

Estado Constitucional Cooperativo

Christine Oliveira Peter da Silva

Mestre em Direito e Estado pela UnB, Professora de Direito Constitucional do UniCeub, Professora de Pós-Graduação em Direito Constitucional do IDP

DOI: 10.11117/22361766.12.01.01

1 PROLEGÔMENOS FUNDAMENTAIS

O fenômeno que levou ao Estado de Direito nos séculos XVIII e XIX é o mesmo que conduz ao Estado Constitucional dos séculos XX e XXI: a necessidade de estabelecimento de diretrizes para guiar as relações dos indivíduos organizados em sociedades.

Da mesma forma que se lutou, no seio da Revolução Francesa, pelos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, em busca de melhores condições de vida para os indivíduos organizados em comunidades, hoje a pauta política mundial ainda se encontra no dilema: como libertar os indivíduos de prisões políticas, econômicas e culturais, garantindo-lhes a dignidade humana, sem o uso da força e do imperialismo?

Nesse quadro, a reflexão sobre o futuro do Estado Constitucional, a partir da proposta do Estado Constitucional Cooperativo de Peter Häberle, inaugura debate que já tarda entre nós: o da inserção do Direito Constitucional brasileiro no plano do Direito Constitucional latino-americano¹, interamericano² ou mundial (se quisermos ser mais ambiciosos).

Assim, os objetivos aqui propostos esgueiram-se pelos princípios mais salutarés do Estado Constitucional brasileiro: como alcançar o ideal de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988) no plano interno do Estado Constitucional Democrático, sem descurar, no plano externo, de políticas que privilegiem a prevalência dos direitos humanos, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, enfim, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, II, V, VI, IX, da Constituição Federal de 1988)?

1 Considerando, portanto, apenas um debate sul-americano.

2 Pensando aqui numa possível agregação dos países americanos de língua inglesa.

Por óbvio que a proposta é hercúlea, mas é por isso mesmo que todas as considerações aqui esboçadas virão apoiadas na sólida doutrina do Professor Peter Häberle, a quem ofereço este artigo trazendo um pensamento de Isaac Newton, sempre presente em sua obra: “Se consegui enxergar mais longe é porque estava apoiado sobre ombros de gigantes”.

2 DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL E COOPERATIVO

É do Professor Jorge Miranda a lição: “Não são apenas os indivíduos (ou os particulares) que vivem subordinados a normas jurídicas. Igualmente o Estado e as demais instituições que exercem autoridade pública devem obediência ao Direito (incluindo ao Direito que criam)”³.

Assim, a própria concepção moderna de Estado está intimamente vinculada à idéia de limitações por normas jurídicas, ou seja, para lá dos elementos histórico, geográfico, econômico, político, moral e afetivo (cultural), que sempre devem ser considerados no conceito de Estado Moderno, também há que ser incluído o elemento jurídico, traduzido na formulação de direitos e deveres, faculdades e vinculações dos Estados e dos indivíduos entre si⁴.

Diante disso, quando se ensina, no contexto da clássica teoria geral do Estado, que o Estado é formado pelos elementos povo, território e soberania, deve-se conceber tais elementos sempre conformados e limitados pelas normas jurídicas⁵.

Isso quer dizer que, ao se falar de povo, não se está a referir a qualquer grupo de indivíduos, mas ao conjunto de cidadãos, reconhecido, protegido, assistido pela Constituição e por outras normas do ordenamento jurídico de um Estado Nacional, chamado país. Quando há uma referência a território, está-se a fazer menção àquele território reconhecido pelas regras de direito internacional, pois, se o território não estiver sob a jurisdição das regras de nenhum ordenamento jurídico nacional ou internacional, apresenta-se como um território livre, onde a força e a irracionalidade podem fazer voltar ao tempo das barbáries (*vide*, por exemplo, a situação de Guantânamo). E a soberania? Esta talvez seja, dentre os elementos do Estado, o que mais trará dificuldades de apreensão e compreensão no século XXI, pois, desde o século XVIII, com a conformação do modelo federal de Estado, tal conceito vem sofrendo sérias transformações, chegando ao século XXI completamente reformulado, em relação ao que dele se concebia em tempos mais remotos.

3 MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 1.

4 MIRANDA, Jorge. *Ibidem*, p. 2.

5 MIRANDA, Jorge. *Idem*, *ibidem*, p. 2.

Dessa forma, do já clássico conceito de Estado de Direito dos séculos XVIII e XIX não foi difícil avançar para o conceito de Estado Constitucional, que, no século XX, ganhou a preeminência nas formulações políticas do mundo ocidental. Entretanto, principalmente a partir da segunda metade do século XX, com o fim da Segunda Guerra Mundial, os Estados Nacionais, já todos em sua conformação constitucional, passaram a vivenciar uma nova perspectiva: a dos blocos e das comunidades transnacionais, as quais se formaram em busca de uma maior força pelas alianças econômicas, políticas e até culturais.

