

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

RUBENS BEÇAK

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H531

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Saulo De Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-058-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Dentro da afirmada tradição do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na realização de seus Encontros e Congressos, a apresentação de trabalhos em Grupos com temáticas específicas resta consolidada.

O GT com a incumbência da discussão dos trabalhos ligados à subárea da Hermenêutica é um dos grupos mais tradicionais, afigurando-se como uma dos mais frequentados nos eventos e com número expressivo de trabalhos submetidos.

A qualidade dos trabalhos ali apresentados e os debates em excelente ambiente de cooperação científica têm permitido, certamente, perceber este GT como um daqueles em que a qualidade investigativa mais se evidencia.

Para além da discussão dos rumos da Pós-graduação em nosso país, a certeza de estarmos contribuindo para a afirmação desta entidade científica, muito nos alegra. A realização do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, em Aracaju, entre 3 e 6 de junho de 2015, com seu expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados mais solidifica este rumo.

Ademais, a acertada decisão, desde alguns encontros, da edição em livro digital dos trabalhos apresentados e discutidos, possibilita que todos aqueles interessados no tema aproveitem este material e possam, com a leitura dos trabalhos aqui constantes, acrescentar algo em suas próprias indagações, estudos e pesquisas.

Na presente edição do evento, o GT de Hermenêutica contou com trabalhos que expressam o caminho de maturidade que vem alcançando os debates em Hermenêutica Jurídica no país. Os trabalhos apresentados, se identificam pelo forte vínculo a referências teóricas - sem deixarem de ser críticos com respeito aos mesmos -, a partir dos quais problemas objetivos de hermenêutica jurídica, entendida como experiência da linguagem de jurisdição, foram debatidos.

Por meio de reflexões contextualizadas na permanente dialética de interpretar e aplicar, decidir e argumentar, elaborar e concretizar o Direito, matrizes já consolidadas da

Hermenêutica Contemporânea foram debatidas frente a questões atuais, como, por exemplo, o tema da reforma do Processo judicial brasileiro, impulsionada pelo advento do Novo Código de Processo Civil, que dominou alguns trabalhos e muitos profícuos debates, durante o GT.

Nesse quesito, tanto os textos como as discussões que se seguiram, pautaram-se pela percepção de potenciais transformações no pensamento jurídico brasileiro e sobretudo na práxis jurisdicional brasileira, em que temas como "substantive due process of Law", "overrule" e "distinguishment" já não são mais importações alienígenas descontextualizadas; ou diferenciações como "discursos de fundamentação" e "discursos justificação", ou "argumentação" e "decisão" não são mais, nem categorias desconhecidas, nem distinções absolutizadas.

O presente livro, ademais de retratar esse amadurecimento, reflete também a diversidade de referenciais teóricos com os quais trabalham os diferentes pesquisadores dedicados à Hermenêutica Jurídica em nosso país. Tal diversidade não está livre de marcar-se por disputas paradigmáticas ou de linguagem. Mas fica claro, dos textos que aqui seguem e dos debates que presenciamos e coordenamos na apresentação dos trabalhos, que estamos aprendendo, como membros de uma coletividade que se quer inserida em uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, a respeitar o outro e realizar a experiência da pluralidade, que pressupõe a capacidade de saber ouvir com alteridade e com animus de mundo em perspectiva de devenir.

Os Coordenadores

A CONSTITUIÇÃO COMO CULTURA E A SUA INTERPRETAÇÃO

THE CONSTITUTION AS CULTURE AND INTERPRETATION

Marilene Pereira de Araujo
Maria Celeste Cordeiro Leite Dos Santos

Resumo

Não existe espécie humana sem sociabilidade, nem sociabilidade sem Direito. A existência humana está alicerçada na linguagem, na cultura, na sociabilidade e na norma. A Constituição, como norma de uma determinada comunidade, é a herança cultural de um povo e de sua cultura viva. Ela não pode ser observada de modo isolado, devendo ser analisada de forma contextualizada, considerando, deste modo, outros saberes. As constituições vivas são frutos de uma pluralidade de intérpretes constitucionais da sociedade aberta. No Estado constitucional, a jurisdição constitucional é o órgão competente para solucionar controvérsias constitucionais, devendo buscar procedimentos que permitam a participação dos demais intérpretes.

Palavras-chave: Linguagem; cultura; constituição; interpretação; pluralidade.

Abstract/Resumen/Résumé

There is no human species without sociability, or sociability without law. Human existence is rooted in language, culture, sociability and law. The Constitution as fundamental rule of a community, is the cultural heritage and living culture of a people. The constitution can not be seen in isolation and must be analyzed in context, considering other knowledge. The living constitutions, are the result of a plurality of constitutional interpreters of the open society. In the constitutional state, the constitutional court is competent to resolve constitutional disputes, should seek procedures that allow the participation of other interpreters.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Language. culture. constitution, Interpretation, Plurality.

