

O Futuro das Constituições na Era da Globalização. Identidade Nacional e “Estado Constitucional Cooperativo” na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹

PAOLO RIDOLA

Sapienza Università di Roma.

SUMÁRIO: 1 A Constituição da República Federativa do Brasil sob o ângulo de observação da comparação jurídica; 2 A Constituição brasileira no contexto do constitucionalismo latino-americano; 3 A Constituição brasileira e os desafios do terceiro milênio; 4 Observações finais. Constituições nacionais, “estado constitucional cooperativo” e o futuro do constitucionalismo.

1 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL SOB O ÂNGULO DE OBSERVAÇÃO DA COMPARAÇÃO JURÍDICA

É uma grande honra para mim, contribuir para este Congresso, que celebra o vigésimo quinto aniversário da Constituição da República Federativa do Brasil. Agradeço ao *Instituto de Direito Público*, ao Ministro Gilmar Mendes e aos Professores Paulo Gonet Branco e Jairo Schäfer por me convidarem para dar uma palestra neste Congresso. As relações entre a ciência jurídica italiana e brasileira são intensas e íntimas. Lembro-me de que, na década de trinta do século passado, os juristas italianos de origem judaica (Tullio Ascarelli, Tullio Liebman, Renato Treves), forçados a deixarem a Itália por causa da perseguição racial, foram recebidos neste País e lecionaram em universidades no Brasil. Nos últimos anos, a Constituição de 1988 estabeleceu um ponto de encontro muito frutífero entre a doutrina constitucional brasileira e a italiana, como é evidenciado pelos muitos relatos de cooperação científica entre juristas e as universidades dos dois países, e pela intensificação do intercâmbio cultural, que envolve também alunos em doutorado e jovens pesquisadores.

Com a Constituição de 1988, o Brasil deu uma contribuição fundamental para a elaboração do modelo de estado constitucional da democracia pluralista. No campo da proteção dos direitos fundamentais e dos direitos sociais, em par-

1 XVI Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, Brasília, 17 e 18 de outubro de 2013.

titular, a Constituição brasileira tem um teor pioneiro, e seu amplo e inovador catálogo de direitos reflete soluções particularmente progressistas, incorporando novas instâncias de liberdade de sociedades pluralistas contemporâneas. Neste campo, assim como no desenvolvimento da justiça constitucional e da descentralização territorial, também aparecem cada vez mais interações significativas entre a experiência constitucional brasileira e europeia. Devo acrescentar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se revela pelo ativismo no diálogo com outros tribunais e do uso de argumento comparativo. Encontra-se, sobre este âmbito, o “diálogo” entre os tribunais, fronteira mais avançada da comparação jurídica, que penetra nas camadas mais profundas do ordenamento nacional, orientando a interpretação constitucional e abrindo as possibilidades do “estado constitucional cooperativo”².

A experiência constitucional brasileira, caracterizada pela consciência de uma identidade nacional projetada sobre uma dimensão continental e pela abertura de grandes correntes e as principais conquistas do constitucionalismo europeu e ocidental, é, de fato, como um ponto de vantagem para o comparatista, o qual deve estar ciente de que ele próprio é o produto de uma determinada sociedade e opera dentro de uma conjuntura espacial e temporal culturalmente situada. Em experiências “outras” do que aquelas nas quais o comparatista que está inserido se espelha³, com uma complexa operação intelectual, o que faz dele não um mero receptor de direito estrangeiro, mas um ator interativo, que é medido em comparação com “experiência com o outro no direito”⁴. Na realidade de hoje da interdependência do direito na era da globalização, a comparação jurídica, e esta constitucional em particular, é exposta à tensão entre a difusão de áreas mais amplas de “direito comum” (“*common laws*”, como sugere Peter Glenn⁵) e a criação de um patrimônio constitucional universal, especialmente no campo dos direitos humanos, e, por outro lado, a persistência de “fronteiras” inseridas na história e na cultura do povo, as quais oferecem resistência aos processos de homologações das “experiências” jurídicas⁶. Nesta “viagem em direção ao outro”, que reconduz, portanto, a uma consciência mais profunda, ao próprio ambiente de origem em que consiste a vocação principal do comparatista, o qual se move internamente em uma “relação dialógica entre

2 Sobre o tema, a vasta obra de RIDOLA, Paolo. *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*. Torino, 2010, 193 ss.; RIDOLA, Paolo. Il “dialogo tra le corti”: comunicazione o interazione? In: “*Percorsi costituzionali*”, n. 3, 2012, 273 ss.; G. De Vergottini. *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010; V. C. Jackson. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford Univ. Press, 2010; C. Saunders. Judicial Engagement with Comparative Law. In: T. Ginsburg; R. Dixon (Ed.). *Comparative Constitutional Law*. Chicago, 2011, 561 ss.; G. Almai. The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation. In: M. Rosenfeld; A. Sajó (Ed.). *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford Univ. Press, 2012, 1349 ss.; G. Repetto. *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*. Napoli, 2011; B. Markesinis; J. Fedtke (a cura di). *Giudici e diritto straniero*. La pratica del diritto comparato. Bologna, 2009; G. F. Ferrari; A. Gambaro (a cura di). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Napoli, 2006.

3 G. Gorla. *Diritto comparato e diritto comune europeo*. Milano, 1981, 71 ss.

4 P. Legrand. *Le droit comparé*. Paris, 1999, 6 ss.

5 Cfr. H. P. Glenn. *On Common Laws*. Oxford, 2007.

6 Contribui P. Legrand (dir.). *Comparer les droits, résolument*. Paris, 2009.

o si e o outro”⁷, o que impede de renunciar de modo autorreferencial à experiência alheia, “fechando-se numa espécie de provincianismo intelectual que se encaixa facilmente como um auto suficiência bizantina?”⁸.

