidade e incompletude*²²⁶. Em razão da primeira característica, desenvolve-se o conceito de *abertura semântica* decorrente do grau de indeterminação inerente à própria linguagem em razão da qual, no melhor e mais pormenorizado diploma legal, sempre existirão margens de indeterminação diante das quais o intérprete deverá optar entre diferentes possibilidades construídas a partir do texto normativo. Por outro lado, face à segunda, enuncia-se a idéia de *abertura estrutural* da norma a fim de conectá-la à dinâmica vital que suscita problemas novos não previstos ou propositadamente omitidos no texto legal²²⁷, valendo-se, para tanto, do recurso aos próprios métodos clássicos de integração, ou até, da técnica de adscrição que possui a vantagem de enfeixar o sistema de forma mais dinâmica²²⁸.

HÄBERLE, contudo, considera o texto constitucional (*Constituição jurídica*²²⁹) uma ordem-quadro da República que consiste em uma estrutura fragmentária e carente de interpretação que, face a sua limitação material, não pretende abarcar a totalidade da Constituição, nem mesmo em seus aspectos estritamente jurídicos. Nestes termos HÄBERLE insurge-se contra a sobrelevada tendência na teoria da interpretação

²²⁵ *Hermenêutica Constitucional...* p. 9.

²²⁶ Por todos, vd. HESSE. *Elementos de direito...* p. 36-38.

²²⁷ Sobre a omissão constitucional consciente como política constitucional propiciadora de compromissos, vd. HOLMES, S. *Gag rules or the politics of omission*. In: ELSTER, J., SLAGSTAD, R. (Ed.). *Constitutionalism and democracy: studies in rationality and social change*. Cambridge, UK: Cambridge Press, 1997. p. 19-58.

²²⁸ Cf. ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1991.

²²⁹ Como se refere inúmeras vezes à Constituição escrita de forma a deixar claro seu rechaço às teorias que atribuem juridicidade ao fenômeno constitucional a partir de um enfoque formalista e limitado ao texto constitucional, vd. HÄBERLE. *La multifuncionalidad...* p. 5-12; *Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica*. In: PÉREZ-LUÑO, A.E. (Org.) *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 151-185.

constitucional de superestimar o significado do texto²³⁰, vendo-o muito mais como um limite²³¹ da atividade atualizadora da interpretação do que como fonte²³², pois entende que a interpretação literal de um dispositivo textual, no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais, tem pouquíssima relevância na práxis constitucional²³³.

A partir de uma perspectiva funcional-democrática, característica marcante do seu pensamento, HÄBERLE acentua sua análise sobre as funções da norma constitucional e sobre a forma e os partícipes do processo de concretização normativa – questionamento sobre as forças ativas da *law in public action*²³⁴ – de forma que se torna muito mais fácil compreender a sua concepção de abertura constitucional a partir da evidenciação das funções por si atribuídas a esta abertura.

2.3.1.1 Abertura da Constituição no tempo

Se segundo Hegel a filosofia é «seu tempo expresso em idéias», se pode usar a variante: as Constituições são hoje, como nunca anteriormente, seu tempo expresso em idéias. Constituem o foro da sociedade aberta, no qual se discutem e se decidem as questões contemporâneas²³⁵.

Esta citação de HÄBERLE traduz bem o espírito com que ele concebe a abertura constitucional: como instrumento através do qual se pode atualizá-la (a Constituição) de acordo com a dinâmica de seu tempo. A partir desta *posicionalidade temporal*²³⁶ se pode reconhecer uma das principais preocupações de HÄBERLE, qual seja: a manutenção da abertura dos canais de participação para que a esfera pública, à luz do pluralismo constituído, possa refletir-se na Constituição. Assim, se a norma é norma interpretada, a Constituição constitui-se sempre como um *resultado*²³⁷ produzido a partir da *alternância entre momentos de diálogo e conflito, de continuidade e descontinuidade, de tese e*

²³⁰ *Hermenêutica Constitucional...* p. 43.

²³¹ Refere-se, expressamente, às ponderações de HESSE sobre os limites da tópica, cf. *Hermenêutica Constitucional...* p. 43; vd. também HESSE. *Elementos de direito...* p. 69.

²³² CANOTILHO refere-se a esta concepção de HÄBERLE, da seguinte maneira: o *texto escrito é menos fonte que “presilhas” ou “ocasiões” para as interpretações. Constituição dirigente...* p. 95.

²³³ *Hermenêutica Constitucional...* p. 76, nota 43.

²³⁴ Idem, *ibidem*. p. 31.

²³⁵ *Si según Hegel filosofía s «su tiempo expresado en ideas», se puede osar la variante: las Constituciones son hoy, como quizás nunca anteriormente, su tiempo expresado en ideas. Constituyen el foro de la sociedad abierta, en el que se discuten y se deciden cuestiones contemporâneas. HÄBERLE. El fundamentalismo como desafío del Estado constitucional: consideraciones desde la ciencia dei Derecho y de la cultura. In: _____ . Rectos Actuales del Estado Constitucional. Oñati, Espanha, IVAP, 1996. p. 136-137*

²³⁶ Expressão utilizada por CANOTILHO (*Constituição dirigente...* p. 93) refere-se a ênfase que HÄBERLE atribui à vinculação contingencial e temporal da Constituição.

²³⁷ Referência ao conceito de Constituição como normatividade organizada de HELLER que resulta da tensão contínua entre normatividade e normalidade. Cf. HELLE. *Op. cit.*.p. 328.

*antítese*²³⁸; como *processo vital*²³⁹ *obtido à luz da esfera pública*²⁴⁰.

Desta maneira, a abertura constitucional deve tornar possível:

- a institucionalização das experiências, a integração das objetivações culturais à normatividade constitucional;
- a manutenção de uma atitude de abertura, por parte dos intérpretes em sentido estrito, às críticas formuladas contra suas objetivações²⁴¹;
- a existência de âmbitos de *pré-compreensão e pós-compreensão a que estão sujeitas as leis constitucionais (pré-história e pós-história)*²⁴² de forma que o processo de interpretação constitucional seja ampliado para além do processo constitucional concreto²⁴³
- a conexão dos textos constitucionais, em intertextualidade²⁴⁴, ao seu contexto, aos elementos materiais que o circundam, de forma a lhes completar a normatividade.

Desta forma, pôde-se aproximar sua concepção de abertura constitucional dos diferentes matizes com que a questão vem sendo abordada, de forma que conecta-se tanto à abertura semântica quanto à material, ainda mais que sua concepção de abertura ainda as transcende por privilegiar a dimensão processual²⁴⁵ das normas constitucionais e sua caracterização como bem cultural a ser determinado através do sistema objetivo de valores no qual está calcado.

2.3.1.2 Estrutura da norma e sua referência a valores

Em face de sua perspectiva funcionalista, o autor não se preocupa em estabelecer uma teoria da norma nem uma metódica jurídica como elementos para a

²³⁸ Cf. HÄBERLE. *Normatividad y reformabilidad de la constitución desde la perspectiva de las ciencias de la cultura*. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Konrad-Adenauer-Stiftung/CIEDLA, p. 287-299, a. 1999.

²³⁹ Referência ao conceito de Constituição como ordem fundamental do processo vital de integração do Estado de SMEND (Op. cit. p. 137).

²⁴⁰ *Interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública*. HÄBERLE. *Hermenêutica Constitucional...* p.9.

²⁴¹ Resultados dos testes concretos a que tenha sido submetida sua construção teórico-prática: liberdade e controles diferenciados nos órgãos estatais encarregados de concretizar a Constituição, no âmbito científico e difusamente na sociedade.

²⁴² HÄBERLE. *Hermenêutica Constitucional...* p.9, nota 74.

²⁴³ Idem, ibidem. p. 42

²⁴⁴ De acordo com o sentido empregado por CALVO GONZÁLEZ, J. *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa: un modelo de juego intertextual para el derecho*. Barcelona: Ariel, 1992.

²⁴⁵ Em favor da defesa do desenvolvimento de uma teoria que reconheça a dimensão processual das normas jurídicas, em especial, as constitucionais, vd. GUERRA FILHO (Op.cit) a partir de onde se pode referenciar suas demais obras.

construção de sua teoria constitucional. Para HÄBERLE, estabelecer uma teoria normativa ou conferir primazia a determinado método pode inviabilizar ou, ao menos, restringir o entrecruzamento de possibilidades, uma vez que os métodos são os *'filtros' através dos quais a força normatizadora da esfera pública atua e ganha conformação. Eles disciplinam e canalizam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo*²⁴⁶, de forma que, ante a ampliação dos legitimados a interpretar a Constituição²⁴⁷, não se poderia falar na existência **do** melhor método, já que ele oscilaria de acordo com *cada órgão, [...] procedimento adotado, [...] sua função e [...] qualificações*²⁴⁸.

Desta maneira, como se poderia salvaguardar sua pluralidade metódica contra os ataques que lhe são deferidos por CANOTILHO (que a aproxima da anarquia metódica proposta por FEYERABEND²⁴⁹) e MÜLLER (que vê na sociedade aberta e na sua pluralidade metódica uma *generalização que se torna até grosseira*²⁵⁰)? Não obstante os riscos que seu posicionamento se converta em um pragmatismo exacerbado ou em um voluntarismo que margeie as raias do irracionalismo, das considerações de HÄBERLE sobre os fins que toda interpretação deve ultimar, vinculadas as máximas do *pluralismo constituído*, pode-se estabelecer **critérios de correção** a partir dos quais se afere, quando da crítica ou da integração pragmática no curso de um processo decisório, sua maior ou menor adequação à realidade apresentada. Assim, os métodos a serem empregados devem:

- ser concebidos a partir de uma estrutura dialógica;
- possibilitar o entrecruzamento de valorações axiológicas e de oposição de interesses em jogo (ponderação de bens);
- reconhecer-se como orientados pelos resultados a serem alcançados;
- fornecer seus fundamentos a fim de expô-los à crítica racional;
- apresentar argumentos que apelem a sua racionalidade interna;
- fornecer os elementos que indicam os futuros desdobramentos decorrentes da decisão pontual²⁵¹.

²⁴⁶ *Hermenêutica Constitucional...* p. 43-4.

²⁴⁷ Vd. item 3.2. no qual será analisada a concepção de comunidade de intérpretes de HÄBERLE.

²⁴⁸ Idem, ibidem. p. 52.

²⁴⁹ *Constituição dirigente...* p. 98.

²⁵⁰ *Discours de la méthode juridique*. Paris: PUF, 1996. p. 164. Crítica esta genericamente reforçada quando MÜLLER censura todos aqueles que não se ocupam com o desenvolvimento de uma metódica jurídica, a quem qualifica de constitucionalismo irresponsável. Cf. *Positivismo*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre, s/d. Mimeografado.

²⁵¹ O processo de interpretação constitucional é infinito. O constitucionalista é um **mediador** (*Zwischenträger*), uma vez que a *jurisdição constitucional esforça-se para, mediante a utilização do obiter*

Desta forma, HÄBERLE não distingue com clareza o contexto de investigação do contexto de justificação²⁵², nem fornece subsídios suficientes à compreensão da forma com que ele estrutura a referibilidade a valores dos textos e enunciados normativos. Como assinalado alhures²⁵³, o autor insurge-se contra o jusnaturalismo²⁵⁴ do primeiro constitucionalismo de Karlsruhe²⁵⁵, construído em torno da idéia de sistema objetivo de valores, que podem ser exemplificadas através da referência aos fundamentos da multicidada decisão do *Caso Lüth*²⁵⁶ (BverfGE 7,98, julgado em 15.1.1958).

*Também é intenção dos direitos fundamentais na Lei Fundamental, que inseridos na sua primeira seção desejam ver reconhecida a primazia da pessoa humana e sua dignidade contra o poder do Estado. É igualmente verdade, contudo, que a Lei Básica, não concebida como um sistema neutro quanto a valores, montou um sistema de valores objetivos em sua seção de direitos fundamentais e, desta forma, expressa uma melhora nos princípios da validade destes mesmos direitos. (...) Este sistema de valores, centrado no livre desenvolvimento da personalidade humana na comunidade, e na dignidade desta personalidade, deve ser visto como a decisão constitucional básica, pois esta inspira e dita as regras para todas as esferas da lei, da legislação, da administração e da justiça.*²⁵⁷

dicta, preparar, para além da decisão pontual, a futura interpretação constitucional submetendo-se, assim, previamente à crítica. *Hermenêutica Constitucional* p. 42, nota. 72.

²⁵² Crítica lançada por CANOTILHO. *Constituição dirigente...* p. 95. Para uma melhor compreensão sobre os contextos de investigação e justificação vd. AARNIO. *Lo racional como razonable*. Madrid: CEC, 1991.

²⁵³ Vd. item 2.2.4.1

²⁵⁴ Para uma condensação das críticas de HÄBERLE ao jusnaturalismo e ao positivismo, vd. ESTÉVEZ ARAÚJO. Op. cit. p. 84-85. Igualmente interessante para a compreensão do posicionamento de HÄBERLE frente a estas distintas tradições da filosofia jurídica, são seus comentários sobre as dificuldades de uma apreensão da dimensão institucional dos direitos fundamentais tecidos em *Libertad fundamental...* p. 177-186.

²⁵⁵ Essa relação de recíproco condicionamento com os demais bens culturais aliada à forte inspiração jusnaturalista pós-guerra e ao sentimento de culpa pelas atrocidades experimentadas sob a égide (pseudo)constitucional do regime nacional-socialista, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), ancorado nas lições de DÜRIG, reconheceu que a Constituição é dotada de um **sistema objetivo de valores** que evidencia a integração e vinculação comunitária (indivíduo na comunidade), sistema este estruturado a partir do valor da dignidade humana (art. 1º da Lei Fundamental de Bonn).

²⁵⁶ Recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) ajuizado pelo Secretário Permanente e Diretor da Imprensa Oficial do Estado Livre e Hanseático de Hamburgo contra decisão da Corte de Apelação de Hamburgo que rejeitou o recurso interposto pelo reclamante contra decisão da Corte Regional que o condenou ao pagamento de indenização de 110.000 marcos e custas processuais a Dominick-Film-Produktion GmbH e Herzog-Film GmbH (distribuidores do filme «Immortal Beloved») por ter, em carta aberta amplamente divulgada na mídia, conclamado os proprietários de cinema e os distribuidores a não incluírem na pauta de exibição o filme produzido por Veit Harlan que no período nazista era considerado o “diretor artístico número 1 do regime Nazista” por ter, dentre outros, dirigido o filme «Jud Süß» um dos mais importantes filmes da campanha assassina dos nazistas contra os Judeus, e ter ainda conclamado o público alemão a um boicote.

²⁵⁷ *It is also the intention of the fundamental rights in the Basic Law, which by putting the section on fundamental rights first wished to stress the primacy of the human person and its dignity against the power of*

Este posicionamento do Tribunal Constitucional Federal provocou forte debate na teoria constitucional tedesca, no qual se inseriu SCHMITT com o artigo *A tirania dos valores*²⁵⁸ que direciona suas críticas contra o voluntarismo casuístico e conseqüente situação de opressão que podem gerar aos valores a eles contrapostos²⁵⁹, claramente evidenciados na crítica de ZEIDLER²⁶⁰, reproduzida por KOMMERS: *Quem quer que controle o significado da ordem de valores [...] controla a Constituição*²⁶¹.

HÄBERLE tentou, por seu turno, contornar esta questão, defendendo a material universalidade²⁶² desta concepção

*O sistema objetivo dos valores da Constituição, assim como se configuram em seu caráter peculiar, é a "material universalidade" [SMEND] (...) Todavía não se trata de uma material universalidade do iluminismo, mas sim a de uma comunidade concreta e dos homens que vivem nela, quem na Lei Fundamental tem fixado seus próprios parâmetros de valor e determinado a posição e a gradação dos bens jurídicos. A universalidade material é a quinta-essência, a totalidade dos valores legitimados constitucionalmente*²⁶³.

A forma como HÄBERLE interliga o texto a seu contexto e concebe a referibilidade

*the State. It is equally true, however, that the Basic Law, which is not intended to be a system that is neutral as to values (BverfGE 2,1[12]; 5, 85[134ff., 197ff.]; 6, 32 [40f.]), has also set up an objective value system in its section on fundamental rights and that an enhancement in principle of the validity of the fundamental rights is expressed thereby... This value system centred round the human personality developing freely in the social community, and its dignity, must be regarded as the basic constitutional decision for all spheres of law, legislation, administration and the judiciary are given guidelines and inspiration by it. Accordingly, it also manifestly influences the civil law. cf. ALEMANHA. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT = Tribunal Constitucional Federal Alemão. **Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constitutional Court – Federal Republic of Germany.** Baden-Baden, Alemanha, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998.vd.1. p. 4-5.*

²⁵⁸ *La tiranía de los valores. Revista de estudios políticos*, Madrid, CEC, p. 65-81, 1965.

²⁵⁹ *O problema maior é que a afirmação de um valor pressupõe a negação de outro de forma que o ponto de vista (já que o valor vale para alguém) sempre se converte em um ponto de ataque. Por mais que se suavize a relação entre os diferentes enfoques, a agressividade é conseqüência lógica da estrutura subjetiva dos valores e de seu anseio de realização concreta (...). A busca pelo caráter objetivo dos valores importa em silenciar seu ataque aos pontos de vista subjetivos contrários, convertendo-se em um valor supremo que possui o direito de converter o valor inferior e aniquilar o sem-valor. Se conseguimos entender bem a frase "tirania dos valores", temos, inclusive, uma chave para compreender que toda teoria dos valores não faz mais que atizar e intensificar a luta antiga e eterna de convicções e interesses. Idem, ibidem. p. 69 e 76, respectivamente.*

²⁶⁰ ZEIDLER presidiu o Tribunal Constitucional Federal Alemão no período compreendido entre os anos de 1983 e 1987.

²⁶¹ "Whoever controls the [meaning of the] order of values", he once remarked, "controls the Constitution". KOMMERS. Op. cit. p. 313.

²⁶² Cf. itens 2.2.3.1 e 2.2.4.1

²⁶³ *El sistema objetivo de los valores de la Constitución, así como se configura en su carácter peculiar, es la "material universalidad" [SMEND] (...) Todavía no se trata de la material universalidad del iluminismo, sino de aquella de una comunidad concreta y de los hombres que viven en ella, quienes en la Ley Fundamental han fijado sus propios parámetros de valor y determinado la posición y el rango de los bienes jurídicos. La universalidad material es la quintaesencia, la totalidad de los valores legitimados constitucionalmente. La libertad fundamental... p. 57.*

das normas constitucionais aos valores, os elementos a serem considerados quando da ponderação de bens e a forma como constrói a teoria da recepção e envio jurídicos, a partir do paradigma dos níveis textuais (conectando as diferentes experiências constitucionais modernas) serão apresentados no próximo capítulo.

2.3.1.3 *Constituição como marco cultural: os processos de mutação constitucional*

A integração da Constituição no tempo (“profundização”) garante da integração do passado presente e futuro [...] Sobretudo, se atualiza esta faceta ou função [profundização] onde os textos asseguram à Constituição como “processo aberto”, donde se organiza a “abertura da Constituição” e são pré-formulados fins, projetos, chamadas, esperanças e prestações²⁶⁴.

Com esta assertiva se pode ilustrar a forma com que HÄBERLE busca integrar os diferentes aspectos da dinâmica cultural²⁶⁵ (tradição, inovação e multiculturalismo) e o pluralismo possibilista, preservando a referibilidade da Constituição à esfera pública, sem, contudo, deixar de realçar o seu caráter diretivo e integrador, contudo, a partir de uma inversão de ponto de vista, a maximização da força normativa da Constituição não se obtém a partir da adoção de um dirigismo estatal²⁶⁶, mas da maximização do seu entranhamento na cultura política de uma determinada nação.

A partir da incorporação de uma perspectiva explicitamente comprometida com seu viés culturalista, o autor reforça a força vinculativa da Constituição, compreendendo-a como conjunto de cristalizações²⁶⁷ dotadas de considerável força sugestiva e em íntima conexão com a cultura constitucional de seu tempo e com a política constitucional²⁶⁸

Desta maneira, recuperando aqui sua oposição ao jusnaturalismo, pregando garantia da manutenção da Constituição aberta à força atualizadora da esfera pública, o

²⁶⁴ *La integración de la Constitución en le tiempo (profundización) garante de la integración del pasado, presente y futuro. Sobre todo, se actualiza esta faceta o función allí donde los textos aseguran la Constitución como ‘proceso abierto’, donde se organiza la ‘apertura de la Constitución’ y son pre-formulados fines, proyectos, llamadas, esperanzas o prestaciones. HÄBERLE. **La multifuncionalidad...** p. 9*

²⁶⁵ Vd. item 1.3.2.2.

²⁶⁶ CANOTILHO, fazendo uma alegórica comparação com a parábola grega do sorriso da mulher Trácia ante a queda em um buraco de Tales, astrônomo que andava a contemplar as estrelas, revisa seu posicionamento sobre o dirigismo constitucional em favor de um constitucionalismo moralmente reflexivo. Cf. *Rever ou romper com a Constituição dirigente. Cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, RT, a. 4, n. 15, p. 7-17, abr.-jun., 1996.

²⁶⁷ Cujos pressupostos foram explicitados no capítulo anterior. Sua repercussão, no interior da teoria constitucional, fundamenta a ênfase dada por HÄBERLE ao direito constitucional comparado e sua preocupação em garantir o Estado constitucional através do cultivo cultural de seus valores em conexão com a identificação de perspectivas que delineiam-se ante o fenômeno constitucional. Estes reflexos serão melhor explicitados no capítulo subsequente.

autor opõe-se às concepções que denomina voluntaristas ou idealizadas acerca do Poder Constituinte:

Hoje, não se pode compreender a formação constitucional no sentido dos discípulos de CARL SCHMITT e na idéia de “normatividade brotando do nada”, mas a partir de uma abordagem jurídica científico-cultural comparada como um processo cultural multifacetado, no qual o compromisso e o pluralismo de idéias e interesses constituem o pano de fundo²⁶⁹.

Para HÄBERLE essas posturas sacralizam a decisão *instituinte* em detrimento das novas configurações político-sociais ao adstringir-se aos postulados de incondicionamento e ilimitação jurídica²⁷⁰. A Constituição para HÄBERLE não resulta de *um ato voluntarístico de um Poder Constituinte estanque*²⁷¹ mas se insere em um processo cultural, conduzido pela esfera pública, que efetivamente o constitui.

2.3.2 Constituição como espelho da esfera pública

Constituição é, nesse sentido, um espelho da [esfera pública²⁷²] e da realidade (Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit). Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz (Sie ist auch die Lichtquelle). Ela tem, portanto, uma função direta eminente²⁷³

Esta alegoria do espelho e da fonte luminosa faz transparecer, com muita clareza, a imagem²⁷⁴ que HÄBERLE busca construir acerca da inter-relação entre a Constituição e a esfera pública, estabelecendo uma ruptura com o caráter de programaticidade da Constituição, no sentido, de pretensão de que um texto jurídico seja capaz de por si só alterar a realidade social, reconhecendo-o, contudo, como elemento imprescindível que estabeleça os limites e os fragmentos textuais a serem impulsionados pela esfera pública,

²⁶⁸ Vd. item 3.2.2.3.

