

**CONSTITUIÇÃO E DIREITOS
FUNDAMENTAIS:
REFLEXÕES
JUSFILOSÓFICAS A PARTIR
DE HABERMAS E HÄBERLE**

37

Recebimento do artigo: 30/09/2006

Aprovado em: 10/10/2006

Eduardo C. B. Bittar

Sumário

1 A herança histórica constitucional para o direito moderno. 2 Constituição como matriz de validade. 3 O conceito de direito incorporado ao conceito de Constituição. 4 Os direitos fundamentais incorporados ao conceito de Constituição. 5 Por um conceito normativo de Constituição. Conclusões. Bibliografia.

Resumo

A discussão, relevante e atual, sobre a correlação entre a lei básica e fundamental do Estado e os direitos fundamentais como básicos e fundamentais da proteção humana é construída e desenvolvida através deste texto, que tem a finalidade de contribuir, por meio de apontamentos, para o estado atual da discussão a respeito do tema.

Palavras-chave

Constituição. Direitos humanos.

Abstract

This article touches the problem of Constitution and its relation with the concept of human rights, because both are interpreted like complementary concepts. The contribute to the discussion is the objective of this text.

Key words

Constitution. Human rights.

1 A herança histórica constitucional para o direito moderno

Existem muitas formas de se entender uma Constituição. Por isso, o conceito de Constituição espelha algo que é da própria linguagem. Variando na doutrina especializada, é possível entrever na luta pela identificação de um conceito de Constituição uma luta por definição daquilo que se quer ver como conteúdo mínimo de um texto constitucional, a luta pela conformação ideológica do modelo político subjacente, o modelo de Estado que se pretende para a própria sociedade.

A partir do constitucionalismo moderno, tornou-se possível incorporar, crescentemente, a cultura da Constituição como documento de caráter fundamental para a estruturação da vida política e jurídica dos Estados-nação. Por isso, a Constituição é normalmente conceituada por sua significação para a composição de toda a relação de poder¹ e de toda a determinação do próprio sistema jurídico². Herança clara das conquistas recentes do Direito moderno, as Constituições se tornaram elementos de caracterização da própria vida e existência do Estado. Algumas concepções chegam a ver na própria personalidade do Estado a conformação aos moldes definidos pela Constituição, quando então o que seja o jurídico e o que seja o poder se confundem numa unidade sintética³.

Há registros históricos, como em Aristóteles, que confirmam a idéia de que os gregos definiam suas cidades pela *politeia*, o equivalente à idéia de Constituição. No entanto, pouco das experiências antiga ou medieval provam a existência de um modelo semelhante àquele construído a partir da modernidade, especialmente do século XVIII em diante. Neste sentido, considerando a entrada da idéia de Constituição para a história recente do direito, a cultura jurídica do século XX teria sido somente a cultura da disseminação, da transformação e do aperfeiçoamento da idéia de Constituição. A modernidade, portanto, a partir das experiências constitucionalistas pioneiras da reivindicação pela consolidação de estatutos jurídicos positivos, através das Revoluções americana e francesa, trouxe para o vocabulário da vida hodierna um termo de cuja existência nenhum Estado pode mais prescindir. Trata-se de uma forma peculiar de

¹ Esta visão está bem identificada na posição de Goffredo Telles Junior: “A Constituição é o estatuto do governo” (TELLES JUNIOR. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 123).

² Mencionando o entendimento que usualmente se tem de uma Constituição, afirma Tércio Sampaio: “Entendemos usualmente por Constituição a lei fundamental de um país, que contém normas respeitantes à organização básica do Estado, ao reconhecimento e à garantia dos direitos fundamentais do ser humano e do cidadão, às formas, aos limites e às competências do exercício do Poder Público (legislar, julgar, governar)” (FERRAZ JUNIOR. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 225).

³ “O Estado como pessoa jurídica é uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade. De um ponto de vista jurídico, o problema do Estado, portanto, surge como o problema da ordem jurídica nacional” (KELSEN. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 262).

administrar o crescimento inflacionário de complexidade dos sistemas sociais contemporâneos.

Assim, mesmo os Estados teocráticos, buscam referenciar suas ordens decisórias internas na base de um texto religioso, para esta finalidade tornado documento jurídico matricial da lógica de funcionamento do próprio ordenamento. Por isso, a idéia de Constituição é uma idéia, assim como uma *práxis*, inabólvél, da cultura contemporânea. Talvez se pense em sua re-adequação para servir a modelos globalizados de distribuição do poder, a instâncias superiores às dos Estados-nação, em Constituições de Blocos Econômicos e complexas organizações multilaterais de Estados, mas aqui somente se está a assistir a exitosa experiência do constitucionalismo se projetando como regra modelar da nova dinâmica de funcionamento do Estado em tempos de globalização.

2 Constituição como matriz de validade

A Constituição é, normalmente, considerada o ponto alto de culminância do sistema de regras positivas de um Estado. Em Kelsen, ela representa, acima de tudo, a norma que, do ponto de vista escalonado do sistema, é o fundamento de validade das regras positivas, imediatamente abaixo da Norma Fundamental (*Grundnorm*). Norma basilar (“A constituição do Estado, geralmente caracterizada como a sua “lei fundamental”, é a base da ordem jurídica nacional”)⁴, apesar de não se encontrar na base, mas no ápice da piramidal forma de distribuição das regras de direito entre si, torna-se um documento-chave para a configuração do próprio Estado.

