

A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição* – Considerações do Ponto de Vista Nacional-Estatal Constitucional e Regional Europeu, Bem Como sobre o Desenvolvimento do Direito Internacional

Peter Häberle

Prof. Dr. h.c. mult., Diretor do Instituto de Direito Europeu e de Cultura do Direito do Estado da Baviera e do Departamento de Pesquisa em Direito Constitucional Europeu, Universidade de Bayreuth.

Tradução:

Gilmar Ferreira Mendes, com a colaboração de Edith Nortrut de Almeida (segunda e terceira partes).

SUMÁRIO: Introdução; Primeira Parte: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; I – Tese fundamental, situação do problema; II – Os participantes do processo de interpretação constitucional; III – Apreciação da análise desenvolvida; IV – Conseqüências para a hermenêutica constitucional jurídica; V – Novas indagações sobre a teoria constitucional; Segunda Parte: A transferência para a europeização: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (do ponto de vista regional europeu); I – A tese; II – A concretização; III – A europeização das fontes jurídicas e o desiderato de uma ciência europeia de métodos; Terceira Parte: De que maneira e por quem é desenvolvido o direito internacional no âmbito dos direitos humanos? I – A indagação a respeito dos participantes; II – A indagação sobre a forma; Perspectivas.

INTRODUÇÃO

O paradigma da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” foi desenvolvido em 1975 e enriquecido continuamente como, por exemplo,

* Palestra de encerramento do VIII Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, realizado pelo IDR, de 15 a 17 de setembro de 2005.

em relação à “interpretação constitucional e legislação constitucional” (1978). Nas comunidades científicas nacionais e internacionais, foi recebido com muito interesse, mas, naturalmente, houve também algumas críticas.

Vejo com satisfação que, também no Brasil e até no próprio Tribunal Constitucional, graças ao Professor Gilmar Ferreira Mendes, a idéia tem sido aceita. Devo agradecer a tradução por ele proposta e realizada, e o trabalho do senhor R. C. Amaral¹. Agradeço especialmente ao Professor Bonavides, “Mestre antigo”, pelo convite que me foi formulado, bem como ao Presidente Busato. Muito obrigado ao Professor Sarlet pela organização exemplar da viagem.

Um projeto científico tem continuidade no tempo, isto é, hoje recebe, talvez, críticas – mas, de qualquer forma, precisa de complementação, se entendemos bem W. Humboldt quando disse que a ciência é uma “eterna procura pela verdade”. Assim sendo, o conceito sobre a “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” é apenas uma “verdade parcial”.

Sem querer “historicizar”, aponto de que maneira o velho paradigma pode ser complementado hoje. Falta ao conceito de 1975, baseado num contexto que compreende a Constituição como processo público (1969), o aspecto cultural-científico-comparativo que ousei aplicar desde 1978/1982.

Proponho os seguintes tópicos: “Embasamento cultural” do estado constitucional, conceito cultural pluralista, paradigma em relação aos níveis dos textos, o que quer dizer o seguinte: a realidade constitucional vivida aqui e agora será colocada num outro país (ou mesmo aqui) e em outra época, para outros níveis de textos; e finalmente a comparação jurídica como “quinto” método de interpretação (1989).

Somente a abertura não pode manter unida “a essência” de um estado constitucional vivo – para fazer uma variação do pensamento de Goethe. Faz-se necessária a diversidade da cultura como elemento unificador, como embasamento cultural da sociedade aberta.

No primeiro passo, dado em 1975, a sociedade aberta foi tematizada apenas em relação ao estado nacional e, mais tarde, à Europa (na teoria constitucional europeia de 2001/2002). Apenas em 2005, logrei projetar o paradigma de 1975 ao Direito Internacional, com a formulação da pergunta: quem desenvolve o Direito Internacional? (FS Zuleeg, 2005, p. 80 ss.)

Assim, deve-se estruturar o seguinte: a primeira parte refere-se à sociedade aberta no estado constitucional nacional; a segunda, ao nível regional, ou seja, concretamente à Europa (aqui cabe indagar sobre a situação de uma sociedade aberta que está crescendo na América Latina no contexto

1 Cf. AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a hermenêutica constitucional: alcance doutrinário*. Porto Alegre: Fabris, 2004.

de desenvolvimento do “direito constitucional comum americano”, análogo ao “direito constitucional comum europeu”, 1991). Países novos têm provavelmente certo receio em constituir uma sociedade aberta (há expectativas no Brasil). O terceiro passo está relacionado ao Direito Internacional, ou seja, a um segmento dele.

PRIMEIRA PARTE

A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO (UMA CONTRIBUIÇÃO PARA A INTERPRETAÇÃO PLURALISTA E “PROCEDIMENTAL” DA CONSTITUIÇÃO)

I – Tese Fundamental, Situação do Problema

1.1 Situação atual da teoria da interpretação constitucional

A teoria da interpretação constitucional tem colocado, até aqui, duas questões essenciais:

- a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional; e
- a indagação sobre os métodos (processos) de interpretação constitucional (regras de interpretação).

Ainda não se conferiu maior significado à questão referente ao contexto sistemático em que se coloca um terceiro (novo) problema relativo aos participantes da interpretação, questão que, cumpre ressaltar, provoca a práxis em geral. Uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, o qual se mostra muitas vezes difuso.

Isso já seria razão suficiente para a doutrina tratar de maneira destacada esse tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática. A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”, que reduzia o próprio âmbito de investigação à medida que se concentrava, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema “Constituição e realidade constitucional” – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados ao atendimento do interesse público e do bem-estar geral –, então há de

se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da “realidade constitucional”.

I.2 Novo questionamento e tese

Nesse sentido, permite-se colocar a questão sobre os participantes do processo da interpretação: de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional por uma sociedade aberta e voltada para si mesma.

A tese é a seguinte: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, as potências públicas, os cidadãos e os grupos. Não existe nenhum *numerus clausus* dos intérpretes da Constituição!

A interpretação constitucional tem sido realizada, até agora, conscientemente, pela sociedade fechada. É atividade da qual participam apenas intérpretes jurídicos “vinculados a corporações” e os membros formais do processo constitucional. Na verdade, a interpretação constitucional é mais um elemento da sociedade aberta. Todos os poderes públicos, participantes do processo social, estão envolvidos nessa atividade de interpretação que, a um só tempo, mostra-se como elemento resultante da sociedade aberta e elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

I.3 Esclarecimento da tese e conceito de interpretação

O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la. Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada.

