# CONSTITUIÇÃO E DIVERSIDADE CULTURAL: EM BUSCA DE UMA TEORIA INTERCULTURAL

## CONSTITUTION AND CULTURAL DIVERSITY: IN SEARCH OF A NEW INTER-CULTURAL THEORY

**Bruno Galindo***

*Recebido para publicação em setembro de 2005*

**Resumo:** O presente ensaio versa sobre as diferentes culturas jurídico-constitucionais existentes e em construção, abordando a interseção entre elas a partir da compreensão da constituição como objeto cultural e da teoria da constituição compreendida também como uma teoria cultural. Para tanto, discute o interculturalismo constitucional, considerando os sistemas jurídicos do *common law* e romanistas, assim como a produção teórica dos doutrinadores de ambos os sistemas.
**Palavras-chave:** Constituição. Teoria da Cultura constitucional. Multiculturalismo. Interculturalismo. Diversidade constitucional.

**Abstract:** This essay turns about constitutional-judicial different cultures existents and in evolution, building a intersection between them, from the understood of Constitution as a cultural object and Constitution Theory understood too, as a cultural Theory. From there, discuss the constitutional interculturalism, considering the judicial systems of "*common law"* and Romanist, so as a theorical production of the instructors for both system.
**Key Words:** Constitution. Constitutional Culture theory. Multiculturalism. Interculturalism. Constitutional Diversity.

> "A questão que eu desejo enfocar neste livro é a seguinte: pode uma constituição moderna reconhecer e acomodar a diversidade cultural?"
> (Tully: 1995, p. 1).[1]

### 1. Cultura, Multiculturalismo e Interculturalismo: Notas Definitórias

Este modesto ensaio tem por base as idéias que temos defendido em diversas oportunidades em torno de uma percepção mais acurada da teoria da constituição no século XXI. Se nos amarramos de modo inflexível a dogmas estabelecidos, terminamos por incorrer em um enorme déficit, muitas vezes superior ao que habitualmente já ocorre, entre as teorias construídas e o que efetivamente ocorre em termos de fenômeno constitucional. Por outro lado, as teorias críticas têm exercido com êxito o diagnóstico das insuficiências das teorias clássicas, sem, no entanto, avançarem muito em termos de edificação de novos horizontes teóricos, o que demonstra a necessidade de não abandonarmos por completo a tradição competente no que ela for elucidativa. A teoria intercultural da constituição que defendemos pretende contribuir para diminuir o déficit teórico, expandindo os horizontes da teoria da constituição através do que denominamos "interculturalismo constitucional".

* Professor Adjunto da Universidade Federal da Paraíba/UFPB (Graduação, Especialização e Mestrado). Professor Visitante das Universidades Federais do Rio Grande do Norte/UFRN e de Pernambuco/UFPE e da Associação Caruaruense de Ensino Superior/ASCES. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE/Universidade de Coimbra/Portugal. Advogado.

Na medida em que se pretenda alcançar uma teoria "intercultural", torna-se necessário, antes de tudo, o estabelecimento de premissas definitórias esclarecedoras de uma opção dessa natureza.

Preliminarmente, algumas questões acerca do vocábulo "cultura". Obviamente encontra-se distante de nossas pretensões discutir profundamente as vicissitudes existentes entre as diversas definições propostas notadamente pelos antropólogos. Contudo, se buscamos uma teoria intercultural da constituição, a definição semântica do referido vocábulo é fundamental para a adequada compreensão da leitura.

A palavra "cultura" nem sempre foi entendida da mesma maneira. A sua raiz latina é o vocábulo *colere*, que pode significar desde cultivar e habitar até veneração e proteção. Com o significado de cultivar, está a idéia de cultura como um conceito derivado da natureza. Para Eagleton, um dos significados originais da palavra "cultura" é o de "produção", ou seja, de um controle do desenvolvimento natural, implicando uma dialética entre o artificial e o natural. Há aqui uma forte ligação com a idéia de cultivo da terra, ou seja, a cultura entendida como cultura agrícola (Eagleton: 2001, p. 11-13; Pedro: 1995, p. 23-24). Daí a utilização de expressões como "agricultura", "monocultura" e outras com o significado referido.

Entretanto, o uso metafórico termina por se estabelecer com mais força do que o sentido léxico original apontado por Eagleton. A idéia de cultivar o espírito permite que, na era moderna, a idéia de cultura adquira um valor religioso e transcendente, através do vocábulo latino *cultus*, origem da palavra "culto", de freqüente referência aos rituais das religiões.

Esses significados de cultura, afora outros (cerca de duzentos e cinqüenta, segundo Moles, ou cento e cinqüenta, segundo os antropólogos Kroeber e Kluckhohn), não são os sentidos habitualmente referidos nas denominadas ciências culturais. O conceito de cultura como um conjunto de atributos e produtos das sociedades humanas, transmissíveis por mecanismos diferentes da herança biológica é oriundo da modernidade iluminista, não existindo até o século XVIII (Pedro: 1995, p. 28; Häberle: 2000, p. 25).

A partir da Ilustração, ganha projeção o conceito de cultura como conjunto de costumes, crenças e instituições sociais existentes em uma dada sociedade humana. Na perspectiva iluminista, a cultura compreende toda produção dos seres humanos vivendo em sociedade, aí se encontrando os conhecimentos, as crenças religiosas e populares, as artes, a moral, os costumes e usos sociais, as tradições e também o direito.

Considerando esta última idéia, Kroeber e Kluckhohn efetuam um importante sumário dos elementos culturais de maior relevância. Para eles, a cultura precisa ser contemplada primeiramente a nível histórico, considerando a tradição e os legados sociais. Em segundo lugar, deve ser considerada a nível normativo, como regras e usos sociais, incluindo cada um dos seus respectivos valores e ideais de conduta. Em um terceiro plano, a nível psicológico, como adaptação de superação de problemas, como processos de aprendizagem ou como conjunto de costumes seculares. E por último, a nível estrutural, entendido este como conjunto de modelos de organização da própria cultura, ou ainda, a nível genético, entendido este no sentido de cultura como produto, como idéias ou como símbolos (Häberle: 2000, p. 25). Todos os quatro níveis são importantes para uma teoria intercultural da constituição.

Como se percebe, os elementos levantados pelos supracitados antropólogos não incluem diretamente a natureza como objeto cultural, priorizando a investigação

da cultura como produção das sociedades humanas, embora esta produção, em última análise, consista na ação dos homens sobre a natureza. Todavia, são as relações intersubjetivas, e não as relações homem-natureza, que fazem com que ocorra a produção cultural de tradições, valores, ideais, costumes e normas de conduta social, dentre as quais o direito se afigura como a mais relevante para que sejam possíveis as aludidas relações intersubjetivas em uma sociedade "civilizada".[2]

A diferenciação ocorrida com a contraposição cultura/natureza a partir da Ilustração faz surgir a divisão dualista da ciência com a distinção entre as ciências culturais e as ciências naturais. As primeiras investigam a produção humana na vida em sociedade, ao passo que as segundas se voltam para a investigação dos fenômenos da natureza. Não queremos dizer com isso que as ciências da cultura estejam completamente dissociadas da natureza; em verdade, continuam a estas associadas, mas com uma diferenciação teleológica fundamental: as ciências da cultura investigam as transformações da natureza como expressão e resultado da atividade humana dirigida a uma finalidade, enquanto nos fenômenos naturais propriamente ditos, estudados pelas ciências naturais, não ocorre esse *telos*, independendo, portanto, da vontade humana (cf. Heller: 1998, p. 59ss.). Daí a afirmação de Miguel Reale de que natureza e cultura seriam intrinsecamente diversas, sobretudo pelo fato de que o mundo da natureza não comporta inovações próprias, ao passo que a possibilidade de se estabelecer algo novo é característico do mundo cultural (Reale: 2000, p. 295).[3]

O conceito de cultura defendido por Heller ("inserção de fins humanos na natureza") implica na compreensão da cultura em dois sentidos: como cultura "subjetiva" e como cultura "objetiva". A primeira delas consiste na porção do mundo físico concebida como formação humana direcionada a um fim. Para Heller o homem, ao cultivar a terra, construir casas, criar obras de arte ou formar-se a si mesmo e aos demais (de modo consciente ou inconsciente), é portador de cultura, possui e cria cultura. A segunda é aquela em que aparecem reunidas, como patrimônio cultural ou espírito objetivo, todas as formações humanas emanadas da conexão de suas vivências, sendo indiferente que se tenham projetado fora da *psique*, inserindo-se ou não na natureza (Heller: 1998. p. 63-64).