Alguns chegam mesmo a dizer, reforçando hipóteses desde há muito ventiladas pelos filósofos clássicos, que o mundo caminha em direção ao Estado Universal⁶, utilizando, para a confirmação de suas suspeitas, o já encaminhado processo de reconhecimento de uma Constituição Européia⁷.

Diante desse quadro, é necessário repaginar a discussão, no contexto da teoria constitucional, pois esta ainda se encontra estacionada no plano do Direito Constitucional interno – no qual se discute à exaustão a possibilidade (ou não) da força normativa dos princípios e regras constitucionais –, para uma discussão mais ampla, em que a premissa da obrigatória vinculação das normas constitucionais no plano interno já está pressuposta, supondo novos questionamentos e desafios que exsurgem no contexto do Estado Constitucional Cooperativo⁸.

Ou seja, do Estado de Direito, passando pelo Estado Constitucional, a investigação da Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional (num plano mais geral) deve agora focar seus esforços no Estado Cooperativo, que assume uma perspectiva transnacional, inédita na conformação histórica, mas já vislumbrada pela fértil (e profética) doutrina de filósofos e pensadores clássicos⁹.

6 Por todos vide: MARTINS, Ives Gandra. *O direito do estado e o estado de direito*. São Paulo: J. Bushatsky, 1977. É bem recente a reafirmação dessa doutrina pelo Professor Ives Gandra: "Hoje, com a Constituição européia, que principia a ser referendada pelos 25 países da comunidade, tem-se o gérmen de tal Estado, visto que não só seus seis órgãos de administração supranacional (Parlamento europeu, comissão, conselho, Tribunal de Contas, Tribunal Europeu e Banco Central) como o próprio direito comunitário prevalecem sobre o direito nacional no que diz respeito aos interesses comuns. Tenho dito, há anos, que a União Européia já não é mais uma confederação de países, mas uma federação deles, experiência inédita na história mundial". (Falas Presidenciais. *Folha de São Paulo*. Publicado em: 5 maio 2005, p. A3)

7 Sobre a discussão em torno do reconhecimento de uma Constituição para a Europa vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. A constituição européia: entre o programa e a norma. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/canotilhon.pdf>. Acesso em: 13 maio 2005.

8 Sobre o conceito de Estado Constitucional Cooperativo vide tópico 4, *infra*.

9 Estou a me referir aqui principalmente a Kant, que, em sua *Paz Perpétua*, preconizava o Estado Universal. Vide KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995. Cf. também os mais recentes comentários sobre o tema: NOUR, Soraya. *A paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2004; SAINT-PIERRE, Abbe. *Projeto para tornar perpétua a paz na Europa*. Trad. Sérgio Duarte. Brasília: Universidade de Brasília, 2003.

Entretanto, antes de enveredar sobre os aportes do Estado Constitucional Cooperativo, é preciso saber quais os fundamentos e as premissas dogmáticas desse novo tipo de Estado Constitucional. É o que se vai apresentar a seguir, a partir de uma análise das lições de Peter Häberle acerca do futuro do Estado Constitucional, sob a perspectiva da Revolução Francesa¹⁰.

3 O FUTURO DO ESTADO CONSTITUCIONAL, SOB A PERSPECTIVA DA REVOLUÇÃO FRANCESA

Não há dúvidas de que o modelo atual de Estado Constitucional deita suas raízes na Revolução Francesa. Não seria consistente apresentar o conceito de Estado Constitucional Cooperativo, como um novo modelo de Estado Constitucional, que se reputa adequado à realidade mundial do século XXI, sem fazer referência aos pontos de partida de toda a discussão que o viabilizou e gerou. Nesse contexto, a doutrina do Professor Häberle é o porto seguro de nossas considerações.

Ao analisar os modelos de Estado Constitucional, tanto europeus quanto o norte-americano, Häberle propõe três teses: 1789, como irrenunciabilidade do passado; 1789, como princípio de esperança; e 1789, como princípio de responsabilidade¹¹.