²⁶⁹ *Today it is not to be understood (constitutional formation) in the sense of C. Schmitt's epigones and "the normative arising out of nothing", but from a cultural scientific-comparative law approach as a many sided cultural process, in which compromise and the pluralism of ideas and interests remain in the foreground.* HÄBERLE. *The constitutional state...* p. 88.

²⁷⁰ O autor posiciona-se, portanto, contrariamente à corrente *não-interpretativista* da interpretação constitucional norte-americana. Para um interessante debate entre aquela postura e a *originalista* e a tentativa de sua superação através de um ponto de vista procedimental, vd. ELY. Op. cit. p. 1-41.

²⁷¹ CANOTILHO. *Constituição dirigente...* p. 95.

²⁷² O tradutor nacional, neste trecho, transpõe o termo alemão *Öffentlichkeit* pelo termo de origem latina *Publicidade*. A fim de manter o acordo semântico adotado no presente trabalho (vide nota 23), optou-se por alterar a expressão *publicidade* pela *esfera pública*.

²⁷³ *Hermenêutica Constitucional...* p. 34.

²⁷⁴ Para o autor, as imagens são memórias constitucionais que densificam os conceitos abstratos de Constituição, esfera pública, e que, gozando de forte carga emocional, constituem-se como fortes *apelos irracionais* à causa da *racionalização* do poder em prol de uma sociedade aberta.

em materiais a serem utilizados na mediação político-social, como fator de unidade política e base para a formação de um consenso concreto.

A Constituição é uma ordem jurídica do Estado e da sociedade²⁷⁵ e não poderia anular o momento constituinte do pluralismo (momento constituinte dos poderes divididos, no âmbito estatal e no âmbito da esfera pública). É uma tarefa político-jurídica e não se reproduz através de um esquema normativo, inspirado em uma orientação ideológica previamente definida no projeto constitucional. Enquanto ordem-quadro fragmentada, todavia, fornece os elementos para uma aproximação de diferentes correntes ideológicas, permitindo que sua agenda de tarefas seja resultado de compromissos motivados pela política constitucional.

2.3.2.1 *Interesse público e bem comum*

A preocupação do autor em compreender a constituição como espelho da esfera pública, derivou²⁷⁶ a partir da tentativa do autor de redefinição teórica dos conceitos de interesse público e de bem comum (*Gemeinwohl*), sugerida pela expansão da esfera pública nas democracias pluralistas e pela superação do pressuposto “pré-democrático” da integral estatalidade dela. A pluralização do interesse público e do bem comum, enquanto neles conflui a multiplicidade dos interesses sociais que tem assumido relevância, corresponde à transferência de ambos ao interior do quadro constitucional, daquele quadro de princípios (democracia, estado social de direito, liberdade, etc), que correspondem aos complexos equilíbrios entre uma multiplicidade de forças e de articulações da sociedade civil, que a Constituição pressupõe e estimula. Se nas constituições da democracia pluralista *Öffenheit* (abertura) e *Öffentlihkeit* (esfera pública), abertura à sociedade civil e esfera pública estão estreitamente ligadas, por conseguinte, a concretização do interesse público e do bem comum é só um aspecto da concretização e da interpretação da Constituição; e, em particular, que as liberdades fundamentais não são mais configuráveis como um limite negativo das competências da esfera pública, mas como parte dela, e, por isso, como conteúdos constitucionais do bem comum.

A «Constituição do Pluralismo» se reflete, particularmente, na teoria processual e pluralística do bem comum: o «bem comum» é pressuposto no texto da Carta fundamental do Estado constitucional (...). No todo, contudo, o Estado constitucional não fornece a definição do bem comum.

²⁷⁵ Vd. item 2.2.2

²⁷⁶ Como destacado na introdução no momento em que se fazia um panorama geral sobre a sua obra.

*Ele provê somente os procedimentos aptos a constitui-lo [que deve ser tanto mais participativo quanto possível]*²⁷⁷

O bem comum, por seu turno, não é mais um *topos* jurisprudencial livre, mas também estreitamente vinculado à Constituição, através de uma interpretação interna à essência dos direitos fundamentais pela adoção, como critérios de correção: a motivação, a razoabilidade, a não-arbitrariedade, e, sobretudo, a proporcionalidade. O primeiro passo para isso, segundo HÄBERLE, consiste na superação da oposição entre **bem comum e liberdade**, o que torna menos linear o equilíbrio entre os interesses em jogo. A ponderação pode, assim, resultar na única via para a resolução dos conflitos entre as múltiplas instâncias que convivem no interior das constituições das democracias pluralistas e podem ser alcançadas através de uma ponderação de bens (*Abwägung*) que se configure como uma compensação fortemente pluralizada e dialética, que tenderia para a estabilização da tensão entre os interesses em jogo, face à legitimação tornada possível no curso do procedimento.

2.3.2.2 Procedimento, consenso e maioria

*Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (Öffentlichkeit), dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente como sujeitos. (destaques acrescentados)*²⁷⁸.

A ampliação da legitimação dos cidadãos nos processos constituintes e deliberativos do Estado constitucional decorre da conversão da Constituição em uma Constituição da *res publica* em oposição à clássica concepção de Constituição do Estado. A procedimentalização e a processualidade da Constituição legitimam as forças pluralistas da sociedade a participar dos processos de concretização constitucional; conferem aos procedimentos institucionalizados os mecanismos que constituem as bases para a formação do consenso; fornecem critérios de racionalidade²⁷⁹ aos processos institucionais e sociais, quando condiciona seu grau de legitimidade em face do grau de

²⁷⁷ La «Costituzione dei pluralismo» si rispecchia però, in particolare, nella teoria procedurale e pluralistica dei bene comune: il «bene comune» è presupposto in alcune Carte fondamentali degli Stati costituzionali (...). Nel complesso, però, lo Stato costituzionale non fornisce la definizione di bene comune. Esso prevede solo i procedimenti atti a costituirlo. HÄBERLE. *I diritti fondamentali...* p. 104.

²⁷⁸ *Hermenêutica Constitucional...* p. 33.

²⁷⁹ Cf. ESTEVEZ ARAÚJO. Op. cit. p. 96.

participação por eles promovido²⁸⁰; consolidam a unidade da constituição ao conjugar a pluralidade de perspectivas e a personalização dos agentes através de processos que visem, tanto quanto possível, respostas capazes de compromissos.

Para o autor, o consenso não implica uniformidade, muito menos unanimidade, uma vez que a pluralidade de idéias e interesses é uma realidade da qual não se pode olvidar, sob pena de promover o aniquilamento da oportunidade de expressão de opinião. Nestes termos, o consenso pressupõe a existência prévia de um processo político, que, para HÄBERLE, prescinde do preenchimento de prévias condições de possibilidade para a existência de um consenso verdadeiro e não como perigo para a unidade política²⁸¹. O consenso formado não pode aniquilar o dissenso, nem os momentos institucionalizados para que sejam questionados os seus fundamentos uma vez que ele mesmo é comprometido com o ideal de abertura da sociedade, assegure a alternância referida no item 2.3.1.1.

O consenso e a unidade política se obtêm, portanto, através de processos constitucionais, posto que o

“Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso (Konflikt und Kompromissrecht)”²⁸².

As concessões, compromissos e atitude de razoabilidade, são evidenciadas ainda com a associação entre o direito processual e o direito de participação democrática²⁸³, defendida por HÄBERLE.

Ademais, convém ainda, recuperando a questão já assinalada quando das considerações acerca do problema da verdade no Estado constitucional (item 2.2.4.4), há de se frisar que jamais se pode afirmar a assertiva segundo a qual o consenso equivale a maioria, o confronto entre verdade e maioria, deve ser resolvido a partir do privilégio da busca da verdade a fim de se furtar da ditadura da maioria, a ser apreciada no próximo

²⁸⁰ Aqui estão as bases para a diferenciação da concepção procedimental de HÄBERLE da idéia de legitimação pelo procedimento de LUHMANN. Reportando-se as suas afinidades e dissensões com a proposta luhmanniana, *todavia, trata-se aqui de algo fundamentalmente diferente: participação no processo não significa aptidão para aceitação de decisões e preparação para se recuperar de eventuais decepções. Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. Não se trata de um ‘aprendizado’ dos participantes, mas de um ‘aprendizado’ por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes”.* **Hermenêutica Constitucional...** p. 31-32, nota 48.

²⁸¹ Idem, ibidem.

²⁸² Idem, ibidem. p. 51.

²⁸³ Idem, ibidem. p. 3.

capítulo.

2.3.2.3 *Status activus processualis*

A partir do reconhecimento da máxima segundo a qual o Estado constitucional comprometido com o pluralismo e com a busca da verdade deve manter abertos os canais de participação, inclusive, como função das instituições estatais.

Os direitos fundamentais revestem-se de um duplo aspecto, o objetivo e o subjetivo (*Doppelcharackter*²⁸⁴): de um lado, seguem sendo garantidas da liberdade individual, de outro, assumem uma dimensão institucional²⁸⁵ a partir da qual seu conteúdo deve *instrumentalizar-se* para a consecução dos fins sociais e coletivos constitucionalmente proclamados.

Esta dimensão institucional ou objetiva dos direitos fundamentais obriga a completar a teoria dos *status* de JELLINEK, pensada para sua concepção dos direitos públicos subjetivos como direitos de defesa dos indivíduos frente ao poder²⁸⁶, com a consideração dos direitos fundamentais como direitos de participação nos processos de decisão política, econômica, social e cultural. De outro lado, no Estado social de Direito se pretende uma realização prática do sistema de direitos fundamentais em seu conjunto, sem que se possa conferir aos direitos sancionados constitucionalmente um significado puramente declarativo ou pragmático, a partir do reconhecimento de um *status activus processualis* que permite aos cidadãos a tutela jurisdicional efetiva de todos os direitos fundamentais. Daí que a teoria institucional sustenta o caráter plenamente vinculante dos direitos sociais (nos termos da necessária ponderação entre os elementos de possibilidade, realidade e necessidade).

O exercício dos direitos fundamentais, face seu caráter institucional e objetivo, confere não somente um direito subjetivo ao indivíduo singularmente considerado, mas, por reconhecer que a eficácia da constituição depende do exercício dos direitos pelas individualidades no seu interior, afigura-se, também, como um dever cívico do indivíduo convertido (através dos processos de mediação da esfera pública) em cidadão.

²⁸⁴ A originária concepção de dupla função defendida em sua tese de doutorado foi ampliada a ponto de reconhecer que os direitos fundamentais cumprem uma infinidade de funções que transcendem os aspectos objetivos e subjetivos a serem descritos, para integrar, por exemplo, a função educativa dos jovens. Cf. HÄBERLE. *El concepto...* p. 81-127

²⁸⁵ INSERIR REFERÊNCIAS SOBRE O INSTITUCIONALISMO DE LHUMANN, SCMITT e HAURIUO. Referência ao: MARCIO TORIO.

²⁸⁶ No sentido de uma apreciação favorável às considerações de HÄBERLE, identificando nesta releitura de JELLINEK um momento de crítica superadora, vd. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos**

Esta identificação entre Constituição e cidadania, de um lado, reforça o sentimento popular em torno da Constituição face ao maior apelo à participação propiciado pela imagem diluída no seio do senso comum da comunidade acerca da expressão **cidadania**, até porque, entre nós, o processo de decisão política se limita tradicionalmente a círculos concêntricos de poder, distante do acesso e do controle da população. Por outro lado, os movimentos que reivindicam o exercício pleno da cidadania, ao se desenvolverem apoiados em um discurso de índole constitucional, podem obter maior ressonância às reivindicações no interior da dogmática jurídica, maximizando o potencial de emancipação.

A teoria da Constituição entendida como ciência da cultura converte-se em uma **teoria da Constituição vivente**, fator de integração política e resultado (produto diário) das diferentes atuações políticas (institucionalizadas e ou difusamente apresentadas pela sociedade civil através dos diferentes veículos de esfera pública) em conformidade com a cultura política local, que, a cada dia, se conecta de forma mais íntima, em um movimento contínuo de recepção e de envio, com as experiências culturais ocidentais, e, numa escala ampliada, em uma postura de abertura dialógica, com as diferentes culturas mundiais.

3 Constituição e a cultura constitucional no tempo

3.1 Teoria da Recepção e do envio e a (re)construção contínua do modelo de Estado Constitucional de Direito: paradigma dos níveis textuais

A partir de seu standart atual, de seus conteúdos, princípios e elementos, assim como de suas funções e procedimentos, poderíamos perguntar-nos pelas linhas culturais de força e pelos âmbitos de irradiação que nos fazem retroagir a 1789 e que apontam mais além desta data, até hoje, ou mesmo, até o futuro²⁸⁷.

A condição de toda a recepção deveria ser sua própria capacidade de consenso, de convicção, sua plausibilidade e justiça intrínsecas como «interpretação alternativa» desenvolvida com ajuda de textos constitucionais em sentido amplo²⁸⁸.

Estes dois trechos permitem vislumbrar alguns dos elementos em torno dos quais o autor postula a comprovação de sua teoria da recepção jurídica a partir do paradigma dos níveis textuais. Uma vez que, partindo da análise do texto constitucional e dos demais elementos que compõem a constituição atual, se pode inferir os elementos resultantes de desdobramentos e conquistas históricas, textualizados e atualizados pelas forças dinâmicas da contemporaneidade, além de estabelecer em que termos se estabelece o processo de recepção jurídica.

3.1.1 Cristalizações culturais e estética da recepção

Os aportes culturais com que HÄBERLE desenvolve sua teoria da constituição permitem-lhe enfatizar a conexão contextuai da norma jurídica com o aspecto dinâmico inerente à própria noção de constituição viva, reflexo da força constitutiva da esfera pública. O reconhecimento de que o direito e a constituição são bens culturais e se desenvolvem através de mediações da cultura, ou seja, que se estruturam a partir de

²⁸⁷ *A partir de su estándar actual, de sus contenidos, principios y elementos, así como de sus funciones y procedimientos, podríamos preguntarnos por las líneas culturales de fuerza y por los ámbitos de irradiación que nos retrotraen a 1789 y que apuntan más allá de esa fecha, hasta hoy o bien hasta el futuro. HÄBERLE. **Libertad, igualdad, fraternidad...** p. 36.*

²⁸⁸ *La condición de toda recepción debería ser su propia capacidad de consenso, de convicción, su plausibilidad y justicia intrínseca como <intepretación alternativa> lograda con ayuda de textos constitucionales en sentido amplol. HÄBERLE. **Teoría de la constitución...** p. 64.*

um contínuo debate intra e intercultural, no interior de uma sociedade aberta de intérpretes e de constituintes, projeta-se sobre o conceito de constituição como processo inicialmente concebido, conferindo-lhe maior amplitude e maior penetração, porque faz transcender os aspectos políticos e sociais, inicialmente enfatizados, interconectando a teoria da constituição com inúmeras outras ciências, no afã de possibilitar uma aproximação mais abrangente e contextual ao fenómeno *constituição*.

No item 1.3.3 do primeiro capítulo, após demarcar os pressupostos teóricos de uma perspectiva culturalista, e, após indicar os elementos que constituiriam as bases da concepção procedimental da constituição de HÄBERLE, foi introduzida a presente temática, qual seja, a consideração de que a constituição é um bem cultural e como tal, consiste em um conjunto de cristalizações culturais que, em conexão com outros elementos igualmente cristalizados, constituem a *constituição viva* à qual, inúmeras vezes, reporta-se HÄBERLE. No capítulo anterior, por seu turno, após estabelecer os elementos que se identificariam com a força constitutiva da esfera pública, reforçou-se a sua vinculatividade e a preocupação da concepção de HÄBERLE em manter aberto os canais de participação remetendo às forças republicanas a responsabilidade na co-gestão do público, reconhecendo-lhe legitimidade ativa e garantias institucionais de participação, encontrando na idéia das cristalizações culturais os liames com os quais vincula os inúmeros processos, institucionalizados ou não, de atualização da constituição.

Desta maneira a esfera pública goza de força constitutiva à medida que suas opiniões externalizadas ganham alguma solidez (aceitação) convertendo-se em cristalizações culturais, elementos estes que compõem a tessitura do mundo da cultura, condição de possibilidade e força impulsionadora do conjunto das transformações sócio-culturais e da própria constituição.

Assim, a *esfera pública* se constitui e se atualiza mediante o entrecruzamento de uma multiplicidade de interesses e opiniões, pontos de vista com grau variado de organização e possibilidades futuras²⁸⁹. Algumas dessas expressões²⁹⁰ são amorfas e difíceis de interpretar e outras ter um conteúdo preciso e facilmente compreensível²⁹¹. Em

²⁸⁹ O autor reflete sobre a necessidade de que os interesses das gerações futuras sejam levados em conta, de forma que atualmente podem ser identificados elementos que pré-constituirão a crítica no futuro, elementos estes dos quais o constitucionalista não pode furtar-se sob pena de afrontar a própria dignidade humana.

²⁹⁰ Para um rol exemplificativo destas cristalizações, vd. item 1.3.3.2.

²⁹¹ Cf. *Teoría de la constitución...* p. 39-65.

sua dimensão cultural, reconhece-se que as mutações resultam da conjugação²⁹² do esforço dos distintos grupos sociais que agem no interior da comunidade (caráter republicano da constituição) e se processa em um movimento de contínua interação de experiências pretéritas (tradição/ inovação) e atualmente concorrentes (aspecto pluralista), que transcendem o âmbito interno do Estado nacional. A fim de apreender esta dinâmica de transformação, pode-se recorrer à compreensão do mecanismo de recepção e reprodução cultural desenvolvida pela **estética da recepção** no plano da literatura, artes e cultura em geral, através da qual o momento de *leitura* da obra (literatura, pintura e escultura) ou mesmo de sua *reprodução* (cênica ou musical) é concebido igualmente como um **momento de criação** que coopera com o trabalho de criação inicial, uma vez que toda atividade de leitura/reprodução acrescenta alguma particularidade à obra lida/reproduzida em maior ou menor grau²⁹³. Este caráter criativo e dialógico da cultura possibilita que, ao se estabelecer pontos de contato com diferentes realidades culturais, os elementos culturais se abram a múltiplas interações atualizadoras que se processam mediante um contínuo movimento de recepção e envio.

A experiência interpretativa levada a efeito a partir da consideração de que o ato de interpretar pressupõe uma tomada de consciência de si mesmo (*Selbstbissinnung*), conecta, em uma relação de dependência, o ato interpretativo aos diferentes traços da experiência individual e coletiva, que se interpolam cumulativa, distributiva, subordinada e coordenadamente, conferindo a toda interpretação humana um caráter eminentemente ideológico²⁹⁴. Este conjunto de pré-determinações é constituído, em parte, por uma comunidade interpretativa (espelho da *esfera pública*)²⁹⁵ e é *ordenado* no momento de interpretação e concreção textual (como se verá adiante, concreção normativa) a partir do

²⁹² Aqui a expressão conjugar não implica na idéia de convergência de posicionamentos. É empregada no sentido de que estas atividades constituem-se, mesmo que assisticamente, como elementos dinamizadores da Constituição.

²⁹³ Invoca-se novamente o pressuposto de HÄBERLE, segundo o qual *não há norma, senão norma interpretada !!* já assinalado alhures.

²⁹⁴ Vd. as considerações lançadas nos itens 1.2.1 e 1.2.3.

²⁹⁵ CALVO GONZALEZ entende que esta comunidade de intérpretes deve reunir-se como *um sistema de autoridades pertinentes e aceitas ao largo da tradição do dialogismo intertextual* (Op. cit. p. 36). Enquanto HÄBERLE amplia, sobremaneira, o rol dos legitimados, uma vez que entende que interpretar não pressupõe um ato voluntário de determinação de sentido de uma norma jurídica, mas envolve, em um sentido lato, o fato de cada membro da comunidade vivenciá-la no dia-a-dia de suas relações sociais, de forma a ampliar a legitimação dos cidadãos comuns no processo interpretativo transcendendo uma consideração estrita de auditório –no qual o cidadão deixa de desempenhar o papel de expectador apático para assumir uma posição central como referência necesssária no âmbito da pré e pós-compreensão da norma nos processos de concretização constitucional–. Desta forma, aos intérpretes institucionais impõe-se o dever de buscar compor (harmonizar) ao máximo os diferentes interesses e perspectivas ante o texto normativo (vd. item 3.2).

dialogismo intertextual, que, para CALVO GONZÁLES, representa o processo regular de funcionamento na comunidade interpretativa baseado em *uma «situação conversacional» [GADAMER] entre texto, contexto e entretexto*²⁹⁶.

O ato de interpretar, nestes termos, representa *uma ação intermediante de linguagens múltiplas*²⁹⁷, uma vez que o *narrador* tem como suporte material as palavras, dotadas *per si* de um múltiplo conteúdo significativo, e atua mediante dois *momentos* interpretativos (separados tão-somente por uma elucidação dos processos mentais que ocorrem simultânea e concorrentemente): quando (a) decifra seu conteúdo semântico e (b) busca compreender o **efeito** produzido *ante o texto* – a fim de decodificar sua mensagem invisível (função pragmática) e as imagens mentais evocadas pelas palavras que compõem o seu universo de significação - **recepção**.

O entrecruzamento de superfícies textuais – **intertextualidade** – na determinação do conteúdo semântico implica na *reflexibilidade e transcendência do texto com outros textos* mediante processos de inclusão, exclusão e absorção, em razão dos quais o texto alinha-se ao conjunto de normas e valores estéticos de uma comunidade, tendo em vista a indissociável relação existente, no mundo da cultura, entre os textos jurídicos e literários e o conjunto de bens culturais e vivências que circundam o texto posto (positivado).

Contudo, os textos se atualizam mediante distintos atos de leitura, nos quais a *recepção passiva do leitor e do crítico* [literário, e, continuando a analogia feita pelo jusfilósofo espanhol, normativo] *se transforma em recepção ativa e nova produção do autor*²⁹⁸, deixando transparecer as distintas reações de conduta do público e do juízo de crítica como aceitação, rechaço, aprovação isolada, compreensão lenta ou tardia, etc, tornada possível a partir da inserção, para o interior da experiência interpretativa, da preocupação em identificar o **horizonte de expectativas**.

Tem-se, desta forma, o **efeito como sentido condicionado pelo texto e a recepção como sentido condicionado pelo destinatário** (destaques acrescentados)²⁹⁹. Esta situação dialógica (comunicacional) entre o discurso do texto (hipotexto) e a sua atmosfera (hipertexto) reconhece o caráter intrinsecamente aberto dos textos circundantes, de forma que, do texto interpretado, podem advir inúmeras situações:

²⁹⁶ *Una «situación conversacional» entre texto, contexto y entretexto.* CALVO GONZÁLES. Op. cit. p. 29.