Introdução

A sociabilidade e o Direito são indispensáveis para a existência da espécie humana, sendo consequência da linguagem. Atualmente, a constituição é norma indispensável das comunidades e dos Estados, assumindo uma posição de centralidade para o Direito.

A constituição é produção genuína do desenvolvimento cultural de um povo, sendo também a sua herança cultural. Além de retratar e representar o povo, a constituição tem função projetista. Em razão dessas inúmeras propriedades, a constituição é a expressão da “cultura viva” de uma determinada comunidade.

A constituição como cultura deve ser observada de forma contextualizada, a partir de outros saberes da cultura (filosofia, psicologia, sociologia, educação, economia, ecologia), sem deixar de considerar os instrumentos especificamente jurídicos.

O estudo da interpretação constitucional ganha relevo para a comunidade jurídica em razão da constitucionalização do próprio Direito. Deste modo, a interpretação constitucional não pode deixar de considerar que a constituição enquanto “cultura viva” é fruto de intérpretes constitucionais da sociedade aberta.

A jurisdição constitucional, enquanto autoridade competente para solucionar as controvérsias que envolvem a Constituição, deve considerar a participação plural e democrática dos demais intérpretes da Constituição.

I Direito, Linguagem e Cultura

O Direito pode ser observado sob muitos enfoques, ou seja, desde o campo epistemológico, etimológico, histórico, considerando a evolução linguística em sentido semântico. O fato é que não tem sido tarefa fácil compreendê-lo de forma eficaz uma vez que, como preleciona Wittgenstein sempre nos esquecemos de ir aos fundamentos,

“Nós somos essencialmente seres que utilizam linguagem. Nossa linguagem e as formas de nossa linguagem moldam a nossa natureza, dão forma ao nosso pensamento, preenchem a nossa vida. Os problemas que surgem a partir de uma interpretação incorreta das formas de linguagem tem a marca da profundidade. São inquietações profundas. Suas raízes em nós são tão profundas quanto as formas de nossa linguagem e sua significância é tão grande quanto a importância que a linguagem possui”.¹

É cediço que o espectro semântico entre termos pertencentes a línguas diversas raramente é idêntico, recebendo cada um dos termos matizes mais ou menos variados a depender de seu idioma e dos diferentes contextos em que é utilizado.

A própria palavra “ direito”, corrente no vernáculo, de origem latina, significando “ o que está conforme a regra”, é um conceito controvertido ante a complexidade do fenômeno jurídico. Assim é que se diz em inglês *right*, em alemão *recht*, em holandês *regt*, em romeno *dreptus*, em francês *droit*, em italiano *diritto*, em espanhol *derecho*, etc.

A despeito de compartilharem, ou não, uma mesma raiz etimológica, ou um mesmo campo extensional, o conjunto de palavras mencionadas aproximam-se e muitas vezes são equivalentes. Mas, em latim, *rectum* tem um sentido mais moral do que jurídico designado pela palavra *Jus*. O termo *Jus*, por sua vez, passou para as línguas latinas como radical de outras expressões, tais como justo, Justiça, justificação, julgamento, juiz, jurisprudência....

¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. Oxford: Anscombe G.E.M.Rhees Ed. , 2ed. (PI § III). 1986. P. 16.Obra póstuma que apresenta uma abordagem diversa da filosofia da linguagem e filosofia da mente baseada nos usos e em jogos de linguagem.

A propósito, o direito como complexo de normas reguladoras da conduta humana, como força coativa, chama-se *Jus*. É *justum* o conforme ao direito dos romanos, *legitimum* o derivado de uma *lex*, comumente a Lex XII Tabularum, ou também o que deriva de *mores*, isto é, do costume mais antigo.²

Não está na natureza do direito ser absoluto e imutável. Ele evolui, modifica-se como qualquer obra humana. Cada sociedade tem o seu direito, com ela se formando, se desenvolvendo, renovando e seguindo suas crenças e costumes. Por isso é que sociedade e direito forçosamente se pressupõem, não podendo existir aquela sem este, nem este sem aquela.

Na história da cultura ocidental, a definição de Ulpiano³ de Direito implica um direito natural (*jus naturalis*), que a natureza ensina a todos os animais, incluindo os seres humanos. Há também um direito das gentes (*jus gentium*), aplicável especificamente aos seres humanos.

Ao contrário do direito natural que trata todos os seres humanos da mesma forma, o direito das gentes pode dar um tratamento diferenciado a determinados grupos, distinguindo segundo a origem e a condição social da pessoa. Para Dimitri Dimoulis⁴ a mais famosa definição de direito é atribuída a Celso, o direito consiste na “arte do bom e do equitativo⁵” (*Jus est ars boni et aequi*). Ainda aqui o direito vincula-se à busca pela Justiça, princípios que permitem ordenar corretamente a sociedade.

Para se estudar o Direito, ou para aplicá-lo, já não se parte como antes do homem, de sua natureza, personalidade, de sua vida física ou psíquica. Parte-se, ao contrário, ora em companhia de sutis autores germânicos, do pressuposto do Estado, ora ao lado de sociólogos, do pressuposto da sociedade, para em seguida, encontrar-se a conceituação de Direito.

