

Constituição “da Cultura” e Constituição “Como Cultura”: um Projeto Científico para o Brasil (2008)

PETER HÄBERLE

Jurista alemão, Especialista em Direito Constitucional.

SUMÁRIO: Introdução; Primeira Parte: O modelo da Itália; Segunda Parte: O exemplo de Portugal; I – Realidade constitucional em 25 de abril de 2006, em Lisboa; II – Uma interpretação histórico-cultural da Constituição de 1976; Terceira Parte: Constituição “como cultura” (teoria); I – “Constituição” (um levantamento de direito positivo); II – Entendimento de Constituições do ponto de vista alemão (elementos teóricos); III – “Cultura”; 1 Noções referentes à questão da “cultura”; 2 Primeiras diferenciações; 3 Constituição como cultura; a) Teses iniciais; b) O ganho em conhecimento; c) Reservas e limites; Quarta Parte: Um projeto para o Brasil (1500-2008); I – Informações gerais sobre a história constitucional em documentos e textos constitucionais: um volume ilustrado do Brasil; II – Completamente: história anterior do país e documentos; III – A Constituição de 1988; Perspectivas.

INTRODUÇÃO

É para mim uma grande honra e alegria poder contribuir, aqui no Brasil, para a comemoração do aniversário de sua Constituição Federal. Estou ligado a este País, há vários anos, por traduções recíprocas e contatos pessoais de amizade. Antecipadamente, venho prestar meu agradecimento por isso.

Documentar a Constituição “da cultura” e “como cultura” talvez seja um grande programa. Ele é decorrente da noção de “Constituição como cultura” [*Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*] (1982) e será desenvolvido, a seguir, a partir de uma nova perspectiva. Vamos começar com uma breve abordagem do *Dia da Constituição*: os “Dias da Constituição” são dias nos quais se homenageiam festivamente e de várias formas, todos os anos, nos níveis político, social e, por vezes, também privado (Suíça), a constituição vigente, sua história anterior, sua entrada em vigor e seu esperado desenvolvimento futuro.

A título de elementos de um *levantamento* altamente fragmentário, apresentem-se antecipadamente alguns exemplos no mundo. Há Dias da Constituição que figuram como feriados, e.g., o dia da independência nacional ou da revolução, como o 4 de Julho nos Estados Unidos da América ou o 14 de Julho na

França, assim como o 25 de Abril na Itália (dia da libertação do regime fascista) e o 25 de Maio na Argentina (dia da independência). Estes são, mais precisamente, dias *anteriores* à Constituição, pré-constitucionais, e fazem parte, escritos ou não escritos, do fundamento da autocompreensão de uma coletividade política. Formam uma espécie de Constituição *anterior* à Constituição. Porém, existem também exemplos em que Dias da Constituição servem de lembrança da entrada em vigor de uma Constituição apenas de fato ou por lei, mas não ancorados no Texto Constitucional, e celebrados mais ou menos oficialmente (por exemplo, por meio da colocação de bandeiras em prédios públicos). Isto se aplica, por exemplo, na Alemanha, ao dia 23 de maio com relação à Lei Fundamental de 1949. No nível da União Europeia, aconteceu recentemente algo memorável e, no fundo, insensato. Se o Tratado Constitucional de 2004 previra ainda em seu artigo-símbolo 4 um “Dia da Europa” (9 de maio), este foi deliberadamente suprimido no chamado Tratado Reformador de Lisboa em 2007. Não obstante, pressupõe-se que o Dia da Europa bem como o hino europeu e a bandeira europeia sobreviverão materialmente como realidade constitucional. Após o não da Irlanda, em 13 de junho de 2008, tais símbolos se tornarão ainda mais importantes para a sobrevivência e a vivência da Europa. No dia 14 de julho de 2008, também a bandeira europeia tremulava ao vento em muitos lugares de Paris.

Uma análise dos diversos níveis do texto pode comprovar que, mundialmente, uma série de Constituições “decretam” feriados relacionados à Constituição ou que recordam a independência, e.g., o art. 14, § 5, da Constituição da Albânia (1998), também designado de dia da “bandeira”; o art. 4, § 5, da Constituição da Guiné Equatorial (1991); o art. 2, § 10, da Constituição do Gabão (1994). Contudo, deve-se lembrar também do feriado de fundação do Império alemão (18 de janeiro de 1871), na Alemanha, celebrado festivamente, durante o qual, por exemplo, ninguém menos do que *Rudolf Smend* proferiu um discurso festivo nos últimos dias da República de Weimar, cujas palavras ainda hoje irradiam: “Cidadãos e burgueses”¹.

PRIMEIRA PARTE: O MODELO DA ITÁLIA

Uma celebração – exemplar – de um Dia da Constituição pôde ser vivenciada em *Roma*. Ele estava relacionado aos 50 anos da Corte italiana (“ano da corte constitucional”). Por ocasião dos 50 anos de existência da Corte, a Constituição de 1947 foi comemorada pela *Cultura, Arte e Ciência*, e com os recursos

1 Bürger und Bourgeois im Deutschen Staatsrecht (1993), agora em: R. Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2. ed., 1968, p. 309 ss.

desta, em um magnífico volume, também apresentado como exposição². Os artigos da Constituição de 1947 e as grandes sentenças afins da Corte foram também ilustrados no contexto dos comentários de célebres juízes do Tribunal Constitucional. Foram registrados grandes documentos, pinturas e desenhos da história cultural da Itália, até exemplos da pintura moderna, atinentes ao meio operário e a quadros de batalhas históricas, bem como a alegorias sobre a justiça. Aqui, alguns exemplos dessa obra bibliófila única, de cunho científico-cultural e jurídico-constitucional, a qual documentou uma exposição:

- ref. ao art. 4 (especialmente *Direito ao trabalho*): pintura de uma antiga fiação de seda, de operários em greve, de mulheres trabalhando em campos de arroz, de um camponês arando a terra, de uma construção. O trabalho é documentado aqui de modo tradicional, mas em toda a sua variedade, conseqüentemente em vista do art. 1, alínea 1: “República baseada no trabalho”;
- ref. aos arts. 9, 33 e 34 (especialmente *Ambiente, Cultura, Paisagem, Escola*): esboço de *Michelangelo* do monumento funerário para os papas Leão X e Clemente VII, um retrato de mulher do Renascimento, o autógrafo de *Nicolau Maquiavel* para a introdução de seus “Discursos” (anterior a 1531), um retrato de um humanista, de vários astrônomos (ambos no século XVI), o autógrafo de um manuscrito de *Galileu Galilei* (1616), uma vista de Veneza (*F. Guardi*, século XVIII), pintura do Coliseu (século XVIII), jardins de oliveiras de um pintor quase impressionista, “Minha Siracusa”, uma pintura de estilo mais moderno, “A Educadora” (quase cubista);
- ref. aos arts. 29, 30 e 31 (especialmente *Família* sob o título geral de relações ético-sociais): “Madona com criança” (aprox. 1580), retrato de família no estilo do Renascimento, retrato de família burguesa, retratos de família do século XX, ficando evidente a mudança da imagem da família por meio dos tempos;
- ref. aos arts. 2 e 3 (em especial *Igualdade, Liberdade de associação* sob o título geral de Princípios básicos, também *Liberdade de religião*): pintura renascentista de uma missa, representação, inspirada na Antiguidade, do sermão de um apóstolo (século XVIII), o interior de uma sinagoga (século XVIII), assembleia de quacres (século XVIII), ou seja, também representações de outras religiões que não a própria, pinturas de diversas assembleias de períodos de tempo distintos (por exemplo, comediantes em mercados), pessoas em um bonde (1923);

2 1956-2006 – 50 anni di Corte Costituzionale: le immagini, le idee. Roma, 2006, a cura di P. Boragina e G. Marcenaro.