Originariamente, indica-se como interpretação apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicação do sentido de uma norma (de um texto). A utilização de um conceito de interpretação assim delimitado também se faz pertinente: a pergunta sobre o método, por exemplo, apenas se pode fazer quando se tem uma interpretação intencional ou consciente. Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais e a esfera pública representam forças produtivas de interpretação. São intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes.

Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que pronuncia, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aqui uma

democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática e vice-versa. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão e sem as potências públicas mencionadas.

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma é, indireta ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma participa do processo hermenêutico de forma muito mais intensa do que geralmente se supõe. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a Constituição, não são eles também os detentores da condição de intérpretes principais da ordem jurídica fundamental.

Aqui não se cuida tão-somente da práxis estatal (por exemplo, a interpretação do art. 54 e seguintes da Lei Fundamental pelo Presidente da República ou do art. 65 pelo Primeiro Ministro). Em se tratando de alguns direitos fundamentais, já se processa a interpretação (talvez conscientemente?) no modo como os destinatários da norma preenchem a esfera de proteção daquele direito.

Dessa forma, a Corte Constitucional define o âmbito de proteção do art. 4º, nº 1 e 2, da Lei Fundamental, com o auxílio da concepção e compreensão que a igreja e as comunidades religiosas e de opinião têm de si. Semelhante significado poderia ter a própria concepção do artista para a interpretação aberta da garantia da liberdade artística (art. 5º, III, da Lei Fundamental).

Também para uma liberdade científica, concebida de modo pluralista e processualmente orientada, coloca-se a questão de se saber em que medida esse direito, com o seu conceito “aberto de ciência”, deve ser co-interpretado pelas ciências singulares (e as próprias metateorias). Em suma, deve-se indagar como os direitos fundamentais hão de ser interpretados em sentido específico. Em uma acepção mais ampla, poder-se-ia introduzir aqui uma interpretação orientada pela realidade da moderna democracia partidária (arts. 21 e 38 da Lei Fundamental), a doutrina da formação profissional, a adoção de um conceito amplo de liberdade da imprensa ou de sua “atividade pública” ou da interpretação da chamada liberdade de coalizão (art. 9º, nº 3), desde que admitida essa possibilidade – a coalizão.

A relevância dessa concepção e da correspondente atuação do indivíduo ou do grupo, e também a dos órgãos estatais, configuram uma excelente e produtiva forma de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou em sentido estrito. Tal concepção converte-se num “elemento objetivo dos direitos fundamentais”.

Assume idêntico relevo o papel co-interpretativo do técnico ou *expert* no âmbito do processo legislativo ou judicial. Essa complexa participação do intérprete, em sentido lato e em sentido estrito, realiza-se não apenas onde ela já está institucionalizada, como nos Tribunais do Trabalho, por parte do empregador e do empregado. *Experts* e “pessoas interessadas” da

sociedade pluralista também convertem-se em intérpretes do direito estatal. Isso significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade!

II – Os Participantes do Processo de Interpretação Constitucional

II.1 Considerações preliminares sobre o método

A investigação sobre os que participam do processo de interpretação é, de uma perspectiva socioconstitucional, conseqüência do conceito “republicano” de interpretação aberta que há de ser considerada como objetivo da interpretação constitucional. Se admitido que “o tempo”, “a esfera pública pluralista” e “a realidade” geram problemas constitucionais e fornecem material para uma interpretação constitucional, ampliando as suas necessidades e possibilidades, então devem, esses conceitos, ser considerados apenas como dados provisórios. Uma teoria constitucional que se concebe (também) como ciência empírica deve estar em condições de, decisivamente, explicar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público, o tipo de realidade de que se cuida, a forma como atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes.

A pergunta em relação aos participantes da interpretação constitucional deve ser formulada no sentido puramente sociológico, empírico, i.e., deve-se indagar, realisticamente, que interpretação foi adotada, a forma ou maneira como se desenvolveu, que elementos da opinião pública e que contribuições da ciência influenciaram realmente o juiz constitucional (ou as demais instâncias com força vinculativa) nos afazeres hermenêuticos.

Essa questão configura um enriquecimento e uma complementação da teoria da Constituição, que indaga sobre os objetivos e os métodos (e, assim, sobre a “boa” interpretação), e desempenha uma função auxiliar de informação ou de “mediação”.

Posteriormente, deverão ser contemplados, num contexto mais sistemático, os objetivos e os métodos, bem como os participantes da interpretação constitucional, considerando as conseqüências e as novas indagações para a interpretação constitucional jurídica e para a teoria constitucional.

II.2 Catálogo sistemático

A tentativa de se fazer uma apresentação sistemática dos participantes da interpretação sugere o seguinte catálogo provisório:

(1) as funções estatais:

a) na decisão vinculante: a Corte Constitucional (decisão “relativizada” mediante o instituto do voto vencido e, por isso, “aberto”);

b) nos órgãos estatais com poder de decisão vinculante, submetidos, todavia, a um processo de revisão: jurisdição, órgão legislativo (submetido a controle em consonância com o objeto da atividade); órgão do Executivo, especialmente na (pré) formulação do interesse público.

(2) os participantes do processo de decisão nos casos 1a) e 1b), que não são, necessariamente, órgãos do Estado, isto é:

a) o requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional, autor e réu, em suma, aqueles que fundamentam os pleitos e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou a assumir um “diálogo jurídico”;

b) outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide, nos termos da Lei Orgânica da Corte Constitucional (por exemplo: §§ 77, 85, nºs 2, 94, nºs 1 a 4, §§ 65, 82, nº 2, 83, nº 2, 88, 94, nº 5), ou que são, eventualmente, convocados pela própria Corte Constitucional (por exemplo: § 82, nº 4, da Lei da Corte Constitucional);

c) pareceristas ou *experts*, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação (§ 73 do Regimento Interno do Parlamento Federal Alemão);

d) peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento (§ 73, nº 3, do Regimento Interno do Parlamento Federal Alemão, § 40, nº 3, do Regimento Interno do Governo Federal), peritos nos Tribunais, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo, mediante a *longa manus* da eleição de juízes;

e) os grupos de pressão organizados (§ 10 do Regimento Interno do Governo Federal);

f) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo.

(3) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: a mídia (imprensa, rádio, televisão) que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do respectivo âmbito de atuação organizada (cf. 2, d), as igrejas, os teatros, as editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais.

(4) cumpre esclarecer, ainda, que a doutrina constitucional nos números 1, 2 e 3 tem um papel especial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, atuar nos diversos níveis.

