

Presentación

*Idem velle atque idem nolle, ea demum
firma amicitia est.*

Querer e não querer as mesmas coisas,
eis, afinal, a verdadeira amizade.

(Salústio)

Em uma de suas memoráveis entrevistas concedidas a Francisco Balaguer Callejón, Peter Häberle é solicitado a expressar sua opinião acerca do contingente cada vez maior de “juristas de muy diversos países que siguen sus orientaciones metodológicas y que perciben la realidad constitucional de una manera muy similar, en sus rasgos esenciales”. Em sua proverbial modéstia, Häberle credita a façanha ao acaso de o modelo do Estado constitucional estruturar “una especie de ‘República de las letras’ que es el resultado más de relaciones personales que de grandes Institutos”; e à sorte de participar de “fructíferos círculos de amistad en diversos países”. Refere-se, em especial, aos juristas da América Latina, com os quais estabeleceu “intercambio científico [que] se puede caracterizar con los términos: sensibilidad, sinceridad y respeto. Siempre es importante la capacidad de escuchar para entender las peculiaridades culturales de otros países. Ante todo, intento siempre liberarme de cualquier eurocentrismo”¹.

Difícil imaginar testemunho mais eloquente do sucesso de Häberle na consecução desse intento do que este “*Libro constitucional, de lectura y de la vida latinoamericano – En el contexto de una teoría constitucional universal*”².

I.

A obra dá mostras do conhecido afeto de Häberle por nosso continente e de sua gratidão pelo longo e profícuo diálogo acadêmico estabelecido com nossa

¹ CALLEJÓN, Francisco Balaguer, “‘Un jurista universal nacido en Europa’. Entrevista a Peter Häberle”, trad. Francisco Balaguer Callejón, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 13, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2010, p. 342-343.

² Original: HÄBERLE, Peter, *Ein lateinamerikanisches Verfassungs-, Lese- und Lebensbuch – Im Kontext einer universalen Verfassungslehre*, Berlin, 2021, 263 páginas.

comunidade jurídica. Afeto e gratidão executados em movimento *vivace*: um instigante estudo dos elementos textuais e contextuais do constitucionalismo latino-americano, no qual a comparação jurídica assume-se como parte de um *proceso mútuo de aprendizaje*³.

Essa impostação é suficiente para conferir ao autor, logo de saída, uma perspectiva equilibrada. Um olhar consciente de que há ocasiões em que o “cosmos constitucional” latino-americano ostenta perfil “platônico”, tamanha a desconexão com uma “realidade frequentemente desoladora”; mas que prefere valorizar as soluções criativas forjadas para fazer frente a esse estado de coisas. No ambiente latino-americano, afiança Häberle, os cidadãos *vivem* suas constituições; elas são levadas a sério mesmo em “crisis y catástrofes”; as “florecientes comunidades nacionales de doctrinarios constitucionales, sobre todo en Brasil, Colombia y Perú, así como en México y Argentina, permiten hablar, junto con la jurisdicción de alto nivel de esos lugares (tribunales constitucionales o Corte Supremas), de constituciones seriamente vividas”.

Com esse arrazoado Häberle explica o porquê de “*libro de la vida*” no subtítulo desta obra – e novamente estende a mão para a amizade. Asseverar que as constituições latino-americanas são “seriamente vividas” pressupõe rechaço decidido àquela postura mental que as tem na conta de simulacros semânticos⁴. Com isso, Häberle reafirma a pertinência de tais documentos ao tipo do *Estado Constitucional*, essa “conquista do mundo ocidental” que é tanto “resultado de processos culturais evolutivos” quanto “manifestação da ‘tradição cultural’ compendiada no conjunto das

³ Häberle costuma apresentar-se como um “discípulo de discípulos”. Dentre os inúmeros acertos do Estudio Introdutorio confeccionado por Diego Valadés à edição mexicana de *El Estado Constitucional* destaca-se o de pontuar que essa expressão não se resume a mera atitude de modéstia. De fato, ela espelha uma postura epistêmica plural, que vê no diálogo um meio de aprendizado. Cf. VALADÉS, Diego, “Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI. Estudio Introdutorio”, en HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Trad. Héctor Fix-Fierro, Cidade do México, UNAM, 2003, p. XXII.

