

# Interpretação<sup>1</sup> Constitucional no Século XXI: o Caminhar Metodológico para o Concretismo Constitucional sob a Influência da Doutrina de Peter Häberle

**Christine Oliveira Peter da Silva**

*Mestre em Direito e Estado pela UnB, Professora de Direito Constitucional do UniCeub, Professora de Metodologia da*

*Pesquisa do IDP.*

DOI: 10.11117/22361766.08.01.01

SUMÁRIO: 1 Estado da arte da investigação hermenêutico-jurídica; 2 Afinamento semântico; 2.1 A norma jurídica pragmática: uma nova visão; 2.2 A importância do sujeito: um novo conceito de sujeito; 2.3 A pré-compreensão do sujeito: elemento imprescindível da concretização; 2.4 O cidadão educado e participativo: formação da sociedade aberta de intérpretes da Constituição; 2.5 A via da comunicatividade jurídica: a sociedade conectada e pluralista em busca de procedimentos adequados ao diálogo constitucional democraticamente legítimo; 2.6 Metodologia de concretização: a resposta-estático-correta e a dúvida-dinâmico-criativa na práxis concretizadora das normas constitucionais; 3 Hermenêutica concretista de Peter Häberle: uma proposta adequada para o Estado Democrático de Direito do século XXI; 3.1 O futuro do Estado Constitucional sob a perspectiva da Revolução Francesa; 3.2 Teoria da Constituição como ciência da cultura: em busca de um diálogo para o pluralismo; 3.3 Pluralismo e Constituição: avanço comunicativo da sociedade aberta universal; 3.4 Método comparativo como “quinto” elemento interpretativo: proposta hermenêutico-concretizadora de Peter Häberle; 3.5 Peter Häberle e o concretismo constitucional: uma doutrina alentadora e desafiante; Referências bibliográficas.

## 1 ESTADO DA ARTE DA INVESTIGAÇÃO HERMENÊUTICO-JURÍDICA

Investigar o Direito, neste século XXI, exige mais do que boa capacidade cognitiva ou de raciocínio lógico-dedutivo, pois a complexidade da

1 Aqui a expressão “interpretação” está sendo usada como momento pragmático em que o sentido da norma é transformado em realidade, por meio da concretização de seu preceito abstrato genérico em um comando concreto e individualizado.

vida pós-moderna<sup>2</sup> está a pressionar o profissional jurídico para demandas cada vez mais interdisciplinares e de difícil compreensão em um paradigma de racionalidade lógico-sistêmica unidimensional,<sup>3</sup> ou seja, a partir de um único aspecto.

Os avanços tecnológicos não têm trazido modificações apenas nas nossas rotinas como seres comunicativos, bombardeados por informações que vêm de todos os lados e reativos a essas informações mesmo que involuntariamente. Tais tecnologias têm nos impulsionado também a vivermos em uma sociedade conectada,<sup>4</sup> que se movimenta sem a necessidade de transferência de matéria física. A cada segundo, dados são transferidos de continente para continente, modificando a vida das pessoas em pequena, grande ou enorme escala, sem que os interlocutores saiam de suas casas ou escritórios.

E o Direito se coloca como uma “ciência desconfiada” em relação a essas mudanças, como se ainda houvesse alguma chance de impedir o mal que elas, eventualmente, possam causar à humanidade. Ainda é comum, entre os profissionais jurídicos, encontrar pessoas que lutam contra as máquinas como se elas fossem roubar o nobre espaço profissional que lhes foi reservado pela história. Ainda se conserva, nos estudantes de Direito, a ilusão de que há caminhos lógico-matemáticos e previsíveis para resolver as questões jurídicas. Ainda se valoriza a resposta-estático-correta<sup>5</sup> em vez

- 
- 2 A expressão pós-modernidade neste contexto quer significar aquilo que ainda está em construção, ou seja, o paradigma indefinido que se nos apresenta para conformação no último quarto do século XX e neste primeiro quarto do século XXI. Os autores resistem à expressão, com alguma razão, tendo em vista que não há univocidade em seu significado. Mas em um contexto de estabelecimento de novos pontos de vista, bem como de novas abordagens, que não se pretendem definitivas, mas destemidas (aberta a críticas) e comprometidas com a realidade circundante, reputo adequado e pertinente, até mesmo imprescindível, o emprego da expressão.
  - 3 Aqui me refiro ao mesmo fenômeno denominado paradigma liberal-individualista-normativista do professor Lênio Streck, qual seja, aquele experimentado no contexto do positivismo jurídico desenvolvido no século XX e que desconhecia a complexidade de aplicação de direitos transindividuais e transnacionais, de relações “multi” e “inter” jamais concebidas ou concebíveis. Porém, devo ressaltar que não afirmo, com o professor Streck, que a crise de paradigma repousa na própria crise do modelo liberal-individualista-normativista (Cf. Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 17), porquanto acredito que a crise está centrada no próprio ser humano que, atordoado com a nova realidade descortinada no final do século XX e início deste século XXI, está a busca de novas fórmulas de regulação da vida social, que sejam capazes de lidar com a complexidade de suas relações, considerando o esvaziamento incontrolável de sua própria individualidade (no seio de organizações sociais surgidas de forma espontânea), bem como novos modelos econômicos que rompem definitivamente e com velocidade surpreendente toda a tradição liberal-socialista experimentada, investigada e criticada nos dois últimos séculos. O novo é tão inesperado e complexo que inclusive admite o velho, sem dar-lhe muita importância e atenção na rotina dos acontecimentos.
  - 4 Nesse sentido, a leitura do clássico livro de Castells, M. *A sociedade em rede*. 6. ed. rev. e ampl. Trad. Roneide Venâncio Majer. Atual. por Jussara Simões. São Paulo: Paz e Terra, 1999, revela-se imprescindível. É também recomendável a leitura de Dupas, Gilberto. *Ética e poder na sociedade de informação*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Unesp, 2001.
  - 5 Aqui me refiro à postura oitocentista de busca de uma racionalidade matemática para as ciências humanas, impondo ao Direito o ônus de encontrar respostas verdadeiras e únicas para os seus problemas, sob pena de sequer ser considerado Ciência.

da dúvida-dinâmica-criativa<sup>6</sup> que edifica as possibilidades de soluções adequadas e conscientes historicamente, únicas,<sup>7</sup> que são verdadeiramente capazes de convencer a sociedade pluralista e, assim, minimizar os efeitos inexoráveis da crise de legitimidade que se experimenta com dimensões assustadoras.

E, nesse contexto, estão postos os pontos que originam as considerações do presente estudo: como investigar os novos rumos da hermenêutica constitucional, especialmente voltada para a concretização dos direitos fundamentais, num país latino-americano, como é o Brasil, sem cair na tentação de importar teorias que pouco dizem para nós mesmos e para a nossa sociedade, sem experimentar a frustração de descrever a realidade que nos circunda e nos contentar com análises superficiais e manipuladas pelas nossas próprias paixões teórico-abstratas?

E mais: como pretender o desenvolvimento de uma hermenêutica constitucionalmente adequada à realidade do ordenamento normativo brasileiro neste século XXI, se ainda estamos tentando convencer professores e estudantes de Direito sobre a importância das discussões filosófico-políticas em nossos bancos universitários? Como inaugurarmos uma “postura do novo”,<sup>8</sup> histórico-político-culturalmente adequada para o Brasil, se não temos auto-estima suficiente, como povo, para acreditarmos na capacidade de nossos sujeitos-cidadãos participarem ativamente do processo de (re)construção da democracia em nosso País?

Assim, o presente estudo tem como objetivo principal estimular a reflexão sobre as condições de possibilidade de uma virada metodológica no Direito brasileiro, convidando todos os profissionais dessa área, formados e em formação, a questionarem os seus papéis como sujeitos-intérpretes da Constituição brasileira de 1988, a qual foi feita e vige para o momento histórico presente, que clama por uma nova abordagem em termos de cultura constitucional.

6 Esta é uma construção mais nova, desenvolvida a partir da segunda metade do século XX, a partir do momento que se deixou de lado a idéia de que o Direito só se firmaria como verdadeira ciência se conseguisse assemelhar a sua lógica às ciências exatas. A metodologia discursiva e dialética permitiu que se passasse a considerar também como elemento de racionalidade o caminho percorrido pelo intérprete ao concretizar a norma jurídica e resolver os problemas postos.

7 Sobre a única resposta correta verificar a doutrina de Ronald Dworkin, segundo a qual os argumentos jurídicos adequados constroem a melhor interpretação moral direcionadas para determinada comunidade. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

8 A “postura do novo” é a força invisível que movimenta a sociedade atual em busca de algo que não se sabe o que é, mas que se tem noção bastante clara do que não é. Poderia ser aquilo que Rosenfeld, em brilhante trabalho sobre a identidade do sujeito constitucional, classifica como primeiro elemento da reconstrução da identidade do sujeito constitucional: a negação, que propõe um vazio a ser preenchido por outros elementos de definição do próprio eu comunicativo com o outro no complexo processo de formação do sujeito constitucional, consciente de sua identidade. Cf. ROSENFELD, Michel. *The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy*. Cardozo Law School. Working Papers Series, n. 36. Disponível em: [http://papers.ssm.com/paper.taf?abstract\\_id=262350](http://papers.ssm.com/paper.taf?abstract_id=262350). Acesso em: 15 out. 2004.

Ora, não há possibilidade de resgatar o sujeito<sup>9</sup> em nossa sociedade se não houver o empenho desse mesmo sujeito em ocupar o seu espaço e imbuir-se de sua missão constitucionalmente estabelecida, pois somente com um sujeito ativo e não apenas reativo ao processo de evolução de nosso Estado Democrático de Direito é que será razoável o esforço em busca da concretização dos direitos fundamentais.

Isso porque, de que adianta um seleto grupo de eminentes juristas ou ilustres “Membros de Poder”<sup>10</sup> investigarem, teorizarem e concretizarem as normas constitucionais, especialmente aquelas consagradoras de direitos fundamentais, formulando uma metodologia hermenêutica sofisticada em termos de epistemologia jurídica, se os interlocutores (e aqui se está a referir principalmente aos interlocutores educados, profissionais ativos das mais diversas áreas do conhecimento) desse diálogo (que, atualmente, se realiza em um cansativo e infrutífero monólogo: o STF com ele mesmo e a doutrina com ela mesma) não conseguem receber/entender a mensagem e perceber a importância de sua participação na segunda via comunicativa (a antítese da tese eventualmente produzida), sem a qual se torna impossível a conformação de uma hermenêutica adequada para o contexto histórico-cultural que se apresenta no século XXI, no qual necessariamente hão de ser concretizados os direitos fundamentais?

## 2 AFINAMENTO SEMÂNTICO

Feitas as considerações exortativas<sup>11</sup> do estado da arte das reflexões sobre as necessidades evidentes do debate hermenêutico neste novo contexto, passa-se a esclarecer alguns conceitos que se apresentam como premissas, imprescindíveis para a comunicação que se quer estabelecer nesta oportunidade.

