

CONSTITUCIONALISMO E O ESTADO CONSTITUCIONAL¹

CONSTITUTIONALISM AND THE CONSTITUTIONAL STATE

Paolo Ridola²

Professor Titular de Direito Público Comparado “La Sapienza” (UNIROMA1, Roma/RM, Itália)

ÁREA(S): Direito constitucional; teoria da Constituição; teoria do Estado.

RESUMO: O presente trabalho possui como objetivo analisar o papel do Estado Constitucional no século XXI, entendendo o Estado como Estado Constitucional aberto e cooperativo erigido nas democracias pluralistas, resultado da síntese de um conjunto de transformações ocorridas nas democracias pluralistas nas últimas décadas, especialmente após as duas grandes guerras do século passado. Entende-se que o Estado Constitucional e o Constitucionalismo do século XXI efetivamente superam, ao menos em parte, os núcleos conceituais dos padrões do Estado liberal juspositivista, principalmente quanto à realização

substantiva de direitos, bem como nas relações internas entre os domínios do político e do jurídico, assim como a necessária transferência de fragmentos de soberania a centros de decisão não estatais ou supranacionais, como condição para satisfazer a demanda de acordos políticos adequados para a nova realidade de vínculos e interdependências.

ABSTRACT: *The present work aims to analyze the role of the Constitutional State in the 21st century, understanding the State as an open and cooperative Constitutional State erected in pluralistic democracies, result of the synthesis of a set of transformations that have occurred in pluralistic democracies in recent decades, especially after the two great wars of the*

¹ Traduzido do italiano por Antonio Pérez Miras. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5554-5089>. Traduzido do espanhol por Andrei Ferreira Fredes. E-mail: fredesandrei@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0539856827008791>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6346-8282>.

² Coordenador do Doutorado em Direito Público do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Sapienza de Roma. Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Sapienza de Roma. E-mail: paolo.ridola@uniroma1.it. Currículo: https://www.uniroma1.it/sites/default/files/CV_Ridola.pdf. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7991-2613>.

last century. It is understood that the Constitutional State and constitutionalism of the 21st century effectively surpass, at least in part, the conceptual core of the standards of the juspositivist liberal state, mainly regarding the substantive realization of constitutional rights, as well as in the internal relations between the political and legal domains, as well as the necessary transfer of fragments of sovereignty to non-state or supranational decision-making centers, as a condition to satisfy the dismantling of appropriate political agreements for the new reality of bonds and interdependencies.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalismo; teoria do estado; estado constitucional; pluralismo; democracia.

KEYWORDS: *constitutionalism; theory of state; constitutional state; pluralism; democracy.*

SUMÁRIO: 1 Alguns esclarecimentos preliminares sobre o Estado Constitucional; 2 Estado Constitucional e constitucionalismo; 3 O Estado Constitucional aberto ou cooperativo; 4 O futuro do Estado Constitucional.

SUMMARY: *1 Some preliminary clarifications on the Constitutional State; 2 Constitutional State and constitutionalism; 3 The open and cooperative Constitutional State; 4 The future of the Constitutional State.*

1 ALGUNS ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES SOBRE O ESTADO CONSTITUCIONAL

O atual Estado constitucional sintetiza o conjunto de transformações oferecidas pelo constitucionalismo nas democracias pluralistas, que levaram a progressiva erosão dos padrões conceituais do juspositivismo estadista. Portanto, indica, em um sentido muito geral, o modelo de democracia pluralista, que já há algumas décadas tem obtido uma extraordinária capacidade de propagação em escala mundial, também como resultado de convenções internacionais, processos supranacionais de integração e contribuições cruzadas entre Constituições estatais. É uma afirmação habitual que com esse modelo foi assentado de modo geral a supremacia da Constituição, especialmente graças ao desenvolvimento generalizado do controle de constitucionalidade e de um direito jurisprudencial vivo, até mesmo mediante a rede de comunicação, cada vez mais densa, do diálogo entre tribunais. Isto levou, entre outras coisas, a confluência do debate sobre o Estado constitucional acerca do neoconstitucionalismo. O estágio do neoconstitucionalismo colocou em primeiro plano, como assinalou Richard Bellamy, a tensão entre *legal y political constitutionalism*. Como podemos resolver a contradição sobre os *substantive*

outcomes que uma sociedade fundada no pluralismo desejava alcançar? Confiando nos recursos do processo democrático ou nos do *judicial process*? Mas a questão está no coração da história do constitucionalismo britânico e norte-americano, e nos perfis que se cruzam durante um longo período de tempo.

A elaboração da categoria do Estado Constitucional constitui também o resultado de um turbulento, e mais complexo ainda, percurso cultural iniciado durante os anos da República de Weimar, que causou uma mudança radical de perspectiva (de la *Staatslehre* ao *Verfassungslehre*: do Estado à Constituição) no estudo das comunidades políticas. Isto significa não somente que o modelo indicado tende a transcender a organização dos Estados, mas sobretudo que, até com relação à própria experiência destes, a Constituição não se apresenta (nem se impõe) com a expressão da soberania do Estado e seus limites, vez que na Constituição coexistem e se coordenam distintas esferas do pluralismo: a privada, a pública (relacionada com as múltiplas formas de organização da opinião pública), e finalmente, mas sem nenhuma pretensão de exclusividade, a estatal. Além disso, o vínculo entre Constituição e pluralismo não apenas afeta o seu conteúdo (por exemplo, com ênfase nas associações, partidos, grupos de interesses e diversas manifestações da esfera pública), mas também a dinâmica constitucional e as formas nas quais se afirma o valor da Constituição: o pluralismo se converte, em definitivo, em um elemento calcificador da eficácia da Constituição. Esta transformação afetou principalmente a dinâmica constitucional, que adquiriu uma tendência marcadamente procedimental, que deu protagonismo à comunicação entre os muitos temas que compartilham, e que se manifesta tanto na fase constituinte (como demonstram a maioria das transações que ocorreram nas últimas três décadas) como na das trocas constitucionais e, finalmente, na fase de ajuste por via interpretativa. Portanto, a adaptação da dinâmica constitucional a um processo público pluralista tornou menos clara a distinção entre *foundations*, *transformations* e *interpretation* da Constituição (B. Ackerman), e demonstra que é essencialmente no terreno da capacidade de sustentar uma concordância prática da complexidade que se mede, sobre um permanente e evolutivo banco de provas, a supremacia da Constituição.