Esta breve introdução metodológica explica por que, a partir do ângulo comparatista, a Constituição brasileira apresenta-se como a ponta do *iceberg* de um processo lento e tortuoso, mas decisivo processo de ocidentalização do constitucionalismo latino-americano, em um caminho em que o modelo de estado constitucional de democracia pluralista conseguiu integrar-se em contextos culturais, sociais e econômicos de diferentes países e, no caso do Brasil, na história “pluralista” de identidade deste país e em sua peculiar dimensão continental. A história do constitucionalismo latino-americano se apresenta como uma “história global”, caracterizada pela gradual convergência, embora não privada, de traumas e de intensas tensões entre as regiões europeias e latino-americana, e entre estes e os outros continentes. O processo de ocidentalização da América Latina não se encontra desenvolvido, também quanto aos seus aspectos de história constitucional, “num sentido único” de uma forma unidirecional. Isso delineou um cenário de um “*outro* Ocidente” por meio de “interações econômicas, sociais, políticas e culturais que permitiram que os atores históricos latino-americanos operassem escolhas coletivas, tornando-se, desta forma, participantes ativos no processo de ocidentalização”, influenciando, portanto, a evolução do mundo ocidental como um todo, “dentro de uma constante interação das dimensões nacionais e internacionais”. A história da ocidentalização de regiões na América Latina “é, então, uma história *internacional*, no que diz respeito a uma teia de interações entre os eventos regionais, estaduais e nacionais, de uma macrorregião continental e entre estes e outras regiões do mundo”⁹. É uma linha de desenvolvimento, o que acabei de mencionar, que questiona as principais tensões da comparação jurídica, encontrando-se no horizonte da “longa duração” de processos históricos, e que, por outro lado, revela no texto da Constituição brasileira significativas e solenes assonâncias. Refiro-me à assertiva de abertura dos objetivos de “integração dos povos da América Latina” e a “formação de *uma comunidade de nações*” (art. 4º). Refiro-me também aos princípios estabelecidos nos §§ 2º ao 4º do art. 5º: garantia do reconhecimento dos direitos contidos em tratados internacionais que o Brasil tenha aderido; previsão de um procedimento intensificado, a fim de elevar as disposições de convenções internacionais sobre direitos humanos à categoria de emendas constitucionais; adesão à jurisdição da Corte Penal Internacional.

7 Neste sentido, P. Legrand. Op. cit., 32 ss.

8 T. Ascarelli. *Studi di diritto comparato*. Milano, 1950, 43.

9 Reconstrução histórica de M. Carmagnani, *L'altro Occidente. L'America latina dall'invasione europea al nuovo millennio*. Torino, 2003, VII ss.

2 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

A Constituição brasileira de 1988 se inscreve, no entanto, embora com características peculiares, na esteira da evolução do constitucionalismo latino-americano, na qual a história constitucional brasileira compartilhou corajosas conquistas e traumáticas tensões. Durante o século XX, realizou-se o ingresso definitivo de regiões latino-americanas em formas políticas ocidentais, por meio de mudanças radicais em relação à participação política dos cidadãos, as relações entre províncias e a capital, a consolidação do presidencialismo democrático, a transição do constitucionalismo liberal ao democrático¹⁰. Esse processo de desenvolvimento tem sido condicionado, por um lado, por fatores relacionados à interação entre a dimensão nacional e internacional, e, por outro lado, pelas alterações nas orientações ideológicas, questões políticas e reivindicações dos atores políticos¹¹. No final de um processo complexo, tal processo de transformação se consolida em formas democráticas estáveis a partir do início dos anos noventa do século passado, com a conseguinte convergência da região latino-americana no contexto das democracias ocidentais. Sob o prisma do comparatista, sempre atento ao nexo entre a experiência jurídica e os processos culturais, não podemos negligenciar, por outro lado, os componentes originais das transições constitucionais na América Latina. De acordo com o escritor mexicano Octavio Paz, a orientação da cultura política latino-americana tendencialmente (e originalmente) democrático¹², e a propensão à democracia, embora tenha conhecido períodos de recessão e os ciclos políticos negativos, é o resultado de “uma interação criativa entre o apropriação de ideias liberais e democráticas nos séculos XIX e XX e as formas de liberdade e igualdade informais presentes na região latino-americana e nascidas a partir de formas de convivência pluriétnica, do afastamento geográfico das metrópoles no período colonial e, por fim, pela miscigenação cultural que se expressa nas línguas ocidentais e que se tornou o principal vetor de ocidentalização, especialmente nos dois últimos séculos”¹³.

A consolidação das estruturas democráticas desenvolvida em alguns países, e no Brasil, em particular, em torno de um núcleo forte de valores, que inspiraram as escolhas constituintes, orientando a interpretação constitucional¹⁴, dando ênfase não só à liberdade política, religiosa, de opinião, de organização

10 Para uma síntese do desenvolvimento do constitucionalismo latino americano: L. Mezzetti. *Democrazie incerte*. Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America latina e Asia. Torino, 2000, 331 ss.

11 Este desenvolvimento é trazido de M. Carmagnani. Op. cit., 405 ss. Sobre a origem do constitucionalismo latino americano, vide SANTANA, J. C. Pavao. *O pré-constitucionalismo na América*. São Paulo, 2010, 109 ss.