- 
- 9 A expressão “resgatar o sujeito” significa a aceitação da quebra do mito da neutralidade para as ciências humanas, tomando como premissa a subjetividade, que se revela intersubjetiva, como elemento essencial da construção da própria ciência. Isso, entretanto, não quer significar decisionismo nem voluntarismo, pois a quebra do mito da neutralidade resgata o papel do sujeito (a partir de uma visão pragmática do texto normativo), mas não abre mão da imparcialidade, que se realiza por uma argumentação racional e controlável.
- 10 Entenda-se por “Membros de Poder” todos os agentes políticos e seus interlocutores oficiais, tais como, políticos do Executivo e Legislativo, bem como seus delegados e os juizes com seus assessores, que são obrigados pelas necessidades de suas rotinas de trabalho a estabelecerem os conteúdos concretos e reais das normas constitucionais.
- 11 Aqui já estou me valendo de minhas incursões interdisciplinares, querendo chamar a atenção do leitor para a importância da comunicação jurídica. Ao estudar comunicação, vamos encontrar as funções da linguagem e dentre elas a persuasiva, que pode ser exortativa e autoritária. A exortativa é aquela que convida o receptor da mensagem a reagir ao estímulo da informação com base em dados pré-compartilhados. Ou seja, ao convidar o leitor a responder comigo as questões postas e a refletir sobre o seu papel no Estado Democrático de Direito – como interlocutor qualificado das instâncias decisórias de poder –, apelei para o sentimento de todos aqueles que realmente encontram-se comprometidos com o desenvolvimento de uma doutrina hermenêutica séria e adequada para a concretização dos direitos fundamentais em nosso país. Com isso, afasto de meu texto aqueles leitores que não acreditam na premissa de que para o desenvolvimento de uma nova perspectiva hermenêutica no mundo

Num primeiro momento, vai-se apresentar conceitos freqüentes a serem encontrados no discurso-argumentativo do presente estudo: a norma jurídica pragmática; o sujeito com identidade no contexto pós-positivo, o universo pré-compreensivo desse sujeito, os interlocutores educados, a via comunicativa jurídica, a sociedade conectada e pluralista, a resposta-estático-correta e a dúvida-dinâmico-criativa que se contrapõem na prática constitucional-jurídica.

Para fechar, vai-se propor as bases de uma hermenêutica constitucional sob a influência da doutrina do professor alemão Peter Häberle,<sup>12</sup> perpassando considerações sobre o Estado e o Poder (a partir da trilogia da Revolução Francesa, qual seja, liberdade, igualdade e fraternidade<sup>13</sup>), investigando a teoria da constituição como ciência da cultura,<sup>14</sup> a idéia pluralista de Constituição,<sup>15</sup> a pedagogia constitucional<sup>16</sup> como metódica para formação do cidadão da sociedade aberta de intérpretes da Constituição<sup>17</sup> e, por fim, a hermenêutica constitucional comparada como procedimento adequado para informação, participação e controle da tarefa concretizadora da Constituição e dos direitos fundamentais.<sup>18</sup>

---

contemporâneo, faz-se necessária a inclusão de um universo cada vez maior de interlocutores do poder, ou seja, pessoas que sejam conscientes de seu papel de cidadão constitucional. Sobre funções da linguagem jurídica conferir: DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antonio. *Curso de português jurídico*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 17-37. Já no que se refere à consciência da cidadania constitucional ler: Häberle, Peter. *Hermenêutica constitucional – Sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

- 12 Apesar da assumida influência da obra do professor Peter Häberle nas considerações que faço, não deixo de destacar que toda a leitura da experiência alemã, a partir das considerações de Häberle, em minha pesquisa tem como norte a consciência da comparação entre os diversos sistemas e modelos constitucionais como método eficaz de se descobrir os limites e perspectivas da nossa própria identidade como intérpretes da Constituição brasileira, sob o prisma de nossa própria cultura.
- 13 Nesse sentido, HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional*. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998.
- 14 Marco teórico desse tópico: HÄBERLE, Peter. *Teoria de la Constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.
- 15 As principais idéias dessa premissa são retiradas de HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución – estudios de Teoria Constitucional de la sociedad abierta*. Trad. por Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.
- 16 Segundo Häberle, a pedagogia constitucional é uma consequência da teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, tratando-se de uma verdadeira concepção pedagógica de Constituição, a qual impõe a idéia de que a Constituição não é somente um guia para os juristas e os políticos, mas para todos os cidadãos. Cf. HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 190-191.
- 17 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – Sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.
- 18 Sobre os problemas atuais da interpretação dos direitos fundamentais no Estado Constitucional, cf. HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Trad. Jürgen Saligmann e César Landa. Peru: Fondo Editorial da Pontificia Universidad Católica Del Peru, 1997, p. 253-347.

## 2.1 A norma jurídica pragmática: uma nova visão

O professor ALEXY ensina que toda a definição do conceito de norma jurídica pressupõe decisões básicas sobre o objeto e o método, ou seja, sobre o próprio caráter da Ciência do Direito.<sup>19</sup> Assim sendo, para que se tenha uma concepção adequada acerca da norma jurídica, revela-se necessário definir o quadro de possibilidades de concepções da Ciência do Direito (e, nesse particular, há uma farta gama de opções: teoria jusnaturalista, teoria racionalista, jurisprudência dos conceitos, jurisprudência dos interesses, jurisprudência dos valores, teoria sociológica, escola do direito livre, teoria positivista-legalista, teoria positivista institucionalista, teoria discursiva, teoria lingüística etc.).

Não é possível, no contexto do presente estudo, apresentar cada uma das teorias e argumentar com as suas virtudes e defeitos para justificar a opção por uma delas. O máximo que cabe aqui dizer é que toda a reflexão em torno da hermenêutica constitucional contemporânea tem tomado o caminho da teoria lingüística,<sup>20</sup> não para afastar-se da dogmática jurídica rumo a uma retórica vazia (já refutada no contexto de uma teoria do discurso), mas reconhecendo que a norma jurídica também é linguagem, e, como tal, pode e deve, legitimamente, ser compreendida e trabalhada a partir da teoria lingüística.<sup>21</sup>

A norma jurídica, na esteira da teoria lingüística, pode ser concebida a partir de três perspectivas: a sintática, a semântica e a pragmática. A norma jurídica, sob uma concepção sintática, é aquela que está posta na literalidade de seus termos, impondo ao intérprete tão-somente a tarefa de expor os termos expressos no texto, a partir dos critérios oferecidos pela gramática.<sup>22</sup>

19 Afirma Alexy: "Así, se habla de algo diferente y hay que fundamentar la aseveración de manera diferente si uno entiende por norma el sentido de un acto com el que se ordena, prohíbe o permite y especialmente se autoriza una conducta o una expectativa de comportamiento contrafacticamente estabilizada, un imperativo o un modelo de comportamiento que o es realizado o, en caso de su no realización, tiene como consecuencia una reacción social, una expression de una determinada forma o una regla social". Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 49.

20 E aqui é dever acadêmico ressaltar a doutrina bem estruturada do professor Lênio Streck, que repetidas vezes tem declarado publicamente a sua "paixão" pela linguagem. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

21 Vale registrar aqui que a opção pela teoria lingüística ainda se apresenta como uma hipótese de pesquisa, pois que as implicações dessa opção ainda não são completamente percebidas e criticadas no âmbito investigativo das teorias hermenêuticas contemporâneas. Aqui se está a preconizar o giro lingüístico vivenciado a partir da segunda metade do século XX, principalmente a partir de sua segunda frente, qual seja, a filosofia de Wittgenstein, a partir da obra "Investigações filosóficas". Nesse contexto, "a linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento". Cf. nesse particular preciosas lições do Professor Lênio Streck: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 160-172.

22 Segundo Lenio Streck, nessa perspectiva da semiótica os signos mantêm relações entre si. STRECK, Lenio Luiz. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 161.

Já a norma jurídica, vista a partir de uma perspectiva semântica, oferece além da própria literalidade do texto, a idéia de significado, ou seja, ao intérprete cabe, além da tarefa de expor aquilo que está expressamente escrito, revelar o conteúdo da norma (o seu significado não-expresso). Vale ressaltar, com LENIO STRECK, que sob esta ótica, a relação do signo ocorre com os objetos designados.<sup>23</sup>

Por fim, a norma jurídica, sob a ótica pragmática, é aquela que, além de texto e significado, tem como pressuposto essencial a intersubjetividade, ou seja, a preocupação com os sujeitos comunicativos, de modo que, a sua interpretação deve necessariamente considerar o texto, o que ele quer dizer e ainda o universo de pré-compreensões daqueles que estão se comunicando.<sup>24</sup>

O professor TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, em sua obra “Teoria da norma jurídica”, propõe um modelo pragmático de apreensão e compreensão da norma jurídica, segundo o qual a norma necessariamente deve ser considerada na sua relação com seus intérpretes e usuários, estabelecendo “interações em que alguém dá a entender a outrem alguma coisa”, com especial ênfase para o tipo de relação que há entre quem fala e quem ouve.<sup>25</sup>

Nesse sentido, o professor TÉRCIO entende a norma jurídica como um discurso, no qual se encontram dois aspectos: o relato e o cometimento. “Na terminologia pragmática, o comunicador normativo não apenas diz qual a decisão a ser tomada – pré-decisão – mas também como essa pré-decisão deve ser entendida pelo endereçado – informação sobre a informação”.<sup>26</sup>

O relato seria, portanto, a pré-decisão do discurso normativo e o cometimento ou como essa pré-decisão deve ser entendida pelo endereçado. Tal distinção permite esclarecer que os discursos normativos são dialógicos, no que se refere ao aspecto relato, e monológicos, no que se refere ao aspecto cometimento, de forma que, o relato é sempre um *dubium* (não havendo limites para contestação), enquanto o cometimento é sempre um *certum* (ao endereçado só resta a posição passiva de cumprir a norma de determinado modo).<sup>27</sup>

A principal conclusão que se chega a partir da proposição dogmática de TÉRCIO FERRAZ é a de que os discursos normativos, tal como por ele apresentados, não constituem apenas enunciados prescritivos, mas proce-

23 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 161.

24 Sobre este tema, DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 20-21.

25 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 53.

26 Idem, *ibidem*, p. 50.

27 Idem, *ibidem*, p. 51.

dimentos interativos fundamentantes, “regidos pela regra do dever de prova e pela abertura ao comportamento crítico do ouvinte”.<sup>28</sup>

Ora, a visão pragmática de norma jurídica revela-se adequada para as reflexões propostas no presente estudo, pois não há como negar que toda a discussão sobre novas propostas hermenêuticas para o século XXI passa pela mediação lingüística, fatalmente reconhecida pela superação da idéia de que o conhecimento jurídico somente poderia ser construído na relação sujeito-objeto. No agora e no hoje, toda a forma de conhecimento constrói-se a partir das relações sujeito-sujeito,<sup>29</sup> girando em torno, obviamente do objeto, o que impõe ao Direito uma postura corajosa e arrojada em direção à concretização da norma (objeto) no seio de uma relação intersubjetiva (hermenêutica e lingüística). É isso que está por vir.