2 ESTADO CONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONALISMO

Estes breves indícios do enquadramento histórico do constitucionalismo apresentam muito firmemente as questões relativas aos impactos das mudanças

profundas dos sistemas políticos determinados pela democracia e o pluralismo em particular, no núcleo histórico-conceitual do constitucionalismo. A partir do século XX, de fato, vai se dissolvendo progressivamente o vínculo que havia unido indissolivelmente o complexo de dispositivos, garantias e proteção contra o poder soberano, os quais rebaixam a ideologia e a estrutura teórica do constitucionalismo, às exigências fundantes da ordem e hegemonia burguesas, de um lado, e por outro, a construção do direito público do Estado-nação. Este processo de dissolução se completou em duas etapas. Em primeiro lugar, depois do final da Primeira Guerra Mundial, quando a sociedade civil, com suas articulações e suas linhas de conflito, inseriu no cenário das Constituições europeias: a expansão do conteúdo das Constituições, como instrumento para demarcar ou aproveitar a complexa dinâmica das sociedades pluralistas, e junto com a democratização do processo político e a crescente importância das formas de organização política das massas, a fazer que passe ao primeiro plano a função de legitimação das Constituições, que se alinharam com a componente garantista, herdada da tradição do constitucionalismo moderno, que às vezes tendem a eclipsá-la. Em um segundo momento, quando a mesma limitação do poder excede os horizontes da estatalidade, para fazer pretenda à rede de interdependências do “Estado constitucional cooperativo” (Häberle), e com fenômenos da globalização que afetaram, além dos mercados, ao campo dos direitos, à esfera da comunicação pública e da democracia, devido ao desaparecimento da coincidência entre o espaço territorial, a área da soberania do Estado e a dimensão da comunidade política.

Observa-se que a relação com a complexidade social transformou profundamente tanto a concepção do papel da Constituição, não mais atribuíveis às questões de neutralização presididas pela legalidade formal, com a sua supremacia, não mais demarcadas pelo paradigma da *Stufenbau* kelseniana e de uma disposição exclusivamente hierárquica do ordenamento das fontes normativas. Isto se deve a que as Constituições contêm antes de tudo diversas opções de princípios, que se referem a uma visão do direito que não se pode reduzir nem à conformidade com um sistema jurídico (segundo o enfoque do juspositivismo formalista) nem ao mero fatalismo (segundo o enfoque do juspositivismo sociológico), mas definida pelo paradigma de adequação/coincidência com um marco de valores materiais. A reflexão sobre a função das normas de princípio na interpretação deixou clara que a relação entre Constituição e pluralismo é intrínseca à coexistência de diretrizes e orientações

fundamentais, que, precisamente, em virtude de sua estrutura regulatória, abrem a interpretação da Constituição, permitindo revelar o conteúdo ético-avaliativo e os ideais de justiça imanentes ao texto. Portanto, os princípios constitucionais tomam relevância essencialmente no terreno de sua intrínseca potencialidade expansiva (em comparação com as regras, aplicáveis em seu lugar com o esquema “tudo ou nada”: Dworkin) ou na otimização dos resultados, como preceitos que devem guiar a máxima aproximação possível ao objetivo de ajustar o ordenamento a todos os conteúdos de valores da Constituição (Alexy). E a supremacia da Constituição se mede, portanto, no campo de jogo axiológico e na sua proteção, mais que termos de critérios formais de hierarquia normativa, e sobre o terreno da interpretação, mais que no da correspondência abstrata com um esquema de conformidade/dissimilaridade.

Creio que a pergunta decisiva é a seguinte: dado que a Constituição se vê constrangida ao lidar com a complexidade social e o pluralismo, isto se tornou impraticável pela via dos dispositivos de neutralização desenvolvidos pelo liberalismo jurídico e, além disso, inescapável o repensar da tensão entre Direito e legalidade. Uma tensão – insisto uma vez mais – na sua maior parte alheia à história do constitucionalismo. Gostaria de me referir não somente às origens medievais do constitucionalismo inglês (à ideia da sujeição do soberano a um direito arraigado na consciência social e entendido como uma realização histórica dos princípios do direito natural: Mc Ilwain, Tierney). Também gostaria de adicionar que até as raízes da ideia do Estado de Direito no jusnaturalismo racionalista não separavam sua essência de uma teoria da justiça e de um sistema de avaliação, e de fato se conotava com mais elementos substanciais que procedimentais. As razões históricas pelas quais o liberalismo jurídico eventualmente radicalizaria a oposição entre o direito e a lei são bem conhecidas. O ponto é que o pluralismo minou tanto o sistema de proteção de direitos como o dos dispositivos de neutralização.

Neste ponto desempenham evidentemente um papel decisivo as grandes opções de princípio contidas nas Constituições do pluralismo: possuem uma visão do Direito definida pelo paradigma da adequação/correspondência a um marco de valores materiais. E portanto a minar o argumento de que não existe nenhum vínculo necessário entre o Direito e a moral, entre o direito positivo e a justiça, não contribuiu apenas a vontade de cessar, depois do final da Segunda Guerra Mundial, ao totalitarismo como mal extremo da política (penso na fórmula de Radbruch), mas também na necessidade, imposta pelo pluralismo,

de carregar a Constituição de um inédito dever de unificação política, inédito porque opera no cenário de uma sociedade caracterizada pela diferença e o conflito (Hesse).