²⁹⁷ *Ación intermediante de lenguajes múltiplas.* Idem, ibidem. p. 30.

²⁹⁸ (...) *del proceso, en el que la recepción pasiva del lector y del crítico se transforma en recepción activa nueva producción de autor.* Idem, ibidem. p. 32.

²⁹⁹ *el efecto como sentido condicionado pelo texto y la recepción como sentido condicionado por el destinatario.* Idem, ibidem. p. 33.

- recepção ou rechaço de outros textos (jurídicos ou extra-jurídicos);
- recepção de um sistema cultural de uma comunidade (função vivificadora) ou mesmo de distintas comunidades (comparação entre culturas);
- utilização do resultado obtido da atualização de sentido como norma ou valor no diálogo com futuros textos³⁰⁰.

Como não poderia deixar de ser, o direito enquanto **experiência interpretativa** busca igualmente conectar textos, então jurídicos, aos fatores co-determinantes do seu entorno, também mediante o recurso ao dialogismo intertextual, valendo-se de critérios autônomos de autoridade, recursos textuais, estrutura narrativa específica³⁰¹, donde, em face da ambigüidade (indeterminação semântica) e regras próprias de fixação de competência estética (intérpretes autorizados pelo ordenamento) as decisões de adscrição de um determinado sentido, dentre os possíveis, têm fundamento em critérios de **coerência normativa** e **razoabilidade** como capacidade para produzir consenso.

3.1.2 Teoria da recepção jurídica: paradigma dos níveis textuais

O paradigma do nível textual pode e provará [!], que processos de recepção multifacetada de textos constitucionais significam também o transporte de realidades constitucionais, porque uma constituição nova e completamente revisada, textualiza o que os outros estados constitucionais já o tinham acoplado através da prática (graças também à jurisprudência e aos processos científicos)³⁰².

Não obstante as inúmeras decorrências que o reconhecimento da experiência jurídico-interpretativa como diálogo intertextual suscita, na ciência do direito, em especial na configuração do processo de concretização normativa, limitou-se aqui a destacar as implicações da estrutura dialógica do direito na formulação da **teoria da recepção jurídica** defendida por HÄBERLE em conexão com a construção do arquétipo Estado

³⁰⁰ Idem, ibidem. p. 33.

³⁰¹ Pode-se inserir aqui os estudos de lógica deôntica ou ainda da função pragmática da norma jurídica. Cf. no primeiro sentido as considerações de ALEXY sobre a distinção entre normas deontológicas e axiológicas respaldado no trabalho de VON WRIGHT (**Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 1993. especialmente nas pp. 138-147). Sobre a pragmática jurídica é rica a literatura pátria referente à teoria da linguagem aplicada ao direito de quem são grandes expoentes FERRAZ JR (**Teoria da norma jurídica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997) e WARAT/ROCHA (**O Direito e sua linguagem**. 2a. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995).

³⁰² *The text level paradigm can and will prove, that many-sided reception processes of constitutional texts are also a means of transporting constitutional realities, because a new and completely revised constitution puts into words what other constitutional states have already accomplished through practice (thanks also to jurisprudence and scientific processes) HÄBERLE. **The constitutional state**... p. 79.*

Constitucional de Direito. Para o autor, ante a possibilidade de comunicação cultural³⁰³ entre realidades díspares e tendo como substrato de fundo a tese popperiana da **mecânica gradual** (*piece meal engineering*), os Estados nacionais³⁰⁴, isoladamente considerados, compartilham uma cultura constitucional cujos traços comuns remontam à uma mesma tradição clássica (das suas origens greco-romanas aos elementos de consolidação e transformação do Estado moderno). Valendo-se das categorias da *constituição viva e sociedade aberta*, que perpassam toda a sua obra, o autor destaca esta conexão, quando assevera que:

as constituições “em vigor”, entendidas como algo vivo, como obra de todos os intérpretes constitucionais da sociedade aberta, são, no tocante às suas matérias e suas formas, uma das maiores fontes de expressão e transmissão da cultura, assim como o marco idôneo de toda reprodução cultural e de toda recepção propriamente dita, formando, ademais, um acervo potencial de informações culturais, de experiências, de vivências e, inclusive, de sabedoria (destaques no original)³⁰⁵.

Estruturada a partir desta conexão de fundo, a teoria da recepção jurídica, tal qual formulada pelo autor, pode ser topicamente reproduzida tendo em vista seus pressupostos, características e conseqüências, nos seguintes termos:

- os textos constitucionais são resultado da **conjugação** de elementos da sua **experiência pretérita** de um povo (*diacrônica*) e da **experiência atual compartilhada** pelas diferentes nações (*sincrônica*), e reproduzem (e abrem-se a novas) expectativas (auto-reprodução das expectativas culturais);

³⁰³ No sentido de reforço do constitucionalismo, como se verá adiante, com a atribuição conferida pelo autor ao arquétipo Estado constitucional de Direito.

³⁰⁴ Refere-se aos Estados nacionais de cultura ocidental, identificando as raízes comuns que os ligam aos continentes americano e europeu, apesar de reconhecer que o ano de 1989 (a queda do muro de Berlim e o desmantelamento do bloco soviético) consiste no *ano mirabilis* do Estado constitucional que projeta o modelo de Estado Constitucional com uma feição mundial, vez que identifica com alegria a recepção do direito constitucional europeu (e o alemão, em particular) pelo direito nipo-coreano e sul-africano. Cf. HÄBERLE. *Avances constitucionales...* p. 141-165; El fundamentalismo como desafío del Estado constitucional: consideraciones desde la ciencia del Derecho y de la cultura. In: _____. **Retos actuales del Estado Constitucional**. Oñati: IVAP, 1995. p. 133-162; HÄBERLE, Peter. Per una dottrina della costituzione europea. *Quaderni costituzionali*, Milano, Italia, Il Mulino, n. 1, a. XIX, p. 3-30, aprile 1999. Isto não significa, contudo, ignorar algumas constituições meramente simbólicas de muitos países africanos subsaarianos, do sudeste asiático (Península de Indochina) e de países islâmicos fundamentalistas (Irã e Iraque, p.ex.), cf, neste particular, Idem. *The constitutional state...*

³⁰⁵ *Las constituciones ‘en vigor’, entendidas como algo vivo, como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta son, en cuanto a su materias y sus formas, una de las mayores fuentes de expresión y transmisión de la cultura, así como el marco idóneo de toda reproducción cultural y de toda recepción propriamente dicha, formando además un acervo potencial de informaciones culturales, de experiencias, vivencias e incluso sabedoria.* HÄBERLE. *Elementos teóricos...* p. 152.

- os textos só podem ser compreendidos a partir de sua inserção no contexto circundante, inserção esta que lhe confere uma dupla abertura, semântica e estrutural;
- as realidades dos diferentes Estados constitucionais se comunicam mediante **processos de interação cultural**, de forma que os legisladores e intérpretes constitucionais nacionais podem ser conectados em um nível mais amplo como co-partícipes da construção de uma sociedade aberta³⁰⁶ dos intérpretes e co-partícipes do constitucionalismo mundial;
- um processo de abstração das particularidades permite construir um **arquétipo de Estado constitucional de Direito**, limitado no tempo e no espaço, que se erige frente às realidades nacionais como critério demarcador do conjunto de aspirações internacionais, que se justapõem, em parte, às aspirações nacionais;
- esta interação propicia um **movimento contínuo de produção/recepção** de novas experiências constitucionais entre o arquétipo e as experiências concretas, em um sentido tendencial de aperfeiçoamento do modelo de Estado Constitucional de Direito³⁰⁷;
- todo processo de recepção é um processo criativo (estética da recepção), uma vez que as cristalizações (reproduções normativas) atuam tão-somente como **força sugestiva**, uma vez que são *realizadas* mediante distintos processos de concretização que têm, como referente de significação e espaço de concreção, a cultura constitucional nacional;
- a abertura estrutural dos textos constitucionais, segundo o autor se evidencia mediante **cláusulas de abertura**³⁰⁸ que possibilitam a

³⁰⁶ Para uma elucidação dos fundamentos e alcance desta expressão, vd. item 2.4.

³⁰⁷ Vd. item 1.2.1 que trata da concepção moderadamente otimista do autor, apreendida no racionalismo crítico que subjaz como pressuposto filosófico a sua obra.

³⁰⁸ Estes dispositivos constitucionais consistem em autênticas cláusulas de desenvolvimento do direito fundamental, instrumentos que manteriam o sistema constitucional funcionalmente aberto a recepção dos desdobramentos e experiências de outras realidades constitucionais. Na ausência de uma cláusula de abertura explícita, HÄBERLE após reconhecer que o art. 19.2 da Lei Fundamental de Bonn (que garante a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais) possui natureza meramente declarativa –pois a tutela da *essência* do direito fundamental é inerente à própria concepção de direito fundamental– confere a este dispositivo constitucional uma função constitutiva à medida que possibilita que a dogmática dos direitos fundamentais valha-se dele como instrumento apto a reconduzir para o interior do núcleo dos

inserção dos desdobramentos dos direitos fundamentais para o interior da dogmática constitucional;

- o desenvolvimento ulterior do Estado constitucional concreto é viabilizado, desta forma, sem olvidar reconhecê-lo **como obra de todos e cada um**, reforçando, assim, a **identidade constitucional** genuína de cada povo³⁰⁹;
- espécies de **ondas (movimentos) constitucionais**³¹⁰ que trazem em si uma constelação axiológica e elementos identificadores podem ser identificadas e afirmam-se como marcos referenciais (1776/1787/1789, 1848, 1989) que se reproduzem nas experiências constitucionais subseqüentes;
- o caráter **experimental** da teoria constitucional fica assim evidenciado, uma vez que os elementos textuais do tipo Estado constitucional e da constituição material de cada país acabam condicionados pelo conjunto de experiências positivas e negativas, sendo que o arquétipo afigura-se como *expressão de experiências cristalizadas*.

A **categoria Estado constitucional de direito**, tal qual concebe o autor, resulta, pois, da conjugação da teoria da recepção/envio à perspectiva cultural da qual o autor se vale para apreensão do fenômeno constituição, tendo no valor dignidade humana o bem máximo a ser realizado e protegido. Face ao caráter cumulativo e tradicional das experiências culturais, a renovação da forma de conceber o valor **dignidade humana** faz atualizar as construções técnico-jurídicas pretéritas de forma a projetar-se como valor-referência de justificação (por excelência) em meio à cultura ocidental.

3.1.3 Arquétipo de Estado constitucional de Direito como modelo concreto e parâmetro de aferição de legitimidade interna

direitos fundamentais os desdobramentos e necessidades subseqüentes ao momento de positivação constitucional, dotando o texto constitucional de uma feição notadamente aberta, adaptável e plural. Cf. HÄBERLE. *I diritti fondamentali...* p. 113-115; Idem. *La libertad fundamental...* p. 284-348. Sem enfrentar o debate por exceder os limites do presente trabalho, pode-se assinalar a possibilidade de aproximação funcional entre o art. 19.2 da LFB e o art. 5º, §2º da Constituição Federal Brasileira de 1988.

³⁰⁹ (...) *la fuerza 'sugestiva' de los textos constitucionales y la 'productiva' de los procesos de sus intérpretes para, por un lado, permitir el ulterior desarrollo del Estado constitucional como obra de todos y cada uno, y, por otro, crear una identidad constitucional genuina de cada pueblo*". HÄBERLE. *Elementos teóricos...* p. 154.

³¹⁰ Cf. HÄBERLE. *El concepto...* p. 121-124.

O modelo de Estado constitucional de direito conecta os diferentes Estados constitucionais modernos num esforço comum para o aperfeiçoamento da abertura da comunidade (agora em nível internacional, inclusive) a fim de maximizar a proteção da dignidade humana e ampliar o leque de garantias objetivas (institucionais e culturais) comprometidas com a ética da responsabilidade. Do recurso ao método da *mecânica gradual* se pode apreender o

*“sentido” da história (constitucional) [...] como contributo para a compreensão e desenvolvimento do Estado constitucional típico, com sua estrutura específica e procedimentos como objeto e resultado de um esforço humano “perpétuo” no reino da dignidade humana, liberdade e justiça social, assim como da democracia como res publica semper reformanda*³¹¹.

O paradigma do Estado constitucional se desenvolve a partir de uma perspectiva comparada dos textos constitucionais, com gradações (níveis textuais) e fases correspondentes a diferentes latitudes constitucionais (círculo cultural), quando se dá, sobretudo, um processo de recíproca recepção cultural em uma escala mundial pelos constituintes, legisladores e cientistas do direito. Assim sendo, à expressão Estado Constitucional de Direito (que, para os efeitos do presente trabalho, pode se equiparar a Estado Democrático de Direito a que faz alusão o texto constitucional pátrio³¹²) se atribuem diferentes significados que possuem como elo de ligação a garantia e a proteção dos direitos fundamentais como principal matiz política. Neste sentido podem ser compreendidas as palavras de FERRAJOLI, para quem o Estado constitucional consiste no complexo *sistema de limites e de vínculos impostos para garantia dos direitos fundamentais de todos*³¹³, ou ainda a definição de CANOTILHO parte da reunião das técnicas específicas de *limitação do poder com fins garantísticos*³¹⁴.

A noção de Estado constitucional de direito reporta-se, ainda, ao enunciado do princípio do **estado de direito** tal qual formulado pela juspublicística alemã do século XIX, qual seja, o dever de *sujeição do Estado e da sociedade ao direito*, donde a ampliação do leque de proteção dos direitos fundamentais e da força irradiadora das normas

³¹¹ *the “meaning” of (constitutional) history, we can employ Popper’s piecemeal technique to contribute to an understanding and devolpment of the typical constitutional state, with its specific structure and procedures as the object and form of a “perpetual” human effort in the realm of human dignity, freedom and social justice, as well as democracy as “res publica semper reformanda”. HÄBERLE. **The constitutional state...**p. 79.*

³¹² Art. 1º da Constituição Federal da República do Brasil.

³¹³ FERRAJOLI, Luigi. Estado constitucional de direito e sua discrepância com a realidade. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, ano 17, n. 67, jul/set 1996. p. 40.

constitucionais, fez transcender, e muito, o estrito âmbito jurídico-estatal no interior do qual era inicialmente restringida. Nestes termos, a doutrina constitucional germânica, para além da identificação do estado de direito ao princípio da estrita legalidade³¹⁵, reconhece que ele enfeixa a observância da plêiade dos direitos fundamentais que galgam ao *status* de fundamentalidade, a partir do momento em que conjuga a natureza material e constitutiva dos direitos aos aspectos formais e procedimentais de tutela das instituições democráticas (*material-verfahrenmässiges Formprinzip*)³¹⁶.

A tentativa de superação da idéia estritamente formal-procedimental de estado de direito faz ZAGREBELSKY reconhecer a justiça como valor intrínseco ao direito, identificando a alteração da função da lei no interior do ordenamento jurídico como sendo o principal marco distintivo entre o Estado constitucional de direito e o Estado de direito legislativo (segundo o autor típico do séc. XIX), já que a existência de um Estado constitucional traz insita a idéia de sujeição da sociedade a *um estrato mais alto do direito estabelecido na constituição* implicando numa reformulação da concepção do direito como um *direito por princípios*³¹⁷.

Não obstante a impossibilidade de promover uma completa emancipação da feição eminentemente estatal que marca a gênese deste instituto - em razão do compromisso da juspublicística alemã do século XIX com o projeto político unificador de Bismarck (*Pandectas germânico*³¹⁸) - o recurso ao conceito de **Estado Constitucional de direito** ou **Estado democrático de direito** mantém-se de grande importância no constitucionalismo atual, justamente por trazer consigo a tradicional idéia de sujeição ao **direito**, expressão esta marcada por vasta polissemia. Assim, o recurso ao princípio do **estado de direito**, ao mesmo tempo em que exige que sejam elucidadas as acepções, pressupostos e amplitude que se adota para esta expressão, abre espaço a um debate inicial acerca dos parâmetros de legitimação que devem ser reputados válidos para a compreensão do sistema jurídico em seu conjunto.

Desta maneira, pode-se, com HÄBERLE, conceber a expressão *Estado Constitucional de Direito* como um **conceito-estrutura** de forma a conjugar o seu caráter

³¹⁴ CANOTILHO. *Direito constitucional...* p. 47.

³¹⁵ O princípio da legalidade em sentido amplo extrapola os limites da estrita observância das regras normativas, a fim de sujeitar o Estado e a sociedade ao Direito, compreendido como um todo sistemático de regras e princípios (e valores, como defende FREITAS). FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 50-54.

³¹⁶ Cf. CANOTILHO. *Direito constitucional...* p. 239-242.

³¹⁷ ZAGREBELSKY. *El derecho ductil...* p. 34 e 109.

³¹⁸ Neste sentido, vd. a percuciente análise da *jurisprudência dos conceitos* germânica realizada por

aberto (incompletude e adaptabilidade aos novos desafios sociais) e garantístico, concebendo-o como uma superfície de entrecruzamento de diversos elementos teleologicamente orientados pelo valor da dignidade humana, numa aproximação, inclusive, com a idéia de *equity* do *rule of law* de matiz bretã³¹⁹. Desta forma, reconhece-se a necessidade permanente da retomada da questão da constituição no âmbito da esfera pública (inclusive não-estatal) e sua vinculação à concepção processual de constituição, uma vez que se coaduna com seu caráter republicano, que, ao apelar às vivências do povo, autoriza o reconhecimento da concepção pluralista de constituição enquanto expressão da cidadania³²⁰.

Com base no reconhecimento do Estado Constitucional de Direito como modelo/arquétipo resta a questão sobre a possibilidade de conciliar o caráter abstrato-formal dos tipos ideais à dimensão experimental antes salientada. Esta compatibilização faz-se perfeitamente compreensível a partir do momento em que se recorre à idéia de HELLER sobre os **conceitos-estrutura** por ele concebido, com o escopo de analisar a dinâmica da realidade social e do fenômeno estatal, de forma a sistematizar os traços individualizadores obtidos por abstração e generalização dos fenômenos observáveis, mantendo-os, contudo, enquanto tipos estruturais, abertos à atualização e mutações intrínsecas a todo fenômeno social (dialeticamente produzidas), construção teórica esta explicitada pelo autor da seguinte maneira:

*em certo sentido, o conceito-estrutura vem a ser a mesma coisa que o **conceito típtico-ideal** [de Weber]. É, assim, toda forma algo geral e particular ao mesmo tempo; por suas leis estruturais, surge como determinante de outras estruturas, mas por meio de sua individualidade, separa-se de certas outras(...).E não porque o **modo dialético de formação de conceitos** não se baseie também na separação e análise do objeto, já que tôdas as operações de isolamento e análise conservam, como graus necessários embora dialéticos do processo de conhecimento, o seu direito relativo. A diferença está em que **êsses graus não se***

LARENZ, KARL. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1989. p. 19-39.

³¹⁹ CLAVERO identifica a existência de distinções lingüísticas e jurídico-culturais entre as expressões *rechtsstaat*, *rule of law*, *règne de la loi* e *imperio de la ley*. Após analisar o contexto histórico-cultural do seu desenvolvimento, o jusfilósofo espanhol reconhece que a equidade subjaz latente à expressão anglo-saxônica, diferentemente daquelas de origem germânica e latina. Este distanciamento, contudo, possibilita que as tradições continentais encontrem na aproximação à noção anglo-americana de *rule of law* (e *equity*) elementos para uma leitura potencializadora dos institutos do direito constitucional continental. Cf. **Happy Constitution**. Cultura y lengua constitucionales. Madrid: Trotta, 1997. p. 181-236. O processo de integração comunitária européia tem dinamizado o entrecruzamento cultural do modelo de experiência jurídico do *common law* ao do *civil law*, em especial na construção dos princípios gerais do direito comunitário pela atividade judicante dos Tribunais supranacionais europeus (A Corte de Justiça de Luxemburgo – Tribunal de Justiça Europeu - e o Tribunal de Direitos Humanos de Estrasburgo), como se pode ver na nota 329.

³²⁰ Como se verá no item 3.3, as possíveis implicações entre Constituição e cidadania.

*devem julgar definitivos, mas têm que ser deslocados e reclamados de novo por um grau superior do conhecer, e incluídos depois no conjunto, que é o único possuidor de verdade e realidade (destaques acrescentados)*³²¹.

Assim o conceito de Estado constitucional **parte de uma conceituação de índole formal-estrutural** – conjunto (sempre inconcluso) de mecanismos para limitação do poder e salvaguarda do valor da dignidade humana – **até a inserção**, para o seu interior, **de inúmeros elementos substancializadores** (função estimativa atribuída à realização do valor dignidade). Neste *processus* de determinação do conteúdo ideal a partir da conjugação de diferentes experiências concretas, recorre-se ao método de *trial and error* (tentativa e erro) de forma que o conceito abre-se em um feixe indeterminado, *a priori*, de possibilidades e desdobramentos que permitem a sua autocorreção e aperfeiçoamento ante as novas necessidades sociais.

Neste desiderato, o autor, por ocasião da celebração do bicentenário da Revolução Francesa, proferiu conferência intitulada *1789 como história, atualidade e futuro dos Estados constitucionais*³²², que projetou ainda mais o pensamento integracionista de HÄBERLE na península ibérica com a sua tradução para o espanhol³²³. Neste texto, o autor destaca a importância dos postulados liberais e jusnaturalistas para o desenvolvimento do constitucionalismo que, juntamente com outros elementos (culturais) de ordem econômica, política, artístico-literária e social, forneceram as condições materiais para a eclosão do movimento de ruptura – crise e superação da ordem estamental – ocorridos a partir de 1789 na França (em conexão com as declarações de Virgínia e Filadélfia de 1776/1787, e com os desdobramentos políticos na Inglaterra no século anterior).

O jurista de Bayreuth passa, então, a identificar alguns elementos do modelo atual de Estado constitucional –conteúdos, princípios, funções e procedimentos– adotando o ano de 1789 como ano-referência³²⁴, a partir do qual elenca alguns traços recepcionados pelo modelo Estado constitucional *a partir de 1789, contra 1789 e sem a referência direta*

³²¹ HELLER. Op. cit., p. 89.

³²² *1789 als Teils der Geschichte, Gegenwart und Zukunft des Verfassungsstaats.*

³²³ **Libertad, igualdad, fraternidad.** 1789 como historia, actualidad y futuro dei Estado Constitucional. Trad. Ignacio G. Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998.

³²⁴ No texto HÄBERLE assevera que poder-se-ia adotar outra data, tendo em vista a realidade cultural a ser privilegiada. Cita o autor, p.ex., a importância de 1848 (Paulskirsche) para o desencadeamento do liberalismo na Alemanha.