Este último sentido, o de cultura "objetiva", parece-nos mais adequado de trabalhar na perspectiva do significado contemporâneo mais importante. Como afirmamos anteriormente, somente as relações entre seres humanos podem produzir tradições, crenças, costumes e normas, ou seja, cultura no sentido objetivo helleriano. A natureza participa apenas indiretamente neste contexto, sendo privilegiadas para análise as relações interhumanas. Como o sentido subjetivo ainda se refere à idéia de cultura ligada à relação homem-natureza, neste trabalho utilizaremos o sentido objetivo de cultura, aliado aos níveis de contemplação da cultura, propostos por Kroeber e Kluckhohn.

Definida a idéia de cultura que permeia este ensaio, tratemos de outras definições igualmente importantes. Está em evidência o debate acadêmico sobre o denominado multiculturalismo, notadamente nas questões sobre direitos humanos e direitos fundamentais. Torna-se necessário incluirmos aqui uma definição que possa diferenciá-lo em relação ao que chamamos de interculturalismo.

Principiando pela etimologia, quando fazemos referência a multiculturalismo e interculturalismo, temos a agregação de dois prefixos e um sufixo ao vocábulo cultural, que, por sua vez, é adjetivo derivado do substantivo "cultura". O sufixo "ismo",

comum às duas palavras, provém do grego *ismós*, sendo designativo de crença, escola, sistema, conformação ou origem. O prefixo "multi" tem origem no latim *multu*, e exprime a idéia de muito, de muitas vezes. Por último, o prefixo "inter", também de origem latina, denota posição intermédia.

Considerando a conexão sintática e a dimensão semântica dos termos envolvidos e tendo em vista o aspecto léxico, poderíamos afirmar que multiculturalismo seria um sistema de compreensão da existência de uma multiplicidade de culturas, ao passo que o interculturalismo denotaria a idéia de um sistema entrelaçador de culturas, estabelecendo necessários influxos entre elas.

O termo mais utilizado para designar o debate em torno da diversidade cultural é multiculturalismo. Sob a bandeira do multiculturalismo, erigem-se muitos movimentos emancipatórios de defesa dos direitos humanos, de defesa da preservação da diversidade cultural contra a supressão das identidades culturais pela globalização e por outros fenômenos (movimentos de preservação de tradições, movimentos de preservação das culturas indígenas), de inclusividade social não incorporativa (acesso à cidadania libertária sem destruição da cultura diversa – caso da população muçulmana na União Européia) etc. (Eagleton: 2001, *passim*; Habermas: 2002, p. 107-136; Julios-Campuzano: 2002, p. 18-21; Santos: 2002, p. 51-55; Boneu: 2002, p. 198-199).

A partir da utilização corrente da referida palavra, há uma tendência a compreender o seu significado de duas formas: por um lado, como um fato, uma expressão que registra a existência de uma multiplicidade de culturas; por outro, como um valor, implicando uma política de reconhecimento das diversas culturas. Este reconhecimento resultaria, para alguns autores, em uma exigência de que todas as culturas não somente mereçam respeito (como na perspectiva pluralista), mas um mesmo respeito, pela razão de que para o multiculturalismo todas as culturas teriam igual valor. Tal isonomia axiológica é criticada veementemente por Sartori, para quem se é atribuído igual valor a todas as culturas, isso equivale a um relativismo absoluto que destrói a noção mesma de valor ("se tudo vale, nada vale") (Miguel: 2001, p. 7; Wrong: 1997, *passim*).

A referida isonomia axiológica faz com que o multiculturalismo possa incorrer no perigo de propiciar a sua própria destruição. Ao igualar, por exemplo, uma cultura fundamentalista a uma cultura pluralista e democrática, pode-se permitir a supressão desta última pela primeira, no que parece correta a crítica de Sartori ao multiculturalismo (ao menos se entendido dessa maneira). O multiculturalismo poderia ser, portanto, autofágico.[4]

Entretanto, a crítica exarada ao multiculturalismo não pode, como advertem Höffe, Davutoglu e Bidart Campos, resultar em um universalismo cultural, no sentido de que uma concepção cultural, por ser considerada axiologicamente superior, deva ser unilateralmente imposta a populações com tradições culturais distintas, na medida que um projeto emancipatório de diálogo permanente entre culturas diferentes precisa estar assentado na idéia cosmopolita que denominamos aqui de interculturalismo (cf. Höffe: 2000, p.172; Davutoglu: 2004, p. 103; Campos: 2004, p. 331-333).

Interculturalismo significa, mais do que a idéia de posição intermédia, a impossibilidade da exclusão cultural, protegendo o diálogo entre culturas, somente possível em uma perspectiva aberta e includente. A nossa preferência por utilizar a expressão interculturalismo em vez de multiculturalismo está fundamentada precisamente na defesa desse diálogo intercultural. Este, a

seu turno, fomenta o reconhecimento das limitações de cada uma das culturas e a aproximação entre elas para pensarem o seu próprio desenvolvimento a partir de contribuições recíprocas. O vocábulo multiculturalismo pode ensejar a compreensão de que, embora exista uma multiplicidade de culturas, o diálogo entre as mesmas nem sempre é possível e desejável, podendo resultar em um hermetismo cultural excludente. Já a expressão interculturalismo propicia a inclusão do debate entre as culturas como algo indispensável. Não estabelece nenhuma isonomia axiológica, mas considera o diálogo intercultural uma premissa fundamental.[5]

A partir dessas considerações, podemos justificar nossa opção terminológica que, embora não seja dominante, possui importantes adeptos. O diálogo intercultural, por exemplo, é salientado por autores como Boaventura de Sousa Santos (embora este utilize com maior freqüência o vocábulo multiculturalismo) e Otfried Höffe (este fazendo uso do vocábulo "intercultural") (Santos: 2003, *passim*; Höffe: 2000, *passim*). Tratando do problema das migrações e políticas de identidade cultural, Zamagni propõe uma teoria que denomina de "modelo de integração intercultural" (Zamagni: 2002, p. 24ss.). Tully faz uso explícito da palavra inglesa *interculturalism* para designar a interação dialógica entre as diversas culturas, analisando os desafios do constitucionalismo diante deste interculturalismo (Tully: 1995, *passim*).

Percebe-se que a perspectiva dialógica é insistentemente repetida quando se fala em interculturalismo, não acontecendo o mesmo com o multiculturalismo. E é o diálogo intercultural e aberto um dos fundamentos de uma teoria intercultural da constituição, o que inevitavelmente pressupõe, teórica e filosoficamente, o racionalismo crítico das sociedades abertas de Karl Popper e a hermenêutica diatópica de Raimundo Pannikar e Boaventura de Sousa Santos (Popper: 1987a, *passim*; Popper: 1987b, *passim*; Popper: 2001, *passim*; Santos: 2003, *passim*).

## 2. A Inserção do Interculturalismo na Constituição: Entre Diversidade e Homogeneidade

A cultura objetiva de que fala Heller é comumente tratada pelos textos constitucionais contemporâneos. Tais previsões constitucionais denotam uma permanente preocupação constituinte com a temática cultural, pretendendo sedimentar uma espécie de "multiculturalismo interno", com o reconhecimento da existência da diversidade de nações em um mesmo território estatal, mas, por outro lado, tentar manter uma espécie de "unidade na diversidade", com a manutenção de uma unidade em torno do Estado, apesar da diversidade nacional efetivamente existente. Obviamente existem outras razões para que essas normas constitucionais estejam presentes no ordenamento jurídico, porém, concentrar-nos-emos apenas na discussão diversidade-homogeneidade, que é a que se afigura relevante para este ensaio.

Os Estados ocidentais têm tratado da cultura em diversos dispositivos constitucionais, a ponto de autores como Häberle falarem na existência de um direito constitucional da cultura (Häberle: 2000, p. 28). Direta ou indiretamente, as constituições tratam da cultura e dispõem acerca da diversidade e homogeneidade culturais. Em virtude da perspectiva do interculturalismo entre as realidades européia e americana, são perceptíveis alguns exemplos constitucionais da nossa afirmativa em ambos os continentes.

Em se tratando de países vinculados à União Européia, comecemos pelo exemplo alemão. Logo no preâmbulo de sua Lei Fundamental, os alemães incorporam

a idéia da simbiose entre homogeneidade e diversidade, ao estabelecerem que a unidade e a liberdade da Alemanha estão consumadas pelos alemães dos Estados de Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein e Thüringen. Um aspecto de homogeneidade encontra-se presente na idéia de unidade alemã, ao passo que a diversidade é configurada pela adoção das identidades culturais estaduais (a partir do federalismo como forma de Estado) como referência às diferenças efetivamente existentes entre os alemães e o respeito às mesmas (consagrado na vedação a modificações da Lei Fundamental que afetem a estrutura federativa da República alemã – art. 79 (3)), sem que isso implique uma subversão da unidade do povo alemão.