Norma entre normas, a Constituição é uma espécie de lugar de convergência de diversos feixes de validade, para onde afluem, em busca de reconhecimento formal, todas as normas do ordenamento, considerado um sistema total de Direito, e que, exatamente por isso, reclama fechamento e reclama unidade. Neste sentido, a Constituição é a fonte das fontes⁵. O direito que se tem é o direito que se pode ter a partir das limitações e determinações constituídas em nível constitucional por regras abrangentes, de amplo alcance social. Por isso, ela, como norma posta pelo próprio sistema, não pode transcendê-la, uma vez que está mergulhada na dimensão das relações culturais, políticas e econômicas de uma determinada sociedade. Apesar de não poder transcender a ordem à qual se refere, algumas Constituições ganham uma forte notoriedade que acaba por ultrapassar os tempos e ganhar uma conotação meta-constitucional, seja pelos valores que abraça, seja pelas promessas que concretiza. É o caso da Constituição de Weimar, de 1919. Trata-se de um verdadeiro símbolo de uma conquista histórica,

⁴KELSEN. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 369.

⁵“A norma fundamental é, então, a “fonte” do Direito” (*Idem*, 2000, p. 192).

40 reveladora de uma perspectiva de socialização e ampla garantia de bem-estar aos cidadãos.

Se a forma de um Estado, pela distribuição do poder, é dada por uma Constituição, então há de se considerar que toda Constituição *conforma* o poder do Estado. O direito que se tem determina o Estado em que se está, o que acaba por resultar na idéia de que Estado e Direito se confundem numa só unidade⁶. Se a Constituição que conforma um Estado dá-lhe os princípios e regras de atuação, ela é a uma só vez: Constituição formal, ou seja, o conjunto das regras cuja modificação é tornada rara, pelos requisitos contidos na própria Constituição; Constituição material, ou seja, o conjunto das regras que determinam as condições de criação de outras regras, que farão parte do próprio processo de atuação do Estado⁷.

A Constituição, neste sentido, passa a ser um elemento de limitação à liberdade do poder, pois a idéia de uma Constituição material condiciona a ação do poder do Estado (“A constituição material determina não apenas os órgãos e o processo de legislação, mas também, em certo grau, o conteúdo de leis futuras”)⁸.

De alguma forma, portanto, a idéia de Constituição é evocativa da idéia de unidade, uma espécie de síntese *a priori* das normas que serão criadas a partir de sua inspiração, ao mesmo tempo em que uma fonte de legitimação, desde que compatíveis, para as normas que foram absorvidas de ordenamentos infraconstitucionais precedentes. Trata-se do fenômeno da recepção das normas de direito pelo texto constitucional novel.

A Constituição é, neste sentido, um texto regulador da legitimidade da ordem jurídica, operando uma espécie de síntese na determinação do funcionamento do convívio entre as próprias regras de direito, inclusive em caso de conflito entre as mesmas. Por isso, sua idéia se confunde com a idéia de um centro de gravitação, em torno do qual tudo o mais, nas ordens política e jurídica, gira em torno⁹. Sua função, dentro da complexidade

⁶“O Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica, não mais do que a corporação é distinta de sua ordem constitutiva” (KELSEN. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 263).

⁷“A estrutura hierárquica da ordem de um Estado é, *grossa modo*, a seguir: pressupondo-se a norma fundamental, a constituição é o nível mais alto dentro do Direito nacional. A constituição é aqui compreendida não num sentido formal, mas material. A constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas. A constituição no sentido material consiste nas regras que regulam a criação de estatutos. A Constituição, o documento solene chamado “constituição”, geralmente contém também outras normas, normas que não são parte da constituição material” (*Idem*, 2000, p. 182).

⁸*Idem*, 2000, p. 183.

⁹Por isso, Nelson Saldanha a ela se refere como a um centro: “Assim a Constituição, que embasa o direito positivo, inclusive ao colocar as fundamentais competências e ao expressar os princípios nucleares, é sempre centro, mesmo quando entendida com maior flexibilidade em sua estrutura e em seus significados” (SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica na Constituição*. **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 178, p. 86, 1991).

das relações sociais, é axial, desempenhando o papel de uma bússola na determinação das orientações a serem seguidas.

A Constituição, portanto, parece, e Kelsen bem espelha esta concepção, se confundir com o próprio Estado, em seus papéis de integração e de síntese, a partir da oferta de unidade, de segurança e de certeza decisória à sociedade¹⁰.

No entanto, nenhuma Constituição, por mais sintética que seja, é capaz de evitar conflitos entre valores, entre princípios ou entre normas jurídicas como no caso do conflito entre normas de direitos fundamentais que dão lugar aos *hard cases*, mencionados por Ronald Dworkin¹¹. É inerente à vida dos direitos a idéia de conflituosidade; normas são criadas e rejeitadas, renovadas e reeditadas, revogadas e reescritas como forma de se atender a um princípio fundamental da modernidade, que é a idéia de justiça dinâmica, como afirmam Agnes Heller e Ferenc Féher¹².