à 1789³²⁵:

- **elementos que se impuseram graças à 1789:** o caráter escrito das constituições e a estrutura formal da constituição³²⁶; os direitos fundamentais do indivíduo como direitos inatos propagados sob a tríade Liberdade-Igualdade-Fraternidade (mesmo que no plano meramente *verbal*); declarações de direitos – gerais e específicos; a idéia de codificação e positivação do direito; a doutrina do poder constituinte – do povo e da nação; processos de elaboração e reforma constitucional; separação de poderes (de acordo com o modelo anglo-americano); o conceito de lei – legalidade – e de vontade geral; a República como forma de Estado e o nascimento do Estado nacional; o princípio da esfera pública.
- **elementos que se impuseram contra 1789:** a via reformista em oposição à revolucionária; a idéia de constituição pactuada ou de compromisso em oposição à constituição do povo (terceiro Estado) ou do soberano (outorgada); as variações democráticas para além da experiência representativa; o desenvolvimento de mecanismos de proteção de minorias; a idéia de função pública (*trust*) e *responsividade*³²⁷; a limitação da soberania popular a princípios jurídicos de convivência social; o fortalecimento da atividade jurisdicional independente, em especial da jurisdição constitucional, frente à desconfiança da atividade judicante que marca o sistema constitucional francês; o federalismo e o regionalismo como formas de descentralização e autonomia dos poderes locais
- **elementos que se impuseram apesar de 1789:** as diferentes auto-correções e ampliação dos direitos fundamentais (a idéia de dever e de igualdade social da declaração de 1795, as liberdades econômicas e cooperativas de associação, a liberdade sindical, os direitos sociais a partir de 1848; a idéia alemã de liberdade cultural e fins educativos do

³²⁵ Cf. HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid: Trotta, 1998. p. 80

³²⁶ Sem deixar de reconhecer a importância de constituições não-escritas, como a Constituição inglesa que apresenta-se como principal parâmetro para a compreensão da diferenciação que o autor traça entre **ter** e **estar** em Constituição, vd. item 1.1.3.

³²⁷ Vd. EDWARDS, Denis J. *Fearing Federalism's Failure: Subsidiarity in the European Union*. **The**

Estado; a textualização da proteção à dignidade humana).

O autor lembra ser bastante difícil precisar, com clareza, se os desdobramentos do Estado constitucional se dão a partir, contra ou independentemente de 1789, uma vez que a plêiade de seus elementos *representa um amálgama de conteúdos, formas e procedimentos europeu-anglo-americanos tanto revolucionários como pré-revolucionários e não revolucionários*³²⁸ que, no seio do processo de integração europeu, ganha ainda maior destaque ante a cada vez mais expressiva aproximação entre os modelos do direito do *common law* e *civil law*³²⁹.

Em diversos trabalhos, o autor busca identificar elementos das diferentes experiências constitucionais³³⁰ que entende encontrarem-se em vias de estabelecimento como elemento textual do modelo-ideal, galgando ao *status* de fundamentalidade, apresentando-se como resultado de uma ampliação da esfera de tutela da dignidade humana, p.ex., (a) quando identifica as linhas de desenvolvimento em matéria de direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*)³³¹; (b) quando identifica a possibilidade de redução a termo de voto dissidente, com sua respectiva fundamentação, consubstancia-se em importante veículo de pluralização da interpretação constitucional³³², do pluralismo possibilista³³³; (c) quando assinala a importante função do preâmbulo das constituições como fator de integração social e meio de autorepresentação popular, que vem sendo reiteradamente recepcionado pela nova corrente de constitucionalização do leste europeu³³⁴; (d) e, ainda, quando defende a inclusão dos princípios da subsidiariedade e do regionalismo como novos elementos

American Journal of Comparative Law, Berkley (CA), v. 44, p. 537-583, 1996.

³²⁸ *Es una amalgama de contenidos, formas y procedimientos europeo-angloamericanos tanto revolucionarios como prerevolucionarios y no revolucionarios.* HÄBERLE. *Libertad, igualdad, fraternidad...* p. 76-81.

³²⁹ Neste sentido, vd. KOOPMANS, Thijmen. The Birth of European Law at the Cross Roads of Legal Traditions. **The American Journal of Comparative Law**, Berkley, CA, v. 39, p.493-507, 1991; MOCCIA, Luigi. Les bases culturelles du juriste européen: un point de vue continental. **Revue Internationale de Droit Comparé**, p. 799-811, 4-1997; GLENN, H.Patrick. La civilisation de la common law. **Revue Internationale de Droit Comparé**, p. 559-575, 3-1993; LEVINTSKY, Jonathan E. The europeanization of the British Legal Style. **The American Journal of Comparative Law**, v. 42, p. 347-380, a. 1994.

³³⁰ Em especial os elementos gestados no ambiente europeu/norte-americano, sem olvidar as significativas cristalizações constitucionais constantes dos textos dos países latino-americanos produzidos no processo de redemocratização da década de 80, das transformações políticas havidas na África do Sul e do reflexo do constitucionalismo europeu naquele país, e a aproximação, inclusive, por parte dos países orientais – em especial, Coréia e Japão, do modelo de constitucionalismo europeu.

³³¹ Cf. HÄBERLE, Peter. *Linee di sviluppo della giurisprudenza della corte costituzionale federale tedesca in materia di diritti fondamentali.* **Giurisprudenza Costituzionale**, Milano, Italia, Giuffrè Editore, a. XLI, n.4, p. 2882-2917, 1996.

³³² Cf. HÄBERLE. *I diritti fondamentali...* p. 93-134.

³³³ Vd. item 2.4.

³³⁴ Cf. HÄBERLE. *Avances constitucionales...* p. 141-165, 1995.

textuais do modelo³³⁵.

O legado cultural comum que conecta as diferentes experiências nacionais, vê-se, ainda, continuamente reforçado pela otimização dos mecanismos de acesso à informação e estreitamento das relações econômicas e políticas, como instâncias promotoras de um espraiamento da cultura ocidental³³⁶, aumentando as zonas de contato intercultural; de forma que, cada nação, mediante o desenvolvimento de constitucionalismo solidário, possa aprender com o exemplo da outra (reapreciar a experiência alienígena), mantidas as suas próprias especificidades e individualidades culturais (seu próprio microcosmo cultural) que segue mantendo-se como referente de significação nacional.

Nesta conexão cultural, pode-se igualmente identificar a existência de diferentes **movimentos constitucionais** que materializam, necessidades e aspirações condicionadas pelos elementos materiais sob os quais se constroem, objetivando-se como ciclos múltiplos dotados de pluralidade de focos irradiantes, como ondas constitucionais, geralmente associadas a um mesmo elemento impulsionador. Para ACKERMAN, quando este processo é resultado da mobilização social, a estabilidade institucional vê-se reforçada pela identificação da constituição como símbolo de recomeço³³⁷ - razão pela qual pode-se identificar uma aproximação estrutural e de conteúdo entre os textos constitucionais gerados em um mesmo ciclo cultural.

A primeira onda constitucional encontra-se em perfeita consonância com o liberalismo político (e econômico) propagado pelas revoluções liberais na França e nos Estados-Unidos: a constitucionalização de mecanismos de participação e de associação como decorrência da tumultuada década de 40 do século passado – Comuna de Paris e a constituição supostamente liberal da Igreja de São Paulo (Paulskirche), que marcam profundamente a publicística alemã; o período entre-guerras e, em especial, do pós-guerra, inserindo com veemência o constitucionalismo social nos estados ocidentais e o caráter protecionista e interventor da nova feição de Estado nos países europeus e na América Latina, ao passo que ainda se pode vislumbrar um movimento de

³³⁵ HÄBERLE, Peter. El regionalismo como principio estructural naciente dei Estado constitucional y como máxima de la política del Derecho europeo. In: _____. **Retos actuales dei Estado Constitucional**. Oñati: IVAP, 1995. p. 47-98.

³³⁶ Ou seria uma nova colonização, a colonização cultural? Vale frisar que NEVES, por reconhecer uma distância incomensurável entre as promessas constitucionais e a realidade sócio-cultural, qualifica o constitucionalismo no Brasil como um **constitucionalismo simbólico** que implica numa desconstitucionalização fática da normatividade constitucional, cf. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

³³⁷ Cf. ACKERMAN, Bruce. O novo constitucionalismo mundial. In: CAMARGO, M. (Org.). **1988-1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 11-32.

constitucionalização (*meramente simbólica?*³³⁸) nas ex-colônias africanas e asiáticas – Índia, Indochina e nos países islâmicos da África setentrional); o movimento de redemocratização da Europa meridional e da América-Latina nas décadas de 70 e 80, sucessivamente. Desponta, agora, uma nova onda constitucional propiciada pela bancarrota do regime socialista na Europa oriental e na ex-União Soviética (para Häberle o ano de 1989 consiste no *ano mirabilis*, uma vez que entende que o constitucionalismo e a liberdade cultural, ofuscadas pelo totalitarismos dos regimes de inspiração marxista, implica numa vitória do modelo de Estado constitucional, mas também uma vitória do mercado como força reguladora autônoma e imune à controles – economia social de mercado³³⁹).

Quando se estuda determinado texto constitucional concreto, e mesmo sua realidade constitucional circundante, pode-se identificar a existência de **diferentes níveis textuais** que apontam para recepções de experiências pretéritas, revestidas de novas roupagens atualizadas (elemento criativo de toda recepção), que conectam a realidade nacional ao seu passado histórico e às experiências circunvizinhas, mediados pelo conceito-estrutura de Estado Constitucional de Direito, uma vez que cada ciclo constitucional é reconduzido para o interior do arquétipo constitucional como nível textual, a ponto de provocar mais que uma mera adição de novo elemento: sua necessária rearticulação interna a fim de compatibilizar os diferentes e conflituosos elementos do tipo ideal³⁴⁰.

Evidenciada a maneira como ele se constrói e se atualiza, incumbe tecer alguns comentários acerca do **efetivo papel** que o modelo de Estado Constitucional de Direito ocupa no seio da teoria constitucional como cultura. Em resposta, pode-se inferir da obra de HÄBERLE que o modelo, a um só tempo, serve: (a) como parâmetro externo para aferição do grau de legitimidade da realidade normativa interna; (b) como uma forma de reforço recíproco das instituições (nacionais e supra/transnacionais) no tocante à ampliação das salvaguardas dos direitos fundamentais; e, (c) como plataforma (base comum) para uma aproximação entre culturas nacionais³⁴¹ em rechaço à toda forma de

³³⁸ Quanto ao conceito de constitucionalismo simbólico, vd. NEVES. *A constitucionalização simbólica...*

³³⁹ Neste sentido, ver as interessantes (*e utópicas?*) arguições do autor no texto *Incursus. prospettive di una doctrina costituzionale del mercato: sette tesi di lavoro*. In: LUCIANI, M. (Org.). *La democracla alia fine del secolo*. Bari, Italia, Laterza, 1994 (há tradução castelhana deste artigo publicada na Revista do Mestrado em Direito Constitucional da PUC de Lima – *Pensamiento Constitucional*).

³⁴⁰ Para uma elucidação dos diferentes níveis do estado de direito, vd. o instigante texto de CANOTILHO. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

³⁴¹ Vale frisar que boa parte dos esforços do autor têm sido concentrados, na última década, na

fundamentalismo e intolerância³⁴² atentatórios ao multiculturalismo das sociedades contemporâneas.

O caráter estruturalmente aberto do modelo de Estado constitucional não poderia ensejar a sua auto-destruição? Liberdade cultural como conjugação dos princípios da irrenunciabilidade do passado, da esperança e da responsabilidade, no qual a idéia de dignidade humana exsurge como pressuposto antropológico que se manifesta na idéia de liberdade cultural.

3.2 Comunidade de Intérpretes

A pretensão do autor, de conceber a teoria da constituição em consonância com uma teoria democrática nos termos antes delineados, faz com que a interpretação constitucional se conecte diretamente à investigação de HÄBERLE preocupada com a compreensão do texto constitucional enquanto constituição viva que integra os elementos da realidade constituída a partir de sua concepção processual³⁴³. Em consequência, faz-se necessário que a teoria da constituição seja questionada acerca dos *agentes conformadores d[esta] realidade*³⁴⁴, que até então³⁴⁵ não vinha sendo objeto de detidas considerações. Com este escopo, o autor parte da premissa que:

*no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição.*³⁴⁶

A ampliação do leque dos legitimados a interpretar a constituição, pode ser teoricamente formulada a partir: da associação entre vinculação à constituição³⁴⁷ e liberdade de conformação; da idéia de que a norma é norma interpretada; e de que a norma encontra seus elementos materiais no conjunto de atualizações e vivências³⁴⁸ de todos os seus

identificação de um direito constitucional comum europeu fundado na existência de um legado cultural comum (recuperando, neste particular, as lições de Ortega y Gasset), a ponto de se poder falar na existência de âmbitos europeus parcialmente constitucionalizados. Cf. HÄBERLE, Peter. *Derecho constitucional común europeo*. *Revista de estudios políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 79, p. 7-46, 1993; e HÄBERLE. *Per una dottrina...* p. 3-30.

³⁴² Limites da tolerância e democracia, vd. item 2.4.

³⁴³ Que, segundo HÄBERLE, é uma consequência do conceito republicano de interpretação aberta.

³⁴⁴ *Hermenêutica Constitucional...* p. 12.

³⁴⁵ Até o momento da publicação do seu artigo a *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* (*Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, 1975)

³⁴⁶ *Hermenêutica constitucional...* p. 13

³⁴⁷ A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. Idem, ibidem. p. 30

³⁴⁸ quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la. Idem, ibidem. p. 9.

cidadãos independentemente ou não de participarem nos processos institucionalizados de atualização constitucional. Esta ampliação, possibilita a formulação do conceito de **sociedade aberta dos intérpretes constitucionais** que estimula e potencializa a idéia de democratização do processo de interpretação, conectando-a com o pluralismo possibilista³⁴⁹, que compele à

- estruturação do processo interpretativo nos termos de um processo dialógico e racionalmente estruturado;
- exteriorização do *iter* empregado no processo de interpretação;
- exposição à crítica (e autocrítica) de seus pré-cometimentos (refutação racional);
- consideração acerca das conseqüências das opções tomadas;
- submissão da interpretação à reserva de consciência³⁵⁰ ;
- maximização do entrecruzamento de alternativas racionais e de abertura à consideração das possibilidades nelas veiculadas;
- promoção do dialógico normativo através do critério de ponderações de bens.

O compromisso democrático, nestes termos, também exige que a tolerância e a busca pela verdade orientem e

condicion[em] a interpretação constitucional “jurídica” (dos juízes)³⁵¹, de forma que ela traduza (apenas) “a pluralidade da esfera pública e da realidade, as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles³⁵².

De forma que a democratização da interpretação constitucional implica, pois, em esforços para desenvolver uma cultura de participação democrática, uma efetiva mudança de mentalidade na condução da *coisa pública* e a institucionalização de mecanismos de acesso ao processo de deliberação e de inserção/externalização da diferença³⁵³.

³⁴⁹ Vd. item 2.2.4.

³⁵⁰ **Reserva de consciência** (*Vorbehalt der Bewährung*), devendo ela, no caso singular, **mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais**. Idem, ibidem. p. 41.

³⁵¹ Na página 41, refere-se à interpretação constitucional “jurídica” dos juízes (*Im Vorfeld juristischer Verfassugnsinterpretation der Richter*).

³⁵² **Hermenêutica Constitucional...** p. 43.

³⁵³ Exemplificados por HÄBERLE quando reporta-se ao *voto dissidente*, à garantia objetiva de liberdade de manifestação como corolário do princípio da liberdade de participação no processo de formação da opinião pública, adoção de uma atitude hermenêutica de apreensão do universo normativo que circunda a norma, conectando-a com as experiências pretéritas e, inclusive, de outras realidades constitucionais

A associação entre a teoria constitucional e a perspectiva democrática, exige que aquela se instrumentalize a fim de que dê conta da integração exigida entre *ciência e realidade* e *ciência e democracia*, que pode ser potencializada, segundo HÄBERLE, a partir da incorporação à teoria das contribuições *das ciências sociais e jurídico-funcionais*³⁵⁴. A funcionalidade e interconexões sociais preconizadas por HÄBERLE em 1975, foram então, posteriormente, redimensionadas pelo autor a partir de um enfoque culturalista, a fim de que sua formulação teórica da sociedade aberta maximizasse a apreensão das forças ativas da esfera pública - *cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública*. Para tanto, deve-se levar em conta que:

- as cristalizações *determinam* a exegese constitucional como pré-cometimento dos intérpretes;
- as aporções (objetivações) dos diferentes partícipes são sempre parciais³⁵⁵
- as questões materiais ou de fundo subjacentes aos textos jurídicos e aos respectivos contextos³⁵⁶ são decididas em conjunto por estes agentes, o que possibilita o surgimento da idéia de personalização da interpretação³⁵⁷
- os partícipes exercem diferentes papéis no processo interpretativo que oscilam de acordo com a autoridade conferida a sua objetivação, o grau e espécie de vinculação com que se relaciona com os demais;
- a correspondência entre o que deveria ser e os fatos nem sempre existe.

A consideração destes elementos associada à visão ampliada dos intérpretes legitimados da Constituição conduz HÄBERLE a distinguir entre a *interpretação em sentido estrito* (realizada pelos intérpretes autorizados³⁵⁸) e *em sentido lato* (realizada consciente ou inconscientemente pela totalidade dos cidadãos), e a formular um catálogo tópicofuncional a partir do qual enfeixa os partícipes a partir das co-implicações no processo interpretativo.

³⁵⁴ Idem, ibidem. p. 9.

³⁵⁵ No sentido da impossibilidade de apreensão do fenômeno jurídico na sua integralidade.

³⁵⁶ *Teoría de la constitución...* p. 39

³⁵⁷ Que reconhece a importância dos aportes da sociologia do direito na investigação das origens e vinculações sociais dos agentes conformadores da realidade constitucional..

³⁵⁸ Órgãos jurisdicionais, administrativos e legislativos nos diferentes graus de burocratização, aliados à ciência jurídica (sob o argumento da autoridade).

3.2.1 Sociedade aberta dos intérpretes da constituição

Se for conjugada a atuação dos intérpretes em sentido estrito e lato, através de uma atividade interpretativa multifacetada, resulta a sociedade aberta dos intérpretes através da qual se estimula a possibilidade e a realidade de uma livre discussão do indivíduo e de grupos *sobre e sob* as normas constitucionais e os efeitos pluralistas que emprestam à atividade atualizadora da constituição³⁵⁹.

A grande força sugestiva desta proposta consiste na importância e função que HÄBERLE atribui à interpretação em sentido lato. O passo crucial para se admitir esta linha interpretativa resultou da ampliação do próprio conceito de interpretação que engloba não só o ato pré-ordenado a enunciar determinado preceito normativo, mas também a vivência cotidiana dos valores, integrando o âmbito de proteção dos direitos e o das demais relações sociais. Desta maneira a sociedade aberta em sentido lato fornece, em última instância, os elementos que irão constituir e condicionar a visão de homem, de mundo e da própria função a ser desempenhada pela Constituição.

Enquanto que a interpretação em sentido estrito coaduna-se com o sentido usual atribuído à interpretação como atividade orientada reunindo os intérpretes a partir do critério de autoridade, a intencionalidade da atividade intelectual do intérprete em sentido estrito não o isenta de compartilhar, da mesma forma que os demais intérpretes (em sentido lato) o conjunto de pré-cometimentos e valores circundantes.

O autor, no livro *Teoria da Constituição como ciência cultural*, não mais se reporta ao conjunto de pré-cometimentos enquanto interpretação em sentido lato, mas refere-se a ele como conjunto de cristalizações poliédricas³⁶⁰ que, suplantando as dificuldades etimológicas da expressão interpretação e ampliando o leque de influências e cometimentos através da força *catalisadora* àquelas atribuída, melhor se adequa a sua perspectiva culturalista. Apesar de a formulação teórica (cristalizações) ser mais precisa que a anterior, ela não possui a mesma eficácia simbólica que a *interpretação em sentido estrito* no concernente à ênfase no viés democrático. A expressão sociedade aberta, contudo, mantém os estreitos vínculos com a esfera pública e a abertura constitucional.

Por fim, a sociedade aberta dos intérpretes constitucionais –em direta alusão à sociedade aberta popperiana– também confere à interpretação constitucional uma funcionalidade especial, a de **manter (e promover) a abertura dos canais à**

³⁵⁹ HÄBERLE. *Hermenêutica constitucional...* p. 40.

³⁶⁰ Vd. itens 1.3.3.2 e 3.1.1.

participação e à livre formulação de possibilidades.

3.2.2 Índícios para a construção de uma teoria funcional da interpretação constitucional

Os papéis exercidos pelos diferentes partícipes do processo de atualização constitucional pode ser construído a partir do entrelaçamento com os demais partícipes e da individualização das funções exercidas, dos resultados obtidos e da forma com que institucionalizam (ou se expressa) o pluralismo.

3.2.2.1 Catálogo tópico-funcional

Mais uma vez pode-se referir a atualização promovida por HÄBERLE com a inserção da problematização em torno da concepção culturalista. Ao apresentar os níveis de funcionalidade buscar-se-á identificar os partícipes de cada nível destacando os elementos do pluralismo por si (ex)internalizado e os diferentes graus de vinculação. Os dois primeiros níveis refletirão as formulações iniciais em face de sua acentuada didática, e, os dois seguintes, já se adequarão à renovada concepção culturalista.

- Funções estatais

- (a) Corte constitucional dotada de decisão vinculante

Para o juiz da Corte Constitucional não existe um controle técnico. Ele tem sua conduta 'regulada' pela [esfera pública]³⁶¹ (die Öffentlichkeit). A esfera pública estrutura-se, porém, para ele [juiz constitucional], com fundamento em sua concepção profissional, sua socialização na ciência do Direito Constitucional, a expectativa de conduta profissional a que se encontrava submetido³⁶²

Processo de investidura³⁶³, jurisprudência alternativa proporcionada pela esfera pública do voto dissidente³⁶⁴, possibilidade de requerimento de pareceres e laudos periciais e de serem ouvidos interessados no

³⁶¹ Já neste trecho, o tradutor nacional transpõe o termo alemão *Öffentlichkeit* por *espaço público*. Pelas mesmas razões expostas na nota 272, optou-se por alterá-la para *esfera pública*.

Gilmar Mendes traduziu a expressão *Öffentlichkeit* para *espaço público*. A fim de manter o acordo semântico inicialmente proposto, a expressão foi substituída por *esfera pública*.

³⁶² Idem, ibidem. p.26, nota 38.

³⁶³ Escolha do juiz do Tribunal Constitucional Federal para exercer um mandato de 10 anos, levada a cabo pelo Presidente, demais casas legislativas e pelos tribunais superiores.