- ref. ao art. 5 (em especial *Autonomia local*): paisagem urbana imaginária, unindo os símbolos arquitetônicos de várias comunas italianas, como Roma, Milão, Turim e Pisa, que fica apenas a título de exemplo, naturalmente;
- ref. ao art. 11 (especialmente *Proibição da guerra de agressão*): vários quadros de batalhas em estilo antigo e novo, uma alegoria da paz com cordeiro (século XVIII);
- ref. aos arts. 24 e 25 (em especial *Justiça e Direitos Fundamentais da Justiça*): várias pinturas alegóricas sobre a justiça oriundas dos séculos XVII e XX, uma primeira edição da obra de *Cesare Beccaria* (1764);
- ref. ao art. 10 (especialmente *Direito Internacional*): pintura da recepção de um embaixador (século XVIII). Aqui chama a atenção um déficit: o pensamento concebido tão cedo na Itália de uma união europeia (Ventotene!) não se encontra presente *nem em uma única* ilustração;
- ref. ao art. 32 (especialmente *Saúde e assistência terapêutica*): pintura de assistência aos pobres em Florença (1514), refeição aos pobres (século XVII);
- ref. aos arts. 41 e 47 (especialmente *Iniciativa da economia privada e poupança*): bordado familiar no meio nobre (século XVIII), retratos de comerciantes conhecidos, antigo “extrato de conta” manuscrito de *Michelangelo* (1514).

O autor desconhece no mundo uma aplicação jurídico-cultural de uma constituição vivida, que se compare a essa obra, como refletida em seus âmbitos da religião, ciência e arte, da vida política e social. Certamente não é por acaso que precisamente a Itália, como a capital cultural da Europa, quicá do mundo, se festeje sob a forma desta publicação. Outros países ou comunidades científicas de Direito Constitucional poderiam tomar este projeto como exemplo, em cooperação com (outros) especialistas em estudos culturais. Veja-se, a respeito, um exemplo a seguir.

SEGUNDA PARTE: O EXEMPLO DE PORTUGAL

I – REALIDADE CONSTITUCIONAL EM 25 DE ABRIL DE 2006, EM LISBOA

Um exemplo da *realidade constitucional* pode ser dado com Lisboa. Quase casualmente, o autor presenciou no ano de 2006 (25 de abril) a realidade político-social do Dia da Constituição de Portugal, celebrado em *Lisboa*. É certo que, naquela época, ele era convidado como palestrante em

um evento festivo do Tribunal Constitucional português e da Faculdade de Direito da antiga universidade, mas, antes, ele se misturou ao público, a bem dizer, à opinião pública nacional, que, a sua maneira, celebrava a Constituição de 1976 na Avenida da Liberdade, o famoso bulevar da cidade. Presenciou-se praticamente uma festa popular, uma espécie de “constituição como processo público” com muitos cidadãos e grupos na qualidade de intérpretes ativos. Em detalhes: agrupamentos político-partidários, organizações sociais, delegações das vilas e representações de bairros, mas também classes profissionais de todo tipo desceram o grande bulevar em direção ao mar, como em uma espécie de parada. Todos os participantes e quase todos os espectadores portavam simbolicamente o célebre cravo vermelho de 1974 (“Revolução dos Cravos”). As faixas, carregadas em parte pelas pessoas, em parte por veículos, remetiam expressamente a determinados artigos da Constituição, como, e.g., em matéria de trabalho, família, meio ambiente ou também paz. Em parte, eram apresentadas exigências político-constitucionais ou políticas de cunho geral, ilustradas sobre carros belamente decorados. Podia-se sentir uma disposição republicana, uma articulação da autocompreensão como nação constituída, apesar de todos os déficits que eram denunciados, por exemplo, em matéria de desemprego. Como “observador participante”, vivenciou-se uma *constitutional law in public action* aplicada na prática. Tudo isto permaneceu inesquecível para o autor; esteve-lhe também sempre presente no meio mais acadêmico da impressionante conferência científica na Fundação Gulbenkian³.

II – UMA INTERPRETAÇÃO HISTÓRICO-CULTURAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1976

Do fundo da história cultural de *Portugal* e de seu “húmus”, e apoiando-se no volume documentado de Roma, podem ser feitas agora de modo mais abrangente referências a *determinações constitucionais* de 1976, com vistas a acontecimentos, eventos, grandes obras da arte e cultura:

- a “era dourada” (século XVI), com suas grandes obras (a respeito no art. 42);
- a catástrofe nacional do terremoto de 1755⁴;
- a independência do Brasil, em 1822;
- referente ao rico *preâmbulo*: relato da história recente em matéria de Estado constitucional português: 25 de abril de 1974, libertação da ditadura e do colonialismo, exercício dos direitos fundamentais, compromisso com a democracia, com a condição de Estado de Di-

3 A palestra está publicada em EuGRZ 2006, p. 533 ss.: Neue Horizonte und Herausforderungen des Konstitutionalismus.

4 Gravura de Lisboa em: Portugal, DuMont, 1987, p. 84.

reito e de “país irmão”, imagens das festas de rua durante a “Revolução dos Cravos”, documentos da proclamação da Constituição pela assembleia constituinte (2 de abril de 1976);

- ref. ao art. 7 (*Relações internacionais*): documentos de Direito Internacional, especialmente a respeito das “relações de amizade com os países de língua portuguesa” (o português é tido como língua materna de 120 [sic] milhões de pessoas), um quadro do Tribunal Penal Internacional em Haia, pela oferta de paz como documento *contrário*, e.g., a Batalha de Aljubarrota⁵;
- ref. ao art. 11 (*Símbolos nacionais*), em especial a *bandeira*: a bandeira de Portugal se lê como um livro de história. Ela transpõe a história do Estado e da constituição literalmente em imagens, em que os cinco escudos azuis em forma de cruz representam os cinco reis mouros vencidos em 1139 em uma batalha, o verde como sinal da esperança era a cor do *Infante D. Henrique*⁶ (1394 a 1460), o brasão com a esfera armilar, um antigo instrumento de navegação, reflete o grande papel desempenhado por Portugal no descobrimento do mundo fora da Europa (por toda parte encontram-se sinais dos descobridores: em Sagres, Porto, Batalha ou até mesmo em Lagos, *Vasco da Gama* descobriu em 1497 o caminho marítimo para as Índias). Depois, a esfera dourada com o arco dourado na bandeira foi acrescentada sobre o escudo no século XIII pelo rei D. Afonso III, os cinco pontos brancos em cada escudo simbolizam as chagas de Cristo, o campo vermelho foi adotado como símbolo da Revolução⁷, a recepção do símbolo da revolução de 5 de outubro de 1910 poderia ser ilustrada por um documento desses dias. Do ponto de vista da teoria constitucional, afigura-se que o *preâmbulo* descreve uma fase *breve* do surgimento do Estado Constitucional de Portugal, enquanto a *bandeira nacional* reconstitui graficamente e em cores o desenvolvimento do país *ao longo de séculos*;
- ref. aos arts. 12 seguintes (*Direitos e deveres fundamentais*): grandes sentenças do Tribunal Constitucional em Lisboa e os respectivos comentários pela ciência;

5 Reproduzida em Portugal, DuMont, 1987, p. 40.

6 Seu monumento: reproduzido em: Portugal, Walter-Reiseführer 1986, p. 39; reproduzido igualmente em: G. Faber e O. Kasper, Portugal, 1983, 1ª contracapa.

7 Reprodução citada segundo: B. J. Barker, *Weltatlas der Flaggen*, 2005, p. 51. De modo geral sobre a função simbólica de bandeiras nacionais: P. Häberle, *Nationalflaggen: kulturelle Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole*, 2008.

- ref. ao art. 15 (*Estrangeiros, cidadãos europeus*): destaque dos cidadãos de países de língua portuguesa, documentos de alguns países, como Moçambique, Cabo Verde, Angola e Guiné-Bissau;
- ref. ao art. 41 (*Liberdade de consciência e de religião*): documentos da história da Igreja, inclusive da Inquisição⁸, o milagre de Fátima, “país dos castelos e abadias”⁹;
- ref. ao art. 42 (*Liberdade de criação cultural*): ilustrações da arte e cultura portuguesas, por exemplo, colunas manuelinas no Mosteiro de Belém¹⁰, arte de azulejos portugueses, Mosteiro dos Jerônimos em Lisboa. Da literatura: *Luiz de Camões* (1524-1580, o épico “Os Lusíadas”), *Fernando Pessoa* (1888-1935), o prêmio Nobel *José Saramago*, “Levantado do Chão”. Da música: o *fado* (“Saudade”). Referente à evolução científica: a cidade universitária de Coimbra (a Alta Universitária, especialmente a biblioteca da universidade, construída de 1716 a 1732¹¹); a Fundação Gulbenkian em Lisboa; apresentações de dança em trajes típicos¹²; primeiros professores de Direito Público sobre a Constituição de 1976 com grandes manuais foram *G. Canothilo* e *J. Miranda*; como grande juiz/presidente pode ser citado: *M. Cardoso da Costa*;
- ref. ao art. 66 (*Ambiente e qualidade de vida*): paisagens culturais, como o Algarve, Albufeira e o Parque Nacional de Buçaco, Costa do Sol, os vinhedos no vale do Douro (*vide*, também, “Aspectos africanos”)¹³;
- ref. ao art. 78 (*Criação cultural*): ilustrações de objetos de proteção aos bens culturais nacionais, por exemplo, dos “azulejos” artísticos, do estilo manuelino (1490-1540), patrimônios culturais mundiais da Unesco¹⁴ (Porto, Tomár, Évora, Sintra);
- ref. ao art. 79 (*Cultura física e desporto*): entendimento da cultura em sentido amplo, e talvez, também, a tourada portuguesa;
- ref. ao art. 150 (*Assembleia da República*): edifício do parlamento São Bento¹⁵;