Não cabe dúvida de que a mudança do juízo de constitucionalidade da lei do esquema de comparação entre objeto e parâmetro ao da correspondência/adequação ao conteúdo de valores da Constituição implica a transição a uma visão flexível do ordenamento jurídico em seu conjunto (que está, pois, em função do pluralismo e do reconhecimento mútuo, um recurso virtuoso no lugar de um arriscado *Abschied* da normatividade). Mas também implica (havia observado, a partir de um ângulo crítico, Forsthoff, seguindo o pensamento weberiano) impulso para a materialização do Estado de Direito. Uma materialização, em primeiro lugar, confiada ao papel dos princípios constitucionais, que são a principal ferramenta para alcançar o objetivo de ajustar o ordenamento a todos os conteúdos de valor da Constituição. Uma materialização, ademais, cujo resultado final parece ser não o da abstrata submissão da lei à constitucionalidade material e formal, mas o de que a interpretação e a aplicação das leis devem resultar, em cada caso, conforme o conteúdo material da Constituição. Aqui, por um lado, podemos ver a distância deste resultado e do esquema kelseniano do controle concentrado, mas também razões profundas (próprias da cultura constitucional, diria eu), que separam os equilíbrios da tradição estadunidense (arraigada na dinâmica do controle difuso) das ponderações da corte alemã, que, neste sentido, representam o esforço mais elaborado de impregnar o controle concentrado da Constituição consciente da variedade do conteúdo de valores que nela convivem e da multidimensionalidade dos direitos fundamentais que dela derivam.

Este cenário se reflete principalmente na estrutura e garantia dos direitos fundamentais, já que foi visto emergir cânones de proteção de direitos que não são atribuíveis ao instrumento das garantias da tradição do Estado de Direito. De fato, este instrumento é insuficiente, senão improdutivo, porque se trata de cânones que vão além das categorias elaboradas em função do Estado de Direito, para limitar a atuação dos poderes públicos: a fixação do objetivo (do interesse público), a igualdade de tratamento, o princípio de determinação do caso, a polarização da regra/exceção, generalidade e abstração da lei. O porquê do novo cenário constitucional, nele se inserindo a nova proteção dos direitos fundamentais, requer uma reconsideração a partir de outra ótica de cânones de garantia que não são desconhecidos para o Estado de Direito de corte liberal,

como o princípio da proporcionalidade ou a interdição da arbitrariedade. Quanto a primeira, porque o escrutínio da relação entre o meio e a finalidade já não se situa dentro da relação (de caráter estatal) entre o poder soberano (e em princípio ilimitado) e a liberdade individual, mas que a transcende, abrindo-se à consideração de outras relações entre os diferentes âmbitos da sociedade civil e da colisão entre os direitos dos particulares. E em relação à interdição da arbitrariedade, porque uma vez mais alterando o esquema do antagonismo entre os atos de imérito e os sujeitos privados, está carregado um conteúdo positivo, dirigido à realização das subjacentes diretrizes constitucionais de orientação.

Devemos ser conscientes de que a questão do pluralismo desempenha um papel muito decisivo neste assunto. Isto se reflete na posição da lei, em seu lugar no sistema de fontes: já que a relação – ou imbricação – do Estado e a Sociedade, que parecer ser a meta das democracias pluralistas, transformou a função ordenadora da lei, que já não é chamada somente para circunscrever desde o exterior a esfera de liberdade dos indivíduos, mas que se converteu em um instrumento de regulação das dinâmicas sociais. Por este motivo é um instrumento que sofre o estreitamento da margem de manobra imposta pela função diretiva dos princípios constitucionais (a *dirigierende Verfassung: Lerche*: Gomes Canotilho). Portanto, as mudanças na função legislativa se refletem nas novas aparências com as quais se manifesta a supremacia da Constituição. E se a antiga supremacia da lei retrocede a um espaço reduzido, até a Constituição não é identificável somente por um conjunto de limitação da ação dos poderes públicos, nem com um conjunto de garantias de bens superiores – estaticamente – na classificação de uma superior força normativa. Mas esta se configura como um complexo ordenamento, cuja manutenção frente às ameaças do legislador constitui uma tarefa permanente confiada dinamicamente ao intérprete. A este respeito, as operações de equilíbrio e ponderação se afastam do enfoque do normativismo. Uma distância que se refere ao plano da lei (sobre o qual o espaço reduzido prevaleceu sobre sua antiga onipotência), mas que além disso envolve o plano da Constituição e de sua força normativa.

Isto teve consequências significativas para o papel e os estilos argumentativos dos tribunais constitucionais, que se manifestaram sobre uma base filosófica e em diferentes contextos da cultura jurídica, mas em qualquer caso refletem profundas transformações da interpretação constitucional. Aqui se faz referência, para mencionar os exemplos mais relevantes, à *reasonableness doctrine* (baseada no equilíbrio dos interesses em jogo), elaborada pelo Suprema

Corte Norte Americana, graças a qual a constitucionalidade se abriu à avaliação de se a medida adotada é *fair, intelligent, just*, ou, se, ao contrário, é irracional, inapropriada, desnecessária. Também fazemos referência, por outro lado, ao juízo de ponderação (*Abwägung*) dos diferentes conteúdos de valor incorporados pelos princípios constitucionais, levado a cabo pelo Tribunal constitucional alemão. Através dele, o cânone da proibição dos atos arbitrários (*Willkürverbot*), herdado da tradição do *Rechtsstaat* do século XIX, se transforma, carregando-se de um valor positivo (de alinhamento com os princípios constitucionais), nas diversas figuras argumentativas da *Übermaßverbot* (proibição do excesso), em uma escala de nuances da necessidade (*Erforderlichkeit*) da medida que se desliza sobre o terreno da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) e sobre a mera idoneidade da finalidade (*Zwecktauglichkeit*).

