

SOLIDARIEDADE, DIVERSIDADE E SEGURANÇA: OS NOVOS PARADIGMAS DO CONSTITUCIONALISMO OCIDENTAL

RAFAEL M. IORIO FILHO
FRANCISCO DA CUNHA E SILVA NETO

1. APRESENTAÇÃO

O presente trabalho é decorrente dos esforços do Grupo de Pesquisa (UGF-Cnpq) “Jurisdição Constitucional e Democracia”, do Programa de Pós- Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Gama Filho, na análise, com os olhos voltados para a Europa, do fenômeno das transformações interpretativas e de legitimidade constitucionais sem alterações dos textos por força de emendas.

Apresenta-se como objetivo particular deste estudo o exame da contribuição do alemão Erhard Denninger, professor da Universidade de Frankfurt, através de sua tríade de paradigmas constitucionais– segurança, diversidade e solidariedade-, no seu propósito de constatar a possibilidade de estarmos, no desenvolvimento do constitucionalismo¹, diante da necessária consolidação de novos parâmetros² (e da conseqüente função valorativa dos Direitos Fundamentais no direcionamento das atividades estatais), rompendo, possivelmente, assim, com a perspectiva de continuidade esposada por Peter Häberle em sua obra “Libertad, Igualdad, Fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional”.

Nossa intenção não se limita tão somente a verificar o surgimento de novos referenciais para repensar o Estado Constitucional proposto por Denninger, mas avaliar

¹ Sobre a definição do termo constitucionalismo e suas implicações valorativas interessante é a passagem de Andrés Sajó (1999:12): “There is no satisfactory definition of constitutionalism, but one does not only feel when it has been violated, one can prove it .What brings about this almost instinctive antipathy toward certain acts of government differs from country to country from age to age. The doctrine of constitutionalism was related to concrete forms of abuse and usurpation. Constitutional ideas and constitutionalism in all ages refer to abuses of power because they exist in the collective memory. The constitutional text, where it exists, can help us to recognize these abuses. It is relatively easy to recognize interpretations that deviate from the possible meaning of the text and practices that violate it.”

²Vide Denninger (2003:22-45). Denninger aponta, claramente, para uma nova tríade ou aquilo que esse constitucionalista alemão percebe como a segunda tríade fundante de uma nova modelagem constitucional. Em contraste a essa concepção , vide Rosenfeld (2003:49), que qualifica essa tríade como paradigma do processo de organização político-institucional. Esta mesma noção foi esboçada por Thomas Kuhn, citado em Bird (2000), concluindo por sintetizar a concepção de paradigma como o que explica a possibilidade de uma ciência normal da existência de um certo consenso entre os integrantes da comunidade dos cientistas.

uma provável ruptura paradigmática de modelos significativos do constitucionalismo ocidental.

Cumprе ressaltar, como justificativa, que este marco teórico cuida de, a partir de sua compreensão da atual superação do paradigma tradicional burguês da Revolução Francesa de 1789 da *liberdade, igualdade e fraternidade*³ pelo que propõe, de *segurança, diversidade e solidariedade*, estudar os reflexos que tal modificação possa deitar sobre o tema dos direitos do homem. Dupla, portanto, a atualidade e relevância da abordagem.

A análise sobre a nova tríade do constitucionalismo, esboçada pelo autor destacado, voltada a propor como inovação a mudança dos paradigmas da constituição, demandará ainda o percurso de uma reflexão a respeito do esgotamento ou não do denominado *legado pós-1945*.⁴

No plano da Teoria da Constituição e, particularmente, em referência ao debate acerca dos Direitos Humanos, o atual quadro de incertezas provocado por um mundo altamente globalizado⁵ e marcado sobretudo por uma multiplicidade de culturas tem apontado à idéia universalizante de Direitos do Homem o desafio complexo de sua implementação e, mais ainda, de uma adequada justificação. Assim, a tríade da Revolução Francesa de 1789, ao expressar os ideais revolucionários da *liberdade, igualdade e fraternidade*, embora tenha por certo iluminado os caminhos de reflexão por longo tempo, hoje já enfrenta críticas em relação a sua suficiência como resposta às questões atuais. Em poucas palavras, e precisando o pensamento de Denninger, vertentes significativas burguesas tradicionais sobre o Estado Constitucional como o kantismo por exemplo, que concebem uma universalização da razão, um sujeito individual como centro de ação e vontade e uma igualdade entre estes sujeitos, não são capazes, pois desconsideram o

³ Rangel (2003:1): “Este triângulo de valores está, porém, mergulhado na conjuntura histórica da superação do absolutismo político, nimbado pela falta de liberdade, pela desigualdade de nascimento e pela miséria generalizada. Com o andar dos tempos, a trilogia adquiriu densidade simbólica, mostrando capacidade de atualização e fornecendo, tanto ao nível da filosofia política como da política constitucional, novos quadros de referência e programas de ação. As mudanças de duzentos anos são, todavia, profundas. E sem pôr em causa a dignidade humana como referente fundamental, é tempo de perguntar se não fará sentido encontrar uma nova formulação dos étimos da democracia.”

⁴ Habermas (2000:524) nos afirma que Denninger não rompe com o legado pós-1945 da tríade liberal da liberdade, igualdade e fraternidade; ele simplesmente o torna explícito: “*multiculturalism and the materialization of the law only make explicit their objective, legal, and intersubjective content, which, from the very beginning, was implicit in “classical” basic rights, namely the rights to liberty and the political participation*”.

⁵ Sobre os diversos significados do termo globalização e sua relação com as atuais Democracias vide o texto de Denninger(2003) “L’impatto della globalizzazione sulle democrazie contemporanee”. Neste estudo, interessante também, são as questões referentes às religiões e ao terrorismo.

diferente das ordens da vida, de efetivamente desenvolver os vários níveis das condições humanas para todos.

2. O LEGADO CONSTITUCIONAL PÓS-1945

O período após a Segunda Guerra Mundial caracterizou-se, no universo europeu, por um amplo compromisso de povos e Estados no sentido de formalizar meios hábeis a evitar a ocorrência de novas barbáries, tais como as praticadas por regimes totalitários como o do nazismo. É fácil constatar a força que, nesses últimos sessenta anos, assumem os Direitos Humanos, principalmente numa perspectiva de sua efetivação na ordem internacional.

Esse quadro histórico firmou, para os constitucionalistas pós-1945, uma compreensão de que as novas constituições deveriam ser moldadas em outras bases institucionais e políticas. A esses fatos, houve, também, a consciência da necessidade de vencer a estreiteza normativa resultado do positivismo jurídico construído no século XIX e nas primeiras décadas do século passado. Uma percepção consolidou-se no sentido de que somente uma estrutura valorativa incorporada às constituições poderia concretizar os Direitos Humanos e dota-las de uma efetiva força normativa (Hesse:1991).