Na Espanha, a simbiose entre homogeneidade e diversidade ocorre em afirmativas constitucionais como as dos arts. 2o. e 3o. da Carta de 1978. Nos referidos artigos, estabelece-se como fundamento da Constituição a unidade indissolúvel da nação espanhola, tida como pátria indivisível de todos os espanhóis (art. 2o.) e impõe-se o castellano como língua oficial do Estado e obrigatória para todos os cidadãos da Espanha (art. 3o., 1). Aqui se nota uma busca de homogeneidade espanhola, que é relativizada pelo reconhecimento do direito à autonomia das nacionalidades e regiões da Espanha (art. 2o.), assim como a oficialidade das demais línguas nas respectivas Comunidades Autônomas (art. 3o., 2), ainda reconhecendo que a riqueza das diferentes modalidades lingüísticas da Espanha é um patrimônio cultural objeto de especial respeito e proteção (art. 3o., 3). Reconhece-se assim constitucionalmente uma diversidade intercultural (cf. Pedro: 1995, *passim*; Häberle: 1996a, p. 52-58).

A Constituição italiana de 1947 assemelha-se bastante com a espanhola no que diz respeito à simbiose diversidade-homogeneidade. No seu art. 5o., proclama a unidade e indivisibilidade da república (homogeneidade), mas no mesmo dispositivo, reconhece e promove as autonomias locais, estimula nos serviços estatais a descentralização administrativa e procura harmonizar os princípios e métodos da legislação da república com as exigências da autonomia e da descentralização. A proteção às minorias lingüísticas dispensada pelo art. 6o. também configura um reconhecimento da diversidade cultural italiana (Häberle: 1996a, p. 56).

No direito constitucional francês a perspectiva de homogeneidade é bem mais fortalecida pelo fato de que não há os regionalismos existentes na Alemanha, na Espanha e na Itália. A França é um Estado unitário e a referência constitucional a um "povo francês" supõe uma unidade cultural e política diversa da existente nos exemplos anteriores. Apesar disso, a diversidade não está excluída, pois deve ser registrada a existência das coletividades territoriais previstas nos arts. 72 e seguintes, com a previsão de autonomia administrativa e autorização para a adoção de regime legislativo e organização administrativa próprios à situação específica de cada uma delas, no caso dos departamentos ultramarinos. Entretanto, somente com a abertura à União Européia, a França estabelece constitucionalmente uma interculturalidade pouco perceptível internamente.

O caso do Reino Unido é paradigmático e especialíssimo. Pela peculiaridade do seu sistema constitucional, sobretudo com a ausência de uma constituição codificada e considerada hierarquicamente superior às demais normas oriundas do Parlamento, os britânicos convivem com uma curiosa interculturalidade entre as quatro nacionalidades existentes, com uma

predominância dos ingleses em relação aos galeses, escoceses e norte-irlandeses. Historicamente a Inglaterra anexou o País de Gales no séc. XIII, formalizando uma união com o *Act of Union* de 1536. Em relação à Escócia, mediante sucessão dinástica, as coroas inglesa e escocesa estiveram unidas a partir de 1603, com a formalização da união somente em 1707 com a aprovação de um *Act of Union*. Com a Irlanda há uma união formal a partir do *Ireland Act* de 1800 que, todavia, foi sempre questionado pelos irlandeses, a ponto de parte da Irlanda ter se separado do Reino Unido e constituído uma república, ao passo que a outra parte (Irlanda do Norte) permanece unida à Grã-Bretanha. A homogeneidade é consideravelmente mitigada pelo forte nacionalismo subsistente, o que faz com que a preponderância da Inglaterra como fator de unidade britânica seja atenuada por iniciativas autonômicas do Parlamento de Westminster, com destaque para os Atos de 1998 (*Scotland Act, Government of Wales Act*) que permitiram a criação de assembléias parlamentares na Escócia e no País de Gales, além do restabelecimento (ainda que conturbado e com eventuais retrocessos) do Parlamento da Irlanda do Norte. As referidas nacionalidades ainda mantêm representação minoritária no Parlamento de Westminster, o que faz do peculiar constitucionalismo britânico um espaço de notável diversidade intercultural, embora profundamente problemática (cf. Hill: 2002, p. 56; 246-250; Hill: 2001, p. 686-688; Winetrobe: 2004, *passim*; McCrudden: 2004, *passim*; Bradley: 2004, p. 49-53; Barendt: 1998, *passim*).[6]

No caso americano, convêm destacar o interculturalismo presente nas constituições da Argentina e do Brasil, Estados de maior importância no Mercosul. Em ambos, o federalismo é a característica intercultural mais importante, apesar de não ser a única.

Na Argentina a descentralização existente anterior à Constituição de 1853 permite o surgimento de um federalismo com características muito próximas às dos Estados federais de tendência descentralizante, como os EUA e a maioria dos europeus.[7] Ao formarem uma Confederação Argentina, as Províncias Unidas do Prata conservam seus poderes soberanos, somente abdicados depois das reformas instituidoras da "Constituição da Nação Argentina". Ainda assim predomina a idéia do federalismo centrífugo, em que as províncias mantêm todos os poderes não expressamente delegados ao poder central, apesar do aumento dos poderes do governo federal a partir do peronismo, o que, na visão de alguns, descaracterizaria o federalismo argentino como centrífugo. Porém, tendo em vista a presença histórica de uma forte cultura independentista local, a Constituição argentina promove as províncias ao estabelecer textualmente as suas competências materiais e legislativas (com a previsão de competência até para a celebração de "tratados" entre províncias), presentes nos arts. 5o., 7o., 8o., 12, 13 e 121 a 129 (Segado: 2003, p. 1180-1181; Dalla Vía: 2004, p. 651ss.; Silva: 2000, p. 142-143; Baracho: 1986, p. 209-212). Com o federalismo, dá-se a preservação da diversidade.

Em relação ao Brasil, as identidades culturais regionais não se mostram tão relevantes em termos institucionais. A tendência centralista é culturalmente predominante, na medida em que, não só o colonizador português, mas o próprio Estado brasileiro independente a partir de 1822, não aceita, nem cogita a idéia federalista. Somente com o advento da República em 1889 e por influência de Rui Barbosa, inspirado no modelo norte-americano, é adotada a forma federativa no Brasil, ainda assim um federalismo artificial, sem ter por fundamento a autonomia dos Esta-

dos-membros, mas a decisão descentralizadora ocasional do próprio poder central. Em maior ou menor grau, as constituições brasileiras não têm permitido a descentralização e a autonomia necessárias para o desenvolvimento de uma diversidade federalista, como ocorre em outros países. Mesmo dispositivos como o atual art. 25, par. 1o., tornam-se anacrônicos diante da hipertrofia de competências enumeradas atribuídas à União, com algumas outras competências expressamente atribuídas aos Municípios, sobrando pouco ou quase nada aos Estados-membros.

Apesar da permanência de uma cultura institucional da homogeneidade centralizadora, alguns avanços em termos de diversidade são perceptíveis na atual Carta brasileira. Além de uma maior autonomia estadual em relação à que existia na Constituição de 1967, a diversidade em termos de pluralidade jurídica é reconhecida também no que diz respeito ao tratamento dispensado aos índios que têm na Constituição de 1988 a Carta que mais lhes outorga direitos, com um grau relativamente elevado de autonomia, permitindo um certo grau de diversidade intercultural institucionalizada com garantias relativas à sua organização social, costumes, línguas, crenças, além do direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, com o acréscimo das áreas necessárias à sua preservação (arts. 231 e 232).

Como se percebe por mais que se almeje uma certa homogeneidade cultural, a diversidade termina por ter que ser reconhecida constitucionalmente. Esse reconhecimento só é possível a partir de uma perspectiva intercultural que permita o diálogo entre as culturas institucionais e a solução dos problemas oriundos da diversidade multicultural. A questão da diversidade tornar-se-á mais complexa com os processos de integração interestatal, mas por ora tal complexidade não será abordada.

## 3. A Constituição como Produção Cultural

Antes de tudo é necessário notar que não somente a homogeneidade e a diversidade culturais estão presentes na constituição de um Estado, mas que esta última é, em verdade, um produto da cultura existente, ou seja, como o direito em geral, a constituição é uma produção cultural. O direito constitucional, portanto, possui um fundamento cultural.

Para entender a constituição como produção da cultura político-jurídica de um determinado povo, é necessário compreender o próprio fundamento cultural do direito (Vilanova: 2003, p. 33ss.). É interessante trazer à tona a concepção desenvolvida pelo Professor espanhol Ruiz Miguel. Com uma proposta decisionista diferente da schmittiana, o referido mestre define o direito como uma decisão política com pretensões éticas, articulada em forma normativa. Tal concepção tem por base a fenomenologia política de Julien Freund, para quem o direito é uma dialética entre a política e a ética. Ruiz Miguel alarga esta conceituação, defendendo que o direito não é qualquer dialética entre a política e a ética, mas somente aquela formulada em termos normativos, ou seja, a dialética entre a política, a ética e a lógica (Miguel: 2001, p. 7-9).