³⁶⁴ HÄBERLE. *Linee di sviluppo...* p. 2882-2917.

processo por requisição da Corte³⁶⁵

(b) Órgãos estatais com poder de decisão vinculante submetidos à processo de revisão:

(b.1) órgão legislativo -

principais responsáveis pelo movimento constitucional, quando alteram e densificam atos legais que possuem direta reflexão sobre a proteção, limites, tutela e acesso aos bens constitucionais³⁶⁶

(b.2) órgão do Executivo

órgãos executivos (que gozam de um papel fundamental na pré-compreensão acerca do interesse público e dos critérios para a aferição do bem comum)

(b.3) jurisdição

procedimento judicial como mediação entre as partes

Para o legislador³⁶⁷ existe o controle 'técnico' da Corte Constitucional e o controle 'não-técnico' exercido por meio de eleições, pela capacidade de sustentação de coalizões e pelo processo interno de formação da vontade político-partidária³⁶⁸.

- Participantes diretos nos processos institucionalizados

(a) Requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou assumir o *diálogo jurídico*³⁶⁹ (*Rechtsgespräch*);

³⁶⁵ Bastante importante foi a participação do Representante do Conselho Europeu na Sessão do Tribunal Constitucional Federal uma vez que naquela oportunidade pôde elucidar o alcance do princípio da proporcionalidade e da subsidiariedade no âmbito comunitário na fixação de critérios para controle e correção das medidas comunitárias. Vd. ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal = *Bundesverfassungsgericht*. Decision of 12th october of 1993 concerning Maastricht's Treaty. Trad. G. Wegen e C.Kuner. **International Legal Materials**, Washington (DC), v. 33, n. 2, p. 395-444, 1994.

³⁶⁶ Idem. *Efectividad de los derechos fundamentales*. In: LÓPEZ PINA, A. (Org.). **La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia**. Madrid: Civitas, 1991. p. 260.

³⁶⁷ Analogicamente, também se pode referir a controles similares para o executivo, com responsabilidades políticas e sociais distintas, mas mantendo a mesma sujeição "técnica" e de responsividade face ao mandato. Por outro lado, em planos também diferentes, cabe referência a uma dupla sujeição da jurisdição infraconstitucional.

³⁶⁸ HÄBERLE. *Hermenêutica constitucional...* p.26, nota 38.

³⁶⁹ Pode-se confirmar a perspectiva de uma abertura do processo judicial entendido a partir de uma estrutura dialógica, invertendo o posicionamento do juiz que deixa de ser o *dono da lide* para *intermediar* a decisão final.

- (b) Outros participantes no processo: manifestação ou integração à lide, aqueles convocados pelo próprio Órgão³⁷⁰;
- (c) Pareceristas e expertos em especial nas Comissões de Notáveis
- (d) Peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento, peritos nos tribunais, associações e partidos políticos
- (e) Grupos de pressão organizados;
- (f) Requerentes e partes nos procedimentos administrativos de carácter participativo

HÄBERLE enfatiza que estes participantes, de diferentes maneiras, mediatizado pelo procedimento estatal, veiculam suas propostas alternativas acrescidas do conjunto de suas pré-compreensões e juízos sobre as decisões históricos.

- **Objetivações de cunho «pluralista» do direito público³⁷¹:**

- (a) *Posturas políticas*: como os programas de partidos políticos, as associações e federações respectivas, as igrejas, as iniciativas populares, cidadania, etc. assim como as dos interlocutores sociais, incluindo as condutas de trabalho público dos sindicatos e associações;
- (b) *Posturas culturais*: que incluem toda obra ou aporte resultante de qualquer processo genuinamente cultural procedentes de toda a entidade pública de carácter geral, especialmente quanto:
 - (b.1) às artes e suas respectivas cristalizações culturais incluindo tanto os textos clássicos como as contribuições de outros campos científicos³⁷²;
 - (b.2) às ciências na sua totalidade;
 - (b.3) à religião.

- **Posturas oriundas da Teoria constitucional³⁷³ (de cunho jusfilosófico) a par dos**

³⁷⁰ Vd. nota 365.

³⁷¹ Apresentados em *Hermenêutica Constitucional* como *Opinião pública democrática e pluralista e o processo político como estimuladores*, a partir da seguinte enumeração média (*imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada, igrejas, teatros, editoras, as escolas das comunidades, os pedagogos, as associações de país*. p. 22-23.

³⁷² Exemplificados pelo autor como *todas as representações, antigas e modernas, e as reproduções de seus grandes diretores, pedagogos e filósofos*. Cf. *Teoría de la constitucion...*

³⁷³ Aqui o autor limitava-se a se manifestar pela referência a uma tematização apartada da ciência face a sua penetração nos demais níveis.

desenvolvimentos parciais obtidos junto com:

- (a) as funções estatais e os posicionamentos e opiniões emitidas a teor do livro arbítrio;
- (b) as obras e resultados das outras áreas do conhecimento que existe em forma de réplica e de participação em debates públicos, as reuniões ou congressos científicos periódicos.

3.2.2.2 *Funcionalidade e entrelaçamento: o exemplo das interfaces do Tribunal Constitucional Federal*

A partir desta perspectiva funcionalista, várias questões podem ser enfatizadas, uma função de crítica jurisprudencial, avaliação realística do grau de participação democrática de determinada realidade cultural, etc. A título meramente exemplificativo, se colheu alguns exemplos matizados por Häberle no que diz respeito a sua avaliação do papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional Federal.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha é a instituição que goza de maior grau de respeito e confiança dentre os alemães³⁷⁴, tendo atuado de forma bastante incisiva no tocante ao controle de constitucionalidade e tutela das garantias fundamentais, promovendo uma certa *juridicização da política*. HÄBERLE, contudo, defende que a atuação do Tribunal Constitucional Federal não deve se processar de forma sempre igual, pois pode olvidar que o seu papel consiste na tutela dos canais de participação democrática. Por esta razão HÄBERLE propõe a adoção de um catálogo tópico que, à semelhança do pensamento de J.H.ELY gestado nos E.U.A. no mesmo período³⁷⁵, propõe parâmetros de índole formal (que acabam por redundar em posterior controle de materialidade das normas violadoras da Constituição) que devem ser observados pelo Tribunal Constitucional no sentido de ampliar ou restringir o âmbito de sua atuação no desempenho da missão de guardião da constitucionalidade:

- Cautela na aferição de legitimidade das decisões do legislador democrático (mais rigor em relação às leis pré-constitucionais).
- Cautela na aferição de legitimidade do direito estadual em face da autonomia dos Estados

³⁷⁴ Cf. HALTERN. Op.cit.

³⁷⁵ Cf. ELY. Op. cit.

- Debate público amplo deve anteceder a elaboração da lei, só que, quanto maior for o debate, maior será sua legitimidade, e, por via de consequência, menor será o âmbito de controle da Corte.
- Controle rigoroso das leis que provoquem profundas controvérsias a ser exercido pela Corte³⁷⁶.
- A consideração dos interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis)³⁷⁷ devem pautar as decisões da Corte.

A relação entre a Corte Constitucional e os órgãos legislativos não se restringe ao controle de constitucionalidade dos atos legislativos culminando com a subtração de sua validade. O Tribunal Constitucional ainda interfere na atuação legislativa mediante o recurso às técnicas de controle de apelo ao legislador e de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que, mesmo não subtraindo a validade de determinada norma, interfere diretamente na atuação do poder conformador (legislativo) dos órgãos representativos.

A sua relação com a dogmática constitucional pode ser inferida através das seguintes questões pontuais³⁷⁸:

A jurisdição constitucional é um catalisador essencial, ainda que não o único, da Ciência do Direito Constitucional como interpretação constitucional.

Recepção de culturas possibilitada pelo preenchimento do programa normativo pelas experiências de outras realidades culturais através das cláusulas de abertura³⁷⁹

O desenvolvimento da técnica de ponderação de bens (que já a conecta com a esfera pública)³⁸⁰

³⁷⁶ O profundo dissenso, apresentando mesmo um perigo para o 'consenso constitucional', revela-se o fundamento de 'interesse público' que autoriza a concessão de liminar pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. **Hermenêutica Constitucional...** p. 46, nota. 82.

³⁷⁷ Um *minus* de efetiva participação deve levar a um *plus* de controle constitucional. A intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo as possíveis formas de participação. Idem, *ibidem*.

³⁷⁸ Ainda que não se trate de um elemento diretamente analisado por HÄBERLE face à inexistência de sua institucionalização na Alemanha, pode-se identificar significativos argumentos em prol do controle difuso de constitucionalidade a partir do momento em que se enfeixa a ótica da pluralização da participação.

³⁷⁹ Sobre o caráter constitutivo do art. 19.2 que funciona como cláusula de abertura, vd. HÄBERLE. **La libertad fundamental...** p. 284-348.

³⁸⁰ A ponderação de bens de HÄBERLE está assentada em duas questões nodais que se interconectam com os seus trabalhos sobre direitos fundamentais, e são decorrência ou estão em estreita correspondência com a concepção processual da constituição: de um lado encontra-se a indeterminação *a priori* do âmbito

Por outro lado, pode-se ainda evidenciar a sua relação à sociedade aberta em uma dupla via, quer pela objetivação de elementos materiais, quer através da esfera pública enquanto instância crítica da atividade judicante.

*O preenchimento do âmbito de proteção do direito fundamental através da referibilidade à auto-compreensão dos titulares dos direitos fundamentais*³⁸¹

*A ampliação da esfera de proteção do direito de livre expressão como forma de conectar os direitos fundamentais aos direitos de democracia. “Uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria da democracia”*³⁸²

normativo que só se torna possível mediante sua concretização caso a caso (que é mediatizada pela cultura), e, de outro, a idéia de submissão a um critério de racionalização que serve para preservar os interesses resistidos face à maximização dos bens mesmo quando se decide pela preponderância de interesses outros. Os direitos fundamentais como magnitudes resultam de sua tese de que o conteúdo dos direitos fundamentais deve ser precisado caso a caso, mediante a ponderação de bens. HÄBERLE considera inadequada a forma de pensar que considera os direitos fundamentais como um conteúdo fixo e determinável de antemão. A idéia geral da qual parte é que o conteúdo e limites de cada direito fundamental devem ser determinados em relação aos demais bens protegidos pela Constituição. O princípio geral que preside esta operação de determinação do conteúdo e limites dos direitos fundamentais é o princípio da ponderação de bens, base para a formulação de sua tese de direitos (fundamentais) como magnitudes.

³⁸¹HÄBERLE exemplifica esta questão com uma referência ao Caso Rumpelkammer –BVerfGE 24, 235 de 1968 (KOMMERS. Op. cit. p. 445-449), quando um grupo de jovens católicos desencadeou uma campanha de coleta de roupas usadas e artigos de segunda mão para fazer um bazar cuja renda seria revertida para a população carente do Terceiro Mundo, anunciando a campanha nas igrejas e nos meios de comunicação em geral. Por decisão da Corte de Düsseldorf, o grupo foi impedido de anunciar a campanha nas igrejas, por entender que eles estariam infringindo norma do Código Civil que veda a comercialização de bens nas igrejas. O grupo ingressou com uma reclamação constitucional afirmando que a Corte local violava dispositivo da Lei Fundamental de Bonn (Art.4.2) que garante o *livre exercício da religião*. Na decisão do Tribunal Constitucional Federal, se pode perceber, com clareza, a referência a este âmbito de auto-compreensão dos direitos fundamentais pelos seus titulares como elementos de pré-compreensão do texto constitucional. A título ilustrativo foram destacados alguns de seus trechos: *Porque o “exercício de religião” tem uma significância central para toda crença e denominação, este conceito deve ser interpretado de forma expansiva, vis-à-vis seu contexto histórico. [...] Desta maneira, o exercício de religião inclui não somente preces e práticas como a observância dos costumes religiosos como os serviços dominicais como os ministros, o recebimento dos sacramentos, procissões, [...], mas também a educação religiosa e as cerimônias de religiões não estabelecidas e ateístas tanto quanto outras expressões da vida religiosa ou ideológica. [...] A fim de determinar o que deve ser considerado como livre exercício da religião, devemos considerar a auto-imagem da comunidade religiosa e ideológica. Neste sentido, o Estado, que (deve permanecer) neutro em questões religiosas, deve interpretar os conceitos constitucionais nos termos de pontos de vista neutros e aplicados na generalidade, e sobre os pontos de vista associados com particular confissão ou credo.*³⁸¹ O autor refere-se ainda a outras decisões: Caso da Transfusão de Sangue –BVerfGE 32, 98 de 1971 (Idem, ibidem. p. 449-452)– e Caso do Juramento Religioso –BVerfGE 33, 23 (Idem, ibidem. p. 453-458).

³⁸² Referência à decisão Brockdorf-Entscheidung – E 69, 315 [343 s.] (ALEMANHA. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT=TCF. Op. cit. v. 1. p. 284-312) através da qual o Tribunal Constitucional recepcionou argumentos do âmbito jurídico anglo-americano em sua construção da liberdade de reunião do artigo 8 da Lei Fundamental, reconhecendo que o direito de reunião inclui o direito de organizar manifestações públicas sem a interferência das autoridades públicas.

3.2.2.3 *Mutação constitucional e intermediação da política constitucional*

Ainda sob uma perspectiva funcionalista, duas questões conexas e bastante instigantes podem ser aqui assinaladas, a primeira concernente ao reconhecimento de que a atuação da política constitucional constitui-se no principal motor de transformação constitucional e a segunda através da qual HÄBERLE entrelaça os níveis funcionais de alteração da constituição.

A não dissolução da força constitutiva da esfera pública foi um dos principais argumentos sustentados pelo autor contra a jurisprudência dogmatizante do sistema objetivo de valores do primeiro momento do constitucionalismo pós-Guerra alemão. Naquela oportunidade, HÄBERLE já assinalava a necessidade de se repensar a doutrina da reforma constitucional, direcionando seu enfoque não simplesmente para as cláusulas de permanência ou imutabilidade ou para as regras reforçadas, mas adentrar na interconexão entre texto e realidade a fim de apreender como efetivamente se processa a mutação constitucional.

Não é a discussão em torno do grau de rigidez constitucional das cláusulas de reforma que vai conferir maior ou menor durabilidade ou estabilidade as constituições de cada país, mas principalmente o seu grau de inserção na realidade social e na consciência coletiva – o grau maior ou menor de vontade de constituição (HESSE) de sentimento constitucional (LUCAS VERDÚ). HÄBERLE reputa ser inócua esta discussão, pois para ele a todo instante a constituição sofre mutações.

Baseado em sua concepção de que ao interior da constituição são reconduzidas todas as cristalizações constitucionais, entende ele que qualquer legislação que altere alguma das normas que restrinjam ou regulamentem direitos fundamentais, que estabeleçam o estatuto dos procedimentos administrativos, etc, concorrem para a alteração da constituição, da mesma forma que a interpretação constitucional.

Usualmente existe, contra esta concepção de processualidade constitucional, o risco de diluir a sua normatividade constitucional³⁸³ ou, ainda de, não estabelecer com precisão quando se está diante de uma mutação inconstitucional³⁸⁴.

Em face da necessidade de ter que assumir as cristalizações culturais subjacentes a todo texto constitucional, (...) toda mudança ou transformação cultural, termina por «ter» também uma própria exegese

³⁸³ COELHO, Inocêncio. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: SAFE, 1998.

³⁸⁴ CANOTILHO. **Constituição dirigente...** p. 97.

constitucional, em face de sua relatividade de conteúdos.

Há de se destacar que HÄBERLE considera a constituição como fator de limitação e impulso às atualizações concretizadoras, no curso do qual o texto constitui-lhe um limite. Não se está eliminando, à luz da esfera pública, a rigidez constitucional, mas sim, reconhecendo o fato de que nenhuma constituição que pretenda-se imutável pode resistir ao influxo no tempo, salvo uma constituição que, como a norte-americana, tenha nitidamente destacada a sua dimensão processual (abertura aos processos de atualização).

Por outro lado, para HÄBERLE a política constitucional representa o principal motor de atualização constitucional:

É verdade que o processo político é um processo de comunicação de todos para com todos, no qual a teoria constitucional deve tentar ser ouvida, encontrando um espaço próprio e assumindo sua função enquanto instância crítica³⁸⁵

Um compromisso com o pluralismo possibilista implica o reconhecimento de que a constituição é uma proposta de soluções coexistências possíveis, é o elementos sobre o qual se pode construir um compromisso de possibilidades, de cooperação, e não como um projeto rígido ordenador que se assuma como um *a priori* político de cima abaixo. A abertura da constituição remete a responsabilidade para que a vida social possa assumir a competição pela vida política, nestes termos, é a política constitucional, mediante os sucessivos desdobramentos e cristalizações culturais é a quem incumbe a tarefa de auto-determinação do projeto da constituição. Desta maneira,

O processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional, uma vez que muitos problemas e questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional – desenvolvimento autônomo do direito constitucional material pelos participantes em sentido amplo e pelos intérpretes constitucionais.(destaques acrescentados)³⁸⁶.

3.3 Constituição como projeto aberto ao futuro

O chamado “irrenunciável ponto médio” da Constituição entre a permanência e a mudança, estática e dinâmica, direção e adaptação, configuração criativa e preservação vigorosa, se alcança desta sorte. O “tanto, quanto” dos “processos e conteúdos” se divide entre os diversos

³⁸⁵ *Hermenêutica Constitucional*. p. 55.

³⁸⁶ *Idem*, *ibidem*. p. 40.

*tipos de proposições constitucionais com distintos acentos*³⁸⁷.

O caráter essencial à processualidade constitucional consiste na sua permanente abertura ao novo. Esta tensão retrata a matiz a partir da qual se pode apreender como HÄBERLE constrói o seu projeto de **constituição vivente** –em sintonia com as interconexões propiciadas pelos inúmeros processos de recepção/envio culturais e com a forma na qual a esfera pública contribui para o desenvolvimento da interpretação constitucional– torna possível a identificação dos elementos em torno dos quais HÄBERLE valora positivamente o movimento contínuo de transformação da realidade constitucional. Essa idéia de processualidade que se funda sobre a concepção de *impulso e limite* (de SMEND), por mais paradoxal que possa parecer, ancora-se³⁸⁸ na frágil República de Weimar, que mesmo assolada por uma crise profunda de costumes e de identidade, constitui-se no microcosmo *microcosmos cultural do Direito Constitucional Continental europeu*³⁸⁹.

Esta concepção foi gerada na década de 70, sob os auspícios da tensão entre Estado e constituição, ante a necessidade de redefinição das tradicionais formas de apreensão do fenômeno político-jurídico em colapso já referido. Esta mesma idéia, vivificada à luz de novas matizações de índole científico-cultural que reveste a Teoria Constitucional, pelo engenho de HÄBERLE, de um cunho notadamente jusfilosófico³⁹⁰, convertida em ciência e literatura, parece fornecer alguns elementos teóricos aptos a se inserem no debate jurídico e constitucional contemporâneo.

Em seguida, serão fornecidas breves indicações acerca dos problemas que se apresentam ao direito, e que se refletem na concepção de Estado e de constituição, a partir de referências pontuais a autores contemporâneos, com a deliberada intenção de

³⁸⁷ *El llamado, a menudo, irrenunciable 'punto medio' de la Constitución entre permanencia y cambio, estática y dinámica, dirección y adaptación, configuración creativa y preservación vigorosa, se alcanza de esta suerte. El 'no sólo, sino también' de los 'procesos y contenidos' se reparte entre los diversos tipos de proposiciones constitucionales con distintos acentos. HÄBERLE. La multifuncionalidad... p. 10.*

³⁸⁸ Bastante elucidativa a alegoria que traz HÄBERLE quando se reporta aos mestres daquele período como *gigantes*, nos ombros dos quais se pode, reconhecida sua condição de *anões*, ampliar os horizontes da ciência, sem que se perca, com isso, sua *estatura* característica de *anões intelectuais*

³⁸⁹ Para LUCAS VERDÚ o período weimariano goza de extremada relevância à medida que possibilitou a sistematização da teoria da constituição em torno dos principais problemas relativos às funções atribuídas à constituição – compreendida como fator de integração, critério de legitimidade e legitimação dos poderes públicos, fator de unidade política, etc. Estas grandes questões foram, em grande parte, retomadas e revitalizadas, mesmo que mediatamente, pela dogmática contemporânea, proporcionando significativo influxo (recepção) na práxis constitucional do Tribunal Constitucional Federal Alemão, e, por via de consequência, na praxeologia do constitucionalismo italiano, ibérico e latino-americano. Para uma visão panorâmica das questões culturais e científicas configuradoras daquele período de crise, vd. LUCAS VERDÚ. *La lucha contra el positivismo....* p. 45-78.

tão-somente fornecer elementos a partir dos quais se possa demonstrar a atualidade da idéia de processualidade constitucional.

3.3.1 Crise na racionalidade jurídica e desafios ao constitucionalismo

É assente no meio acadêmico que se vivencia um momento de profundas rupturas, marcado por sucessivas crises da racionalidade moderna diante da constatação de sua inadequação às novas exigências da sociedade contemporânea, globalizada e globalizante, e, paradoxalmente, plural e consensual, gerando, no âmbito das teorias política e jurídica, crises de legalidade e legitimidade do poder e da própria razão artificial do direito, que ao se demonstrarem incapazes de regulamentar o cada vez mais complexo organismo social, autorizam renomados autores a prenunciarem a ocorrência de uma autêntica substituição de paradigma, uma afirmação do novo, do pós-moderno, ou ainda, pelo menos, uma "segunda revolução" dentro do próprio modelo de modernidade que, sem romper drasticamente com o ideário da ilustração, atualiza e adequa as instituições jurídico-políticas às novas exigências sociais.

Em diversas áreas do conhecimento é anunciada a falência do paradigma vigente e são propostos modelos que pretendem afirmar-se como paradigmas insurgentes, através da desconstrução dos modelos postos. A cada ataque, o modelo vigente procura conter a insurgência do novo, do pós-moderno, através de uma reestruturação das próprias concepções, mediante uma superação dialética, no sentido hegeliano, que visa redimensionar as estruturas, sem, contudo, incorrer em uma ruptura.

Neste processo contínuo de substituição/renovação, questiona-se o fim do Estado e o papel das instituições nacionais, de forma que novos desafios são lançados, passando-se a exigir das instituições um redimensionamento frente ao movimento de reestruturação das relações funcionais entre Estado e sociedade no novo cenário mundial. Por conseguinte, representa-se também o papel a ser desempenhado pelo direito e pela constituição, no sentido de dar conta da natureza do processo de internacionalização e transnacionalização da economia; da necessidade de implementação das ações comunitárias e de políticas internacionais; da limitação da idéia clássica de soberania nacional mediante a ampliação do âmbito de atuação das jurisdições internacionais e do desenvolvimento da política internacional de intervenção humanitária; da exigência do recrudescimento da esfera de autonomia a outorgar à

³⁹⁰ *Teoría de la constitución ...* p 41.

sociedade civil e de espaços cada vez maiores de auto-regulação; e, enfim, da publicização das esferas decisórias e da promoção do debate público em decorrência da reivindicação em favor do incremento do grau de legitimidade democrática e da defesa do multiculturalismo.