8 Reprodução da queima de vítimas da Inquisição (Portugal, DuMont, 1987, p. 46).

9 Ilustrações em: G. Faber e O. Kasper, Portugal, 1983, p. 84 ss.

10 Reproduzidas em: Portugal, DuMont, 1987, p. 63. Os demais exemplos nas páginas 67 ss.

11 Ilustração em G. Faber e O. Kasper, Portugal, 1983, p. 75.

12 Ilustração em G. Faber e O. Kasper, Portugal, 1983, p. 48.

13 Documentado em: G. Faber e O. Kasper, Portugal, 1983, p. 142 ss.

14 Ilustrações em: Unesco-Weltkulturerbe, 2003, p. 214-223.

15 Reproduzido em: Portugal, DuMont, op. cit., p. 96.

- ref. aos arts. 278-283 (*Tribunal Constitucional*): ilustração do palácio, de uma seção plenária e representação de grandes sentenças, especialmente relativas aos direitos fundamentais.

TERCEIRA PARTE: CONSTITUIÇÃO “DA CULTURA” (TEORIA)

I – “CONSTITUIÇÃO” (UM LEVANTAMENTO DE DIREITO POSITIVO)

Aproximemo-nos da “questão constituição”, primeiramente, em termos de um levantamento para, posteriormente, podermos perguntar pelo sentido e pelas “funções”, e elaborarmos elementos teóricos. Cartas constitucionais escritas (elas também servem à segurança jurídica) desenvolveram, no decorrer dos tempos, certos elementos estruturais típicos no aspecto formal: iniciam-se frequentemente com preâmbulos (abertos, em parte, por palavras referentes a Deus) que, em linguagem solene, semelhantemente a aberturas e prelúdios científico-culturais, “preparam” para a obra e formulam previamente princípios essenciais¹⁶, a fim de fundamentar uma identidade (p. ex., artigo-símbolo). Seguem-se, geralmente, duas partes – garantias dos direitos fundamentais e a parte de organização; por fim, disposições finais e transitórias, frequentemente uma coletânea variada, mas não deixando de ser importante, completam o todo. Tradicionalmente, a Constituição se refere ao *Estado*, falamos também de “Estado constitucional”, que é constituído pela Constituição. Apenas recentemente é que o conceito de constituição “se expande”, e.g., em relação à Europa ou até mesmo ao Direito Internacional. Para permanecermos mais no aspecto formal: na parte de organização, na qual são constituídos órgãos como parlamento, governo, administração e tribunais (função de organização da constituição), e encontram-se também procedimentos de alteração da Constituição (em ricas variantes) e, raramente (como exemplarmente na Suíça: “revisão total”), procedimentos para uma nova legislação constitucional (com ou sua participação do povo) – no todo, a tentativa de constituições em processar o “tempo” de forma diferenciada.

Vamos aos *conteúdos*: o tipo “Estado constitucional”, uma conquista cultural de muitos séculos e conjunto de textos dos clássicos¹⁷, desde *Aristóteles*, passando por *Montesquieu* e *Rousseau*, os *Federalist Papers* (1787) e o “Princípio Responsabilidade”, de J. Jonas na legislação ambiental, ocorre em muitas variantes (nacionais), mas também pode ser representado de modo “típico-ideal”: em seus fundamentos e elementos como os direitos humanos cada vez mais diferenciados nos temas e nas dimensões, na democracia partidária

16 P. Häberle, *Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen*, FS Broermann, 1982, p. 211 ss.

17 P. Häberle, *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981.

(pluralista), na divisão dos poderes, na identidade (*vide* o artigo referente aos símbolos estatais), nas metas estatais, como Estado de Direito, Estado Social, Estado cultural e, mais recentemente, Estado ambiental, frequentemente também como estruturação vertical dos poderes (o federalismo e o regionalismo). Típicos para o moderno Estado constitucional são órgãos constitucionais, como a jurisdição constitucional, que começou em 1803 nos Estados Unidos, foi estabelecida para a Europa na Áustria por volta de 1920 e, nas décadas após 1945 e após 1989, teve quase mundialmente um triunfo inigualável. Novos temas (proteção às minorias, *ombudsman*, cláusulas de subsidiariedade, artigos sobre o pluralismo) foram sendo acrescentados paulatinamente: e.g., os chamados “artigos Europa” (como o art. 23 da Lei Fundamental alemã e o art. 7, § 5, da Constituição portuguesa, os quais normatizaram uma porção de “Direito constitucional europeu nacional”) ou expressões do “Estado constitucional cooperativo” (art. 24 da Lei Fundamental): abertura para o Direito Internacional (“cordialidade com o Direito Internacional”, como, por exemplo, mobilização pelos direitos humanos, pela segurança internacional, pela solução de conflitos, justiça; cf. art. 7 da Constituição portuguesa de 1976, anteriormente art. 11 da Constituição italiana). Por último: comissões da verdade¹⁸ (recentemente, por exemplo, no Canadá).

II – ENTENDIMENTO DE CONSTITUIÇÕES DO PONTO DE VISTA ALEMÃO (ELEMENTOS TEÓRICOS)

Desde há muito, a Alemanha se distingue por uma luta especialmente intensa sobre o que seria “Constituição”, e as seguintes palavras poderão fornecer, talvez, uma primeira orientação. Se para *Ferdinand Lassalle* (1862) a essência da Constituição residia nas “relações fáticas de poder”, *Georg Jellinek* escreve em sua grande obra *Teoria geral do Estado* (1900) que a Constituição seria apenas uma “lei com elevado poder de eficácia formal”. Já aqui vemos como tentativas individuais de se chegar mais perto da matéria constituição e frequentemente formulam apenas verdades *parciais*: certamente a Constituição é *também* uma lei com elevado poder de eficácia formal, na medida em que só pode ser alterada com a maioria qualificada em processos especiais de emenda constitucional (p. ex., art. 79, §§ 1 e 2, da Lei Fundamental e art. 138 da Constituição italiana)¹⁹, mas esta abordagem meramente formal não basta: pelo objeto e por suas funções, a “Constituição” é muito mais²⁰.

“Nos ombros de gigantes” – esta expressão, em minha opinião, se aplica especialmente à relação com “Weimar” da teoria alemã do Direito Público na

18 A respeito, meu volume traduzido por U. Carvelli: *Os problemas da verdade no Estado constitucional*, 2008.

19 Sobre o todo: P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. ed., 1998, p. 267 ss.

20 Sobre o conceito de Constituição: P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. ed., 1998, p. 342 ss. e passim; partindo de um conceito de Estado pré-constitucional, em contrapartida: J. Isensee, *Staat und Verfassung. HdBStR*, v. 5, 2. ed., 1995, p. 591 ss.

Lei Fundamental de 1949 até hoje. Assim como os célebres anos 20 em Berlim acarretaram um “florescimento” nas artes e na ciência, até hoje muito admirado, os teóricos do Direito Público de Weimar, em suas controvérsias, fizeram perguntas e deram respostas que até hoje são “clássicas” e perante as quais nós, da geração mais nova, somos, quando muito, “anões nos ombros de gigantes”, o que não exclui o fato de nós, por estarmos sobre os ombros, enxergarmos, às vezes, até mesmo mais longe do que esses gigantes!