Entretanto, cabe assinalar, o constitucionalismo da segunda metade do século XX avançou no sentido de garantir a materialização das normas contidas no Texto Maior, modelando um novo perfil para as suas jurisdições constitucionais (incorporando, na verdade, os aspectos positivos do *judicial review*, tendo como centro a Corte Suprema norte-americana).

Este amplo conjunto institucional, recepcionado pelo constitucionalismo europeu após a Segunda Grande Guerra, é o que denominamos de legado constitucional pós-1945. A sua mensagem foi tão forte que várias outras sociedades, como por exemplo a brasileira, o adotou na formulação da Constituição Federal de 1988.

3. TRANSIÇÃO DOS ANOS 1990 PARA O SÉCULO XXI

A fim de se resgatar o panorama de uma possível crise dos paradigmas constitucionais europeus na década de 1990 e articular a teoria de Denninger neste espaço, elegeram-se as obras “*Derecho Ductil*” do constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky (1995) e “*Liberdad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*” de Peter Häberle (1998). A escolha daquela obra deve-se ao fato de

que ela marca a transição, cremos, do legado constitucional do pós-1945. Quanto à obra de Häberle, cabe o crédito de nela este autor ter fixado e sistematizado a tríade de liberdade, igualdade e fraternidade.

No começo de seu estudo, o autor italiano questiona o que vêm a ser, na tradição jurídica européia, as noções de lei, sentença, constituição, Direito Constitucional etc. Leciona o constitucionalista (1995:9):

O que conta em última instância, e de que tudo depende, é a idéia do direito, da constituição, do código, da Lei, da sentença. A idéia é tão determinante que as vezes, quando está particularmente viva e é amplamente aceita, pode inclusive prescindir da coisa mesma, como sucede com a constituição da Grã Bretanha ou (o exemplo menos interessante) do Estado de Israel. E, ao contrário, quando a idéia não existe ou se dissolve uma variedade de perfis que cada qual alimenta a sua maneira, o direito positivo se perde em uma Babel de línguas incompreensíveis entre si e confusa para o público leigo (tradução livre).

Para Zagrebelsky (1995:10), essas idéias são determinantes para a Ciência da Constituição e para a trajetória do Estado Constitucional, sobretudo diante a natureza valorativa de um neo-constitucionalismo⁶ representado no legado do pós-1945. Assim como Häberle, ele vincula-se a padrões do modelo clássico de Direito Constitucional ou de Ciência Constitucional. Em sua ótica, o Estado Constitucional seria a superação da “divisão da Europa em estados nacionais zelosos da soberania.”

Tendo ainda em conta o projeto de superação da divisão da Europa em Estados nacionais soberanos, Zagrebelsky empreende uma releitura da questão da soberania, assinalando que, embora nessa categoria tenham sido construídos o direito público moderno e o Estado de força (que acabou por servir de instrumento aos totalitarismos na Europa), coube à Ciência Política desmascarar essa ficção no final do século XIX e evidenciar as forças reais de poder⁷, as forças corrosivas do pluralismo político e social

⁶ Vide a obra de Ariza (1999). Além de Ariza, é importante a leitura de Comanducci (2002:88-112). Esse pensador italiano visualiza o denominado neoconstitucionalismo utilizando as mesmas categorias de Norberto Bobbio no tocante ao positivismo. Assim, teríamos um neoconstitucionalismo ideológico, teórico e metodológico. Comanducci (2002:100) vê, por exemplo, Zagrebelsky como sendo um neoconstitucionalista ideológico ao defender que pode subsistir hoje uma obrigação moral de obedecer à constituição e as leis que lhe são conformes. Para completar esse quadro de leitura vide ainda Moreno (2003:267-282).

⁷ “La ciencia política ha desenmascarado una y mil veces esta ficción y ha mostrado las fuerzas reales, los grupos de poder, las élites, las clases políticas o sociales, etc, de las que la “persona” estatal no era más que

interno, com o que se conseguiu avançar do conceito de Estado de Força para o de Estado Constitucional. Nessa perspectiva, o Direito Constitucional é um conjunto de materiais de construção, mas o edifício concreto não é obra da constituição, e sim da política constitucional⁸. No decorrer do século passado, ressalta o mestre, visualizava-se uma constituição aberta em virtude da coexistência, denominada unidade flexível (dúctil), do compromisso da rede de valores e procedimentos comunicativos.

É essa abertura valorativa que aproxima a abordagem de Zagrebelsky da de Häberle (1998) que, nos mostra que 1789 produziu um profundo processo cultural estratégico para a consolidação do que se entende por Estado Constitucional. Daí a expressão segundo a qual “1789 criou literatura universal”. (Häberle:1998:34).

A teoria do direito político a partir da Revolução Francesa nos enriquece de textos constitucionais e declarações de direitos humanos que vem fazendo parte, desde então, do contexto de todos os cidadãos (Häberle:1998:34-35). Neste contexto, temos a formação da própria Teoria da Constituição no seu sentido de modernidade. É bem de ver que, segundo Häberle (1998:34), “a teoria da constituição remete a conexões tanto de história social e das idéias como histórico- culturais em geral”⁹ e, nesse passo, a configuração da constituição do Estado pode ser explicada quanto às suas linhas culturais desde o momento de 1789.

Em outro momento de seu texto, Häberle indica que a Teoria da Constituição é a ciência das constituições dos Estados. Em sua especial forma de teorizar, a carta política é vista não somente como um texto jurídico, mas também como um quadro cultural. Desse modo, toda a gama de dispositivos legais (a denominada *parafernália legislativa*) não abarca a constituição em sua integralidade. Nos seus dizeres (1998:46): “[a] constituição não é somente uma ordem jurídica para juristas, que estes devem interpretar de acordo com as velhas e novas regras de seu ofício.”¹⁰, ou seja, ela “atua essencialmente para não juristas: para cidadãos e grupos.”

una representación, una pantalla o una máscara.” Zagrebelsky (1995:11).

⁸ “Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en al ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional” Zagrebelsky (1995:13).

⁹ “La teoría de la constitución remiten a conexiones tanto de historia social y de las ideas como histórico-culturales en general”.

¹⁰ “La Constitución no es solo un orden jurídico para juristas, que estes debieran interpretar de acuerdo con las viejas y nuevas reglas de su oficio” ... “actua esencialmente también como guía para no juristas: para ciudadanos y grupos”

Ao empregar a expressão “situação cultural dinâmica”, Häberle (1998:46) deixa transparecer sua compreensão do fenômeno constitucional num dimensionamento além de uma proposta tão-somente positivista. Encarar uma “dinâmica cultural” em sede de uma Teoria da Constituição abre caminho para novas perspectivas dos cidadãos, inclusive de esperanças reprimidas. Em nosso sentir a proposta de uma “situação cultural dinâmica” do fenômeno constitucional é uma ampliação do conceito de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”¹¹.