II.3 Esclarecimento do catálogo sistemático

A análise, até aqui desenvolvida, demonstra que a interpretação constitucional não é um “evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo, têm acesso, potencialmente, todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição, tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento.

Até há pouco tempo, imperava a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos “órgãos oficiais”, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que não se reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos.

Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.

Também nas funções estatais (Legislação, Governo, tal como a Administração e Jurisdição) e nas relações a elas subjacentes, não se pode perder de vista as pessoas concretas, os parlamentares, os funcionários públicos, os juizes (“personalização” da interpretação constitucional). O chamado debate constitucional do parlamento alemão de fevereiro de 1974 constituiu, nesse sentido, uma interpretação constitucional antecipada. Parlamentares tornaram-se, aqui, intérpretes da Constituição.

Essas manifestações podem ter efeito – ainda que sem um significado jurídico-formal específico – sobre, por exemplo, a controversa questão da admissão dos chamados inimigos da Constituição no serviço público, afetando, assim, a práxis administrativa e a interpretação por órgãos estatais.

O processo político que, quase sempre, é apresentado como uma subespécie de processo livre em face da interpretação constitucional representa, *constitucione lata e de fato*, um elemento importante – mais importante do que geralmente se supõe – da interpretação constitucional (política como interpretação constitucional).

Esse processo político não é eliminado da Constituição, configurando antes um elemento vital ou central no mais puro sentido da palavra: deve ser comparado a um motor que impulsiona esse processo. Aqui, verificam-se o movimento, a inovação, a mudança, que também contribuem para o fortalecimento e para a formação do material da interpretação constitucional a ser desenvolvida posteriormente. Esses impulsos são, portanto, parte

da interpretação constitucional, porque são criadas realidades públicas e, muitas vezes, essa própria realidade é alterada sem que a mudança seja perceptível.

O poder de conformação de que dispõe o legislador, enquanto intérprete da Constituição, diferencia-se, qualitativamente, do espaço que se assegura ao juiz constitucional na interpretação, porque esse espaço é limitado de maneira diversa, com base em argumentos de índole técnica. Isso não significa, porém, que, de uma perspectiva quantitativa, exista diferença fundamental entre as duas situações.

O processo político não é um processo liberto da Constituição: formula pontos de vista, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes sob o ângulo constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma.

O legislador cria uma parte da esfera pública e da realidade da Constituição, coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais, atuando como um elemento estimulador da interpretação constitucional e da “modificação da Constituição”; interpreta a Constituição, de modo a possibilitar eventual revisão, por exemplo, na concretização da vinculação social da propriedade.

Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e a longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da esfera pública da Constituição. Às vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição.

Fator fundamental, e muito ativo, é a própria Ciência do Direito Constitucional. A jurisdição constitucional é um catalisador essencial, ainda que não o único, dessa Ciência, como interpretação constitucional. A efetiva influência interpretativa de tal jurisdição pode ter a própria legitimação questionada, indagação que também se aplica às outras forças participantes do processo de interpretação e que reclama uma análise dos pontos até aqui desenvolvidos.

III – Apreciação da Análise Desenvolvida

III.1 Possíveis objeções e críticas

Uma possível objeção poderia ser a de que, dependendo da forma como é praticada, a interpretação constitucional poderá “dissolver-se” num grande número de interpretações e de intérpretes. Uma teoria constitucional que tem por escopo a produção de uma unidade política, e que afirma e reitera o postulado da unidade da Constituição, está obrigada a submeter-se a essa crítica. Tal situação, todavia, não se há de verificar apenas no quadro de um inventário realista. Essas objeções devem ser avaliadas de

maneira diferenciada, tendo em vista a legitimação dos diferentes intérpretes da Constituição.

A questão da legitimação coloca-se para todos aqueles que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da Constituição. Competências formais, têm, apenas, aqueles órgãos que estão vinculados à Constituição e que atuam de acordo com um procedimento pré-estabelecido – legitimação mediante procedimento constitucional. São os órgãos estatais (art. 20, nºs 2 e 3, da Lei Fundamental – vinculação à ordem constitucional, à lei e ao direito).

Também os parlamentares (art. 38, nº 1, da Lei Fundamental) estão vinculados à Constituição, desde que não proponham alteração. Vinculados à Constituição, também estão os partidos políticos, os grupos, os cidadãos, ainda que de forma diferenciada. A maioria está submetida apenas por intermédio do poder estatal sancionador. Resta evidente, aqui, que uma vinculação limitada à Constituição corresponde a uma legitimação igualmente mais restrita.

III.2 Legitimação do ponto de vista da teoria do direito, da teoria da norma e da teoria da interpretação

A correlação entre vinculação (à Constituição) e legitimação (para a interpretação) perde, todavia, o poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria de interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades de alternativas diversas. A vinculação converte-se em liberdade à medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção.

A ampliação do círculo dos intérpretes, aqui sustentada, é apenas a consequência da necessidade, por todos sempre defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes, em sentido amplo, compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização e pluralização da interpretação constitucional).

Qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis. Todavia, essa práxis não é, essencialmente, conformada pelos intérpretes oficiais da Constituição. A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juizes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade. Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juizes apenas sob o aspecto de uma ameaça à própria independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre-arbítrio da interpretação judicial.

A garantia da independência dos juízes somente é tolerável porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista fornecem material para a lei. Tem-se, aqui, uma derivação da tese segundo a qual todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados. Quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que dela devam participar. É que se cuida da Constituição enquanto processo público. Diante da objeção de que a unidade da Constituição se perderia com a adoção desse entendimento, deve-se observar que as regras básicas de interpretação remetem ao “concerto” que resulta da conjugação desses diferentes intérpretes da Constituição no exercício de funções específicas.

A própria abertura da Constituição, cuja “veste” é feita por muitos, demonstra que não apenas o constitucionalista participa desse processo de interpretação! A “unidade da Constituição” surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes. Aqui devem ser desenvolvidas reflexões sob a perspectiva da Teoria da Constituição e, especialmente, da Teoria da Democracia.

III.3 Legitimação decorrente das reflexões teórico-constitucionais

Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam uma parte da publicidade e da realidade da Constituição, não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam no quadro da Constituição: a integração, pelo menos indireta, da *res publica*, na interpretação constitucional em geral, é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário.

Uma Constituição, que estrutura apenas o Estado em sentido restrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos; deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.