Com esta reserva, passemos agora a algumas posições na “polêmica de Weimar sobre a direção a tomar”, polêmica que foi perseguida de forma tão precisa na Itália (p. ex., por *F. Lanchester*)²¹. De grande influência foi a obra de *Rudolf Smend* (1928), *Constituição e direito constitucional*; ela é também conhecida na Itália como “teoria da integração” e foi até mesmo lá traduzida. *Smend* concebe o Estado como processo de integração sempre nova, onde, por exemplo, bandeiras, pavilhões e hinos têm importância. Considerada retrospectivamente, esta visão pode ser tida também como tentativa de reagir contra a infeliz polarização das forças políticas em Weimar. De modo totalmente diferente *Carl Schmitt*. A sua *Teoria da Constituição* (1928) permanece uma grande realização, mas em seus outros escritos ele forneceu palavras que não são exatamente úteis ao Estado constitucional. Pode-se citar a teoria decisionista, segundo a qual decisões políticas vêm “normativamente do nada” – isto pode já ser refutado pelo material de Direito comparado: tenha-se presente o pluralismo de ideias e interesses que conduziram, e.g., à exemplar Constituição de Portugal de 1976, da Espanha de 1978 e do Brasil de 1988. Por outro lado, há que se lembrar da nefasta expressão, segundo a qual o político se define por meio do pensamento de “amigo/inimigo”. Na constituição do pluralismo, na sociedade aberta, há, a princípio, a meu ver, “concorrentes”, “adversários”, mas não “inimigos” por princípio. A teoria da integração (de *R. Smend*) orientada, naquela época, para o nível nacional – mas hoje a ser compreendida de forma nova com vistas à Europa –, evoca as irrenunciáveis formações de comunidades, a função pacificadora da Constituição, o “consenso básico” (na linguagem moderna), que inclui todos os cidadãos e, e.g., possibilita pela primeira vez o funcionamento do princípio da maioria com uma proteção escalonada das minorias. *Hermann Heller* (1934) lembra o aspecto da “cooperação consciente, sistematicamente organizada”; porém, em sua *Teoria do Estado*, que até hoje marca uma época, ele pensa tendo como alvo o Estado, mas não – como indicado atualmente – a Constituição. Contudo, no Estado constitucional existe apenas o tanto de Estado que a *Constituição* constitui (*R. Smend/A. Arndt*). Com *Carl Schmitt* não se pode nem explicar a Suíça nem construir a Europa.

21 *F. Lanchester, Momenti e Figure nel Diritto Costituzionale in Italia e in Germania*, 1997. Da bibliografia alemã: *M. Friedrich, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, 1997, p. 320 ss.; *M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, v. III, 1914-1945, 1999, esp. p. 153 ss.

Tendo em vista a Lei Fundamental alemã, desenvolveu-se outra etapa da “conversação constitucional”, com, em parte, participantes proeminentes. Assim, antecipadamente, o suíço *W. Käggi* formulara em 1945 as palavras-chave da Constituição como “ordenamento jurídico básico do Estado”. Com isso, ele indicara uma direção que, posteriormente, foi fortemente reforçada: podem-se citar *Horst Ehmke* (Constituição como “restrição e racionalização do poder e garantia de um livre processo político de vida”)²² e *Konrad Hesse* (“Constituição como ordenamento jurídico básico da coletividade”²³). A meu parecer, é necessário um *entendimento constitucional misto*, no qual são inseridas de forma diferenciada as diversas funções. Por exemplo, Constituição, nas metas estatais e na divisão dos poderes, é “inspiração e barreira” (*R. Smend*), é também “norma e tarefa” (*Ulrich Scheuner*), e.g., no princípio do Estado de Direito e na fixação de outros valores fundamentais. Ela possui funções bem determinadas: ela restringe e controla não apenas o poder (como por meio do Poder Judiciário), ela também o fundamenta e legitima (por meio das eleições). Ela constitui procedimentos para a resolução de conflitos (p. ex., no parlamento), ela organiza competências e instituições para o estabelecimento e a concretização de determinadas tarefas (ao longo das três funções estatais). Ela estabelece o Estado aberto (ao mundo) como “Estado constitucional cooperativo”²⁴ (art. 24 da Lei Fundamental, art. 11 da Constituição italiana e art. 49 da Constituição luxemburguesa), bem como a “sociedade constituída”, e.g., na “eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares”, no Estado social, e cria possibilidades de identificação para cidadãos e grupos na obrigação para com a lei e o Direito ou no hino nacional e nas cores do Estado (fontes de consenso emocionais ou racionais). No Direito Constitucional da Cultura (p. ex., sobre os objetivos educacionais nas escolas), ela também define valores que consolidam culturalmente a sociedade aberta (como tolerância, respeito à dignidade dos concidadãos, amor à verdade, espírito democrático, consciência ambiental). Vista no eixo temporal, a Constituição é (também) processo público, assim como, no hoje, podemos diferenciar uma “tríade no âmbito republicano”: o âmbito da organização estatal (dos órgãos estatais, por exemplo, audições públicas), do público-social (como dos sindicatos, das igrejas, da mídia) e da alta privacidade pessoal (p. ex., liberdade de consciência). A esfera pública é uma “fonte da democracia” (*Martin Walser*), mesmo se sabemos desde *Hegel* que na opinião pública “todo o verdadeiro e falso” é simultâneo. Porém, sobretudo, Constituição é cultura. Veja-se, a respeito, logo a seguir.

22 H. Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, 1953.

23 K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed., 1995 (reedição 1999), p. 10.

24 A respeito, meu volume (com o apoio de M. A. Maliska): *Estado constitucional cooperativo*, 2007.

III – “CULTURA”

Após a aproximação com a “Constituição”, passemos agora à elaboração, provisoriamente ainda em separado, da “cultura” que lhe será atribuída.

1 Noções referentes à questão da “cultura”

As noções referentes à “questão cultura” precisam começar com *Cícero*, o qual foi provavelmente o maior jurista da Antiguidade romana²⁵. A seguir, não poderão ser acompanhados todos os efeitos histórico-conceituais desse grande início, pois isto seria um tema à parte. No entanto, há de se evocarem obras como a do suíço *Jacob Burckhardt*, *A cultura do renascimento* (1919) e a *Sociologia da cultura*, de *Arnold Gehlen*. Existem muitos textos clássicos sobre o conceito de cultura, provavelmente em todas as disciplinas das ciências humanas. Recorde-se também a polêmica aberta sobre o fato de a matemática ser uma ciência natural ou cultural. Na Alemanha, uma linha do pensamento sobre a cultura pode ser traçada até *Max Weber*. Especialmente na teoria alemã do Direito Público, podem-se encontrar conceitos no classicismo de Weimar com seus “gigantes”, aqui *Rudolf Smend* e *Hermann Heller* (1934), aquele com seu conceito de “direitos fundamentais como sistema de cultura” (1928). A *H. Heller* deve-se a tese da teoria do Estado como ciência cultural²⁶. Apenas em fins dos anos 70 e mais intensamente nos anos 80 é que foram retomados esses trabalhos preparatórios²⁷. Hoje o conceito de cultura praticamente abunda: ele é utilizado para quase tudo (“cultura alimentar”, “cultura da economia”, o boxe como “cultura”, e até mesmo negativamente como “cultura da morte”, nos termos do *Papa João Paulo II*). A cultura recai em um conceito da moda e universal e ameaça se tornar cientificamente improdutiva. Esse problema só pode ser remediado por uma estruturação e uma precisão, possíveis exatamente para o jurista.

2 Primeiras diferenciações

Uma primeira aproximação rudimentar pode ter êxito a partir dos conceitos *contrários*. A cultura é contrária à *natureza*. Esta é “criação” ou resultado da evolução. A cultura é o que foi criado pelo *homem*, *sit venia verbo*: uma

25 Da bibliografia: J. Niedermann, *Kultur, Werden und Wandlungen des Begriffs und seiner Ersatzbegriffe von Cicero bis Herder*, 1941.

26 H. Heller, *Staatslehre*, 1934, p. 32 ss. Da bibliografia secundária: A. Dehnhardt, *Dimensionen staatlichen Handelns*, 1996. De outras disciplinas, vide, por exemplo, o projeto “Kulturthema Toleranz”. Zur Grundlegung einer interdisziplinären und interkulturellen Toleranzforschung, publicado por A. Wierlacher, 1996.

27 P. Häberle, *Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag*, 1979; id., *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, 1980; id., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1. ed., 1982 (2. ed., 1998); U. Steiner e D. Grimm, *Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen. VVDStRL*, 42 (1984), p. 7 ss. e 46 ss., respectivamente; K. Stern, *Kulturstaatlichkeit – ein verfassungsrechtliches Ziel*. In: FS H.-P. Schneider, 2008, p. 111 ss.