⁴ É com lamento que vez por outra surge, no âmbito latino-americano, contribuição doutrinária que, no afã de enfrentar determinados problemas e disfunções de um país, precisa se valer – mais ou menos conscientemente – da estratégia discursiva de depreciar a normatividade da ordem constitucional em referência. Esse eurocentrismo autóctone causa espanto, e não apenas pelo paradoxo que a expressão encerra: nem Karl Loewenstein foi tão longe ao ponto de atribuir aos países da América Latina o *status* de campo específico das “constituições semânticas”. Ao contrário, tal autor reconhece “los progresos innegables hacia un proceso normativo; Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Uruguay, México y Costa Rica persisten, aunque con interrupciones ocasionales, en un auténtico normativismo”. Cf. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2.^a ed., Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1970, pp. 220.

normas clássicas e em outros textos normativos”⁵. Confirmados em sua dignidade, os textos constitucionais aqui reproduzidos candidatam-se a receber tratamento comparativista por parte da “comunidade universal de produção e recepção em matéria de Estado Constitucional”⁶.

É nessa medida que o presente *libro constitucional* funciona, também, como *libro de lectura*. Em sua primeira parte, Häberle agrupa fragmentos textuais segundo um critério topográfico, do que resultam seções dedicadas a elementos estruturais típicos dos documentos constitucionais (preâmbulo, direitos fundamentais etc.). Em cada uma dessas seções a etapa de documentação é seguida de “comentários comparativos”, que sistematizam o material coletado. As partes seguintes da obra demarcam quadro teórico para a comparação jurídica que daí se seguirá – a cargo do leitor.

Com efeito, trata-se de obra aberta. Como tal, sugere temas de relevo, aponta circulações de sentido instigantes entre contextos culturais (a princípio) heterogêneos, fornece exemplos de comparações jurídicas bem-sucedidas, traça as balizas de caminhos ainda não percorridos. A estrutura deste *libro constitucional, de lectura y de la vida latinoamericano* habilita-o a servir de ferramenta para a compreensão e problematização de especificidades regionais/locais. É assim porque, sob muitos aspectos, a obra revela-se desdobramento consequente do projeto häberliano. Um projeto que, de modo resolutivo: se propôs a enfrentar os problemas mais pulsantes da ordem constitucional democrática (II); mediante a elaboração de uma “teoria universal *desde la cultura y como cultura*”, de acento *pluralista*, notoriamente compromissada com o modo de *pensamento possibilista (Möglichkeitsdenken)* (III).

II.

O século XX presenciou uma gradual superação de critérios que limitavam substancialmente a participação da população no sistema político (v.g. renda e gênero).

⁵ HÄBERLE, Peter, “Normatividade e reformabilidade da Constituição a partir de perspectiva das ciências da cultura”, en: *Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu*, São Paulo, Saraiva/IDP, 2012, p. 205.

⁶ HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Trad. Héctor Fix-Fierro, México/DF, UNAM, 2003, p. 59-60.

A progressiva inclusão política ocasionou uma reconfiguração da relação Estado/Sociedade, agora avessa a abordagens explicativas “homogêneas” como aquela oriunda do liberalismo, que constrói uma homogeneidade valendo-se de uma ficção excludente (sociedade é apenas a “melhor sociedade”)⁷. O Estado precisou assumir que sua lei assimila fins, visões de mundo e interesses concorrentes ou mesmo contraditórios; que sua administração pública notabiliza-se pela função primária de compor interesses heterogêneos⁸. Quem o impôs foi a constitucionalização do ordenamento jurídico⁹, consequência direta do consenso político gestado pelas democracias ocidentais no Pós-Guerra: a criação de uma nova forma de relacionamento entre Estado e indivíduo, baseado na promoção de padrões de cidadania a partir de direitos exclusivos dos indivíduos e obrigações universais dos órgãos do Estado¹⁰.

A Lei Fundamental alemã de 1949 cumpriu papel de destaque nesse marco. Ela transpõe – na síntese formulada por Häberle – a tradicional compreensão filosófico-teológica de dignidade da pessoa humana para um texto constitucional juridicamente vinculante¹¹. Para tanto, acomodou os direitos fundamentais na posição de pedra

⁷ Cf. GIANNINI, Massimo Severo. “I pubblici poteri negli Stati Pluriclasse”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Vol. 29, n.º 2/3. Milão: Giuffrè, 1979, pp. 389-404, que alude ao movimento, historicamente situado no Pós-Guerra, de inclusão política de toda a população (critérios de renda ou de gênero tornaram-se impraticáveis) como “passagem do Estado monoclasa para o Estado pluriclasse”.