Disso decorre que o Estado Constitucional se constitui na expressão de um processo comunitário, “formalizada em textos jurídicos e contextos culturais, de muitos tempos e muitos lugares; merece admiração, assim como nosso esforço de hoje e no futuro” (Häberle:1998:68). No seu percurso histórico, tem-se as contribuições de inúmeros Estados, desde a Inglaterra com o seu parlamentarismo, passando pela Constituição da Itália de 1947, com sua República Democrática fundada na busca de uma conciliação entre o capital e o trabalho, tudo contribuindo para um enigmático futuro do Estado Constitucional (Häberle, 1998:69).

Este jurista alemão sustenta que 1789 não pode ser esquecido, fazendo parte da história e da atualidade do Estado Constitucional. Tal afirmação é rica de conseqüências, porquanto leva ao entendimento de que 1789 representa (1998:87-88)¹²:

uma garantia cultural de *status quo* com determinados conteúdos irrenunciáveis para o Estado Constitucional, parcialmente localizados pelo artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789: separação de poderes, direitos humanos, implicitamente também superiores na Constituição. (tradução livre)

Nesse quadro, os direitos do homem e seus fundamentos, a dignidade humana, a separação de poderes e a democracia (todos pertencentes “geneticamente” ao caldo cultural de 1789) funcionam como “barreiras culturais” que não permitem um retrocesso (princípio do não-retrocesso) mas que possibilitam o progresso para a Teoria da Constituição

¹¹ O Estado constitucional apresentado por Häberle (1998:68) como resultado contraditório de várias forças e tendências de 1789, o que resta claro em sua obra, a dizer, “forma o concentrado obtido em um regime de divisão de trabalho, a produção integradora, o ganho cultural de muitas grandes datas que vibram em harmonia, mas não o fundamento geral.”

¹²...una garantía cultural de status quo con determinados contenidos irrenunciables para el Estado constitucional, parcialmente localizados por el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789: separación de poderes, derechos humanos, implícitamente también primacia de la Constitución”.

juntamente com o seu objeto, a constituição do Estado Constitucional. Esse progresso, segundo Häberle (1998:87-88), não se visualiza apenas nos direitos individuais, mas também nos direitos coletivos e difusos, especialmente com relação ao universalismo e materialização de tais direitos, haja vista a sua positivação nos pactos de Direitos Humanos promovidos pelas Nações Unidas.

Referindo-se a 1789 como inspirador de uma visão de mundo da concepção de sociedade aberta e modelo de esperança, afirma Häberle (1998:89)¹³:

1789 proporciona a sociedade aberta no sentido de Popper como modelo de esperança, do mesmo modo que, com esta (e em face ao marxismo-leninismo) reconhece e empreende a História como aberta ou incerta. Em particular, resulta decisiva a imagem modernamente otimista do homem (por exemplo, nos fins educativos das Constituições dos Länders alemães, mas também na execução penal) (tradução livre).

4. A NOVA TRÍADE CONSTITUCIONAL PROPOSTA POR DENNINGER

No plano da Teoria da Constituição e, particularmente, em referência ao debate acerca dos Direitos Humanos, o atual quadro de incertezas¹⁴ provocado por um mundo altamente globalizado e marcado sobretudo por uma multiplicidade de culturas, tem apontado à idéia universalizante de Direitos Humanos o desafio complexo de sua implementação e, mais ainda, de uma adequada justificação. Assim, a tríade da Revolução Francesa de 1789, ao expressar os ideais revolucionários da liberdade, igualdade e

¹³ “1789 proporciona la sociedad abierta en el sentido de Popper como modelo de esperanza, del mismo modo que, con ésta (y frente al marxismo-leninismo) reconoce y emprende la Historia como abierta o incierta. En particular, resulta decisiva la imagen modernamente optimista del hombre (por ejemplo en los fines educativos de las Constituciones de los Länder alemanes, pero también en la ejecución penal)”.

¹⁴ Esse novo quadro político mundial marca “a nova coisa política (...) pela pluralidade, heterogeneidade e alta diferenciação dos actores políticos, com um nítido e acentuado enfraquecimento — uma relativização — dos poderes estaduais (aquilo a que, por vezes, se tem chamado, tant bien que mal, a «medievalização do poder»). Tanto no plano interno como no plano externo, vulgariza-se a ideia da ausência, do desaparecimento ou da intermitência do Estado, enquanto titular ou depositário monopolista da autoridade política.” (Rangel:2003:1). Sobre o enfraquecimento do poder estatal: “Cura-se, pois, de uma ordem política pautada pela fragmentação do poder, pela sua descolagem do Estado e por uma desvinculação da base territorial. Essa diferenciação de forças políticas e o tecido resultante da sua imbricação recordam inapelavelmente o mundo político medieval, a sua estrutural diversidade e a sua condição radicalmente interdependente.” (Rangel:2003:3). Para compreensão do fenômeno da medievalização da política e os embates dos campos de poder das instituições vide Hespanha (2000). Quanto a fragmentação do poder vide Foucault (2001).

fraternidade, embora tenha por certo iluminado os caminhos de reflexão por longo tempo¹⁵, hoje já enfrenta críticas em relação a sua suficiência como resposta às questões atuais.

Dentro desta problemática de soluções aos Direitos Humanos é que Denninger traz à baila a questão da Lei Fundamental alemã, que tem como escopo protetivo tão-somente um catálogo de direitos liberais clássicos. Ao elegê-lo, observa Denninger, a Lei Fundamental alemã renunciou regular as “ordens da vida”, dando ensejo a constitucionalizar paradigmas dos ideais burgueses.

As primeiras tentativas de resposta deste autor à indagação acima tem sido esboçada na sua obra “Dirriti dell’uomo e legge fondamentale” (1998), como também em seu artigo “Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade” (2003).

Amirante (1998:I), nos ensina que:

O complexo mosaico composto por Denninger é representado por um contínuo contraponto entre a concepção clássica de constituição – instrumento de organização, tão-somente, do poder– e a idéia mais recente, que a considera um instrumento de regulação de valores éticos e sociais, que devem vincular o legislador aos princípios e aos objetivos fundamentais da Carta Política segundo a dúplice orientação da opinião pública e do Tribunal Constitucional. Denninger traz uma preciosa contribuição à reflexão sobre direitos do homem e os direitos fundamentais no contexto da ininterrupta evolução do ordenamento estatal e todos aqueles sistemas jurídicos que intentam fazer-se substituir por uma forma diferente e mais concreta de legitimação (econômica, profissional, técnico- científica etc.).

