

Cultura e direito constitucional

Entrevista com Peter Häberle *

Raúl Gustavo Ferreyra **

A discussão acadêmica ¹ aconteceu em 21 de abril de 2009, na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Um dia depois, o decano da faculdade, professor Dr. Atilio A. Alterini entregou ao professor Dr. Peter Häberle o título de doutor honoris causa da universidade.

Raúl Gustavo Ferreyra — As categorias jurídicas básicas de Direito Constitucional — democracia, república, a separação de poderes, federalismo, parlamentarismo, cartas de direitos — são invenções essencialmente europeias, como tantas outras coisas que a civilização de hoje herdou do Iluminismo do século XVIII. No entanto, o modelo constitucional mais antigo é de 1787, dos Estados Unidos, fruto de um processo que reuniu a produção europeia, somente acrescentando, para colocá-lo de alguma forma, o sistema de governo presidencialista. O Direito Constitucional escrito, formalizado, duradouro, eficaz, tem mais de 200 anos, desde que se entenda que a Constituição de 1787 dos EUA significa, razoavelmente, um ponto de partida. Constatando o desenvolvimento na América Latina, e sem entrar em qualquer comparação, podemos dizer que o texto da Constituição Federal da Argentina, que vigorou de 1853 a 1860, é um dos mais velhos. Na Europa, o texto constitucional se fortalece definitivamente após o fim da 2ª Guerra Mundial, especialmente com a Constituição alemã de 1949. Os três modelos constitucionais citados, segundo a sua teoria, formam a organização fundamental do Estado e da sociedade. Assumindo-se que os três modelos são resultado da criação humana — ou seja, tanto o Direito Constitucional estadunidense, como o alemão e o argentino são frutos da atividade humana —, as suas regras, por isso, são entidades que estão no mundo. Especificamente, o Direito Constitucional é uma invenção do homem moderno, sendo algo (instrumento) que estabelece a autodeterminação comunitária. Agora, essa coisa do Direito Constitucional, do seu ponto de vista, que status ontológico tem? Mais precisamente, na eterna discussão filosófica entre idealismo e realismo, as regras estabelecidas nas constituições são entidades reais ou ideais?

Peter Häberle — A resposta a esta primeira pergunta é especialmente complicada. Você pergunta sobre o "*status ontológico*" do Direito Constitucional. Dirijo-me a esta questão a partir de dois pontos de vista. Em primeiro lugar, de um aspecto formal: a Constituição é, pela teoria escalonada do ordenamento jurídico de Kelsen, o complexo normativo mais importante. Estamos falando da supremacia da Constituição. É claro que existe uma hierarquia adicional, imanente à Constituição. As assim chamadas "cláusulas pétreas" tiram, inclusive do constitucionalista — cujo objetivo é a reforma ou a elaboração da Constituição —, alguns valores supremos recentes. Exemplos são as famosas cláusulas pétreas do famoso artigo 79, inciso III, da Constituição alemã (GG), assim como em Portugal (1976), e o artigo 28 da Constituição federal da Argentina. Um bom exemplo pode ser encontrado na Constituição da Noruega, de 1814. Em termos de conteúdo, a Constituição é composta materialmente de múltiplas e variadas figuras legais e princípios. Uma parte se estende até uma esfera ideal, e outra tem uma forte referência com a realidade. Elas reagem com as experiências históricas específicas. Por exemplo, a Constituição alemã regulamenta, no artigo 5º, entre outras, a liberdade de informação, que não existia no Terceiro Reich. A Constituição também processa catástrofes históricas — um exemplo é o artigo sobre Chernobyl na Constituição da Ucrânia. A dignidade humana é o valor supremo, uma vez que chega até o plano idealista máximo, pelo menos quando ela é interpretada segundo I. Kant. Por outro lado, também se encontram exigências muito realistas na Constituição. Pode-se mencionar o postulado do pluralismo

aplicado pelo Tribunal Federal Constitucional (BVerfGE) nas suas muitas deficiências no que diz respeito à televisão (palavras-chave são o pluralismo interno de emissoras de televisão públicas e pluralismo externo das emissoras privadas concorrentes). Assim, encontramos nos textos constitucionais, em parte, referências reais e, em parte, referências ideais. A doutrina alemã conhece o bonito termo "realidade constitucional" que, muitas vezes, conflita com o Direito Constitucional. Há, por exemplo, um determinado conflito entre a liberdade de um representante no Parlamento e a sua lealdade ao seu partido político. Na Alemanha, falamos sobre a tensão entre o artigo 38 e o artigo 21 da Constituição.

Raúl Gustavo Ferreyra – Você completou mais de 50 anos dedicados exclusivamente à pesquisa e ao desenvolvimento científico. A unidade e a excelência no trabalho do cientista são paradigmas de seu trabalho. Naturalmente, a sua principal preocupação era e é o mundo, as coisas que o constituem e os problemas que afetam esses objetos. Para o conhecimento da realidade têm sido testados a observação e o raciocínio. Em muitos casos, o empirismo bane o racionalismo e vice-versa. Sem entrar na disputa entre racionalistas e empiristas, cujas consequências certamente também são apreciadas na ciência do Direito, e tendo em mente que você foi o único jurista que desenvolveu profundamente as ideias de Karl Popper, brilhante racionalista moderado ou crítico (de acordo com sua própria definição), qual é o método mais apropriado para a compreensão da realidade jurídica constitucional: o experimental, o racionalismo, ou a mistura de ambos?