² Santi Romano, **Direito Romano**, I, §3º. Para Platão o Direito consiste na busca de Justiça, é a regra que busca o justo. Sendo o justo “dar a cada um o que é seu”, o direito seria dar a cada um aquilo que corresponde à natureza e função na sociedade. Também Aristóteles segue a linha do mestre ao definir o direito pela justiça. O direito é justo quando protege os interesses gerais da sociedade e, em particular, quando trata de maneira igual as pessoas que se encontram em situação igual.

³ Jurista romano (170 d.C -228) que influenciou o desenvolvimento do direito romano.

⁴ Dimitri, Dimoulis. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 6ª ed. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.19 a 31.

⁵ Ulpiano, Digesta 1.1.1.1; Institutiones 1.1.3 (São estes os preceitos do Direito: viver honestamente, não lesar o próximo, dar a cada um o que é seu).

Para Kant⁶, o Direito é o conjunto de regras estabelecidas pelo Estado para garantir a liberdade de todos os indivíduos e não somente sua sobrevivência, “[...] conjunto de condições, por meio dos quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de outro, segundo uma lei universal da liberdade⁷”.

Para outros, considerando-se o Direito tal como se deve considerar, isto é, como Ciência, seu estudo e aplicação não podem dispensar o conhecimento e os princípios que o regem.

Em fim, embora existam vários conceitos e definições sobre o que é o Direito, como, por exemplo, as elucidadas por Kelsen⁸, H. Hart⁹, Alf Ross¹⁰ e outros, verifica-se que fenômenos como a sociabilidade do ser humano e o próprio Direito fazem parte da própria existência humana. O Direito é uma expressão aberta, sendo que o seu formato ou conceito estão em constante movimento e construção, assim como a cultura da espécie humana.

A sociabilidade é indispensabilidade para a espécie humana e, portanto, não há espécie sem o apelo à regra, ou seja, sem o Direito. Não há, deste modo, existência humana sem linguagem, cultura e norma (direito). É neste contexto que se enfoca o estudo da Constituição.

II. Constituição como objeto do Direito

Ao longo da história do Direito, a existência das Constituições é uma constante. Porém, com o advento dos Estados modernos, a Constituição passa a ser objeto fundamental para o Direito, sendo indispensável para a manutenção da ordenação na esfera da sociabilidade humana.

⁶ Immanuel Kant (1724 – 1804) nasceu e morreu na Prússia. Foi professor e estudioso da filosofia, matemática e física.

⁷ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1984.

⁸ Hans Kelsen (1881-1973) jurista austríaco e teórico do direito constitucional. Exerceu grande influência no pensamento do Direito no século XX, notadamente com a obra “Teoria Pura do Direito”.

⁹ Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992). Jurista inglês e autor do livro *Conceito do Direito*, entre outros.

¹⁰ Alf Ross (1899-1979) jurista dinamarquês, teórico do realismo jurídico escandinavo. Sua principal obra é *Sobre o Direito e Justiça*.

A evolução da sociedade resulta no Estado moderno e na criação doutrinária do Estado Constitucional, onde toda a atividade estatal está submetida a normas jurídicas criadas pelo Estado, dando a todos a segurança de direitos que já não podem mais ser ceifados de forma abusiva. Dentro ainda da concepção de Estado Constitucional, surge a necessidade de que haja a garantia dos direitos fundamentais.

A partir da teorização e concretização dos Estados constitucionais, um novo paradigma surge para o Direito e para o Estado. Logo, a Constituição passa a ter relação de centralidade tanto para o Direito quanto para o Estado.

Muitos teóricos do Direito discorrem sobre Constituição, para Hans Kelsen, ela está ligada à noção de hierarquia das normas, a um princípio que determina o ordenamento jurídico e à essência da comunidade constituída por este ordenamento.

A Constituição, para Kelsen, é “o fundamento do Estado e a base do ordenamento jurídico”. Aqui há lugar ao princípio “que expressa juridicamente as forças políticas em um determinado momento”.

A Constituição é a norma que traça e regula os parâmetros da elaboração das leis, das normas gerais de execução - por onde se exerce as atividades dos órgãos estatais, como os tribunais e a administração pública. Nas palavras do jurista austríaco:

[...] a constituição é, pois a base indispensável das normas jurídicas que regulam a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como daqueles que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a forma como estes órgãos haverão de proceder. É dizer, a constituição é o assento fundamental do ordenamento estatal ¹¹.

A importância da Constituição frente ao sistema jurídico e ao sistema político é explicitada por vários autores, a partir dos conceitos atribuídos por eles ao texto maior. Sem

¹¹ HANS, Kelsen. La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 10, p. 3-46, jul-dez., 2008.

dúvida, a Constituição traz o fenômeno da *constitucionalização do poder*. Para Konrad Hesse¹², ela é “a ordem jurídica fundamental da comunidade”¹³.