## 2.2 A importância do sujeito: um novo conceito de sujeito

Não se pode negar que, na história da filosofia e da ciência, a partir da segunda metade do século XX, o edifício paradigmático está sendo construído com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>30</sup>

Diante dessa premissa, acredito que o sujeito seja o responsável pela virada paradigmática experimentada com maior delineamento nesse início de século XXI. O consenso dos pensadores, filósofos e cientistas acerca da mudança de paradigma, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, e que culminou com a revolução tecnológica da última década do século passado impulsiona e justifica a necessidade de se investigar as condições de possibilidade desse novo modelo.

É óbvio que ainda há muita nebulosidade sobre o real sentido e alcance dessa virada: será que haverá uma valorização do ser humano individualmente ou uma despersonalização ainda maior diante das novas tecnologias

28 Idem, *ibidem*, p. 80.

29 Preciosas e profundas as lições do professor Lenio Streck, fazendo aporte à teoria concretizadora de Konrad Hesse nesse particular: “(...) Assim, *gadamerianamente*, Hesse, mostra como o momento da pré-compreensão determina o processo de concretização: a concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da norma a concretizar, a qual não cabe desvincular nem da pré-compreensão do intérprete nem do problema concreto a solucionar. O intérprete não pode captar o conteúdo da norma desde o ponto de vista quase arquimédico situado fora da existência histórica, senão unicamente desde a concreta situação histórica na qual se encontra, cuja elaboração (maturidade) conformou seus hábitos mentais, condicionando seu conhecimento e seus pré-juízos”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 217.

30 É bem verdade, como proficientemente anota o professor Ingo Sarlet que a questão da dignidade, acima de tudo, tem íntima relação com a própria condição humana, tratando-se de assunto perene e atual em todos os momentos históricos. Enfatiza: “Aliás, apenas quando (e se) o ser humano viesse ou pudesse renunciar à sua condição é que se poderia cogitar da absoluta desnecessidade de qualquer preocupação com a temática (...)”. SARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 27.

de informação/comunicação de massa? Para registrar esse contexto, interessante a observação de NORBERTO BOBBIO:

“O novo *ethos* mundial dos direitos do homem resplandece apenas nas solenes declarações internacionais e nos congressos mundiais que os celebram e doutamente os comentam, mas a essas solenes celebrações, a esses doutos comentários corresponde na verdade a sua sistemática violação em quase todos os países do mundo (talvez possamos dizer todos sem medo de errar), nas relações entre fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre quem sabe e quem não sabe.”<sup>31</sup>

Ora, é óbvio que o problema, se bem entendido, não nasceu após a segunda grande guerra. Pelo menos desde o início da era moderna, por meio da difusão das doutrinas jusnaturalistas racionais se tem refletido, ao menos no plano filosófico, sobre a importância do ser humano na condução de sua própria história e na definição de seus próprios direitos.

Entretanto, o desenvolvimento da temática dos direitos humanos/direitos fundamentais e a preocupação das instâncias e organismos internacionais com os sujeitos de nossa história mundial ainda não tem sensibilizado suficientemente (a ponto de provocar substanciais mudanças em termos de políticas internas e internacionais) as potências economicamente dominantes.

Tanto é que, do que se tem notícia, as discussões internacionais ainda estão aparentemente alheias ao processo de (in)formação das gerações vindouras. O controle das informações e, conseqüentemente, da formação do cidadão do século XXI é algo que merece um cuidado todo especial por parte daqueles que se preocupam efetivamente com o futuro de nossa raça e condição humana.<sup>32</sup>

Disso tudo, pode-se concluir que não há mais como desprezar a participação do sujeito na construção da história, nem como condicionar a sua formação à (in)formação que lhe é prévia e consentidamente liberada. Como um pai de família não mais consegue ter controle total sobre as mensagens que os seus filhos receberão, vendo-se embaraçados em situações e questionamentos não previstos ou previsíveis no contexto da educação premeditada e planejada para aquele universo familiar, também os detentores do poder político deverão estar atentos e preparados para os questio-

31 Do discurso “Progresso científico e progresso moral”, Turim, 7 de abril de 1995, apud Bobbio, Norberto. *Diário de um século – autobiografia*. 2. ed. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 249.

32 A lição de Peter Häberle, nesse contexto, é muito apropriada, pois a preocupação desse professor alemão com a educação é deixado explícito, com muita ênfase, na sua doutrina, destacada a partir de suas lições sobre pedagogia constitucional e fins educacionais para a cidadania constitucional. Cf. *Los fines de la educación como médios para una “pedagogía constitucional”* encontrado no sumário de sua obra: *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 187-191.

namentos e cobranças de uma sociedade informada, tendo em vista que as análises e prognósticos políticos serão cada vez mais frágeis e débeis.

Salvo uma grande catástrofe e rompimento da evolução das tecnologias de comunicação e informação, a nossa sociedade caminha para uma complexidade que há muito não é experimentada pela história da humanidade.<sup>33</sup>

E o colapso só não virá se nos prepararmos para lidar com as vias comunicativas pluralistas, em que o espaço para o diálogo é aberto e franqueado àqueles que se dispõem a negociações e construções compartilhadas de soluções para os impasses, que fatalmente surgirão e incomodarão seriamente aqueles que não se dispuserem ao novo, concebido como o diferente da tradicional postura individualista da autoridade desenvolvida ao longo dos dois últimos séculos.

Nesse contexto, a questão exsurge natural e cristalinamente: qual sujeito será o interlocutor ideal nesse processo comunicativo complexo e sem respostas-estático-corretas? Ou seja, como lidar com o pluralismo e com a complexidade sem a autoridade e a segurança lógico-dedutiva que nos legou o paradigma positivista para as ciências humanas dos séculos XIX e XX?

O sujeito desse século XXI não pode ser o sujeito do século XIX que buscava a sua liberdade perante os desmandos do absolutismo recém derrubado, nem pode ser o sujeito do início do século XX, que assustado com a revolução industrial, lutava pela igualdade com a já conquistada boa condição de vida dos burgueses liberais, mas é um sujeito do terceiro ideal da Revolução Francesa, o sujeito da solidariedade e que se despersonifica, deixando a sua individualidade e abrindo mão de sua coletividade restritivista para buscar na dignidade humana o vetor de suas ponderações culturais mais pessoais, seja em que ambiente cultural tenha escolhido para viver, a vida toda ou parte dela.

Ora, o sujeito do século XXI é aquele que, apesar de ter consciência de sua posição de indivíduo, não se sustenta só nisso, pois somente como membro de uma coletividade e inserido no conceito difuso de cidadão é que ganha a força da sua liberdade e igualdade perante os demais, sempre em busca de sua dignidade como ser humano.<sup>34</sup> É aquele que se reconhece

33 E aqui se preferiu a postura ponderada de quem não esteve vivendo a cultura da humanidade em todos os momentos para avaliar se houve, em algum outro tempo da história, revolução preparada pelo próprio homem tão significativa quanto à comunicação veloz e altamente efetiva como a que se vivencia nos dias de hoje.

34 É sintomática, e por vezes cansativa, a recorrência ao princípio da dignidade humana como baliza para as considerações acerca da metodologia para a solução de casos difíceis, principalmente quando envolvem questões em que se faz necessária a concretização dos direitos fundamentais. Por isso, faz-se imprescindível um estudo mais profundo sobre este princípio, levando-se em consideração a sua aplicação nos diversos contextos culturais.

como parte de um todo que lhe dá força para lutar contra os mais poderosos e como identidade cultural suficiente para compartilhar as suas boas condições de vida com os mais próximos, mas não no plano abstrato-filosófico (como fizeram seus antecessores muito bem-feito), mas no plano concreto, da vida real, das rotinas pessoais (modo de viver) e profissionais (modo de produzir) nas mais diversificadas partes do mundo.

Talvez seja difícil perceber e compreender o conceito de sujeito resgatado na teoria pós-moderna, ou na teoria pós-positivista como tenho chamado,<sup>35</sup> pois ao mesmo tempo que ele é um sujeito individual que sabe da sua dignidade e da sua identidade como um (dignidade esta conquistada por meio de uma educação adequada), ele também reconhece a importância de emprestar essa identidade para a cidadania, tendo em vista que de outra forma será muito difícil fazer valer os seus direitos fundamentais.

O sujeito individualizado ganha “força de negociação”<sup>36</sup> no sujeito coletivo e “poder”<sup>37</sup> no sujeito difuso, formando uma noção complexa que se apresenta como condição de possibilidade de manifestação democrática no século XXI. Isso porque, diante do bombardeio de informações, revela-se quase impossível que o sujeito individualizado do século XIX consiga manipular a “força de negociação” e o próprio “poder” se não agir naquelas condições, pois há forte herança de chantagem e de manipulação deixada pelos sujeitos-personalidades que individualmente dominavam “força” e “poder” nos séculos XIX e XX.

### 2.3 A pré-compreensão do sujeito: elemento imprescindível da concretização

Se é verdade que o sujeito individual se coloca à disposição do sujeito coletivo e do sujeito que cede a sua identidade a uma comunidade universal (plano difuso), isso não quer dizer que a história particular dos sujeitos não seja importante para a formação da pré-compreensão norteadora da razão intersubjetiva.

35 Para evitar qualquer tipo de erro comunicativo, venho esclarecer que a teoria pós-positiva tal qual utilizo em minhas aulas e meus escritos é aquela que supera a noção unidimensional do positivismo jurídico da Escola do Direito, que preconizava a pureza do sistema normativo-jurídico, para reconhecer: o sistema normativo aberto composto por regras e também por princípios; reconhecer o caráter pragmático da norma jurídica, que considera o sujeito como elemento primordial do construído normativo; e, por fim, que reconhece como metodologia própria e adequada da Ciência Jurídica a hermenêutica concretista desenvolvida a partir da giro lingüístico da segunda metade do século XXI.

36 Aqui me refiro à capacidade de dispor de elementos de barganha para um verdadeiro processo de negociação diante de um impasse, como por exemplo, força de trabalho, quantidade de produtos, mercado de consumo etc. Ora, aquilo que parece ínfimo porque no plano individual representa muito pouco, torna-se importante e grande no plano coletivo, considerando o resultado final almejado e atingido.

37 O conceito de poder aqui transpõe-se para o plano da filosofia política, nos termos da qual, de uma forma bastante simplificada, o poder é a capacidade de fazer o outro curvar-se a sua vontade.

A idéia de que não há neutralidade possível, mas de que a imparcialidade é ainda uma aspiração da pós-modernidade, não se apresenta como um paradoxo. Somente considerando a hipótese de que o sujeito leva a sua individualidade para o ente coletivo e para o ente difuso é que se pode livrar verdadeiramente o Direito do fantasma do subjetivismo e, conseqüentemente, do voluntarismo, que pode gerar arbitrariedades.

Explico melhor: a segurança jurídica e a imparcialidade no Direito não são conquistadas apenas quando se nega a presença do sujeito no processo de elaboração/construção da norma jurídica concretizada (objeto do Direito), mas pelo contrário, o reconhecimento dos sujeitos individualizados no processo, conjugada com a possibilidade procedimental de transparência dos pontos de vista (*topoi* do discurso concretista), permitirão um controle do subjetivismo/voluntarismo e a conseqüente criação de uma vontade individual, coletiva ou difusa, legitimamente reconhecida.

