

Häberle, Tópica, Cultura e Direito: as Premissas do Método da Constituição Aberta

LEONARDO FERNANDES DOS SANTOS

Advogado, Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR), Membro do Núcleo de Estudos Constitucionais da Universidade Estadual de Maringá (Departamento de Direito Público).

DOI: 10.11117/22361766.43.01.05

Submissão: 25.01.2011

Parecer 1: 26.08.2011

Parecer 2: 01.09.2011

Decisão Editorial: 01.09.2011

RESUMO: O presente trabalho objetiva demonstrar as duas principais premissas que embasam o método da Constituição aberta de Peter Häberle. Para tal desiderato, é feita uma análise do método hermenêutico häberliano para, então, analisarem-se, em seguida, as premissas teóricas: a ideia de Constituição enquanto fenômeno cultural e o método tópico.

PALAVRAS-CHAVE: Cultura; Direito; tópica; Häberle.

ABSTRACT: This work objectives to demonstrate the two main premises that base Peter Häberle's method: the "Open Constitution". In order to do that, it is analyzed about this haberlian hermeneutic method for, so, to analyze, then, the theoretical premises: the idea of Constitution as a cultural phenomenon and the topic method.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Constituição aberta; 2 Os intérpretes; 3 Tópica; 4 Constituição e cultura; Considerações finais; Referências.

"[...] la Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para los juristas."

Peter Häberle

INTRODUÇÃO

Constituição aberta... A nomenclatura em cotejo por si só seria capaz de atrair a atenção dos mais variados seguimentos de juristas, porém não é só ela que fascina. A própria teoria da Constituição aberta, de Peter Häberle, causa fascínio. A ideia de Häberle é, simultaneamente, simples e inovadora. Simples porque concilia democracia e jurisdição constitucional, dois entes que já não nasceram para viver isolados. Inovadora porque propõe, a partir da premissa antecedente, um modelo (a procedimentalização), por meio do qual se faz possível o ingresso da esfera pública – ou daquilo que o autor tedesco nomina do intérpretes em sentido lato – no âmbito da jurisdição constitucional.

Todavia, o objetivo do presente trabalho não é expor em profundidade a teoria de Peter Häberle, sem, contudo, obviamente, ignorá-la. O que se busca aqui é demonstrar os fundamentos da teoria häberliana e que influenciam sobremaneira na correta compreensão da tese da Constituição aberta: *a Constituição enquanto fenômeno cultural e a tópica*. Conforme se buscará demonstrar ao longo do presente artigo, Häberle adota uma visão de Constituição, e também do Direito, como pertencente ao mundo da cultura, ou seja, para o autor em apreço, a Constituição é um bem cultural e não uma mera ferramenta jurídica para os juristas¹. Quanto à tópica, o entendimento da teoria de Häberle envolve necessariamente a compreensão da influência do pensamento tópico nela. Entender essas premissas é, portanto, de fundamental importância à Constituição aberta, teoria hodiernamente tão em voga no cenário jurídico.

Em sucinta exposição, poderíamos resumir o método da Constituição aberta, segundo Bonavides², em três alicerces: o primeiro é o alargamento do círculo de intérpretes; o segundo é o conceito de interpretação como algo aberto e público e o terceiro é a concepção de Constituição como realidade constituída e publicizada. Objetivar-se-á, nesse momento, justamente uma análise mais acurada do conceito de Constituição enquanto realidade constituída, vez que é justamente daí que se faz possível chegar ao núcleo duro que originou a solidificação teórica do método³ hermenêutico de Peter Häberle.

Todavia, antes de se chegar ao tema central, impõe-se, até mesmo por questões didáticas, uma análise, nada exaustiva, do método da Constituição aberta, a fim de que se possa melhor compreender globalmente o conjunto teórico do pensamento de Häberle. Optou-se, destarte, por uma pequena inversão na exposição do tema, vez que primeiro tratar-se-á do método hermenêutico para que, então, possa-se chegar aos seus fundamentos, mormente a ideia de Constituição enquanto fenômeno pertencente ao mundo da cultura.

1 CONSTITUIÇÃO ABERTA

Um dos principais pontos de partida para a compreensão do método da Constituição aberta é o fato de que a interpretação constitucional sempre se apeçou com mais facilidade a um modelo interpretativo fechado, com foco quase

1 Cf. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2003. p. 5/7. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

2 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 509.

3 Em que pese a utilização do vocábulo “método”, é mister frisar que não se ignora o pensamento de Lenio Luiz Streck (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 13), para quem a utilização de “métodos” hermenêuticos sempre esteve atrelado a uma viés epistemológico-positivo, ou seja, segundo o autor, a hermenêutica jurídica sempre esteve aprisionada pela epistemologia jurídica, quando, na verdade, deveria ser vista dentro do campo da filosofia e não como limitada pelo direito positivo. A discussão é extremamente interessante, todavia, para que não se perca o foco do presente trabalho, optou-se, didaticamente, pela manutenção da expressão “método hermenêutico”.

que unicamente nos juízes e nos demais procedimentos formais. Não se trata de estabelecer que esse modelo seja ruim, vez que, antes de tudo, mostrou-se um modelo necessário para a própria afirmação da supremacia da Constituição. Aliás, a possibilidade que detém o Poder Judiciário de extirpar do ordenamento jurídico leis que venham a contrariar a Constituição deve ser comemorado no cenário do constitucionalismo pós-Segunda Guerra, ainda que críticas possam ser levantadas a respeito da legitimidade desse processo.

O que se faz imperioso, todavia, é o aprimoramento desse modelo hermenêutico fechado, vez que a evolução social e histórica, na visão do método em análise, faz com que os clássicos métodos de interpretação se mostrem como inadequados frente aos novos quadros fáticos que se desenham naquilo que talvez se possa chamar de “pós-modernidade”⁴.

Dessa feita, o método da Constituição aberta defende a expansão da atividade hermenêutica-constitucional para além dos Tribunais. Prega-se com ele a abertura dos procedimentos formais, com foco quase que unicamente nos Magistrados, para um círculo mais pluralista de intérpretes.