Considerando a realidade e a publicidade estruturadas, nas quais o “povo” atua, inicialmente, de forma difusa, mas, afinal, de maneira “concertada”, há de se reconhecer que essas forças, faticamente relevantes, são igualmente importantes para a interpretação constitucional. A práxis atua, aqui, na legitimação da teoria, e não a teoria na legitimação da práxis.

Como essas forças compõem uma parte da realidade constitucional e da publicidade, tomam, elas, parte na interpretação da realidade e da publicidade da Constituição! Elas participam desse processo até mesmo quando são formalmente excluídas, como ocorre com os partidos que podem ter o

funcionamento proibido por decisão da Corte Constitucional. São exatamente esses aspectos que exigem um esclarecimento sobre o conteúdo da Constituição e influenciam o desenvolvimento de uma concepção de sociedade liberal-democrática.

Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significará um empobrecimento ou um auto-engodo. De resto, um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional como ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes “não corporativos”.

Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade. Não é, porém, apenas o espelho. É, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz, e tem, portanto, uma função diretiva eminente.

Uma questão especial refere-se à legitimação da Ciência Constitucional. Ela tem uma função catalisadora e atua de maneira singular em todos os campos da interpretação, pois reflete, publicamente, a interpretação constitucional metódica, conformando, ao mesmo tempo, a preparação dos intérpretes oficiais.

Como se deixa fundamentar essa peculiar legitimação? Com base no próprio art. 5º, III, da Lei Fundamental. Constituição, enquanto objeto, é (também) coisa da ciência. O âmbito da ciência deve ser considerado como elemento autônomo e integrado da comunidade política. Nesse contexto, a sua autonomia – relativa – em face da Lei Fundamental é concebida desde o princípio; ela se legitima menos de “fora” do que por meio de processos e mecanismos internos de controle.

Constitui, porém, tarefa da Ciência formular contribuições de forma acessível, de modo que possam ser apreciadas e criticadas na esfera pública. O conceito de ensino do art. 5º, III, da Lei Fundamental desempenha um papel importante: impõe à Ciência do Direito Constitucional um dever de formação, que é realçado pela cláusula de fidelidade constitucional.

III.4 Reflexões sobre a teoria da democracia como legitimação

No Estado constitucional democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria de Democracia). A Ciência do Direito Constitucional, as Ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito.

Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, desenvolve-se

também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais, tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos Direitos Fundamentais.

Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade; desenvolve-se também no “concerto” científico sobre questões constitucionais, no qual quase não pode haver pausas e fermatas, e que não tem e nem deve ter um regente.

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.

A competência objetiva do “povo” para a interpretação constitucional é um direito da cidadania no sentido do art. 33 da Lei Fundamental! Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta, tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes. Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição. Por essa razão, tornam-se relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade, por exemplo, na estruturação do setor econômico público.

Isso não quer significar a “destronização” ou a deposição do povo. Tal idéia corresponde, todavia, à concepção de soberania popular de Rousseau, que atribui ao povo poderes equivalentes aos poderes divinos. Povo, enquanto uma dimensão determinada, atua, universalmente, em diferentes níveis, por diferentes razões e em diferentes formas, especialmente mediante a cotidiana realização de direitos fundamentais. Não se deve esquecer que o povo é formado pela associação de cidadãos.

Democracia é o “domínio dos cidadãos”, não do povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular. A democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. Essa perspectiva é uma consequência da relativização do conceito de povo – termo sujeito a entendimentos equivocados – a partir da idéia de cidadão. Liberdade fundamental (pluralismo), e não “o povo”, converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática.

Essa *capitis diminutio* da concepção monárquica exacerbada de povo situa-se sob o signo da liberdade do cidadão e do pluralismo. Portanto, existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e “eruptivo” a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais.

A possibilidade e a realidade de uma livre discussão do indivíduo e de grupos “sobre” e “sob” as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre elas emprestam à atividade de interpretação um caráter multifacetado. (Acentua-se que esse processo livre está sempre submetido à ameaça e que também a nossa ordem liberal-democrática apresenta deficiência em relação ao modelo ideal.) Teoria de Democracia e Teoria de Interpretação tornam-se conseqüência da Teoria da Ciência.

A sociedade é livre e aberta à medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato.

IV – Conseqüências Para a Hermenêutica Constitucional “Jurídica”

IV.1 Relativização da interpretação jurídica – novo entendimento de suas tarefas

As reflexões desenvolvidas levam a uma relativização da hermenêutica constitucional jurídica. Essa relativização assenta-se nas seguintes razões:

O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente.

Na fase anterior à interpretação constitucional procedida pelos juízes, são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito “participantes do processo constitucional” relativiza-se à medida que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista desenvolve força normatizadora. Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a atualização pública.

Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material “subsiste” sem interpretação constitucional por parte do juiz. (Considerem-se as disposições dos regimentos parlamentares!) Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, auto-

nomamente, Direito Constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional.

Situado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito e o constitucionalista é apenas um mediador. O resultado dessa interpretação está submetido à reserva da consistência, devendo, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais.

O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças a todos os “intérpretes da Constituição de uma sociedade aberta”. São os participantes fundamentais no processo *trial and error*, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão, potencial e atualmente, aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade, as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecede os textos constitucionais ou subjazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto.

Assim como o processo de interpretação constitucional afigura-se disciplinado e disciplinador pela utilização de métodos “jurídicos”, assim, também se afiguram variados e difusos os eventos que precedem a esse processo: relativamente racionais afiguram-se os processos legislativos, desde que se trate de interpretação da Constituição. E isso se dá freqüentemente; assim também a Administração, enquanto Administração “interpretativa” do bem-estar, opera de modo racional, outros meios de atuação estatal devem ser consideradas.

A forma de participação da opinião pública pluralista está longe de ser organizada ou disciplinada, até mesmo como parte da garantia da abertura e espontaneidade, que lhes são peculiares. Não obstante, os princípios e métodos de interpretação constitucional preservam o próprio significado, exercendo, porém, uma nova função: são os “filtros” sobre os quais a força normatizadora da opinião pública (*Öffentlichkeit*) atua e ganha conformação. Disciplinam e canalizam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo.

IV.2 Dimensão e intensidade do controle judicial – diferenciação em face da medida de participação

Uma teoria da interpretação constitucional que pretenda contemplar, num mesmo contexto, a questão dos objetivos e métodos de interpretação e a questão referente aos participantes da interpretação constitucional há de tirar conseqüência dessa situação para o método da hermenêutica constitu-

cional. Alguns possíveis resultados devem ser enunciadas aqui em forma de tese.