¹⁵ A título de ilustração histórica, para que não tenha a impressão de que tais paradigmas revolucionários tenham sido indiscutíveis desde sua origem –encontrando só agora a necessidade de uma revisitação teórica– vale a referência à forte crítica perpetrada por Robespierre (1999:88-89), ainda por ocasião dos trabalhos de sistematização teórica dos ideais revolucionários. A contradita se dirige particularmente aos termos em que, na Declaração dos Direitos do Homem, o tema da liberdade se viu tratado, *vis a vis* o tema da propriedade: “...Ao definir a liberdade, o primeiro dos bens do homem, o mais sagrado dos direitos que ele recebe da natureza, dissestes com razão que os limites dela eram os direitos de outrem; porque não aplicastes esse princípio à propriedade, que é uma instituição social? Como se as leis eternas da natureza fossem menos invioláveis que as convenções dos homens. Multiplicastes os artigos para assegurar a maior liberdade ao exercício da propriedade, e não dissestes uma única palavra para determinar o caráter legítimo desse exercício; de maneira que vossa declaração parece feita não para os homens, mas para os ricos, para os monopolizadores, para os agiotas e para os tiranos.”

Na compreensão do autor ora sob análise, o contexto de nascimento da tríade de 1789 veio a se encaixar nos padrões de uma construção kantiana do Estado Constitucional, máxime sob esses três pressupostos, que reproduzimos com apoio no texto de Denninger (2003:23): (a) a autonomia do sujeito individual como centro da vontade e da ação, para quem direitos e deveres podem ser atribuídos; (b) a universalização da razão, incluindo a razão prática, na base da qual estão as categorias de “direito universal” no que respeita à geração de normas, seus destinatários e o objetivo das normas, o conceito de bem comum etc são tornadas conceitualmente possíveis; e (c) a equalização de “sujeitos” (*Unterhanen*) (Kant, Hobbes) e (*citoyens*) (Rousseau).

É a partir desses citados pressupostos que a tríade ganha materialidade no seu percurso histórico, onde o direito se constitui como a restrição da liberdade de cada pessoa para que haja o exercício da liberdade das outras pessoas, conforme uma universalização dos direitos porque racionais. Isto é, o exercício das liberdades individuais se forma de acordo com esferas certas e limitadas.

É bem de ver que Denninger (2003:26) focaliza a sua análise no caso da presente discussão constitucional alemã nessa tensão entre as duas tríades de idéias. Alerta, contudo, que tal processo ainda está por ser enfrentado analiticamente, principalmente a bem de resguardar o *status quo* ainda embasado nas idéias de liberdade, igualdade e fraternidade.

Interessante observar que nessa nova proposta Denninger (2003:37) vê em seu interior uma transição de um sistema de regras limitativas –pertencentes ao parâmetro de 1789– para um sistema de normas “teleologicamente orientado e moralmente exigente”. Aí um dos elementos, a *segurança*, vem expandir e modificar a idéia limitada de liberdade clássica (liberdades negativas), o que resulta no patrocínio pelo Estado da garantia contra uma série de perigos que rondam o bem-estar do cidadão individualmente.

Rangel (2003)¹⁶, ao analisar a proposta de Denninger, enfatiza que o constitucionalista alemão ao se referir à segurança tem em mente as incertezas e ameaças à vida moderna, como, por exemplo, os riscos produzidos pelo desenvolvimento da tecnologia.

5. FRATERNIDADE E SOLIDARIEDADE

Em substituição –ou em expansão, como prefere Habermas– ao elemento de fraternidade, proposto pelos ideários da Revolução Francesa, Denninger traz à consideração a idéia- matriz da solidariedade, cujo conteúdo, nas palavras do autor (2003:35), é assim enunciado: “... uma permanente imposição no sentido de mostrar ‘decência em relação aos outros’ e assim a permanente transcendência do ‘meramente jurídico’ para as esferas ética e moral.”¹⁷

O tema da solidariedade relaciona-se intimamente também com um contraponto da força desagregadora que o reconhecimento da diversidade pode gerar: Denninger (2003:34) “O desejo por diversidade contém um momento centrífugo numa sociedade mantida unida por meio de regras gerais válidas”. Para que essa sociedade não se desfaça,

¹⁶ Rangel (2003:6): “Quando fala em segurança, Denninger pensa essencialmente nas incertezas e ameaças da vida moderna, as tais da «ordem do risco». Por isso, individualizou a segurança contra os riscos tecnológicos (devassa informática, manipulação genética, falhanço de sistemas mecânicos ou técnicos de protecção, produtos farmacêuticos e químicos), autonomizou a segurança contra os riscos ambientais e, atendendo a algum conservadorismo da constituição alemã, em matéria de direitos sociais, teorizou a segurança contra os riscos sociais (doença, invalidez, velhice, desemprego) — algo a que nós, não por coincidência ou acaso, chamamos segurança social. Mas há boas razões para ampliar a escala do conceito, dar-lhe um sentido verdadeiramente internacional e aplicá-lo, sem complexos, na senda do que era tradicional, à integridade física e à liberdade de movimentos. Os acontecimentos do 11 de Setembro, a vida agitada e inquieta das grandes metrópoles mundiais e o crescimento exponencial dos cartéis globais do crime — do chamado crime organizado — demonstram bem como a segurança deve ser expressamente inscrita na «comunidade de fins» da nova ordem. Esta autonomização da segurança (da segurança de todo o tipo) como valor essencial da democracia e da dignidade humana — em certo sentido, autêntica condição de preservação da vida hodierna e futura da espécie — altera necessariamente o limite dos condicionamentos e restrições que podem ser apostos aos direitos individuais. Não se veja aqui a apologia de uma paranóia policial internacional, com tiques militaristas, com perversão belicista e em plena deriva securitária. A recondução do valor da segurança ao axioma antropológico, o respeito escrupuloso pelos valores da diversidade e da solidariedade e a concepção da segurança como «redução da incerteza» dão-nos garantias mais do que suficientes. Diversidade, solidariedade e segurança — eis todo um programa para os desafios constitucionais do século que começa.”