Peter Häberle publicou pela primeira vez a respeito da problemática do círculo fechado de intérpretes em 1975. Ele inicia sua explanação expondo, basicamente, que a teoria da interpretação constitucional tem trabalhado até então com duas questões essenciais: as relativas às tarefas e objetivos da interpretação constitucional e no concernente aos processos (métodos) dessa interpretação. O que o autor em apreço ressalta é que, todavia, não se tem dado muito espaço ao problema relativo aos participantes do processo hermenêutico, ignorando-se, assim, um círculo amplo de intérpretes⁵.

Dessa feita, o cerne do questionamento de Häberle é que a teoria da interpretação constitucional não deve ser vista somente sob o prisma “Constituição” (enquanto conceito tão somente jurídico), mas também pela perspectiva da “realidade constitucional”. É por esse motivo que ele defende a necessidade de incorporação das ciências sociais à atividade interpretativa, bem como a assimilação de métodos jurídico-funcionais (relacionados à divisão de tarefas constitucionais entre uma Corte Constitucional e demais órgãos constitucionais) na atividade hermenêutica. O escopo dessa síntese é dar espaço, no âmbito jurídico, àquilo que Häberle nomeia de “agentes conformadores da realidade constitucional”⁶.

4 Interessantes considerações traz Canotilho (*Direito constitucional*, p. 13) a respeito da concepção de pós-modernidade no âmbito jurídico. De maneira extremamente sucinta, sua principal caracterização, no âmbito do direito constitucional, é que o Direito passa a ser visto como reflexivo, autolimitado, no qual a presença de mecanismos redutores da interferência estatal, que atuam como sistemas autônomos, caracterizariam o Direito pós-moderno como “pós-intervencionista”.

5 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 11.

6 Idem, p. 12.

A proposta do jurista tedesco é, então, transmutar o *locus* que ocupa a sociedade plural no processo de interpretação constitucional e alojá-la de maneira que se passe de uma sociedade fechada de intérpretes para uma sociedade aberta. Destarte, no processo da hermenêutica constitucional da Constituição aberta se vincula uma variedade de potências públicas (cidadãos, grupos organizados, espaços públicos de debates, entre outros) e se pode extrair de tal fato que não se deve fixar um *numerus clausus* (rol taxativo) de intérpretes constitucionais⁷. Destarte, quanto mais pluralista for determinada sociedade, mais amplos devem ser seus critérios de *participação-interpretação*.

O que Häberle critica é justamente o fechamento do círculo de interpretação tão somente aos intérpretes jurídicos formais do processo constitucional, pois, segundo o jurista em análise, as potências públicas, enquanto materialmente constitutivas do processo social, não podem ser afastadas do processo de interpretação da Constituição. É justamente por esse motivo que ele dispõe que “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade [...] quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos cointerpretá-la”⁸.

Destarte, o objetivo de uma hermenêutica constitucional de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição é dar voz institucional à pluralidade social. É fazer com que aqueles que vivem a norma possam também, de alguma maneira, participar do seu processo interpretativo.

Extraí-se, portanto, do conteúdo da teoria häberliana que há um forte conteúdo democrático que o autor associa a um ramo da ciência jurídica que até então estava alheio às características democráticas. Observe-se, por exemplo, que o Direito tem associado geralmente democracia muito mais ao exercício do sufrágio direto e universal do que à participação realmente efetiva da sociedade plural na vida institucional-constitucional.

O método da Constituição aberta não se dispõe a debater as questões relacionadas diretamente à problemática do voto, eleições e outros temas que comumente se associam ao termo “democracia”. Seu viés democrático se dá por outras vias; busca-se com ele demonstrar que a jurisdição constitucional também tem que estar aberta à democracia.

A inclusão de elementos democráticos dentro da jurisdição constitucional se faz imperiosa, vez que, mormente nos países que adotam o controle concentrado de constitucionalidade (v.g., Brasil e Alemanha), as decisões que emanam desta jurisdição causam vinculação aos órgãos estatais, atuando, portanto, com força cogente e normativa. Comentando a jurisdição constitucional, com foco na *BverfGG* (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, TCF), dispõe Leonardo Martins:

7 Idem, p. 13.

8 Idem, ibidem.

Segundo o § 31, I, BverfGG, as decisões do TCF vinculam os (demais) órgãos constitucionais da União e dos Estados-membros, assim como todos os Tribunais e órgãos da Administração Pública. [...] decisões prolatadas em sede de controle normativo têm, além do efeito da força de lei do § 31, II, BverfGG, o efeito de vincular os demais órgãos, conforme previsto no § 31, I, BverfGG, porque esse vai além daquele. Mas a força de lei é, de fato, *lex specialis* em relação ao vínculo com o legislador. [...] Ao contrário dos demais efeitos (coisa julgada e força de lei), deduzidos exclusivamente do teor da parte dispositiva (*Entscheidungsformel*) da decisão, o efeito do vínculo às “decisões” avançou, segundo a jurisprudência do próprio TCF, estendendo-se às razões fundamentais, definidas como tais aquelas que não podem ser dispensadas sem que se comprometa o sentido da decisão.⁹

O comentário ao TCF alemão se faz necessário, pois a influência do modelo abstrato de controle concentrado de constitucionalidade alemão no modelo brasileiro é evidente. Igualmente aqui, por força do disposto no art. 102, § 2º, da Constituição Federal, as decisões do Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, têm força vinculante em relação a todos. Consigne-se somente que a vinculação não atinge o Poder Legislativo, que até poderia editar uma nova norma, de conteúdo idêntico, ao já declarado inconstitucional, todavia tal norma tenderia a ser natimorta. Outrossim, no tocante ao controle abstrato brasileiro, nota-se que a Constituição de 1988 ampliou significativamente seu alcance, sendo o controle incidental (difuso) de utilização bem menos frequente hodiernamente. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.¹⁰

Infere-se, portanto, que a temática da jurisdição constitucional é de especial importância à democracia, pois as decisões das Cortes Constitucionais são tão cogentes como as leis oriundas do Poder Legislativo, influenciando diretamente na vida social. É por esse motivo que surge a preocupação relativa à inclusão das forças plurais da sociedade no círculo hermenêutico-constitucional, pois aquilo que se discute no controle de constitucionalidade de normas é fato, do ponto de vista normativo, tão importante como a própria elaboração da norma.