Em sua posição de centralidade, em relação ao Direito e ao Estado, a Constituição organiza o Estado, conferindo aos seus órgãos competências, conforma o direito e deveres dos indivíduos e dos poderes constituídos à sua ordem. É ela que ordena, guia a vida em comunidade¹⁴.

III. A Constituição, o contexto e o global

Explica Edgar Morin¹⁵ que até meados do século XX, grande parte da ciência era guiada pelo método da redução. Deste modo, se reduz o conhecimento em várias partes para a análise de um determinado objeto. Essa espécie de cultura científica cria o que se chama de hiperespecialização¹⁶.

Essa fórmula de análise acaba por compartimentar os saberes, colocando cada objeto em uma espécie de compartimento, o que dificulta a integração dos saberes e, por consequência, a contextualização.

¹² Konrad Hesse (1919-2005), jurista alemão.

¹³ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 16.

¹⁴ Adverte Konrad Hesse que tradicionalmente se tem separado e feito distinções entre Estado e sociedade. Tais distinções são feitas sem estabelecer nenhuma relação entre sociedade e Estado. Assim, o Estado seria uma “unidade dada”, enquanto a sociedade uma pluralidade. A separação do Estado e da sociedade não faz sentido dentro do contexto de um Estado democrático social. Isto porque a vida social necessita de organização e planejamento e um Estado democrático não existe sem que haja a “cooperação”. Neste sentido, Hesse explica que “a diferenciação entre o estado e o não-estado no seio da colaboração humana dentro do território do Estado deva ser expressado empregando o conceito de comunidade”. Propõe Hesse que o Estado (unidade dada e funções estatais) e a sociedade (pluralidade e função não estatais) seja um só corpo. Os dois juntos formam uma Comunidade. HESSE, 1983.

¹⁵ Edgar Morin (1921- ...). Antropólogo, sociólogo e filósofo francês.

¹⁶ “[...] a especialização que se fecha sobre si mesma, sem permitir sua integração na problemática global ou na concepção de conjunto do objeto do qual ela só considera um aspecto ou uma parte” MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez: Brasília, DF: UNESCO, 2000, p. 41.

A Constituição como uma realidade dada está inserida em uma determinada comunidade possuidora de costumes, hábitos, história, religião, moral, ética, ou seja, de uma cultura construída e em permanente construção.

Uma das acepções dada pelo Dicionário de Filosofia, de Abbagnano, para a palavra contexto, é que esta é o “conjunto de elementos que condicionam, de um modo qualquer o significado de um enunciado”¹⁷.

Explica Peter Häberle¹⁸ que várias áreas do conhecimento elaboram um conceito e um significado para a palavra contexto, cabendo à teoria da constituição fazer o mesmo. Para o autor, a experiência da mutação constitucional, tão bem explanada por Georg Jellinek¹⁹ é explicitada pelo contexto, o “texto que permanece invariável em sua literalidade proporciona outros conteúdos novos”²⁰.

¹⁷ **CONTEXTO** (in. *Context*; fr. *Contexte*, ai. *Kontext*; it. *Contesto*). Conjunto dos elementos que condicionam, de um modo qualquer, o significado de um enunciado. O C. é definido por Ogden e Richards do seguinte modo: "C. é o conjunto de entidades (coisas ou eventos) correlacionadas de certo modo; cada uma dessas entidades tem tal caráter que outros conjuntos de entidades podem ter os mesmos caracteres e estar ligados pela mesma relação; recorrem quase uniformemente" (*The Meaning of the Meaning*, 10- ed., 1952, p. 58). Essa definição parece obscura, mas fica mais clara graças à explicação que se segue: "Um C. *literário* é um grupo de palavras, incidentes, ideias etc. que em dada ocasião acompanha ou circunda aquilo que dizemos ter um C, enquanto C. *determinante* é um grupo dessa espécie que não só ocorre repetidamente, mas é tal que pelo menos um de seus membros é determinado, quando os outros são dados" (Ibid., p. 58, n. 1). Em outros autores, é chamado de C. o conjunto de pressupostos que possibilitam apreender o sentido de um enunciado. Diz S. K. Langer: "O nome de uma pessoa, como todos sabem, traz à mente certo número de acontecimentos de que ela tomou parte. Em outros termos, uma palavra mnemônica estabelece um C. no qual ela se nos apresenta; e nós a usamos ingenuamente, esperando que seja compreendida com seu C." (*Philosophy in a New Key*, ed Penguin Books, cap. V, p. 110). Em todo caso, é o conjunto linguístico de que o enunciado faz parte e que condiciona seu significado (de modos e em graus que podem ser muito diferentes) ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 199-200.

¹⁸ Peter Häberle (1934- ...) é jurista alemão e foi orientando de Konrad Hesse.

¹⁹ Georg Jellinek (1851-1911) jurista alemão.

²⁰ **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n. 7, p. 223-244, 2003.