Me limito aqui a enumerar, de um modo absolutamente sintético as conclusões fundamentais da *Güterabwägung*: a eficácia dos *Grundrechte* nas relações entre particulares; a superação da concepção dos limites dos direitos como barreira (*Schranke*) externa que contém esferas de liberdade em princípio ilimitadas (os limites dos *Grundrechte* como limites imanentes, por estarem incardinados no “sistema de valores” do qual o Direito é expressão: Häberle); abertura à dimensão transnacional dos direitos, que começa com a Declaração universal de 1948, dado que, segundo recentes leituras (Rensmann), a chamada à *Wertordnung* atuou também como porta de entrada à penetração no sistema constitucional de valores universais incluídos na Declaração e ao nascimento de um *grenzüberschreitender Grundrechtskonstitutionalismus*. Em termos mais gerais, a chamada à *Wertordnung* atuou como um fator de “empoderamento da *Geltungskraft* dos direitos fundamentais”, os quais dão *impulsos* e *diretrizes* a toda a estrutura da comunidade política. Creio que é importante sublinhar este ponto. O discurso que constrói os *Grundrechte* como expressão de uma *Wertordnung* não coloca este aspecto dos direitos em oposição a sua vestimenta de tipo individual. Isto é, de fato, o que se propõe, como se deixou claro desde a sentença *Lüth*: ampliar a força de irradiação (*Ausstrahlungskraft*) da centralidade do sujeito no sistema constitucional.

Este passo é decisivo para colocar em perspectiva histórica as razões da transformação da argumentação utilizada pelos tribunais constitucionais para a interpretação dos direitos fundamentais. Em alguns dos meus trabalhos recentes, argumentei, principalmente graças à obra de Leo Strauss e, na Itália, de Matteucci, que é no mínimo o resultado de uma visão unilateral (senão um mal-

-entendido) considerar o juspositivismo estadista como a única meta coerente do legado do constitucionalismo. Esta é uma visão do constitucionalismo cujo horizonte se encontra Hobbes mais que Locke, e que se vê demasiadamente influenciada, em minha opinião, pela muito radical leitura que do complexo itinerário histórico do constitucionalismo ofereceu Carl Schmitt. Este discurso passa por cima, em minha opinião, da forte tensão ética e valorativa que encerra a ideologia do constitucionalismo, ao colocar que os resultados do liberalismo jurídico do século XIX (e as razões de fundo para o desenho de uma forte unificação política que o inspirou) teria dado um giro juspositivista cada vez mais demarcado, encerrando a garantia de direitos nos horizontes da legalidade, de um direito imposto pela vontade do legislador.

Pelo contrário (esta é a tese básica que busco argumentar), a afirmação de uma jurisprudência sobre os direitos fundamentais que utiliza a razoabilidade (baseada no equilíbrio dos interesses em jogo) ou sobre a *Abwägung* dos diferentes conteúdos de valores incorporados pelos princípios constitucionais, marca um desvio radical das tranquilizantes neutralizações da legalidade formal, do paradigma do Estado de Direito de recorte liberal e dos instrumentos de garantia que se estavam preparando para os direitos: direitos públicos subjetivos, não é de estranhar, de acordo com a linha reconstrutiva dos liberalismo jurídico tardio que culminou com Jellinek, e não (ou ainda não) direitos fundamentais, é dizer, direitos que cumprem com uma função construtiva do conjunto do ordenamento jurídico constitucional.

Na doutrina dos Estados Unidos foi muito debatido se o equilíbrio dos tribunais constitucionais comprometeu a relação dos juízes com o texto constitucional (Scalia). Na doutrina alemã, se discutiu se as ponderações abriram a porta a uma “tirania dos valores”, o que daria lugar a uma regressão da normatividade da constituição a um mero “ponto de vista das operações de ponderação” (Forsthoff), e se adicionou que tais operações cerceariam, frente ao peso de uma concepção omnicomprensiva da Constituição, os espaços de autonomia do parlamento e sacrificariam sua legitimidade democrática em favor de uma verdadeira e própria onipotência dos juízes, ainda que apoiada na Constituição (Böckenförde). Ou se, pelo contrário, o passo a uma visão flexível do sistema jurídico em seu conjunto seja em função do pluralismo e do reconhecimento mútuo um recurso virtuoso mais que uma recessão aventureira da normatividade. Em qualquer caso, o debate demonstra que o Estado constitucional se separa das tranquilizantes neutralização da legalidade formal,

do paradigma do Estado de Direito de recorte liberal e dos instrumentos de garantia que previa.

Outra crítica ao Estado constitucional acerca de seu equilíbrio é sua impressão paternalista. Segundo Isaías Berlin, um precursor deste discurso, o sacrifício da liberdade individual (negativa) em nome de uma “liberdade superior”, por algum sujeito investido de uma função *pedagógica*, é expoente dele. Brevemente, os riscos de um despotismo do mais sábio, do templo de Sarastro da Flauta Mágica, constituem o maior perigo das operações do equilíbrio. Críticas às quais não faltaram respostas, provenientes de diferentes linhas da cultura jurídica weimariana, que, com diferentes sotaques, havia se perguntado sobre se o plano constitucional poderia ser realmente indiferente a um *Ineinander von Bindung und Freiheit*, que esculpe os significados dos valores sociais. Pois, não são eles os que orientam o fluxo dinâmico do processo de integração, através do qual as normas constitucionais *se realizam* (Rudolf Smend)? Não constituem uma trama densa que permite à Constituição *organizar* a liberdade na vida social (Hermann Heller)?