12 Si v. O. Paz. *Una terra, quattro o cinque mondi*. Milano, 1988.

13 Ainda, M. Carmagnani. Op. cit., 407.

14 BONAVIDES, P. *Constituinte e Constituição*. 1986; BONAVIDES, P. *Teoria constitucional da democracia participativa*, 2001; assim como SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. X ed., Porto Alegre, 2009, 63 ss.; SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*. VII ed.

política e independência do Poder Judiciário, mas também aos valores da solidariedade e da colaboração social, como evidenciado na importância dada ao governo local, na intervenção pública na economia, na expansão da educação, na eficiência da administração pública, bem como, ainda, a amplitude do catálogo dos direitos sociais. Neste contexto, revelam-se cenários inéditos sob o terreno da força normativa da Constituição, como demonstra de forma muito sugestiva a mais recente literatura brasileira sobre temas de interpretação constitucional. Isso oferece um panorama bastante articulado de posições teóricas, embora unidos por uma difusa abordagem que se distancia ao formalismo e ao juspositivismo, não sendo desconhecido para a doutrina constitucional de transições¹⁵. Ao contrário, o debate desenvolvido na doutrina brasileira, distanciando-se daqueles próximos ao jus positivismo, tende a se ligar intimamente ao princípio do *Estado democrático de Direito* com a “projeção de utopias jurídicas” no futuro, confiada a virtualidade expansiva e a capacidade de orientação dos princípios constitucionais, com a ideia de uma *Constituição dirigente*, recuperada da fundamental elaboração teórica de José Joaquim Gomes Canotilho¹⁶, mas reelaborado no contexto da peculiaridade da transição brasileira para a democracia, e com uma forte ênfase sobre a legalidade dos “programas” constitucionais como paradigma da chegada das constituições à pós-modernidade¹⁷.

Eu não tenho tempo, nesta oportunidade, para traçar um quadro completo das características básicas do constitucionalismo latino-americano, o qual se revela, em mais de um aspecto, como o paradigma dos processos de transição e consolidação de democracias em contextos caracterizados por um nível elevado de pluralismo social. Limitar-me-ei a destacar apenas alguns aspectos particularmente significativos. Primeiro, em sede dos direitos fundamentais. O fim das experiências do estado autoritário deu origem a situações de liberdade e às demandas econômicas e sociais que eram objeto de uma dura repressão por parte dos governos militares. A partir das últimas décadas do século XX, novas constituições e reformas constitucionais têm dado grande ênfase à proteção dos direitos individuais, aos direitos políticos e às liberdades econômicas, sem descuidar, no entanto, do legado dos direitos coletivos e os direitos sociais herdados das constituições do período 1930-1970. O resultado foi um equilíbrio, verdadeiramente significativo, tendo em conta os muitos avanços na jurisprudência, entre direitos individuais e direitos coletivos, os quais têm incentivado a

Porto Alegre, 2009, 69 ss.; BARROSO, L. Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. II ed. São Paulo, 2010, 229 ss.

15 Sobre o debate a respeito da interpretação constitucional no Brasil depois da Constituição de 1988, BERCOVICI, G. *Constituição e política: uma relação difícil*. In: *Lua Nova*, 2004, 61 ss.; SOUZA NETO, S. Pereira; D. Sarmento (a cura di). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro, 2007.

16 Si v. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. VII ed. Coimbra, 2003, 1383 ss.

17 Sobre este aspecto, DANTAS, M. Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo, 2009, 250 ss. Sobre a ideia de “Constituição aberta”, vide a clássica obra de BONAVIDES, P. *A constituição aberta*. São Paulo, 1993. Si v. ancora MORAIS, J. L. Bolzan de. *Costituzione o barbarie*. Cavallino, 2004, spec. 37 ss. (sobre o significado e a força da “utopia constitucional”).

interpenetração entre eles e o fortalecimento de ambos. Um equilíbrio virtuoso e radicalmente inovador do verificado na fase liberal do constitucionalismo latino-americano do século XIX, no que se refere aos anos noventa, caracterizado pelo sentido muito populista, uma vez que a tensão entre liberdade e igualdade tem fortalecido o processo de democratização não só nas áreas urbana, mas também nas áreas rurais, nas quais se manifestam, particularmente, em áreas com uma população indígena, uma oposição também violenta entre a propriedade comunitária, fundamentada sobre o direito consuetudinário, e a privada, baseada no direito positivo¹⁸.

Deve-se acrescentar que o novo constitucionalismo de forma democrática-pluralista, diferente daquele rotulado como populista, é sustentado por acordos multilaterais de integração entre os países da América Latina e as cláusulas da democracia previstas pelos novos acordos de cooperação entre a América Latina e a União Europeia, segundo os quais os tratados de cooperação econômica, comercial e cultural falham quando uma das partes abandona os princípios democráticos. Configura-se, desta forma, não só um fator adicional de convergência com o constitucionalismo ocidental, mas um caminho constitucional que reforça os direitos dos cidadãos de participar nas decisões dos níveis de governo local, regional e nacional, tendo também em conta a diversidade cultural, étnica e de gênero. Inicia-se assim um processo que alargou o âmbito de exercício da cidadania, incentivando o desenvolvimento tanto dos direitos individuais como dos direitos coletivos, pois permite aos grupos de interesse se expressarem publicamente, sendo porta-vozes de reivindicações e, especialmente, atuando em colaboração com os governos e as organizações internacionais ou regionais, para exercerem os “direitos em atraso”, tais como o direito a terra, à língua, à alimentação, à cultura, ao reconhecimento étnico, à transparência dos serviços públicos e opor-se à corrupção, à discriminação e aos abusos contra mulheres e crianças. As novas reivindicações de liberdade, que as constituições têm incorporado, enfatizam uma nova geração de direitos, a qual, indo além das questões tradicionais, civis, políticas e sociais, compreende especialmente a “participação em condições de igualdade num intercâmbio comunicativo, ao consumo dos bens culturais, ao acesso à informação”¹⁹.