¹⁷ Quanto à relação entre a solidariedade e evolução dos Direitos Humanos importante notar o comentário de Comparato (2003:38): “Na história moderna, esse movimento unificador tem sido claramente impulsionado, de um lado, pela afirmação dos direitos humanos. São os dois grandes fatores de solidariedade humana: um de ordem técnica, transformador dos meios ou instrumentos de convivência, mas indiferente aos fins; e outro de natureza ética, procurando submeter a vida social ao valor supremo da justiça. A solidariedade técnica traduz-se pela padronização de costumes e modos de vida, pela homogeneização universal das formas de trabalho, de produção e troca de bens, pela globalização dos meios de transporte e de comunicação. Paralelamente, a solidariedade ética, fundada sobre o respeito aos direitos humanos, estabelece as bases para a construção de uma cidadania mundial, onde já não há relações de dominação, individual ou coletiva.”

ou seja, fuja de seu centro, Denninger propõe uma força centrípeta –compensação normativa– que é a solidariedade. Ela presume um tipo de convicção individual de respeito positivo em relação ao “outro”. Apelando, desta forma, à abertura de uma moralidade inacabada, frente a uma ordem jurídica fechada e definível¹⁸. Segundo Denninger (2003:35):

A solidariedade não conhece limites substantivos ou pessoais; ela engloba o mundo e se refere à humanidade. Ela reconhece o outro não apenas como um “camarada” ou como um membro de um particular “nós-grupo”, mas antes como um “Outro”, até mesmo um “Estranho”. Isso distingue a solidariedade da “fraternidade”, que enfatiza o sentimento. Solidariedade significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, enquanto se apoia na similitude de certos interesses e objetivos de forma a, não obstante, manter a diferença entre os parceiros na solidariedade. Significa também em termos jurídicos, uma rejeição do caráter do caráter vinculante de sistemas de valor universais, e a renúncia da exigência de nos fazermos iguais aos outros tanto em poses quanto em consciência.

Finalmente, a solidariedade deve ser vista como uma transcendência libertadora de nosso etnocentrismo primitivo que nos capacita a ver diferenças tradicionais como insignificantes frente a dor e a humilhação¹⁹.

5. IGUALDADE E DIVERSIDADE

Ao se deparar com a gênese da tríade da Revolução Francesa, Denninger (2003:27) constata que “a idéia de que todos podem ser igualmente afetados pelo direito provou ser uma ficção”. Isto é, a construção de uma *volonté générale* aliada à produção de

¹⁸ Rangel (2003:6) “a solidariedade há-de implicar, antes do mais, uma nova orientação das relações económicas internacionais no sentido de as tornar menos assimétricas. E, por outro lado, no plano de cada sociedade política local, há-de postular uma concepção pragmática dos direitos sociais, assente na dignidade de cada qual. Desaparece, pois, o imperativo da titularidade universal: só hão-de ter direito a prestações sociais aqueles que precisam, na medida exacta em que precisam e unicamente enquanto precisarem. A solidariedade não pode ser socialmente regressiva nem deve ser politicamente destrutiva de uma medida tolerável de diferenciação”.

¹⁹ Este aspecto sociológico parece uma contradição na tese de Denninger. Pois concebe um universalismo, que este em tese pretenderia romper, através da dor e do amor ao próximo. Valores que não são típicos de todas as culturas humanas. É que no texto “L’impatto della globalizzazione sulle democrazie contemporanee” ele demonstra que realmente não o são pelo exemplos do terrorismo e dos embates religiosos e jurídicos na Europa referentes ao Islamismo.

uma lei de objetivos universais quanto aos ideais revolucionários não levou em consideração os diferentes níveis de afetação das várias condições humanas (sexo, idade, etnia, ser estrangeiro, ter alguma limitação física ou psíquica etc).

Frente a essa gênese da tríade revolucionária e seus efeitos negativos, contrapõe o mestre alemão (2003:27) um novo cenário, a saber: “Uma nova consciência das diferenças profundamente enraizadas na vida e nas condições da existência humanas está ganhando espaço e agora busca expressão apropriada em textos constitucionais.”

Este novo panorama exige, de acordo com Denninger, uma mudança no significado de uma igualdade nascida sob a égide de um formalismo jurídico para uma nova equação dessa idéia, hoje desenhada conforme um “estabelecimento de iguais condições de fato” (Denninger:2003:27). Em termos atuais, esta nova equação da igualdade se alimenta da concretude para o devido exercício dos direitos fundamentais. Ele destaca que esse novo cenário se fundamenta dentro de uma linguagem aristotélica –de uma passagem da justiça comutativa para a justiça distributiva– haja vista que a anterior abstração de igualdade de fundo formal se vê em face “das necessidades especiais” oriundas de exigências decorrentes dos vários grupos diferenciados da sociedade. Atendendo, assim, à lógica igualitária da diversidade. Ou seja, no raciocínio do constitucionalista (2003:28), “o desejo por diversidade” implica no estabelecimento da igualdade material.

Desta forma, não há mais viabilidade da contextualização da igualdade nos moldes abstratos e genéricos ocorridos no nascimento da tríade de 1789, tendo em conta o fato de estar exaurida a sua potência transformadora, sob pena da impossibilidade de solução dos problemas verificados na diversificada e diferenciada sociedade atual (Denninger:2003:28).

Em relação ao princípio da igualdade, Denninger (2003) enfatiza a limitação desse ao seu aspecto formalista, traduzindo-se, em verdade, em mera igualdade formal dos cidadãos perante a lei. Ou seja, a viabilidade de uma igualdade substancial não poderia ser estabelecida a partir da dimensão inerte, visto não demandar uma ação positiva dos cidadãos ou do Estado, da tríade revolucionária francesa de 1789. Esta situação limitada do alcance substancial da igualdade formal perante a lei implica na negação à diversidade e à diferença no cenário multicultural hodierno.

Acentue-se que a questão da igualdade em Denninger é também avaliada em torno do sentido histórico do Estado- Nação europeu, porquanto neste a idéia de homogeneidade cultural se impõe. Referindo-se sobre dita homogeneidade, observa Habermas (2000:525):

Durante muito tempo, o Estado- nação europeu se alimentou da ficção da homogeneidade que levou à exclusão e discriminação de minorias e, na melhor das hipóteses, a uma política orientada para a assimilação cultural. Mais recentemente, no entanto, conflitos oriundos de atritos entre grupos étnicos, religiosos e culturais se intensificaram; tais conflitos exigem uma solução legítima. (tradução livre)²⁰

Com a crise do Estado-Nação, concepção esta que foi consolidada dramaticamente no início do século passado, tem-se afluída a pluralidade de identidades étnicas, culturais e lingüísticas que, assim, não mais admitem uma lógica fundada na igualdade formal (portanto, alheia à diversidade). Insta observar que, aqui, nesse novo contexto do reconhecimento dos mais variados grupos culturais, diversidade implica no afastamento de idéias de assimilação, ou ainda que remotamente, qualquer expectativa de integração centrada nos imigrantes (Denninger:2003:30).