Uma Corte Constitucional como o *Bundesverfassungsgericht*, que afere a legitimidade de interpretação de outro órgão, deve-se valer de diferentes métodos, tendo em vista exatamente os participantes da interpretação submetida à apreciação. Isso já foi contemplado, superficialmente, sob o aspecto jurídico-funcional: os tribunais devem ser extremamente cautelosos na avaliação da legitimidade das decisões do legislador democrático.

O mesmo raciocínio aplica-se à aferição da legitimidade do direito estadual pela Corte Constitucional. No desenvolvimento dessa orientação, algumas considerações devem ser feitas: existem leis – a lei sobre ensino superior; as reformas do Código Penal, como aquela referente ao § 218; leis que disciplinam o funcionamento do comércio – que despertam grande interesse na opinião pública. Essas leis provocam discussões permanentes e são aprovadas com a participação e sob o controle rigoroso da opinião pública pluralista.

Ao examinar essas leis, a Corte Constitucional deveria levar em conta a peculiar legitimação democrática que as reveste, decorrente da participação de numerosos segmentos no processo democrático de interpretação constitucional. Em relação àquelas leis menos polêmicas, isso poderia significar que não devem ser submetidas a um controle tão rigoroso, tal como se dá com as leis que despertam pouca atenção, porque são aparentemente desinteressantes (por exemplo, normas técnicas), ou com aquelas regulações que já restam esquecidas.

Peculiar atenção demandam as leis que provocam profundas controvérsias no seio da comunidade. Atente-se para o “consenso constitucional” a respeito do § 218 do Código Penal; considerem-se também algumas disposições da lei sobre ensino superior, ou, ainda, relativamente à lei sobre co-gestão paritária. Nesses casos, deve a Corte exercer um controle rigoroso, atuando com liberalidade na concessão de liminares (§ 32 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*) (Cf. infra, nº 3).

É que, no caso de uma profunda divisão da opinião pública, cabe ao Tribunal a tarefa de zelar para que não se perca o mínimo indispensável da função integrativa da Constituição. Ademais, a Corte Constitucional deve controlar a participação leal dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, ao decidir, levem-se em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis).

Considerem-se algumas questões como aquelas relacionadas com a defesa do consumidor ou com a defesa do meio-ambiente. Aqui se manifestam os “interesses públicos” ou, segundo a terminologia de Habermas, os interesses aptos a serem generalizados. Um *minus* de efetiva participação

deve levar a um *plus* de controle constitucional. A intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo as possíveis formas de participação.

IV.3 Conseqüências para a conformação e utilização do direito processual constitucional

Para a conformação e a aplicação do direito processual, resultam conseqüências especiais: os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (particularmente nas audiências e nas “intervenções”).

Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática.

A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode tornar-se, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou se possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas (atingidas). A íntima relação contextual existente entre Constituição material e direito processual faz-se evidente também aqui.

Indubitavelmente, a expansão da atividade jurisdicional da Corte Constitucional significa uma restrição do espaço de interpretação do legislador. Em resumo, uma eficiente conformação legislativa e o refinamento interpretativo do Direito Constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de democracia.

V – Novas Indagações sobre a Teoria Constitucional

V.1 Diferentes objetivos e métodos de interpretação e participantes diversos

Da associação das questões sobre objetivos, métodos e participantes da interpretação constitucional resultam novas indagações não apenas para a jurisdição constitucional e seus métodos, mas também para a teoria constitucional que deles se ocupa.

Já me referi à possível objeção relativa ao fato de a “dissolução” da interpretação constitucional não se converter, sem tensões, em uma teoria

constitucional que busca a produção do consenso e a obtenção da unidade política como fim do processo constitucional e do próprio processo político.

Essa teoria constitucional não deve ser, todavia, simplificada e mal-entendida como uma concepção simplesmente harmonizadora. Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso.

Afigura-se evidente que requerentes e requeridos perseguem objetivos diversos no processo constitucional, e, por isso, hão de eleger métodos diferenciados de interpretação, procurando abrigar o conteúdo da controvérsia dentro desses diferentes modelos ou métodos.

O mesmo se aplica a representantes de diferentes interesses em audiências perante Comissões do Parlamento. Isso vale, igualmente, para os partidos majoritários e para a oposição no processo parlamentar. Nesse ponto, existem similaridades entre o direito processual constitucional e o direito parlamentar.

Disso resultam repercussões dos princípios de hermenêutica de caráter jurídico-funcional para a interpretação constitucional material, que devem ser mais fortemente discutidas do que vinham sendo até então, em consonância com as repercussões dos pressupostos processuais sobre a interpretação da Constituição.

O Direito Constitucional material – vivido – surge de um número enorme de funções “corretamente” exercidas: aquelas desempenhadas pelo legislador, pelo juiz constitucional, pela opinião pública, pelo cidadão, pelo Governo e pela oposição. Essa reflexão sobre a interpretação constitucional demonstra que, de uma perspectiva funcional processual, correção funcional da interpretação constitucional leva praticamente a uma diversidade da interpretação constitucional. A interpretação correta depende, pois, de cada órgão, do procedimento adotado, de sua função e de suas qualificações.

V.2 Funções da teoria constitucional

É legítimo indagar se se poderia cogitar, ainda que de forma relativizada, de uma interpretação correta. Para a teoria constitucional, coloca-se a questão fundamental sobre a possibilidade de vincular normativamente as diferentes forças políticas, isto é, apresentar-lhes “bons” métodos de interpretação.

Deve-se indagar sobre a amplitude que se há de emprestar ao círculo de interlocutores da doutrina constitucional, que, segundo o próprio entendimento, atuou, até agora, como crítica e conselheira, como “parceiro” da discussão e do consenso da Corte Constitucional. Evidentemente, a resposta a essa indagação também poderia produzir conseqüências para a conformação do processo constitucional.

Sem dúvida, uma fixação exclusiva na jurisdição há de ser superada. É possível cogitar de uma opinião pioneira, na qual a doutrina constitucional integre também a teoria da legislação, isto é, seja admitida como uma interlocutora do legislador.

A relevância da questão sobre os diferentes objetivos e métodos dos distintos participantes demonstra-se com base em alguns exemplos: a *preferred-freedoms-doctrine* e o postulado da *self-restraint* aplicam-se tão-somente à jurisdição e não à legislação. Nesse aspecto, o problema já foi contemplado por Hesse e Ehmke: se a interpretação constitucional está submetida ao princípio da “correção funcional”, então o órgão que interpreta com base em uma competência específica deve fazê-lo de maneira diversa de outro órgão, dotado de outras competências.