Para Peter Häberle, o conceito de contexto é “[...] pois, o vínculo ao trabalho conjunto interdisciplinar com outras ciências da cultura, contudo, há que atentar-se à relativa autonomia das ferramentas especificamente jurídicas”²¹.

Para o autor, as normas constitucionais estão abertas para o contexto de modo diferenciado, de acordo com a densidade linguística e com o conteúdo, pois há conteúdos mais autônomos. Exemplifica o autor que os preâmbulos, as disposições gerais, as cláusulas gerais ou normas abertas, como aquelas que dispõem sobre os fins do Estado, dependem mais do contexto.

Os textos juridicamente autônomos só podem ser verificados a partir de um intenso processo de interpretação, em que se parte da própria orientação do texto e do contexto. Em questões que envolvem liberdades individuais, diante do Estado, a contextualização pode relativizar os direitos individuais. Deste modo, a contextualização das normas deve observar as suas funções; ou seja, se a norma é de orientação, de limitação do poder estatal, de integração, entre outras²².

A contextualização ocorre quando, por exemplo, as Constituições - embora a secularização seja oriunda do próprio avanço do Estado constitucional - se apegam ao cristianismo, chegando até mesmo a invocar Deus em seus preâmbulos, como a Constituição do Brasil de 1988, dentre outras. Isso ocorre porque a Constituição está inserida e foi gestada dentro de um contexto cultural.

É plenamente verificável a necessidade de contextualização, em outras situações que envolvem a religião, como as questões referentes à liberdade religiosa, à neutralidade confessional do Estado e à tolerância religiosa. Tais questões não se resolvem sem que haja a compreensão, o estudo e a análise da religião²³.

Outra área do conhecimento que colabora com o estudo da Constituição é a filosofia, quando muitas vezes cria e guia o contexto. Basta verificar a variedade de textos clássicos que

²¹ Ibid., p. 223-244.

²² Ibid., p. 223-244.

²³ Ibid., p. 223-244.

acabam por produzir textos constitucionais ou influenciar a produção. É o caso de Aristóteles e sua ideia de justiça e igualdade, de Montesquieu, Rousseau, Kant, Marx Web dentre outros²⁴.

Considerando o campo da ética e da pedagogia, Peter Härbele cita normas de técnica genética da Constituição da Suíça. O autor chama de “pedagogia constitucional” a missão constitucional de “fazer patente os valores básicos do Estado constitucional para todos os cidadãos”²⁵.

Já as questões de ordem política estão totalmente inter-relacionadas com as questões constitucionais, exemplificando, são as Constituições que regulam as formas de governo, as funções estatais, os partidos políticos, a participação popular, o regime democrático, entre outros²⁶.

Da psicologia se pode usar o exemplo clássico do termo *pessoa* inserido em vários textos constitucionais que coloca a dignidade da pessoa humana como objeto central do Estado. Ainda, pode-se dar dimensão psicológica à questão que envolve *o outro*, às relações e a comunicação dos povos²⁷.

Por fim, tem-se o Direito constitucional econômico, que remete aos contextos econômicos, e o saber ecológico, que tem sido recorrente nas Constituições, em razão dos inúmeros textos constitucionais que tratam sobre o meio ambiente²⁸.

²⁴ Ibid., p. 235.

²⁵ Ibid., p. 235.

²⁶ Ibid., p. 235.

²⁷ Ibid., p. 235.

²⁸ Ibid., p. 235.

IV. A Constituição como cultura

O Direito é um fenômeno cultural²⁹ consequência da própria linguagem. Como fenômeno cultural, o Direito é expressão humana. A sociabilidade é inerente ao ser humano que necessita de ordenação, de regra, para usufruir a sua liberdade.

Da mesma forma, a Constituição - que a partir do Estado moderno tem como um de seus principais objetivos a limitação do poder e a garantia das liberdades e dos direitos do homem, conforme preceitua o artigo 16 da Declaração de Direitos do homem e do cidadão de 1789³⁰ - constitui em um fenômeno cultural, que mantém o caráter de centralidade em relação ao Direito, em razão de sua posição hierárquica.

Entretanto, a Constituição constitui não apenas um texto jurídico hierarquicamente superior. Ela é a própria expressão de um estado de desenvolvimento cultural, a autor-representação de um povo e o patrimônio e a herança cultural³¹ de várias gerações.

Ao mesmo tempo, a Constituição - ao retratar e representar um povo - ultrapassa a retratação para protagonizar uma função guia-projetista e futurista, porque ela é uma expressão cultural viva. Como expressão cultural viva, a Constituição adquire dinamismo, potencialidade, de acordo com H. Heller ela é “uma forma impressa que se desenvolve vivendo”³².

Como heranças culturais, se podem citar os textos clássicos incorporados pela Constituição. Assim, a mesma incorpora elaborações como a teoria da separação dos poderes.