O supramisso, portanto, da hermenêutica da Constituição aberta é a quebra do monopólio hermenêutico, fazendo com que não só os intérpretes em sentido estrito (órgãos estatais imbuídos dessa missão) possam interpretar uma norma, mas sim a ampliação do círculo hermenêutico a todos que vivem em o contexto de determinada norma. É o reconhecimento da existência de

9 MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Coletânea Original: Jürgen Schawabe. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2005. p. 117/118.

10 MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva; IDP, 2007. p. 1003.

intérpretes em sentido lato, bem como do fato de que o destinatário da norma é participante ativo da atividade interpretativa.

Tal concepção é, antes de tudo, a base das afirmações de Peter Häberle no sentido de que quem vive a norma, no seu cotidiano, não pode ser excluído de sua interpretação. Dispõe o autor tedesco:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.¹¹

A importância dessa definição a respeito da participação da sociedade, mormente no tocante à jurisdição constitucional, dá-se como forma de ampliar o próprio rol de direitos fundamentais, pois a participação social no processo hermenêutico-constitucional, nas palavras de Häberle, converte-se em “elemento objetivo dos direitos fundamentais”¹², fazendo com que pluralismo, democracia e a teoria de constituição encontrem uma “mediação específica entre Estado e sociedade”¹³.

Outrossim, é imperioso ressaltar que a jurisdição constitucional ganha importância ímpar em Häberle, pois ela funcionaria como um catalisador entre a ciência jurídica e a hermenêutica constitucional¹⁴.

Nota-se, ademais, que o Direito vive hodiernamente um momento no curso da história no qual ele não pode ser encarado apenas como regulador ou promovedor; o Direito, no âmbito do Estado Democrático de Direito, tem potencial de transformação da realidade. É nesse sentido que Lenio Luiz Streck atribuiu justamente à jurisdição constitucional papel de destaque nessa “nova era” do Direito:

[...] é preciso compreender que o direito – neste momento histórico – não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase do *welfare state* (que nem sequer ocorreu no Brasil); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo em relação às fases anteriores, porque agora é transformador da realidade. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente o polo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária: a jurisdição constitucional, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar na garantidora dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia.¹⁵

11 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, p. 15.

12 Idem, *ibidem*.

13 Idem, p. 16.

14 Idem, p. 28.

15 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito, p. 10/11.

Há, desse modo, uma relação direta entre democracia e jurisdição constitucional, mormente em um cenário jurídico no qual o Direito passa a agir como elemento transformador da realidade. Cabe, então, à jurisdição constitucional atuar, nesse campo das “batalhas da transformação”, como a garante dos direitos fundamentais e da democracia.

2 OS INTÉRPRETES

Fundamental para a compreensão de Häberle é, então, que se compreenda quem seriam os intérpretes em sentido lato. Nesse sentido, o autor tedesco atrela a investigação a respeito dos participantes do processo hermenêutico a um conceito republicano, ou seja, afirma ele que é dentro de uma perspectiva sócio-constitucional que se deve buscar os participantes do processo interpretativo. Dessa feita, o jurista alemão dá pinceladas *republicanas* (no sentido de tornar público) à interpretação da Constituição. É por essa razão que Häberle afirma que a teoria constitucional deve estar pronta para dar voz aos grupos concretos e aos demais setores que formam o espaço público, bem como às condições sociais que circundam tal espaço. Trata-se, portanto, de afirmar-se que a pergunta no tocante aos intérpretes deve ser feita com um viés sociológico, demonstrando-se, inclusive, a necessidade de que a ciência jurídica esteja preparada a uma abertura transdisciplinar¹⁶.

Ademais, Häberle arrola um catálogo sistemático *provisório* (não exaustivo) do rol de intérpretes, entre os quais se destacam¹⁷: 1) as funções estatais, que incluem todos os órgãos estatais que de alguma forma possam ter uma participação no processo hermenêutico; 2) os participantes do processo constitucional que não são necessariamente órgãos estatais, como o autor de um recurso constitucional, bem como os que têm direito à manifestação na jurisdição constitucional (*amicus curiae* e peritos); e 3) a opinião pública democrática e pluralista e até mesmo a doutrina constitucional.

Nota-se, por meio desse catálogo exemplificativo, que o autor tedesco inclui no círculo de intérpretes uma variada gama de participantes. É dessa forma que se mostra uma quebra do monopólio hermenêutico, mormente pelo fato de que a “[...] interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos [...] A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade”¹⁸.

O processo político também tem especial significado na Constituição aberta, pois a diferença da interpretação jurisdicional e da legislativa ocorre, segundo o jurista alemão, apenas no plano qualitativo. O que Häberle deixa

16 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, p. 19.

17 Idem, 20/23.

18 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, p. 24.

claro é que o processo político não é dissociado da Constituição, pois “o legislador cria uma parte da esfera pública e da realidade da Constituição [...] Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional”¹⁹.

Reafirmando a quebra do monopólio interpretativo, dispõe Gilmar Mendes:

Uma das virtudes da teoria de Häberle reside na negação de um monopólio da interpretação constitucional, mesmo naqueles casos em que se confere a um órgão jurisdicional específico o monopólio da censura. O reconhecimento da pluralidade e da complexidade da interpretação constitucional traduz não apenas uma concretização do princípio democrático, mas também uma consequência metodológica da abertura material da Constituição. Tem-se aqui uma outra dimensão da proposta de Kelsen, que associava a jurisdição constitucional à democracia, na medida em que esta atuasse na defesa ou na proteção de minorias.²⁰

Em síntese, o que se percebe em relação aos intérpretes é justamente sua ampliação em relação aos modelos estatais fechados. A interpretação constitucional deve buscar coexistir com a sociedade aberta, sendo os critérios hermenêuticos mais plurais quanto mais plural for a sociedade. Como já bem ponderou Otto Bachof, a permanência, na ordem jurídica, de uma Constituição depende primordialmente da sua adequação diante da “missão integradora que lhe cabe face à comunidade que ela mesma constitui”²¹.