Os casos difíceis demandarão mais que simplesmente a afirmação de uma regra em detrimento da outra e mais do que o princípio da subsunção para a solução da controvérsia, quando se percebe que uma Constituição é apenas um ponto de partida para a conformação do próprio direito, e que a interpretação das regras desempenha um papel importante na forma de funcionamento do próprio jogo democrático-constitucional.

Até este momento, se o direito parecia fornecer uma espécie de idéia de contenção da política, percebe-se a partir daqui o quanto direito, política e moral se aproximam no momento de imposição de decisões a casos mais complexos que aqueles simplesmente ordinários¹³. Percebe-se que a solidez da idéia de direito, contida na centralidade e unidade da forma-Constituição, se dilui e se relativiza, na medida em que se aproxima de um entendimento dos modos pelos quais uma Constituição se aplica.

Por isso, se torna necessária uma revisão crítica da posição unilateralista-formalista, de origem kelseniana, que considera a Constituição somente a matriz formal de validade de todo o ordenamento de normas positivas infra-constitucionais¹⁴.

¹⁰ Em Kelsen, só há seriedade na pesquisa, se ela conduzir à unidade: “A busca da unidade é uma parte inseparável de todos os esforços verdadeiramente científicos” (KELSEN. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 286).

¹¹ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 151.

¹² “Justiça dinâmica é o melhor exemplo do caráter dialético do ordenamento moderno. A contestação da justiça não é unilateral. Um lado desafia a instituição, outro lado a defende. Duas concepções de justiça colidem, mas o conceito é o mesmo” (HELLER; FÉHER. O pêndulo da modernidade. **Tempo Social**, Sociologia da USP, São Paulo, 6 (1-2), 1994, p. 52).

¹³ “Contudo, se o caso em questão for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios, seja por políticos” (*Idem*, 2002, p. 131).

¹⁴ A partir da crítica de Herman Heller: “Kelsen hace consistir al Estado y a la Constitución en un deber ser, exclusivamente; C. Schmitt pretende eliminar de la Constitución toda normatividad. La teoría del Estado sólo podrá evitar estas unilateralidades si consigue descubrir la conexión real partiendo de la cual pueden ser explicadas y comprendidas tanto la Constitución en cuanto ser como la Constitución jurídica normativa y el método dogmático-jurídico a ella correspondiente (cf. *supra*, p. 74-75).” (HELLER, Herman. **Teoría del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 329).

3 O conceito de direito incorporado ao conceito de Constituição

Batizar uma Constituição com algum conceito não é tarefa fácil. Qualquer que seja a concepção nela grafada, o que se está a perceber, a partir da análise que se está a fazer, é que a tomada de posição com relação ao conceito de Constituição importa em uma tomada de posição com relação à própria idéia de direito que se tem. Que sentido possui o direito? Em parte, a resposta a esta pergunta já é uma resposta à outra pergunta: Que sentido possui uma Constituição? Auto-implicadas, estas perguntas estão a traduzir a busca por uma identidade que permita identificar com clareza que perspectiva se pretende extrair deste debate.

Por isso, toda a discussão acerca de uma posição normativa sobre a Constituição envolve antes uma discussão sobre o que se pretende que uma Constituição represente, enquanto princípio fundamental da arquitetura do próprio Estado de Direito, quando então, a pesquisa sobre um conceito de Constituição se converte em uma pesquisa sobre a idéia de Direito que se quer revelar.

Neste sentido, se o entendimento parte da idéia de que o Direito é um sistema prático e empírico, que opera recortes seletivos da realidade, para funcionar como coordenador de ações, fica mais fácil compreender que uma Constituição não representa apenas o conjunto de norma que foi posto pelo Estado no grau hierárquico maior¹⁵. Se esta definição fosse seguida, poder-se-ia dizer que qualquer coisa pode ser objeto de uma Constituição. Se a Constituição é um ato de poder, e o poder é a revelação da dominação de uns pelos outros, a Constituição seria apenas o lugar da expressão do *modus* desta dominação. Pode-se aceitar isto como Constituição? Por isso, a concepção que se tem de Direito determina a idéia conceitual que se fará da própria Constituição.

O direito deve ser visto de forma concreta. Este “sistema de saber e, ao mesmo tempo, sistema de ação; ele pode ser entendido como um texto repleto de proposições e interpretações normativas ou como uma instituição, isto é, como um complexo de regulativos da ação”¹⁶. Sua existência é imprescindível para a dinâmica das sociedades, como forma de tratamento dos conflitos e resolução racional de injustiças. Justifica-se desta forma a associação entre Estado e Direito para revelar a fórmula moderna de insuperável importância para a dinâmica da vida social, o Estado de Direito, que se organiza por uma Constituição. É o direito que torna possível a manutenção da coesão social, sabendo-se que o estado atual da questão é exatamente o de crise, talvez gerada pela carência de efetiva presença e exercício de seus próprios princípios¹⁷.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 94.

¹⁶ *Idem*, 2003, p. 150.