Dessa forma, a história de cada sujeito individual envolvido no processo de tomada de decisões jurídicas revela-se como um importante dado na formação da pré-compreensão individual, coletiva e difusa do sujeito que, por legitimidade, assinará a decisão; lembrando-se de que, na sociedade pós-moderna, será muito pouco provável que uma “grande obra” não seja fruto de um trabalho coletivo, com elementos de influência até mesmo difusos (sem origem identificada), que agrega experiências e esforços compartilhados de uma determinada comunidade histórica e culturalmente situada.

Ora, não há mais lugar na história para sujeitos puramente individuais, movidos pelos seus universos pré-compreensivos limitados por suas vontades e paixões personalíssimas, porque estes sujeitos, ao manifestarem seu poder, serão imediatamente rejeitados e excluídos (seja por que mecanismo for), pois a autoridade individual terá que ceder lugar à autoridade legitimada, que necessariamente é colegiada e/ou democraticamente influenciada, o que tem como premissa organizativa a fórmula institucional e procedimental<sup>38</sup> (ou mesmo de canais de participação da democracia direta, menos provável na minha visão).

Assim sendo, faz-se necessária a preocupação com a formação de cidadãos capazes de perceber, nas suas relações intersubjetivas, as premissas pré-compreensivas individuais, coletivas e difusas, para que elas sejam conscientemente colocadas no bojo da discussão dialética de teses e antíteses, em busca de sínteses que possam representar, ainda que momentanea-

38 Aqui não há como deixar de registrar a influência da doutrina do professor Peter Häberle, enfatizando a importância da proceduralização para o exercício e a concretização dos direitos fundamentais. Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

mente, a pré-compreensão coletiva do grupo a que pertence, cultural ou institucionalmente.<sup>39</sup>

## 2.4 O cidadão educado e participativo: formação da sociedade aberta de intérpretes da Constituição

A formação de uma identidade constitucional pressupõe esforço pedagógico direcionado para o objetivo de construção de cidadania. Não há como investigar os pressupostos culturais de uma sociedade que sequer se reconhece como identidade suficientemente coesa capaz ao menos de refletir sobre os seus próprios valores. Trata-se de um desafio, principalmente se for considerada a realidade brasileira atual.

É bem verdade que a inspiração para projetos de educação cultural para a cidadania poderia ter mais de uma dezena de autores como norte teórico, porém, conforme já registrado anteriormente, a minha simpatia acadêmica aos ensinamentos de PETER HÄBERLE revela-se inafastável, de forma que as considerações sobre o cidadão aqui apresentadas serão explicitamente vinculadas à idéia de cidadão constitucional, ou seja, ao membro da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, tal qual proposta pelo professor HÄBERLE.<sup>40</sup>

A idéia basilar da teoria cultural e pluralista do professor PETER HÄBERLE é a de que a interpretação do texto constitucional não é tarefa exclusiva dos magistrados que compõem a jurisdição constitucional, devendo a interpretação ser um processo aberto, conhecedor de múltiplas possibilidades e alternativas diversas, de forma que a ampliação do círculo dos intérpretes é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação.<sup>41</sup>

A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juizes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade, sendo errado reconhecer que as influências, as expectativas e as obrigações sociais a que tais intérpretes oficiais estão submetidos são aspectos negativos, que ameaçam a sua independência. Tais influências, em seu mais amplo sentido, constituem parte da

39 Esta formulação está intimamente influenciada pela perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, no contexto do que Canotilho chama de teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais. Explico melhor: somente quando se toma como premissa da própria compreensão da decisão jurídica o edifício dos direitos fundamentais, não os considerando como direitos subjetivos públicos (tal qual proposto na lição de Jellinek, a partir dos quatro estados), mas como elementos objetivos que se autonomizam como tópicos imprescindíveis do discurso decisório, é que se revela possível perceber a importância da formação do sujeito no contexto de uma "Ciência dos Direitos Fundamentais".

40 O texto base de nossas considerações, nesse contexto, será: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

41 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

legitimação do intérprete oficial, evitando o livre arbítrio da interpretação judicial.<sup>42</sup>

Quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que dela devem participar. Deve-se enxergar a Constituição como um processo público, ou seja, como um construindo a partir de uma dinâmica dialética inserida na forma de exercício do poder do Estado, em todas as suas esferas: Executivo, Legislativo e Judiciário. E para não deixar esse exercício do poder dissociado da idéia de democracia, faz-se necessário estimular, viabilizar e conduzir o processo de participação do cidadão constitucional na concretização dos direitos ali protegidos.<sup>43</sup>

É bem verdade que a Constituição pode ser concebida sob diversos aspectos,<sup>44</sup> mas, no presente estudo, prefere-se aquele sentido em que a Constituição é entendida como um processo público, nitidamente influenciada pela teoria democrático-pluralista.<sup>45</sup>

A teoria democrático-pluralista informa que o processo de formação da vontade democrática não assenta nem no povo indiferenciado dos sistemas plebiscitários, nem no indivíduo abstrato da teoria liberal, mas em grupos definidos por meio da freqüência de interações sociais.<sup>46</sup> Na perspectiva de PETER HÄBERLE, a constituição escrita é uma moldura, ou seja, uma lei necessária, mas fragmentária, indeterminada e carecida de interpretação, do que decorre, por outro lado, que a verdadeira constituição será o resultado – sempre temporário – de um processo de interpretação conduzido à luz da publicidade.

Assim, PETER HÄBERLE propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista, tendo em vista o papel funda-

42 Tais considerações foram inferidas da leitura de: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

43 Não se pode deixar de registrar aqui a grande dificuldade de pensar em cidadania constitucional para a realidade brasileira, em que ainda se luta por direitos básicos como saúde, trabalho, moradia, salário mínimo digno etc. Por outro lado, é preciso ressaltar que sequer os profissionais do Direito, envolvidos diretamente com os intérpretes oficiais (quando não se confundem com eles), não têm formação adequada para serem interlocutores qualificados da sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Ora, a adequação da pedagogia constitucional como instância formadora de cidadania constitucional faz-se presente não apenas no seio da sociedade desinformada e com tantas carências, mas também no seio da sociedade educada, mas em qualquer formação de cidadania constitucional. Este é o público que, no Brasil, merece, pelo menos em um primeiro momento, a atenção da proposta de Peter Häberle.

44 Sobre as diversas concepções de Constituição cf. MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 22-52.

45 Tal qual proposta por HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

46 Segundo Häberle, o povo dá lugar ao sujeito histórico capaz de lutar pelos seus direitos fundamentais, de forma que só se perfaz quando os cidadãos têm plena autonomia para o exercício de sua cidadania, por meio de instrumentos processuais postos a sua disposição. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 36-38.

mental da Constituição Federal para o Estado e para a sociedade, defendendo que “todo aquele que vive a Constituição Federal é um seu legítimo intérprete”.<sup>47</sup>

Essa compreensão, segundo o professor INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, apesar de apresentar-se fascinante, sobretudo para aqueles que, a pretexto de combaterem o positivismo e a dogmática jurídica baseada na lógica-dedutivista partem para uma visão procedimentalista do Direito e do Estado, não é a panacéia, pois por esse caminho é possível acabar-se dissolvendo a normatividade constitucional numa dinâmica absoluta e retirando da lei fundamental uma de suas mais importantes dimensões, que é precisamente a de servir de instrumento ordenador, conformador e estabilizador da vida social.<sup>48</sup>

CANOTILHO, que inegavelmente admira as posições de PETER HÄBERLE, ao fazer o balanço crítico da teoria de HÄBERLE, opõe-lhe a ressalva de que, caracterizada como processo, a lei fundamental apresenta-se com pouca força normativa, pois a pretexto de abertura e de existencialismo atualizador do pluralismo, o que se tem em verdade é a dissolução da normatividade constitucional na política e na interpretação, faltando pouco para se concluir que legiferação constituinte e interpretação constitucional são uma coisa só.<sup>49</sup>

Assim, diante da objeção de que o círculo aberto de intérpretes prejudicaria a unidade da Constituição, é preciso levar em consideração, pelo menos a seguinte premissa: a própria abertura da Constituição demonstra que não apenas o juiz da jurisdição constitucional participa do processo interpretativo, pois, sendo a Constituição o documento fundamental do Estado de Direito, consagrando direitos dos cidadãos e estabelecendo limites e competências para a atuação de entes, entidades e agentes políticos no exercício do poder, todos os destinatários da norma constitucional devem ser considerados seus legítimos intérpretes.<sup>50</sup>

O cidadão educado e participante da sociedade aberta, a partir dessa perspectiva, é aquele que: a) conhece as decisões da Corte Constitucional,

47 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 24.

48 COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 137, ano 35, p. 157-164, jan./mar. 1998; e \_\_\_\_\_. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 138, ano 35, p. 185-191, abr./jun. 1998.

49 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 476.

50 Esta definição não tem uma vinculação específica com nenhuma das concepções de Constituição apresentadas pela doutrina constitucionalista, aproximando-se de uma ou outra a partir de seus aspectos. Na verdade, é a concepção mais tradicional, originária, talvez até de matriz liberal, mas que associada à liberdade gerada pelos direitos de 4ª geração, quais sejam, direito à democracia, informação e pluralismo de idéias defendidos por Paulo Bonavides, tem forte tendência à concretização do Estado Democrático de Direito. Sobre os direitos de 4ª geração conferir: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 524-526.

tendo a chance de contextualizá-las, no plano social, político e econômico do seu país; b) conhece a política governamental e parlamentar de densificação das normas constitucionais; c) consegue individualizar os argumentos utilizados pelos juízes da jurisdição constitucional, bem como a retórica do Tribunal Constitucional; d) tem liberdade democrática para criticar as decisões tomadas pela Corte, de forma científica e bem articulada.<sup>51</sup>

É em busca dessa via comunicativa que são estabelecidas as bases teóricas da sociedade pluralista, premissa de nossas considerações. Vamos a elas.

## **2.5 A via da comunicatividade jurídica: a sociedade conectada e pluralista em busca de procedimentos adequados ao diálogo constitucional democraticamente legítimo**

Durante o período totalitário, a hermenêutica jurídica, bem como toda a perspectiva comunicativa do Direito esteve adormecida, pois qualquer idéia de interpretação, ou busca de diálogo acerca do significado dos comandos normativos, não podiam ir além da orientação exegética que dispunha a concepção positivista-legalista do Direito.<sup>52</sup>

Os instrumentos de informações dos juízes constitucionais, principalmente os do Supremo Tribunal Federal, devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas de participação no processo de controle de constitucionalidade (seja ele abstrato ou difuso), fazendo com que o processo constitucional possa, em alguma medida, ser associado ao direito de participação democrática, conforme propõe HÄBERLE.<sup>53</sup>

E, a partir dessa visão, a Constituição passa a ser um espelho da publicidade e da realidade. Entretanto, não é apenas um espelho, sendo a própria fonte de luz (função diretiva eminente), de modo que a possibilidade e a realidade de uma livre discussão do indivíduo e de grupos sobre as normas constitucionais. Os efeitos pluralistas sobre a interpretação constitucional prestam à atividade de interpretação um caráter multifacetado, o qual apesar de parecer ameaçador à força normativa da Constituição, lhe dá o seu verdadeiro caráter: o de construção de uma sociedade constitucional livre, democrática e solidária.<sup>54</sup>

51 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 11-15.