⁸ CASSESE, Sabino, “L’Arena Pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Vol. 51, n.º 3, Milão, Giuffrè, julho-setembro de 2001, pp. 601-650. Seguramente, essa nova compreensão acerca da função administrativa do Estado põe em xeque construções doutrinárias do direito público europeu forjadas entre o quarto final do século XIX e início do século XX, que, como se sabe, se dedicaram com afinco na tarefa de construir uma administração pública dotada de “prerrogativas exorbitantes” quase incontestes. Para ficar em apenas um: “Le principe de tout le système du droit public moderne se trouve résumé dans la proposition suivante: ceux qui en fait détiennent le pouvoir n’ont pas un droit subjectif de puissance publique; mais ils ont le devoir d’employer leur pouvoir à organiser les services publics et à contrôler le fonctionnement”, dizia DUGUIT, León, *Les transformations du Droit Public*, Paris, Armand Colin, 1913, p. XVIII. O Estado, aqui, é centro e vértice – por mais que se possa observar, no mesmo enfoque de Duguit, também uma suavização na ênfase conferida ao poder soberano do Estado (é a tese de: MELLERAY, Fabrice, “Léon Duguit. L’État détrôné”, In: MELLERAY, Fabrice; HAKIM, Nader (orgs.), *Le renouveau de la doctrine française: les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX siècle*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 215-262).

⁹ PETERS, Anne, “Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vol. 65, Viena, Verlag Österreich, 2010, p. 10-11.

¹⁰ THORNHILL, Chris. “A Constituição de Weimar como uma Constituição militar.” In: BERCOVICI, Gilberto (org.). *Cem Anos da Constituição de Weimar*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 271.

¹¹ HÄBERLE, Peter, “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, em SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 75.

angular do Estado que seria, a partir de então, construído¹². A *Grundgesetz* de Bonn concebe os direitos fundamentais como normas que vinculam, com eficácia direta, os poderes legislativo, executivo e jurisdicional (artigo 1, III); reitera que a atividade legislativa deve observância aos limites postos pela ordem constitucional (artigo 20, III); e, mais importante, proclama a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais em relação às leis (artigo 19, II) e às emendas constitucionais (art. 79, III), elevando-os à posição de cláusulas pétreas do novo regime¹³.

A tônica conferida à intangibilidade dos direitos fundamentais encontra explicação tanto numa reação aos abusos perpetrados sob a dominação nacional-socialista¹⁴ quanto num acerto de contas com a prática institucional da República de Weimar. Sob a Constituição alemã de 1919, a proteção dos direitos individuais movia-se num espaço cujos lindes coincidiam, em grande parte, com aqueles demarcados pelo duplo conceito de lei da publicística imperial¹⁵. Nesse diapasão, a garantia dos direitos continuava a depender do postulado da reserva de lei¹⁶ (e consectários, v.g. legalidade administrativa¹⁷), o que em termos práticos significava que os direitos fundamentais submetidos à reserva legal poderiam ter sua eficácia esvaziada por meio de lei ordinária do *Reichstag*¹⁸, e pior: por um decreto de necessidade do Presidente do *Reich* (quando

¹² KRIELE, Martin, *Introducción a la teoría del Estado: fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Trad. Eugênio Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 149-150, que bem assevera o traço inovador de um Estado que tem por missão primordial a de garantir direitos.

¹³ O nexó entre as cláusulas pétreas e o bom funcionamento das instituições democráticas é frequentemente sublinhado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, para quem a disposição do art. 79, III, da Lei Fundamental é funcionalmente orientada a impedir que “a ordem constitucional vigente seja destruída, na sua substância ou nos seus fundamentos, mediante a utilização de mecanismos formais, permitindo a posterior legalização de regime totalitário” (*BVerfGE*, 30:1[24]).

¹⁴ VON MANGOLDT, Hermann, *Das Bonner Grundgesetz*, Berlin, F. Vahlen, 1953, p. 37.

¹⁵ STARCK, Christian, *El concepto de ley en la Constitución Alemana*, Trad. Luís Legaz Lacambra Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 141.

¹⁶ HERBERT, Georg, “Der Wesensgehalt der Grundrechte”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, Kehl am Rhein, Engel Verlag, 1985, p. 321.

¹⁷ MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán, Tomo I – Parte General*, Trad. Horacio Heredia y Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 79.

¹⁸ Cf. THOMAS, Richard, “Grundrechte und Polizeigewalt”, en: TRIPEL, Heinrich (org.), *Verwaltungsrechtliche Abhandlungen. Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Obergerichtes*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1925, p. 191 e s.; ANSCHÜTZ, Gerhard, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11 August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14.^a ed., Berlin: Verlag von Georg Stülke, 1933, p. 517 e s.

este absorvia as funções daquele)¹⁹ ou pela simples prática erosiva da *Verfassungsdurchbrechung*²⁰, consoante a história tratou de demonstrar.