¹⁷ “Os indícios de uma erosão do Estado de direito assinalam, sem dúvida, tendências de crise; no entanto, nelas se manifesta muito mais a *insuficiente institucionalização de princípios do Estado de direito* do

A moral tão somente por si não é capaz de gerar o consenso social requerido pela complexidade da vida hodierna. Por isso, o direito é de fato um substitutivo da moralidade para as sociedades modernas. As ações individuais, portanto, se coordenam e se organizam a partir de preceitos normativos escalados como sendo referenciais do modo de agir em sociedade (pagar o tributo; omitir-se de causar dano material a outrem; dirigir como licença administrativa; etc.). Como comando para a ação, o direito age organizando os mecanismos de interação do convívio social, modulando desta forma os encontros entre subjetividades e interesses de cunho social.

Se o direito se expressa pela legalidade, o direito não é somente legalidade. A legalidade é, sem dúvida alguma, importante face do direito moderno, mas não sua única e última fonte de legitimidade¹⁸. Isto porque o direito depende da esfera pública (*Öffentlichkeit*), esta rede de feixes comunicacionais, de encontros e desencontros de tomadas de posição e de ações comunicativas, que pressupõe a base da linguagem natural para se realizar, lugar onde se sintetizam as opiniões públicas. É para ela que convergem as dicotomias, as disputas, as diferenças, os dilemas, os debates, as contraposições axiológicas¹⁹.

A esfera pública é uma noção evidente da vida social, tão comum e tão instantaneamente presente na estrutura do convívio quanto a ação, os atores sociais, o grupo e a coletividade²⁰. Trata-se de uma noção evidente na medida em que o próprio homem, na concepção habermasiana, é “um ser plural, nascido em comunidade

que uma sobrecarga da atividade do Estado, tornada mais complexa através desses princípios” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 180).

¹⁸ “O surgimento da legitimidade a partir da legalidade não é paradoxal, a não ser para os que partem da premissa de que o sistema do direito tem que ser representado como um processo circular que se fecha recursivamente, legitimando-se *a si mesmo*. A isso opõe-se a evidência de que instituições jurídicas da liberdade decompõem-se quando inexistem iniciativas de uma população *acostumada* à liberdade. Sua espontaneidade não pode ser forçada através do direito; ele se regenera através das tradições libertárias e se mantém nas condições associacionais de uma cultura política liberal. Regelações jurídicas podem, todavia, estabelecer medidas para que os custos das virtudes cidadãs pretendidas não sejam muito altos. A compreensão discursiva do sistema dos direitos conduz o olhar para dois lados: De um lado, a carga da legitimação da normatização jurídica das qualificações dos cidadãos desloca-se para os procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente. De outro lado, a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 168).

¹⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 92.

²⁰ A tarefa do Direito Constitucional, como ciência, a partir de Habermas, nas mãos de Häberle, se torna uma tarefa de aprimoramento dos modos de acesso e realização da esfera pública. Leia-se: “Constitui, porém, tarefa da Ciência formular suas contribuições de forma acessível, de modo que ela possa ser apreciada e criticada na esfera pública (*Öffentlichkeit*)” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 35).

44 lingüística e convivendo em um mundo marcado pela intersubjetividade e no qual compartilha expectativas, visões culturais, ideais comuns²¹.

A existência de uma esfera pública sólida e consistente, sistematicamente predisposta à vivência da condição dialogal, é a garantia da radicalização da capacidade de produzir vontades democráticas nas tomadas de decisão que marcam a vida política, e que determinam as decisões formadoras do discurso jurídico.

Ante os déficits de democracia, ante a crise de legitimação, ante o excesso de burocracia, ante a distância entre o poder instituído e o representado do poder, deve-se caminhar no sentido de, pela esfera pública,

alargar e aprofundar o campo político participativo em todos os espaços estruturais de interação social, revalorizando o primado da comunidade com todas as suas feições solidárias e permitindo uma libertação da sociedade civil, quer dos controles burocráticos empreendidos, quer dos imperativos econômicos impostos pelo mercado²².

Nesta esfera, a disputa é por hegemonia de influência. O reconhecimento das capacidades e habilidades de influência da opinião pública dependem da habilidade e da competência políticas adquiridas, o que faz com que haja convergências significativas de determinados grupos, instituições e/ou partidos cuja conquista de notoriedade lhes confere também o prestígio necessário para determinar opiniões na esfera pública (cientistas, artistas, juristas, políticos, padres, partidos, ONG's...). A esfera pública é aberta e democrática, indeterminada e informe, e por isso está sempre acolhendo a divergência, a diversidade e a pluralidade. O novo sempre pode irromper. Ainda que a mídia alcance cada vez mais predominância na determinação das orientações da esfera pública, ainda carece do público como destinatário e detentor último do poder de assentir²³. O espaço público pressupõe liberdade de encontros comunicativos, o que de certa forma significa que seu caráter espontâneo não é determinado nem pela mídia, nem pelo governo e nem por outras forças totalizantes.