18 M. Carmagnani. Op. cit., 421 s.; *nonché, per la ricostruzione della vicenda del “diritto alla terra”*, vide VIAL, S. Martini. *O direito a terra como terra do direito*. Porto Alegre, 2005, 23 ss. *L’esperienza brasiliana, e quella latinoamericana in generale, sono molto presenti nel dibattito in atto nel mio paesi sui c.d. “beni comuni”*: vide U. Mattei, Beni comuni. *Un manifesto*. Bari-Roma, 2012; S. Settis. *Azione popolare*. Cittadini per il bene comune. Torino, 2012; S. Rodotà. *Il terribile diritto*. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni. Bologna, 2013. *La tensione tra libertà ed eguaglianza è al centro della più elaborata costruzione dogmatica dell’efficacia dei diritti sociali e della dignità della persona nella letteratura costituzionale brasiliana*. Si vide ancora SARLET, I. *A eficácia...*, 214 ss., 257 ss.; SARLET, I. *Dignidade da pessoa humana...*, 120 ss.

19 Ainda, M. Carmagnani. Op. cit., 425 s. Sobre esta geração de direitos na constituição brasileira, vide COELHO, I. Mártires. *Princípios da ordem social*. In: MENDES, G. Ferreira; COELHO, I. Martines; BRANCO, P. G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. V ed. São Paulo, 2010, 1545 ss.

3 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS DESAFIOS DO TERCEIRO MILÊNIO

A Constituição de 1988 se insere nas tendências fundamentais do constitucionalismo latino-americano nas últimas décadas do século XX, embora com características peculiares, que refletem a história, inclusive jurídica, do Brasil, o tamanho continental do País e a estrutura pluralista do seu tecido social. Deve-se acrescentar que a experiência constitucional brasileira deve ser vista em um contexto mais amplo sobre o perfil geopolítico e geoeconômico do que nos países do assim chamado BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), isto é, que são de grandes órgãos políticos emergentes a vocação continental e com economias em forte crescimento e altas taxas de desenvolvimento tecnológico²⁰. Isto determina um maior envolvimento desses países na dinâmica da globalização, incluindo jurídico e interdependência entre seus ordenamentos, fornecendo, desta forma, um terreno bastante profícuo para o comparatista²¹. Além disso, em termos de perfil geoinstitucional, o Brasil se apresenta como um “espaço macro territorial”²², com problemas peculiares de governo das diferenças, da coesão social e territorial, de gestão das relações entre as periferias agrícolas e regiões metropolitanas industrializadas, que são comuns aos grandes espaços macroterritoriais emergentes, mas têm provocado soluções constitucionais fortemente inseridas na história brasileira, como no caso da constitucionalização do pluralismo jurídico, com referência à tradição ctônica e autonomia organizacional das populações Afro-americanas²³. Esses fatores condicionam o alicerce da cultura jurídica, sobre a qual se baseia a Constituição de 1988: um alicerce caracterizado pela coexistência de “correntes jurídicas” de derivação francesa, alemã e italiana, que formaram a tradição jurídica europeia, consideradas como grandes áreas de intimidade de “particularismo jurídico”. Neste contexto, condicionado por fatores de história social e de longo período posterior ao colonialismo, devendo-se ter em conta o caráter inovador, se não a grande utopia reformadora, da Constituição de 1988, destinada a estabelecer os fundamentos de um espaço político macro territorial coeso e ao mesmo tempo pluralista²⁴.

Da peculiar inspiração pluralista da Constituição brasileira, que é perceptível já em sua fase constituinte, importante experiência de “pluralismo de

20 Sobre o desenvolvimento constitucional dos países do “Brics”, vide, na doutrina italiana, L. Scaffardi (a cura di). *BRICS: Paesi emergenti nel prisma del diritto comparato*. Torino, 2012.

21 Si vide, *nella sterminata letteratura sul punto, nella dottrina italiana almeno*, M. Bussani. *Geopolitica dell'occidente. Geopolitica delle regole globali*. Torino, 2010; P. G. Monateri. *Geopolitica del diritto*. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici. Bari-Roma, 2013.

22 Este aspecto foi aprofundado na doutrina italiana especificamente por P. D. Logroscino. *Spazi macro territoriali e coesione*. Cavallino, 2007.

23 P. H. Glenn. *Legal Traditions in the World*. III ed. Oxford-New York, 2007, 58 ss.

24 Sobre a gênese da Constituição de 1988, vide FAUSTO, B. *História concisa do Brasil*. São Paulo, 2009, 257 ss.; COELHO, I. Mártires. A experiência constitucional brasileira. In: MENDES, G. Ferreira ed altri. *Curso cit.*, 244 ss. *Sulle radici risalenti dell'ispirazione pluralistica della Costituzione brasiliana vide anche* M. Carducci. *Il Brasile tra vecchie formule politiche e nuova Costituzione*. In: L. Scaffardi (a cura di). *Op. cit.*, 3 ss.

baixo”, o qual tomou parte como representantes da “cultura comunitária”²⁵, aponto apenas alguns aspectos, aqueles que afetam mais o comparatista e o observador europeu. Em primeiro lugar, a inclusão dos Municípios como participantes de uma Federação com um forte apelo democrático-participativo, e a constitucionalização do princípio do federalismo cooperativo (arts. 23 e 24), a fim de buscar uma síntese da fragmentação do espaço macroterritorial do espaço em uma multiplicidade de entidades locais e autônomas. Menção deve ser feita também a sua forte função pedagógica e de reconhecimento das disposições constitucionais sobre o pluralismo, a partir do art. 1º, V, que dispõe sobre a diversidade entre os pilares da ordem constitucional, até os princípios do Título VIII (sobre “Ordem social”), dedicado aos povos indígenas, dos quais a Constituição reconhece “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, pelos quais compete à União Federal delimitá-los, protegê-los e fazer com que respeitem todos os seus bens e recursos” (art. 231).