Por ser de inspiração hobbesiana a referida concepção decisionista pressupõe para a política a relação mandamento-obediência. Contudo, a coação física, por si só, é insuficiente para preservar o poder político. A eficácia duradoura do mesmo só ocorre se o dito mandamento se apóia em um substrato cultural que se convença da justiça da causa, dependendo uma política duradoura sempre de um assentamento cultural. Em sendo o direito a articulação normativa dessas relações, a base cultural do direito parece inequívoca.

A constituição é parte do direito, é espécie do gênero norma jurídica. Se o direito possui fundamento cultural, assim também ocorre com a constituição, que se coloca como a norma suprema no interior de um ordenamento jurídico estatal. Justamente por ser direito, a constituição também é cultura. Em sendo produto da cultura, afigura-se adequada a concepção interculturalista de Häberle, para quem a constituição não se limita a ser somente um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, mas a expressão de um determinado grau de desenvolvimento cultural, um meio de auto-representação de um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos (Häberle: 2000, p. 34).[8]

Esta premissa häberleana permite a compreensão de muitos dos textos constitucionais e seus desdobramentos com fundamento no *statu quo* cultural de cada Estado constitucional. Existe, é claro, um patrimônio comum em termos de cultura constitucional (direitos fundamentais, separação de poderes, supremacia da constituição etc.),[9] mas neste momento interessa-nos demonstrar como as constituições específicas de cada Estado podem ser produção cultural do povo deste mesmo Estado. Nos mesmos exemplos do ponto anterior, pode-se perceber o acerto da tese de Häberle. Vejamos, principiando pelos países da União Européia.

Na terra natal do citado autor, a diversidade reconhecida pela *Grundgesetz* (Lei Fundamental) tem por fundamento a tardia formação da Alemanha enquanto Estado nacional. A unificação alemã só se dá em 1871, sendo até então um amontoado de pequenos Estados que terminam por subsistir, em sua maioria, como Estados-membros da federação alemã. Estes mantêm uma forte identidade cultural, possuindo dialetos e tradições próprias, identidade relativizada com o pangermanismo do IIIo. *Reich*, mas retomada na Constituição de 1949, figurando, aliás, como cláusulas imodificáveis (até mesmo pelo direito comunitário, de acordo com o Tribunal Constitucional Federal) por meio de reforma da Constituição (Rogeiro: 1996, *passim*). Entretanto, a nova divisão da Alemanha em Estados-membros prescinde, em boa medida, de uma equivalência aos Estados alemães históricos, tendo sido na maior parte das vezes, criação casuística das potências ocupantes daquele tempo, criando nova tradição histórico-cultural, contrabalançando homogeneidade e diversidade (Hesse: 1999, p. 182).

Na Espanha a predominância cultural da região de Castilla y León faz com que o idioma oficial seja o castellano, mas a concreta existência da diversidade regional faz com que a Constituição seja obrigada a reconhecer as demais culturas e mesmo a pluralidade lingüística. Na Itália dá-se fenômeno semelhante, apesar de não podermos falar de uma predominância cultural de uma determinada região nos mesmos moldes do caso espanhol.

Em relação ao exemplo francês, a cultura político-jurídica produz uma maior homogeneidade, com raízes na consolidação de uma unidade nacional francesa, ocorrida bem antes de casos como a Alemanha e a Itália. Isso gera uma identidade cultural que permite o surgimento de normas constitucionais mais unificadoras, desconsiderando em boa parte o aspecto da diversidade, já que a relativa homogeneidade social e cultural propicia uma constituição mais uniformizadora em termos interculturais.

No Reino Unido, mais do que em qualquer outro país, a constituição é produção cultural. Classificada como constituição histórica, a Carta britânica remonta aos tempos medievais, com a outorga da *Magna Charta Libertatum*, em 1215, e é composta de inúmeras outras declarações

de direitos e atos do Parlamento que configuram na cultura político-jurídica britânica a Constituição do Reino Unido. A predominância da Inglaterra é suavizada com a aceitação da diversidade de sistemas jurídicos (Inglaterra e País de Gales seguem o sistema do *common law*, ao passo que Escócia e Irlanda do Norte não o fazem) e também de autonomia legislativa para as nacionalidades diversas da inglesa (David: 1998, p. 281; Hill: 2002, p. 246-250).

Nos exemplos dados do caso americano, as constituições da Argentina e do Brasil são conformadas da maneira que estão em boa medida pela cultura político-jurídica nacional de cada um deles. A conformação das instituições federais argentinas de modo mais descentralizada que no Brasil corresponde à tradição cultural de maior autonomia para as unidades federativas da Argentina, o que não ocorre no Brasil, país onde a cultura centralista é muito mais forte e que o federalismo instituído nada mais é do que uma tentativa oficial de atenuar este espólio cultural.[10] No caso do tratamento dado aos indígenas pela Constituição brasileira, corresponde este a uma luta histórica dessas populações, quase extintas, pelo reconhecimento do direito à autopreservação cultural, consolidando na cultura político-jurídica brasileira o entendimento de que os índios possuem de fato tal direito.

É necessário percebermos que a relação entre constituição e cultura é essencialmente dialética. Tanto a constituição é produção cultural, como a cultura também pode ser produzida a partir da constituição. Com o advento dos fenômenos constitucionais é que se torna possível a existência de culturas constitucionais, assim como também as constituições são produzidas a partir de influxos político-culturais iluministas e liberais, com uma abertura posterior ao ideário social. E isso tem conseqüências importantes para a teoria da constituição, como veremos.

## 4. A(s) Teoria(s) da Constituição como Teoria(s) Cultural(is)

Com a inter-relação entre constituição e cultura através de seus influxos recíprocos, as teorias da constituição, que surgem com a finalidade de investigar e estabelecer uma compreensão adequada do fenômeno constitucional, são também autênticas teorias culturais.[11] Teóricos conhecidos já investigam a constituição a partir do referencial cultural, como Peter Häberle, com a sua *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (teoria da constituição como ciência da cultura), e Pablo Lucas Verdú, com a *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. Aliás, este último autor faz interessantes estudos acerca dos pressupostos culturais da teoria da constituição em investigações sobre as doutrinas de Kelsen e Schmitt (cf. Verdú: 1989a; 1989b; 1990; 1998; Häberle: 2000).

Em princípio, é importante reconhecermos a existência de várias teorias da constituição, embora geralmente a alusão às mesmas seja feita no singular. Ainda que a maioria delas (sobretudo as teorias clássicas) tenha pretensões de universalização, não há em nenhuma das mesmas, dimensões suficientes para que se possa falar em uma única teoria da constituição. Há, em verdade, teorias da constituição.

Se a constituição é um produto da cultura, as teorias da constituição também o são. Além disso, é possível perceber, assim como nas relações entre constituição e cultura, que as teorias da constituição também produzem uma cultura constitucional. No momento, importa ressaltar o papel dessas teorias enquanto teorias culturais. Para isso, torna-se necessária a percepção dos influxos interculturais entre as teorias da constituição como produção cultural e as culturas constitucionais que, a seu turno, são produtos do constitucionalismo enquanto fenômeno e das teorias da cons-

tituição, tanto no seu aspecto epistemológico, como também no próprio aspecto ideológico.

Até o século XIX não há teoria da constituição. O que existe são teorias que fazem referência à constituição.

Assim podemos falar nos antecedentes da teoria da constituição em Atenas, na empreitada aristotélica de compilar mais de cem constituições das diversas *polis* gregas e de estabelecer princípios e diretrizes de uma estruturação política mais adequada à realização da idéia de "justa medida". Aristóteles não somente é, como afirma Verdú, precursor do direito constitucional comparado, mas antecipador da teoria da constituição como teoria cultural (Verdú: 1998, p. 23). A inter-relação entre a realidade da *polis* e as propostas para um melhor e mais justo funcionamento da mesma é uma constante na obra do estagirita, na medida em que, por um lado, busca dados histórico-culturais como a aversão dos gregos a todo tipo de poder concentrado e arbitrário e a devoção à justiça isonômica, e por outro, tenta conformar a *polis* a partir destes pressupostos de ordem cultural com proposições filosófico-políticas que incluem a temporalidade dos mandatos e a separação de poderes (Aristóteles: 1998, p. 177ss.; Loewenstein: 1964, p. 155-156; Saldanha: 2000, p. 15).

As idéias de Aristóteles passam com o decorrer dos séculos a fazer parte do patrimônio cultural-institucional do ocidente. Não é diferente quando tratamos de teoria da constituição enquanto teoria cultural. Os fragmentos de teoria da constituição do período da Ilustração têm em Aristóteles sua referência mais remota.