Mais recentemente, surge a crítica neoliberal das ponderações (Ladeur, y antes, Schlinck): um passo importante precisamente para voltar a um ponto central do meu trabalho sobre a relação entre valores, ponderações e pluralismo. Passo importante porque esta direção neoliberal termina essencialmente culpando aos pesos e contrapesos e as ponderações de bloqueio do processo espontâneo de auto-organização da sociedade. Seria necessário fazer algumas distinções: assim, por exemplo, a crítica me parece mais problemática quando se refere ao papel dos juízes no sistema norte americano, muito fortemente conectado com a sociedade e historicamente mais capazes de interpretar o pluralismo social, e certamente fundada de modo diferente em relação com as ponderações, que se movem em um marco de um sistema de valores materiais. O ponto de partida é que uma demarcada formalização dos direitos, por um lado, e o feito de que os direitos não suponham um sistema, mas que somente expressem garantias pontuais de esferas de liberdade, permite melhor libertar-se das ataduras para buscar espontaneamente uma posição da sociedade, em contínua evolução, emoldurada no marco da legalidade formal. Resumindo, os dispositivos de neutralização estabelecidos pela concepção judicial das liberdades negativas ofereceriam um espaço maior para os recursos de descentralização e à indeterminação das relações na sociedade. Foram expressas algumas dúvidas sobre esta crítica neoliberal das ponderações (von Hayek, Leoni). Pois estou convencido que a

fragmentação dos interesses e o hiperpluralismo das sociedades complexas não produz somente ações coordenadas de redes de organização social, mas tensões, conflitos e marginalização social. E que uma democracia pluralista não pode renunciar a um tecido institucional capaz de cumprir o cargo de uma função de *Ausgleich*, corretiva da espontaneidade social, como garantia da igual liberdade, mas também como condição indispensável da inclusão em um processo livre e aberto, que constitui certamente a alma de uma sociedade livre. Isto me parece, concluindo, o recurso fundamental dos equilíbrios e das ponderações em um marco de Constituições pluridimensionais e pluriorientadas, para as quais não parece haver soluções interpretativas negativas e exclusivas (*aut-aut*), mas sim a busca de acordos e conciliações prudentes.

Em definitivo, o Estado constitucional não implicou a mera transferência da legalidade ao mais alto nível da supremacia hierárquica da Constituição, mas uma mudança qualitativa a respeito do Estado legislativo. E, segundo alguns pensamentos, esta mudança construiria a nova fronteira do constitucionalismo no ordenamento da democracia pluralista, que recuperaria a forte tensão ética expressada pela ideologia do constitucionalismo moderno, tensão cuja absorção pelo juspositivismo estatal havia gradualmente obscurecido. A transição ao Estado constitucional, ao final, havia implicado a reformulação do constitucionalismo em uma dimensão que está em dia com as demandas das sociedades pluralistas, já que enfatiza o conteúdo de valores da Constituição e potencializa o papel da jurisprudência na aplicação de tais conteúdos até contra a ação do legislador e do executivo. No qual, pelo contrário, um enfoque legalista, baseado no paradigma do Estado legislativo, tende a enfatizar a centralidade do legislador e a reduzir os espaços de uma jurisprudência chamada a dar voz aos conteúdos materiais da Constituição.

3 O ESTADO CONSTITUCIONAL ABERTO OU COOPERATIVO

Concluo com algumas considerações sobre o cenário de interdependências transnacionais que afeta cada vez mais o desenvolvimento do Estado constitucional. Gostaria de assinalar, em primeiro lugar, o tema hãberliano da categoria do *kooperativer Verfassungsstaat*, sobre a qual me detenho porque está decididamente orientada pelo enfoque *rechtvergleichend*. Assinalo as características essenciais (que permitem vislumbrar novas aberturas do seu trabalho encaminhadas para um *Verfassungslehre* universal). Häberle se move a partir de uma teoria constitucional baseada no “pensamento da

possibilidade” no lugar do “pensamento de alternativas” e reelabora o conceito de constitucionalismo como doutrina dos limites do poder (do *estatal* e do *social*), mas com algumas importantes integrações e pontuações: I. O *Abschied* de um *präkonstitutioneller Staatsbegriff* próprio da tradição cultural alemã (pensar no Estado antes que na Constituição); II. O constitucionalismo como um *kulturelle Errungenschaft*, e como conquista de uma dimensão humana considerada em sua totalidade, *als Ganzes* (que põe, ao fundo, referência ao *Menschenbild*); III. A incompatibilidade com o constitucionalismo dos enfoques decisionistas, baseados nas polarizações *Freund/Feind*, crítica que não acredito que possa ser acusada de um excesso de irenismo, porque é, provavelmente, a única resposta possível, observando a história e observando as posições das sociedades pluralistas.

Perspectivas como esta apontam uma tendência para a abertura cosmopolita do constitucionalismo. Os estudos häberlianos sobre o *gemeineuropäisches Verfassungsrecht* devem ser entendidos como *Vorstufe* de uma *Verfassungslehre* universal. Deriva daqui a complexidade de uma aproximação baseada no monismo entre Constituições estatais e Direito internacional, senão sua integração material: *Völkerrecht im Verfassungsstaat* e vice-versa, *Verfassungsstaat im Völkerrecht*. Isto significa a coexistência de elementos de um *direito internacional constitucional* (com referência a princípios básicos do constitucionalismo), e cláusulas de abertura do direito constitucional para a integração material com o Direito internacional e supranacional.

Existem muitos fatores que contribuíram ao desenvolvimento do Estado constitucional cooperativo: o crescimento da comunicação (e a contaminação) entre culturas jurídicas muito distantes em contexto histórico e de estabelecimento nas sociedades; a tendência para a generalização de um patrimônio comum, especialmente no âmbito dos direitos humanos; o desenvolvimento de organizações supranacionais e de sistemas microrregionais de proteção dos direitos; o aumento exponencial em número e tempo dos fluxos migratórios, dos intercâmbios culturais e do comércio jurídico em escala transnacional; a perda pelos Estados da disponibilidade exclusiva em amplos e importantes âmbitos de regulação; a maior predisposição dos operadores jurídicos a enfrentar um marco normativo que transcenda os direitos nacionais; a crescente importância da comparação e da comunicação entre culturas jurídicas nos itinerários da educação universitária. O marco da transformação que surge de tudo isto exige, de um lado, repensar as categorias e os estilos argumentativos arraigados na

experiência histórica do Estado-nação “introspectivo”, e de outro, não permite cair em generalizações universalistas simplistas, como se o surgimento de um “espaço jurídico global” tivesse projetado um clima de “fim da história”, ante o qual ao jurista não sobra outra opção que um reconhecimento acrítico do existente. Pelo contrário, surge um cenário de transformações que, por um lado, está longe de encontrar o arranjo e os equilíbrios definitivos, e por outro, sugere ao fundo conflitos, impasses e nós problemáticos, sobretudo, aqueles que se relacionam com o papel duradouro da estatalidade em um contexto que mudou profundamente com a eficácia das Constituições. Destino singular este que parece ter acompanhado a narrativa teórica do Estado constitucional da segunda metade do século XX, uma narrativa que se desenvolveu a princípio através do fio condutor da constitucionalização do ordenamento jurídico e da superação do Estado legislativo no constitucionalismo e que depois se viu obrigada a fazer frente aos desafios, senão de um direito constitucional cosmopolita, mas sim à internacionalização do direito constitucional.