“segunda criação”. Nisso há, obviamente, problemas relacionados à zona limítima: assim, por exemplo, o jurista da proteção ao patrimônio cultural se encontra diante da questão se peças da natureza, pensadas como “imbuídas” de um sentido religioso, como as árvores, seriam cultura pelo fato de determinados povos chamados de primitivos associarem com elas suas representações religiosas (“espíritos das árvores”). No meu parecer, esta pergunta deve ser respondida afirmativamente, da mesma forma como falamos também de “monumentos naturais” (cf. art. 40, § 4, pág. 3, da Constituição de Brandenburgo de 1992). Todavia, deveríamos nos ater à diferença fundamental entre natureza e cultura, mesmo se tivermos diante dos olhos o maravilhoso dito de *Goethe*: “Natureza e arte parecem se escapar e, antes que se chegue a pensar, já terão se encontrado [...]”.

O tipo “Estado constitucional” e a ciência que o trabalha e nele trabalha podem fornecer algumas indicações, tendo como pano de fundo o chamado “projeto cultural aberto”, em parte também graças a textos constitucionais positivos na Europa. Assim, sugere-se a diferenciação em *alta cultura* no sentido do “verdadeiro, bom e belo” da tradição antiga, do humanismo italiano e do idealismo alemão, encontrado, *e.g.*, em alguns objetivos educacionais de Constituições estaduais alemãs (cf. art. 131, § 2, da Constituição da Baviera de 1946). A *cultura popular*, preservada nos países em desenvolvimento como “cultura indígena” (cf. art. 66 da Constituição da Guatemala de 1985), é uma segunda categoria. O Estado constitucional não a menospreza e faz bem: a democracia também vive dessa espécie de cultura, bastando pensar no federalismo ou regionalismo, que protege *in loco* o que é pequeno, o lugar de origem. As *culturas alternativas ou subculturas* constituem uma terceira categoria. Podem ser, inclusive, um solo frutífero para a alta cultura: os Beatles se tornaram hoje um clássico. Poderiam ser citadas “culturas contrárias”, como, por exemplo, do antigo movimento dos trabalhadores, dos desempregados de hoje. A abertura do conceito de “arte” nos moldes da liberdade de arte (conceito aberto de arte)²⁸ demonstra que precisamente a cultura alternativa tem que ter sua oportunidade – até os *limites* da pornografia. Em uma “constituição do pluralismo”, o projeto cultural pluralístico aberto é apenas uma consequência. O jurista já se “comprometeu” o suficiente com definições, não apenas no Direito Penal, quando, precipitadamente, recusou o predicado de “arte” ou “cultura” a novas obras.

28 Cf. bibliografia com outras referências: I. Pemice apud H. Dreier (Ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, v. 1, 1996, art. 5, III (arte), número marginal 16 ss. (2. ed., 2004).

3 Constituição como cultura

a) Teses iniciais

Na sequência do aqui exposto, a tese da “Constituição como cultura” revela-se como consequente. Não se questiona por Constituição e cultura, mas, antes, por Constituição *como* cultura. Não bastam “simples” perífrases, textos, instituições e procedimentos jurídicos. Constituição não é apenas ordenamento legal para juristas e não pode ser interpretada por estes de acordo com velhas e novas regras técnicas – ela atua também essencialmente como um guia para não juristas: para o cidadão. A Constituição não é somente um texto jurídico ou um conjunto de regras normativas, mas também expressão de um estágio de desenvolvimento cultural, meio da própria afirmação cultural de um povo, reflexo de sua herança cultural e fundamento de novas esperanças. Constituições vivas são uma obra de todos os intérpretes constitucionais da sociedade aberta, pela forma e pela matéria são muito mais expressão e transmissão de cultura, estrutura para (re)produção e recepção cultural e depósito de informações, experiências e vivências “culturais” tradicionais, inclusive de sabedorias. Respetivamente, mais profundo se situa seu modo – cultural – de validade, captado da maneira mais bela na imagem de *Goethe*, ativada por *H. Heller*, de que a Constituição é uma “forma cunhada que se desenvolve vivamente”.

As etapas da história do desenvolvimento do tipo “Estado constitucional”; a vida, sempre introduzindo novas facetas, de seus textos clássicos de *Aristóteles* a *H. Jonas*, concebidos em sentido amplo como textos constitucionais, que, frequentemente, literalmente se “coagularam” formando textos constitucionais em sentido estrito (p. ex., a divisão dos poderes de *Montesquieu*), mas também que provocam seus “anticlássicos”, como, por exemplo, a pergunta de *Bertold Brecht*: “Todo poder estatal emana do povo, mas para onde vai este poder?”; a luta por um entendimento constitucional relativamente “correto”; por fim, a exposição de um Direito constitucional da cultura geral e especial; todos esses elementos mostram em combinação com a abertura da teoria constitucional, simultaneamente comparatística e científico-cultural, que a Constituição é cultura, com muitas camadas e diferenciações. Nela entram experiências culturais dos povos, e de seu solo são nutridas esperanças culturais até utopias concretas, como no caso da reunificação alemã. O princípio constitucional específico vive das camadas profundas do contexto cultural, como, por exemplo, o entendimento (diverso) do regionalismo que agora se manifesta no Reino Unido (Escócia, País de Gales, Irlanda do Norte), ou do federalismo (como “federalismo da cultura” na Alemanha). Também e precisamente a Europa, que se forma constitucionalmente, se fundamenta, por fim, a partir dos 6 elementos – consolidados – de sua cultura jurídica (historicidade, cientificidade, independência da jurisprudência, liberdade de religião, diversidade e

unidade, particularidade e universalidade). A identidade da Europa se revela a partir da abordagem científico-cultural; a identidade nacional dos Estados-membros, protegida nos tratados de Maastricht (1992), Amsterdam (1997) e Nice (2000), é expressão da pluralidade da Europa, a qual, por sua vez, em última e primeira análise, é uma pluralidade cultural. Isto também se aplica a por enquanto fracassada Constituição de 2004 da União Europeia.

b) O ganho em conhecimento

O ganho em conhecimento do paradigma “Constituição *como* cultura” pode ser indicado por algumas palavras: a teoria do Direito Constitucional é (re)conduzida ao círculo das outras ciências culturais, como das ciências da literatura e da música. Como estas, ela trabalha, por um lado, em e com textos (teoria constitucional como “ciência da cultura e do texto jurídico”), e existe perfeitamente uma proximidade entre Constituições escritas e as três religiões mundiais como “Religiões do Livro”. Assim, torna-se visível até mesmo a teologia, contanto que trabalhe hermenêuticamente (desde *Schleiermacher*); porém, o texto é frequentemente apenas uma referência ao *contexto* cultural. O estudo dos preâmbulos pode ser a melhor forma para ver quão próximos são entre si o texto constitucional e a literatura ou a música. Os preâmbulos têm a função de literalmente “afinar” os cidadãos, em uma linguagem festiva e de alto nível, com a obra a sua frente: comparável a prólogos, aberturas e prelúdios. Na Suíça, serviu-se, em 1977, da ajuda de um poeta (*Adolf Muschg*); a “Mesa Redonda”, em 1989, em Berlim Oriental chamou a literata *Christa Wolf*. Faça-se remissão ao “hino nacional” definido em muitas Constituições (como no art. 28, § 3, da Constituição polonesa de 1997). Os hinos nacionais pertencem à categoria das “fontes de consenso emocionais” de uma coletividade política. Se forem controversos, mostra-se a partir do lado negativo quão profunda ou alta sua importância é antropologicamente. Não é necessário recordar (1995) a ópera “Nabucco”, de *Verdi* (Coro dos Escravos), como “hino nacional secreto” da Itália e sua força comprovada contra o secessionismo da “Padânia”, de *Umberto Bossi* (incidente em Milão).

O entendimento de Constituição como cultura pode também explicar melhor a mudança de significado de norma constitucional sem alteração no *texto*. O clássico texto de *Rudolf Smend*, dos anos 50 do século XX, reza: “Quando duas leis fundamentais dizem o mesmo, elas não querem dizer o mesmo” – isto se aplica também hoje, apesar dos processos universais de produção e recepção, nos quais o tipo do Estado constitucional se desenvolve “dentro” de sua diversidade exemplar nacional. Ademais, conceitos como “cultura dos direitos fundamentais” e “cultura constitucional” são propostos em 1979 e 1982, na

Alemanha²⁹, o que só foi possível no contexto global do esboço desse entendimento constitucional científico-cultural.