É claro que a idéia de uma esfera pública que supere a lógica do individualismo burguês, iluminista sem recair no comunitarismo tem alguns pressupostos, quais sejam: 1. uma base cultural mínima que consinta o compartilhamento de visões de mundo; 2. uma base democrática de expressão livre da vontade, onde haja a possibilidade do encontro dos diversos segmentos de representação da sociedade, sem a preponderância de nenhum; 3. uma base mínima de direitos que garantam a liberdade individual e a

²¹ TENDRICH, Patrícia. O conceito de espaço público na concepção de J. Habermas. **Direito, Estado e sociedade**, PUC-Rio, n. 11, ago./dez. 1997, p. 158.

²² *Idem*, ago./dez. 1997, p. 156.

²³ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 95-96.

solidez do espaço da política; 4. uma base mínima de desenvolvimento moral e liberdade de crítica à regras estabelecidas pelo jogo político²⁴.

A noção de espaço público é, portanto, incentivadora do pluralismo, do encontro da diversidade, do incremento da politicidade nas sociedades modernas, diferenciadas e complexas, pois os critérios de entrada e participação não estão vinculados a pressupostos totalizantes. Um direito moldado segundo esta concepção há de conferir elementos fundamentais para a elaboração de um conceito de Constituição.

4 Os direitos fundamentais incorporados ao conceito de Constituição

Anteriormente, se pretendeu afirmar que uma Constituição não é somente um texto formal, hierarquicamente postado acima dos demais que compõem um ordenamento jurídico. Uma Constituição depende de um *certo* sentido do direito, na medida em que a leitura de um texto que possui regras que dão a forma de criação de outras (dirigidas ao legislador infraconstitucional) e regras diretamente determinantes do comportamento (dirigidas a todos os cidadãos), não pode simplesmente retratar uma forma que dá concessão para que o poder nela justaponha ideologias e idiosincrasias peculiares àquele que detém o poder de fazê-lo. Parece que a precariedade da idéia de direito, enquanto direito meramente formal, fornece todas as condições para que se pense na Constituição apenas como *forma* das *formas* do ordenamento, abrindo campo para que o arbítrio dê qualquer substância às regras matriciais do sistema do direito.

Neste sentido, deve-se pensar o quanto a idéia de um direito surgido concretamente, historicamente revelador do *ethos* de um povo, não seja ele também o compromisso com uma ética mínima capacitadora da cidadania. Há princípios éticos embutidos numa Constituição, e o seu conceito não pode simplesmente passar *a latere* disto²⁵. A Constituição, neste sentido, é uma norma inerentemente relacionada com a regulação das liberdades, no convívio social. Mais que isto, uma Constituição é um instrumento de salvaguarda e possibilitação do exercício das liberdades. Trata-se de um instrumento de coordenação do convívio entre os arbítrios, de modo a garantir a coexistência social sem que o excesso de liberdade de um sufoque o déficit de liberdade de outro²⁶.

²⁴ Cf. TENDRICH, Patrícia. O conceito de espaço público na concepção de J. Habermas. **Direito, Estado e sociedade**, PUC-Rio, n. 11, ago./dez. 1997, p. 162-263.

²⁵ “El carácter necesario de esos principios para la Constitución aparece reconocido por el legislador en cuanto suele referirse a él de dos maneras: o de un modo material, formulando el contenido del principio jurídico, o de un modo formal. La Constitución de Weimar, en su segunda parte, y las listas de derechos fundamentales de la mayor parte de las Constituciones escritas se remiten, con carácter material, a principios éticos del derecho” (HELLER, Herman. **Teoría del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 325).

²⁶ “O Direito, pois, segundo Kant, reduz-se a disciplinar as ações externas dos homens e a tornar possível a sua coexistência. Define-o assim: *O Direito é o conjunto das condições segundo as quais o arbítrio de cada um pode coexistir com o arbítrio dos restantes, de harmonia com uma lei universal de liberdade?*” (DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 137).

Não há Constituição se não houver distribuição da liberdade. É a partir de um lidar-se com a liberdade que se pode falar de Constituição. Neste sentido, uma Constituição estará necessariamente atrelada à governança da liberdade, à construção da liberdade, à priorização do convívio fundado na liberdade. A liberdade aqui está significando o caminho para a autonomia dos indivíduos. Há portanto, aqui, um sentido vetorial inabólvil na perspectiva de atuação da Constituição. Constituição em dissonância com esta carta mínima de princípios não é propriamente Constituição, mas sim mero ato de poder. Pode até mesmo tomar a forma de uma Constituição, mas não chega, pelo seu aspecto *formal* a conquistar pertinência com seu aspecto *ético*.

Se a liberdade se realiza pela capacidade de produção de justiça distributiva, de igualdade material, e não somente nominal, no sentido da ampliação da autonomia (política, econômica, cultural, social) dos indivíduos em convívio social, a Constituição se revela como um documento cujo compromisso com a vida é constitutivo de sua própria dinâmica de funcionamento. Por isso, Heller afirma: “La Constitución del Estado no es, por eso, en primer término, proceso sino producto, no actividad sino forma de actividad; es una forma abierta a través de la cual pasa la vida, vida en forma y forma nacida de la vida”²⁷.