Em termos de dogmática constitucional, 1789 representa, em um primeiro plano, uma garantia constitucional de manutenção de alguns conteúdos irrenunciáveis para o Estado Constitucional, os quais são parcialmente localizados na referência do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789: separação de poderes, direitos humanos e, ainda que implicitamente, a primazia da Constituição. As palavras de Häberle são elucidativas nesse sentido:

“Los derechos del hombre y su fundamento, a dignidad humana (desde Kant y Schiller), la separación de poderes (Locke y Montesquieu), así como la democracia (gracias a Rousseau y al Federalista) conforman barreras culturales que no permiten el paso atrás y fundan elementos básicos de cualquier avance constitucional hacia el futuro.”¹²

Ora, segundo a doutrina de Häberle, não seria alvissareiro anunciar um novo tipo de Estado Constitucional simplesmente abandonando as características do modelo que se esvai. Isso porque, mesmo que se faça um considerável esforço, revela-se muito difícil abandonar um modelo histórico (sagrado e consagrado ao longo de dois séculos) sem dele herdar algumas

10 Trata-se, portanto, de um resumo da obra do professor alemão: HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998.

11 HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998. p. 87-92.

12 Idem, ibidem, p. 88.

características. Ora, nesse sentido, a referência e a apologia ao modelo de Estado inaugurado pela Revolução Francesa, preconizadas por Häberle pelo princípio da irrenunciabilidade do passado, estão plenamente justificada e ganham sustentação plena na proposta que se segue.

Sob uma segunda perspectiva, 1789 representa o princípio da esperança, ou seja, crença no sujeito, no homem educado, ativo e participativo, crença na sociedade aberta no sentido de Popper¹³, nos direitos do homem, não apenas no aspecto dos direitos individuais, mas também dos direitos coletivos da humanidade, no sentido do idealismo alemão e de sua vocação cívica universal¹⁴.

Nesse contexto, a perspectiva da esperança para Häberle reflete-se no modelo de sociedade aberta composta por cidadãos com uma imagem moderadamente otimista, a qual resguarda valores culturais tais como liberdade, justiça, solidariedade ou mesmo os clássicos liberdade, igualdade e fraternidade¹⁵.

Assim sendo, ao lado da premissa conservadora da irrenunciabilidade do passado, Häberle aponta o novo sob a perspectiva do princípio da esperança, demonstrando com isso como sua doutrina tem proposta equilibrada, uma vez que remete-se ao velho e ao novo em graus equiparados de importância.

Por fim, Häberle indica 1789 como princípio da responsabilidade, referindo-se à exigência imediata da consagração jurídico-positiva e ético-social do postulado da fraternidade da Revolução Francesa. Segundo o professor alemão, o modelo ideal de fraternidade se concretiza na idéia de cidadão como concidadão, ou seja, para Häberle, o Estado Social, cujo objetivo primordial é a proteção dos direitos fundamentais sociais e a vinculação da sociedade à sua função social, deve também abrir-se à fórmula, já experimentada na Alemanha, de um Tribunal Constitucional com feições de referência comunitária para a imagem do homem-cidadão. A proteção ao meio ambiente também pode ser identificada com a máxima da responsabilidade, nesse contexto¹⁶.

O princípio da responsabilidade preconizado por Häberle identifica-se com um modelo proposto por H. Jonas, segundo o qual o cidadão de hoje deve trabalhar de tal modo que as consequências de suas ações sejam compatíveis com uma futura existência humana minimamente digna¹⁷. São pa-

13 Aqui a referência é o livro: POPPER, Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987.

14 HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998. p. 88.

15 Idem, ibidem, p. 99.

16 Idem, ibidem, p. 90.

17 E o próprio Häberle aqui pontua a responsabilidade dos europeus nas suas relações com o Terceiro Mundo: "*Ello afecta también a nuestra relación con el Tercer Mundo*". Cf. HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998. p. 90.

lavras de H. Jonas reproduzidas por Häberle: “*Obra de tal modo que las consecuencias de tu acción resulten compatibles con una futura existencia humanamente digna, esto es, con el derecho de la Humanidad a sobrevivir sin límite en el tiempo*”¹⁸.

Ora, na visão de Häberle, a Revolução Francesa, juntamente com as contribuições inglesa e norte-americana, são responsáveis pelo Estado Constitucional moderno, bem como pelos seus elementos político-constitucionais. Dessa forma, os ideais da Revolução Francesa, especialmente a fraternidade, seguem sendo um mandato para o Estado Constitucional, como se a produção comunitária paneuropeia/atlântica fosse a última exigência do ciclo inaugurado em 1789 e, quem sabe, como oportunidade de compromissos universais jamais experimentados¹⁹.

Nessa visão, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade remetem para um exigente e esperançoso projeto de Estado Constitucional para o século XXI, apontando para uma cultura histórica que está sendo construída a partir do objetivo comum dos Estados Constitucionais ocidentais aportados e conectados na (e pela) idéia de dignidade da pessoa humana²⁰.

4 ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

Segundo Häberle, já é lugar comum a “europeização” do Direito em geral e de suas disciplinas em particular, no que resulta simples a conclusão de que “[...] *la cultura y el derecho ‘hacen’ la cultura del derecho de Europa*”²¹.