O período iluminista da História ocidental é particularmente rico em idéias acerca do significado, função e finalidade da constituição, embora Locke, Rousseau, Montesquieu, Hamilton e Sieyès não tenham feito nenhuma teoria da constituição em termos sistemáticos. A teoria da constituição encontra-se nesses autores diluída por questões políticas tidas como mais relevantes.[12]

Entretanto, as referidas questões políticas são discutidas em um ambiente cultural propício ao surgimento de entendimentos sobre a constituição como instrumento de governo que limite o poder político em favor dos direitos fundamentais dos cidadãos. O art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é oriundo dos debates políticos anteriores ao período revolucionário francês, notadamente da influência de Montesquieu que, assim como Aristóteles, partindo de dados histórico-culturais concretos, conclui pela necessidade de desconfiança do poder, propondo uma permanente vigilância através dos freios e contrapesos existentes no sistema de separação de poderes. Influenciado pela cultura do racionalismo ocidental a partir de Descartes, procura estabelecer propostas igualmente racionais de controle do poder político que, por sua vez, influenciam a posterior formação de uma cultura política liberal que termina por exprimir-se nas constituições então insurgentes. Também as idéias democráticas de Rousseau influenciam estas últimas, embora a teoria rousseauniana não contenha a mesma base e dimensão sociológica da teoria de Montesquieu (Montesquieu: 1996, p. 166-167; *passim*; Rousseau: 1995, *passim*).

O conhecido abade francês Emmanuel Sieyès constrói sua famosa obra sobre o "Terceiro Estado" tendo em vista o processo revolucionário a partir de 1789, do qual o referido pensador é partícipe e observador ao mesmo tempo. Diferentemente dos dois autores pré-revolucionários aludidos no parágrafo anterior, Sieyès é contemporâneo da Revolução Francesa e das constituições que surgem durante a última década do século XVIII. Já podendo analisar constituições como objetos de es-

tudos específicos, o abade francês articula mais efetivamente esboços teóricos especificamente constitucionais, particularmente criando uma teoria do poder constituinte e trabalhando as idéias de representação política e de organização de um controle de constitucionalidade das leis (Sieyès: 1997, *passim*; Fayt: 1995, p. 47ss.; Baracho: 1979, p. 17).

No trabalho de Sieyès, também se percebe os influxos interculturais. Na medida da afirmação social dos valores propalados pela célebre revolução, o pensador francês constrói uma teoria fundamentada nos mesmos, ou seja, influenciada pelos valores da cultura iluminista presentes no constitucionalismo de então. Por outro lado, suas idéias influenciam o desdobramento posterior da teoria do poder constituinte e, em menor gradação, das demais teorias aludidas.

Entretanto, em termos concretos, somente no final do século XIX é que temos os primeiros esboços de sistematização da teoria da constituição, assim mesmo ainda diluídos em teorias do Estado e do direito, ou ainda, em teorias nacionais da constituição. Vejamos.

Em relação a teorias nacionais da constituição, merece referência o constitucionalismo anglo-americano. No caso britânico, o exemplo mais conhecido é a obra paradigmática do direito constitucional do Reino Unido, de autoria de Albert Dicey e intitulada "Introdução ao Estudo do Direito da Constituição" (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*), cuja primeira edição data de 1885. Nestes escritos, o famoso constitucionalista inglês traça as linhas mestras de uma teoria da constituição britânica, notadamente com a consolidação teórica de uma cultura constitucional muito peculiar, na qual se inclui desde o tratamento dado aos direitos e garantias individuais expressos nas diversas declarações de direitos até as regras institucionais que remontam à histórica resistência ao absolutismo, consubstanciada na doutrina da supremacia/soberania do Parlamento, além da presença de diferenciações teóricas importantes para a compreensão do constitucionalismo do Reino Unido, como a distinção entre direito da constituição (*law of the constitution*) e convenções constitucionais (*constitutional conventions*) (Dicey: 1982, p. cxl; *passim*; García-Pelayo: 1999, p. 309-310; Galindo: 2003b, p. 308-310).[13] Registre-se que a Constituição britânica por si só já é profundamente cultural, sendo muito mais consolidação de tradições culturais multisseculares do que obra de legisladores supostamente racionais, o que faz com que a teoria da constituição, no Reino Unido, também seja igualmente peculiar e demasiado específica para se tornar universalizável.

Em relação aos EUA, também se constrói uma teoria nacional da constituição. A originalidade norte-americana se dá em muitos aspectos: antes de tudo, nas idéias expostas no "Federalista", base da Carta de 1787, e na jurisprudência da Suprema Corte, principalmente no famoso caso *Marbury v. Madison* (1803), no qual o *Chief Justice* Marshall formula o princípio do controle judicial da constitucionalidade das leis (conhecido como *judicial review*), opondo à idéia britânica de supremacia do Parlamento a idéia de supremacia da constituição, cujo defensor terminaria por ser a Suprema Corte (Hamilton, Madison & Jay: 2003, *passim*; Tocqueville: 1998, p. 170ss.; Saldanha: 2000, p. 65-66; Streck: 2002, p. 261-272; Vieira: 2002, p. 63-66; Cooley: 2002, p. 34-35). Apesar de ainda vinculado ao sistema jurídico do *common law*, o direito constitucional norte-americano se desenvolve de modo diverso e é construída uma cultura constitucional própria, que tem em Thomas Cooley o seu primeiro sistematizador a partir de obra publicada pela primeira vez em 1880 e intitulada

"Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América" (*The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*). Ainda que, como afirma Saldanha, defina a constituição em termos excessivamente genéricos, o célebre autor sedimenta em termos sistemáticos os principais temas para uma teoria norte-americana da constituição a partir dos influxos recíprocos entre a ainda jovem cultura política dos EUA, a prática constitucional e a teoria da constituição (Cooley: 2002, *passim*; Saldanha: 2000, p. 67). Mais racionalista do que o modelo britânico, mas também muito particularizada, tal teoria é também essencialmente uma teoria nacional despida de pretensões universalizantes.

As primeiras tentativas sistematizadoras mais generalizantes provém de teóricos do Estado, cabendo um destaque no século XIX a Georg Jellinek. No último ano do referido século, Jellinek publica a primeira edição de sua célebre "Teoria Geral do Estado" (*Allgemeine Staatslehre*), obra em que dedica capítulo a esboçar de forma substantiva uma teoria da constituição do Estado, a partir de uma análise do histórico do constitucionalismo e dos conceitos, conteúdos e classificações das constituições.

A obra de Jellinek, como se pode perceber do título, é fundamentalmente voltada à análise do Estado, delimitação epistemológica relativamente comum no ambiente teórico-constitucional germânico de então. Tal delimitação é particularmente compreensível, tendo em vista ser a Alemanha do final do século XIX um Estado recentemente unificado e a própria noção de constitucionalismo está bastante associada às formas de Estado das monarquias constitucionais do referido século, como destaca Kirsch (2002, p. 198). Pela insurgência das categorias constitucionais na Alemanha unificada, os autores, sobretudo os de influência hegeliana, preferem discutir as questões referentes ao Estado, incluindo nelas as da constituição. Contudo, ao traçar análises constitucionais histórico-comparativas, Jellinek constrói uma teoria da constituição que transcende as fronteiras alemãs. A cultura filosófica alemã, com o considerável legado de Kant e Hegel, permite a autores como Jellinek uma maior condição de pensar teorias mais abstratas, distanciando-se de modelos concretos e específicos e procurando estabelecer premissas universalizáveis, o que se torna possível justamente pela maior abstração propiciada por essa cultura.[14] Elaborar teorias "gerais" do Estado é mais apropriado pelo fato de ser uma categoria mais familiar à cultura política germânica do que a constituição, além de ser um pressuposto para a afirmação do Estado alemão enquanto Estado nacional, tendo em vista o fato da Alemanha ser o que Habermas chama de "nação tardia", fazendo alusão à unificação alemã. Mais do que qualquer outra coisa, a Alemanha precisa afirmar-se enquanto Estado nacional e o debate teórico recebe a influência desse fato e surgem entre o fim do século XIX e as primeiras décadas do século XX várias teorias do Estado (Jellinek: 2000, p. 457-485; *passim*; Habermas: 2002, p. 81).

Seguindo o caminho de Jellinek, Kelsen e Heller também propõem teorias do Estado e discutem nelas a constituição.

O autor da "Teoria Pura do Direito" publica, antes mesmo de sua obra mais conhecida, uma "Teoria Geral do Estado" (1925). Nesta busca analisar o Estado enquanto ente jurídico, mas não descura da constituição. A *Stufenbautheorie*, pensada a partir da idéia da pirâmide jurídica, começa a ser formulada em termos mais sólidos, em uma perspectiva positivista lógico-formal, consagrada posteriormente na sua doutrina "pura" (Kelsen: 2002, p. 414-425; Kelsen: 1984, p. 309-313).