52 Num ambiente de extrema centralização decisória, como é natural em períodos de exceção democrática, não era útil nem desejável que se aprofundassem os estudos da hermenêutica, interpretação e concretização da Constituição, pois somente em um ambiente de inspiração democrática, ainda que seja democracia nascente e em elaboração é que ganha relevância estudos como o proposto neste trabalho.

53 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 11-15.

54 Idem, *ibidem*, p. 46-49.

Ora, a partir da concepção de que a interpretação do texto constitucional não é tarefa exclusiva dos juízes que compõem a jurisdição constitucional (no caso, os Ministros do STF), nem dos legisladores que densificam os comandos constitucionais (intérpretes oficiais reconhecidos e legitimados pelo próprio sistema), alunos e professores, membros da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, devem, a partir de seus estudos e pesquisas, conhecer as decisões da Corte Constitucional, tendo a chance de contextualizá-las no plano social, político e econômico, bem como conhecer a política governamental e parlamentar no plano da eficácia das normas constitucionais, para instrumentalizarem-se à participação qualitativa no debate acerca do significado de tais normas.<sup>55</sup>

Esta é a cidadania constitucional mais imediatamente possível no contexto brasileiro, em que as fórmulas processuais e procedimentais já se encontram à disposição dos cidadãos, principalmente dos bacharéis em Direito, para participação ativa no processo de concretização das normas constitucionais.

Porém, a história brasileira recente demonstrou que não bastam fórmulas normativas de participação no processo de construção/desvelamento de sentido das normas constitucionais. Há mais a ser feito, pois enquanto os intérpretes oficiais e não-oficiais não perceberem a insuficiência dos postulados de SAVIGNY para a resolução de problemas constitucionais, que se tornam cada vez mais específicos e sofisticados, e enquanto os professores e estudantes de Direito não se derem conta de qual o seu papel na história de formação e construção ativa da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, não há possibilidade histórico-cultural de avanço, pois mesmo que os meios comunicativos estejam à disposição (como já é o caso de nossa realidade), a verdade é que não há comunicação sem sujeitos interlocutores (abertos a dialogar).

Ora, o diálogo constitucional democraticamente legítimo ainda não acontece no Brasil, menos por causa da dogmática jurídica conservadora (uma vez que se formos considerar a própria visão positivista clássica, não se precisaria de um grande esforço para reconhecer a sua viabilidade<sup>56</sup>), mas principalmente pela falta de atitude mais participativa dos próprios

55 Aqui vale a pena registrar a experiência vivenciada no Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC, que constitui um espaço institucional aberto à experimentação do marco teórico comunicativo constitucional proposto neste estudo. Trata-se de um núcleo de estudos e pesquisas que congrega alunos e professores interessados nos debates sobre Direito, Constituição e práticas constitucionais. Atualmente está vinculado ao Núcleo de Pesquisa e Monografia Jurídica da Faculdade de Direito do UniCeub, em Brasília, Distrito Federal, sob a coordenação desta autora.

56 A par de todas as oportunidades processuais oferecidas às partes no diálogo com os juízes no curso do processo civil e penal brasileiro, também as leis que regulamentaram o processo constitucional, para o controle abstrato de norma, previram a possibilidade de *amicus curie* (art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99). É bem verdade que os próprios interlocutores oficiais estão relutando para ceder à prática dialógica, mas a história não perde nunca, ela tem muita paciência para aguardar o momento e a conjuntura mais favorável aos seus “caprichos”.

cidadãos, que ainda estão enclausurados no modelo de inércia quando se trata de exercício de cidadania.

Na minha opinião, uma das coletividades/classes mais responsáveis pela falta de legitimidade das decisões constitucionais em nosso País são os profissionais do Direito, pois que eles são interlocutores privilegiados dentro do processo de concretização das normas constitucionais e, na maior parte das vezes, sequer têm interesse pelas questões postas.<sup>57</sup>

Assim sendo, poderiam os críticos e os acadêmicos (aqui incluindo os cientistas e estudantes) lançarem mão de parcela de seus esforços para produzir conhecimento e crítica contextualizada, ou seja, concretizada na prática de escolas de pensamento especializadas em tecer comentários e fomentar discussões sobre a prática constitucional de nossas instituições democráticas, principalmente do Supremo Tribunal Federal.<sup>58</sup>

## **2.6 Metodologia de concretização: a resposta-estático-correta e a dúvida-dinâmico-criativa na práxis concretizadora das normas constitucionais**

O primeiro grande entrave à proposta de criticar e discutir a concretização das normas constitucionais levada a cabo pelas instâncias de poder, as instituições democráticas,<sup>59</sup> é a inexistência, na tradição romano-germânica brasileira, de uma metodologia adequada para a análise e discussão de casos, que invariavelmente são mais complexos e complicados que as formulações teóricas.

57 Tenho defendido que o processo comunicativo democrático só terá melhores condições quando os profissionais do Direito, e aqui a responsabilidade dos cientistas e educadores jurídicos é maior ainda, puderem ser interlocutores mais qualificados das instâncias de poder que concretizam a Constituição. O que se percebe, a partir da experiência prática nos tribunais, nos órgãos legislativos e na administração pública em geral é que os bacharéis em Direito estão cada vez menos educados em termos de cidadania constitucional, ou seja, apesar de vivenciarem os comandos constitucionais em seu dia-a-dia não estão interessados em pensar o processo e participar ativa e criticamente do debate, contribuindo para a reprodução acrítica dos velhos e inadequados paradigmas de concretização.

58 Ressente-se o Brasil pela ausência de uma Escola Pragmática de Direito Constitucional, que além da epistemologia jurídica, tão importante e necessária, investisse também na discussão prática das decisões de poder, ou seja, na crítica bem situada das decisões do STF, das nossas leis e sua aplicação prática pelos tribunais pátrios, bem como das decisões administrativas. Por aqui, ainda hoje todo e qualquer comentário crítico está a cargo dos jornalistas ou de meia dúzia de juristas de plantão que, como grandes personalidades, oferecem suas opiniões onipotentes sobre tudo e todos. Ora, já é passada a hora de adentrarmos no seio da democracia e encontrar novas fórmulas de construir a Constituição brasileira de 1988.

59 Aqui não se está a defender as instituições brasileiras a partir da afirmação categórica de que são democráticas na sua essência pragmática, ou seja, na procedimentalização e concretização de seus objetivos verificados no dia-a-dia de suas atividades, mas se está a preconizar que, nos termos da Constituição que instaura e reconhece o Estado Democrático de Direito (art. 1º), todas as instituições inseridas nesse Estado para exercício de poder (uno, indivisível e indelegável) devem estar sob a influência do dever-ser democrático. Se isso não acontece no plano da realidade, ao menos apresenta-se como uma exigência expressa da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

A nossa tradição acadêmica sabe, com proficiência, travar embates teóricos, profundos e sofisticados em termos epistemológicos e filosóficos. Porém, há grande dificuldade de se dissecar a vida real, o resultado da rotina jurídica das instituições e das organizações com a mesma acuidade. Em geral, os que se aventuram a essa tarefa revelam-se despreparados em termos metodológicos e mais generalistas em termos filosóficos, o que descredencia as suas considerações à categoria de “meros palpiteiros”.

Por óbvio que essa realidade clama mudanças. A superação do paradigma positivista, já amplamente preconizada,<sup>60</sup> tem pelo menos uma conseqüência inafastável: a de que o discurso dogmático-científico cede lugar ao discurso dialético-retórico, o que importa dizer que se deixa de ter uma resposta única, correta e irrefutável para se apresentar uma tese aberta a uma antítese numa dinâmica criativa que só terá um ponto final no consenso dos interlocutores, criado no contexto de legitimidade.<sup>61</sup>

Isso, entretanto, não quer significar, como pretendem alguns juristas,<sup>62</sup> que se está relegando a segurança jurídica e a competência do Estado para o exercício do poder a um segundo plano. Não, pelo contrário, a partir de uma visão de constante renovação da legitimidade (porque não mais se trata de legitimidade preconcebida, mas construída caso a caso) as competências se densificam e qualificam o discurso em prol da segurança jurídica.

Na verdade, é muito mais difícil ser incoerente com as decisões tradicionalmente tomadas, se, a cada nova decisão, se está a lutar pela legitimidade institucional para a tomada da próxima decisão. O Direito deixa de movimentar no eixo (ilusório) de que há uma resposta única e correta, dogmaticamente comprovável no seio científico, e passa a crer num consenso histórico mínimo que resguarda o sujeito de ser tachado de conservador ou vanguardista. Ora, na verdade, há uma terceira via, a do sujeito ponderado que, num constante processo de legitimação ajusta as suas opções valorativas e toma decisões históricas situadas e definidas no tempo e no espaço (que não significa espaço físico, mas cultural).

A percepção de que o processo hermenêutico está sob o crivo dos “caprichos da história” e pela inexorável força de seus acontecimentos, dá uma dimensão histórico-existencialista para a metodologia do nosso tempo, ou seja, informa que a hermenêutica e a interpretação constitucional so-

60 Sobre a superação do paradigma positivista, vide por todos: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 17-19.

61 Vale a pena conferir obras sobre argumentação jurídica. Por todos vide: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

62 Vinculados naturalmente à visão tradicional do Direito como ciência das normas jurídicas e nada mais (...) sob a influência, consciente ou inconsciente, da doutrina da teoria pura do Direito da Escola de Viena, traduzida por Hans Kelsen. Para ter uma visão panorâmica e crítica da teoria pura do Direito cf: VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura do direito: repasse crítico de seus principais fundamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

mente se realizam a partir de casos concretos,<sup>63</sup> em que se misturam texto normativo, realidade normatizada e sujeito constitucionalmente inserido no processo de compreensão e expressão do significado do texto.

A partir dessa consciência, não se travam mais os embates sobre as certezas jurídicas, nem sobre as verdades e falsidades de nossa Ciência, mas, sim, sobre as condições de possibilidade de construções jurídicas adequadas e ponderadas, as quais têm como parâmetros as sociedades para onde as normas constitucionais se projetam.

Por óbvio que ainda não há um modelo pronto para se proceder à análise de casos, em busca de um diálogo no processo de construção das normas constitucionais, porém, o professor CANOTILHO<sup>64</sup> oferece um caminho metodológico que acho importante reproduzir aqui, para que as palavras escritas não caiam no vazio do que elas mesmas se propõem a criticar: ausência de propostas.