A teoria constitucional enquanto teoria de legislação deveria pesquisar – o que até então não foi feito – as peculiaridades da interpretação constitucional levado a efeito pelo legislador (contemplar-se, assim, a alta relevância do direito parlamentar).

Essa questão tem sido apreciada até aqui de forma perfunctória: a partir da jurisdição constitucional, isto é, dos limites jurídico-funcionais, por exemplo, com o auxílio da *preferred-freedoms-doctrine*, da presunção de legitimidade da atuação legislativa, da liberdade de conformação do legislador nas balizas do “sistema axiológico da Constituição” ou mediante utilização de fórmula negativa (negação de uma atuação arbitrária).

Cuida-se, agora, de descrever “positivamente” a interpretação constitucional realizada pelo legislador: a partir do processo (em particular do direito parlamentar) e das funções. Não se pode avaliar a questão apenas de um prisma negativo, isto é, sob a ótica dos limites jurídico-funcionais do intérprete constitucional (juiz).

Tem-se, pois, de desenvolver uma compreensão positiva para o legislador, enquanto intérprete da Constituição, seja porque atua pré-formulado, no processo político, seja porque participa formalmente do processo constitucional (Cf. §§ 77, 82, II, 83, II, 88, 94, IV, V, da Lei da Corte Constitucional).

Afigura-se igualmente difícil a questão sobre se, e em que medida, outros participantes, singular ou coletivamente considerados, ou em grupos, devem ser normativamente constitucionalizados.

Constitucionalizar formas e processos de participação é uma tarefa específica de uma teoria constitucional (procedimental). Para conteúdos e métodos, isso se aplica de forma limitada. Fundamentalmente, o processo político deve ser (e deve permanecer), tanto quanto possível, aberto, devendo também uma interpretação diversionista ter oportunidade de ser sustentada, em algum momento.

É verdade que o processo político é um processo de comunicação interpessoal, no qual a teoria constitucional deve tentar ser ouvida, encon-

trando um espaço próprio e assumindo função enquanto instância crítica. Porém, a ausência de *academical self-restraint* pode levar a uma perda de autoridade. A teoria constitucional democrática aqui enunciada tem também uma peculiar responsabilidade para a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

SEGUNDA PARTE

A TRANSFERÊNCIA PARA A EUROPEIZAÇÃO: A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO (DO PONTO DE VISTA REGIONAL EUROPEU)

I – A Tese

A imagem da “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais” (1975) recebe contornos vivos especialmente pela indagação um tanto provocativa: quem são e quem serão os participantes da interpretação constitucional? Restam preservados os tradicionais quatro métodos que, todavia, são abertos nesse conjunto harmônico; pela integração do direito comparado como “quinto” método, ficam agora acrescidos por um elemento comparativo decisivo. Na Europa, que dispõe da Corte Européia e do Tribunal Europeu para Direitos Humanos, deve-se apontar para o fortalecimento do elemento dinâmico, evolutivo, comparativo de interpretação, ressaltando a criação dos “princípios gerais de Direito”, o melhor dos resultados.

Deve-se mencionar, especialmente, o princípio material da interpretação constitucional européia, a “abertura para a Europa” (*Europaoffenheit*) (e também o respeito para com os direitos humanos – *Menschenrechtsfreundlichkeit*). Esses princípios acrescentam aos demais princípios da interpretação constitucional em sentido do cânone clássico. Porém, faz-se necessário o balanceamento por meio do princípio da subsidiariedade e do respeito da identidade nacional. Igualmente, deve-se lembrar que os tribunais constitucionais nacionais, ao aplicarem a Convenção Européia dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional europeu, sempre agem também como “tribunais constitucionais europeus”, realizando, por sua vez, comparações jurídicas em grande escala. Frequentemente, essas comparações são feitas em sessões fechadas e não aparecem no contexto das decisões publicadas. O catálogo, concebido em 1975 para o estado nacional, em relação aos partícipes da interpretação constitucional, deve ser, agora, transferido para a Europa. Cuida-se, mais uma vez, da europeização de um princípio ou paradigma originariamente elaborado apenas para o nível nacional.

II – A Concretização

Os participantes da interpretação constitucional europeia são os seguintes:

II.1 Em sentido formal:

- os dois Tribunais Constitucionais europeus, os tribunais constitucionais dos 25 países-membros da União Europeia, bem como outros países europeus que, devido às condições de ingresso, mostram-se interessados na europeização. No mais: os tribunais (constitucionais) dos 46 países participantes do Conselho de Europa, ou seja, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e, finalmente, todos os tribunais desse espaço europeu – ora restrito, ora amplo – nos quais, como em Estrasburgo, no Tribunal Europeu, podem ocorrer votos específicos a funcionarem como estímulo da interpretação constitucional;
- os legisladores em Estrasburgo e Bruxelas (os trabalhos específicos em comum entre Conselho, Comissão e Parlamento Europeu devem fornecer ao processo de “interpretação constitucional legislativo” um dinamismo comunicativo que, desse modo, não é perceptível no âmbito nacional interno. Embora no contexto da União Europeia deva-se antes falar de um “equilíbrio institucional” do que de um sistema estrito de divisão dos Poderes, isso não significa que tal fato não produzirá efeito no processo da interpretação constitucional e na diversidade dos participantes);
- os poderes executivos europeus e nacionais, inclusive a Comissão das Regiões (arts. 263 a 265 do Acordo Básico Europeu);
- o representante dos cidadãos, em conformidade com o art. 195 do Acordo Básico Europeu.

II.2 Em sentido material:

- os cidadãos, associações e grupos (incluem-se aqui as organizações não-governamentais) e, indiretamente, a “esfera pública europeia”: a participação dos cidadãos ocorrerá quando, por exemplo, apresentarem ao Tribunal Europeu para Direitos Humanos (art. 34 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos) um recurso referente aos direitos humanos, ou quando se dirigirem à Corte Europeia. Esse procedimento refere-se, analogamente, aos grupos e à “pré-interpretação”, feita graças à influência que exercem sobre a opinião pública europeia; refere-se também aos partidos políticos (cf. art. 191 do Acordo Básico Europeu: “consciência europeia” é um conceito a ser incorporado também pela teoria de métodos europeia); finalmente, a “esfera pública europeia”, em todas as suas

formas, que, muitas vezes, têm aspectos difusos, a mídia, os grupos de estrutura plural, as igrejas e as comunidades de opinião (*Weltanschauungsgemeinschaft*).