O caminho do direito aqui, neste sentido, é o caminho da razão e da consciência, da responsabilidade existencial pelo outro, para seguir a concepção de Zygmunt Bauman²⁸. A Constituição, neste sentido, não deixa de revelar esta idéia de que *ego* e *alter* são inseparáveis, e de que a co-responsabilidade pelas liberdades recíprocas é uma exigência do convívio intersubjetivo. O reconhecimento constitucional da *dignidade*, como portal de entrada para a definição do papel da Constituição, é de sobeja importância, exatamente por significar que não se trata apenas de uma concessão do poder, é a própria observação deste aspecto fundamental da preservação da condição humana.

²⁷ HÉLLER. **Teoría del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 317.

²⁸ “A novidade radical consiste, é claro, em isolar os outros humanos do resto do horizonte do ator, como unidades dotadas de condição e capacidade qualitativamente distintas. Para Sartre, o outro torna-se *alter ego*, um colega, um sujeito como eu mesmo, dotado de uma subjetividade que só posso imaginar como réplica daquela que conheço de minha experiência interior. Um abismo separa o *alter ego* de todos os demais objetos do mundo, verdadeiros ou imaginários. O *alter ego* faz o que eu faço; pensa, avalia, projeta e, enquanto faz tudo isso, olha para mim como eu olho para ele. Meramente olhando para mim, o outro se torna o limite da minha liberdade. Ele agora usurpa o direito de definir-me e definir os meus fins, assim minando meu afastamento e autonomia, comprometendo minha identidade e meu à-vontade no mundo. A própria presença do *alter ego* neste mundo me envergonha e é causa constante da minha angústia. Não posso ser tudo o que quero ser. Não posso fazer tudo o que quero fazer. Minha liberdade malogra. Na presença do *alter ego* – isto é, no mundo – meu ser para mim mesmo é também, inevitavelmente, ser para o outro. Quando não, posso deixar de levar em conta essa presença e, portanto, também as definições, pontos de vista e perspectivas que ela implica” (BAUMAN, Z. **Modernidade e holocausto**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 209-210).

O valor da “dignidade da pessoa humana” dentro da cultura de uma sociedade aberta e pluralista pressupõe não somente a preponderância desta visão sobre os demais valores (aquele que poderia ser dito a regra comum de todos os direitos fundamentais). Mas sobretudo que seus valores, consagrados inclusive através de normas jurídicas, sendo uma delas e a de maior importância a Constituição (e sua função especular da sociedade pluralista)²⁹, estejam em permanente processo de troca intersubjetiva, que pertençam ao nível do diálogo comum intercomunicativo (de um *agir-em-comum* em torno de princípios), que compareçam ao espaço público para sua crítica e discussão, para que estejam de acordo com uma ética do agir comunicativo (Habermas).

O conceito de Constituição incorpora, a partir daqui, o conceito de direitos fundamentais. Hodiernamente, não há mais como retroceder em direção à pré-modernidade, e simplesmente fazer *tabula rasa* da cultura moderna criada em torno da consagração dos direitos fundamentais. Por isso, o conceito kelseniano é insuficiente, por se *des-historicizar* do legado marcante deixado pela modernidade.

Não há Constituição sem a proteção da liberdade, em suas diversas manifestações. Ainda que ela seja preservadora e organizadora do poder, uma Constituição se conceitua a partir da capacidade que possui de centralizar valores e constelações axiológicas (Reale) a ponto de garantir a vida social. É o documento que organiza a vida social, do ponto de vista das relações normativas.

Nestas condições, pode-se considerar possível a superação do Estado de Direito em direção a um Estado Constitucional (Häberle)³⁰. O Estado Constitucional, na opinião aqui esposada, incorpora em seu funcionamento o princípio da dignidade da pessoa humana como um ponto central da dinâmica constitucional, ela mesma a própria matriz das matrizes, uma vez que Miguel Reale considera o homem a fonte de todos os valores. O conceito de Constituição, a partir da própria idéia de cláusulas pétreas, importa no conceito de direitos fundamentais, num sentido lato, prevendo a inseparabilidade da relação entre as gerações de direitos fundamentais, como algo de notória importância para a articulação dos próprios capítulos de estruturação e organização da vida político-cívica tutelada pelo Estado. Por isso, Häberle afirma:

²⁹ “Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade (*Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit*). Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz (*Sie ist auch die Lichtquelle*). Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente” (HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 34).

³⁰ Cito Häberle a partir dos comentários e críticas de Pérez Luño: “Frente al formalismo caracterizador Del Estado de derecho, Häberle sostiene que en un Estado constitucional la Constitución no aparece entendida solo como un conjunto de formas normativas, sino también como la expresión de cierto estado de desarrollo cultural, como la representación cultural de un determinado pueblo y como el espejo de su propio legado cultural y el fundamento de sus aspiraciones y proyectos de futuro” (PÉREZ LUÑO, A.E. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Madrid: Tecnos, 2002, p. 83).

Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais (*Grundrechtsverwirklichung*), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos direitos fundamentais³¹.