As lições de Weimar são levadas a sério pela Lei Fundamental de Bonn²¹, que comete à ciência do direito público alemão o desafio de promover a reconstrução sistemática do ordenamento jurídico a partir dos direitos fundamentais²². Triunfos em confrontos dessa espécie não costumam depender exclusivamente de uma contemplação do passado; aqui, não seria diferente, afinal, “a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente”²³. Esse vaticínio de Konrad Hesse tem seu sentido plenamente revelado quando se percebe, com Rainer Wahl, que na célebre lição inaugural de 1958 havia, também, um chamado à ação: a *força normativa da Constituição* resulta de compromisso coletivamente assumido por indivíduos e poderes públicos; “é a ‘vontade de constituição’ (*Wille zur Verfassung*) de muitos que dá força à Constituição”²⁴.

¹⁹ Era o seguinte o teor do artigo 48(2) da Constituição de Weimar de 1919: “Cuando en el Reich alemán se encuentren gravemente alterados o amenazados, el orden y la seguridad públicos, el Presidente del Reich puede adoptar aquellas medidas (*Massnahmen*) que resulten necesarias para su restablecimiento, acudiendo a la fuerza armada si fuera preciso. A este fin, cabe suspender provisionalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales establecidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153 de la Constitución”.

²⁰ Na fecunda interpretação provida pelo Professor Massimo Luciani, *Durchbrechung* comunica o ato de romper (verbo *brechen*), mas também acentua, com *durch* (“através de”), o modo pelo qual a ruptura se dá; assim, *Verfassungsdurchbrechung* expressa a força normativa de uma disposição constitucional sendo obstada por uma medida que a derroga (LUCIANI, Massimo. “Il diritto e l’eccezione”. In: *Rivista AIC*. Número 2-2022. Roma: Associazione Italiane dei Costituzionalisti, 2022, p 49-50). O primeiro registro do conceito ocorre em 1924, quando Erwin Jacobi descreve um fenômeno largamente praticado na República de Weimar: a modificação material da Constituição sem alteração alguma em seu aspecto redacional. Em termos gerais, compreendia-se que o artigo 76 da Constituição de Weimar dispensava que as emendas constitucionais fossem incluídas no corpo permanente do texto. Assim, qualquer proposição legislativa aprovada pelo duplo quórum qualificado (dois terços dos votos, presentes à sessão pelo menos dois terços do total de membros da Casa) possuía valor de emenda à Constituição. Desenho esse que gerou as “emendas constitucionais tácitas” (*stillschweigender Verfassungsänderungen*), atualmente proibidas pelo art. 79 (1) da Lei Fundamental de 1949, que exige modificação expressa do texto.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira, “O aprendizado da Lei Fundamental de Bonn com a Constituição de Weimar e os seus reflexos no constitucionalismo brasileiro”, em VALE, André Rufino do (org.), *Constitucionalismo e Democracia pós-2020: reflexões por ocasião do centenário do constitucionalismo de Weimar (1919-1933)*, São Paulo, Saraiva, 2022, pp. 137-160.

²² AZPITARTE-SÁNCHEZ, Miguel, “Apuntes sobre el pensamiento de Peter Häberle en el contexto de la dogmática alemana”, *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, n.º 6, Granada. Universidad de Granada, 2003, pp. 346 e ss.

²³ HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Fabris, 1991, p. 18.

²⁴ WAHL, Rainer, “Die normative Kraft der Verfassung: Die Antrittsvorlesung Konrad Hesses in ihrem historischen Kontext”, *Der Staat*, vol. 58, n.º 2, Berlin, Duncker & Humblot, 2019, pp. 195-222.

Um dos alunos de Hesse compreendeu a importância do chamado e o atendeu sem descuidar do vaticínio. Foi Peter Häberle, que sob a orientação daquele, em Freiburg²⁵, defende e publica, em 1962, tese de doutorado dedicada à cláusula de garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais²⁶. Nela, parece ser precisamente a consideração à “natureza singular do presente” o que anima Häberle a asseverar que o “pensamento de intervenção e limites” (*Eingriffs- und Schrankensdenken*) falha na tarefa de fornecer uma perspectiva metódica própria à identificação e proteção de um núcleo intangível de liberdade jusfundamental²⁷. A insuficiência de tal enfoque está em comungar da premissa de que a liberdade seria uma realidade social anterior ao Estado; mas essa é a “liberdade *liberal*”²⁸, aquela que espelha a dicotomia Estado/Sociedade, tão central para o constitucionalismo liberal do século XIX²⁹.