²⁹ A cultura é constituída pelo conjunto dos saberes, fazeres, regras, normas, proibições, estratégias, crenças, ideias, valores, mitos, que se transmite de geração em geração, se reproduz em cada indivíduo, controla a existência da sociedade e mantém a complexidade psicológica e social. Não há sociedade humana, arcaica ou moderna, desprovida de cultura, mas cada cultura é singular. Assim, sempre existe a cultura nas culturas, mas a cultura existe apenas por meio *das* culturas. MORIN, Edgar, 2000, p. 56.

³⁰ Art. 16.º - A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição. Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789.

³¹ HÄRBELE, Peter. La constitución como cultura. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n. 6, p. 177-198, 2002.

³² *Ibid.*, p. 177-198.

A Constituição é uma imagem que se concebe no tempo e no espaço de onde emergem a cultura, a tradição, os costumes, a forma de viver, a moral e a ideologia de várias gerações. Ela é, nas palavras de Peter Häberle, “[...] um pacto das gerações, através da qual se realiza a constituição do povo tangível para a ciência cultural”³³.

Esse povo mantém-se unido e organizado em sua identidade e pluralidade, por meio de suas relações culturais, suas redes de conversações. Entretanto, a unidade cultural de um povo se integra a partir da diversidade cultural.³⁴

Peter Häberle considera que as Constituições têm vários elementos comuns. Dentre eles, destacam-se: a) a dignidade humana “como premissa, realizada a partir da cultura de um povo e dos direitos universais da humanidade³⁵”; b) soberania popular respaldada não no arbítrio contra os indivíduos, mas na “união renovada constantemente na vontade e nas responsabilidades públicas³⁶”; c) divisão de poderes e a independência da jurisdição; d) a constituição como marco educativo e orientador; e) os direitos fundamentais; e, f) o princípio da democracia cidadã e pluralista.

A cultura também é objeto da Constituição, já que, em sentido lato, questões como a liberdade religiosa e a comunicação social, e que fazem parte da esfera cultural, são regulamentadas pelas Constituições. Em um sentido mais estrito, a Constituição regula a cultura quando protege os bens culturais³⁷, a liberdade de expressão cultural, a identidade cultural dos povos, as manifestações culturais, o patrimônio cultural, os monumentos culturais e sítios naturais.

³³ HÄRBELE, Peter. **El Estado constitucional**. Ciudad del México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 1.

³⁴ MORIN, 2000, p. 57.

³⁵ HÄRBELE, 2003, p. 1.

³⁶ Ibid., p. 1.

³⁷ Jose Afonso da Silva explica que: Os bens culturais ou objetos culturais são coisas criadas pelo homem mediante projeções de valores, “criadas” não apenas no sentido de vivências produzidas, não só o mundo construído, mas no sentido de vivência espiritual do objeto, consoante se dá em face de uma paisagem natural e notável beleza que, sem ser materialmente construída ou produzida, se integra com a presença e participação do espírito humano. SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo. Ed. Malheiros, 2000, p. 26.

V. A questão da pluralidade e a interpretação constitucional

Em 1975, Peter Häberle lança no cenário jurídico a tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Em 1982, o autor desenvolve a teoria da Constituição como cultura ou do princípio científico-cultural.

O constitucionalista apoia-se no conceito de Karl Popper³⁸, ou seja, de sociedade aberta em contraposição à sociedade fechada, isto é, dos regimes totalitários, fascistas, nazistas, marxistas ou leninistas. O Estado constitucional é o oposto do Estado totalitário, seja qual for sua marca ideológica. Ao mesmo tempo, o Estado constitucional se opõe, conforme sustenta o autor, à verdade absoluta e ao monopólio de informação.

A Constituição que ultrapassa a ideia de texto jurídico hierarquicamente superior e está alicerçada na ideia de diversidade e unidade cultural é, sem dúvida, uma Constituição aberta, cuja interpretação deve ser, da mesma forma, aberta.

Explica Peter Häberle que “segundo a filosofia do ‘espírito aberto’ (Popper), a Constituição permite a abertura para adiante, para o futuro; institucionaliza as experiências (abertura para atrás) e abre espaço para o desenvolvimento do espírito humano e de sua história”³⁹.

De início, o mínimo que se requer é que a interpretação seja fundada no princípio da democracia pluralista e cidadã. Em uma sociedade aberta todos são intérpretes da Constituição, desde os participantes do processo judicial (partes, terceiros, peritos, pareceristas), até os grupos de pressões como os sindicatos, igrejas, associações empresariais e civis, movimentos sociais, partidos políticos.

São intérpretes da Constituição também o cidadão, a opinião pública e os meios de comunicação eletrônicos que devem ser democráticos e pluralistas. Assim, o número de intérpretes é amplo, não existindo “*numerus clausus*”. Nas palavras de Peter Häberle: “[...] quem

³⁸ Karl Raimund Popper (1902-1994). Foi um filósofo austríaco. Sua obra mais conhecida é *A Sociedade aberta e seus inimigos*, escrita durante a II Guerra mundial e publicada em 1945.