Em terceiro lugar, vale a pena mencionar as escolhas particularmente avançadas da “constituição econômica”, a qual tende a orientar o ordenamento econômico em uma direção não mais exclusivamente destinada à tutela da autonomia dos interesses privados dos proprietários de terras e, mas em função do governo de um espaço macroterritorial, considerado na realidade de suas desigualdades, especificidade natural e diferenças sociais²⁶. Colocam-se neste contexto, de um lado da previsão constitucional de dispositivos projetados para realizar a coesão socioeconômica de um complexo espaço macroterritorial e marcado por profundas desigualdades (art. 3.III e 170.VII); de outro lado, a constitucionalização do princípio da “soberania econômica”, pivô de uma “constituição dirigente” orientada ao objetivo do desenvolvimento econômico nacional como condição para a superação dos desequilíbrios regionais e a luta contra a pobreza, e um meio de proteger os interesses econômicos nacionais contra os interesses das velhas e novas oligarquias surgidas pela globalização. O debate se desenvolve no Brasil a propósito da revisão de 1995, a qual reduziu sensivelmente o princípio da soberania econômica e, segundo alguns, teria resultado na mudança de uma “constituição dirigente” para uma “*Constituição Dirigida*”²⁷, sendo de particular interesse nos quadros atuais da União Europeia e nos vínculos orçamentais e na estabilidade desta imposição aos Estados, com uma queda significativa em dispositivos constitucionais que salvaguardavam a soberania econômica deste Estado.

Finalmente, a amplitude do catálogo de direitos e o firme compromisso da Constituição em prol da remoção de desequilíbrios socioeconômicos e de fatores discriminantes e da proteção de “pessoas vulneráveis” têm contribuído

25 Si vide FAUSTO, B. Op. cit., 288 ss.

26 BERCOVICI, G. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo, 2003, anche L. Casseti; C. Landa (a cura di). *Governo dell'economia e federalismi. L'esperienza sudamericana*. Torino, 2005.

27 Neste sentido, a crítica de BONAVIDES, P. *Do país constitucional ao país neocolonial*, São Paulo, 1999.

para alargar o âmbito da justiça dos princípios e programas constitucionais e reforçar o papel dos juízes como “atores” privilegiados da realidade institucional do País²⁸. Neste contexto, são de particular interesse para o observador europeu a articulação do modo de acesso à justiça constitucional e, generalizando, o modelo de controle de constitucionalidade, que representa um compromisso entre o controle difuso de origem norte-americana com o controle concentrado confiado ao *Supremo Tribunal Federal*, o que levou a um forte processo de harmonização da interpretação judicial, que tem muitas vezes desempenhado um papel significativo como um “substituto” no que diz respeito ao processo legislativo²⁹. O ativismo judicial parece desempenhar, portanto, na experiência constitucional brasileira, um duplo significado: um de garantia do princípio de legalidade em sentido substancial, projetado à efetividade dos direitos fundamentais e à igualdade e material, e, por outro lado, para transmitir internamente ao ordenamento os cânones do “estado constitucional cooperativo”, por meio da inclusão no circuito comunicativo com as cortes internacionais e regionais de direitos humanos e a jurisprudência constitucional de outros países³⁰.

As breves considerações até aqui desenvolvidas revelam que, após vinte e cinco anos de sua entrada em vigor, a Constituição brasileira, por fatores endógenos e exógenos no que se refere ao “panorama” sobre mercados globalizados de uma grande área político continental, parecem mais expostos do que outras experiências América Latina para os desafios da globalização e da potencialidade do “estado constitucional cooperativo”. A crise da soberania econômica dos estados e o consequente enfraquecimento da função de “*Ausgleich*” do desequilíbrio, retirados pelo constitucionalismo social democrata no século XX³¹, e, por outro lado, a projeção do ativismo judicial em uma arena comunicativa e interativa transnacional³² questionam ainda com referência à experiência constitucional brasileira, sobre os desafios temporais da globalização para o futuro das constituições. Um cenário que seria unilateral, na minha opinião, é julgar de acordo com uma radical abordagem de tipo soberana, ou aderindo ao prejuízo da hegemonia exclusiva dos mercados globais, ou contrapondo aos recursos de um “constitucionalismo polêmico” ao irenismo qual seriam

28 Sobre o problema da juridicidade da Constituição brasileira, vide TAVARES, A. Ramos. *Curso de direito constitucional*, São Paulo, 2006, 253 ss.

29 Para um panorama recente dos problemas da justiça constitucional no Brasil, vide LEITE, G. Salomão; SARLET, I. W. (a cura di). *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*. Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador-Bahia, 2012.

30 PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. IX ed. São Paulo, 2008; assim como o amplo reconhecimento jurisprudencial, o mesmo em toda América Latina. ROCA, J. Garcia; FERNANDEZ, P. A.; SANTOLAYA, P.; CANOSA, R. (Ed.). *El Dialogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Pamplona, 2012.

31 G. Teubner. *Verfassungsfragmente*. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung. Frankfurt a.M. 2012; F. Galgano. *Lex mercatoria*. Bologna, 2010; F. Galgano. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna, 2005; G. Rossi. *Il gioco delle regole*. Milano, 2006; M. Neves. *Transconstitucionalismo*. São Paulo, 2009.