Em contraponto, a teoria institucionalista dos direitos fundamentais de Häberle parte da premissa de que a liberdade “só tem sentido enquanto liberdade na sociedade, enquanto liberdade normativamente conformada e ordenada”³⁰. E assim deve ser porque as necessidades do presente se impõem. Lei Fundamental de 1949 criou um Estado Prestacional (*Leistungsstaat*), “o qual, por meio de organização e procedimento,

²⁵ Em entrevista concedida em 21 de abril de 2009 ao Professor Raúl Gustavo Ferreyra, Häberle não escondeu a satisfação com o acerto na escolha de seu objeto de pesquisa: “Ha sido una gran suerte para mí haber podido proponer a mi maestro académico K. Hesse en Freiburg, la elección de la famosa ‘Garantía del contenido esencial’ del art. 19 II de la Constitución alemana (GG) para mi tesis doctoral”. Cf. FERREYRA, Raúl Gustavo, “Cultura y derecho constitucional. Entrevista a Peter Häberle”, *Academia – Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 7, n.º 13, Buenos Aires, UBA, 2009, p. 221

²⁶ Há tradução para o espanhol: HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Trad. Joaquín Camazano, Madrid, Dykinson, 2003.

²⁷ HÄBERLE, Peter, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre des Gesetzesvorbehalts*, 3ª Ed., Heidelberg, Müller, 1983, p. 126.

²⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Théorie et interprétation des droits fondamentaux”, en *Le droit, l’État et la constitution démocratique*, Trad. Olivier Jouanjan, Paris, LGDJ, 2000, p. 261.

²⁹ HESSE, Konrad, “Observaciones sobre la actualidad y el alcance de la distinción entre Estado y Sociedad”, en: *Escritos de Derecho Constitucional*, Ed. de Pedro Cruz Villalón e Miguel Azpitarte-Sánchez, 3ª ed., Madrid, CEPC, 2011, p. 120-121 e 127-128, sobretudo.

³⁰ NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 3ª ed. Lisboa, AAFDL, 2021, p. 310.

direta ou indiretamente, oferece prestações a cidadãos e grupos, as quais, no sentido mais amplo, têm uma relação primariamente positiva com os direitos fundamentais”³¹.

A inegável reconfiguração das tarefas do Estado, mormente a obrigação de proteger direitos fundamentais mediante adoção de medidas positivas, conduziu a publicística alemã – Häberle incluso – a trabalhar sob o pressuposto dogmático de que os direitos fundamentais revelam, a um só tempo, uma dimensão *subjéitiva* e outra *objetiva*. Nos termos da primeira, eles assumem a feição de direitos de defesa (*Abwehrrechte*), porquanto outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados³², seja pelo (a) não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações jurídicas subjétivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas³³. Em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais espelham ordem concreta de valores que, por sua vez, formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático³⁴. Nesse cânone, os direitos fundamentais “no se refieren ya unilateralmente al Estado, sino que se vuelven normativos también para el orden social”; ademais, “se desvinculan de la función unilateral de protección y sirven, asimismo, como fundamento de los deberes de actuación estatal”³⁵.

É um pensamento integrador, imbuído do propósito de construir mediações que superem a unidimensionalidade e intransigência das dicotomias³⁶, o que explica tanto a recusa de Häberle àquela noção de liberdade típica do dualismo Estado/Sociedade quanto a síntese que ele viria a oferecer a respeito das dimensões subjétiva/objetiva dos direitos fundamentais. Muito embora a perspectiva

³¹ HÄBERLE, Peter, *Direitos Fundamentais no Estado Prestacional*, Trad. Fabiana Kelbert e Michael Donath, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2021, p. 25.

³² HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.^a Ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1995, p. 112.

³³ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Surhkamp, 1986, p. 174.

³⁴ HESSE, Konrad, “Bedeutung der Grundrechte”, en: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (orgs.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. I, Berlin: Walter de Gruyter, 1995, p. 134.

³⁵ GRIMM, Dieter, “¿Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales?” en *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Trad. Antonio Lopes Pina, Madrid, Trotta, 2006, p. 156.

³⁶ VOßKUHLE, Andreas; WISCHMEYER, Thomas, “Der Jurist im Kontext. Peter Häberle zum 80. Geburtstag”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Vol. 63, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 407.

institucionalista conceba-os com “caráter de princípios de ordem objetiva (*objektive Ordnungsprinzipien*)”³⁷, essa nota transpessoal convive com o reconhecimento de que os direitos fundamentais são realizados e desenvolvidos pelos indivíduos, *comunitária e processualmente*³⁸.

III.