A questão relativa aos intérpretes é de capital importância. É necessário que se perceba que nenhum dos exemplos aqui citados representa um rol taxativo. Aliás, se assim se desse, haveria até mesmo um contrassenso com o até então exposto. Ademais, a problemática relativa aos intérpretes ganha mais corpo quando se passa a discutir a respeito da procedimentalização, ou seja, os meios/métodos pelos quais efetivamente se dá voz ao círculo alargado de hermenutas dentro do sistema da jurisdição constitucional, todavia a questão da procedimentalização merece por si só um trabalho autônomo e não será aqui examinada com a devida atenção que lhe é devida.

3 TÓPICA

A partir de agora, passa-se à análise central do presente artigo. A duas premissas fundamentais que dão suporte a toda teoria até então exposta, ainda que de modo sucinto, iniciando-se pela tópica. Das obras que compõem o *Corpus Aristotelicum*, conjunto de trabalhos conversados de Aristóteles, ganha especial importância para a ciência jurídica o *Organon*, que reúne uma série

19 Idem, p. 27.

20 MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Jurídica Virtual – Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos*, v. 1, n. 8, jan./2000.

21 BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994. p. I.1.

de tratados sobre lógica. Dessas obras a que aqui nos interessa é a *Tópicos*, na qual Aristóteles discorre a respeito de um método de argumentação. Segundo o filósofo grego,

nosso tratado se propõe a encontrar um método de investigação graças ao qual possamos raciocinar, partindo de opiniões geralmente aceitas, sobre qualquer problema que nos seja proposto, e sejamos também capazes, quando replicamos a um argumento, de evitar dizer alguma coisa que nos cause embaraços.²²

Para tal fim, Aristóteles classifica os argumentos em demonstrativos, dialéticos e erísticos. No tocante à primeira classificação, são considerados raciocínios demonstrativos aqueles em que as premissas que o originam são verdadeiras e primeiras ou “quando o conhecimento que delas temos provém originariamente de premissas verdadeiras e primeiras”²³. Quanto ao raciocínio dialético, trata-se daquele que tem origem nas opiniões geralmente aceitas. No concernente ao erístico (ou contencioso), este se dá quando se parte de opiniões que parecem ser geralmente aceitas, mas não o são de fato. Consigne-se ainda a classificação adotada pelo autor em apreço quanto aos paralogismos, que são classificados como falsos²⁴ raciocínios. Consigne-se, ademais, a definição de problema dialético que é ofertada por Aristóteles:

Um problema de dialética é um tema de investigação que contribui para a escolha ou a rejeição de alguma coisa, ou ainda para a verdade e o conhecimento, e isso quer por si mesmo, quer como ajuda para a solução de algum outro problema do mesmo tipo.²⁵

A tópica (ou tópicos) visa aos raciocínios dialéticos, pois por meio dela seria possível a formulação de opiniões (*topoi*) que seriam capazes de conduzir à solução do caso concreto. Pensar o problema é a chave da tópica.

A tópica está presente no Direito desde origens romanas (vez que a casuística era muito utilizada), mas, segundo Bonavides, é na Alemanha da década de 1950 que ganha força o método tópico como método hermenêutico:

“Pensar o problema” constitui o âmago da tópica em suas considerações acerca do método. Novo estilo de argumentação e acesso à coisa, a tópica não é uma revolta contra a lógica, conforme se pretendeu equivocadamente inculcar. Bus-

22 ARISTÓTELES. *Tópicos*. São Paulo: Siberfil, 2000. p. 3. Disponível em: www.dominiopublico.gov.br. Acesso em: 9 mar. 2010, às 09:50.

23 Idem, *ibidem*.

24 “Além de todos os raciocínios que mencionamos, existem os paralogismos ou falsos raciocínios, que partem de premissas peculiares às ciências especiais, como acontece, por exemplo, na geometria e em suas ciências irmãs. Com efeito, esta forma de raciocínio parece diferir das que indicamos acima; o homem que traça uma figura falsa raciocina a partir de coisas que nem são primeiras e verdadeiras, nem tampouco geralmente aceitas. Com efeito, o modo de proceder desse homem não se ajusta à definição; ele não pressupõe opiniões que sejam admitidas por todos, ou pela maioria, ou pelos filósofos – isto é, por todos, pela maioria ou pelos mais eminentes –, mas conduz o seu raciocínio com base em pressupostos que, embora apropriados à ciência em causa, não são verdadeiros; e seu paralogismo se fundamenta ou numa falsa descrição dos semicírculos, ou no traçado errôneo de certas linhas.” (Idem, p. 3/4)

25 Idem, p. 17.

ca, em primeiro lugar, conforme ressaltou Esser, demonstrar que o argumento dedutivo não constitui o único veículo de controle da certeza racional [...].²⁶

O método tópico, portanto, é uma técnica na qual se dá primazia ao problema mesmo, “trata-se de chegar ao problema onde ele se encontra”²⁷. Nota-se, assim, que ela busca descobrir como cada conhecimento, cada interrogação e indagação se encaixa dentro de determinado caso concreto, desempenhando o papel semelhante a uma técnica de debates. Consigne-se ainda que a tópica surge em um cenário de enfraquecimento do positivismo, embora não assumindo um compromisso antipositivista. Segundo Bonavides,

Sendo por esse aspecto – o aspecto metodológico manifesto – uma reação ao malogro do positivismo, a tópica não representa, como ressaltou aquele jurista [Kriele], um compromisso com as concepções antipositivistas, quer do direito natural, quer da filosofia dos valores, porquanto volvida concretamente para solucionar problemas, traz o inafastável traço de uma abertura completa, compatível com todas as direções possíveis do pensamento jurídico-filosófico.²⁸

É importante que se saliente que a tópica não ignora o pensamento lógico-dedutivo (apodítico), porém não o enxerga como a única solução apta a oferecer respostas aos problemas, *in casu* os problemas jurídicos. Seu objetivo é mostrar que o método indutivo – entre outros – também está apto a oferecer respostas. Nesse diapasão, Adelângela Steudel:

A digressão dessa técnica do pensamento problemático para a distinção entre os gêneros do conhecimento (logos) será útil para propor-se a questão da aceitação do raciocínio não axiomático à interpretação constitucional e investigar as suas condições e limites de aplicabilidade. Para os efeitos deste estudo, neste estágio é suficiente enfatizar a posição da tópica como procedimento oposto ao método axiomático; enquanto este opera através de deduções lógicas, a partir de proposições fundamentais indiscutíveis, aquela parte de um caso particular em direção às noções que permitem chegar a uma solução: os *topoi*.²⁹

A relação entre o pensamento tópico e o método concretista da Constituição aberta³⁰ se torna mais evidente na medida em que se nota que a tópica enxerga a Constituição como um sistema aberto. O próprio caráter fragmentário e muitas vezes indeterminado do Texto Constitucional desembocaria no pensamento tópico. Tal conclusão se dá porque a Carta Magna, enquanto objeto de interpretação, mostra-se, para a tópica, mais problemática do que sistemática. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes ao discorrer sobre o método tópico:

26 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 490.

27 Idem, p. 491.

28 Idem, p. 492.

29 STEUDEL, Adelângela de Arruda Moura. O pensamento tópico do direito e sua influência na nova hermenêutica constitucional. Dissertação de Mestrado pela Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí/SC, 2007. p. 46.

30 Em que pese ter-se optado por tratar do método em si mais adiante, o momento mais propício, por questões didáticas e pedagógicas, para relacionar pensamento tópico e constituição aberta não parece mais propício do que este.

Em suma, graças à abertura textual e material dos seus enunciados e ao pluralismo axiológico, que lhe são congêntos, a Constituição – enquanto objeto hermenêutico – mostra-se muito mais problemática do que sistemática, o que aponta para a necessidade de interpretá-la dialogicamente e aceitar, como igualmente válidos até serem vencidos pelo melhor argumento, todos os *topoi* ou fórmulas de busca que, racionalmente, forem trazidos a confronto pela comunidade hermenêutica.³¹

Adotando-se a tópica como técnica hermenêutica, os litígios públicos se transmutam em conflitos interpretativos, conflitos estes nos quais as soluções da contenda em si, ou seja, do problema mesmo, ganham mais relevo do que o próprio sistema jurídico, o que demonstra seu desapego a um positivismo exacerbado.

Como se poderá notar, a tópica não é ausente de críticas, muito pelo contrário. O seu caráter “antissistemático” fez com que boa parte de juristas a visse de modo preocupante frente à metodologia do Direito, bem como ao seu caráter sistemático³². Outrossim, não se pode olvidar a forte influência dos métodos clássicos de Savigny na interpretação constitucional até então, o que, naturalmente, trouxe uma desconfiança em relação ao método em apreço.

Todavia, o caráter pluralista e multifacetário do Texto Constitucional fez com que se percebesse a insuficiência da hermenêutica clássica como método único na busca de respostas à realidade da Constituição. Assim sendo, o método tópico, ao demonstrar que o método lógico-dedutivo, atrelado ao positivismo que estava em voga, não era o único meio de interpretação constitucional, mostrou-se adequado face à pluralidade social. Segundo Bonavides,

a Constituição representa, pois, o campo ideal de intervenção ou aplicação do método tópico em virtude de constituir na sociedade dinâmica uma “estrutura aberta” e tomar, pelos seus valores pluralistas, um certo teor de indeterminação. Dificilmente uma Constituição preenche aquela função de ordem e unidade, que faz possível o sistema se revelar compatível com o dedutivismo metodológico.³³

No mesmo sentido, Callejón:

*En todo caso, debe destacarse la potencialidad que la tópica ofrece como método de interpretación constitucional, en la medida en que se trata de un método abierto y de carácter argumentativo, que no parte de verdades absolutas y que contempla el Derecho como un proceso social siempre inacabado. Características que le hacen confluir con otras tendencias metodológicas que tienden a corregir las deficiencias de las concepciones tradicionales.*³⁴

31 MENDES, Gilmar Ferreira et al. Op. cit., p. 95.

32 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 493.

33 Idem, p. 495.

34 CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1997. p. 85/86.

Ademais, em que pesem opiniões contrárias, a tópica não pode ser reduzida à mera técnica ou estilo. Seu desapego ao método dedutivo não tem o condão de lhe tirar a característica sistemática; assim pensar seria adotar um pensamento reducionista do método jurídico³⁵.

No entanto, não há como notar evidentes “pontos frágeis” na tópica. A partir do momento em que o primado do problema toma conta do cenário interpretativo e o sistema jurídico e a própria norma a ser apreciada passam a ser encarados como meros *topoi*, há um evidente “afrouxamento” normativo, caso se adote um conceito positivista de normatividade. Dessa feita, o método tópico “desformaliza” o primado da norma, o que gera, por conseguinte, uma perda de juridicidade ao Direito. Dispõe Bonavides:

A Constituição com a metodologia tópica perde até certo ponto aquele caráter reverencial que o formalismo clássico lhe conferira. A tópica abre tantas janelas para a realidade circunjacente que o aspecto material da Constituição, tornando-se, quer se queira quer não, o elemento predominante, tende a absorver por inteiro o aspecto formal. A invasão da Constituição formal pelos *topoi* e a conversão dos princípios constitucionais e das próprias bases da Constituição em pontos de vista à livre disposição do intérprete, de certo modo, enfraquece o caráter normativo dos sobreditos princípios, ou seja, a sua juridicidade. A Constituição, que já é parcialmente política, se torna por natureza politizada ao máximo com a metodologia dos problemas concretos, decorrentes da aplicação da hermenêutica tópica.³⁶

O objetivo deste capítulo era justamente oferecer uma apertada visão sobre o método tópico, a fim de relacioná-lo, mais tarde, com o método concretista da Constituição aberta. Como se pôde notar, a tópica se mostrou/mostra uma corrente válida contra a “maioria lógica-dedutiva” que dominava o cenário hermenêutico de outrora.