O direito constitucional comum europeu, a que Häberle se reporta como “Direito de Europa”, introduzido na discussão de 1991, somente denota um aspecto parcial do Estado Europeu, o qual se alimenta de um pensamento que envolve o próprio direito comum e os princípios, sem pretender nivelar as culturas jurídicas nacionais²².

Os motivos que levaram à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, mas, segundo Häberle, dois deles podem ser

18 VEASE, H. Jonas. Das prinzip verantwortung. Apud HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998, p. 91-92, nota 19.

19 HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998. p. 93-95.

20 Sobre a dignidade da pessoa humana, Häberle dedica um capítulo de seu livro *El Estado Constitucional*, cf.: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 169-172.

21 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 66.

22 Idem, ibidem, p. 66.

identificados de forma mais clara: o aspecto sociológico-econômico e o aspecto ideal-moral²³.

Para o Professor Häberle, se é possível identificar alguma causa realmente importante para a conformação do Estado Constitucional Cooperativo, esta seria a interdependência econômica dos Estados constitucionais. São palavras do próprio autor nesse sentido: "*Si se puede decir que el 'Estado europeo' viene de la economía, con mayor razón es esto válido para el Estado constitucional cooperativo, que es efecto de las interrelaciones económicas y es causa de estas mismas*"²⁴.

Há que também ser enfatizado o papel dos direitos humanos e fundamentais para o processo de conformação do Estado Constitucional Cooperativo. Entretanto, ressalta o Professor Häberle que este aspecto somente pode ser esboçado, uma vez que ainda não existe uma sociedade aberta de cidadãos europeus no plano universal, pois ainda se considera o outro como um estrangeiro, ou seja, o esforço ainda será muito grande até que sejam reconhecidos direitos fundamentais no plano internacional e universal²⁵.

Para Häberle, mesmo que, numa perspectiva internacional, a cooperação entre os Estados ocupe o lugar de mera coordenação e de simples ordenamento para a coexistência pacífica (ou seja, de mera delimitação dos âmbitos das soberanias nacionais), no campo do direito constitucional nacional tal fenômeno, por si só, pode induzir a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma principiologia de prevalência do direito comunitário sobre o direito interno²⁶.

Tentando demonstrar a pertinência de suas conjecturas²⁷, Häberle registra que a maioria das Constituições modernas protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais²⁸.

Numa tentativa sintetizadora de suas idéias acerca do modelo de Estado Constitucional Cooperativo, Häberle apresenta a imagem do Estado Constitucional contemporâneo como aquela da comunidade universal dos Estados Constitucionais, ou seja, um contexto em que os Estados Constitucionais não existem mais para si mesmos, mas, sim, como referências para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade. Mas é o próprio professor alemão que adverte: vai-se enfrentar nessa seara as mes-

23 Idem, ibidem, p. 68.

24 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 68.

25 Idem, ibidem, p. 68.

26 Idem, ibidem, p. 74.

27 Fez, para isso, pesquisa em mais de 100 Constituições européias e não-européias.

28 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 74.

mas críticas e experienciar as mesmas dificuldades, já sentidas por Kant, diante da busca de uma visão cosmopolita do Estado e dos indivíduos²⁹.

Na minha visão, que modestamente apresento aqui, tal pode ser contornado se este Estado Constitucional Cooperativo tiver como fórmula básica um modelo de concretização da Constituição (seja no plano da jurisdição constitucional, seja no plano da dinâmica concretizadora das demais funções do Poder – processo legislativo e processo político) que esteja atenta para os aportes das decisões das Cortes Constitucionais de outros países (Direito Constitucional Comparado) e, principalmente, encontre fórmulas de ressonância das decisões das Cortes Internacionais no plano interno.

5 TEORIA DA CONSTITUIÇÃO COMO CIÊNCIA DA CULTURA: APORTE TEÓRICO DO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

Para viabilizar a idéia de um Estado Constitucional Cooperativo, Häberle propõe, no que é apoiado por Pablo Lucas Verdú³⁰, uma Teoria da Constituição como ciência da cultura. É o próprio Häberle quem condensa em dez teses as idéias apresentadas em seu livro, cujo objetivo é apresentar as diretrizes para uma teoria constitucional apoiada na cultura³¹.

Certamente, o Professor Häberle avança em seu livro para além do que os estudiosos de Direito Público estão acostumados a se referir quando utilizam a expressão cultura. Häberle propõe um conceito mais amplo, que congrega dados sociológicos e antropológicos, reportando-se não apenas ao tripé educação, ciência e arte, mas também referindo-se a todos os tipos de conhecimentos, crenças, artes, moral, leis, costumes e usos sociais que os homens e as mulheres adquirem no seio de uma determinada sociedade³².