Pelo seu rigor metodológico e pela explícita proposta de depurar do direito todos os elementos que lhes sejam estranhos, o Mestre de Viena constrói uma teoria aparentemente dissociada de fatores histórico-sociológicos momentâneos, chegando a uma doutrina quase matematizante do direito, ou o que Leibholz afirma, uma "geometria do fenômeno jurídico". A perspectiva lógico-formal do direito e da constituição de Kelsen faz com que sua teoria seja suficientemente abstrata para que se coloque como "pura", estando ausentes dela todos os elementos metajurídicos, e dentre estes poderia ser incluído o elemento cultural.

Todavia, as teorias kelsenianas do Estado, do direito e da constituição também são teorias culturais. Todo o pensamento positivista de Kelsen está permeado pela cultura racionalista do ocidente. Não se pode olvidar que Kelsen é um neokantiano e que sua linha doutrinária positivista é um desdobramento da tradição racionalista cartesiana, com a crença iluminista na razão e a secularização de elementos culturais judaico-cristãos (Verdú: 1990, p. 18ss.).

Por si sós, as características apontadas demonstram que a teoria kelseniana é evidentemente uma teoria cultural. Contudo, dá-se com ela um fenômeno curioso. Como afirma Verdú, passando pelo "quietismo" político do período imperial e pela efervescência político-social weimariana, a teoria pura e toda a sua parafernália não se coadunam com a cultura do referido período (Verdú: 1989b, p. 44). Ao contrário das demais, temos em Kelsen uma teoria cultural, mas ao mesmo tempo uma teoria distante dos eventos culturalmente importantes do ambiente político-jurídico do seu tempo.

Heller também utiliza a mesma metodologia de Jellinek e Kelsen no que diz respeito à acuidade para com a teoria do Estado, incluindo nesta a discussão acerca da constituição. Porém, ao contrário do que ocorre na teoria de Kelsen, os pressupostos sócio-políticos se afiguram como fundamentais na teoria helleriana, sendo explícita nesta a referência cultural. Heller, ao propor a síntese dialética do ser e do dever ser, da normalidade e da normatividade, é profundamente influenciado pelos acontecimentos culturais das décadas de 20 e 30 do século passado, o que o leva, como vimos, a criticar veementemente tanto a visão kelseniana, como a perspectiva schmittiana (Heller: 1998, p. 23).

Schmitt e Smend, em posições teóricas distintas, são os autores que escrevem as primeiras grandes obras especificamente voltadas à análise da constituição no ambiente germânico.

Diametralmente oposta à idéia de Kelsen, a proposta teórica schmittiana é profundamente cultural e contemporânea da época em que é redigida e publicada. Schmitt inova substancialmente ao propor uma teoria da constituição de maneira autônoma em relação à teoria do Estado, rompendo com a tradição presente em autores como Jellinek, Kelsen e Heller. A *Verfassungslehre* schmittiana consegue estabelecer uma notável sistematização epistemológica da constituição. Mas, mais do que isso, Schmitt desenvolve uma concepção de constituição que fica conhecida como decisionista. Esta, notadamente marcada pelo aspecto político-existencial em detrimento do normativo, é produto de uma espécie de contracultura constitucional, na medida em que Schmitt se coloca como profundo crítico da cultura política demoliberal. A contracultura constitucional que Schmitt intenta construir é produzida a partir de uma cultura política insurgente das crises da República de Weimar, crises do modelo político demoliberal, crescentemente rejeitado na época em que paulatinamente regimes autocráticos

ascendem (Schmitt: 1996, *passim*; Verdú: 1989a, *passim*).

Além dos pressupostos culturais da época weimariana, pode-se perceber no decisionismo de Schmitt alguns elementos político-culturais mais remotos. Sua perspectiva autoritária decorre de um pessimismo antropológico de matiz maquiavélico-hobbesiana (Verdú: 1989a, p. 54-55). A cultura política contratualista-autocrática do absolutismo, que tem em Hobbes um de seus principais corifeus, influencia a visão decisionista na medida em que antes de ser norma, a constituição é decisão política, e a política é calcada na dicotomia metodológica e politológica amigo/inimigo, cabendo àquele que detém o poder de decisão decidir, nos momentos extremos, quem é quem (Schmitt: 2002, p. 58ss.; Verdú: 1989a, p. 56).[15]

Smend é outro autor que deixa de tratar da constituição como parte da teoria do Estado e passa a fazê-lo de maneira autônoma. Mas as semelhanças com Schmitt aí se limitam. Não há em Smend, como vimos, uma sistematização epistemológica ou uma teoria que se caracterize como crítica à cultura política demoliberal. Ao contrário, transparece na obra smendiana uma preocupação com a corrosão desta cultura na República de Weimar e a idéia de enxergar a constituição como fator de integração vem precisamente como tentativa de salvar a democracia e o Estado de direito.[16] A articulação norma-realidade, tal como na obra de Heller, permite o afastamento do positivismo lógico-formal e do decisionismo, estabelecendo uma postura teórica intermédia entre os extremismos kelseniano e schmittiano.

Em Smend não somente a cultura política demoliberal influencia a sua teoria integracionista da constituição, como esta é uma tentativa de salvação daquela em um ambiente crescentemente autoritário e ameaçador das instituições democráticas. O caráter integrativo da constituição permite que esta seja fator de renovação democrática contínua da organização fundamental da sociedade, o que, por sua vez, permitiria uma igualmente contínua abertura constitucional ao desenvolvimento cultural. Em virtude disso, a obra de Smend termina por ser precursora da idéia de constituição aberta de autores como Häberle que explicitamente fazem referência a Smend (cf. Häberle: 1996b, p. 10; Häberle: 1996a, p. 123; Verdú: 1993a, p. 48).

O dirigismo constitucional de Canotilho, por sua vez, é produto de uma cultura constitucional já profundamente influenciada pela idéia de Estado social. A teoria da constituição dirigente é essencialmente uma teoria da constituição do Estado social. A desconfiança em relação ao liberalismo clássico e a ascensão de idéias socializantes ao plano constitucional em boa parte da Europa fazem com que gradativamente se construa uma cultura política e constitucional social. As constituições passam a ter novos papéis e é necessário dotar o Estado de mecanismos e procedimentos para que possa cumprir os objetivos sociais propostos pela constituição.

Aliados a esses fatores de alcance mais generalizante, outros de ordem política interna em Portugal também influenciam a obra do Professor de Coimbra. O Movimento do 25 de Abril, conhecido como "Revolução dos Cravos", que rompe com o regime autocrático salazarista e chega a expressar no preâmbulo da Constituição de 1976 em "abrir caminho para uma sociedade socialista". Também a presença de inúmeros dispositivos constitucionais de caráter socializante, programático e dirigente faz com que se torne necessário pensar a temática. Além disso, há a gradativa edificação de uma cultura constitucional social em que se percebe as normas programáticas como efetivas normas jurídicas e não como simples programas ou

exortações morais realizáveis ao alvedrio do legislador (e por que não dizer, dos demais poderes também) (Canotilho: 1994, *passim*; Canotilho: 1998, p. 34).

Todas essas influências culturais distantes e próximas resultam na elaboração da teoria da constituição dirigente de Canotilho, cuja influência na sedimentação da cultura constitucional social em terras luso-brasileiras é inegável (cf. Coutinho: 2002, *passim*).

Como se vê, todas as teorias da constituição que tomamos aqui como referenciais são teorias culturais, não só no sentido de que partem de pressupostos culturais sedimentados institucional e socialmente, mas também elas mesmas são fundamentos para a edificação de novas perspectivas para a constituição, em uma relação dialética de influxos recíprocos entre as teorias e as práticas constitucionais. Mas isso requer um outro ensaio reflexivo. Por ora, ficamos por aqui.

## REFERÊNCIAS


ARISTÓTELES (1998). *A Política*, trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2a. ed.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira (1986). *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense.

_____ (1979). *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária.

BARENDT, Eric (1998). *An Introduction to Constitutional Law*. Oxford: University Press.

BASTA, Lidija R. (2000). *El Papel de la Constitución en las Transiciones de Europa Central y Oriental – De la 'politique constitutionelle politisée' a la 'politique constitutionelle politisante'*, in: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, no. 32. Valencia: Universidad, p. 47-62.

BASTERRA, Marcela I. (2003). *Los Derechos Fundamentales y el Estado. Multiculturalismo, Minorías y Grupos Étnicos*, in: *Defensa de la Constitución: Garantismo y Controles - Libro en Reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*. Buenos Aires: Ediar, p. 345-362.