A década de 1970 assiste a Häberle aprofundar sua aposta nos procedimentos enquanto meio de reforço do aspecto jurídico-material dos direitos fundamentais³⁹. Decisão que de modo algum ficou circunscrita a tal âmbito de referência. Contra uma opinião estabelecida de que a interpretação constitucional reduz-se a “evento exclusivamente estatal”⁴⁰, Häberle amplia o círculo hermenêutico: “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma”⁴¹. Os destinatários de uma norma são pré-intérpretes (*Vorinterpreteten*). A interpretação constitucional, portanto, é “a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade” (“*weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird*”)⁴².

É nessa mesma época que a onda jusnaturalista surgida no Pós-Guerra veio a conhecer fim⁴³. Häberle assumiu muito claramente o seu lado nessa querela, desde sempre denunciando que o direito natural “es portador de una carga previa” que “limita

³⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Théorie et interprétation des droits fondamentaux”, en *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Trad. Olivier Jouanjan, Paris, LGDJ, 2000, p. 260.

³⁸ HÄBERLE, Peter, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre des Gesetzesvorbehalts*, 3ª Ed., Heidelberg, Müller, 1983, pp. 108-115.

³⁹ HÄBERLE, Peter, *Direitos Fundamentais no Estado Prestacional*, Trad. Fabiana Kelbert e Michael Donath, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2021, p. 53.

⁴⁰ HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*, Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 1997, p. 23.

⁴¹ Idem, p. 15.

⁴² Idem, p. 13.

⁴³ Rompante que chegou a ecoar na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que por um breve período encampou a tese das normas constitucionais inconstitucionais, aceitando como parâmetro de controle princípios suprapositivos. Ampla revisão do tema em: WOLFF, Heinrich Amadeus, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000.

u omite la referencia a la comunidad democrático-política”; trata-se de um modo de pensamento jurídico muito propício para inserir na Constituição “valoraciones que podrían poner en peligro su próprio desarrollo inmanente – público –, no transcendente”⁴⁴. Para a “Constituição aberta”, aquela que tem a tarefa de estruturar o Estado e, também, a esfera pública (*Öffentlichkeit*), o desafio que se coloca é o de integrar ativamente todas as forças sociais e privadas. E a solução correspectiva jaz no estabelecimento de vias procedimentais adequadas para a produção de uma interpretação pluralista⁴⁵, aquela que indaga pelas “alternativas prácticas posibles y necesarias”⁴⁶.

Nessa senda, “la tarea de la dogmática constitucional es esbozar las condiciones previas para las alternativas”⁴⁷; e a de Häberle consiste em formular uma “teoría constitucional de alternativas”⁴⁸. Não se trata simplesmente de vocalizar formulações alternativas mutuamente excludentes (um pensamento do “este ou aquele” – *Entweder-oder-Denken*), e sim de pensar *a partir de e em* novas perspectivas, abordando-se, compreensivamente, os mais diversos aspectos de uma mesma questão⁴⁹. Esse é o *pensamento possibilista*, marcado por travar uma relação produtiva com a realidade, que indaga sobre o que também é possível, mas sem nunca perder de vista que “possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro” (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*)⁵⁰.

Uma constitucionalidade aberta exige a criação de um ambiente favorável à espontaneidade da vida social e democrática (dentro dos limites constitucionais, não

⁴⁴ HÄBERLE, Peter, *Teoría constitucional sin derecho natural*, Trad. Laura Carugati y Gastón R. Rossi, Buenos Aires, EDIAR, 2023, p. 10-11.

⁴⁵ Exatamente por isso, o processo constitucional é direito constitucional materializado: HÄBERLE, Peter, “Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht – Im Spiegel der Judikatur des BVerfG”, *JuristenZeitung*, Vol. 31, nº 13, Tübingen, Mohr Siebeck, 1976, pp. 377-84

⁴⁶ HÄBERLE, Peter, *Teoría constitucional sin derecho natural*, Trad. Laura Carugati y Gastón R. Rossi, Buenos Aires, EDIAR, 2023, p. 49.

⁴⁷ Idem, p. 53.

⁴⁸ Idem, p. 54.

⁴⁹ HÄBERLE, Peter. “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken”, en: *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein: Athenäum, 1980, p. 3.

⁵⁰ Idem, p. 10.

contra estes)⁵¹. Nesse contexto, um pensamento atento às possibilidades jamais poderia representar um fim em si mesmo; é meio valioso, isso sim, para “conservar e continuamente recriar condições de liberdade”, (...) “assim como para a salvaguarda da Constituição com o passar do tempo”⁵².