Esse catálogo foi abordado, aqui, apenas em linhas gerais. O próximo passo diz respeito à “europeização das fontes jurídicas”, ou seja, ao desiderato de uma ciência europeia de métodos.

III – A Europeização das Fontes Jurídicas e o Desiderato de Uma Ciência Europeia de Métodos

III.1 A europeização das fontes jurídicas

Como já foi mencionado, pertencem aos temas que focalizam uma “europeização” crescente, os direitos fundamentais, o princípio do estado de direito, o Direito Constitucional sobre o meio ambiente, etc. A “europeização das fontes jurídicas”, que se desenvolve de maneira latente e aberta, tem encontrado, até agora, pouca conscientização. Tal processo ocorre paralelamente ao crescimento de uma ciência europeia de métodos.

As “fontes jurídicas”, termo que será questionado posteriormente, mas, por enquanto, deve ser usado como expressão comum (embora a palavra “fonte” não esteja correta, neste sentido), constituem o potencial clássico da soberania do estado constitucional nacional. Na Europa atual, existem, no entanto, muitos procedimentos que põem em dúvida o “monopólio das fontes jurídicas formais”. Além do Direito Internacional e dos princípios fundamentais que rompem o “núcleo duro da soberania” estatal, atuam na Europa da União Europeia, sobrepondo-se ao Direito nacional, os “princípios gerais de Direito” e, em especial, os direitos fundamentais desenvolvidos pela Corte Europeia.

Positivados no Direito Constitucional parcial da União Europeia, esses princípios, cuja força normatizadora certamente se reflete em outros setores, representam um segmento da esfera geral e pública da Europa e, juntamente com o Direito Constitucional europeu, compõem um conjunto de normas que justificam o uso da expressão “europeização das fontes jurídicas”. Se se acrescentar a isso o “direito administrativo europeu” (J. Schwarze) e sua força de atuação, que se faz presente nos países membros da União Europeia, então se revela nitidamente que o monopólio das fontes jurídicas nacionais foi rompido.

É especialmente a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, bem sucedida no plano da Constituição na Suíça e na Áustria, que pode ser considerada um exemplo da “europeização interna” das fontes jurídicas (e também de sua “pluralização”).

O potencial inovador judicial dos princípios gerais de Direito pode ser considerado tão abrangente como o são os direitos humanos, que, em al-

guns Estados constitucionais europeus, foram intensificados e “interiorizados” (nesse contexto, deve-se mencionar a amabilidade em relação aos direitos humanos no Direito Constitucional nacional: por exemplo, art. 10, nº 2, da Constituição da Espanha²). A interpretação dos direitos fundamentais nacionais que se orienta por *standards* internacionais traz também benefícios para a Europa enquanto comunidade aberta dos direitos fundamentais.

É possível transferir o artigo modelo, § 10, da Constituição da Estônia³, bem como o art. 39 da Constituição da Geórgia⁴, para o patamar europeu e, certamente, para a União Européia. Do princípio da dignidade humana, hão de surgir outros direitos fundamentais. A proposta, aqui apresentada, referente à europeização das cláusulas sobre o desenvolvimento dos direitos fundamentais poderia tornar-se, futuramente, um meio de divulgação de vários novos temas e de novas dimensões dos direitos fundamentais.

Algumas Constituições da Europa do Leste prevêm para as fontes jurídicas (nacionais) disposições próprias (arts. 87 a 94 da Constituição da Polónia). Esse procedimento deve ser avaliado de maneira crítica, pois, com isso, tem-se a impressão de que as fontes jurídicas estariam submetidas à idéia *numerus clausus*. Na Europa, no entanto, a tendência geral consiste em desenvolvimento de um *numerus apertus* das fontes jurídicas, sejam escritas ou não. Analisados, teoricamente, esses procedimentos significam a relativização do espaço físico do Estado e da soberania estatal.

III.2 O desiderato de uma ciência europeia de métodos

O desiderato de uma ciência de métodos europeia configura o “outro” lado do processo de europeização descrito. A ciência de métodos, por si só, oferece também um exemplo dos processos da europeização que se encontram, no entanto, ainda em fase inicial. Enquanto na Europa começou-se a trabalhar cedo, e em conjunto relativamente ao direito privado, outra era a situação, por longo período, em relação ao direito público (em razão da ideologia do estado nacional).

Os quatro métodos clássicos de interpretação de Savigny, inspirados no direito romano, são aplicados também na interpretação do Direito Constitucional e administrativo europeu. É, no entanto, a canonização do método

2 Art. 10, nº 2 – “As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades reconhecidas pela Constituição deverão ser interpretadas em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados e acordos internacionais sobre as matérias, ratificados pela Espanha”.

3 “Os direitos, liberdades e obrigações previstos neste Capítulo não deverão obstar outros direitos, liberdades e obrigações que emanem do espírito da Constituição ou que estejam em concordância com o texto constitucional, e de acordo com os princípios da dignidade humana e de um Estado baseado na justiça social, na democracia e no Estado de Direito.”

4 A Constituição da Geórgia não deverá ser interpretada de maneira a negar outros direitos, liberdades e garantias dos indivíduos ou dos cidadãos, universalmente reconhecidos, que não estejam expressamente referidos no texto constitucional, mas que derivem dos princípios inerentes da Constituição.

juscomparativo como “quinto” método que leva, de maneira conseqüente, a uma ciência europeia de métodos. Os problemas hermenêuticos de “pré-compreensão e escolha do método” (Vorverständnis und Methodenwahl), “princípio e norma” (Grundsatz und Norm) (J. Esser) hão de ser desenvolvidos, ainda, para a Europa, da União Europeia, em sentido estrito, e para o Conselho Europeu, em sentido mais amplo. Abre-se um vasto campo de trabalho.

Aqui seria imperativo efetuar comparações nos diferentes processos que são praticados nos Estados europeus e pelas comunidades judiciais e científicas com a finalidade de avaliar os quatro, ou seja, os cinco métodos de interpretação. O objetivo desse procedimento é o desenvolvimento de padrões comuns. Nesse contexto, a “abertura para a Europa” (*Europaoffenheit*) como princípio da interpretação constitucional teria também um peso maior.

Hão de se considerar particularidades nacionais, como é o caso da importância atribuída ao conteúdo textual e à história da Suíça em relação à democracia de *referendum*. Essas particularidades não podem ser eliminadas em função da europeização. As responsabilidades jurídico-funcionais dos legisladores constitucionais e dos juizes nas respectivas áreas de atuação não serão concebidas, em todo lugar, de modo idêntico. A diversificada pré-compreensão nacional, que é parte da “identidade nacional”, deve, apesar de toda a “identidade europeia”, manter-se presente. Os critérios reveladores das diferenças na Europa hão de se tornar ou permanecer controláveis racionalmente, mesmo com a existência de todos os padrões comuns europeus.