De um lado encontram-se aqueles que, como FERRAJOLI³⁹¹, entendem que a crise experimentada pela razão jurídica não implica a substituição do paradigma, mas seu **redimensionamento**, a fim de que sejam superados seus diferentes aspectos: (a) crise da legalidade/legitimidade do poder; (b) crise do Estado social e de sua inadequação estrutural, e, (c) crise do enfraquecimento do constitucionalismo em consequência do deslocamento dos "lugares de soberania" para fora do Estado que, por sua vez, pode originar (d) uma crise maior da própria democracia e da função garantidora dos direitos fundamentais.

De outro lado encontram-se aqueles que vislumbram a erosão dos pressupostos epistemológicos da modernidade, através de um processo de ruptura paradigmática, que, no âmbito do direito, se converte em uma substituição do **modelo de regulação pelo modelo de emancipação**, o qual se realiza mediante o que SANTOS³⁹² denomina de renovação do senso comum: (a) ético através da solidariedade; (b) político através da participação nos diferentes níveis e (c) estético, através do reencantamento do mundo.

Estas crises reproduzem-se diretamente no interior da idéia de constituição já que suscitam novos desafios a serem resolvidos pela teoria constitucional: (a) o problema do pluralismo social (multiculturalismo) em relação à função de unidade e integração da lei constitucional; (b) o problema da criação de ordens jurídicas supranacionais dotadas de fundamento autônomo de validade e de diretivas diretamente aplicáveis no interior dos Estados-membros independentemente de quaisquer atos de positivação nacionais; (c) o problema da personalização do poder (legitimidade pessoal - e não constitucional, que no Brasil toma proporções alarmantes), concorrendo para uma constitucionalização simbólica e o desmantelamento prático do estado de direito; (d) o problema da frustração e a perda da vontade de constituição que o mito da revolução, através da lei sem a efetiva inversão de prioridades políticas, pode desencadear, concorrendo para uma diminuição da força ordenadora da constituição e, finalmente, (e) a progressiva ideologização das

³⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. O estado constitucional de direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 17, n. 67, jul/set 1996.

³⁹² SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000.

constituições e a ampliação de suas inúmeras promessas não-cumpridas³⁹³.

Na filosofia do direito, defende-se, através de diferentes aportes teóricos – liberalismo de RAWLS/DWORKIN, comunitarismo de WALZER, concepção crítico-deliberativa de HABERMAS–, que visam uma aproximação entre direito, moral e política cuja preocupação com a produção de **consenso** como critério de correção social –mediante o recurso à idéia de processo justo e consenso justaposto (RAWLS), de identificação dos valores comunitários (WALZER), ou ainda, da situação ótima de comunicação (HABERMAS)– engendrou a inserção destes autores no chamado movimento de *retorno ao direito*. Esta identificação se assenta em desdobramentos de uma ética procedimental. Não obstante as diferentes matizações, ela remete para o interior da dogmática o questionamento acerca da legitimidade do conjunto normativo (o problema da fundamentação normativa que transcende a estrita legalidade que se preocupa, prioritariamente, com o suporte legal-formal dos enunciados normativos) e da exigência por demonstração racional da adequação entre o enunciado normativo adscrito e o problema concreto a ser resolvido (o problema da justificação da decisão)³⁹⁴.

A abertura da norma ao debate de seus fundamentos e a tentativa de racionalização dos processos de atualização, mediante a ampliação de sua **exposição à crítica**, são reconhecidas como forma de controle da discricionariedade, da mesma forma que a previsibilidade e a calculabilidade do movimento codificador é corolário da tentativa de racionalização do direito. Eis o motivo pelo qual o **procedimento**, enquanto fator de racionalização, assume uma proeminência ainda maior, já que o próprio conteúdo das disposições normativas passa a ser co-determinado pelo debate político contínuo (não limitado, portanto, ao instante de positivação legal).

Neste contexto, a teoria constitucional depara-se com a mesma perplexidade que a teoria do Estado, ante a radical transformação de conceitos clássicos como a soberania, p.ex, acelerada por múltiplos processos de transferência da esfera de decisão para o interior do Estado (mas fora das instâncias estatais) e para âmbitos extra e supra-estatais.

De acordo com as lições de ZAGREBELSKY:

As sociedades pluralistas atuais - ... – isto, é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de

³⁹³ CANOTILHO. *Direito Constitucional...*

³⁹⁴ Para um estudo bastante aprofundado acerca da concepção sobre justiça igualitária a partir destas três correntes filosóficas, inclusive com repercussões para o direito constitucional, vd. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

vida em comum, mas sim a de realizar as condições de possibilidade da mesma. Só assim poderemos ter constitucionais «abertas», constituições que permitam, dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social, como a competição para assumir a direção política, condições ambas para a sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática. [...] Para dar-se conta desta transformação, já não pode pensar-se na Constituição como centro de onde tudo derivava por irradiação através da soberania do Estado na qual se apoiava, mas como centro sobre o qual tudo deve convergir, ou seja, melhor como centro a alcançar que como centro do qual partir³⁹⁵.

A partir deste recorte, em fragmentos, do debate contemporâneo, percebem-se significativos indícios que se conectam, dialogicamente, com o trabalho de HÄBERLE e com as questões que assolam o constitucionalismo contemporâneo, as quais, todavia, refogem, por completo, do recorte teórico imposto. Se não se tratava de objeto de análise, poder-se-ia então indagar quais as razões de terem sido aqui mencionado (debate contemporâneo)? Optou-se por fazê-lo pois estas inquietações invariavelmente refletem-se nas conotações conferidas à concepção de constituição como processo, no atual pensamento de HÄBERLE, do qual, todavia, não são abandonados os pressupostos científicos do racionalismo crítico e do pluralismo possibilista já apresentados. Através de eventuais recursos à imagens do Estado constitucional, tão presentes na obra do autor, descortinar-se-ão breves ponderações em torno da feição integradora (através da cultura e a partir da esfera pública) com a qual afigura-se à constituição em HÄBERLE.

3.3.2 Constituição como fator de integração: dignidade humana como pressuposto antropológico-científico

O resultado atual do Estado constitucional, desenvolvido no curso dos séculos, esta na criação de uma multiplicidade de instrumentos e procedimentos, de princípios e de funções, que possibilitam falar de uma «Constituição do pluralismo». [...]. Deve constituir-se a partir de uma

³⁹⁵ *Las sociedades pluralistas actuales – (...) -, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Solo así podremos tener constituciones <abiertas>, constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática. Para darse cuenta de esta transformación, ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir.* ZAGREBELSKY. *El derecho ductil...*p. 32.

matriz comum que recolhe, como um ordenamento-quadro, todas as idéias e todos os interesses centrífugos: trata-se da «hierarquia axiológica dos direitos fundamentais», do «consenso base da democracia». Tal consenso é «escrito» na Constituição só em parte, pois parte dele lhe precede: nos Estados Unidos na «Bíblia» dos Federalist Papers e na Constituição de 1787 como «religião civil», na França como «tradição republicana», na Suíça como «pacto eterno», na Itália e Espanha como «nação», na Alemanha como «nação cultural» [...]. As gerações humanas devem trabalhar com renovado espírito a tal consenso de base: na Alemanha, em particular, em vista da realização da «unidade interna» (destaque acrescentado)³⁹⁶

A partir da ênfase acrescentada pode-se perceber claramente integradora assumida pelo projeto constitucional de HÄBERLE, preocupado em estabelecer as bases culturais do Estado constitucional, e, assinalar a importância do desenvolvimento de mecanismos de cultivo dos valores constitucionais, ante o caráter sedicioso do fundamentalismo (um eterno fantasma na cultura moderna) e da desagregação e da solidão a que remete à modernidade³⁹⁷. Nestes termos, buscar-se-á identificar alguns fragmentos do pensamento de HÄBERLE relativos à dignidade humana e as funções, que segundo o autor, devem ser atribuídas à constituição a fim de reforçar as garantias do movimento de aperfeiçoamento constante do modelo de Estado constitucional de Direito, que, segundo o autor, transcende a cultura ocidental e conecta-se a uma escala global³⁹⁸.

Para HÄBERLE, a **dignidade humana** constitui o **pressuposto antropológico-cultural do Estado constitucional**, do qual a **democracia constitui uma consequência**

³⁹⁶ Il risultato ottenuto dallo Stato costituzionale, maturato nel corso dei secoli, sta nella creazione di una molteplicità di strumenti e di procedimenti, di principi e di funzioni, che consentono di parlare di una «Costituzione del pluralismo». A tanto può giungersi attraverso un'analisi dei testi costituzionali del pluralismo, ma anche mediante la rielaborazione degli aspetti pluralistici delle funzioni (classiche e nuove) dello Stato. Ricordiamo innanzi tutto i «limiti della tolleranza», esistenti anche per la «società aperta», ai quali si ricorre immediatamente nel momento in cui i valori fondamentali vengono posti in dubbio in maniera aggressiva (si pensi alla streitbare Demokratie, ad es. al divieto di costituire certi partiti, di cui all'art. 21, comma 2, della Legge Fondamentale). Deve esservi una matrice comune che raccolga come un ordnamento-quadro tutte le idee e tutti gli interessi centrifughi: si tratta della «gerarchia assiologica dei diritti fondamentali», del «consenso base delle democrazie». Tale consenso è «scritto» nella Costituzione solo in parte, più spesso esso la precede: negli Stati Uniti nella «Bibbia» dei Federalist Papers e nella Costituzione del 1787 come «surrogato della religione», in Francia come «tradizione repubblicane», in Svizzera come «patto eterno», in Italia e Spagna come «nazione», in Germania come «nazione culturale» (idea secondo la quale la nostra nazione è stata – e continua ad essere – ora «inritardo», ora «spezzata», ora «divisa»). Ogni generazione deve lavorare con rinnovato spirito a tale consenso di base: in Germania, in particolare, cercando di realizzare l'«unità interna». HÄBERLE. *I diritti fondamentali...* p. 140-2.

³⁹⁷ Bastante elucidativa é a imagem que WARAT faz do personagem de Forest Gump que perde o sentido da realidade. Por pura angústia corre por el mundo sin objetivos; corre en el desierto dei sentido. Pasa por la historia de su país sin la menor sed de sentido. Por quien cantan las sirenas. Florianópolis: UNOESC/CPGD-UFSC, 1996. p. 80.

³⁹⁸ Em *El fundamentalismo como desafío* pode-se perceber uma relativização a afirmações deste jaez, quando o autor reconhece a existência de grande número de constituições nominalistas (referindo-se à

orgânica. Esta concepção é repetida infindáveis vezes, no sentido de reafirmar, continuamente, os elementos sobre os quais funda o Estado constitucional: valores básicos mínimos obtidos através de procedimentos democráticos formadores de consenso (concreto).

Para o autor, tanto um quanto outro não podem ser concebidos sem a sua necessária referibilidade à cultura no qual eles são mediatizados³⁹⁹. em uma democracia pluralista, estas características são conferidas ao ser humano desde o seu nascimento e cresce graças a processos culturais de socialização em um *status* de liberdade, que lhe atribui o direito de participação democrática, o *status* de «homo politicus» como «natural». Para o autor, a *dignidade humana e democracia formam as duas caras da mesma res publica*⁴⁰⁰, que se reencontram no atual estado de evolução humana. A dignidade e o valor próprio da pessoa humana tiveram que ser concebidos por filósofos antes de serem positivados em quaisquer textos jurídicos, serem postulados por qualquer pacto internacional de direitos humanos.

Nem a democracia, nem a subjetividade foram frutos filosóficos situados a-historicamente, pois foram gerados através de luta, conquista, avanços e retrocessos até atingir o *estágio de maturidade no conjunto de procedimentos e mecanismos de salvaguarda que possui hoje*⁴⁰¹. A idéia de competência e diversidade, de alternativas e oposição, maioria e minoria, e a própria idéia de sociedade aberta, só encontram significação enquanto referidos à dignidade humana, que se erige como premissa antropológico-cultural do Estado constitucional.

A sociedade aberta proporciona a palavra chave para o que HÄBERLE denomina de *caracterização meta-jurídica do Estado constitucional*⁴⁰², pois possibilitou o desenvolvimento de um **consenso fundado em valores básicos e alternativas variáveis**, e forneceu a única certeza de futuro: que *a sua marca continua sendo a eterna busca da verdade na política, ciência e arte, o conhecimento do possível fracasso no lugar da certeza da salvação*⁴⁰³. Por que considera o racionalismo crítico de POPPER uma

concepção de LOEWENSTEIN), vd. nota 304.

³⁹⁹ Para HÄBERLE a liberdade –e todos os demais valores– só se reveste de sentido a partir de sua referibilidade às conexões de sentido proporcionadas pela compreensão dos elementos que compõem o seu entorno cultural. Para a compreensão da liberdade cultural como um dos elementos da pauta de seu projeto científico, vd. *Teoría de la constitución...* p. 45-8.

⁴⁰⁰ *Libertad, igualdad, fraternidad...* p. 45.

⁴⁰¹ *Il diritti fondamentali...* p. 123.

⁴⁰² *El fundamentalismo...* p. 151.

⁴⁰³ *o su signo siege siendo la eterna búsqueda de la verdad en política, ciencia y arte, el conocimiento del posible fracaso en lugar de la certeza de salvación.* Idem, *ibidem.* p. 153.

grande contribuição cultural? Porque forneceu a base para o desenvolvimento de uma neutralidade ideológico-confessional do Estado. Inúmeros desafios se apresentam, e contra estes desafios pode-se fortalecer a idéia de Estado constitucional. Como? Assumindo objetivos políticos *enriquecidos com tolerância*, a serem vividos na escola, e aliados ao respeito à dignidade humana do outro na vida cotidiana⁴⁰⁴.

Como já restou assinalado alhures, o racionalismo crítico de Popper (por ele identificado a um racionalismo pragmático em face da submissão de suas premissas à refutação prática) forneceu o instrumental teórico para que HÄBERLE suscitasse o diálogo entre diferentes pensadores e filosofias, não redundando em um sincretismo teórico, mas lhe possibilitando reunir elementos que fortalecessem as bases culturais em prol do Estado constitucional. Neste sentido, é que se pode conceber a conciliação que HÄBERLE promove ao integrar, como elementos sobrepostos ao conceito de dignidade humana, o pensamento de KANT, E.BLOCH e H.JONAS⁴⁰⁵. A partir do imperativo categórico de KANT, em caráter de complementariedade, elementos de cunho material do pensamento de E.Bloch e o aspecto prospectivo do pensamento de H.Jonas, para quem, respectivamente, o desenvolvimento da idéia de dignidade humana resulta das necessidades concretas e dos anseios culturais de um povo em um determinado tempo e espaço (desdobramento da teoria marxista das necessidades) – idéia de utopia concreta que deve orientar os reclamos sociais e atuações estatais –, e outro, o desenvolvimento do princípio responsabilidade supera o caráter imediato (e egoístico) da noção de dignidade, vincula a coletividade atual no sentido de assegurar as gerações futuras a existência digna – preocupação ecológica. Esta integração se processa para HÄBERLE nos seguintes termos:

O princípio da dignidade humana de I.Kant é, por sua vez, texto clássico da filosofia do direito e texto constitucional positivo, se se amplia com o horizonte do «imperativo categórico» e se concebe na dimensão temporal como contrato intergeracional: o ser humano não deve ser convertido em objeto da ação estatal e social, ele é –no espaço – sujeito de um contrato social fictício e no tempo – no contrato transgeracional – responsável pela posteridade – atualmente exemplo na proteção do meio ambiente (depósito definitivo dos dejetos nucleares) e no endividamento público. Desta garantia da dignidade humana emanam as muitas liberdades culturais como as de religião e de consciência, também a liberdade

⁴⁰⁴ Idem, ibidem. p. 152.

⁴⁰⁵ HANS JONAS (*El principio responsabilidad*. Barcelona: Herder, 1997) postula o seu princípio da responsabilidade a partir de uma reformulação da máxima kantiana, enquanto, que ERNEST BLOCH parte da teoria das necessidades com fortes matizações marxistas, concebe o princípio esperança, como o principal elemento de sua utopia concreta (cf. *Derechos humanos y dignidad humana*. Madrid: Gedisa, 1985)

científica e artística, e têm como consequência essa «cultura da liberdade», também essa «liberdade da cultura» que é estranha, quando não impossível, no fundamentalismo⁴⁰⁶.

Quando se questiona acerca do futuro do Estado constitucional, e após apelar pela necessidade de sua constante realimentação cultural, HÄBERLE novamente invoca a tríade: o princípio da *irrenunciabilidade do passado* de KANT⁴⁰⁷, o *princípio esperança* de BLOCH⁴⁰⁸ e o *princípio responsabilidade* de JONAS⁴⁰⁹

3.3.3 Imagens acerca da Constituição como fator de integração

A Constituição, então, impõe-se como **diretriz** constituída sobre as bases de um consenso fundado em valores mínimos, em face do qual as decisões políticas subseqüentes devem, ao mesmo tempo, a ela adequar-se e, por outro lado, nela inserir-se de forma a atualizar seu sentido, representando a máxima expressão do pluralismo societário sobre a qual (e para a qual) se volta, assumindo uma natureza igualmente **integradora**, para onde devem convergir as esferas pública e privada da sociedade plural contemporânea.

⁴⁰⁶ *El principio de dignidad humana de I.Kant es a la vez texto clásico de la filosofía del derecho y texto constitucional positivo, si se amplía con la horizontal del «imperativo categórico» y se concibe en la dimensión temporal como contrato generacional: el ser humano no debe ser convertido en objeto de la acción estatal y social, él es - en el espacio - sujeto de un contrato social fingido y es en el tiempo - en el contrato transgeneracional - responsable frente a la posterioridad - actualmente por ejemplo en la protección del medio ambiente (depósito definitivo de los desechos nucleares) y en el endeudamiento público. De esta garantía de la dignidad humana emanan las muchas libertades culturales como las de religión y de conciencia, también la libertad científica y artística, y tienen como consecuencia esa «cultura de la libertad», también esa «libertad de la cultura» que es extraña, cuando no imposible, en el fundamentalismo. **El fundamentalismo...** p. 150.*

⁴⁰⁷ *1789 es, em términos de dogmática constitucional, una garantía cultural de statu quo con determinados contenidos irrenunciables para el Estado constitucional, parcialmente localizados por el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789: separación de poderes, derechos humanos, implícitamente también primacía de la Constitución. (...). Los derechos del hombre y su fundamento, la dignidad humana (desde Kant y Schiller), la separación de poderes (Locke y Montesquieu), así como la democracia (gracias a Rousseau y al Federalista) conforman barreras culturales que no permiten el paso atrás y fundan elementos básicos de cualquier avance constitucional hacia el futuro. **Libertad, igualdad y fraternidad.** p. 87-8.*

⁴⁰⁸ *1789, junto con su recepción (dejando aparte el Terror), parte del sujeto, del hombre de paso erguido, cree en la sociedad abierta en el sentido de Popper y no sólo en los derechos (individuales) del hombre, sino también, dentro de ellos, en los derechos (colectivos) de la Humanidad (...). Ciertamente, las variantes específicas de las culturas y los países están aquí incluidas y resultan incluso necesarias, puesto que no es lícito allanamiento alguno de lo individual-histórico-nacional a expensas de la Historia y de la cultura, como parcialmente ocurrió en Francia con 1789. (...). 1789 proporciona la sociedad abierta en el sentido de Popper como modelo de esperanza, del mismo modo que, con ésta (y frente ao marxismo-leninismo) reconoce y emprende la Historia como abierta o incierta. Idem, ibidem.*

⁴⁰⁹ *Pienso no déficit de plasmación jurídico-positiva y ético-social del postulado de fraternidad de 1789 en la actualidad y en el futuro del Estado constitucional, especialmente actual para la sucesión de generaciones. Es la prerrevolucionaria idea inglesa de trust la que há convertido la responsabilidad (...) Son huellas del principio de solidaridad, que han contribuido a transformar hasta ahora sólo gradual y parcialmente el*

O forte apelo que HÄBERLE faz ao reconhecimento dos fatores simbólicos e a forma como se deve recorrer ao apelo da integração através de cláusulas de identidade, encontram-se claramente delineadas quando o autor elucida a importância de datas festivas para o processo de auto-reconhecimento e fator de integração cultural

A celebração de tais dias [4 de julho nos EUA, 14 de julho na França, etc] é finalmente expressão de conexões antropológico-culturais: uma comunidade política (mas exatamente, os homens que a integram) toma consciência de sua origem, de seu presente e de seu futuro; recorda certos antecedentes e matérias com a ajuda de sua memória coletiva, reconhece sua dívida para com eles e projeta-se em tal marco as perspectivas, do futuro desejado; se ganha assim um seguimento de sua identidade cultural (como plébiscite d'un jour). Certamente, a ciência aqui só como acompanhante pode resultar ativa: ratio e emotio, cooperam de modo quase indiferenciado na constituição solenemente recuperadora de uma res publica, e o Estado constitucional necessita de ambas (também do plébiscite de tous le jours). De todos modos, a ciência sempre pode intentar iluminar o sentido da celebração das efemeridades constitucionais.⁴¹⁰

3.3.4 Por que uma teoria constitucional de cunho científico-cultural?

Como já assinalado no começo deste trabalho, a teoria constitucional como ciência cultural busca relacionar a tipologia dos Estados Constitucionais e os elementos estruturais particulares de cada nação de forma a conjugar a **força sugestiva** dos textos constitucionais à **força produtiva** resultante da atividade positiva dos seus intérpretes (em sentido lato), em uma integração contínua a partir das conexões de vivência que se realizam no mundo da cultura através de um movimento contínuo pelas *reações em cadeia*⁴¹¹ propiciado pela produção contínua de novas objetivações culturais. Assim, o desenvolvimento do Estado Constitucional resulta uma "obra de todos e de cada um", contribuindo para a criação de uma **identidade** constitucional genuína de cada **nação**.