Propõe Denninger, em síntese, um ideal da diversidade identificado como a inserção de uma consciência pluralista, das diferenças profundamente enraizadas na vida e nas condições da existência humana. Interessante observar que a consagração desse paradigma estará a demonstrar também a insuficiência, no terreno do debate acerca da fundamentação dos Direitos Humanos, das concepções comunitaristas, que inobstante na consideração da presença do indivíduo no contexto de sua comunidade implique numa aproximação; de outro lado, quando considera necessariamente a sua inserção histórica, traz a necessidade de convívio entre essas diversas inserções que resultarão do convívio comum de homens de tão diferentes origens.

A diversidade humana, longe de ser uma consideração secundária (que pode gerar a ignorância dos “outros”), é um componente fundamental da idéia de igualdade, cuja relevância deriva justamente da efetiva diversidade entre os seres humanos. Sim, porque se a *diversidade* entre seres humanos é da sua própria essência, temos a evidência de que o

²⁰ “(b) For a long time, the European nation-state lived off the fiction of homogeneity that led to the exclusion and discrimination of minorities and, in the best of scenarios, to a politics oriented to cultural assimilation. But more recently, conflicts arising from frictions between different ethnic, religious, and cultural groups have intensified; they call for a legitimate solution”.

conceito de igualdade diz respeito a uma variável que tende a entrar em conflito –de fato, e não somente na teoria– com o respeito à própria igualdade, vista sob o ângulo da diversidade.

A consequência deste paradoxo está em que igualdade e desigualdade, em determinado âmbito, possam estar em contraste com a respectiva igualdade e desigualdade em um outro, gerando mais uma vez a constatação da evidência, ainda que empírica, da diversidade humana²¹.

Num plano mais dogmático, o paradigma da diversidade traduz-se, dentre outras considerações, na proteção constitucional contra a discriminação focada na compensação por desvantagens já sofridas ou prováveis de acontecer. “Há tentação de se falar de um novo desejo por diversidade operando sob o slogan ‘direitos iguais à desigualdade’” (Denninger:2003:28).

Em verdade, a aplicação da diversidade sobre a desigualdade social não comporta tão-somente na remoção de uma justiça discriminadora, uma justiça negativa, e sim diferenciada, porque atributiva, distributiva, ou melhor, *positiva* no sentido de uma ação pró-ativa tanto dos indivíduos, da Constituição quanto do Estado em respeitar o pluralismo e multiculturalismo.

Observemos o que diz Denninger (2003:29): “Nesses casos de diversidade o tratamento jurídico da desigualdade implica algo mais do que a mera remoção da justiça discriminadora, ela inclui a realização de uma forma mais sutil de justiça diferenciada”²². Mais especificamente no debate da reforma da Lei Fundamental alemã (2003:30):

A tensa relação entre o velho ideal de uma igualdade de todos os cidadãos baseada no estado-nação e o novo ideal de coexistência de uma pluralidade de identidades étnicas, culturais e lingüísticas tornou-se imediatamente clara no debate sobre a modificação da lei fundamental para incluir a proteção às minorias e dispositivos sustentando interesses minoritários. Isso iria, com efeito, lançar fora o estado constitucional baseado numa cidadania nacional comum em favor de uma comunidade política multicultural e multinacional.

²¹ Denninger (1998:XXVII-XXVIII). Sobre o tema do outro e suas implicações no processo de construção do conteúdo constitucional vide Rosenfeld (2003).

²² Rosenfeld (2003:53) discorda desta aplicabilidade no constitucionalismo norte-americano visto que a tradição da Suprema Corte sustenta direitos negativos. “a liberdade de expressão não apenas se destaca como o direito constitucional mais caro aos americanos, ela também se tornou um de seus “principais símbolos culturais”. A liberdade de expressão, além do mais, surgiu como um direito negativo quintessencial.”

Resumidamente, o que se deve entender por diversidade é o processo gradual de reconhecimento de necessidades e direitos fruto de um pluralismo de consciências no seio da comunidade.²³

6. LIBERDADE E SEGURANÇA

A releitura do conceito de liberdade –sempre tão cara ao homem– é proposta por Denninger, tendo em consideração a necessária combinação da dimensão do individual e do coletivo. Assim, aponta o autor a falta de abertura dos conceitos iniciais da liberdade como paradigma de uma ordem constitucional, para essa coexistência de individual e grupo: “...não há espaço para o conceito de desenvolvimento por meio da liberdade de outros ou para a idéia de expandir e aumentar a liberdade individual por meio de uma combinação solidária de várias esferas de liberdade” (Denninger:2003:24).

Por exemplo, a liberdade como elemento da tríade de 1789 não seria suscetível de ser desenvolvida como ajuda aos outros, mas permaneceria apenas como uma esfera egoística do ser humano²⁴. Em relação a este sentido expansivo da nova tríade de Denninger, anota Habermas (2000:1):

²³ “Da mesma forma que o reconhecimento da diversidade dos grupos por meio do reconhecimento de suas necessidades especiais não ocorre em um único ato, mas antes por meio de um processo gradual, também a consciência do significado da consciência de conceitos políticos, tais como pluralismo e tolerância, muda gradualmente. O pluralismo de opiniões, organizações e partidos, na mídia, para a composição de vários órgãos que exercitam a supervisão de funções, desde a muito parecia constituir uma condição tanto necessária quanto suficiente para gerar resultados normativos cuja realização pudesse ser aceita como bem comum. ... A idéia por detrás dessa visão é que um conceito consistente de bem comum é gerado, em certa medida, automaticamente, tanto quanto permaneça possível que todos os ‘poderes sociais relevantes’ tenham uma oportunidade de expressar suas perspectivas e preferências no processo de discussão. Esta idéia se baseia, segundo a qual cada um dos grupos e forças participantes acentua (apenas) um ou mais aspectos de uma compreensão essencialmente idêntica do bem comum. Esta última idéia se ergue sobre a crença liberal-burguesa na racionalidade da “opinião pública”- fundada em uma faculdade ou razão comum- sob as condições do moderno pluralismo organizado. Mas no contexto de novas demandas de diversidade, não mais direcionadas à síntese de um (todo) universal, e sim, ao invés, à possibilidade de coexistência de uma multiplicidade de particularidades freqüentemente incompatíveis, essas pressuposições não mais obtêm efetividade, ou, no mínimo, esta se encontra profundamente minada. Obviamente, o que isto significa para a organização de processos de tomada de decisão que hoje permanecem pluralistas- como no passado- ainda precisa ser definido. É certo, contudo, que o significado da categoria tolerância deve ser transformado no sentido de acentuar a necessidade de cooperação ativa com o ‘outro’, com estranhos”. Denninger (2003:32)

²⁴ Em verdade, esse apontamento deve ser compreendido mais como um registro histórico do que como uma crítica de mérito propriamente. Afinal, em dias de Revolução Francesa, o próprio reconhecimento dos direitos do indivíduo se constituía, em si, numa inovação, não havendo ainda qualquer espécie de consideração teórica em relação a um coletivo que pudesse significar qualquer outra coisa que não a soma dos indivíduos...