O método tópico³⁷, de fato, demonstra uma abertura muito rica à sociedade plural e heterogênea, cujos conflitos de interesses se mostram notáveis. É nesse sentido que se presenciara a importância da influência de Häberle ao discorrer que o círculo de intérpretes não pode se fechar aos intérpretes oficiais, mas sim deve ser mais aberto quanto mais plural for a sociedade³⁸.

Não obstante, é mister consignar que o método da Constituição aberta e o método tópico são coisas diferentes. A teoria de Häberle, indubitavelmente, tem influências importantes do pensamento tópico, vez que a tópica dá primazia ao problema em si e enxerga a Constituição enquanto fruto de um fenôme-

35 Idem, p. 85

36 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 495/496.

37 É mister salientar que não há unanimidade quando se refere à tópica e sua caracterização ou não como método hermenêutico. Todavia, salienta-se o que já foi exposto na introdução a este trabalho, o termo “método” aqui utilizado é mais didático do que conceitual, vez que não se considera que a hermenêutica esteja limitado aos “métodos” da epistemologia juspositiva.

38 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, p. 13.

no real (cultural), o que contrasta com a ideologia positivista. Porém, dessas semelhanças não se pode, sob pena de desvirtuamento do pensamento de Peter Häberle, afirmar que o método da Constituição aberta e o pensamento tópico sejam a mesmíssima coisa.

4 CONSTITUIÇÃO E CULTURA

O Direito não vive isolado. Em que pese ser uma ciência autônoma, com seus objetos e métodos próprios, sua relação com outras ciências é extremamente forte. Peter Häberle enxerga a Constituição enquanto produto de um fenômeno cultural, ou seja, a teoria constitucional é vista por um viés culturalista, sendo, portanto, uma ciência da realidade e não meramente deontológica.

Quando se afirma que a Constituição pertence ao mundo da cultura, está a se afirmar que esta é formada por um conjunto de complexas combinações sociais, históricas e políticas na qual o ser humano vive e adquire ao longo da existência. Segundo Reale, “tudo aquilo que o homem realiza na História, na objetividade de fins especificamente humanos, nós denominamos cultura”³⁹. Prosseguindo nessa definição, dispõe o filósofo brasileiro:

Ora, a cultura pode ser vista como projeção histórica da consciência intencional, isto é, como o mundo das intencionalidades objetivadas no tempo historicamente vivido. É necessário estabelecer que não são apenas as coisas materiais e tangíveis que compõem o mundo da cultura, mas também os conhecimentos lógicos que se adquirem a respeito dos homens e das coisas e das atitudes ou formas de comportamento social. Tanto compõe a cultura uma estante como um teorema de Pitágoras, um quadro de Rafael ou uma estátua de Donatello. Há, portanto, tantas formas e expressões de cultura quantos os valores que nesses bens se traduzem ou expressam, significando uma integração do dado da natureza no *processus* da experiência humana. [...] a cultura encontra no espírito a sua fonte primordial, revelando-se através da história em múltiplas manifestações.⁴⁰

A Constituição, enquanto expressa o desejo de um povo de se constituir em ordem jurídica, é fenômeno cultural porque representa, na linha da história de um povo, a objetivação de um fim humano. Destarte, o “fenômeno Constituição” ganha feição formal quando se estabelece uma Assembleia Constituinte, que, então, elaborará o diploma jurídico que será, do ponto de vista estritamente jurídico, a lei suprema de determinado Estado. Esse fenômeno deve ser visto também sob um olhar cultural, pois na elaboração de uma Constituição há uma enorme teia de redes políticas e sociais que se entrelaçam para que se possa chegar a um fim específico, à inserção de determinada regra ou princípio como parte integrante do Texto Constitucional e, conseqüentemente, à vinculação do Estado àquele “desejo normativo” que foi inserido na Carta Magna.

39 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 217.

40 Idem, p. 218.

É, portanto, cultura porque há um rico e precioso baldrame político, histórico, social e econômico que está por trás das mais variadas ideologias que estarão presentes no processo de consolidação de uma Constituição. Aliás, consigne-se que a visão de um poder constituinte originário vivo e onipotente, encarado como revolucionário (no sentido de inovador) e visto como um verdadeiro *fundamento móvel da ciência humana*, pode ser encontrada na obra do jusfilósofo Antonio Negri:

[...] O que significa, então, o poder constituinte, se a sua essência não pode ser reduzida ao poder constituído, mas deve ser compreendido em sua produtividade originária? Antes de mais nada, significa estabelecer uma relação contínua entre poder constituinte e revolução, uma relação íntima e circular, de modo que, onde o poder constituinte estiver, esteja também a revolução. Nem a revolução, nem o poder constituinte tem fim quando estão conectados internamente [...] Ainda que a ideia de revolução seja submetida ao domínio dos astros ou à necessidade do ciclo polibiano dos regimes políticos – “*I have seen this in this revolution a circular motion*” (“Vejo nesta revolução um movimento circular”) –, ela constitui “*le fond mobile de la science humaine*” (“o fundamento móvel da ciência humana”), aquela ciência nova que “constitui” a história.⁴¹

Pode-se afirmar, portanto, que Häberle identifica a Constituição como um estado cultural, vez que ela serve para a proteção de bens pertencentes ao mundo da cultura, além do que a Constituição não pode ser vista apenas como ferramenta dos juristas, mas deve ser encarada como desenvolvimento cultural em contínua evolução, espelho do patrimônio cultural de um povo e o fundamento de suas esperanças. Outrossim, é necessário uma carga de “utopia” nas Constituições, como forma de materializar aquilo que Häberle chama de “princípio da esperança”⁴². O Estado Constitucional vive, então, uma dimensão cultural, sendo que o próprio *texto constitucional* se encarrega da proteção desse baldrame cultural⁴³. A Constituição, portanto, não é o ordenamento jurídico só dos juristas:

[...] la Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para los juristas, los que tienen que interpretarla conforme a las antiguas y las nuevas reglas de la profesión, sino que actúa esencialmente también como guía para los no juristas: para el ciudadano la Constitución no es sólo un texto jurídico o un “mecanismo normativo”, sino también expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. [...] *El tema del Estado constitucional toca al mismo tiempo a la ratio y la emotio, e implica al principio esperanza. Tanto la teoría de la Constitución como el tipo del “Estado constitucional” deben conceder al ser humano espacio para un “quantum de utopía”, no sólo en forma de la ampliación de los límites de las libertades culturales y su promoción (¡tam-*