Em sua **Teoria da constituição como ciência cultural**, após a apresentação de

ordenamiento jurídico alemán. Idem, ibidem

⁴¹⁰ *La celebración de tales días [4 de julho nos EUA, 14 de julho na França, etc] es finalmente expresión de conexiones antropológico-culturales: una comunidad política (más exactamente, los hombres que la integran) toma consciencia de su origen, su presente y su futuro; recuerda ciertos antecedentes y materias con la ayuda de su memoria colectiva; reconoce su deuda para con ellos y proyecta en dicho marco las perspectivas del futuro deseado; se gana así un segmento de su identidad cultural (como plébiscite d'un jour). Ciertamente, la ciencia aquí sólo como acompañante puede resultar activa: ratio e emotio, razón y emoción, cooperan de modo casi indiferenciado en la constitución solemnemente recuperadora de una res publica, y el Estado constitucional necesita de ambas (también del plébiscite de tous les jours). De todos modos, la ciencia siempre puede intentar iluminar el sentido de la celebración de las efemérides constitucionales. HÄBERLE. **Libertad, igualdad, fraternidad...** p. 37-38.*

⁴¹¹ Referência aqui à função catalisadora atribuída, simbolicamente por HÄBERLE, às cristalizações culturais.

algumas possíveis críticas que poderiam ser lançadas contra esta nova perspectiva de apreensão dos fenômenos constitucionais, o autor fornece alguns argumentos em sua defesa, aqui sintetizados:

1. Ao se incluir na apreensão do(s) significado(s) e da(s) função(ões) da Constituição os elementos que compõem o processo cultural subjacente as suas estruturas normativas, tem-se uma melhor percepção crítica do processo de criação e reforma constitucional e dos procedimentos exegético-hermenêuticos de determinação de sentido. Assim, ao propiciar a percepção dos elementos (sucessos culturais) que possibilitarão o desenvolvimento constitucional ulterior, tanto formal como material e tanto processual como funcional, pode-se superar as concepções decisionistas do positivismo (legalismo) constitucional⁴¹² e das visões estritas das aproximações meramente sociológicas ou políticas, por serem estes *aspectos parciais* do fenômeno constituição.

2. Ao trazer consigo a pretensão de racionalizar toda a teoria e exegese constitucionais, que visasse reduzir a norma ao texto normativo, ancorada na cultura constitucional circundante, através da exigência de justificação dos seus fundamentos, confere uma relevante ênfase na **política constitucional** que particulariza cada variação concreta do tipo Estado constitucional, compreendendo-a (a política constitucional) como processo gerador de interpretações culturais *corretas e adequadas*⁴¹³ da constituição, usando a constituição da esfera pública como exigência por uma concepção ampliada de participação no processo e de conversão da constituição como ponto de convergência das diferentes instâncias normativas (estatais e não-estatais).

3. Ao constituir a sociedade aberta possibilita que a Teoria da Constituição se converta em um foro de diálogo interdisciplinar evitando, deste modo, *o risco de incorrer em qualquer tipo de patente provincialismo científico mediante processos de*

⁴¹² O fundamento voluntarista do legalismo constitucional, que equipara as normas constitucionais (e a própria constituição) ao seu texto constitucional, identifica na ficção do Poder Constituinte o argumento de autoridade de sua força normativa, reproduzindo, em última instância, o postulado hobbesiano de *autoritas non veritas facit legem*. Desta forma, alija da sua teoria de constituição o aspecto pluralista, delegando sua apreciação a outras disciplinas e, mais grave ainda, fechando as "eclusas" que permitiriam à reflexão crítica sobre sua materialidade e funcionalidade "penetrar" na esfera da ciência jurídica (como se fosse possível a abstração destes elementos).

⁴¹³ Deve-se levar em conta, aqui, o postulado da verdade como correspondência (verdade conjectural) que fornece os critérios de correção para a identificação dos postulados concretos de *justiça e bem comum*.

*impermeabilização*⁴¹⁴, de forma que a própria Teoria da constituição seja reconhecida como um dos processos de produção de conhecimento na divisão do trabalho científico.

4. Ao conferir grande ênfase à importância do sentimento constitucional e da necessidade de auto-projeção cultural da comunidade, preocupa-se com as conexões simbólicas que se traduzem em fator de integração social e consenso (tendo a constituição como marco referencial), de forma a reforçar as garantias objetivas da própria Constituição e do Estado democrático (em especial nos momentos de crise). Desta maneira, entende que a aproximação aos processos culturais da comunidade política pode fundamentar de forma mais profunda o Estado constitucional de forma que se vê reforçada sua legitimidade no correspondente nível jurídico. Segundo o autor, o distanciamento das preocupações formais de validade jurídica é compensado pelo enraizamento cultural do *espírito* constitucional e democrático (cidadania). Como? Ao se conscientizar o seu próprio povo em torno do que considera essencial, já que o seu efetivo valor consiste em que ela seja realmente sentida e querida por seus próprios cidadãos em todo o nível possível, que é o sentimento constitucional – função de integração da constituição.

Destas considerações pode-se inferir um comprometimento profundo com a conversão da teoria constitucional em uma **teoria da constituição vivente** como fator de integração política e como resultado (produto diário) das diferentes atuações políticas (institucionalizadas e ou difusamente apresentadas pela sociedade civil através dos diferentes veículos de opinião pública), em cuja processualidade se atualiza a cultura política local, que, a cada dia, se conecta de forma mais íntima, em um movimento contínuo de recepção e de envio, com as experiências culturais ocidentais, e, numa escala ampliada com as diferentes culturas mundiais em uma postura de abertura dialógica. Esse pensamento é marcado por imensa força sugestiva e que ainda deve suscitar inúmeros desdobramentos, sem olvidar sua dimensão processual que, para HÄBERLE, constitui-se um elemento textual irrenunciável do tipo Estado constitucional, com a qual se identifica a própria *lebende Verfassung*.

⁴¹⁴ evitando de este modo el riesgo de incurrir en cualquier tipo de provincialismo científico patente mediante procesos de impermeabilización. HÄBERLE. **Teoria Constitucional**.... p. 102

Considerações Finais

O Estado constitucional é algo demasiado importante para deixá-lo somente nas mãos dos juristas.

Prêmio Nobel de Literatura L. KOPELEV

Esta afirmação de KOPELEV citada por PETER HÄBERLE, quando se reportava às constantes e importantes influências filosóficas, artísticas e literárias sentidas pela Teoria da Constituição, retrata bem a vocação universalista do autor e a preocupação em conceber a Constituição como um processo objetivamente garantido pela totalidade dos cidadãos através de sua entronização nos múltiplos processos diários de vivência dos valores constitucionais. A citação transcrita denota não somente a preocupação com a multiplicação das garantias objetivas, mas também a desconfiança de HÄBERLE vis-à-vis das interpretações constitucionais feitas *por juristas para juristas* num *dialeto* próprio, dificultando a compreensão por parte da população em geral, minimizando seu papel de literatura que a projeta (a teoria constitucional) para além do estrito âmbito jurídico.

A proposta de HÄBERLE é marcada pela tentativa de superação da dicotomia texto e realidade constitucional através do reconhecimento da abertura material da constituição e da força constitutiva da esfera pública expressas através da categoria de **constituição como processo**. A processualidade da constituição consiste, segundo se pôde observar, no eixo central do pensamento de HÄBERLE, uma vez que é sobre a idéia de constituição vivente (*law in public action*) que o autor estrutura seus diferentes momentos investigativos.

A presente dissertação se preocupou em assinalar esta ligação (processualidade e teoria constitucional) elucidando alguns de seus pressupostos epistemológicos e científico-culturais e apresentando uma visão global de sua obra. Para tanto, iniciou-se o estudo partindo da apresentação dos elementos de sua teoria constitucional, finalizando-o a partir da retomada da teoria da constituição à luz dos novos desafios que lhe são impostos. Foram também expostas as razões pelas quais o autor entende que o modelo teórico proposto é capaz de fornecer elementos suficientes para a apreensão do fenômeno constitucional como um complexo da mesma natureza e, ao mesmo tempo,

potencializar a eficácia normativa da constituição através da ampliação de sua função educativa. A apresentação de seus argumentos em prol da adoção, por parte da teoria constitucional, de uma perspectiva científico-cultural, faz suscitar inúmeros questionamentos e interfaces do pensamento háberliano com a dogmática e teoria constitucionais bem como com a filosofia e teoria do direito. Tais desafios, contudo, são tão-somente referidos de maneira pontual, em razão dos estreitos limites auto-impostos por este trabalho.

O que se pôde perceber é que a tentativa de construção de uma teoria constitucional numa perspectiva científico-cultural veio somente reforçar a idéia de processualidade, (a) quer quando HÄBERLE busca assinalar a intrínseca ligação entre democracia e constituição, de um lado, e a necessidade de ampliação de mecanismos de participação democrática no processo de atualização constitucional, de outro (momento inicial de sua concepção processual de constituição), (b) quer quando o autor, a fim de desviar-se das críticas sobre a baixa normatividade da constituição e sua suscetibilidade aos particularismos históricos, busca reforçar os vínculos e garantias objetivas através de uma identificação entre constituição e cultura constitucional, assinalando a importância do combate aos déficits de concretização constitucional pelo *cultivo cultural* da constituição, (c) quer quando o jurista de Bayreuth, deparando-se com o desmantelamento da idéia de soberania nacional, assinala a abertura constitucional às experiências constitucionais exteriores (recepção) e a projeção das experiências nacionais para âmbitos supranacionais e realidades constitucionais particulares (envio) conferindo-lhe acentuada dimensão integradora.

A principal mudança verificada com a adoção de uma perspectiva culturalista consiste na releitura da *abertura constitucional à esfera pública* sob o ponto de vista do entrecchoque de diferentes *crystalizações culturais*, uma vez que a constituição conecta-se ao seu entorno nos limites potenciais do mundo da cultura e é impulsionada através da atuação de grupos sociais díspares mediante processos de interação social. É bem verdade que a transmutação da idéia de *participação da esfera pública* em *mediação cultural* diminui, em parte, a carga simbólica que a concepção inicial de processualidade fomentava (no sentido de conclamação ao desenvolvimento de uma cidadania participativa). Afinal, a ênfase no aspecto cultural vem carregada de imagens associadas à conservação e manutenção do *status quo*, face ao acentuado relevo usualmente dado ao elemento *tradição* através de propagandas políticas que acentuam o elemento cultural (A proteção de uma cultura/povo pode levar a intolerância às últimas conseqüências como

o anti-semitismo nazista e a colonização japonesa da Manchúria, o fundamentalismo islâmico no Oriente Médio e o extremismo dos colonos semitas, o regime do *apartheid*, a limpeza étnica sérvia e os conflitos tribais e étnicos na África subsaariana).

A proposta culturalista de HÄBERLE, contudo, é assente numa tríade –tradição, inovação, multiculturalismo– que permite a instauração de um conflito constante entre mudança e permanência no qual se processa a dinâmica constitucional. Esta ênfase na cultura constitucional e, por conseqüência, na cultura política, pode significar uma ampliação da eficácia garantística da constituição, uma vez que confere elevado grifo à análise das raízes culturais concretas, abrindo-a aos resultados das investigações sociológicas, antropológicas e políticas que põem em evidência suas virtudes e fragilidades atuais. A mesma ênfase na cultura constitucional fornece os parâmetros para aferição dos limites e das possibilidades de sua atualização e evita seja revestida de mera *função simbólica* (que, a pretexto de maximizar sua força normativa, destroça-lhe, convertendo-a em mera *folha de papel*, em projeto utópico, em muito distanciado da idéia do mínimo utópico da constituição e da função pedagógica apregoadas por HÄBERLE).

O jurista de Bayreuth assinala a importância de se desenvolver o sentimento constitucional (principal garantia objetiva), uma vez que só a solidificação das bases culturais do Estado constitucional pode manter vivas a democracia e a constituição em momentos de crise de grandes proporções, quando as meras defesas institucionais não são capazes de assim mantê-las.

Ao longo do texto pôde-se perceber os pressupostos teóricos que compõem o conjunto de experiências e vivências do pensamento do autor que se refletem diretamente na construção de sua teoria constitucional. HÄBERLE reconhece no racionalismo crítico de POPPER as bases de sua construção teórica e do desenvolvimento de uma neutralidade ideológico-confecional do Estado fundada em valores, com base na exigência: (a) de fundamentação racional e atitude de abertura ao diálogo, decorrente do reconhecimento do caráter convencional da sociedade, e do propósito de contribuir para a abertura da sociedade; (b) da mecânica social gradual que enfoca os problemas concretos a serem resolvidos como meta da atuação estatal pautada no reconhecimento prévio da falibilidade humana; (c) da concepção de democracia a partir da inversão da lógica da soberania clássica, que se questiona sobre a legitimidade dos titulares do poder, pela preocupação com a institucionalização de procedimentos que possam salvaguardar as instituições contra a tirania; e (d) da intuição sociológica dos valores mínimos os quais, após a tentativa de refutação das respectivas antíteses, e elucidadas suas possíveis

conseqüências, são convertidos em máximas da atuação política, oportunidade na qual desprendem-se, em parte, dos conjuntos valorativos sobre os quais se construíram para manter-se suscetíveis de valorações de diferentes aportes ideológicos.

A par do racionalismo crítico também se pôde assinalar: (a) a nítida influência da idéia de efetividade humana como mediação da cultura, inspirada na obra de HELLER, a partir de onde o autor foi buscar subsídios na antropologia e na filosofia da cultura, com o intuito de estabelecer as bases sobre as quais iria conectar a constituição ao seu entorno e ao movimento mais amplo do constitucionalismo; (b) os reflexos dos estudos sobre a esfera pública e a reivindicação por incremento dos mecanismos de participação democrática; além de, como não poderia deixar de ser, (c) o reflexo das formulações teóricas de SMEND e HESSE que influenciaram de perto a sua formação constitucional, à quem deve a ênfase na força integradora da constituição, sua feição pedagógica e pretensão de normatividade a partir da idéia de concretização constitucional como processo contínuo para onde concorrem diferentes grupos sociais.

Estes diferentes elementos confluíram na obra de HÄBERLE e foram consolidados na idéia de **dignidade humana** como pressuposto antropológico-cultural do Estado constitucional, fruto da experiência e esforço conjunto dos diferentes Estados constitucionais euro-atlânticos (agora alcançando, em certa medida, uma escala mundial). É no cultivo da dignidade humana que o autor vai buscar elementos para a identificação das raízes culturais comuns que fornecem a tábua de valores e elementos de pré-compreensão do Estado Constitucional. Assim, a idéia de **constituição vivente** (*lebende Verfassung*) como processo cultural leva em conta a conexão da constituição com seu entorno particular e, em escala ampliada, com um projeto maior de construção (recepção/envio) de um constitucionalismo global.

A dignidade humana importa a máxima proteção da liberdade (sua autonomia) e tem na democracia sua conseqüência orgânica. Ao considerar que tanto a liberdade quanto a cidadania são *status* conferidos ao indivíduo desde quando ele nasce, o autor chega a estas conclusões não em razão de sua condição humana inerente (transcendental), mas pelo fato de que o processo de socialização no qual está inserido o envolve de tal forma que ele passa a participar de suas conexões de sentido, constituindo o universo axiológico norteador de sua conduta. Desta maneira, o autor concebe toda a plêiade axiológica do Estado constitucional vinculada à realização da dignidade humana, de forma que os conflitos de interesses devem ser a ela reconduzidos mediante um processo de ponderação, no curso do qual preservar-se-ia a máxima otimização dos

interesses contrapostos em realização da exigência do *pluralismo constituído* (pluralismo possibilista).

Para HÄBERLE, o pluralismo, para além do mero reconhecimento da multiplicidade de idéias e interesses, possui um valor intrínseco, uma vez que é através dele que se podem manter abertos os canais de participação democrática através dos quais a sociedade aberta renova-se continuamente. Assim, o pluralismo não é uma constatação mas (a) afigura-se como *máxima* a ser protegida; (b) deve ser *promovido* a fim de constituir-se em *base* para a formulação do consenso, (c) tem na *tolerância* a condição para sua plena manifestação, e, por fim, (d) é-lhe atribuída uma *função educativa* como garantia de manutenção do Estado constitucional.

É sobre estes alicerces que HÄBERLE edifica sua concepção de constituição como marco constitutivo da *res publica*. A constituição consiste em um espelho que reflete a esfera pública e, a um só tempo, constitui-se-lhe em feixe de luz. A partir destas asserções pode-se apresentar os seguintes elementos constitutivos da processualidade constitucional tal qual apregoada por HÄBERLE:

(1) A constituição converte-se em constituição da sociedade (e não simplesmente constituição do Estado) e mantém-se aberta ao influxo atualizador dos grupos sociais no curso do tempo. O movimento é de tal sorte contínuo que as normas constitucionais são dotadas de uma **dimensão processual**, pois elas não sofreriam nenhuma alteração em sua concepção inicial (mutação propriamente dita), uma vez que elas seriam desprovidas de um sentido *a priori*, já que o seu significado consistiria sempre em um resultado concreto das atuações contingenciais subjacentes.

(2) A constituição é uma ordem-quadro, pois seu texto fornece os limites e os impulsos a serem dinamizados pela esfera pública de forma a não se poder sustentar teoricamente a abstração de Poder Constituinte pois, desta forma, esconder-se-ia o conjunto de forças atuantes e o momento histórico-cultural vivido que concorreram para a textualização constitucional nos moldes então vigentes, eliminando a força constitutiva que subjaz latente na esfera pública.

(3) A constituição transcende o texto constitucional e conecta-se ao seu entorno cultural de forma que seu aspecto jurídico significa apenas *uma* de suas dimensões. Para tanto, o enunciado normativo deve ser diferenciado do dispositivo normativo –já que *toda norma é norma interpretada*– e através das atualizações normativas os elementos materiais devem ser reconduzidos para o interior da norma (e da constituição) mediante uma atividade sempre criativa do intérprete constitucional.

(4) Como toda atuação criativa –objetivação cultural– está circunscrita ao seu entorno. Podem, assim, ser identificadas, na constituição atual, elementos textuais de diferentes épocas e de diferentes experiências constitucionais –cristalizações constitucionais–, teoria e jurisprudência estrangeiras que podem ser agrupadas através de diferentes *ondas constitucionais* –paradigma dos níveis textuais.

(5) Como toda constituição é resultado de cristalizações constitucionais que são produzidas através de um processo co-gestacional com os demais Estados constitucionais, sua textualização e seu desdobramento sofrem o influxo destas experiências de forma que cada uma delas goza (explícita ou implicitamente) de cláusulas de abertura à incorporação destas novas realidades (níveis), ponto de partida para a ampliação das garantias e desenvolvimento dos direitos fundamentais e reforço do direito comparado como método necessário da dogmática constitucional.

(6) A força atualizadora da esfera pública conecta a constituição ao conjunto de vivências concretas no interior da comunidade. A fim de ampliar a legitimidade da participação democrática nos diferentes processos de atualização constitucional e de vinculá-la materialmente àqueles autorizados a concretizá-la, HÄBERLE amplia a concepção tradicional de interpretação constitucional, de forma que todos os que vivem sob a constituição são considerados potencialmente vinculados através do processo de determinação do sentido constitucional.

(7) Esta preocupação acerca dos legitimados a interpretar a constituição coaduna-se com o propósito do autor de estabelecer uma teoria da constituição a partir de (em consonância com) uma teoria da democracia. Neste desiderato, a preocupação com os participantes do processo de determinação de sentido constitucional foi por ele teorizada num ponto de vista funcional, a fim de identificar os elementos materiais (que são apreendidos no processo e interpretação) e a forma como encontram-se co-implicados os intérpretes constitucionais, em uma relação de recíproco condicionamento.

(8) A teoria constitucional, assim, compreendida como ciência cultural, busca relacionar a tipologia dos Estados Constitucionais e os elementos estruturais particulares de cada nação de forma a unir a *força sugestiva* dos textos constitucionais à *força produtiva* resultante da atividade positiva dos seus intérpretes (em sentido lato), em uma integração contínua a partir das conexões de vivência que se realizam no mundo da cultura através de um movimento contínuo pelas *reações em cadeia* propiciado pela produção contínua de novas objetivações culturais.

Como já foi salientado nas linhas introdutórias a este trabalho, a obra de HÄBERLE

tem sido parcialmente recepcionada dentre os constitucionalistas pátrios⁴¹⁵, tendo sido mais entusiasticamente propagada após a publicação de sua sugestiva mensagem veiculada no artigo traduzido para o português (*Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*, SAFE, 1997)⁴¹⁶, na qual ele conclama seja ampliado o leque de legitimados a interpretar a constituição em face da constatação da impossibilidade da identificação *a priori* da totalidade daqueles que concorrem para sua interpretação⁴¹⁷.

Destacou-se, naquela oportunidade, algumas lacunas sem as quais, a obra do autor correria o sério risco de ser parcialmente apreendida ou mesmo deturpada: (a) a importância atribuída ao *substrato cultural* da constituição; (b) a idéia de *pluralidade de métodos e de intérpretes* que pode redundar em um relativismo desmedido; (c) a interconexão das diferentes experiências constitucionais, da teoria da recepção jurídica e da função do modelo de Estado constitucional como critério de correção e garantia objetiva da constituição; e (d) o reconhecimento da legitimidade da opinião pública e do

⁴¹⁵ Até onde se pôde constatar, o pensamento háberliano foi introduzido no Brasil através da já célebre obra do Prof. PAULO BONAVIDES (*Direito Constitucional*, 1982 [1.ed.]), quando, ao discorrer sobre a interpretação constitucional e a Nova Hermenêutica, reporta-se ao jurista de BAYREUTH como tendo levado a tópica às *últimas conseqüências*, acentuando os aspectos democráticos maximizados pelo jurista colhidos em sua coletânea de 1978. A categoria háberliana de *constituição como processo* é referenciada por GUERRA FILHO em sua obra *Ensaio de teoria constitucional* (UFC, 1989) na qual reuniu alguns artigos resultantes dos seus estudos para a tese de doutoramento em Bielfield (acerca do princípio da proporcionalidade e o esforço de entrecruzar o direito processual e o direito constitucional). Alguns dos argumentos do autor também encontraram forte eco na doutrina constitucional nacional pelas letras de autores ibéricos como CANOTILHO e LUCAS VERDÚ, com forte penetração dentre os constitucionalistas pátrios.

⁴¹⁶ O artigo foi traduzido por Gilmar Mendes que, não obstante ter possibilitado uma maior ressonância do pensamento de HÄBERLE dentre nós, em determinados momentos de sua atividade parece não conjugar com inúmeros dos pressupostos háberlianos de ampliação do leque de intérpretes constitucionais quer por ser um dos idealizadores do projeto de regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental que limita sobremaneira o instituto previsto pelo Constituinte Nacional, quer por defender o controle concentrado de constitucionalidade minimizando o potencial inovador e criativo das instâncias judiciais de primeira instância, mais próximas dos anseios (e vicissitudes, inclusive) sociais e mais distantes da sombra (*opressora !?*) do Planalto Central.