O desenvolvimento do Estado constitucional consistiu em alterar o centro de gravidade do plano da soberania dos Estados ao plano da *experiência viva* de um direito resultante de um complexo jogo de interferências e migrações entre ordenamentos, que se estende a vários níveis, estatal e supraestatal, e no qual se opera uma multiplicidade de fatores, que inclui legisladores, governos, juízes, mas também a opinião pública em suas diversas expressões. Um fenômeno de *integração* constitucional, portanto, que se corresponde com a ideia de uma democracia genuinamente *republicana*, a qual se baseia no livre enfrentamento das forças existentes e no modo de entender os valores fundacionais de um *Gemeinwohl* antes que nas normas formais de procedimento. De fato, centrar as atuações pluralistas de uma sociedade aberta somente sobre a base de uma interpretação aberta da Constituição e da ampliação do círculo hermenêutico não deve conduzir à interpretação errônea de que esta forma chegue a sacrificar a legitimidade democrática do sistema pelos recursos do pluralismo na Constituição, e que a multiplicação dos intérpretes da Constituição acabe fazendo que o processo democrático seja tão viscoso que comprometa sua imputabilidade a um *demos*. Retorna-se, em termos essenciais, à controvérsia entre as concepções absolutas e as concepções pluralistas da democracia, entre *Volksdemokratie* y *Buergerdemokratie*. Para subestimar seu profundo significado, se ignora perceber que uma democracia pluralista está constituída por uma variedade de vozes e expressões, por instâncias participativas e contrapoderes

difusos e por uma comunicação pública aberta à legitimação de múltiplos atores. E para quem assume esta ótica, a “sociedade aberta de intérpretes” se apresenta ela mesma como um fator de democracia, e não necessariamente como uma divisão da legitimidade democrática do sistema constitucional em benefício das elites de intérpretes intitulados de maneiras e títulos distintos, que assumiriam, ainda que não estivessem legitimados, a hegemonia do processo democrático. A *porosidade* destas consequências da estrutura pluralista da sociedade, em síntese, não parece ser um obstáculo para a imputabilidade das decisões a um *demos* senão a condição da legitimidade democrática adstrita a um *demos* inclusivo.

O Estado constitucional cooperativo se perfila realmente como um laboratório de investigação privilegiado para o estudo das estruturas constitucionais das sociedades pluralistas contemporâneas, nas quais importantes fenômenos de migração e de comunicação entre culturas minaram a correspondência entre a comunidade política e as compactas fisionomias identitárias do Estado-nação. O problema implica, em primeiro lugar, a questão da soberania e sua crise. De fato, é uma afirmação recorrente que a soberania do Estado já não possui conotações de supremacia absoluta, mas que se mede através de espaços de jogos de fragmentos de soberania de outras instituições que competem com ela. O resultado seria um ordenamento pluralista em cujo âmbito competem mais instituições que não são plenamente soberanas no exercício de poderes que tipicamente se atribuía à soberania. E se este ordenamento se coloca no marco dos sistemas jurídicos dos Estados, criar-se-ia uma estrutura profundamente inédita, que não constitui “uma dimensão subordinada dos direitos dos Estados” nem “um mero subsistema do Direito internacional” (McCormick). Isto daria lugar a um marco de *intersecções mútuas* e de poderes *autônomos*, que marcaria a transição da era da *pós-soberania*, na qual a mais-valia resultante da imputação de poderes soberanos a um *demos* havia desaparecido pela distribuição de competências entre os Estados e as organizações supranacionais (Grimm). Cabe assinalar que este informe merece ser tomado com precaução, em primeiro lugar porque até o momento parece ter esboçado mais uma tendência que uma completa transformação já finalizada, e ademais porque os resultados que anuncia não estão isentos de questões problemáticas, que se referem não somente à completa relação entre *pós-soberania* e democracia, mas também ao impacto na intensidade e eficácia da proteção dos direitos. Além disso, o panorama que foi resumido se reflete de maneira paradigmática em seu sistema de proteção. A dilatação da mesma escala supranacional parece,

por um lado, ser uma consequência imposta por este cenário de transformação, enquanto que os horizontes da soberania do Estado já não seriam suficientes, por si só, para assegurar respostas às demandas de liberdade de sociedades cuja complexidade transcende os limites tradicionais das comunidades às quais pertence. Por outro lado, a dimensão transnacional da proteção dos direitos pode atuar, de maneira subsidiária, como um amortecedor das tensões e dos conflitos mais arraigados no âmbito identitário. As concordâncias práticas entre instituições, apoiadas de maneira subsidiária por cláusulas de salvaguarda do mais alto nível de proteção, são efetivamente não apenas o resultado fisiológico das estruturas de proteção dos direitos mediante os quais a transnacionalidade opera como um multiplicado da complexidade senão uma barreira para a deriva (patológica) da conflitividade social na autocompreensão dos direitos.