A propósito, não foi outro o principal dilema do qual se ocuparam o direito constitucional europeu da segunda metade do século XX, em geral, e Häberle, em particular: a continuidade da Constituição ao longo do tempo⁵³. Com efeito, a preocupação em garantir que o *ethos* democrático fincasse suas raízes expressa-se em artefatos constitucionais funcionalmente orientados a prevenir retrocessos históricos (v.g. as “cláusulas pétreas” ou “garantias de eternidade”). Embora inserido nesse marco de ideias, Häberle parece ter percebido que o remédio convola-se em veneno quando o compromisso com a permanência degenera em medo atávico ao novo. Inviabilizar desenvolvimentos constitucionais legítimos é trilha que também leva à ruína de um ordenamento. A continuidade da Constituição somente será possível se passado e futuro estiverem nela associados⁵⁴. Nesse cânone, o dever do jurista é o de interpretar a norma constitucional inserindo-a tempo, porque interpretar a Constituição é integrá-la na realidade pública⁵⁵.

A década de 1980 termina com a sensação de um efetivo enraizamento da racionalidade democrática no ambiente europeu – quanto a nós, latino-americanos, o tempo é de resgatar a democracia das mãos dos ditadores. Häberle avalia que, “al menos desde el *annus mirabilis* de 1989”, pode-se falar de um “tipo” de Constituição implantado “en el mundo libre, y no sólo en el occidental”, notabilizado por elementos “ideales y reales”⁵⁶. Primado da dignidade da pessoa humana, divisão de poderes,

⁵¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*. 10ª ed, Trad. Marina Gascón, Madrid, Ed. Trotta, 2011, p. 14.

⁵² HÄBERLE, Peter. “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken”, en: *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein: Athenäum, 1980, p. 8.

⁵³ AZPITARTE-SÁNCHEZ, Miguel, “Peter Häberle en el siglo XXI”, *Revista Estudios Institucionais*, Vol. 2, n.º 1, Rio de Janeiro, Faculdade de Direito/UFRJ, julho de 2016, p. 82.

⁵⁴ HÄBERLE, Peter, “Zeit und Verfassung”, en: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich (Orgs.), *Probleme der Verfassungsinterpretation: Dokumentation e Kontroverse*, Baden-Baden, Nomos, 1976, p. 295-296.

⁵⁵ Idem, p. 312-313.

⁵⁶ HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Trad. Héctor Fix-Fierro, México/DF, UNAM, 2003, p. 1.

garantias dos direitos fundamentais, pluralismo político-partidário e independência do Poder Judiciário, quando tomados em conjunto, expressam o tipo do “Estado Constitucional de *cuño común europeo y atlántico*”⁵⁷.

Embora esse conjunto de elementos do Estado Constitucional realizem-se, em cada contexto nacional, sob distintas maneiras (quer em extensão, quer em intensidade), a uniformidade própria aos tipos serviu de plataforma para o surgimento de uma comunidade universal na matéria, articulada em redes e processos de produção e recepção. E o direito comparado logo cuidou de demonstrar que sua inclinação à universalidade⁵⁸ seria indispensável para uma teoria constitucional pluralista que agora precisa levar a sério as diversas formas de integrações supra e internacionais⁵⁹. Nessa medida, quando Häberle (em 1989) promove o direito comparado à condição de “quinto método interpretativo”⁶⁰, tem-se, nisso, desdobramento consequente do *pensamento possibilista*. Não menos exato é convir que a entronização daquele foi antecedida pela consagração deste, *no e pelo* Estado Constitucional: esteirado em uma concepção provisória de verdade (Popper), o tipo é a contraposição institucionalizada à “cualquier ambición de verdad absoluta y a cualquier monopolio de información e ideología totalitaria”⁶¹.

IV.

⁵⁷ *Idem*, p. 3.

⁵⁸ HÄBERLE, Peter, “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Trad. Francisco Balaguer Callejón, Ano 7, N. 13, Granada, Universidad de Granada, enero-junio/2010, p. 390-392.

⁵⁹ Cf. HÄBERLE, Peter, “Der kooperative Verfassungsstaat”, en: HÄBERLE, Peter, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3.ª Ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1998, p. 407-444. O escrito foi publicado originalmente em 1978, em obra comemorativa a Helmut Schelsky.

⁶⁰ HÄBERLE, Peter, “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als ‘fünfter’ Auslegungsmethode” (1989), en: *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates: Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, p. 36 e ss., principalmente. Para uma mostra do quão fecundo é o método comparativo de Häberle, vide, por todos: FERREYRA, Raúl Gustavo, “On Presidentialism. The Problem of the System of Government in Argentina, Brazil, and Colombia”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge Band 67, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, p. 567-600.

⁶¹ HÄBERLE, Peter, *Verdad y Estado Constitucional*, Trad. Guillermo Garibay, Cidade do México, UNAM, 2006, p. 113-114.