⁴¹⁷ A força sugestiva da mensagem democratizante do pensamento do autor foi captada por diversos autores que viam na ampliação da legitimação ativa da interpretação constitucional (como, p.ex., INOCÊNCIO COELHO), uma plataforma para aumentar a legitimidade democrática em prol da defesa de uma interpretação constitucional em conformidade com os direitos fundamentais (DAVID PARDO), a base através do qual se fortalece a técnica de ponderação de interesses como concretização constitucional (DANIEL SARMENTO) e a identificação da categoria habermasiana de *observação externa* com a idéia de comunidade de intérpretes (GISELE CITTADINO). Acresça-se ainda o trabalho de outros autores que, rompendo a barreira lingüística, bebendo diretamente nos trabalhos originais do autor, acentuaram um ou outro detalhe de sua obra, como o redimensionamento dos direitos fundamentais a partir do enfoque processual (GUERRA FILHO), ou ainda, o reconhecimento de sua utilidade na teoria dos *status* de Jellinek apropriando-se do *status activus processualis* do autor (INGO SARLET), a revitalização e ampliação do pensamento institucionalista de SCHMITT na tutela dos direitos fundamentais (MÁRCIO ARANHA), a análise da obra sobre a cultura jurídica européia na construção dos argumentos acerca da relevância constitucional dos tratados de integração (PATRICIA KEGEL) e dos direitos culturais constitucionais valendo-se do instrumental teórico de HÄBERLE (HUMBERTO CUNHA).

self restraint dos juizes, pois o texto não esclarece sobre *qual opinião pública se está falando?*

Não obstante a forma entusiástica com que anuncia suas idéias, aplaudida por BONAVIDES como *uma das mais fortes legitimações do novo processo interpretativo da Constituição [...] haurida na organização pluralista e democrática da sociedade*⁴¹⁸, faz-se mister sejam feitas algumas considerações, no que se refere a sua aplicabilidade à realidade jurídico-constitucional dos países subdesenvolvidos, expoentes de uma modernidade periférica, cuja crise atualmente experimentada resulta, antes, da ausência de um projeto moderno consolidado, do que da crise interna do paradigma.

Ora, não se pode olvidar que uma das grandes mensagens da própria obra de HÄBERLE consiste na necessidade de que sejam avaliadas as raízes culturais que margeiam a constituição concreta de determinado país a par dos elementos textuais assegurados no texto constitucional, a fim de que seja levada em conta a forma como efetivamente a esfera pública pluralista é integrada no processo de concretização constitucional. Não se pode postular a soberania da opinião pública canalizada pelos meios de comunicação ou por pesquisas de opinião como sendo forças determinantes e legítimas formas de pressão sobre as autoridades institucionais, em especial sobre o poder judiciário. Há de se ponderar acerca de qual esfera pública está se manifestando, uma vez que a tão festejada legitimidade democrática representaria, na prática, a *ampla* participação daqueles poucos que teriam acesso ao debate público.

Ao se mergulhar na cultura política nacional não se pode deixar de vislumbrar as bases arraigadas no autoritarismo nacional, no neo-patrimonialismo e no desconhecimento dos direitos fundamentais básicos por grande parte da população, não se pode ignorar os elevados índices de pobreza e de desnível social nem o clientelismo político, graves desafios que servem como amplificadores da crise experimentada pela sociedade civil brasileira que deve se refletir na constituição da esfera pública e no fornecimentos dos elementos materiais para a adscrição dos enunciados normativos aos dispositivos textuais da constituição.

Urge, como nunca, dentre nós, o reconhecimento da processualidade constitucional não como uma ferramenta para o vilipêndio do Estado constitucional e para a promoção de um assalto inescrupuloso às instituições em negação à máxima da dignidade humana, mas para que se possa adscrever ao texto constitucional a voz

⁴¹⁸ **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 465.

silenciosa de tantos excluídos (subintegrados), ansiosos pela realização do exercício do primeiro dos direitos, condição para o exercício pleno da liberdade, o direito de comer e subsistir.

Referências Bibliográficas

AARNIO, Aulus. **Lo racional como razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Trad. E. Garzón Valdez. Madrid: CEC, 1991.

ACKERMAN, Bruce, ROSENKRANTZ, Carlos. Tres concepciones de la democracia constitucional. In: _____ et al. **Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 13-93.

_____. O novo constitucionalismo mundial. In: CAMARGO, M. Lacombe (Org.). **1988-1998: uma década de constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.11-32.

ALEMANHA. *BUDESVERFASSUNGSGERICHT = TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO. Decisions of the Bundesferfassungsgericht – Federal Constitutional Court – Federal Republic of Germany*. v.2: Freedom of speech (freedom of opinion and artistic expression, broadcasting freedom and communication freedom of the press, freedom of assembly). From 1958 to 1995. Baden-Baden, Alemanha: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998. 2 v.

_____. _____. Decision of 12th october of 1993 concerning Maastricht's Treaty. Trad. G. Wegen e C.Kuner. **International Legal Materials**, Washington (DC), v. 33, n. 2, p. 395-444, 1994. Referência Internacional: [BverfGE 89,155 (1993)]

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge Seña. 2.ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALONSO GARCÍA, Enrique. **La Interpretación de la constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ARANHA, Márcio Iório. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1999.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 3.ed. Trad. M.G.Kury. Brasília: UnB, 1999.

ATIENZA, Manuel. **Las razones dei derecho**: teorías de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BALAGUER CALLEJÓN, Maria Luisa. **Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico**. Prólogo de Peter Häberle. Madrid: Tecnos, 1997.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2.ed. Brasília: Brasília jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos de constituição de 1988 (Foi bom para você também?). In: SARLET, Ingo (Org.). **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p.189-218.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Ed/IBDC, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4.ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Puglesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen Varriale *et alli*. 10.ed. Brasília: UnB, 1997. 2v.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7a. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRUGGER, Winfried. Legal interpretation, schools of jurisprudence, and anthropology: some remarks from a german point of view. **The American Journal of comparative Law**, Berkley, CA, v. 42, p.395-420, 1994. Referência Internacional: [42 *Am. J. Comp. L* 395 (1994)]

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Trad. Hector Zamudio. Buenos Aires: Eidicones Juridicas Europa-America, 1960.

CALVO GONZÁLEZ, José. **Comunidad jurídica y experiencia interpretativa: un modelo de juego intertextual para el derecho**. Barcelona: Ariel, 1992.

CAMARGO, Maria Lacombe. (Org.). **1988-1998: uma década de constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 431-438.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CANOSA USERA, Raúl. **Interpretación constitucional y formula política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Lisboa: Almedina, 1999.

_____. **Estado de direito**. Lisboa: Gadiva, 1999.

_____. Rever ou romper com a constituição dirigente. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, RT, a. 4, n. 15, p. 7-17, abr.-jun., 1996.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana nas constituições abertas e democráticas. In: CAMARGO, M.Lacombe (Org.). **1988-1998: uma década de constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 103-114.

CITTADINO, Gisele. A interpretação constitucional na filosofia política contemporânea. In: CAMARGO, M.Lacombe (Org.). **1988-1998: uma década de constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 331-368.

_____. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CLAVERO, Bartolomé. **Happy constitution: cultura y lengua constitucionales**. Madrid: Trotta, 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito Brasileiro. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, RT, n. 25, p. 23-31, 1999.

_____. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: SAFE, 1997.

COSTA, José Manuel M.C. O princípio da dignidade da pessoa humana na constituição e

na jurisprudência constitucional portuguesas. In: BARROS, S.R., ZILVETI, F. (coord.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999. p.191-199.

CUNHA F^o, Humberto Francisco. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DAHRENDORF, Ralf. Reflexões sobre a liberdade e a igualdade. In: _____. **O futuro da liberdade**. Brasília: UnB, [19--]. p. 241-271.

DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: BARROS, S.R., ZILVETI, F. (coord.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 151-162.

DOBROWOLSKI, Samantha. **Justificação jurídica e sociedade na visão de Aulus Aarnio**. 1997. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 1997.

DOBROWOLSKI, Sílvio. (Org.). **A constitucionalização no mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Lega, 2000.

_____. Grupos sociais e poder. Separata de: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, a. 22, n. 88, out./dez., p. 95-104, a. 1985.

_____. O pluralismo jurídico na constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, a. 29, n. 116, jul./set., p. 219-230, a. 1992.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Trad. Marta Gustavino. 2a. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

EDWARDS, Denis J. Fearing Federalism's Failure: Subsidiarity in the European Union. **The American Journal of Comparative Law**, Berkley (CA), v. 44, p. 537-583, 1996. Referência Internacional: [44 *Am. J. Comp. L* 537 (1996)]

ELSTER, J., SLAGSTAD, R. (Ed.). **Constitutionalism and democracy: studies in rationality and social change**. Cambridge, UK: Cambridge Press, 1997.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge, MA, Harvard Press, 1998.

ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio. **La constitución como proceso y la desobediencia civil**. Madrid: Trotta, 1994.

FABRIZ, Daury Cesar. **A estética do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FELIPPE, Marcio Sotelo. **Razão jurídica e dignidade humana**. São Paulo: Max Limonad,

1996.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, J.Alcebíades (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89-112.

_____. O estado constitucional de direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade. Trad. de Eduardo M.Costa. In: **Revista do Ministério Público**. Lisboa, ano 17, n. 67, jul/set 1996, p.39/56.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Legitimidade na constituição de 1988. In: _____ et ali. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989. p. 13-58.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GLENN, H.Patrick. La civilisation de la common law. **Revue Internacionales de Droit Comparé**, p. 559-575, 3-1993.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, n. 87, p. 166-174, a.

_____. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: UFC, 1989.

_____. **Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 1999.

_____. Sobre a natureza processual da constituição. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, n. 87, p. 175-185, a.

_____. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Ed/IBDC, 2000.

HÄBERLE, P. Avances constitucionales en Europa Oriental desde el punto de vista de la jurisprudencia y de la teoría constitucional. **Pensamiento Constitucional**, Lima, PUC-Peru, v. 2, p. 141-165, 1995.

_____. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. In: PÉREZ-LUÑO, A.E. (Org.) **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**.

Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 151-185

_____. Constitutional developments in Eastern Europe from the point of view de la jurisprudence and constitutional theory. **Law and State**, Tübingen, Germany, Institut für wissenschaftliche Zusammenarbeit, v. 46, p. 64-90, 1992.

_____. Contenidos significativos y funciones de la ley parlamentaria. In: LÓPEZ PINA, A. (Org.). **Democracia representativa y parlamentarismo. Alemania, España, Gran Bretaña e Italia**. Madrid: BOE, 1994. p. 67-79.

_____. Derecho constitucional común europeo. Trad. Emilio Franco. **Revista de estudios políticos**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 79, p. 7-46, 1993.

_____. **Diritto i verità**. Trad. Fabio Fiore. Torino, Italia: Einaudi, 2000.

_____. Efectividad de los derechos fundamentales. In: LÓPEZ PINA, A. (Org.). **La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia**. Madrid: Civitas, 1991. p. 260-227.

_____. El concepto de derechos fundamentales. Trad. Maria José Fariñas. In: SAUCA, J.M. (Org.). **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: BOE/Univ.Carlos III, 1994. p. 81-127.

_____. El eterno combate por la justicia: la ciencia jurídica en el camino hacia Europa. **Revista General dei derecho**, Valencia, España, n. 652-653, p. 103-109, ene.-feb., 1999.

_____. El fundamentalismo como desafío dei Estado constitucional: consideraciones desde la ciencia dei derecho y de la cultura. In: _____. **Retos actuales dei Estado Constitucional**. Oñati: IVAP, 1995. p. 133-162.

_____. El legislador de los derechos fundamentales. In: LÓPEZ PINA, A. (Org.). **La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia**. Madrid: Civitas, 1991. p. 99-124.

_____. El regionalismo como principio estructural naciente del Estado constitucional y como máxima de la política dei Derecho europeo. In: _____. **Retos actuales dei Estado Constitucional**. Oñati: IVAP, 1995. p. 47-98.

_____. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. In: PÉREZ-LUÑO, A.E. (Org.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 151-185.

_____. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

_____. I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo. In: LUCIANI, M. (Org.). **La democrazia alla fine del secolo**. Bari, Italia, Laterza, 1994. p. 93-134.

_____. Incursus. prospettive di una dottrina costituzionale del mercato: sette tesi di lavoro. In: LUCIANI, M. (Org.). **La democrazia alla fine del secolo**. Bari, Italia, Laterza, 1994.

_____. **La libertà fondamentali nello stato costituzionale**. Roma: NIS, 1993.

_____. **La libertad como fundamento del Estado Constitucional**. Lima: Fondo Editorial da PUC-Peru, 1997.

_____. La multifuncionalidad de los textos constitucionales a la luz de una comprensión "mixta" de la Constitución. **Los cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol**, Valencia, n. 17, p. 5-12, 1996.

_____. **Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional**. Trad. Ignacio G. Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998.

_____. Linee di sviluppo della giurisprudenza della corte costituzionale federale tedesca in materia di diritti fondamentali. **Giurisprudenza Costituzionale**, Milano, Italia, Giuffrè Editore, a. XLI, n.4, p. 2882-2917, 1996.

_____. Normatividad y reformabilidad de la constitución desde la perspectiva de las ciencias de la cultura. **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**, Konrad-Adenauer-Stiftung/CIEDLA, p. 287-299, a. 1999.

_____. Per una dottrina della costituzione europea. **Quaderni costituzionali**, Milano, Italia, Il Mulino, n. 1, a. XIX, p. 3-30, aprile 1999.

_____. Problemi attuali del federalismo tedesco. **Giurisprudenza costituzionale**, Milano, Giuffrè Editore, a. XXXVII, f.4, p. 3353-3393, luglio-agosto, 1992.

_____. Programas sobre Europa en constituciones y proyectos constitucionales recientes. El desarrollo del «Derecho constitucional nacional sobre Europa». In: _____. **Retos actuales del Estado Constitucional**. Oñati: IVAP, 1995. p. 99-132.

_____. Qué significa efectividad práctica de los derechos fundamentales? In: LÓPEZ PINA, A. (Org.). **La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia**. Madrid: Civitas, 1991. p. 328-341.

_____. **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura**. Trad. E.Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

_____. The constitutional State and its reform. In **Ratio Juris**, Oxford(UK);Malden(USA):

Blackwell Pubs., v. 13. n. 1, p. 77-94, mar. 2000.

_____. Un jurista europeo nacido en alemania: conversación con el profesor Peter Häberle. **Anuario de derecho constitucional parlamentario**, Granada, Espanha, n. 9, p. 9-49, 1997. Entrevistado por Francisco Balaguer Callejón.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HALTERN, Ulrich R. High time for a check-up: progressivism, populism and constitutional review in Germany. **Harvard Jean Monnet Working Papers**, Boston, MA, may 1996. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/papers/96/9605ind.html>>. Acesso em: 15 nov. 1999.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editores, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.

_____. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1997.

_____. **Crítica da razão pura**. Trad. Manuela Santos e Alexandre Morujão. 4.ed. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1997.

KELSEN, H. **A democracia**. Trad. V.Barkow et alli. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **A teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995

KOMMERS, Donad P. **The constitutional jurisprudence of the federal republic of germany**. 2th.ed. Durham, USA; London,UK: Durke Univ. Press, 1997.

KOOPMANS, Thijmen. The Birth of European Law at the Cross Roads of Legal Traditions. **The American Journal of Comparative Law**, Berkley, CA, v. 39, p.493-507, 1991. Referência Internacional: [39 *Am. J. Comp. L* 493 (1991)].

LANDWERLIN, Gerardo Meil. El Estado social de derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teoricas para dos posiciones políticas. **Revista de estudios políticos (nueva época)**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 42, nov.-dic., p. 211-225, a. 1984.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2.ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1989.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** Trad. Walter Stöner. Rio de Janeiro: Laemmert, [19??].

LEVINTSKY, Jonathan E. The europeanization of the British Legal Style. **The American Journal of Comparative Law**, v. 42, p. 347-380, a. 1994. Referência Internacional: [42 *Am. J. Comp. L* 347 (1994)].

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Trad. Alfredo Anabitarte. 2.ed. Barcelona: Ariel Editorial, 1983.

LOPEZ PINA, Antonio (Org). **Division de poderes e interpretacion**: hacia una teoria de la praxis constitucional. Madrid: Tecnos, 1987.

_____. (Org). **La garantia constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia**. Madrid: Civitas, 1991.

LUCAS VERDÚ, Pablo. El orden normativista puro: supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen. **Revista de estudios politicos (nueva época)**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 68, abr.-jun., p. 7-93, a. 1990.

_____. **El sentimiento constitucional**: aproximacion al estudio del sentir constitucional como modo de integración política. Madrid: Reus, 1985.

_____. Estado de derecho y justicia constitucional. **Revista de estudios politicos (nueva época)**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 33, may.-jun., p. 7-48, a. 1983.

_____. **Estimativa y política constitucionales**: los valores y los principios rectores dei ordenamiento constitucional español. Madrid: Univ.Madrid, 1984.

_____. **La constitución abierta y sus <enemigos>**. Madrid: Beramar; Univ. Complutense de Madrid, 1993.

_____. **La constitución en la encrucijada: *palingenesia iuris politici***. Madrid: Unv.

Complutense de Madrid, 1994. (Discurso de ingresso na Real Academia de Ciencias Morales y Políticas da Espanha).

_____. **La lucha contra el positivismo jurídico en la republica de Weimar: la teoría constitucional de Rudolf Smend.** Madrid: Tecnos, 1987.

_____. La teoria escalonada del ordenamiento juridico de Hans Kelsen como hipotesis cultural, comparada con la tesis de Paul Schrecker sobre <la estructura de la civilización>. **Revista de estudios policitos (nueva época)**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 66, oct.-dic., p. 7-65, a. 1989.

_____. Reflexiones en torno y dentro dei concepto de constitución. La constitución como norma y como integración política. **Revista de estudios politicos (nueva época)**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 83, ene.-mar., p. 9-28, a. 1994.

_____. **Teoría de la constitución como ciencia cultural.** Madrid: Dykinson, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Brasília: UnB, 1980.

_____. **Sociologia do direito.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983/1985. 2 v.

MAGEE, Bryan. **As Idéias de Popper.** Trad. Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, [198?]

MAIA, António Cavalcanti. Notas sobre direito, argumentação e democracia. In: CAMARGO, M.Lacombe (Org.). **1988-1998: uma década de constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 395-430.

MATEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno.** Trad. F. Ansuátegui y M. Martínez. Madrid: Trotta, 1998.

MAUÉS, Antonio Moreira. Princípios como técnica de limitação do poder. **Revista da pós-graduação da Faculdade de Direito da USP**, Porto Alegre, Síntese, v. 1, p. 55-70, a.1999. (Coleção Acadêmica de Direito, v. 9).

MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MICHAEL, Lothar. **Veröffentlichungen - Prof. dr. h.c. Peter Häberle.** Bayreuth Universität, 2000. Disponível em: <<http://www.uni-bayreuth.de/departments/rw/lehrstuhle/oer4/publ.htm>>. Acesso em 23 out 2000.

MOCCIA, Luigi. Les bases culturelles du juriste européen: un point de vue continental. **Revue Internationale de Droit Comparé**, p. 799-811, 4-1997.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** 8.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MÜLLER, Friederich. **Direito, Linguagem, Violência**. Porto Alegre: SAFE, 1998.

_____. **Discours de la méthode juridique**. Trad. Oliver Jouanjan. Paris: PUF, 1996.

_____. **Positivismo**. Trad. Peter Naumann. [Porto Alegre], s/d. Mimeografado

_____. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** exclusão e democracia, globalização e democracia. Trad. Peter Naumann. [Porto Alegre], s/d. Mimiografado.

_____. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2.ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. Constitucionalização Simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 12, p. 156-167, 1995

NOVO Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa, versão 3.0: dicionário eletrônico. São Paulo: Lexikon Informática; Editora Nova Fronteira, 2000. 1 CD-ROM.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 13-30.

PACE, Alessandro. La instauración de una nueva constitución: perfiles de teoría constitucional. Trad. Montserrat Nebrera. **Revista de Estudios políticos (nueva época)**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 97, jul.-sep., p. 44, 1997

PARDO, David Wilson de Abreu. **Para uma interpretação conforme os direitos fundamentais**. Florianópolis: UFSC/CPGD, 1998. Dissertação de Mestrado.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el estado constitucional dei derecho**. Madrid: Trotta, 1996.

PEREIRA, Julio Cesar. **Popper: as aventuras da racionalidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995.

PERELMAN, C. **Retóricas**. Trad. M.Ermentina G.Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 6a. ed. Madrid: Tecnos, 1999. 514p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Trad. Milton Amado. São Paulo: Itatiaia, 1987. 2 v.

_____. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**. Trad. Milton Amado. São Paulo: Itatiaia, 1975.

PORRAS NADALES, Antonio J. Derecho constitucional y evolucionismo jurídico. **Revista de estudios políticos (nueva época)**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 87, ene.-marz., p. 107-139, a. 1995.

RAWLS, J. **O liberalismo político**. 2.ed. Trad. Dinah Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Miguel. **Experiência e cultura: para uma fundamentação da teoria geral da experiência**. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. **Filosofia do direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **O estado democrático de direito e o conflito de ideologias**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Teoria tridimensional do direito: situação atual**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: SAFE, 1999.

SALDANHA, N. **Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Reinventar a democracia**. Lisboa: Gadiva, 1998.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos; IBDC, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: _____. (Org.). **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 129-174.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional: como mudam as constituições**. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UnB, 196.

SAUCA, José Maria. **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: BOE/Univ. Carlos III, 1994.

SCHMITT, Carl. La tiranía de los valores. Trad. de Anima Ottero. **Revista de estudios políticos**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, ... p. 65-81.

_____. **Teoría de la constitución**. Trad. Francisco Ayala. México: Editora Nacional, 1970.

SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 297p.

SIÉYÈS. **¿Que es el tercer estado?**. Trad. Francisco Ayala. México: Editora Nacional, [19??].

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. J.M.Beneyto Perez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOUZA, Daniel Coelho de. **Interpretação e democracia**. 2.ed. São Paulo: RT, 1979.

STARCK, Christian (ed.). **Constitutionalism, universalism and democracy: a comparative analysis**. Baden-Baden, Germany: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Jurisprudencia**. Trad. Luiz Díez-Picazo Ponce de León. Madrid:Taurus, 1986.

VIEIRA, José Ribas. A constituição federal de 1988 e um modelo de direitos fundamentais incompleto. In: CAMARGO, M.Lacombe (Org.). **1988-1998: uma década de constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 93-102.

_____. Leituras em torno da interpretação constitucional no direito constitucional nos anos 90. **Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, PUC-RJ, n. 9, ago/dez 1996.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. **Lua Nova**, São Paulo, n. 42, p. 53-97, 1997.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito II**. A epistemologia da modernidade. 1995. 392p.

_____. **Por quien cantan las sirenas**: informe sobre eco-ciudadania, género y derecho – incidencias del barroco en el pensamiento jurídico. Joaçaba; Florianópolis: CPGD/UFSC, 1996.

WOLKMER, Antonio Carlos. Crise de representação e cidadania participativa na Constituição brasileira de 1988. In _____. (Org.). **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 39-48.

_____. **Pluralismo jurídico**. São Paulo: Alfa e ômega, 1997.

WROBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Civitas, 1988.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil: ley, derechos y justicia**. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.