Por fim, convém notar dois outros ganhos em conhecimento.

O *conceito de Constituição* na Alemanha é classicamente referido ao Estado, que, desde *Georg Jellinek*, na forma de sua teoria dos três elementos (“povo, território, poder”)³⁰, havia esquecido a cultura. Hoje, desde que se trabalhe o Estado constitucional, a cultura tem que ser incorporada, se não como “primeiro”, então como quarto elemento do Estado³¹. De resto, porém, o conceito de Constituição deve ser libertado de sua fixação no Estado. A ciência do Direito Internacional e *Alfred Verdross* já o fizeram em 1926 (“A constituição da comunidade internacional”) e, atualmente, com vistas às perspectivas constitucionais da União/Comunidade Europeia, não se pode mais trabalhar com a referência ao Estado³².

O outro ganho em conhecimento reside talvez no fato de a teoria constitucional como ciência da cultura expressar melhor do que as ciências sociais a dimensão “vertical”, “ideal” e “platônica”, se quisermos. A dignidade humana é a premissa antropológico-cultural – ela proporciona ao cidadão “caminhar ereto”, elaborado em numerosos processos de socialização culturais; por isso, *Hegel* fala claramente de educação como “segundo nascimento” do homem, *Arnold Gehlen* exige um “retorno à cultura”, cultura é a “segunda criação” – a democracia é a *consequência* organizacional da dignidade humana, a qual entendemos no sentido de *Kant*. O caráter pretensivo normativo que os princípios constitucionais possuem, sua *também* existente função demarcadora perante a cena política (de poder) e a superioridade econômica, sua “força dirigente” tangível, por exemplo, em metas estatais, seus postulados de justiça frequentemente deixados na penumbra – tudo isto só pode ser abrangido pela ciência da cultura que leva a sério o normativo. A ciência jurídica não é “ciência social”, como propagou a Revolução de 1968. A constituição não é idêntica às “relações fáticas de poder” (assim, porém, *F. von Lassalle*, 1862). A força de orientação e a vontade de orientação, a “força normativa da Constituição” (*Konrad Hesse*) age por meio da cultura: linhas diretrizes, objetivos educacionais, mas também proteção jurídica para o cidadão graças aos direitos fundamentais e graças à jurisdição independente.

29 P. Häberle, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 88 s., 90; id., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft!*, 1. ed., 1982, p. 20 ss.

30 Sobre o conceito de Constituição: K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. I, 2. ed., 1984, p. 19 ss.

31 Uma antiga e abandonada proposta de: G. Dürig, *Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither. VVDStRL*, 13 (1955), p. 27 (37 ss.).

32 A respeito, de minha autoria: *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999, passim, esp. p. 15 ss., com outras referências, bem como *Europäische Verfassungslehre*, 5. ed., 2008, p. 349 ss.

c) Reservas e limites

Mas, com isso, também se tornam visíveis algumas reservas e limites dessa abordagem. Há de se “lembrar” da normatividade específica da Constituição do Estado constitucional. Ela se diferencia da “validade” da Torá, dos textos bíblicos e dos versos do Corão, sobretudo porque é a sociedade aberta (*Karl Popper*), a “constituição do pluralismo”, que caracteriza o Estado constitucional. Devem ser recordadas igualmente as “ferramentas” específicas do jurista, suas regras técnicas não apenas formais, com as quais ele trabalha, interpretando, por exemplo, uma Constituição ou outra norma: com os *quatro* métodos de interpretação (gramatical, histórico, sistemático, teleológico), já praticados inicialmente na Roma clássica, *e.g.*, por *Celso* e canonizados desde *Friedrich Carl von Savigny* (1840), hoje complementados pelo método da comparação constitucional como “*quinto*” método³³, agora adotado pelo Tribunal Constitucional de Liechtenstein. Por mais aberta que seja a interação dos quatro ou cinco métodos de interpretação no caso concreto, por mais intensa que seja a forma pela qual o acesso a postulados de justiça tenha que dirigir o pluralismo dos métodos de interpretação, orientando-se para os resultados: essas regras técnicas são irrenunciáveis. O jurista, também e precisamente o “jurista europeu”, ganha assim “autonomia” perante outras ciências, mesmo no contexto das ciências da cultura. A relativa autonomia em lidar juridicamente com textos jurídicos e contextos culturais é preservada, com todas as analogias hermenêuticas ou considerações interpretativas de uma obra (p. ex., a compreensão de um quadro de *Rembrandt*), com todas as semelhanças com a teoria da recepção (p. ex., nos termos da Escola de Constança de *Hans Robert Jauss* em matéria de literatura). Também o jurista possui seus pré-entendimentos e paradigmas (p. ex., a “Mesa Redonda” como novo contrato social), conhece as mudanças e mutações destes (em uma projeção de tempo, como, por exemplo, o “Contrato de Gerações”), por vezes a “queda” de paradigmas (p. ex., a abolição da pena de morte como represália “reconstituente” no Direito Penal); mas os paradigmas do jurista agem por meio da ciência “deste”, mesmo se ela for ciência da cultura.

33 P. Häberle, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. *JZ*, 1989, p. 913 ss. Sobre as consequências metodológicas do Direito comparado, em geral: E. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 1998, p. 190 ss. (2. ed., 2005); para a dimensão europeia, cf. H. Coing, *Europäisierung der Rechtswissenschaft*. *NJW*, 1990, p. 937 ss.

QUARTA PARTE: UM PROJETO PARA O BRASIL (1500-2008)

I – INFORMAÇÕES GERAIS SOBRE A HISTÓRIA CONSTITUCIONAL EM DOCUMENTOS E TEXTOS CONSTITUCIONAIS: UM VOLUME ILUSTRADO DO BRASIL

Embora o volume de Roma, contendo textos e ilustrações, seja singular não só para a Itália (2006), surge um pouco mais tarde para o Brasil um volume impressionante datado de 2007, que torna um pouco mais fácil para alguém que possui laços de amizade com o Brasil, trazendo à discussão e ilustrando o *potencial cultural constitucional* desse grande País. Trata-se do volume publicado no Brasil, entre outros, pelo Supremo Tribunal Federal sobre a história constitucional do Brasil, o qual apresenta muito material visual³⁴: *As Constituições brasileiras*, Fundação Armando Álvares Penteado (2007), em particular:

- a Assembleia Constituinte de 1823 com documentos (p. 49-53);
- a Constituição de 1824 (p. 33 s.);
- moedas com a miniatura da Constituição de 1824 (p. 56 s.);
- pintura da Aclamação do Imperador *D. Pedro I* de 1839 (p. 42);
- cerimônia da Sagração do Imperador *D. Pedro I* de 1839 (p. 43);
- a Constituição de 1891 (p. 75 ss.);
- a Proclamação da República de 1889 (queda do Imperador *D. Pedro II*), alegoria (p. 86), Assembleia Constituinte (p. 92, 97)
- a Constituição da República do Brasil de 1891 (autógrafo p. 107);
- o Hino à Constituição (p. 138);
- *Getúlio Vargas*: Convocação de uma assembleia constituinte de 1933, fotografias dos participantes e textos (p. 142-148);
- Constituição de 1937 (p. 175 ss.) (documentos fotográficos);
- Constituição de 1946 (p. 221 s.) sob o governo de *Eurico Gaspar Dutra*;
- Constituição de 1967 (p. 249 s.), antes Golpe de Estado de 1964 (p. 251 ss.);
- sessão plenária da assembleia constituinte de 1988 (p. 305), recortes de jornal e fotos de políticos, também caricaturas (p. 290 ss.).

II – COMPLEMENTARMENTE: HISTÓRIA ANTERIOR DO PAÍS E DOCUMENTOS

Além do volume analisado, são necessárias ainda algumas noções básicas e documentos de imagem adicionais:

34 – Algum material visual não jurídico na obra alemã: *Meyers Großes Länderlexikon*, 2005, p. 90-97.

- descobrimento do Brasil (1500);
- mapa do Brasil do “Atlas Miller”, por volta de 1519³⁵;
- índia tupi, representação de *Albert Eckhout*, século XVII³⁶;
- abolição da escravatura (1888);
- manifestação dos camponeses sem-terra em Salvador (final do século XX)³⁷;
- carnaval (no Rio)³⁸;
- posse do novo presidente *Luiz Inácio Lula da Silva* (2003).

A lista continua em aberto.