41 NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 39.

42 HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, p. 5/7.

43 Idem, *Ibidem*.

bién de las religiones!), sino incluso de una manera más intensa, en la medida en que los textos constitucionales normen esperanzas (por ejemplo, antiguamente la unidad de Alemania o ahora la de Irlanda) que constituyan por lo menos “deseos de utopía” concretos. El “principio esperanza” (E. Bloch), el “principio responsabilidad” (H. Jonas), como por ejemplo, en la protección del ambiente, estimulan una fructífera evolución constitucional, porque el ser humano necesita la esperanza como el aire que respira y porque la comunidad vive en libertad responsable. En la medida en que los textos constitucionales se encuentren fundamentalmente apartados de las utopías en su dimensión jurídica, y por su naturaleza propia así deban mantenerse, pueden, no obstante, ser “utopía” en algunas de sus partes: el principio del Estado social era un pedazo de utopía en la época de H. Heller (1930) y también lo fue inicialmente en 1949 la Ley Fundamental de Bonn.⁴⁴ (grifou-se)

Ademais, Peter Häberle define a cultura como toda essa carga de conhecimentos que foram e vêm sendo transmitidos através do tempo. Confira-se:

Toda cultura se compõe de um conjunto de arquétipos de conduta explícitos e implícitos, adquiridos e transmitidos mediante símbolos, que representam os desenvolvimentos típicos de cada um de seus grupos humanos, incluindo, igualmente, suas técnicas materiais. Daí que o essencial do núcleo cultural central consiste em certas ideias tradicionais, selecionadas e transmitidas historicamente, assim como seus respectivos valores concomitantes; deste modo, os sistemas culturais poderiam ser compreendidos, de uma parte, como produto de certas ações e, por outra, como elementos condicionantes de ações posteriores.⁴⁵

Conforme se extrai da definição anteriormente exposta, o autor tedesco enxerga a cultura como um conjunto de “arquétipos”, ou seja, figuras preestabelecidas e que se transmitem ao longo do desenvolvimento da humanidade. Nota-se, assim, que a Constituição, da mesma forma que o Direito, é um fenômeno que embute em si uma série de valores, ou seja, uma carga axiológica. Desse modo, enquanto objetivações na história para *fins* especificamente humanos, é possível afirmar que existe uma dimensão valorativa dentro do conceito cultural. Entre os valores que compõe, então, o mundo da cultura (e, frise-se, a Constituição integra esse mundo) Häberle identifica um especial, que seria a fonte (pressuposto) das Constituições republicanas. Tal princípio é a *dignidade da pessoa humana*. O motivo de tal especialidade seria o fato de que tal princípio permitiria, enquanto condição de possibilidade, a existência dos demais princípios que viriam a integrar a ordem jurídico-constitucional:

El Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas

44 Idem, p. 2/5.

45 Peter Häberle apud JR. BASTOS, Luiz Magno P. Constituição como processo – Categoria central da teoria constitucional de Peter Häberle. Dissertação de Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2001. p. 43.

*razones entonces para caracterizarlo elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta. Su Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, posee una validez jurídica formal de naturaleza superior. La Constitución es creadora del momento de la estabilidad y la permanencia [...].*⁴⁶

Luiz Magno P. Bastos Jr., ao comentar este tema, dispõe:

*Häberle identifica o valor da dignidade humana como pressuposto antropológico-cultural da constituição republicana, uma vez que ele se apresenta como condição de possibilidade para os demais. Note-se que não se está, com isto, engessando o sistema axiológico a partir de uma concepção estreita de pessoa humana. Afinal, subsistem, ao longo da história, diferentes (e muitas vezes concorrentes) imagens do homem, na medida em que se confere maior destaque a um dos aspectos que compreendem o universo humano (econômico, teórico, político, social, religioso e estético) em detrimento dos demais. O sistema de valores assim concebido não se coaduna com as pretensões jusnaturalistas ou ontologistas que identificam os valores como objetos ideais que se impõem ao homem, posto que o sistema se constitui a partir das necessidades e expectativas concretas dos indivíduos que o compartilham; em consequência, ele não se identifica com um sistema estático e petrificante, posto que sua objetividade pressupõe o caráter conflituoso e aberto que lhe é inerente. De forma que pode se construí-lo a partir do conjunto de vivências e expectativas de uma determinada realidade social (sem, com isso, olvidar seu aspecto conformador), razão pela qual os bens culturais só podem ser compreendidos se se partir do conjunto de vivências da comunidade no qual o sistema de valores está inserido. A gradação hierárquica antes referida, desde que seja assinalado o seu aspecto sempre relativo, é decorrência necessária da própria ideia de valor e valoração, reconhecendo o valor da dignidade humana como máxima a ser realizada de forma que todos os demais valores possam referir-se a ela no curso de seus processos de interação dialética.*⁴⁷ (grifou-se)

Infere-se, ademais, que o conceito häberliano de dignidade da pessoa humana enquanto valor principal das Constituições republicanas reside em uma visão de que os valores não seriam objetos ideais e sim estariam ligados à concretude das expectativas humanas, não sendo, portanto, objetos estanques, ao revés, seriam abertos e vivos. Além disso, como estão eles sujeitos a modificações ao longo do tempo, embutiriam um caráter conflituoso, imanente à própria questão de valores de uma sociedade. O sistema de valores, portanto, só pode ser compreendido dentro da própria vivência da comunidade na qual esteja ele inserido. O que Peter Häberle faz é identificar, entre esses valores que compõem a maioria dos “arquétipos valorativos” da sociedade ocidental, a dignidade da pessoa humana como premissa dos demais valores que compõem a “dialética axiológica” da Constituição. Por fim, registre-se que não se deve encarar o princípio em apreço como categoria jurídica absoluta, sujeitando-se, destarte, aquilo que Robert Alexy chama de lei de colisão (sopesamento):