A Constituição é o lugar de realização da cidadania, ponto de afluência da ética mínima do convívio humano; e ainda a plenificação da cidadania está imersa na idéia de que cada direito fundamental deve atravessar a condição efetiva de acesso a uma vida digna. A partir das afirmações conclui-se que a própria idéia de Constituição vem antropológica e eticamente atravessada por uma condição *sine qua non* para a sua auto-definição, a de guia e orientadora da realização de processos plenos de cidadania. Constituições avançadas para o seu tempo são motores, formas propulsoras para o desenvolvimento social, econômico, político e cultural de um povo.

A efetividade dos direitos fundamentais é uma forma, portanto, concreta de mensurar e avaliar o grau de aderência do Direito sobre a Política, o grau de determinação do Direito sobre a Economia, e o grau de culturalização da sociedade pela racionalidade normativa que lhe é inerente. Governado a partir daí, sabe-se que a inclusão e a consideração pela pessoa humana são fatores de sentido a determinarem e pautarem, não somente a lógica de conceituação de toda Constituição, como o funcionamento de todo o sistema jurídico e seus órgãos realizadores.

5 Por um conceito normativo de Constituição

Nesta medida, uma Constituição formalmente conforme, mas materialmente desconforme, em verdade, não é uma Constituição. A experiência da modernidade é inabóvel, neste sentido. Toda Constituição carrega uma carga de historicidade em seu bojo, da qual não se pode prescindir até mesmo para a sua intelecção. Simplesmente expressão de dominação³², o poder auto-centrado revela-se por meio de um documento formal que gera condições para legitimar-se pelo poder do simbolismo, se não revelador do pluralismo, do aspecto dialogal que torna o direito um sistema de fomento à racionalidade e à autonomia.

³¹ HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 36

³² Como afirma Nelson Saldanha: “o importante, junto com flexibilidade do texto positivo como ordem vigente, é o processo dialógico do debate hermeneuticamente integrante da realidade constitucional” (SALDANHA, Nelson. Ordem e hermenêutica na Constituição. **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 178, p. 87).

Afirmando-se pela força *tout court*, ou se afirmando com base no uso de uma Constituição de maquiagem, este poder não alcança legitimidade, mas somente obediência social ideologicamente dirigida. A mera simbolização ajuda a reprimir os fluxos e pleitos por liberdade e representa da mesma forma violência, agora feita palavra, discurso, ideologia.

Uma Constituição não é somente revogada pela cassação de sua validade, mas também pela sua lateralização pelas relações dos sistemas (*System*) *poder* e *dinheiro*, e pelas relações internas entre o poder e o dinheiro, onde este determina o direcionamento das ações daquele, tornando-se sociologicamente estéril em sua capacidade de produzir efeitos validadores de seu sentido propositivo. O aniquilamento do agir voltado ao entendimento na esfera pública, pela força do agir orientado a fins é propriamente o que desconstitui o aspecto normativo desta experiência (Habermas). Atuando pela corrosão de ordens constitucionais legítimas, surgindo pelas bordas, no desvio, na não-observância, na *ineficacIALIZAÇÃO* da ordem constitucional legítima, num revogar paulatino que não carece de revolução, o poder pode se afirmar, se manter, aproveitando-se do processo de desconstitucionalização fática da Constituição, a que se refere Marcelo Neves³³, mas apenas como jogo de correlação de forças, e não como momento sintético da própria vida social.

Há faticidade, mas não normatividade nisto. A ausência de diálogo, de pluralidade e de racionalidade são os critérios que permeiam a possibilidade de afirmar a legitimidade da Constituição nestas hipóteses³⁴. Estes critérios implicam, no reconhecimento implícito de vontade, de liberdade, de autonomia, de igualdade, de dignidade, sem os quais não se pode falar propriamente em uma experiência constitucional que seja a expressão de um legítimo documento que dá forma a uma expressão espontânea da vida social.

³³“A questão da desconstitucionalização fática nos países periféricos com ‘Constituições nominalistas’ diz respeito à degradação semântica do texto constitucional no processo de sua concretização. Em tal contexto, não surge, de maneira generalizada, uma relação consistente da atividade de interpretação/aplicação constitucional e da práxis política dos órgãos estatais e cidadãos com o modelo normativo do texto constitucional” (NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. Revista de Informação Legislativa*, n. 132, 1996, p. 323).

³⁴A falta de esfera pública é reveladora disto: “Não está presente, portanto, uma esfera pública pluralista constitucionalmente integrada. A concretização normativo-jurídica do texto constitucional é bloqueada (não simplesmente condicionada) de forma permanente e generalizada por injunções econômicas, políticas, familiares, de boas relações, etc. Implicando, contrariamente à codificação binária nos termos da teoria dos sistemas autopoieticos, a própria quebra de autonomia operacional do sistema jurídico e uma miscelânea social auto-destrutiva e heterodestrutiva dos códigos jurídico, econômico, político, relacional, etc.” (*Idem*, 1996, p. 323).

O conceito de Constituição tem a pretensão de expressar esta preocupação com separar o que é Constituição do que não é Constituição. Por isso, é necessário afirmar que a Constituição nada mais é do que o lugar de convergência de expectativas públicas, ambições axiológicas sociais e de realização da esfera pública (*Öffentlichkeit*).