III – A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Existem, a nível mundial, dois âmbitos normativos no Estado constitucional, nos quais a história nacional e constitucional é tratada de modo altamente concentrado: o *preâmbulo* e o artigo referente à *bandeira nacional*. Isto se confirma de forma impressionante, como mostrado em Portugal. O seu preâmbulo esboça como “constituição na Constituição” a vitória sobre a ditadura e o colonialismo e o conjunto dos novos princípios constitucionais. A sua bandeira nacional, porém, pode ser “lida” em sua apresentação prática (não no próprio texto constitucional: art. 11) como “relato” da transformação durante séculos neste primeiro Estado nacional europeu que foi Portugal. Infelizmente, o *Brasil* não criou em sua Constituição de 1988 um artigo próprio referente à bandeira, pertencente, de fato, aos “princípios fundamentais” no Título I. A bandeira presente em todo lugar no país e promotora da unidade é, tanto em suas partes quanto no todo, uma bandeira nacional extremamente “falante”; ela é especialmente sugestiva em suas cores e em seu desenho ou sua geometria. Se acrescentarmos o lema (“Ordem e Progresso”) e o céu noturno sobre o Rio no dia da proclamação da República³⁹ (15 de novembro⁴⁰ de 1889: 27 estrelas), a bandeira do Brasil está entre as mais belas e não apenas da América Latina. Ela funciona um pouco como “objetivo educacional”, certamente é assim ensinada nas escolas e se fixa bem na memória como símbolo de reconhecimento internacional. É de causar surpresa que a mui extensa Constituição de 1988, por vezes talvez até mesmo por demais detalhada, mas no todo bem-sucedida, deixasse escapar a oportunidade de delinear textualmente a bandeira nacional, como o fazem, por exemplo, de maneira exemplar, não poucos países da África. Seja como for: a

35 Reproduzido em: H. Taubald, *Brasilien*, 4. ed., 2003, p. 30.

36 Reproduzido em: H. Taubald, op. cit., p. 33.

37 Reproduzido em: H. Taubald, op. cit., p. 48.

38 Reproduzido em: H. Taubald, op. cit., p. 66 ss.

39 Consta erroneamente no original: “independência”.

40 Consta erroneamente no original: “janeiro”.

proximidade entre si, o elo mesmo que existe entre preâmbulos constitucionais e bandeiras nacionais vivas permanece um conhecimento científico importante para o Estado constitucional enquanto *tipo*.

1) Agora com relação ao *preâmbulo* de 1988, ele esboça de forma extremamente densa a compreensão que o Brasil tem de si: assegurar o “exercício dos direitos sociais e individuais”, “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”; ele define como “valores supremos” uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, que se funda na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. A Constituição que se segue, promulgada nesses termos, é colocada pela assembleia constituinte “sob a proteção de Deus”. O preâmbulo teve completo êxito: linguisticamente próximo dos cidadãos, resumindo a essência do texto que se lhe segue, ele impressiona. Falta, eventualmente, a dimensão temporal frequentemente típica: o processamento da *história* (e.g., o regime militar: 1964 a 1985). O futuro, no entanto, fica claro nos princípios de realização constitucional a ele impostos.

A referência a *Deus*, feita de maneira tão natural, não ousada no contrato constitucional da *União Europeia* nem em 2004, nem em 2007, chama a atenção para as raízes religiosas da cultura do país (“Deus é brasileiro”), com toda a pluralidade de religiões e confissões, mesmo de culturas indígenas. Como ilustração, pode-se pensar nas grandes igrejas do país (p. ex., em Olinda) e, no Rio, na imponente estátua do Cristo (“Corcovado”⁴¹).

2) Sobre os *direitos fundamentais* da Constituição de 1988: garantidos em um Título II próprio, eles se classificam em “direitos individuais e coletivos”, “direitos sociais” e “direitos políticos”. Seguindo o estilo do volume ilustrado romano, vamos “ilustrá-los” a seguir, com o auxílio de imagens:

- art. 5º: igualdade de todos perante a lei; como contraste, imagens da época da escravidão⁴², também do tratamento desumano (cf. III), proteção ao patrimônio cultural para os “antigos quilombos”, segundo o art. 216, V, § 5º;
- a garantia do livre exercício de cultos religiosos, bem como a proteção “aos locais de culto e a suas liturgias” (VI): imagens de rituais nativos não cristãos são aqui pertinentes (p. ex., a macumba);
- a liberdade de expressão “artística, científica e de comunicação” (IX) – documentada em suas criações na forma da música (p. ex., *Heitor Villa-Lobos*, *Tom Jobim* e também o “samba”), da arquitetura

41 Consta erroneamente no original: “Pão de Açúcar”.

42 Ilustração da representação de J. B. Debret, 1822: “Engenho de cana movido por escravos”, citado segundo: H. Taubald, *Brasilien*, 4. ed., 2003, p. 42.

tura (Oscar Niemeyer), de pinturas de Ismael Nery, Lasar Segall, Cândido Portinari, Alfredo Volpi, Claudio Tozzi, Geraldo de Barros, entre outros: *As Constituições brasileiras*, Fundação Armando Álvares Penteado (2007, p. 208 ss. e 282 ss.); e, em especial, no Direito, particularmente na Teoria do Direito Constitucional altamente vital em seus muitos gêneros literários: do manual à publicação comemorativa (p. ex., para Paulo Bonavides), do anuário (publicado por ele) à monografia e ao comentário; notável o monumento a Goethe em Porto Alegre;

- sobre a proteção à “pequena propriedade rural” (XXVI): uma *diferenciação*, comparativamente exemplar, da propriedade privada já a nível constitucional (v. também art. 185, I) – imagens de pequenos empreendimentos rurais, como ilustração, poderiam ser colocadas aqui, também sobre o “movimento dos sem-terra”;
- *ação popular* (cf. art. 14, III) para a proteção à “moralidade administrativa”, ao “meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural” (LXXIII)⁴³: este nível textual realmente sensacional poderia ser documentado por fotos de um processo concreto e ilustrado pela reprodução em imagens das grandes riquezas naturais e culturais do Brasil – pode-se mencionar o Amazonas (a respeito, o art. 225, VII, § 4º) e as florestas tropicais⁴⁴, ilhas como Florianópolis⁴⁵; do patrimônio histórico e cultural: grandes igrejas, como a catedral em Olinda e em Ouro Preto;
- do grande painel dos *direitos sociais* (arts. 6º a 11): a realidade *oposta* das favelas como desafio à prometida assistência aos desamparados no art. 6º (v. também a “assistência social” no art. 203 s.), bem como o desemprego, apesar dos grandes postulados no art. 7º (“pobreza como condição normal”)⁴⁶; em conformidade com um entendimento positivo de competência, deve-se tomar a “competência comum” para “combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização” no art. 23, X (v. também art. 3º, III), bem como os impressionantes princípios na parte “Ordem econômica e financeira” (arts. 170-181), especialmente a frase lembrando a Itália: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano” (v.

43 No original consta erroneamente “LXXIV”.

44 Imagens da fauna e da flora, também do Parque Nacional das Emas, podem ser encontradas no volume ilustrado de: F. Colombini, *Brasília e Goiás*, 2004, p. 66 ss.

45 A respeito, o volume ilustrado Santa Catarina, 2004.

46 Cf. a ilustração sob “Riqueza e pobreza”, em: H. Taubald, *Brasilien*, 4. ed., 2003, p. 52.

também art. 193: “o primado do trabalho”; art. 1º, IV: “os valores sociais do trabalho”).

3) *Elementos de identidade cultural* na Constituição de 1988, tais como língua, hino, bandeira nacional, diferentes etnias, comunidade latino-americana de nações, esportes (em especial o futebol): a força unificadora da língua portuguesa em sua variante brasileira é frequentemente mencionada, também determinados desvios do português europeu. Da trilogia formada por feriado nacional, hino nacional e bandeira nacional⁴⁷, a Constituição brasileira nada tematizou textualmente, mas os três temas da *realidade* constitucional estão muito presentes; o art. 4º (parágrafo único) formula um vigoroso elemento de identidade cultural: a busca pela “integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”. Este *artigo da integração* referente à América Latina possui muitos paralelos em outras constituições de países vizinhos (e.g., preâmbulo da Constituição da Colômbia de 1991; art. 6 da Constituição do Uruguai de 1967/1996), ele poderia ser a base textual para desenvolver o “Direito Constitucional comum à América Latina”, reivindicado por mim há anos, mas ele também abre o caminho para o *Mercosul*⁴⁸. As garantias normatizadas no Capítulo VIII, art. 231, para os “índios”, cabem nesse contexto. O que aconteceu aqui é o que um legislador constitucional pode produzir textualmente. Outra questão que fica é a da transposição política dessa norma constitucional em 20 anos: material em imagens referentes às populações primitivas dos índios no Brasil.