Por óbvio que as considerações que se seguem constituem apenas uma apertada (e, portanto, incompleta) síntese da monumental contribuição do Professor Häberle ao universo das investigações sobre as implicações mútuas entre teoria constitucional e cultura, porém, é o que se encaixa, por hora, nos objetivos limitados do presente estudo.

Para Häberle, toda compreensão que se realiza no contexto da concretização constitucional necessita de uma ampliação para que se inclua também a cultura dentre os seus elementos científicos, a completar o rol dos conceitos jurídicos já presentes há mais tempo nesse universo³³.

29 Cf. nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 75-77.

30 Sobre a teoria da Constituição como ciência da cultura vide: VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998.

31 HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

32 HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, p. 24.

33 Idem, ibidem, p. 159.

A partir de cristalizações culturais é que se forma a sociedade aberta de intérpretes e políticos constitucionais, a qual fundamenta e movimenta todo o Estado Constitucional ocidental³⁴. Assim sendo, a cultura, naquilo que a representa como ciência e literatura, bem como naquilo que permite a sua produção e recepção, apresenta-se como elementos de uma grande peça teatral em que tanto os atores quanto os diretores dão o tom coletivo da mensagem final produzida³⁵.

O caráter analítico das constituições contemporâneas, com toda a sua vastíssima gama temática, principalmente no que tange aos seus preâmbulos, liberdades culturais, cláusulas gerais e especiais relacionadas com a cultura etc., se analisado sob o aspecto de seu conjunto, revela, até certo ponto, uma afinidade estreita entre Constituição e cultura, o que inclui, nessa análise, um tipo de criatividade plural do momento histórico presente³⁶.

O processo de estabilidade ou continuidade constitucional, considerando o tempo como dimensão, pode ser analisado e explicado a partir de uma perspectiva científico-cultural que combina aspectos sociológicos, ideológicos e normativos, possibilitando o trabalho de especialistas em ciências jurídicas e outras áreas do conhecimento que se interessem pelo mesmo objeto cultural de análise³⁷.

Todos os estudos resultantes de uma compreensão da Constituição como ciência da cultura em nível comparado estão atualmente intensificando os esforços interdisciplinares, para permitir uma nova leitura das relações existentes entre dignidade humana e povo, razão e liberdade, Direito e realidade, assim como entre ideologia e interesses econômicos³⁸.

A interpretação constitucional efetuada à luz da perspectiva científico-cultural pode lograr melhores fórmulas de compreensão na relação entre os textos jurídicos e seus respectivos contextos, considerando que toda manutenção ou mudança constitucional sempre é revitalizada mais intensamente a partir das cristalizações culturais próprias³⁹.

A elaboração de qualquer acontecimento histórico que vá além do próprio texto constitucional concreto somente se torna empreendimento possível tomando como perspectiva de estudo a teoria científico-cultural, ou quando se opta pelas fórmulas, já experimentadas, das disposições conhecidas como *soft law*, ou seja, normas flexíveis⁴⁰.

34 HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, p. 159.

35 Idem, *ibidem*, p. 60-64.

36 Idem, *ibidem*, p. 159.

37 Idem, *ibidem*, p. 159.

38 Idem, *ibidem*, p. 160.

39 Idem, *ibidem*, p. 160.

40 Idem, *ibidem*, p. 160.

Se se tomar como ponto de partida a tese da cultura como ciência, deve-se enfrentar questões e resultados próprios da investigação cultural política, que, por sua vez, conferem profundidade própria à cultura constitucional, profundidade esta que considera os prismas normativo e sociológico⁴¹.

Toda a hipótese que tenha por fundamento e ponto de partida a cultura como ciência conduz ao espaço de discussão do constitucionalismo de base comparatista, apresentando-se como uma manifestação cultural com expectativas de êxito tanto no plano externo (se for compartilhado elemento lingüístico) quanto no plano interno (constitucionalismo iuscomparatista regional)⁴².

Finalmente, conclui o Professor Häberle, uma Teoria da Constituição de cunho científico-cultural pode cooperar para a redução do direcionamento dos objetivos do Estado Constitucional exclusivamente para o bem-estar materialista, a partir do paradigma do Estado Social de Direito, uma vez que oferece crítica a toda interpretação desse tipo de Estado que seja fundada unipontualmente no crescimento quantitativo e sobredimensionado⁴³.

Dessa forma, a Teoria da Constituição como ciência da cultura apresenta-se como uma alternativa a favor da sedimentação das bases teóricas do Estado Constitucional, a qual poderá sobreviver razoavelmente forte mesmo em tempos de profunda crise⁴⁴.