³⁹ HÄRBELE, 2003, p. 4.

vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”⁴⁰. Os intérpretes são a própria realidade pluralista que é objeto da Constituição.

O Estado constitucional consolidado no século passado tem como pilares os meios de comunicação eletrônicos, a imprensa e a opinião pública⁴¹ livres, democráticos e pluralistas, pois esses são elementos essenciais do regime democrático.

A sociedade atual tem como um dos principais elementos a presença inexorável da comunicação na vida de todos e nas relações sociais. A era da informação traz como consequência uma nova concepção da noção de espaço, de temporalidade e de territorialidade⁴². Neste contexto, um ambiente comunicacional onde haja livre circulação da comunicação é pressuposto da sociedade aberta. Esse tipo de sociedade exige um ambiente comunicacional saudável porque todos são legítimos intérpretes da Constituição.

Os intérpretes da sociedade aberta são intérpretes “prévios” já que a responsabilidade da interpretação constitucional, no Estado constitucional, é da jurisdição constitucional. Essa última, por sua vez, tem como enfoque principal a interpretação constitucional.

⁴⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 1997, p. 13.

⁴¹ A opinião pública quase sempre é polêmica, pois não se relaciona com fatos, mas, aos juízos de valores de um determinado grupo. “A opinião pública é sempre ‘discutível’, posto que ‘muda com um tempo’, permitindo sempre ‘discordância’.” MATTEUCCI, Nicola apud GARCIA, Maria. Op. cit., p.1023. Segundo Habermas, para que haja opinião pública se fazem necessárias a discussão pública, a educação e a informação. HABERMAS, Jürgen apud GARCIA, Maria. Op. cit., p 1022. Luhmann explica que a opinião pública é o “espírito santo do sistema”⁴¹ e a “disponibilidade comunicativa dos resultados da comunicação”. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Barcelona/México: Herder, 2002.

⁴² “Era da Informação é sua passagem para um padrão de interação social construído, sobretudo pela experiência real da relação. Hoje em dia, as pessoas mais produzem formas de sociabilidade que seguem modelos de comportamento. As mudanças nas relações de produção, poder e experiência convergem para a transformação das bases materiais da vida social, do espaço e do tempo. O espaço de fluxos da Era da Informação domina o espaço de lugares das culturas das pessoas. O tempo intemporal, como tendência social rumo à invalidação do tempo pela tecnologia, supera a lógica do tempo cronológico da era industrial. O capital circula, o poder impera e a comunicação eletrônica rodopia pelos fluxos de intercâmbios entre locais distantes selecionados, enquanto a experiência fragmentada permanece presa aos lugares. A tecnologia reduz o tempo a alguns instantes aleatórios e, com isso, desarticula a sequência da sociedade e o desenvolvimento da história. Ao encerrar o poder no espaço de fluxos, permitir que o capital escape do tempo e dissolver a história na cultura do efêmero, a sociedade em rede desincorpora as relações sociais e introduz a cultura da virtualidade real.” CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação**: economia, sociedade e cultura, v. 3. São Paulo: Paz e terra, 1999.

A decisão proferida pela jurisdição constitucional deve enfrentar várias concepções ideológicas, morais, além de valores, porque reflete o texto constitucional. Ainda, a decisão tem caráter projetivo, porque a decisão judicial projeta um futuro.

A jurisdição constitucional interpreta a “expressão cultural viva” de uma dada comunidade. Seu objeto é a própria “representação cultural do povo ante si mesmo, espelho do patrimônio cultural e fundamento de suas esperanças⁴³”. Cabe ao intérprete da constituição, em sentido estrito, não perder de vista o objetivo da interpretação que é, nas palavras de Konrad Hesse, “[...] encontrar o resultado constitucionalmente *correto* através de um procedimento racional e controlável, e fundamentar este resultado de modo igualmente racional e controlável, criando, deste modo, certeza e previsibilidade jurídica, e não, acaso, a simples decisão pela decisão”⁴⁴.

A teoria da interpretação constitucional deve preocupar-se tanto com a questão das funções, objetivos, métodos e regras do processo de interpretação, como dos participantes deste processo, de forma a tornar o processo de interpretação cada vez mais plural e democrático.

A questão da sociedade aberta dos intérpretes, que tem como objeto a Constituição como cultural, passa por outras discussões, como o próprio sistema representativo, que enquanto criação para um meio de expressão da “vontade geral” foi aceito, durante alguns séculos, como algo válido. Nas atuais mudanças de paradigmas emergem inúmeras crises nas instituições, suscitando reflexões quanto ao sistema de representatividade.

Dentro do mesmo contexto, considera-se que, em se tratando de situações em que a vida da *pólis* é afetada – ou seja, questões políticas de grande relevância e repercussão social – deve haver a possibilidade de uma legitimação por meio de um procedimento que inclua a questão de pluralidade.

⁴³ HÄRBELE, 2003, p. 5.

⁴⁴ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 37.