Pluralidade e homogeneidade da(s) cultura(s) do Brasil como “Estado multiétnico” (até o carnaval do Rio⁴⁹) se reflete no art. 215 da Constituição (v. também art. 23, IV). Ele é exatamente o tipo ideal de um artigo relacionado à cultura dentro do Estado constitucional; algumas palavras-chave destacam-se: o direito de acesso, garantido a todos, às “fontes da cultura nacional”, sua pluralidade (culturas populares indígenas e afro-brasileiras, pluralismo cultural), direitos de participação cultural, fixação de “datas comemorativas para os diferentes segmentos étnicos nacionais”, transcrição do patrimônio cultural brasileiro de acordo com suas “formas de manifestação”, seus métodos e criações, bem como âmbitos de expressão, diversidade das medidas a serem tomadas pelo Estado para a proteção e promoção do patrimônio cultural brasileiro até as reminiscências históricas dos antigos quilombos (1888: proibição da escravidão!), conforme o art. 216, V, § 5º (v. também art. 231: proteção dos índios, de sua

47 A respeito, as monografias do autor: *Feiertage als kulturelle Identitätsgarantien des Verfassungsstaates*, 1987; *Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, 2007; *bandeiras nacionais: Bürgerdemokratische Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole*, 2008.

48 A respeito: M. A. Maliska, *Die Supranationalität in Mercosur*. *JöR*, 56 (2008), p. 639 ss.; F. Fuders, *Die Wirtschaftsverfassung des Mercosur*, 2008.

49 Cf. o magnífico volume ilustrado Rio de Janeiro, ed. por H. Donner, 3. ed., 2005.

“reprodução cultural”). Pode-se presumir que precisamente a garantia da pluralidade de culturas e etnias no Brasil seja uma garantia fundamental da unidade desse imenso País. Sente-se falta, quando muito, de um texto sobre o pluralismo cultural com competências do Estado, Municípios, sindicatos (um começo no art. 227). Documentos ilustrativos são: Manaus, Rio (segundo *Stefan Zweig*, a mais bela cidade do mundo), Brasília⁵⁰, território indígena no Amazonas.

4) *Proteção ao meio ambiente* (art. 5º, LXXIII), art. 225 da Constituição Federal do Brasil; as palavras-chave e, em parte, novos níveis textuais são: “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, “bem de uso comum do povo”, uma utopia concreta (?), perspectiva de gerações; “integridade do patrimônio genético do País”, “educação ambiental em todos os níveis de ensino”, conscientização pública, proteção da flora e da fauna⁵¹ (impressionante é o volume *Cenas da vida gaúcha*, 2003). Esta exemplar proteção constitucional ao meio ambiente pode ser facilmente ilustrada por imagens (cf., apenas, as Cataratas do Iguaçu⁵², o Pantanal, o Amazonas central); no entanto, são conhecidos os perigos para a floresta tropical. Encontramo-nos diante da possibilidade de um “Musée imaginaire” (*André Malraux*), de uma Constituição do Brasil “para todos”.

5) *Políticas, especialmente a “Política Urbana”* (art. 182 s. da Constituição Federal do Brasil): o artigo relativo à capital federal⁵³ “Brasília”⁵⁴ (art. 18, § 1º) pertence, como em outras Constituições, aos fatores de integração, em todo caso, a nível ideacional. Naturalmente, surgem dúvidas perante o muitas vezes citado caráter “artificial” da capital federal Brasília. Faltam no local os elementos de uma sociedade civil viva. Entretanto, graças a *Oscar Niemeyer*, a “capital planejada” Brasília é única arquitetonicamente (cf. o volume ilustrado: *Oscar Niemeyer. Minha arquitetura, 1937-2005*, 2. ed., 2005). Pode-se mencionar a aplicação da Constituição na arquitetura: a “Praça dos Três Poderes”. O artigo constitucional, talvez também igualmente único no mundo, sobre a política urbana (v. também art. 182⁵⁵) pode ser decifrado e comentado como se segue: “política de desenvolvimento urbano”, “funções sociais da cidade”,

50 Cf. o monumento a Juscelino Kubitschek em Brasília, reproduzido em: H. Taubald, *Brasilien*, 4. ed., 2003, p. 40; v. também sua reprodução em: *As Constituições brasileiras*, op. cit., 2007, p. 231.

51 Cf. os volumes ilustrados: *Brasil retratos poéticos, brazil poetic portraits*: n. 1, 2000; n. 2, 2001; n. 3, 2003.

52 Cf. o volume: *Das Welterbe der Unesco, Naturwunder und Kulturschätze unserer Welt, Mittel- und Südamerika*, 1997, p. 304-311.

53 Da bibliografia, comparativamente: C. Seiferth, *Die Rechtsstellung der Bundeshauptstadt Berlin*, 2008; P. Häberle, *Die Hauptstadtfrage als Verfassungsproblem. DÖV*, 1990, p. 989 ss.

54 Cf. o volume: *Das Welterbe der Unesco, Naturwunder und Kulturschätze unserer Welt, Mittel- und Südamerika*, 1997, p. 264-271.

55 Consta erroneamente no original “art. 18 (4)”.

“bem-estar de seus habitantes”. Material ilustrativo, como, por exemplo, sobre a “imensa cidade” de São Paulo⁵⁶, mas também sobre Curitiba⁵⁷.

6) *A proteção do Brasil às diferentes etnias* (art. 3º, IV, 5º, VI, 21, X IV [sic], 215, 216⁵⁸ e art. 231 da Constituição brasileira); índios⁵⁹, art. 232 (direito coletivo para ingressar em juízo); significativas também são as minorias alemãs no sul, a respeito o volume: *A saga dos alemães, do Hunsrück para Santa Maria do mundo novo*, 2004; exemplos de patrimônio da Unesco no Brasil: centro de São Luís e Salvador, Brasília e Diamantina.

7) *O Estado Federal do Brasil* (art. 4º, 18): “República Federativa do Brasil”, com 26 Estados e um Distrito Federal (Brasília). Houve peculiaridades que se desenvolveram nas Constituições estaduais? Segundo o art. 25: “Os Estados Federados”, especialmente o Estado “africano” da Bahia.

8) *O Supremo Tribunal Federal em Brasília* (arts. 101-103): documentação do exterior e do interior, salão histórico das sessões plenárias⁶⁰, menção a grandes sentenças (exemplos de sentenças assinadas pelo Juiz *Gilmar Mendes*), missão de “guarda da Constituição” (art. 102), a valorização do Direito Processual Constitucional: na teoria e na prática.

PERSPECTIVAS

Na Constituição Federal do Brasil de 1988 não se encontra nenhuma referência direta à antiga ligação com Portugal (de 1500 a 1822); porém, esta permanece viva na forma da língua e da cultura, se aplicando o mesmo à ligação do norte [sic] com a África (música!). Sobretudo, professores de Direito Público portugueses e brasileiros colaboram em estreita parceria. Existe também uma Associação de Juristas Alemanha-Brasil.

No fundo, só um *brasileiro* é capaz de elaborar, de forma autêntica, um rico “potencial constitucional cultural” do Brasil. Portanto, o que aqui se apresenta é apenas um esboço fragmentário, o qual, sem a múltipla hospitalidade e as viagens neste “país do futuro” (*Stefan Zweig*), nem em seus fundamentos seria possível. Fica aqui uma reivindicação à “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais e criadores de arte” desse belo País. Um volume com textos e imagens, como o romano, pode ser tomado como um desiderato.

56 Ilustrações em Merian: *Brasilien*, 01/55, p. 38 ss.

57 Cf. J. P. Fagnani, *Curitiba 3 D*, 2002.

58 Consta erroneamente no original “261”.

59 Ilustração de uma plantação indígena do pintor alemão J. M. Rugendas (Augsburg, 1858). In: *As Constituições brasileiras*, 2007, p. 70. A sua viagem pitoresca “Malerische Reise”, no Brasil, com quadro da selva influenciou a teoria da evolução de Charles Darwin há 150 anos atrás (cf. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 1º de julho de 2008, p. 39).

60 Cf. o volume ilustrado Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2004).