BONAVIDES, Paulo (1998): *Reflexões: Política e Direito*. São Paulo: Malheiros, 3a. ed.

BONEU, Mercedes Samaniego (2002). *Multiculturalismo Hoy: Una Visión desde España*, in: *Identidade Europeia e Multiculturalismo*. Coimbra: Quarteto, p. 195-210.

BRADLEY, Anthony (2004). *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, in: *The Changing Constitution*. Oxford: University Press, 5a. ed., p. 26-61.

CAMPOS, German J. Bidart (2004). *La Constitución Que Dura 1853-2003, 1994-2004*. Buenos Aires: Ediar.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2002). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 6a. ed.

_____ (1994). *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora.

_____ (1998). *El Derecho Constitucional como un Compromiso Permanentemente Renovado* (Entrevista a Eloy García), in: *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, no. 10. Murcia: Asamblea Regional/Universidad, p. 7-61.

CASTRO, José Luis Cascajo (2003). *Apuntes sobre Transición Política y Cultura Constitucional: El Caso Español*, in: *Defensa de la Constitución: Garantismo y Controles – Libro en Reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*. Buenos Aires: Ediar, p. 967-978.

COOLEY, Thomas M. (2002). *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*, trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell.

CORNHILL, Lord Bingham of (2002). *Dicey Revisited*, in: *Public Law*. London: Sweet & Maxwell, p. 39-51.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (organizador) (2002). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar.

DALLA VÍA, Alberto Ricardo (2004). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

DAVID, René (1998). *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 3a. ed.

DAVUTOGLU, Ahmet (2004). *Cultura Global versus Pluralismo Cultural: Hegemonia Civili-*

*zacional ou Diálogo e Interação entre Civilizações*, trad. Roberto Cataldo Costa, in: *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 101-138.
DICEY, Albert V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianápolis: Liberty Fund.
EAGLETON, Terry (2001). *La Idea de Cultura – Una Mirada Política sobre los Conflictos Culturales*, trad. Ramón José del Castillo. Barcelona: Paidós.
FAYT, Carlos S. (1995). *Nuevas Fronteras del Derecho Constitucional – La Dimensión Politico-Institucional de la Corte Suprema de la Nación*. Buenos Aires: La Ley.
GALINDO, Bruno (2004). *A Teoria da Constituição no Common Law: Reflexões Teóricas sobre o Peculiar Constitucionalismo Britânico*, in: *Revista de Informação Legislativa*, no. 164. Brasília: Senado Federal, p. 303-316.
GARCÍA-PELAYO, Manuel (1999). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza.
GOUVEIA, Jorge Bacelar (2000). *As Constituições dos Estados da União Européia*. Lisboa: Vislis.
HÄBERLE, Peter (2000). *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*, trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos.
_____ (1996a). *Retos Actuales del Estado Constitucional*, trad. Xabier Arzoz Santiesteban. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública.
_____ (1996b). *La Multifuncionalida de los Textos Constitucionales a Luz de una Comprensión "Mixta" de la Constitución*, in: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, no. 17. Valência: Universidad, p. 5-13.
HABERMAS, Jürgen (2002). *La Inclusión del Outro – Estudios de Teoría Política*, trad. Juan Carlos Velasco Arroyo & Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós.
HAMILTON, Alexander, MADISON, James & JAY, John (2003). *O Federalista*, trad. Viriato Soromenho-Marques & João C. S. Duarte. Lisboa: Colibri.
HELLER, Hermann (1998). *Teoría del Estado*, trad. Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Econômica, 2a. ed.
HESSE, Konrad (1999). *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. (da 20ª ed.) Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris.
HILL, Jeffrey (2002). *AS and A2 Level Constitutional Law Textbook*. London: Old Bailey Press.
HILL, Lord Lester of Herne (2001). *Developing Constitutional Principles of Public Law*, in: *Public Law*. London: Sweet & Maxwell, p. 684-694.
HÖFFE, Otfried (2000). *Derecho Intercultural*, trad. Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa.
JELLINEK, Georg (2000). *Teoría General del Estado*, trad. Fernando de los Rios. México: Fondo de Cultura Econômica.
KELSEN, Hans (1984). *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armenio Amado, 6ª ed.
_____ (2002): *Teoría General del Estado*, trad. Luiz Legaz Lacambra. Granada: Comares.
KIRSCH, Martin (2002). *Conceitos Centrais da Análise Histórico-constitucional dos Estados de Transição Europeus por Volta de 1800*, in: *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, no. 5, p. 189-219.
KRAMER, Larry (1999). *Understanding Federalism*, in: *National Constitutions in the Era of Integration*. Londres: Kluwer Law International, p. 127-150.
JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de (2002). *Globalización y Modernidad. La Vía del Constitucionalismo Cosmopolita*, in: *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XIX. Madrid: Ministerio de Justicia/Ministerio de la Presidencia, p. 13-36.
LOEWENSTEIN, Karl (1964). *Teoria de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel.
McCRUDDEN, Christopher (2004). *Northern Ireland, the Belfast Agreement and the British Constitution*, in: *The Changing Constitution*. Oxford: University Press, 5a. ed., p. 195-236.
MIGUEL, Carlos Ruiz (2001). *Multiculturalismo y Constitución*, in: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadriqve Furió Ceriol*, nos. 36/37.Valencia: Universidad, p. 5-22.
MONTESQUIEU (1996). *O Espírito das Leis*, trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes.

NASSIF, Luís (2002). *Política Macroeconômica e Ajuste Fiscal*, in: *A Era FHC – Um Balanço*. São Paulo: Cultura, p. 39-70.
NOGUERAS, Carlos de Cueto (1999). *El Intrusismo del Proyecto Integrador Europeo*, in: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, no. 28/29. Valencia: Universidad, p. 167-187.
PEDRO, Jesús Prieto de (1995). *Cultura, Culturas y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
POPPER, Karl R. (2001). *A Vida é Aprendizagem – Epistemologia Evolutiva e Sociedade Aberta*, trad. Paula Taipas. Lisboa: Edições 70.
_____ (1987a). *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*, tomo I, trad. Milton Amado. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/USP.
_____ (1987b). *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*, tomo II, trad. Milton Amado. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/USP.
REALE, Miguel (2000). *Experiência e Cultura*. Campinas: Bookseller, 2a. ed.
RÉGIS, André & MAIA, Luciano Mariz (2004). *Direitos Humanos, Impeachment e Outras Questões Constitucionais*. Recife/João Pessoa: Base/Universitária (UFPB).
RIGAUX, François (2000). *A Lei dos Juízes*, trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes.
ROGEIRO, Nuno (1996). *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Coimbra: Coimbra Editora.
ROUSSEAU, Jean-Jacques (1995). *O Contrato Social e Outros Escritos*, trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix.
SALDANHA, Nelson (2000). *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed.
SAMPAIO, José Adércio Leite (2004). *Teorias Constitucionais em Perspectiva – Em Busca de uma Constituição Pluridimensional*, in: *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 1-54.
SANTOS, Boaventura de Sousa (2002). *Os Processos da Globalização*, in: *Globalização – Fatalidade ou Utopia?*. Porto: Afrontamento, p. 31-106.
_____ (2003). *Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos*, in: *Reconhecer para Libertar – Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 427-462.
SCHMITT, Carl (1996). *Teoría de la Constitución*, trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza.
_____ (2002). *El Concepto de lo Político*, trad. Rafael Agapito. Madrid: Alianza.
SEGADO, Francisco Fernández (2003). *El Federalismo en America Latina*, in: *Defensa de la Constitución: Garantismo y Controles – Libro en Reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*. Buenos Aires: Ediar, p. 1167-1186.
SERRANO, Samuel Barco (1999). *La Separación Checo-eslovaca, el Ingreso en la Unión Europea y la Variable Nacionalista*, in: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, no. 28/29. Valencia: Universidad, p. 143-166.
SIEYÈS, Emmanuel Joseph (1997). *A Constituinte Burguesa – Qu'est-ce que le Tiers État?*, trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed.
SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da (2000). *Direito Constitucional do Mercosul*. Rio de Janeiro: Forense.
SILVA, Pedro Luiz Barros (1997). *A Natureza do Conflito Federativo no Brasil*, in: *Reforma do Estado e Democracia no Brasil*. Brasília: UnB, p. 351-364.
STRECK, Lenio Luiz (2002). *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
SUÁREZ, Maria Valvidares (2003). *Breve Aproximación a la Constitución de la República Checa*, in: *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 67. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 159-170.
TOCQUEVILLE, Alexis de (1998). *A Democracia na América – Livro I – Leis e Costumes*, trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes.
TULLY, James (1995). *Strange Multiplicity – Constitutionalism in an Age of Diversity*. Cambridge: University Press.
VERDÚ, Pablo Lucas (1998). *Curso de Derecho Político*. Madrid: Editorial Technos.
_____ (1989a). *Carl Schmitt, Intérprete Singular y Máximo Debelador de la Cultura Político-Constitucional Demoliberal*, in: *Revista de Estudios Políticos*, no. 64. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 25-92.
_____ (1989b). *La Teoría Escalonada del Ordenamiento Jurídico de Hans Kelsen como*