Os primeiros passos em direção a uma ciência de métodos europeia são dados na jurisdição dos tribunais constitucionais europeus, referentes aos direitos fundamentais. Dessa maneira, a Corte Europeia, com base na “decisão enquanto número 1 (*Solange-I*)” da Corte Constitucional alemã, aperfeiçoou as determinações sobre a proteção dos direitos fundamentais em nível europeu e, para tanto, levou em consideração os princípios gerais de Direito.

Seria pensável que o *effet utile* – essa configuração jurídico-europeia de argumentos – poderia conferir impulsos à ciência de métodos, tornando-se um de seus elementos. Esse elemento teria, então, influência sobre as ciências de métodos nacionais e sobre os princípios de interpretação teleológica. Especialmente, é o *effet utile* que, no âmbito das disposições constitucionais nacionais sobre a Europa (por exemplo, o art. 23 da Lei Fundamental) poderia converter-se em tópico argumentativo jurídico-constitucional.

Outro tema a ser tratado relativamente aos padrões comuns europeus refere-se às possibilidades e limitações do direito judicial. Essas considerações permitem vislumbrar um outro horizonte. Outra indagação particular refere-se à maneira pela qual o “bem-estar comum europeu” e a “esfera pública da Europa” poderiam “influenciar” o resultado da interpretação (in-

interpretação a partir do resultado). Seja como for, esses dois elementos podem colaborar no direcionamento da atuação aberta do método de interpretação, especialmente mediante a “pré-compreensão”.

TERCEIRA PARTE

DE QUE MANEIRA E POR QUEM É DESENVOLVIDO O DIREITO INTERNACIONAL NO ÂMBITO DOS DIREITOS HUMANOS?

Nesta parte, o que se indaga é se, e como, o Direito Internacional se desenvolve. Um breve olhar sobre a história desse ramo do direito revela que, de fato, há um avanço nesse campo, inclusive por exigência de políticos instruídos (*W. Schäuble*), cujo entendimento é de que esse direito deve continuar a se desenvolver com cautela. A concepção que aqui se defende é a do Direito Internacional como “direito universal da humanidade”. Fica evidente que tal concepção tem um longo caminho pela frente, exigindo uma estruturação no tempo e no espaço.

A propósito, eis algumas observações: declarações referentes à chamada “essência do direito internacional” não deveriam, precipitadamente, aludir a questões que ainda não tenham sido abordadas. Devem-se usar alguns termos das concepções que dizem respeito ao Direito Constitucional, v.g. a referência especial à práxis e à realidade (“aproximação pragmática”), a (enorme) ligação em relação ao poder dos Estados e a dependência deles; a “imperfeição” do Direito Internacional enquanto não dispõe de instâncias que, em conformidade com o estado constitucional, seriam responsáveis pelas realizações (teoria de consenso). Duas indagações devem ser tratadas primordialmente: *Quem* contribui para o desenvolvimento do Direito Internacional hoje em dia? E a questão formal/material? De que forma acontece?

I – A Indagação a Respeito dos Participantes

Quem participa dos processos que dão continuidade ao desenvolvimento do Direito Internacional? No primeiro plano, encontravam-se, até agora, os Estados soberanos, na maioria Estados poderosos. Hoje, no entanto, existem outros “sujeitos” que têm a função de “atores”: ao lado das Nações Unidas estão, especialmente, o Conselho de Segurança, a Assembléia Geral das Nações Unidas, as Cortes da ONU, por exemplo, a de Haia (1993), e, futuramente, a nova Corte Penal Internacional.

Papel importante há de ser atribuído também às Organizações não-governamentais (ONGs), talvez, de igual modo, aos advogados que atuam globalmente e, por fim, aos cidadãos enquanto titulares de direitos huma-

nos. Mediante a indagação pessoal sobre a autoria dos direitos internacionais, cabe lembrar conscientemente o paradigma da “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais”, concebido em 1975. Nesse contexto, e já de acordo com o art. 38, nº 1, lit. d), do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, focalizam-se também os professores de Direito Internacional Público. Evidencia-se, porém, que o conceito de Direito Internacional Público, na função de “Direito da Humanidade” universal, há de percorrer um longo caminho para tornar-se uma parte da realidade normativa. Em relação a isso, não se deve subestimar a força normatizadora da esfera pública mundial, que é também esfera regional.

II – A Indagação sobre a Forma

Como, e de que forma, ocorre o desenvolvimento contínuo do Direito Internacional? Ainda nesse contexto, há uma resposta para a qual se deve elaborar uma sistemática definitiva: ao lado dos tratados clássicos (palavras-chaves seriam aqui: *world order treaties*, a superação da regra do *pacta-tertiis*, os Estados como “agentes” do direito convencional internacional e o direito costumeiro), hão de ser considerados especialmente as Cortes internacionais e os juízes, que criam os princípios gerais de Direito aplicáveis à humanidade, organizada, mas apenas parcialmente representada nas Nações Unidas (entidade também carente de reforma).

Além das superpotências soberanas e dos respectivos representantes, que atuam na “práxis”, deve-se contemplar os Estados menores, que igualmente tinham e têm a oportunidade de colaborar no desenvolvimento do Direito Internacional. A imagem das “fontes jurídicas” há de ser revista tanto no âmbito do Direito Constitucional interno quanto em relação ao Direito Internacional. Trata-se apenas parcialmente de fontes jurídicas das quais se retira algo “pronto”, já existente. É a práxis criativa, a interpretação que contribui para o surgimento e o contínuo avanço do Direito Internacional. Tem-se, também, aqui, a lei no contexto da ação pública (*law in public action*)!

Perspectivas

O procedimento “trifásico” (*Dreischritt*) revela-se certamente fragmentário, ainda que avance sobre novos âmbitos. Um foro como esse aqui, e hoje, um encontro com o corpo dos juízes no Brasil significa, para mim, uma grande honra. A magistratura brasileira arca atualmente com uma responsabilidade especial em relação ao Estado constitucional. Isso diz respeito não apenas ao juiz em posição elevada, mas se refere igualmente aos juízes ordinários em geral. A ética judicial no árduo labor do cotidiano e o domínio das regras tradicionais da arte de interpretação constituem elemento cultural fundamental, de que depende qualquer sociedade aberta.