32 P. Ridola. *Diritto comparato...*, 140 ss.; *nonché, criticamente*, S. Cassese. *I tribunali di Babele*. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale. Roma, 2009.

comprometidas pelas abordagens do cosmopolitismo constitucional³³. Se é verdade que o fator determinante dos processos de cooperação entre os estados e a interdependência do Estado constitucional é representada pela crescente conexão das economias, não se pode ignorar que o “estado constitucional cooperativo” (*kooperativer Verfassungsstaat*, de acordo com a feliz reconstrução de Peter Häberle) é um fenômeno impulsionado em última instância por “processos culturais”, ou de cultura constitucional, que produziram, especialmente no campo dos direitos humanos, a declaração de princípios tendencialmente universais, limitando as constituições nacionais ao posto de *Teilverfassungen*³⁴. Neste contexto complexo, restringe “a sociedade aberta dos intérpretes” de um direito constitucional projetado contra a universalidade dos únicos atores dos mercados globalizados aparentemente parciais, porque propõe visões alternativas baseadas na expansão da dicotomia *freund/feind*, que parece inadequada, ou em parte, para fins de compreensão de cenários constitucionais com um alto nível de pluralismo. Pelo contrário, o “Estado Constitucional Cooperativo”, o qual se abre, principalmente graças à jurisprudência constitucional, com uma abordagem *voelkerrechtsfreundlich*, alimenta-se de instâncias cooperativas que afetam não só a economia, mas também ao campo das múltiplas expressões da comunicação em uma área social dilatada com necessidades humanitárias. Levanta-se, em suma, em primeiro lugar, a consciência generalizada na sociedade e, portanto, inserida, em nível antropológico, à internacionalização das redes de comunicativas e do delinear de um “espaço público global/*Weltöffentlichkeit*”³⁵.

Todos os desafios que este impressionante processo de transformação ofereceu à ciência jurídica e à comparação jurídica contribuíram para vários fatores: o crescimento da comunicação (e da contaminação) entre culturas jurídicas muito distantes por contextos históricos e de colonização sociais; a tendência à generalização de um patrimônio comum, especialmente no campo dos direitos humanos; o desenvolvimento de organizações supranacionais e sistemas de macrorregionais de proteção dos direitos; a impressionante aceleração da dimensão e épocas dos processos migratórios, intercâmbio cultural, comercial e jurídico em escala transnacionais, a saída da disponibilidade exclusiva dos estados com vastas e complexas regulações, o aumento da predisposição dos operadores do direito face a um quadro normativo que transcende os direitos nacionais; e a importância crescente da comparação e da comunicação entre culturas jurídicas nos rumos da formação universitária. O quadro de transforma-

33 Sobre o tema, vide J. L. Dunoff; J. B. Trachtman (Ed.). *Ruling the world? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge, 2009; P. Dobner; M. Loughlin (Ed.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford-New York, 2010; V. D. Amar; M. Tushnet (Ed.). *Global Perspectives on Constitutional Law*. Oxford-New York, 2009; M. Loughlin; N. Walker (Ed.). *The Paradox of Constitutionalism*. Constituent Power and Constitutional Form. New York-Oxford, 2007.

34 P. Häberle. *Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur*. Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre, Berlin 2013, 98 ss.

35 Cfr. ancora P. Häberle. Op. cit., 99.

ções, que emerge de tudo isso, exige um repensar das categorias à estilística e argumentativo inserida na experiência histórica do Estado nacional “introvertido” e, além disso, não permite, no entanto, entrar em generalizações simplistas universalistas, como se o surgimento de um “espaço jurídico global” tenha sido projetado em um clima de “fim da história”, no qual o jurista não tem outra opção do que um reconhecimento acrítica do existente. Descreve-se, ao contrário, um cenário de transformações em que, de um lado está longe de atingir seu objetivo final e equilíbrio definitivo, e de outro permite vislumbrar seus fundos conflituosos, aporias, questões problemáticas, especialmente aquelas que se relacionam com o papel contínuo do Estado em um contexto profundamente modificado e da efetividade das constituições. Singular, resultado de fato, o qual parece ter acompanhado a curva teórica do “estado de direito” na segunda metade do século XX, uma curva desenvolvida ao longo do tema de “constitucionalização do ordenamento jurídico” e a superação do “estado legislativo” no constitucionalismo (R. Alexy, R. Dworkin, P. Häberle, CS Nino, G. Zagrebelsky) e, em seguida, forçados a enfrentar os desafios, senão um direito constitucional cosmopolita, e da internacionalização do direito constitucional³⁶.

4 OBSERVAÇÕES FINAIS. CONSTITUIÇÕES NACIONAIS, “ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO” E O FUTURO DO CONSTITUCIONALISMO

Na conclusão do quadro descrito pode parecer que o constitucionalismo trouxe, no início do século XXI, uma vitória esmagadora, e que agora está delineando um patrimônio constitucional comum em escala global. Ele tem inspirado as *transições* que têm sido acompanhadas na Europa, Ásia, África e América Central, com personagens, situações e contextos históricos sociais e culturais diferentes, que escapam das experiências do estado socialista, da colonização, do estado autoritário³⁷. Por pelo menos três décadas, vimos a implantação em larga escala de um grande fenômeno de se *fazer uma constituição*, o que afetou os países europeus que saíram de uma experiência de ditaduras (Portugal, Grécia, Espanha), mas também as sociedades caracterizadas por graves atrasos nos processos de secularização, modernização e desenvolvimento. Também não é difícil perceber que o movimento de modelos constitucionais sofreu expansão e intensificação, até então desconhecidas no passado. Investiu-se principalmente nas áreas de direitos humanos, as quais foram apoiadas e guiadas por uma densa rede de interdependências constituída em convenções internacionais e regionais, tendo origem, na Europa e na América Latina, com a estrutura *multinível* de proteção dos direitos fundamentais³⁸. Mas também tem afetado o

36 Para uma articulada reconstrução do debate sobre estado constitucional: M. Carbonell (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid 2009; M. Carbonell (Ed.). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid, 2007; M. Carbonell; L. García Jaramillo (Ed.). *El canon neo constitucional*. Madrid, 2010; A. E. Pérez Luno. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. X ed. Madrid, 2010.