Denninger deseja “expandir e modificar” as idéias de liberdade, igualdade e fraternidade com os postulados da segurança, diversidade e solidariedade. Estas idéias se refletem em novos textos constitucionais (por exemplo, naqueles do novo *Bundesländer* do Leste Germânico) de tal forma que os direitos sociais e culturais básicos, bem como as aspirações ecológicas, são aprovadas como objetivos do Estado constitucionalmente codificados; isto é, não como direitos subjetivos, mas antes como metas objetivas da política governamental. (tradução livre)²⁵

A última variável da tríade proposta por Denninger é a *segurança*²⁶ que, numa permanente relação de tensão com a solidariedade, expressa a proteção patrocinada pelo Estado aos cidadãos contra os perigos sociais, de saúde pública, técnicos e ambientais, criminalidade etc.

O que aparece de novo neste contexto proposto pelo autor, é uma dimensão constitucional diferente, que é definida por Amirante (1998:XXI) como uma nova comunhão de responsabilidade entre o cidadão e o estado, ou uma nova comunhão de riscos e de chances. Esta diferença se traduz na figura de um cidadão ativo no processo de decisão política e administrativa e na sua vigilância e responsabilidade na co-participação da efetiva proteção e tutela dos princípios basilares do ordenamento jurídico e dos direitos invioláveis da pessoa.

É importante destacar que a categoria *segurança* já ocupava cogitações inclusive no direito nacional, tendo merecido do jurista Comparato (1989:180) a seguinte definição:

No que diz respeito à segurança, o sentido fundamental do vocábulo ligase à etimologia (se, prefixo = sine + cura): é a tranquilidade de ânimo, a

²⁵ Habermas (2000:1): “Denninger wants to “expand and modify” the ideas of freedom, equality, and fraternity with the postulates of security, diversity, and solidarity. These ideas are reflected in the new constitutional texts (for example in those of the new East German Bundesländer) in such a way that social and cultural basic rights, as well as ecological aspirations, are enacted as constitutionally codified goals of the state; that is, not as subjective rights, but rather as objective aims of governmental policy..”

²⁶ Sobre um exemplo de aplicação deste conceito de segurança nos Estados Unidos da América, é interessante o exemplo narrado por Rosenfeld: como enfatizou Ackerman, o *New Deal* realizou uma verdadeira revolução constitucional nos Estados Unidos sem a passagem de uma única emenda à Constituição. Embora essa revolução tenha tido apoio integral dos três poderes e do povo, ela foi, na verdade, cimentada mediante uma série de decisões da Suprema Corte que repudiaram várias decisões anteriores. Essa revolução legitimou o Estado de bem-estar não por constitucionalizá-lo, mas por desconstitucionalizar as principais barreiras jurídicas que se impunham em seu caminho. Especificamente, a Suprema Corte pavimentou o caminho para leis econômicas e de bem-estar social ao revogar sua proteção da liberdade de contrato praticamente ilimitada como um direito fundamental. Rosenfeld (2003:52)

isenção de preocupações, um bem concreto, a um interesse determinado. Não há segurança em abstrato, mas em relação à vida, ao patrimônio, à criação artística, à salvação eterna, ao amor de uma pessoa, própria identidade cultural e com efeito, o excesso de segurança acaba por suprimir a liberdade, assim como a total liberdade é a ausência de segurança. A organização, ainda que consentida pelos sujeitos a que se destina, de um sistema completo de garantias, na vã tentativa de eliminar totalmente os riscos, redundando na suspensão prática já não digo de qualquer capricho, mas de qualquer iniciativa, de qualquer criação, de qualquer mudança; pois o controle total dos riscos só existe com a interdição de toda variação individual em relação ao esquema preestabelecido. Por outro lado, a supressão de qualquer norma ou coação externa sobre a vida individual ou coletiva acarreta a eliminação de todas as garantias existentes e a impossibilidade prática de organizar outras²⁷

Essa variável segurança e seu delicado convívio com a liberdade vem merecendo, tanto por parte da Teoria Constitucional norte-americana quanto pelo debate europeu, mais atenção e aprofundamento, tendo em consideração, naturalmente, as ameaças representadas pelos movimentos terroristas.

O grande desafio representado pela convivência entre normalidade constitucional –e tudo que isso possa significar do ponto de vista de garantia de direitos individuais, expressão primária da liberdade– e *Estado de emergência* é enfrentado por Ackerman (2004), que destaca a falta de resposta pelo direito, até o momento, às ameaças de segurança decorrentes de um movimento como o terrorista. Assim, explora-se o sentido

²⁷ Ainda explorando a questão da segurança, vide as palavras de Agamben (2004:131:132) com relação ao denominado Estado de Exceção: “O estado de exceção, hoje, atingiu exatamente seu máximo desdobramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito. Não se trata, naturalmente, de remeter o estado de exceção a seus limites temporal e espacialmente definidos para reafirmar o primado de uma norma e de direitos que, em última instância, têm nele o próprio fundamento. O retorno do estado de exceção efetivo em que vivemos ao estado de direito não é possível, pois o que está em questão agora são os próprios conceitos de ‘estado’ e de ‘direito’. Mas, se possível tentar deter a máquina, mostrar sua ficção central, é porque, entre violência e direito, entre a vida e a norma, não existe nenhuma articulação substancial. Ao lado do movimento que busca, a todo custo, mantê-los em relação, há um contramovimento que, operando em sentido inverso no direito e na vida, tenta, a cada vez, separar o que foi artificial e violentamente ligado. No campo de tensões de nossa cultura, agem, portanto, duas formas opostas: uma que institui e que põe e outra que desativa e depõe. O estado de exceção constitui o ponto de exceção dessas forças e, ao mesmo tempo, aquele que, coincidindo com a regra, ameaça hoje torná-las indiscerníveis. Viver sob o estado de exceção significa fazer a experiência dessas duas possibilidades e entretanto, separando a cada vez as duas forças, tentar, incessantemente, interromper o funcionamento da máquina que está levando o Ocidente para a guerra civil mundial.”

constitucional possível do conceito de segurança, para tentar assegurar que o medo e a ameaça não se possam transformar em fatores de subversão permanente e descontrolada da ordem constitucional vigente, apontando como caminho possível a criação de uma espécie de “*emergency constitution*”, que se de um lado contemplaria medidas de constrição de direitos civis de outro lado tentaria preservar mecanismos de deliberação da sociedade que pudessem monitorar a necessidade desse estado de exceção.