46 HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, p. 3.

47 JR. BASTOS, Luiz Magno P. Op. cit., p. 44/45.

Essa lei, que será chamada de “lei de colisão”, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis.⁴⁸

Outro questionamento, no tocante ao elemento cultural-constitucional, que é feito por Häberle é que a teoria geral do Estado, ao tratar dos elementos necessários à configuração do Estado, tem sistematicamente excluído a Constituição (cultura) desse rol. Ora, Estado sem Constituição, e aqui Constituição não precisa ser encarada como Constituição necessariamente escrita (isso reforça mais ainda a ideia de Constituição como fenômeno cultural), não pode ser Estado:

Entre los capítulos tradicionales de la teoría general del Estado se encuentran los tres “elementos del Estado”: el pueblo, el poder, el territorio. Típicamente, en esta triada (todavía) no tiene un lugar la “Constitución”, y esto caracteriza a las teorías generales del Estado, pero también las hace cuestionables. Una “teoría de la Constitución” que merezca tal nombre tiene que buscar el modo de incorporar a la Constitución, en el sentido de que ésta sea, si no el “primer” elemento del Estado, al menos un elemento esencial. Dicho en términos concretos: la teoría de los elementos del Estado tiene que ser plenamente declinada (conjugada) a partir del citado elemento de la cultura. La Constitución es una parte de la cultura; forma, si se quiere (o más bien, debe formar) un “cuarto” elemento. G. Dürig propuso tempranamente esto de manera tendencial (1954), pero no lo desarrolló más. Cuanto antes, ahora hay que atreverse a dar este paso en la teoría de la Constitución. Esto significa que también los demás elementos del Estado tienen que ser “llenados” desde la perspectiva de la ciencia cultural, empezando por el pueblo como “conjunto de hombres sometidos a los preceptos del derecho” (I. Kant), pero por lo mismo en el “status culturalis”. La diversidad de identidades de los pueblos de Europa es de naturaleza cultural, y eso es lo que constituye la diversidad de Europa.⁴⁹

As concepções de Constituição enquanto fenômeno cultural serão de vital importância para que se possa compreender e relacionar como a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição se relaciona com o controle de constitucionalidade. A visão de que os valores não podem ser vistos sob uma óptica estanque e engessada é fundamental à boa compreensão da teoria häberliana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho era demonstrar, ainda que de forma não exaustiva, a importância das bases teóricas do método da Constituição aberta, entre os quais foram destacados o método tópico, de influência aristotélica, e a visão

48 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 99.

49 HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, p. 21.

da Constituição enquanto ente pertencente ao mundo da cultura, fazendo parte, portanto, dos bens culturais de uma nação.

A Constituição, como o próprio nome diz, *constitui* e fazer tal assertiva é, ao fim e ao cabo, afirmar que é nela que se entende a ordem jurídica fundamental de um Estado e da sociedade, mas não aquela visão homogênea e estanque de sociedade, mas sim uma visão de sociedade plural. A Constituição resulta, portanto, de um processo de confluências de diferentes forças políticas. Estas forças “*que se ‘constituyen’, que forman un orden ‘constitutivo’, alcanzando un consenso acerca de las cuestiones básicas que afectan a la convivencia social, forma de Estado, [...] y protección de los derechos fundamentales*”⁵⁰.

A visão da Constituição enquanto fenômeno cultural, conforme defendido por Peter Häberle, brota do fato de que a Constituição não existe tão somente para o jurista, que a interpreta e a aplica no âmbito da ciência jurídica, mas ela existe também para o cidadão como etapa do desenvolvimento cultural humano, como forma de representação do povo perante si mesmo e como “*espelho de patrimônio cultural e fundamento de suas esperanças*”⁵¹. Mister salientar que, para Häberle, o pressuposto antropológico-cultural dos Estados Republicanos estará justamente na dignidade da pessoa humana. Quanto ao método tópico, faz-se possível perceber que seu terreno mais fértil de aplicabilidade é justamente no âmbito da jurisdição constitucional, vez que a Constituição possui um caráter problemático e aberto, no qual se faz necessário, para o hermenêuta, a adoção de técnicas dialógicas, que permitam que a jurisdição constitucional esteja preparada para a abertura à esfera pública, bem como para o exercício do pensamento das possibilidades. Entre essas técnicas, indubitavelmente, a tópica tem seu lugar assegurado.

A abertura do círculo de intérpretes constitucionais, tese central do método da Constituição aberta, busca, acima de tudo, reforçar a ideia de que, enquanto fenômeno cultural, a Constituição que *constitui* não pode ter sua interpretação restrita, hermeticamente, aos intérpretes estatais. Como bem salientado por Häberle, no ato que antecede a hermenêutica constitucional formal, estatal, da jurisdição constitucional, são muitos os intérpretes em potencial da Constituição “ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição”⁵². Há, dessa forma, uma relativização do conceito dos participantes do processo constitucional, garantindo-se que a esfera pública pluralista seja partícipe do processo hermenêutico-constitucional, assim sendo, “a esfera pública pluralista desenvolve força normatizadora”⁵³. O método da Constituição aberta permite, destarte, que o cidadão, se pudéssemos

50 CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. Op. cit., p. 17.

51 HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, p. 6.

52 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, p. 41.

53 Idem, ibidem.

cogitar de uma *sintaxe jurídica-hermenêutica*, não seja mero predicado da norma, seja também o sujeito dela.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARISTÓTELES. *Tópicos*. São Paulo: Siberfil, 2000. Disponível em: www.dominiopublico.gov.br. Acesso em: 9 mar. 2010.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1997.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2003.
- _____. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- JR. BASTOS, Luiz Magno P. *Constituição como processo – Categoria central da teoria constitucional de Peter Häberle*. Dissertação de Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.
- MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Coletânea Original: Jürgen Schawabe. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva; IDP, 2007.
- _____. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Jurídica Virtual – Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos*, v. 1, n. 8, jan./2000.
- NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- STEUDEL, Adelângela de Arruda Moura. *O pensamento tópico do direito e sua influência na nova hermenêutica constitucional*. Dissertação de Mestrado pela Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.