37 Si vide G. de Vergottini. *Le transizioni costituzionali*. Bologna, 1998, 157 ss.

38 Si vide S. P. Panunzio. *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*. Napoli, 2005, 1 ss.

campo das garantias constitucionais e do federalismo, um campo que, talvez mais do que outros, seja influenciado por diferentes contextos geográficos e culturais³⁹. Isso não deve nos levar a conclusões enfáticas. Não se deve esquecer que, apesar do crescimento da interdependência que caracteriza a realidade atual do Estado constitucional, ainda existem conflitos, tensões e situações de marginalidade em áreas geográficas, as quais podem parecer imunes. Desta forma, é evidentemente ilusório acreditar que apenas a implantação em larga escala da justiça constitucional vai abrir novas fronteiras para o constitucionalismo⁴⁰. Assumindo uma ampla perspectiva comparada, é claro que nem todas as constituições possuem igual força jurídica, igual raio de regulação e de valor efetivo. Tudo isso, como definitiva a supremacia de uma constituição, depende de fatores extraconstitucionais, tais como os derivados de *contextos* históricos e culturais, e precisamente da cultura política, das práticas políticas e sociais consolidadas pelos personagens do tecido social, das estruturas econômicas, das tradições culturais e religiosas inseridas⁴¹.

Com isso, não se reduz que a Constituição vai continuar a desempenhar um papel decisivo no processo de integração de uma comunidade política, pois representa um fator importante de cristalização do processo por meio do qual um grupo social pode ser reconhecido em sua própria identidade política e cultural⁴². Também deve-se acrescentar que as constituições definem o espaço de comunicação e de decisão de uma comunidade política, não só no sentido de definir as regras (procedimentais) deste espaço, mas ainda mais por revelar os valores constitutivos de um grupo social, promovendo fóruns de discussão, por meio dos quais estarão sujeitos a um processo constante de *atualização*, que é crítica e reflexiva, ao mesmo tempo, a partir da sociedade. O destaque da Constituição como um fator de um processo dinâmico de integração do grupo social no centro do debate científico é de algumas décadas⁴³, mas foi enriquecida pelos perfis de relevância atual. É importante que a discussão sobre as questões candentes de sociedades plurais contemporâneas (da bioética ao contraste do fundamentalismo ao uso dos símbolos de identidade religiosa) seja posta insistentemente em defesa dos conteúdos de princípios constitucionais. A Constituição tornou-se, em suma, um terreno sobre o qual os conflitos não elimináveis de sociedades pluralistas são discutidos, canalizados, resolvidos ou, pelo menos, tornam-se objeto de decisões operacionais em *meio período*⁴⁴. A centralidade que isto consente, da *interpretação* constitucional, e o crescimento correspondente dos instrumentos de justiça constitucional, embora não sejam sem consequências problemáticas ao lado da legitimação democrática, não

39 Si vide S. Choudry (Ed.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge, 2006, 113 ss.

40 Si vide R. Hirschl. *Toward a Juristocracy*. Cambridge-London, 2004, 211 ss.

41 Proposta metodologica de P. Häberle. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. Berlin, 1998, 28 ss.

42 Si vide E. Denninger. *Menschenrechte und Grundgesetz*. Zwei Essays, Weinheim, 1994, 15 ss.

43 *Integrationslehre* di R. Smend. *Staatsrechtliche Abhandlungen*. Berlin, 1968, 119 ss. *Sul pensiero costituzionale di Smend* vide ora T. Notthoff. *Der Staat als "geistige Wirklichkeit"*. Berlin, 2008.

44 H. Vorlaender, *Die Verfassung. Idee und Geschichte*, München 2004, 112.

pode mais encontrar a sua justificação em uma abstrata e formalista estrutura piramidal e hierárquica do ordenamento, mas de uma profunda transformação do papel e conteúdo das constituições. Também não é objeção decisiva que, no final deste percurso, a eficácia normativa das constituições se resolva totalmente na sua interpretação pelos juízes constitucionais. Não se deve esquecer de que, como demonstrado pelas experiências mais estruturadas (nos EUA e na Alemanha, por exemplo) que nos mais jovens, as decisões dos tribunais constitucionais não amadurecem em um contexto autorreferenciado ou separado ou pluralista, mas se encaixam em um *processo público*, no âmbito em que se medem com interlocutores institucionais e sociais (a sociedade aberta pelos os intérpretes da constituição⁴⁵) e são condicionadas por outras instituições políticas, bem como pelo nível de consenso social sobre os conteúdos da constituição. A supremacia da Constituição garantida pelo controle constitucional foi desenvolvida no contexto da tendência para a racionalização dos processos de regulação da tomada de decisões públicas nas democracias⁴⁶. Mas, quanto mais a Constituição está no centro da cultura política de um grupo social, mais se destaca o papel de interpretação confiado aos tribunais constitucionais. Isso também ocorre dentro de um circuito em que os legisladores, as cortes constitucionais, os juízes comuns e a opinião pública são atores dinâmicos, nos quais se desenvolve dialeticamente o confronto entre a constituição “praticada” nas suas aplicações cotidianas e as expectativas que a sociedade sobre ela repousa.

A capacidade de unificação política das constituições em sociedades pluralistas, no entanto, encontra limites penetrantes. Eles são, em primeiro lugar, os decorrentes da transição do estado liberal de direito a estado social, uma transformação que tem investido bastante na capacidade de *regulação* do direito constitucional⁴⁷. O compromisso crescente do Estado em seus deveres em definir diretrizes de planejamento, de prevenção e de prestação de serviços foi correspondido pela acentuação da função axiológica de normas constitucionais⁴⁸. Isso resultou na expansão do raio de ação dos princípios constitucionais, os quais possuem virtualidade de orientação em todas as áreas da sociedade, mas, ao mesmo tempo, a articulação e a graduação da “qualidade” prescritiva das normas constitucionais. Deve-se acrescentar que o compromisso do Poder

45 A fórmula que teve larga repercussão na cultura constitucional latino-americana devido a P. Häberle. *Verfassung als öffentlicher Prozess*. Berlin, 1978, 155 ss. Riassunto il dibattito teorico sullo “spazio pubblico”. In: P. Ridola. *Diritto comparato...*, 31 ss.