Para Peter Harbele, as reflexões sobre o desenvolvimento da jurisdição constitucional devem ter “compromisso com um modelo pluralista, visando à obtenção de instrumentos pluralistas de informação e de participação”⁴⁵. Neste contexto, o autor explica a necessidade de atenção em uma formação pluralista na composição do próprio tribunal, bem como audiências públicas mais autênticas.

Ainda, com enfoque na Constituição como cultura, Peter Härbele considera relevante incluir nos métodos de interpretação da Constituição, o método de comparação jurídica na interpretação dos direitos fundamentais. É pela comparação constitucional que diversas Constituições se comunicam. Em se tratando de direitos humanos, o intérprete deve sempre considerar os textos universais e regionais. Entretanto, a comparação textual e jurídica só terá êxito no viés da comparação cultural⁴⁶.

VI. Considerações finais

Direito, linguagem e cultura tornam-se inseparáveis, sendo o Direito um fenômeno da própria linguagem e da cultura. No atual estágio dos Estados, a Constituição passa a ter posição de centralidade em relação ao Direito. É a Constituição que regula a vida em comunidade. Como ordem fundamental da comunidade, a Constituição passa a ser a expressão cultural viva. Ela representa e é um autorretrato de um povo e de seu desenvolvimento cultural.

Portanto, a análise contextualizada da Constituição é salutar, já que ela não pode ser estudada de forma isolada. Deve-se analisá-la a partir da contextualização de outros saberes, como a filosofia, a economia, a ecologia, a política, dentre outros.

As Constituições vivas são, ao mesmo tempo, fruto de uma pluralidade de intérpretes constitucionais da sociedade aberta que são “[...] por sua forma e razão de ser, de longe, uma

⁴⁵ HÄRBELE, 2003, p. 166.

⁴⁶ Ibid., p. 164-165.

expressão e mediação cultural, um quadro para a reprodução e recepção de um armazém de informações, experiências, aventuras e até de sapiências culturais transmitidas”⁴⁷.

Em um Estado constitucional, embora uma *multidão de singularidades*⁴⁸ seja intérprete da Constituição, é a jurisdição constitucional autoridade competente para a realização da interpretação constitucional.

É a jurisdição constitucional o órgão estatal responsável por solucionar as controvérsias que envolvem a Constituição, devendo buscar procedimentos e instrumentos que permitam a participação plural e democrática dos demais intérpretes da Constituição, por meio, por exemplo, de audiências públicas mais autênticas.

⁴⁷ HÄRBELE, Peter. **La constitución como cultura**. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n. 6, p. 194, 2002.

⁴⁸ NEGRI, Antônio. **Por uma definição ontológica de multidão. Cinco lições sobre o Império**. Rio de Janeiro: Lamparina. 2003.

Referências bibliográficas

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BASTIEN, Claude, Le décalage entre logique et connaissance. In: **Courrier du CNRS**, Sciences cognitives, n. 79, out., 1992.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.
- CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**, vol. 3. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina. Ed. 3ª, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Ed./Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.
- GARCIA, Maria. A interpretação da lei como a interpretação do cidadão comum. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, Erechim, RS: Habilis, n. 4, p. 165-169, jun. 2009.
- _____. Opinião pública e a interpretação da Constituição. In: _____; PIOVESAN, Flávia. **Doutrinas essenciais do direito constitucional**. São Paulo: Ed. RT, 2010, vol. I.
- GUSSE, Isabelle. **Diversité et indépendance des médias**. Canad: Université de Montréal, 2006.
- HÄRBELE, Peter. La Constitución en el contexto. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n.72, 2003.
- _____. **La constitución como cultura**. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional. Madrid **Centro de Estudios Constitucionales**, n. 6, 2002.
- _____. **El Estado constitucional**. Ciudad del México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- _____. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1997.
- HANS. Kelsen. La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 10, jul./dic., 2008.
- _____. **A Paz pelo Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Herder, 2005.

_____. **La sociedad de la sociedad**. Barcelona/México: Herder, 2002

_____. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: **Rechtshistorisches Journal**. Vol. IX, 1990, p. 176-220). Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

MALSON, Lucien. **Les enfants Sauvages**. Paris: Ed. 10/18, 1964.

MATURANA, Humberto et VERDEN, Gerda. **Amor y juego. Fundamentos olvidados de lo humano**. Chile: J C Sáez, 2003.

MATURANA, Humberto. **El sentido de lo humano**. Chile: Hachette, 1992.

_____. **La objetividad un argumento para obligar**. Buenos Aires: Granica, 2011.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2000.

_____. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

NEGRI, Antônio. **Por uma definição ontológica de multidão. Cinco lições sobre o Império**. Rio de Janeiro: Lamparina, 2003.

NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. Barcelona: Ed. Ariel, 1983.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. **Un viaje por la historia del derecho**. Buenos Aires: Quorum, 2007.

SILVA, JOSÉ AFONSO. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. Oxford: Anscombe G.E.M.Rhees Ed. , 2ed. (PI § III). 1986