Com tal aporte teórico, a discussão sobre a crise do constitucionalismo no mundo contemporâneo torna-se mais amena, pois a Teoria Geral do Estado, para a qual são tão caros os conceitos de soberania, território e povo, pode ganhar sobrevida por meio do aporte cultural, migrando a teoria formulada a partir dos clássicos elementos já mencionados para outros mais consistentes e resistentes ao novo contexto mundial: hegemonia cultural⁴⁵, patrimônio cultural⁴⁶ e identidade cultural⁴⁷.

41 HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos. p. 160.

42 Idem, ibidem, p. 160.

43 Idem, ibidem, p. 160-161.

44 Idem, ibidem, p. 161.

45 Para mim, muito mais consistente do que o conceito de democracia é o conceito de hegemonia cultural, que significa a capacidade de influenciar outros povos e negociar os próprios interesses no plano das relações internacionais.

46 Mais do que simplesmente um território (propriedade física), é também importante para conceituar o novo Estado (Constitucional Cooperativo) a idéia da propriedade intelectual e, ainda, da utilização inteligente das riquezas naturais para gerar sustentabilidade e produção. Trata-se de idéia simples, mas bastante ousada, que pretendo desenvolver em estudos posteriores.

47 Mais do que falar em nacionalidade, povo, temos que falar em vínculos culturais, pois são eles que sustentam a identidade de um povo no contexto de um mundo em que as distâncias físicas ficam cada vez menores e menos importantes e a fronteiras ganham novas dimensões políticas.

6 PLURALISMO E CONSTITUIÇÃO: NECESSÁRIO AVANÇO COMUNICATIVO DO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

Para Häberle, uma Constituição verdadeiramente democrática não pode ser concebida senão como o reflexo de um conjunto plural de interesses públicos.⁴⁸ E, nesse contexto, Häberle pode ser considerado um pioneiro, pois suas idéias estão voltadas para a Universidade do futuro, para a Europa do futuro, para o Estado do futuro, em que o pluralismo, a tolerância e a aceitação do outro tornam-se princípios vetores de um novo paradigma científico e cultural⁴⁹.

Muito embora o discurso pareça “piegas” e, de algum modo, “utópico”, é preciso registrar que, segundo o Professor Francisco Segado, toda reflexão häberliana gira em torno do conceito de pluralismo, que se nutre de procedimentos concretos, irrenunciáveis, previamente acordados no contexto das culturas constitucionais existentes. Dessa forma, a sua realização está no modo como os diversos Estados Constitucionais garantem e protegem a liberdade humana, a liberdade de informação e opinião, a liberdade de investigação científica, a liberdade de criação de partidos políticos e de partidos de oposição, democracia, opinião pública, Estado social e cultural, separação de poderes em todos os seus sentidos, bem como independência da magistratura⁵⁰.

Para que o pluralismo não se perca em idéias abstratas e literárias, revela-se necessário que a sociedade possa dispor de uma integração social e estatal autônoma e uma representação igualmente livre, por meio de associações, partidos e sindicatos, igrejas e comunidades religiosas, etc., porque, se assim não for, não é possível falar de pluralismo⁵¹.

Ora, Häberle afirma que a Constituição da liberdade é sempre a Constituição do pluralismo e vice-versa. Mas é preciso explicar que o pluralismo e a abertura para *inputs* no processo constitucional público constituem as únicas garantias materiais em prol de uma formação unitária (estatal ou supra-estatal) fundamentada no direito de liberdades⁵².

48 Esta é uma afirmação de: SEGADO, Francisco Fernández. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, estudio preliminar. p. XXV.

49 SEGADO, Francisco Fernández. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, estudio preliminar, p. XXIV.

50 SEGADO, Francisco Fernández. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, estudio preliminar, p. XXIX. A idéia original encontra-se em: HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución* – estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002. p. 107.

51 SEGADO, Francisco Fernández. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, estudio preliminar, p. XXIX. A idéia original encontra-se em: HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución* – estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002. p. 107.

52 HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución* – estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002. p. 109.

A concepção de Häberle de Constituição como ciência aberta da cultura traduz-se inafastavelmente na necessária abertura do procedimento de interpretação constitucional, o que conduz à idéia de sociedade aberta de intérpretes da Constituição como premissa básica da interpretação pluralista⁵³.

A tese principal da teoria de Häberle é a de que, no processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível fixar um *numerus clausus* de intérpretes da Constituição Federal⁵⁴.

Para Häberle a interpretação é o momento pós-compreensivo, ou seja, quem vive a norma acaba por interpretá-la ou, pelo menos, por co-interpretá-la, ou seja, qualquer atualização da Constituição Federal, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui-se, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada⁵⁵.

Vale aqui contrapor o conceito de interpretação por Hesse: "Atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de um texto (norma)". Trata-se de um conceito estrito de interpretação que se contrapõe ao conceito amplo defendido por Ehmke e Scheuner (apoiado por Häberle)⁵⁶.