Isto conduz a outra reflexão, que constata que a internacionalização do direito constitucional não afetou somente à questão da soberania, mas que também transformou o papel e a força normativa das Constituições. O processo de transformação que implicou transição de um sistema impermeável de sujeitos investidos da plenitude da soberania a um marco de instituições *porosas*, investidas de fragmentos de poderes soberanos se corresponde com o andar da supremacia da constituição desde um conjunto de *Constituições parciais* vinculadas entre elas não apenas no plano hierárquico preestabelecido, senão na harmonização de seus respectivos níveis de conteúdo. Ademais, o crescimento das interdependências em escala mundial, que deriva também da tendência de generalizar um patrimônio comum dos direitos humanos, submeteu a tensões sem precedentes não apenas a conexão entre a cidadania e os espaços do Estado-nação, mas o vínculo entre o raio de ação dos direitos e a dimensão da estatalidade: um nexu que caracterizou o percurso histórico dos direitos fundamentais, ou considerado a partir do ponto de vista da plenitude de um poder soberano que circunscreve seu limite externo ou desde a ótica dos fins fundamentais assumidos como sistema dos direitos, porém englobados exclusivamente em um marco constitucional de qualquer maneira referido à identidade do Estado-nação. Este panorama parece ter mudado profundamente, devido ao efeito combinado do fracasso da premissa da soberania absoluta do Estado, na qual se centrava a tradição do *Staatsrecht*, e pelo pronunciado condicionamento da supremacia da Constituição, um verdadeiro pilar fundacional da doutrina constitucional do século XX, cujos conteúdos manifestam uma crescente porosidade aos contextos nos quais *vive*, e que agora transcendem os limites dos Estados. A

este respeito, é bem certo que o ordenamento europeu dos direitos é em grande parte produto de linhas jurisprudenciais construído através do dialogo entre os juízes nacionais e os tribunais europeus, no qual desempenha um papel cada vez mais importante a comunicação das técnicas argumentativas, e em particular as operações de equilíbrio, seria uma conclusão parcial deixar de assinalar a formação de uma *koinè* da argumentação dos tribunais na Europa, sem tratar de aprofundar suas razões, porque comuns são antes de mais nada as exigências pluralistas a respeito das quais os equilíbrios são resultados funcionais. E é certo que se, em uma primeira etapa de sua história, foram funcionais para articular a interpretação da constituição, adaptando-a aos cenários de um pluralismo inserido no contexto identitário que tende a ser exclusivo da comunidade estatal, agora foi transferido este papel coessencial à dinâmica pluralista ao nível mais amplo das interdependências do Estado constitucional aberto, no qual servem para direcionar a posterior desarticulação do tecido da sociedade no novo cenário da comunicação transnacional.

4 O FUTURO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Como conclusão, pode parecer que o constitucionalismo, ao começo do século XXI, está triunfando de maneira esmagadora, e que se está estabelecendo um patrimônio constitucional comum em escala mundial. Isto inspirou as transições que seguiram na Europa, Ásia, África e América Latina, com características e em conjunturas históricas e diferentes contextos sociais e culturais, aos Estados socialistas, na colonização e nos Estados autoritários. Durante pelo menos três décadas, se estendeu em grande um fenômeno massivo de *constitution making*, que iniciou por países europeus que saíram de experiências ditatoriais (Grécia, Portugal, Espanha), sociedades caracterizadas por graves atrasos na secularização, na modernização e no desenvolvimento. Ademais, não é difícil constatar que a circulação dos modelos constitucionais viveu uma expansão e intensificação no passado. Sobretudo se fez enfatizar no âmbito dos direitos humanos, no qual se fomentou e se guiou por uma densa rede de interdependências formada por convenções internacionais e regionais, dando lugar, não apenas na Europa (na América Latina, na África, e no mundo islâmico), a proteção multinível dos direitos fundamentais. Mas também afetou o terreno das garantias constitucionais e do federalismo, um campo este, talvez mais que outros, condicionado por diferentes contextos geográficos e culturais. Isto não deve conduzir a conclusões enfáticas. Não deve passar despercebido que, apesar do crescimento das interdependências que caracteriza a realidade

do Estado constitucional atual, os conflitos, as tensões e as situações de marginalidade persistem inclusive em áreas geográficas que podem parecer imunes a isto. Assim como é evidentemente ilusório supor que a difusão em grande escala da justiça constitucional é suficiente para abrir novas fronteiras ao constitucionalismo. Assumindo uma perspectiva ampla, parece evidente que nem todas as Constituições possuem a mesma força normativa, nem igual proteção de regulação e de valor efetivo. Tudo isto, assim como a definitiva supremacia de uma Constituição, depende de fatores extraconstitucionais, como aqueles que surgem de contextos histórico-culturais, e concretamente da cultura política, das práticas políticas e sociais consolidadas, das características do tecido social, das estruturas econômicas e das arraigadas tradições culturais e religiosas.

Isto não subtrai importância ao feito de que a Constituição segue desempenhando um papel decisivo no processo de integração de uma comunidade política, já que é um fator importante para cristalizar o processo através do qual um grupo social se reconhece em sua própria identidade política e cultura. Também se deve adicionar que as Constituições definem o espaço comunicativo e deliberativo de uma comunidade política, não somente no sentido de estabelecer regras (procedimentais) deste espaço, mas ainda mais porque, encerrando os valores constitutivos de um grupo social, alimentam foros de discussão, através dos quais aquelas se submetem constantemente a um processo de atualização, que é ao mesmo tempo crítico e reflexivo, por parte da sociedade. A importância da Constituição como um fator num processo dinâmico de integração do grupo social esteve no centro do debate científico durante várias décadas. Mas se enriqueceu com temas de extrema atualidade. É significativo que o debate sobre os temas ardentes das sociedades plurais contemporâneas (desde a bioética ao fundamentalismo com o uso de símbolos identitários no ensino religioso) sempre se dirige ao conteúdo dos princípios das Constituições. A Constituição se converteu, em definitivo, no terreno no qual os conflitos, inescapáveis das sociedades pluralistas, são discutidos, canalizados, resolvidos, ou ao menos, se convertem em objeto de decisões práticas de médio prazo. A centralidade da interpretação da Constituição que isso implica, e o correspondente crescimento dos instrumentos de justiça constitucional, enquanto não isenta de consequências problemáticas em relação à legitimação democrática, já não encontra sua justificação em uma abstrata e formulista concepção piramidal e hierárquica do ordenamento, mas em uma profunda transformação