Eis uma trajetória intelectual que atesta, pela palavra e pelo exemplo, inequívoca confiança nessa “máquina do tempo” humana (demasiadamente humana) chamada Constituição⁶²: reconstrução do ordenamento jurídico por meio dos direitos fundamentais como desafio inicial; atenção à natureza singular do presente como profissão de fé; pensamento possibilista à guisa de premissa teórica; fortalecimento do pluralismo democrático como objetivo inegociável.

É esse caminho trilhado até a formulação do tipo do Estado Constitucional que bem indica o porquê de a comparação jurídica, no quadro de uma teoria constitucional universal *desde la cultura y como cultura*, ser tão promissora. A perspectiva científico-cultural da teoria da Constituição (*Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*) “no priva de ninguna de su fuerza expresiva a las tradicionales ‘funciones de la Constitución’ (limitación del poder, organización, orientación, identificación, etc.)”; presta-se, isso sim, a “ubicar a la Constitución en el horizonte que le proporcione fuerza, profundidad y legitimidad complementarias”⁶³. É assim em razão da utilidade da ciência da cultura para colher aquilo que de mais profundo subjaz aos textos normativos – e, para além de norma jurídica, uma Constituição expressa “um estágio evolutivo cultural, um meio de auto-representação cultural do povo, o espelho de um patrimônio cultural e o fundamento das suas esperanças”⁶⁴.

Com essa primorosa tradução, a conceituada casa editorial Ediar – de tantos serviços prestados à cultura jurídica de nosso continente desde sua fundação pelo Dr. Adolfo Alvarez – brinda o imenso público hispanohablante com instrumental riquíssimo para que se dê continuidade ao diálogo háberliano com a América Latina. Um diálogo que, doravante, será por todos nós conduzido e executado, no compasso do método das etapas textuais. E não é precipitado prever que o direito público latino-americano dará outras mostras do apelo prático do pensamento possibilista de Häberle – algo já demonstrado em diversos episódios de aperfeiçoamento institucional, que vão das

⁶² FERREYRA, Raúl Gustavo, *Esboço sobre a Constituição*, Trad. Carolina Cyrillo, Rio de Janeiro, NIDH, 2023, p. 43.

⁶³ HÄBERLE, Peter, “La Constitución ‘en el contexto’”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 7, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 225.

⁶⁴ HÄBERLE, Peter. *Costituzione e identità culturale. Tra Europa e Stati Nazionali*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 11.

reformas do cantão de St. Gallen (Suíça)⁶⁵ à implementação do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira⁶⁶.

É por tudo isso que – reitero – essa obra consiste em uma mão estendida para a amizade. Häberle nos saúda, mas nem mesmo sua idade avançada o demove de mirar o futuro. O cumprimento transmite exortação endereçada à comunidade jurídica latino-americana: que perseveremos na defesa do regime democrático, no aprimoramento da institucionalidade constitucional, no compromisso com a redução das históricas desigualdades sociais que acometem nossos países. Possuir constituições “seriamente vividas”, que não se reduzem a simulacros semânticos, é conquista cultural que demanda constante atenção à “natureza singular do presente”. Só assim uma Constituição transforma-se em força ativa e, nessa medida, articula um futuro. Essa, a lição ministrada por Konrad Hesse em 1958, tão bem compreendida pelo seu mais destacado aluno. Agora é Häberle quem nos conclama a segui-la, instituindo-nos como que seus legatários.

Brasília, 26 de fevereiro de 2024

Gilmar Ferreira Mendes

Doutor em Direito pela Universidade de Münster, Alemanha. Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), onde é Diretor do Centro Hans Kelsen de Estudos sobre a Jurisdição Constitucional. Ministro do Supremo Tribunal Federal.

⁶⁵ Cf. LANDA, César, “Peter Häberle epígono de la cultura constitucional”, *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 4, Brasília: IDP, 2010/2011, p. 6. Trata-se de fala produzida por ocasião de “discurso de orden en la ceremonia de incorporación del Profesor Peter Häberle, como Profesor *honoris causa* de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el 17 de febrero de 2004”.

⁶⁶ No Brasil, desde a primeira tradução da “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, em 1997, a doutrina de Peter Häberle tem sido incorporada caudalosamente, seja no âmbito acadêmico, seja na prática dos poderes constituídos. No âmbito legislativo, a Lei Federal brasileira n. 9.868/99, ao institucionalizar a figura do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira, representa um eloquente exemplo da forte influência da doutrina de Häberle que propugna por uma interpretação aberta e pluralista da Constituição.