A idéia básica é a de que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática, pois todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com esse contexto é, ainda que indiretamente, um intérprete dessa norma⁵⁷.

Quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que dela devam participar. Deve-se enxergar a Constituição como um processo público. Diante da objeção de que o círculo aberto de intérpretes prejudicaria a unidade da Constituição, é preciso dizer que a própria abertura da Consti-

53 Nesse sentido cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

54 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. p. 13.

55 Tal é observado pelo Professor Gilmar Ferreira Mendes na apresentação da tradução brasileira à obra do Professor Häberle: "Assim, se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, tem-se necessariamente, de indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional sobre as forças ativas da *law in public action*". Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. p. 10.

56 Cf. também: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. p. 10.

57 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. p. 15.

tuição demonstra que não apenas o juiz da jurisdição constitucional participa do processo interpretativo, mas todos aqueles que de alguma forma devem vivenciá-la⁵⁸.

Häberle refuta todo e qualquer tipo de verdade apriorística, reforçando a idéia de que deve haver uma luta social aberta em busca da verdade, a qual não será alcançada somente nas vias judiciais, mas em todas as instâncias culturais (que chama de “mercado livre das idéias”), que, a seu juízo, é a fórmula mais adequada de se conceituar democraticamente a verdade (que já não é senão a verdade mediante liberdade)⁵⁹.

De qualquer modo, não se pode olvidar que, para que seja concebida a verdade pela visão häberliana, revela-se necessário assegurar uma mínima igualdade de acesso à comunicação, com um autêntico pluralismo de meios, incluindo-se aí meios públicos em que tenham condições iguais de acesso os grupos sociais e políticos significativos. Anotemos com o professor Segado: “*Y es obvio que ambos requisitos (la igualdad de acceso y el pluralismo de los medios), en muchos ámbitos geográficos y períodos temporales o son inexistentes (existen sólo formalmente) o se hallan enormemente devaluados o relativizados*”⁶⁰.

Por fim, não se pode deixar de registrar a combinação, na minha opinião imprescindível, entre a teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição e a visão de Estado Constitucional Cooperativo, assentado na democracia pluralista, pois a primeira apresenta-se como instrumento viabilizador do segundo, ou seja, a teoria interpretativa da sociedade aberta tem que ser garantida sempre sob a perspectiva democrática (seja no plano interno – procedimental aberto; seja no plano internacional – cooperativo aberto). Para Häberle, a democracia de cidadãos sugere um pensamento que contemple a democracia desde os direitos fundamentais, não se remetendo, portanto, a concepções dogmatizadas como a de povo soberano, que, na realidade, veio apenas a substituir a figura do monarca absoluto⁶¹.

A proposta pode até ser tachada de ousada, mas de forma alguma pode ser vista como ‘romântica’ ou ‘utópica’, pois tudo indica e aponta para um mundo em que indivíduos cada vez mais se interessem pela concretização da Constituição, na medida em que esta é o eixo regulatório de suas relações privadas domésticas e internacionais.

58 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. p. 31-32.

59 Tais idéias estão apresentadas por: SEGADO, Francisco Fernández. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, estudio preliminar, p. XL e XLI.

60 SEGADO, Francisco Fernández. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, estudio preliminar, p. XLI.

61 SEGADO, Francisco Fernández. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, estudio preliminar, p. XLI.

Nesse contexto, a idéia de cooperação entre os Estados, que parecia uma norma constitucional programática de realização tão distante, já faz parte de considerações acadêmicas mais realistas (de cunho pragmático visível) e muito em breve também fará parte das realidades “sentidas” e “sofridas” pelos indivíduos e pelas nações do mundo inteiro.

7 MÉTODO COMPARATIVO COMO “QUINTO” ELEMENTO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTEXTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

Em 1988, em um Congresso em Madrid, Häberle propôs o reconhecimento do método comparativo como quinto elemento de interpretação das normas jurídicas, acrescentando-o aos já clássicos métodos gramatical, histórico, teleológico e sistemático propostos por Savigny, a partir dos conceitos herdados dos grandes juristas romanos⁶².

Segundo Häberle, no contexto do Estado Constitucional Cooperativo, revela-se imprescindível a comparação constitucional como marco metodológico, tendo em vista que esta se apresenta como a via mediante a qual as diversas Constituições podem se comunicar entre si, possibilitando que se adquira para cada uma e para todas elas uma maior eficácia, em virtude na conformação do tipo único de Estado Constitucional (Estado Constitucional Cooperativo)⁶³.