46 Sobre a racionalização como ratos do constitucionalismo europeu do século XX, vide P. Biscaretti di Ruffia. voce “Costituzionalismo”. In: “*Enc. Diritto*”. XI, Milano, 1962, 130 ss.; N. Matteucci. *Lo stato moderno*. Lessico e percorsi. Bologna, 1997, 166 ss.

47 Ampla literatura, ver D. Grimm. *Die Zukunft der Verfassung I e II*. Frankfurt a.M., 1991/2013; J. Habermas. *Fatti e norme* (1992). Milano 1996, 285 ss.; K. H. Ladeur. *Freiheitsrechte und Selbstorganisation der Gesellschaft*. Tübingen, 2000, 307 ss.

48 Referência à P. Lerche. *Übermaß und Verfassungsrecht*. II ed. Goldsbach, 1999, 61 ss., uma obra que aborda a original elaboração de Gomes Canotilho, que teve grande repercussão no debate constitucional brasileiro. Referente entre o “*Praeventionsstaat*” e capacidade de orientação constitucional, vide (criticamente) E. Denninger. *Der gebändigte Leviathan*. Baden Baden, 1990; assim como S. Huster; K. Rudolph. *Von Rechtsstaat zum Praeventionsstaat*. Frankfurt a. M., 2008.

Público no cumprimento das tarefas em prestar serviços públicos e promover o bem estar é condicionado pela disponibilidade de recursos financeiros adequados para atingir seus objetivos e, portanto, dos fatores substancialmente extrajurídicos.

Por fim, os cenários de uma sociedade globalizada produziram, por um lado, a expansão em larga escala do processo de constitucionalização, que tendem a expandir as fronteiras dos Estados-nação e a formação de um patrimônio constitucional comum, constituído mediante os fenômenos de recepção, de comunicação e de integração entre as culturas constitucionais⁴⁹. Tais cenários também permitiram vislumbrar a insuficiência de um “futuro da constituição” inteiramente fechado na dimensão territorial tradicional do Estado-nação. Isso ocorre porque a capacidade de intervenção, de decisão e de orientação dos estados é submetida em medida crescente às condicionantes derivadas dos poderes econômicos privados que operam em escala global, ao desenvolvimento tecnológico, às interdependências internacionais. E a relação consolidada da constituição com o cenário “Estado nacional” é submetida a novas tensões. Novas tecnologias determinam transformações irreversíveis nas condições de vida, que envolve o destino das gerações futuras e escapam da orientação dos princípios constitucionais. O entrelaçamento e a interdependência de natureza política e econômica restringiram o espaço de jogo dos poderes de regulamentação estatal, incluindo aqueles que estão no nível mais alto da hierarquia interna dos recursos, e transferiram para as organizações internacionais e supranacionais os poderes de decisão e partes da soberania. A globalização dos mercados, o crescimento dos intercâmbios transnacionais nas áreas econômicas e tecnológicas, o fenômeno da expansão do mercado interno, além das barreiras dos estados e os processos de integração econômica e monetária criaram também um espaço de decisões que transcendem as barreiras formadas pelos princípios do processo político estabelecidos pelas constituições nacionais. A divergência entre o aumento de oportunidades de comunicação em escala global e o espessamento da união de identidades reduz os espaços da função de integração das constituições nacionais. Finalmente, a mobilidade da população e a abertura das fronteiras dos Estados de movimentos migratórios amplos, em que os próprios estados são incapazes de controlá-los e canalizá-los, têm determinado desafios impostos à estrutura tradicional de garantia e da titularidade dos direitos constitucionais.

O estado constitucional “aberto”⁵⁰ ou “cooperativo”⁵¹ parece ser, hoje em diante, uma alternativa decisiva para o futuro das constituições. Estes devem ocupar espaços de decisão e orientação relacionadas a um núcleo inabalável da soberania territorial dos estados, como condição para não sofrer uma perda de

49 vide, ao menos, a fundamental obra de J. Habermas. *La costellazione postnazionale*. Milano, 1998, 29 ss.

50 Neste sentido, S. Hobe. *Der offene Verfassungsstaat*. Berlin, 1998.

51 Ver formulação original do conceito em P. Häberle. *Die Verfassung des Pluralismus*. Königstein/Ts. 1980, 297 ss.

legitimidade. Mas, ao mesmo tempo, eles devem dar cobertura à transferência de parte da soberania aos assentos de decisão não estatal ou supranacional, como condição para satisfazer a demanda dos arranjos políticos adequados à nova realidade de laços e interdependências⁵². Se se tem presente que a história do constitucionalismo foi desenvolvida tendo como pano de fundo o cenário do estado nacional, e que foi percorrida pela tensão entre soberania e constituição, delineia-se como o “futuro da constituição” um próprio e real desafio. Não só porque as constituições almejam abordar a destituição de soberania, a fim de ser capaz de preservar áreas infalíveis de Estado, mas também porque podem preservar a função dos instrumentos essenciais de limitação do poder, que funciona como um fio vermelho da história do constitucionalismo, apenas a condição que os processos de constitucionalização agora ultrapassam as fronteiras dos estados. Parece ser esta a aposta capaz de sustentar o confronto com os imponentes blocos de poder transnacionais diante dos quais as constituições nacionais são cada vez mais impotentes.

52 Neste sentido, H. Vorlaender. Op. cit., 114.