A receita metódica do professor CANOTILHO é:

- a) escolher um caso difícil (*hard case*) e paradigmático (*standard-case or leading-case*);
- b) descrever o contexto do caso, em dois planos: o sociológico (qual o problema que desencadeou o caso e os fatos que lhe deram origem) e o legislativo (qual a política de governo e do parlamento formulada para a questão);
- c) explicitar o texto da norma constitucional envolvida e o seu significado (aqui devem ficar assentadas as normas constitucionais específicas e as suas interpretações em casos análogos);
- d) deixar claras as controvérsias constitucionais suscitadas pela regulação legislativa para a questão;
- e) revelar os argumentos envolvidos;
- f) expor a retórica argumentativa do Tribunal Constitucional;
- g) explicitar qual foi a decisão elaborada pelo Tribunal Constitucional (criticando-a, se for o caso).<sup>65</sup>

Para que a análise do precedente ocorra de forma satisfatória, faz-se necessário que o pesquisador domine a teoria de direito processual e material utilizadas, bem como tenha noções acerca de teoria do discurso e ar-

63 Não há dúvidas de que aqui se está a preconizar metodologia concretista, a partir do modelo do *case law* experimentado principalmente nos Estados Unidos. Mas, por outro lado, não se está a sugerir uma importação cega deste modelo para o caso brasileiro, conscientes de que a tradição histórica romano-germânica há de ser sempre considerada.

64 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1046-1047.

65 *Idem*, *ibidem*, p. 1046.

gumentação jurídica, pois será tanto mais profunda e proveitosa a análise quanto maior for o grau de entrosamento do pesquisador com o objeto pesquisado, no que diz respeito aos marcos teóricos utilizados.

Não há como analisar um precedente de forma qualitativa, sem atentar para as regras clássicas da teoria do discurso e argumentação, porém talvez seja interessante aventurar-se nesse aspecto metodológico de investigação, lançando mão de modelos já propostos.

Assim, apesar de ser essencial ter noções mais exatas acerca de teoria do discurso e argumentação jurídica para a análise do precedente, a seguir se expõe uma sugestão de roteiro para análise de precedente:

- a) descrição da situação fática;
- b) descrição das peculiaridades processuais (ação, pedido, causa de pedir etc.);
- c) descrição das normas envolvidas (constitucionais e infra-constitucionais);
- d) descrição das controvérsias interpretativas (Judiciário/Legislativo);
- e) descrição dos argumentos jurídicos e não-jurídicos da decisão, identificando-os um a um;
- f) descrição e análise da retórica argumentativa do Tribunal (análise crítica dos argumentos utilizados);
- g) descrição e análise crítica da decisão final do Tribunal (adequação/correção ou não, entre provimento e pedido).

A partir do modelo proposto, a investigação, no plano do Direito Constitucional avança na direção do concretismo, ou seja, das amplas possibilidades oferecidas pela nova hermenêutica constitucional, principalmente a partir da segunda metade do século XX, como será exposto a seguir.

### **3 HERMENÊUTICA CONCRETISTA DE PETER HÄBERLE: UMA PROPOSTA ADEQUADA PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO DO SÉCULO XXI**

Conforme já preconizado, as considerações do presente trabalho foram feitas de forma a desembocar na análise da hermenêutica constitucional, a partir do paradigma concretista proposto pelo professor PETER HÄBERLE.<sup>66</sup>

66 A proposta do professor Häberle será inferida a partir da leitura de algumas de suas principais obras traduzidas para o português e espanhol.

É o professor PAULO BONAVIDES quem apresenta a proposta do professor HÄBERLE vinculada à concretização, afirmando que: “um dos métodos de interpretação das Constituições que a tópica mais de perto influenciou nos dias atuais foi o método concretista da ‘Constituição aberta’, teorizado na Alemanha pelo professor PETER HÄBERLE, autor de importantes e inovadoras obras de Direito Constitucional”.<sup>67</sup>

Por honestidade acadêmica, apesar da opção expressa pela análise da problemática posta a partir das lições do professor HÄBERLE, não se pode deixar de mencionar a importante contribuição de autores como RUDOLF SMEND, THEODOR VIEHWEG, KONRAD HESSE e outros mais no direcionamento do debate inserido na reflexão hermenêutica da segunda metade do século XX, pois todos eles, de uma forma ou de outra, influenciaram a doutrina que aqui será exposta, considerando que PETER HÄBERLE, freqüentemente em suas obras, faz referência aos juristas de WEIMAR como os gigantes que, em seus ombros, o sustentaram para chegar onde chegou.<sup>68</sup>

A análise da hermenêutica constitucional, pelos rumos da doutrina do professor PETER HÄBERLE: conduz a considerações sobre o Estado e o Poder, a partir da trilogia da Revolução Francesa, qual seja, liberdade, igualdade e fraternidade,<sup>69</sup> investiga a teoria da constituição como ciência da cultura,<sup>70</sup> enfrenta a idéia pluralista de Constituição,<sup>71</sup> desenha os contornos de uma pedagogia constitucional<sup>72</sup> como metódica para formação do cidadão da sociedade aberta de intérpretes da Constituição<sup>73</sup> e, por fim, posiciona-se diante do método comparativo como condição de possibilidade da dinâmica hermenêutico-concretizadora das Constituições em geral e dos direitos fundamentais em particular,<sup>74</sup> em um novo constitucionalismo.

67 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 465.

68 A genealogia acadêmica de Häberle foi revelada pelo próprio autor em entrevista que concedeu a Balaguer Callejón. Cf. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Um jurista europeo nacido em Alemania. In: *Anuário de Derecho Constitucional*, Universidad de Murcia, n. 9, p. 11, 1997.

69 Nesse sentido, HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional*. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998.

70 Marco teórico desse tópico: HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

71 As principais idéias dessa premissa são retiradas de HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

72 Segundo Häberle, a pedagogia constitucional é uma consequência da teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, tratando-se de uma verdadeira concepção pedagógica de Constituição, a qual impõe a idéia de que a Constituição não é somente um guia para os juristas e os políticos, mas para todos os cidadãos. HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 190-191.

73 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – Sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

74 Sobre os problemas atuais da interpretação dos direitos fundamentais no Estado Constitucional, cf. HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Trad. Jürgen Saligmann e César Landa. Peru: Fondo Editorial da Pontificia Universidad Católica Del Peru, 1997, p. 253-347.

Não há como deixar de registrar que as lições do professor PETER HÄBERLE têm notória influência na construção do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição deste século XXI, de forma que a proposta aqui formulada, qual seja, a de analisar os novos rumos da hermenêutica constitucional a partir dos pressupostos teóricos do professor alemão, justifica-se sem maiores esforços.<sup>75</sup>

### 3.1 O futuro do Estado Constitucional sob a perspectiva da Revolução Francesa

Ao analisar os modelos de Estado Constitucional, tanto os europeus quanto os norte-americanos, HÄBERLE propõe três *tesis*: 1789 como irrenunciabilidade do passado; 1789 como princípio de esperança; e 1789 como princípio de responsabilidade.<sup>76</sup>

Em termos de dogmática constitucional, 1789 representa, em um primeiro plano, uma garantia constitucional de manutenção de alguns conteúdos irrenunciáveis para o Estado Constitucional, os quais são parcialmente localizados na referência do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789: separação de poderes, direitos humanos e, ainda que implicitamente, a primazia da Constituição. As palavras de HÄBERLE são elucidativas nesse sentido:

*“Los derechos del hombre y su fundamento, a 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.”<sup>77</sup>*

Na segunda perspectiva, 1789 representa o princípio da esperança, ou seja, crença no sujeito, no homem educado, ativo e participativo, crença na sociedade aberta no sentido de POPPER,<sup>78</sup> nos direitos do homem, não apenas no aspecto dos direitos individuais, mas também dos direitos coleti-

75 Alguns professores de Direito Constitucional além fronteiras tem mesmo falado da linha de pensamento do Professor Häberle, sobre a expressão “perfil renascentista de Häberle”, com a intenção de expressar com isso a enorme bagagem intelectual do professor alemão, que congrega em sua vasta bibliografia reflexões que envolvem filosofia, literatura, música, artes em geral e, mais de perto, o Direito. Cf. VALADÉS, Diego. HÄBERLE, Peter: un jurista para el siglo XXI. Estudio introductorio. In: *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. XXI e ss.

76 HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional*. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998, p. 87-92.

77 HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional*. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998, p. 88.

78 Aqui a referência é o livro: POPPER, Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987.

vos da humanidade, no sentido do idealismo alemão e de sua vocação cívica universal.<sup>79</sup>

A perspectiva da esperança para HÄBERLE reflete-se no modelo de sociedade aberta composta por cidadãos cuja imagem seja moderadamente otimista, que resguarda valores culturais, tais como liberdade, justiça, solidariedade ou mesmo os clássicos liberdade, igualdade e fraternidade.<sup>80</sup>

Por fim, 1789 como princípio de responsabilidade indica a imediata exigência da consagração jurídico-positiva e ético-social do postulado da fraternidade de 1789. Representaria um modelo ideal de fraternidade do cidadão com o concidadão. Segundo HÄBERLE, são indicativos dessa exigência o princípio do Estado Social, de proteção dos direitos fundamentais sociais, a vinculação da sociedade à sua função social e, na Alemanha, a fórmula do Tribunal Constitucional da referência comunitária para a imagem do homem-cidadão. Também a proteção ao meio ambiente pode ser identificada com a máxima da responsabilidade.<sup>81</sup>

HÄBERLE identifica o princípio da responsabilidade com um modelo proposto por H. JONAS, segundo o qual o cidadão de hoje deve trabalhar de tal modo que as conseqüências de suas ações sejam compatíveis com uma futura existência humana minimamente digna.<sup>82</sup> São palavras de H. JONAS reproduzidas por HÄBERLE: "*obra de tal modo que las consecuencias de tu acción resulten compatibles con una futura existencia humanamente digna, esto es, con el derecho de la Humanidad a sobrevivir sin límite en el tiempo*".<sup>83</sup>

Segundo HÄBERLE, a Revolução Francesa juntamente com as contribuições inglesa e norte-americana são responsáveis pelo Estado Constitucional moderno, bem como pelos seus elementos político-constitucionais. Para ele, os ideais da Revolução Francesa, especialmente a fraternidade, segue sendo um mandato para o Estado Constitucional como uma produção comunitária paneuropeia/atlântica e, quem sabe, como oportunidade e compromissos universais.<sup>84</sup>

79 HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional*. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998, p. 88.

80 Idem, ibidem, p. 99.

81 Idem, ibidem, p. 90.

82 E o próprio Häberle aqui pontua a responsabilidade dos europeus nas suas relações com o Terceiro Mundo: "*Ello afecta también a nuestra relación con el Tercer Mundo*". Cf. HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional*. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998, p. 90.

83 VEASE, H. Jonas. Das prinzip verantwortung, apud, Häberle, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional*. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998, p. 91-92, nota 19.

84 HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional*. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998, p. 93-95.