O que se espera de uma Constituição não é que seja uma panacéia para todas as necessidades sociais, mas que seja um *locus* de convergência prioritária para a regulação das relações sociais, e, por isso, um indispensável foro de convergência para as expectativas publicizáveis (Kant) de comportamento social.

Ela é, neste sentido, a um só tempo, o lugar de encontro e desencontro das pretensões e interesses, e, ao mesmo tempo, o ambiente próprio – com os investimentos que lhe seguem a órbita aplicativa – para a revisão permanente dos interesses justificáveis como públicos. Por isso, seu *modus* de realização e concreção deve ser público, e aberto à comunidade de intérpretes, para que as conseqüências das deliberações sobre ela mesma, ampliadoras, restritivas ou simplesmente realizadoras, sejam extensíveis a todos os atingidos (Habermas). Por isso, com Häberle, Constituição é tão só e simplesmente: “um espelho da publicidade e da realidade (*Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit*). Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz (*Sie ist auch die Lichtquelle*). Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente”³⁵.

Conclusões

Se uma sociedade espelha-se na sua própria Constituição, como cartão de identidade da maturidade política interna das relações entre a cidadania e o Estado, uma Constituição também é, neste sentido, reveladora do grau de maturidade da capacidade de auto-organização da própria cidadania. Está aí a idéia de um *ethos*. O grau de liberdade alcançado dentro de uma Constituição é revelador do conjunto de pressões, discussões intelectuais, institucionalização de valores e perspectivas de ação, e, exatamente por isso, capaz de simbolizar uma linguagem abstrata que fala muito da identidade política de um povo. Por isso, o diálogo é auto-constitutivo do modo pelo qual se pensa e se dá forma a uma Constituição. A partir daí, seu conceito passa a estar determinado pela idéia de que o procedimento justo e dialogal determina a sua concepção formativa, sem o que há poder dominador e não Constituição. Assim, tomada uma Constituição, pode-se a partir dela ler-se, na semiose de seu texto, o conjunto de injunções e pressões fáticas que a formaram e constituíram como tal; esta é a Constituição como reveladora de uma história. Também, tomada uma Constituição, e verificado o grau de aderência

³⁵ HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 34.

de suas normas à realidade concreta das relações intersubjetivas, pode-se ler o grau de maturidade alcançado por uma sociedade no trato com a questão da cidadania. Daí a importância de uma reflexão filosófica sobre o seu sentido, antes de uma impositiva compreensão dogmatizante de seu conceito.

Referência

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

CASTELO BRANCO, Pedro H. Villas Boas. O paradoxo de Habermas. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 20, p. 139-151, jan./jul. 2002.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 137. Tradução de António José Brandão.

DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Estudos de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAG, Bárbara. A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas. **Tempo Social**, Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 7-44, 1989.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. **Boletim de Estudos Avançados da USP**, tradução de Márcio Suzuki, v. 3, n. 7, p. 5-19, set./dez. 1989.

_____. Es aún posible el proyecto kantiano de la constitucionalización del derecho internacional? **Derecho y justicia em uma sociedade global**. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Universidad de Granada, Granada, 2005, p. 101-126, mayo 2005.

_____. Por que necesita Europa una constitución? **Dialogo Científico**, Revista semestral de investigaciones alemanas sobre sociedad, derecho y economía, Centro de Comunicación Científica con Ibero-América, Buenos Aires, v. 10, n. 1- 2, p. 35-44, 2001.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade I**. Tradução. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade II**. Tradução. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **O discurso filosófico da modernidade.** Tradução de Ana Maria Bernardo; José Rui Meirelles Pereira; Manuel José Simões Loureiro; Maria Antónia Espadinha Soares; Maria Helena Rodrigues de Carvalho; Maria Leopoldina de Almeida; Sara Cabral Seruya. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. Tradução de George Spencer; Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Bestialidade e humanidade.** Cadernos de filosofia alemã. Tradução de Luiz Repa. Departamento de Filosofia: São Paulo: Universidade de São Paulo, n. 5, p. 77-87, ago. 1999.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo.** Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Écrits politiques.** Traduction Christian Bouchindhomme et Rainer Rochlitz. Paris: CERF, 1990.

_____. **A constelação pós-nacional:** ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligman-Silva. São Paulo: Littera-Mundi, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HELLER, Agnes; FÉHER, Ferenc. O pêndulo da modernidade. **Tempo Social**, Rev. Sociologia da USP, São Paulo, 6 (1-2), p. 47-82, 1994.

HELLER, Herman. **Teoría del Estado.** Traducción de Luis Tobio. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O problema da justiça.** 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I e II.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. **Poder.** Traducción de Luz Mónica Talbot. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 1995.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder.

Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996. 53

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Madrid: Tecnos, 2002.

SALDANHA, Nelson. Ordem e hermenêutica na Constituição. **Arquivos do Ministério da Justiça**, ano 44, n. 178, p. 81-88, jul./dez. 1991.

_____. História, revolução e utopia. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, vol. 39, fasc. 157, p. 35-56, jan./mar. 1990.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TENDRICH, Patrícia. O conceito de espaço público na concepção de J. Habermas. **Direito, Estado e Sociedade**, PUC-Rio, n. 11, p. 151-177, ago./dez. 1997.