É significativo o exercício de tentativa de harmonização entre os valores apontados por Denninger –liberdade e segurança– tendo em consideração uma nova ameaça antes não cogitada pelo Direito. Tribe (2004), no entanto, rebate duramente a possibilidade dessa segurança constitucionalizada apontada por Ackerman.

Significativas ainda, para a compreensão da proposta denningeriana –e de suas possíveis limitações– são as observações de Rosenfeld (2003) no sentido da identidade do constitucionalismo norte-americano estar, de modo permanente, vinculado apenas a duas concepções a saber: *liberdade* e *igualdade*, circunstância histórico-cultural que afastaria portanto, no âmbito estadunidense, a possibilidade de aplicação da mudança de paradigma proposta por Denninger.

Numa outra perspectiva de análise da proposta do jurista alemão –mas também denunciando uma visão um tanto regionalizada do problema, e particularmente das propostas de solução– o professor Rangel (2004) visualiza que a percepção de Denninger em relação à segurança está mais ligada ao cenário constitucional conservador alemão.

Todavia, não se pode deixar de identificar o tema da segurança como efetivamente paradigmático nos dias de hoje. Essa categoria, desenvolvida a partir de um marco originário da teoria do risco, se relaciona, como exposto por Beck (2003), com a perspectiva de uma ordem internacional organicamente integrada, tendo como categorias as noções de cosmopolitismo e a de exclusão social²⁸.

Vencidas essas ponderações, vale ressaltar que a *segurança* se fundamenta sobre dois valores. O primeiro está relacionado com uma supremacia do interesse social sobre o privado, procurando limitar as atividades particulares que causem riscos à integridade da comunidade. O segundo refere-se à construção de um instrumento capaz de conter as imprevisibilidades do exercício das liberdades.²⁹

²⁸ Para uma visão abrangente da força presente de segurança no quadro teórico desse início do século XXI, vide AGAMBEN (2004)

²⁹ Por exemplo: uma indústria pode inventar um produto transgênico –liberdade de invenção– do qual a sociedade não sabe se causará males à saúde, por isso o Estado deve tomar as devidas providências

8. CONCLUSÃO

Ao fim desta análise, podemos notar que Zagrebelsky e Häberle ainda se mantêm dentro de uma perspectiva de uma teoria da Constituição firmada nos ideais da Revolução Francesa de 1789, precisamente com base na tríade histórica *liberdade, igualdade e fraternidade*.

Destaque-se, ainda, que Häberle é altamente otimista quanto ao poder transformador das idéias decorrentes do 1789 para o desenvolvimento de uma teoria da Constituição vinculada ao desenvolvimento do Estado Constitucional, mormente porque envolvidas num caldo de cultura de natureza dinâmica.

Em relação a Denninger, sua proposta de substituição da tríade histórica por uma nova visão paradigmática (seguindo o entendimento de Rosenfeld) composta de *segurança, diversidade e solidariedade*, cremos, está ainda em processo de construção tanto prática quanto teórica. De toda sorte, a polêmica suscitada pela análise do citado constitucionalista alemão dá azo à seguinte questão: Denninger tenta romper, realmente, com a tradição da tríade de 1789 ou oferece ao mundo das idéias uma nova abordagem daquela, permitindo tão-somente a sua expansão (Habermas:2000)? Esta interrogação ainda está para ser respondida em outro momento. A resposta, ao menos por enquanto, parece ser a pela permanência da tríade histórica de 1789.

Bibliografia

- ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *In Yale Law Journal*, vol. 113, nº5, 2004, pp.1029-1079.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AMIRANTE, Carlo. *Introduzione. Diritti dell'uomo e sistema costituzionale: un futuro dal cuore antico*. *In DENNINGER, Erhard. Diritti dell'uomo e legge fondamentale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998, pp.I-LVIII.
- ARIZA, Santiago Sastre. *Ciencia Juridica Positivista y Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editora Mcgraw Hill, 1999.
- BECK, Ulrich. *Pouvoir et contre-pouvoir à le ère de la globalisation*. Paris:Aubier,2003.
- BIRD, Alexander. *Thomas Kunh*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Trad. Miguel Carbonell. *In Revista Isonomia*, nº16, abril de 2002, pp. 88-112.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Para viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense,1989.
- DENNINGER, Erhard. *Diritti dell'uomo e legge Fondamentale*. Trad. Luitgard Riegert e Carlo Amirante. Torino: G Giappichelli Editore,1998.

_____. *Freedom versus Security*. Disponível em www.goethe.de/kug/ges/rch/thm/en163802.htm. Setembro de 2004. Acesso em 5 de outubro de 2004.

_____. Democracia militante y defensa de la Constitución. In *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio Lopez Pina. Madri: Marcial Pons, 1996, pp. 445-486.

_____. *L'impatto della globalizzazione sulle democrazie contemporanee*. Disponível em www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200310/denninger. Outubro de 2003. Acesso em 18 de outubro de 2005.

_____. Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. In *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol.88, dezembro de 2003, pp. 21-45.

DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. *Teoria da mudança constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

_____. *Microfísica do Poder*. Trad. Roberto Machado. 16.ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

_____. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Remarks on Erhard Denninger's Triad. Trad. Christopher Long e Willam Scheurman. In *Constellations*, nº 4, dezembro de 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HESPANHA, António Manuel. *Poder e Instituições no Antigo Regime*. Lisboa: Edições Cosmos, 2000.

MORENO, José-Juan. Comanducci sobre o neoconstitucionalismo. In *Revista Isonomía*, nº 19, outubro de 2003, pp. 267-282.

NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. In *Ab Unum ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

RANGEL, Paulo de Castro. *Diversidade, Solidariedade e Segurança (notas em redor de um novo programa constitucional)*. Disponível em www.ao.pt/genericos/detalheArtigo.asp Novembro de 2003. Acesso em 22 de novembro de 2004.

ROBESPIERRE, Maximilien de. *Discursos relatórios convenção*. Trad. Maria Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: EDUERJ, 1999.

ROSENFELD, Michel. O constitucionalismo Americano Confronta o Novo Paradigma Constitucional de Denninger. In *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 88, dezembro de 2003, pp. 47-79.

_____. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução para o português Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003.

SAJÓ, András. *Limiting Government – An Introduction to Constitutionalism*. Budapest: Central European University Press, 1999.

TRIBE, Lawrence. The Anti-emergency constitution. In *The Yale Law Journal*, vol.113, nº 8, junho de 2004, pp.1801-1870.

VIEIRA, José Ribas et al. *A Constituição europeia: o projeto de uma nova teoria constitucional*. Rio de Janeiro:Renovar,2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Gregorio Peces-Barba. Madrid: Editorial Trotta, 1995.