Nessa visão, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade remetem para um exigente e esperançoso projeto de Estado Constitucional para o século XXI, apontando para uma cultura histórica que está sendo construída a partir do objetivo comum dos Estados Constitucionais ocidentais aportados e conectados na (e pela) idéia de dignidade da pessoa humana.<sup>85</sup>

### 3.2 Teoria da Constituição como ciência da cultura: em busca de um diálogo para o pluralismo

É o próprio HÄBERLE quem condensa em dez teses as idéias apresentadas em seu livro, cujo título, por si só, já revela a grandeza de seu empreendimento: “Teoria da Constituição como ciência da cultura”.<sup>86</sup>

Certamente, o professor HÄBERLE avança em seu livro para além do que os estudiosos de Direito Público estão acostumados a se referir quando utilizam a expressão cultura. HÄBERLE propõe um conceito mais amplo, que congrega dados sociológicos e antropológicos, reportando-se não apenas ao tripé educação, ciência e arte, mas também, referindo-se a todos os tipos de conhecimentos, crenças, artes, moral, leis, costumes e usos sociais que homens e mulheres adquirem no seio de uma determinada sociedade.<sup>87</sup>

Por óbvio que as considerações que se seguem constituem apenas uma apertada síntese da monumental contribuição do professor HÄBERLE ao universo das investigações sobre as implicações mútuas entre teoria constitucional e cultura, porém, é o que se encaixa, por hora, aos objetivos limitados do presente estudo.

Para HÄBERLE, toda compreensão que se realiza no contexto da concretização constitucional necessita de uma ampliação para que se inclua, também, a cultura dentre os seus elementos científicos, a completar o rol dos conceitos jurídicos já presentes há mais tempo nesse universo.<sup>88</sup>

A partir de cristalizações culturais é que se forma a sociedade aberta de intérpretes e políticos constitucionais, a qual fundamenta e movimenta todo o Estado Constitucional ocidental.<sup>89</sup> Assim sendo, a cultura, naquilo que a representa como ciência e literatura, bem como naquilo que permite a sua produção e recepção, apresenta-se como elemento de uma grande peça

85 Sobre a dignidade da pessoa humana Häberle dedica um capítulo de seu livro *El Estado Constitucional*. HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 169-172.

86 HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

87 Idem, *ibidem*, p. 24.

88 Idem, *ibidem*, p. 159.

89 Idem, *ibidem*.

teatral em que tanto os atores quanto os diretores dão o tom coletivo da mensagem final produzida.<sup>90</sup>

O caráter analítico das constituições contemporâneas, com toda a sua vastíssima gama temática, principalmente no que tange aos seus preâmbulos, liberdades culturais, cláusulas gerais e especiais relacionadas com a cultura etc., se analisado sob o aspecto de seu conjunto, revela, até certo ponto, uma afinidade estreita entre Constituição e cultura, o que inclui, nessa análise, um tipo de criatividade plural do momento histórico presente.<sup>91</sup>

O processo de estabilidade ou continuidade constitucional, considerando o tempo como dimensão, pode ser analisado e explicado a partir de uma perspectiva científico-cultural que combina aspectos sociológicos, ideológicos e normativos, possibilitando o trabalho de especialistas em ciências jurídicas e outras áreas do conhecimento que se interessem pelo mesmo objeto cultural de análise.<sup>92</sup>

Todos os estudos resultantes de uma compreensão da Constituição como ciência da cultura em nível comparado estão atualmente intensificando os esforços interdisciplinares, para permitir uma nova leitura das relações existentes entre dignidade humana e povo, razão e liberdade, Direito e realidade, assim como entre ideologia e interesses econômicos.<sup>93</sup>

A interpretação constitucional efetuada à luz da perspectiva científico-cultural pode lograr melhores fórmulas de compreensão na relação entre os textos jurídicos e seus respectivos contextos, considerando que toda manutenção ou mudança constitucional sempre é revitalizada mais intensamente a partir das cristalizações culturais próprias.<sup>94</sup>

A elaboração de qualquer acontecimento histórico que vá além do próprio texto constitucional concreto somente se torna empreendimento possível tomando como perspectiva de estudo a teoria científico-cultural, ou quando se opta pelas fórmulas, já experimentadas, das disposições conhecidas como *soft law*, ou seja, normas flexíveis.<sup>95</sup>

Se se tomar como ponto de partida a tese da cultura como ciência, deve-se enfrentar questões e resultados próprios da investigação cultural política, que, por sua vez, conferem profundidade própria à cultura constitucional, profundidade esta que considera os prismas normativo e sociológico.<sup>96</sup>

---

90 Idem, *ibidem*, p. 60-64.

91 Idem, *ibidem*, p. 159.

92 Idem, *ibidem*.

93 Idem, *ibidem*, p. 160.

94 Idem, *ibidem*.

95 Idem, *ibidem*.

96 Idem, *ibidem*.

Toda a hipótese que tenha por fundamento e ponto de partida a cultura como ciência conduz ao espaço de discussão do constitucionalismo de base comparatista, apresentando-se como uma manifestação cultural com expectativas de êxito tanto no plano externo (se for compartilhado elemento lingüístico) quanto no plano interno (constitucionalismo *iuscomparatista* regional).<sup>97</sup>

Finalmente, conclui o professor HÄBERLE, uma teoria da Constituição de cunho científico-cultural pode cooperar para a redução do direcionamento dos objetivos do Estado Constitucional exclusivamente para o bem-estar materialista, a partir do paradigma do Estado Social de Direito, uma vez que oferece crítica a toda interpretação desse tipo de Estado que seja fundada unipontualmente no crescimento quantitativo e sobredimensionado.<sup>98</sup>

Dessa forma, a teoria da Constituição como ciência da cultura apresenta-se como uma alternativa a favor da sedimentação das bases teóricas do Estado Constitucional, a qual poderá sobreviver razoavelmente forte mesmo em tempos de profunda crise.<sup>99</sup>

### 3.3 Pluralismo e Constituição: avanço comunicativo da sociedade aberta universal

Para HÄBERLE, uma Constituição democrática não pode ser concebida senão como o reflexo de um conjunto plural de interesses públicos.<sup>100</sup>

HÄBERLE pode ser considerado um pioneiro, pois suas idéias estão voltadas para a Universidade do futuro, para a Europa do futuro, em que o pluralismo, a tolerância e a aceitação do outro tornam-se princípios vetores de um novo aporte científico e cultural.<sup>101</sup>

Segundo o professor FRANCISCO SEGADO, toda reflexão häberliana gira em torno do conceito de pluralismo, que se constitui e, ao mesmo tempo, nutre-se de procedimentos irrenunciáveis previamente acordados como liberdade humana, liberdade de informação e opinião, liberdade de investigação científica, liberdade de criação de partidos políticos e de partidos de oposição, democracia, opinião pública, Estado social e cultural, separação

97 Idem, *ibidem*.

98 HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional*. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998, p. 160-161.

99 Idem, *ibidem*, p. 161.

100 Esta é uma afirmação de: Segado, Francisco Fernández. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, *estudio preliminar*, p. XXV.

101 SEGADO, Francisco Fernández. Apud Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, *estudio preliminar*, p. XXIV.

de poderes em todos os seus sentidos, bem como independência da magistratura. Tais requisitos possibilitam que a sociedade possa dispor de uma integração social e estatal autônoma e uma representação igualmente livre, por meio de associações, partidos e sindicatos, igrejas e comunidades religiosas etc.<sup>102</sup>

Nesse sentido, HÄBERLE afirma que a Constituição da liberdade é sempre a Constituição do pluralismo e vice-versa. Mas é preciso explicar que o pluralismo e a abertura para *inputs* no processo constitucional público constituem as únicas garantias materiais em prol de uma formação unitária (estatal ou supra-estatal) fundamentada no direito de liberdades.<sup>103</sup>

A concepção de HÄBERLE de Constituição como ciência aberta da cultura traduz-se inafastavelmente na necessária abertura do procedimento de interpretação constitucional, o que conduz à idéia de sociedade aberta de intérpretes da Constituição como premissa básica da interpretação pluralista.<sup>104</sup>

A tese principal da teoria de HÄBERLE é a de 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 fixar um *numerus clausus* de intérpretes da Constituição Federal.<sup>105</sup>

Para HÄBERLE a interpretação é o momento pós-compreensivo, ou seja, quem vive a norma acaba por interpretá-la ou, pelo menos, por co-interpretá-la, ou seja, qualquer atualização da Constituição Federal, por meio da atuação de qualquer indivíduo constitui-se, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada.<sup>106</sup> Vale aqui contrapor o conceito de interpretação por HESSE: “atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de um texto (nor-

102 SEGADO, Francisco Fernández. Apud Häberle, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, *estudio preliminar*, p. XXIX. A idéia original encontra-se em: HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución – estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 107.

103 HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución – estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 109.

104 Nesse sentido, HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – Sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

105 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – Sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 13.

106 Tal é observado pelo professor Gilmar Ferreira Mendes na apresentação da tradução brasileira à obra do Professor Häberle: “Assim, se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, tem-se necessariamente, de indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional sobre as forças ativas da *law in public action*”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – Sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 10.

ma)". Trata-se de um conceito estrito de interpretação que se contrapõe ao conceito amplo defendido por EHMKE e SCHEUNER (apoiado por HÄBERLE).

A idéia básica é a de que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática, pois todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com esse contexto é, ainda que indiretamente, um intérprete dessa norma.<sup>107</sup>

Assim sendo, são participantes do processo de interpretação da Constituição: funções estatais – decisão vinculante; órgãos estatais; requerente/recorrente/requerido/recorrido; terceiros intervenientes; pareceristas ou *experts*; peritos e representantes de interesses; grupos de pressão (organizados); instâncias administrativas; opinião pública democrática; doutrina constitucional.<sup>108</sup>

Duas são as principais críticas que se faz à teoria de HÄBERLE: a primeira assenta-se na assertiva de que interpretação constitucional poderá dissolver-se num grande número de interpretações. A segunda é no sentido de que só têm competências formais aqueles órgãos que estão vinculados à Constituição e que atuam de acordo com um procedimento preestabelecido (procedimento constitucional).<sup>109</sup>

Como primeiro ponto para refletir sobre as críticas feitas à teoria da sociedade aberta de intérpretes está o fato de que para HÄBERLE, a interpretação é um processo aberto, conhecendo possibilidades e alternativas diversas, de forma que a ampliação do círculo dos intérpretes é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida,<sup>110</sup> de integração da realidade no processo de interpretação, ou seja, de aproximação do texto (norma) e programa normativo (significado ou enunciado normativo) do âmbito normativo (realidade normatizada).<sup>111</sup>

Por outro lado, é também de ser ressaltado que a vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juizes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realida-

107 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – Sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 15.

108 Idem, *ibidem*, p. 20-22.

109 Idem, *ibidem*, p. 29.

110 Aqui se está a referir a todos os constitucionalistas que enfrentam a questão, tais como Robert Alexy, J. J. Gomes Canotilho, Friedrich Muller, dentre outros.

111 Esta aproximação entre texto normativo e realidade normatizada não é novidade para a discussão da teoria jurídica, tendo em vista que desde o século XIX, com Ferdinand Lassale já se discutia a relação entre texto e realidade, o que no século XX, principalmente a partir de sua segunda metade, somente veio a se confirmar como problema central da discussão teórica acerca da efetividade das normas constitucionais. Assim sendo, toda a preocupação hermenêutica está no estabelecimento de condições mínimas para conseguir aproximar, o tanto quanto possível, o texto da norma constitucional da realidade do Estado Constitucional.

de, sendo errado reconhecer que as influências, as expectativas e as obrigações sociais a que tais intérpretes oficiais estão submetidos são apenas aspectos negativos que ameaçam a sua independência. Tais influências, em seu mais amplo sentido, constituem parte da legitimação do intérprete oficial, evitando o livre arbítrio da interpretação judicial.

Quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que dela devam participar. Deve-se enxergar a Constituição como um processo público. Diante da objeção de que o círculo aberto de intérpretes prejudicaria a unidade da Constituição, é preciso dizer que a própria abertura da Constituição demonstra que não apenas o juiz da jurisdição constitucional participa do processo interpretativo, mas todos aqueles que, de alguma forma, devem vivenciá-la.<sup>112</sup>

HÄBERLE refuta todo e qualquer tipo de verdade apriorística, reforçando a idéia de que deve haver uma luta social aberta em busca da verdade, a qual não será alcançada somente nas vias judiciais, mas em todas as instâncias culturais (que chama de “mercado livre das idéias”), que, a seu juízo, é a fórmula mais adequada de se conceituar democraticamente a verdade (que já não é senão a verdade mediante liberdade).<sup>113</sup>

De qualquer modo, não se pode olvidar que, para que seja concebida a verdade pela visão häberliana, revela-se necessário assegurar uma mínima igualdade de acesso à comunicação, com um autêntico pluralismo de meios, incluindo-se aí meios públicos em que tenham condições iguais de acesso os grupos sociais e políticos significativos. Anotemos com o professor SEGADO: “*Y es obvio que ambos requisitos (la igualdad de acceso y el pluralismo de los medios), en muchos ámbitos geográficos y períodos temporales o son inexistentes (existen sólo formalmente) o se hallan enormemente devaluados o relativizados*”.<sup>114</sup>

E aqui vale a pena registrar a combinação perfeita entre a teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição com a visão de Estado Constitucional assentado na democracia pluralista, pois a primeira apresenta-se como instrumento viabilizador do segundo, ou seja, a teoria interpretativa da sociedade aberta tem que ser garantida sempre sob a perspectiva democrática e vice-versa. Para HÄBERLE, a democracia de cidadãos sugere um

112 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – Sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 31-32.

113 Tais idéias estão apresentadas por: SEGADO, Francisco Fernández. Apud Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, *estudio preliminar*, p. XL e XLI.

114 SEGADO, Francisco Fernández. Apud Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, *estudio preliminar*, p. XLI.

pensamento que contemple a democracia desde os direitos fundamentais, não se remetendo, portanto, a concepções dogmatizadas como a de povo soberano, que, na realidade, veio apenas a substituir a figura do monarca absoluto.<sup>115</sup>

Deve-se anotar que para HÄBERLE, povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição, conferindo legitimidade democrática ao processo de tomada de decisão pelos membros do poder. Segundo HÄBERLE: “Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação é um direito da cidadania (...)”.<sup>116</sup>

Ora, a partir desses apontamentos, já se tem plena noção de que a concepção häberliana de hermenêutica constitucional pluralista não apenas se orienta em busca de uma Constituição viva (*living constitution*), mas também de uma Constituição efetiva em que o texto normativo e a realidade normatizada alcancem plena sintonia, conduzindo a uma concepção de Constituição fundada na compreensão mútua, no sentido de instrumento de convivência cidadã, o que é especialmente relevante para enfrentar os problemas do Estado Constitucional de nosso tempo, extremamente complexo e naturalmente pluralista.<sup>117</sup>

### **3.4 Método comparativo como “quinto” elemento interpretativo: proposta hermenêutico-concretizadora de Peter Häberle**

Em 1988, em um Congresso em Madrid, HÄBERLE propôs o reconhecimento do método comparativo como quinto elemento de interpretação das normas jurídicas, acrescentando-o aos já clássicos métodos gramatical, histórico, teleológico e sistemático propostos por SAVIGNY, a partir dos conceitos herdados dos grandes juristas romanos.<sup>118</sup>

Segundo HÄBERLE, numa teoria fundada no Estado Constitucional, revela-se irrefutavelmente importante a comparação constitucional como marco metodológico, tendo em vista que esta se apresenta como a via

115 Idem, *ibidem*.

116 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – Sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 37.

117 Esta é uma observação pertinente do professor Francisco Segado. Apud Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, *estudio preliminar*, p. XLII-XLIII.

118 SEGADO, Francisco Fernández. Apud Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, *estudio preliminar*, p. XLIII.

mediante a qual as diversas Constituições podem se comunicar entre si, possibilitando que se adquira para cada uma e todas elas uma maior eficácia, em virtude da conformação do tipo único de Estado Constitucional (Estado Constitucional cooperativo).<sup>119</sup>

A comparação jurídica deve ser praticada como comparação entre culturas. Segundo ensina o professor PETER HÄBERLE: “*Sin importar lo que se piense de la sucesión de los métodos tradicionales de la interpretación, en el Estado constitucional de nuestra etapa evolutiva la comparación de los derechos fundamentales se convierte en ‘quinto’ e indispensable método de la interpretación*”.<sup>120</sup>

O professor FRANCISCO SEGADO observa que HÄBERLE acredita que o comparatismo constitucional pode produzir frutos imensuráveis tanto no plano da exegese, das modificações pela interpretação, quanto na própria realidade circundante da Constituição. Anota que, dessa forma, o Direito Comparado de cunho científico-cultural revela-se especialmente adequado na seara das políticas legislativa e constitucional, apresentando-se também como de grande utilidade no âmbito da simples exegese do direito constitucional vigente (direito positivo). Anota: “*(...) las reflexiones científico-culturales procedentes del Derecho constitucional comparado pueden servir, en parte, para aclarar y justificar las diferencias y, en parte también, para encontrar elementos comunes*”.<sup>121</sup>

No método comparativo que propõe, HÄBERLE tem apresentado os *standards* como critério de identificação de modelos comuns entre os diversos Estados Nacionais, afirmando que cada vez mais tem surgido um conjunto maior de princípios constitucionais particulares que se apresentam comuns a diferentes Estados Constitucionais da Europa. Anota FRANCISCO SEGADO, comentando as lições de HÄBERLE: “*Estos standards se encuentran en el substrato común de la cultura jurídica e integran ideas jurídicas paralelas, análogas o similares, y en última instancia, abocan en determinadas concepciones de la justicia*”.<sup>122</sup>

O professor HÄBERLE acredita que o reconhecimento das Cartas de Direitos Humanos das comunidades pelos ordenamentos internos apresenta-se como um sinal da integração entre o Estado Constitucional e os direitos humanos, devendo ser ressaltado que a interpretação constitucional foi a grande responsável por isso. A partir dessa constatação, o professor

119 SEGADO, Francisco Fernández. Apud Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, estudio preliminar, p. XLIII.

120 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 162.

121 SEGADO, Francisco Fernández. Ob. cit.

122 Idem, ibidem, p. XLIV.

HÄBERLE afirma que o intérprete dos direitos fundamentais tem que tomar em consideração sempre os textos universais e regionais sobre os direitos humanos, sendo a própria abertura dos conteúdos e dimensões dos direitos fundamentais uma consequência da própria evolução do Estado Constitucional cooperativo.<sup>123</sup>

Assim, não se pode perder de vista que a consagração da comparação jurídica como quinto método de interpretação, no contexto do Direito Constitucional do Estado Constitucional, revela-se como uma consequência da história da própria doutrina da interpretação jurídica. Isso porque, se no sistema elocubrado por SAVIGNY (fundador da Escola Histórica do Direito) era natural que tivesse lugar de destaque o método histórico de interpretação, da mesma forma se apresenta lógico que, no paradigma de uma teoria do Estado Constitucional cooperativo, o método comparativo se revele proeminente, considerando que constitui a via pela qual as diversas constituições nacionais podem se comunicar entre si, a fim de conferir mais força à idéia de conformação de um tipo único de Estado Constitucional.<sup>124</sup>

Por fim, é importante registrar que o método comparativo, proposto como caminho metodológico para a concretização das constituições neste século XXI, não implica que se abra mão das particularidades regionais em prol de uma ordem universal, mas exige que se busque sempre, de maneira aberta e sensível, observar o tópico e o individual em contraponto com o paradigma do “outro”, confirmando-se a idéia de que se aproxima o tempo de uma maior relação entre as culturas, o que somente pode ter êxito a partir do método comparativo.<sup>125</sup>

### **3.5 Peter Häberle e o concretismo constitucional: uma doutrina alentadora e desafiante**

Aproximar-se da doutrina do professor PETER HÄBERLE é sempre instigante, seja no sentido de questionar o seu otimismo, seja na direção de aceitar os seus desafios. A proposta de uma construção constitucional comparativa como método de aceitar o outro como espelho de nossos próprios limites é algo que, no mínimo, merece a nossa reflexão.

O compromisso expresso do professor HÄBERLE com a perspectiva integracionista-valorativa de RUDOLF SMEND, ao lado de sua óbvia permeabilidade à doutrina concretizadora e, até certo ponto, positivista, de KONRAD HESSE, traduz-se na originalidade de uma teoria realista de limites positivistas bem definidos.

123 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 163.

124 Idem, *ibidem*, p. 164.

125 Idem, *ibidem*, p. 164-165.

Não há como negar que HÄBERLE propõe uma terceira via para o embate travado historicamente entre norma jurídica e norma moral, ao apresentar, com propriedade inigualável, premissas como irrenunciabilidade do passado, princípio da esperança e princípio da responsabilidade como condições mínimas de uma sociedade pluralista e aberta, formada por cidadãos educados e participativos, os quais encontram no diálogo constitucional franqueado o espaço privilegiado para definir seus padrões culturais regionais e universais.

Mas a terceira via imaginada por HÄBERLE não se contenta com tudo isso, induzindo os seus seguidores a um desafio ainda maior, ao propor, a partir do método comparativo, a realização da força normativa da Constituição a partir de diálogos que de tão plurais e tão complexos, no contexto do que ele denomina Estado Constitucional Cooperativo, pode gerar a própria dissolução da idéia de Constituição e Estado, em prol de uma idéia universal de proteção da dignidade da pessoa humana, como compromisso de homens que de tão humanos reconhecerão humanidade uns nos outros, aceitando os seus próprio limites no seio de grandes comunidades (idéias básicas de cooperativismo e solidariedade).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Um jurista europeu nacido em Alemanha. In: *Anuário de Derecho Constitucional*, Universidad de Murcia, n. 9, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Diário de um século – autobiografia*. 2. ed. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CASTELLS, M. *A sociedade em rede*. 6. ed. rev. e ampl. Trad. Roneide Venâncio Majer. Atual. Jussara Simões. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 137, ano 35, p. 157-164, jan./mar. 1998.
- \_\_\_\_\_. Konrad Hesse; Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 138, ano 35, p. 185-195, abr./jun. 1998.
- DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antonio. *Curso de português jurídico*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na sociedade de informação*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Unesp, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica constitucional – Sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

\_\_\_\_\_. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Trad. Jürgen Saligmann e César Landa. Peru: Fondo Editorial da Pontificia Universidad Católica Del Peru, 1997.

\_\_\_\_\_. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional*. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo y Constitución – estudios de Teoria Constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria de la Constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

\_\_\_\_\_. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, *estudio preliminar*, p. XXV.

POPPER, Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987.

SARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura do direito: repasse crítico de seus principais fundamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.