*Hipótesis Cultural, Comparada con la Tesis de Paul Schrecker sobre "la Estructura de la Civilización*", in: *Revista de Estudios Políticos*, no. 66. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 7-65.
_____ (1990). *El Orden Normativista Puro (Supuestos Culturales y Políticos en la Obra de Hans Kelsen*), in: *Revista de Estudios Políticos*, no. 68. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 7-93.
_____ (1993a). *La Constitución Abierta y sus "Enemigos"*. Madrid: Universidad Complutense/Beramar.
VIEIRA, Oscar Vilhena (2002). *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. São Paulo: Malheiros, 2a. ed.
VILANOVA, Lourival (2003): *Escritos Jurídicos e Filosóficos*, vol. 1. São Paulo: Axis Mundi/IBET.
WEILL, Rivka (2003). *Dicey was not Diceyan*, in: *Cambridge Law Journal*, no. 62 (2). Cambridge: University Press, p. 474-494.
WINETROBE, Barry K. (2004). *Scottish Devolution: Aspirations and Reality in Multi-layer Governance*, in: *The Changing Constitution*. Oxford: University Press, 5a. ed., p. 173-194.
WRONG, Dennis H. (1997). *Cultural Relativism as Ideology*, in: *Critical Review II*, no. 2. New Haven: Critical Review Foundation, p. 291-300.
ZAMAGNI, Stefano (2002). *Migrations, Multiculturality and Politics of Identity*, in: *The European Union Review*, vol. 7, no. 2. Pavia: Centro Studi sulle Comunità Europee, p. 7-42.

## NOTAS

[1] No original: "The question I wish to address in this book is the following. Can a modern constitution recognize and accommodate cultural diversity?".

[2] Por algum tempo, os conceitos de cultura e civilização aproximaram-se, notadamente no iluminismo francês, diferentemente do que ocorre com a idéia de civilização contraposta à de barbárie. Sobre este debate, cf. Eagleton: 2001, p. 22-23.

[3] Nas palavras do Mestre da USP: "A distinção entre natureza e cultura tem, penso eu, outra razão e alcance, resultando da verificação, feita no plano ontognoseológico, de que há um domínio da realidade (tomada essa palavra em seu sentido lato, como a totalidade dos *objetos*, desde os "físicos" até os "ideais"), há uma espécie de realidade que *não comporta inovações* (*é o mundo da natureza*) enquanto outra há que se singulariza pela *possibilidade de nela se instaurar algo novo*, e é o *mundo da cultura*. (...) No fundo, a natureza, por mais que contínua e indefinidamente se transforme, sempre se repete, no sentido de que toda transformação se subordina às suas leis imanentes, ainda que, em certos casos, opere o "princípio de indeterminação" de Heisenberg. Já no plano cultural, acrescenta-se algo à natureza com sistemática inserção do *valor* alterando o sentido dos eventos. Daí poder-se dizer que a natureza não foge à sua imanente programação, admitida como um pressuposto de sua cognoscibilidade positiva. O pressuposto da cognoscibilidade da cultura é, ao contrário, o poder de inovação sintetizante e simbolizante (*nomotético*) do espírito" (Reale: 2000, p. 295-296 – grifos do autor; cf. tb. Vilanova: 2003b, p. 282ss.).

[4] Marcela Basterra ainda adverte para as culturas de intolerância, como, por exemplo, os segmentos do islamismo que queiram realizar a extirpação do clitóris feminino, assim como a ultradireita francesa e seus discursos xenófobos excludentes do reconhecimento da diversidade cultural (Basterra: 2003, p. 346-347).

[5] "A definição de intercultura presente em qualquer dicionário moderno faz realçar logo uma idéia fundamental: a 'de *partilha* de cultura', 'de idéias ou formas de encarar o mundo e os outros'" (Canotilho: 2002, p. 1411 – grifos do autor).

[6] Com a entrada de dez novos Estados na União Européia em maio de 2004, o problema da diversidade se complexifica, considerando que a homogeneidade que propiciou a desintegração de Estados como o tchecoslovaco, desmembrado em Eslováquia e República Tcheca, volta a ser diluída na diversidade européia oriental, visto que mesmo Estados etnicamente mais homogêneos, como Hungria e Polônia, precisam trabalhar interculturalmente as suas dificuldades de adaptação à realidade heterogênea do ente supraestatal do qual participarão (cf. Basta: 2000, p. 51ss.; Serrano: 1999, *passim*; Nogueras: 1999, *passim*; Suárez: 2003, *passim*).

[7] É importante observar, todavia, que o federalismo tem se caracterizado nos EUA e em outros

lugares como crescentemente centralizador. No caso estadunidense, a vitória nortista sobre o sul na Guerra da Secessão (séc. XIX) e as políticas do *New Deal* rooseveltiano são geralmente salientados como momentos históricos de intensa centralização do federalismo, descaracterizando em alguma medida as suas premissas clássicas (cf. Kramer: 1999, *passim*).

[8] Na pág. 145 do referido trabalho, afirma o Professor alemão: "La Constitución es pues, sobre todo, expresión viva de un statu quo cultural ya logrado que se halla en permanente evolución, un medio por el que el pueblo pueda encontrarse a sí mismo a través de su propia cultura; la Constitución es, finalmente, fiel espejo de herencia cultural y fundamento de toda esperanza". Cf. tb. Sampaio: 2004, p. 26-28.

[9] Para Cascajo Castro, dogmas próprios de todo autêntico Estado liberal e democrático (Castro: 2003, p. 969).

[10] Importante salientar que a descentralização propugnada pelo federalismo nem sempre é necessariamente proveitosa para atender às expectativas da maioria da população, considerando que a federação brasileira passou por períodos de maior descentralização do poder político, como na República Velha e no período imediatamente posterior à promulgação da Carta de 1988, e isso gera crises de gravidade considerável, que denotam o surgimento de tendências políticas centralizadoras, como a Revolução de 1930 e a denominada "Era FHC" que, neste último caso, é responsável pela implementação de reformas constitucionais como a Emenda Constitucional no. 15/1996 que dá nova redação ao art. 18, par. 4o., da CF, assim como de legislação infraconstitucional como a Lei de Responsabilidade Fiscal que se estabelece como mecanismo de disciplina fiscal para Estados e Municípios (cf. Régis & Maia: 2004, p. 99-103; Nassif: 2002, p. 59-61). Com posicionamento ligeiramente diverso, cf. Silva: 1997, p. 353.

[11] Para autores como Vilanova, "Autêntica teoria é todo sistema de proposições orientado para um objeto com fim cognoscitivo. Teoria é, pois, na medida em que compreende sistemática e finalidade veritativa, teoria é ciência" (Vilanova: 2003, p. 80).

[12] Sobre eles, afirma Verdú: "Lo que interesa apuntar es que no encontramos en ellos una auténtica Teoría de la Constitución, sino ideas constitucionales, por la sencilla razón que no constituyen un corpus doctrinal coherente, sistemático, sustantivo que cuadre con el concepto de Teoría de la Constitución que antes esbozamos". O referido conceito é o seguinte: "a Teoría de la constitución la concibo como cultura, cultura euroatlántica, ideológicamente inspirada, justificada por valores, que iluminan, fundamentan y dinamizan mediante los derechos humanos, reconocidos y protegidos, mediante la delimitación de los poderes públicos, a una organización estructural normativizada que se apoya en una estructura sociopolitica" (Verdú: 1998, p. 22; 24).

[13] Sobre a atualização necessária das teorias defendidas por Dicey, cf. Cornhill: 2002, *passim*; Weill: 2003, *passim*; Bradley: 2004, *passim*.

[14] Sobre a cultura jurídica alemã, em termos mais genéricos, cf. Bonavides: 1998, p. 93-102.

[15] Não se pode deixar de reconhecer que o decisionismo schmittiano permite ao regime nacional-socialista manter uma aparência de legalidade, enquanto institui um Estado criminoso, cobrindo seus atos com um "véu de legalidade aparente". Cf. Rigaux: 2000, p. 109ss.

[16] Para fazer a devida justiça acadêmica, essa análise da conjuntura da obra de Smend é decorrente de diálogo que mantivemos com o Prof. Gomes Canotilho em seu gabinete na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no qual o Mestre de Coimbra chama a atenção para essa característica da teoria integracionista da constituição de Smend.