do papel do conteúdo das Constituições. Tampouco parece conclusiva a objeção de que, ao final deste caminho, a eficácia normativa das Constituições se resolva plenamente em sua interpretação pelos juízes constitucionais. Não se deve ignorar que, como demonstram tanto as experiências mais assentadas (nos Estados Unidos e Alemanha, por exemplo) como as mais jovens, as decisões dos tribunais constitucionais não amadurecem em um contexto autorreferencial ou separado do pluralismo, mas que entram em um processo público, dentro do qual se medem frente a fatores institucionais e sociais (a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição) e estão condicionadas por outras instituições políticas, assim como pelo nível de consenso social, acerca do conteúdo da Constituição. A supremacia da Constituição garantida pelo controle de constitucionalidade se desenvolve no contexto da tendência de racionalização normativa nos processos de decisão pública nas democracias. Mas quanto mais esteja a Constituição no centro da cultura política de um grupo social, mais importante é a interpretação que realizam os tribunais constitucionais. Ele possui lugar dentro de um circuito, no qual o legislador, os tribunais constitucionais, os juízes comuns e a opinião pública são fatores dinâmicos, e no qual se leva a cabo uma confrontação dialética entre a Constituição praticada na sua aplicação cotidiana e as expectativas que a sociedade nela deposita.

A capacidade de unificação política das Constituições nas sociedades pluralistas se encontra também com limitações profundas. São, sobretudo, as que derivam da transição do Estado liberal de Direito ao Estado social, uma transformação que afetou plenamente a capacidade de regulação do direito constitucional. As tarefas crescentes do Estado em deveres de direção, de planificação e de prestação se relaciona com a acentuação da função axiológica das normas constitucionais. Isto levou à ampliação do alcance dos princípios constitucionais, que possuem a virtude de orientar em todos os âmbitos da sociedade, mas ao mesmo tempo de articular e de medir a qualidade prescritiva das normas constitucionais. Cabe adicionar que o compromisso dos poderes públicos em tarefas de prestação e de bem-estar está condicionado pela disponibilidade de recursos financeiros adequados para alcançar os objetivos e, portanto, por fatores substancialmente extrajurídicos.

Finalmente, os cenários de uma sociedade globalizada deram lugar, por um lado, à dilatação em grande escala dos processos de constitucionalização, que tendem a ultrapassar as fronteiras dos Estados-nação, e a formação de um patrimônio constitucional comum que se constituiu através de fenômenos de

recepção, de comunicação e de integração entre culturas constitucionais. Estes cenários, ademais, deixam perceber a insuficiência de um futuro da Constituição inteiramente encerrada na tradicional dimensão territorial do Estado-nação. E isto porque a capacidade de intervenção, decisão e orientação dos Estados depende cada vez mais dos condicionamentos dos poderes econômicos privados que operam em escala mundial, do desenvolvimento tecnológico e das interdependências internacionais. E o vínculo consolidado da Constituição com o cenário do Estado-nação se submete a tensões sem precedentes. As novas tecnologias conduzem a trocas irreversíveis nas condições de vida, que comprometem o destino das gerações futuras e fogem da orientação dos princípios constitucionais. A interdependência política e econômica restringiu o campo de jogo dos poderes regulatórios estatais, até os que estão no mais alto nível da hierarquia das fontes, e transferiu a organizações internacionais e supranacionais poderes de decisão e fragmentos de soberania. A globalização dos mercados, o crescimento do comércio transnacional nos campos dos mercados e das tecnologias, o fenômeno da expansão do mercado interior além das barreiras dos Estados e os processos de integração econômica e monetária criaram eles mesmos espaços para a tomada de decisão que vai além das barreiras constituídas pelos princípios do processo político definidos pelas Constituições. A brecha entre as crescentes oportunidades de comunicação em escala planetária e o aumento de vínculos identitários contrai o alcance da função de integração das Constituições nacionais. Por último, a mobilidade das populações e a abertura das fronteiras dos Estados a amplos movimentos migratórios, que os próprios Estados dificilmente podem controlar e canalizar, levantaram enormes desafios ao sistema tradicional de garantias e titularidade dos direitos constitucionais.

O Estado constitucional aberto ou cooperativo parece encontrar-se hoje perante uma alternativa que é decisiva para o futuro das Constituições. Estes devem presidir áreas de decisão e de orientação reconduzíveis a um núcleo infalível da soberania territorial dos Estados, como condição para gerar uma perda de legitimidade. Mas ao mesmo tempo devem dar cobertura à transferência de fragmentos de soberania a centros de decisão não estatais ou supranacionais, como condição para satisfazer a demanda de acordos políticos adequados para a nova realidade de vínculos e interdependências. Tendo-se presente que a história do constitucionalismo se desenvolveu no contexto do cenário do Estado-nação e que esta foi percorrida pela tensão entre Constituição e soberania, está

configurado para o futuro da Constituição um desafio real. Não apenas porque se pede às Constituições que demarquem as perdas de soberania para poder chegar a preservar os espaços infalíveis da estatalidade. Mas também porque podem conservar a função de instrumentos essenciais de limitação do poder, que percorre como um fio vermelho a história do constitucionalismo, apenas com a condição de que os processos de constitucionalização transcendam os confins dos Estados. Esta parece ser a aposta para poder suportar o confronto com os enormes blocos de poder transnacionais ante os quais as Constituições nacionais estão cada vez mais indefesas.

Submissão em: 12.10.2020

Avaliado em: 06.11.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 25.11.2020 (Avaliador B)

Avaliado em: 19.11.2020 (Avaliador C)

Aceito em: 10.01.2021