Na minha opinião, aqui se encontra o maior “tesouro” da obra do professor Peter Häberle: além de propor dogmaticamente a teoria que embasa o seu pensamento, o professor Häberle também se preocupa com o procedimento que viabiliza a conformação prática de suas considerações teóricas, oferecendo, com isso, não apenas o caminho epistemológico, mas também e principalmente, a fórmula pragmática de reconhecer o contexto real em que os aportes teóricos poderão ser vivenciados.

Para o professor Häberle, a comparação jurídica deve ser praticada como comparação entre culturas: “*Sin importar lo que se piense de la sucesión de los métodos tradicionales de la interpretación, en el Estado constitucional de nuestra etapa evolutiva la comparación de los derechos fundamentales se convierte en ‘quinto’ e indispensable método de la interpretación*”⁶⁴.

O professor Francisco Segado observa que Häberle realmente acredita que o comparatismo constitucional pode produzir frutos imensuráveis tanto no plano da exegese, das modificações pela interpretação, quanto na pró-

62 SEGADO, Francisco Fernández. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, estudio preliminar, p. XLIII.

63 Apud SEGADO, Francisco Fernández. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, estudio preliminar, p. XLIII.

64 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 162.

pria realidade circundante da Constituição. Anota que, dessa forma, o Direito Comparado de cunho científico-cultural revela-se especialmente adequado na seara das políticas legislativa e constitucional, apresentando-se também como de grande utilidade no âmbito da simples exegese do direito constitucional vigente (direito positivo). Anota: “[...] *las reflexiones científico-culturales procedentes del Derecho constitucional comparado pueden servir, en parte, para aclarar y justificar las diferencias y, en parte también, para encontrar elementos comunes*”⁶⁵.

No método comparativo que propõe, Häberle tem apresentado os *standards* como critério de identificação de modelos comuns entre os diversos Estados Nacionais, afirmando que cada vez mais tem surgido um conjunto maior de princípios constitucionais particulares que se apresentam comuns a diferentes Estados Constitucionais da Europa. Anota Francisco Segado, comentando as lições de Häberle: “*Estos standards se encuentran en el substrato común de la cultura jurídica e integran ideas jurídicas paralelas, análogas o similares, y en última instancia, abocan en determinadas concepciones de la justicia*”⁶⁶.

O professor Häberle afirma que o reconhecimento das Cartas de Direitos Humanos das comunidades pelos ordenamentos internos apresenta-se como um sinal da integração entre o Estado Constitucional e os direitos humanos, devendo ser ressaltado que a interpretação constitucional foi a grande responsável por isso. A partir dessa constatação, o professor Häberle ressalta que o intérprete dos direitos fundamentais tem que tomar em consideração sempre os textos universais e regionais sobre os direitos humanos, sendo a própria abertura dos conteúdos e dimensões dos direitos fundamentais uma consequência da própria evolução do Estado Constitucional cooperativo⁶⁷.

Assim, não se pode perder de vista que a consagração da comparação jurídica como quinto método de interpretação, no contexto do Direito Constitucional do Estado Constitucional, revela-se como uma consequência da história da própria doutrina da interpretação jurídica. Isso porque, se no sistema elocubrado por Savigny (fundador da Escola Histórica do Direito) era natural que tivesse lugar de destaque o método histórico de interpretação, da mesma forma se apresenta lógico que, no paradigma de uma teoria do Estado Constitucional Cooperativo, o método comparativo se revele proeminente, considerando que constitui a via pela qual as diversas constituições nacionais podem se comunicar entre si, a fim de conferir mais força à idéia de conformação de um tipo único de Estado Constitucional⁶⁸.

65 Apud SEGADO, Francisco Fernández. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, estudio preliminar, p. XLIII.

66 SEGADO, Francisco Fernández. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, estudio preliminar, p. XLIV.

67 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 163.

68 Idem, ibidem, p. 164.

Por fim, é importante registrar que o método comparativo, proposto como caminho metodológico adequado para a concretização das constituições neste século XXI, não implica que se abra mão das particularidades regionais em prol de uma ordem universal, mas exige que se busque sempre, de maneira aberta e sensível, observar o tópico e o individual em contraponto com o paradigma do “outro”, confirmando-se a idéia de que se aproxima o tempo de uma maior relação entre as culturas, no contexto do que se tem chamado de Estado Constitucional Cooperativo⁶⁹.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

_____. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

_____. *Hermenêutica constitucional* – Sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

_____. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

_____. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998.

_____. *Pluralismo y constitución* – estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.

MARTINS, Ives Gandra. *O direito do estado e o estado de direito*. São Paulo: J. Bushatsky, 1977.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2004.

POPPER, Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987.

SAINT-PIERRE, Abbe. *Projeto para tornar perpétua a paz na Europa*. Trad. Sérgio Duarte. Brasília: Universidade de Brasília, 2003.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la constitución como ciencia cultural*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998.

69 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 164-165.