Peter Häberle – Realmente eu trabalho há exatamente 50 anos (início dos trabalhos da minha tese de doutorado) no estudo científico do Direito Constitucional. Um dos meus clássicos de referência, é claro, é K. Popper e sua teoria do racionalismo crítico. No entanto, este pensador não pode investigar em profundidade a realidade do Estado constitucional, porque a sua sociedade aberta precisa, desde o começo, de fundamentos culturais. Em outras palavras, precisa de princípios científico-culturais. A teoria crítica da Escola de Frankfurt, por sua vez, é de grande ajuda, ao pensar criticamente a mídia e a sociedade de consumo assim como o mundo das mercadorias. E antes de Popper, podemos citar a sabedoria dos clássicos da Antiguidade, e aqui refiro-me à relação estabelecida por Aristóteles entre igualdade e justiça (falamos da proibição da arbitrariedade) ou à sua doutrina do direito natural. Para o pensamento constitucional são imprescindíveis as teorias do contrato, nas variantes de Hobbes a Locke, até Rousseau e Kant. Hoje compreendemos a Constituição como um processo sempre romântico entre "o conviver e o suportar-se" entre os cidadãos. Já em 1978, arrisquei-me a formular a teoria de que os tribunais constitucionais participam da atualização do contrato social vivido. Também estamos no caminho rumo a um contrato social europeu, que pode ser alcançado por meio do avanço da integração europeia, na forma de diversos contratos, no sentido de uma reforma gradual (desde os contratos romanos do ano de 1957 até Maastricht e Amsterdam na década de 1990, bem como o fracassado projecto de Constituição de 2004, e o assim chamado Tratado da reforma da UE, em Lisboa, de 2007, que atualmente é avaliado pelo Tribunal Constitucional Federal). O federalismo também é uma maneira particularmente compatível com a possibilidade de experimentação. Faz uma década que falou-se da "oficina suíça" ou de um Estado federal em contínuo processo de experimentação. Nas Constituições dos cantões suíços, que se encontram em uma profunda revisão, foram feitas muitas experiências, posteriormente aprovadas ou corrigidas pela instância superior da Constituição nacional suíça de 1999. O Racionalismo de Popper tampouco é suficiente pelo seguinte motivo: o homem não é apenas um "animal racional", mas também vive de emoções. O Estado constitucional dá espaço para essas fontes "de consenso emocional" quando cria hinos nacionais ou bandeiras nacionais (ver mais a respeito nas minhas últimas obras), ou quando estipula novos feriados nacionais. Neste ponto, devemos ter em mente a imagem do homem racional e emocional do Estado constitucional. Nem mesmo o mercado é compreensível apenas a partir da figura artificial do *homo economicus*. O homem não vive só como "maximizador" de seus interesses racionais, mas também atua no mercado a partir de motivações

irracionais. Rüstow, um clássico da economia nacional, teve isso mais presente do que muitos ideólogos do mercado atual.

Raúl Gustavo Ferreyra — Especialmente a partir de 1982 você apresentou e tem insistido na tese de que a teoria do Direito Constitucional é um produto cultural. Karl Popper dividiu a realidade mundana em mundo físico, mundo sensível e mundo cultural. O mundo terceiro ou cultural de Popper é uma realidade objetiva, integrada, basicamente, pelo resultado do conhecimento humano. O Direito Constitucional e sua teoria formariam parte do mundo terceiro de Popper?

Peter Häberle — Você pergunta sobre a teoria dos três mundos de Popper. Não tenho tanta certeza de que esta teoria é realmente útil para os constitucionalistas. A matemática pode ser concebida como pertencente tanto às ciências naturais quanto ao mundo da cultura. Até onde conheço, esta questão nem sequer está resolvida entre os matemáticos. Além disso, eu não posso dividir o mundo “três”, ou seja, o mundo dos conteúdos espirituais e culturais, do mundo “dois”, isto é, o mundo das percepções individuais. Há, por exemplo, discussões sobre se as obras de arte de Michelangelo ou as catedrais góticas podem ser consideradas — independentemente do observador — como obras de arte, ou seja, belas. Sabe-se que, já na Grécia antiga, havia uma divisão em três mundos: *Logos*, *Physis* e *Psique*; os romanos dividiam entre *ratio*, *intellectus* e matéria. Nós, os constitucionalistas, devemos partir da autonomia do “mundo do Estado constitucional” seu estudo científico, e também devemos ter em mente os limites da nossa capacidade de interpretação e, portanto, ser humildes. A Filosofia pode especular, associar a seu gosto. A teoria constitucional deve dar respostas concretas e responsáveis, como por exemplo, no caso da revisão de uma lei parlamentar por um tribunal constitucional com base nas regras da Constituição, ou se um juiz cível ou criminal de primeira instância deve responsabilizar-se ante o caso particular a ser julgado. Como uma pequena complementação, gostaria de acrescentar mais algumas ideias sobre a concepção dos três mundos: Em 1982, desenvolvi a teoria da Constituição como cultura, ou dito de outra forma, o princípio científico-cultural. K. Popper foi esclarecedor para mim só em relação a seu conceito de sociedade aberta, ou seja, a rejeição de todos os sistemas totalitários, como o nazismo, o fascismo, o marxismo e o leninismo. Não concordo com suas críticas a Platão, porque, como é sabido, segundo um comentário espirituoso de Whitehead, “todo pensamento é uma nota de rodapé à obra de Platão”. Ao contrário de Popper, minha intenção é fundamentar a sociedade aberta a partir do princípio científico-cultural. E até onde sei, isso não é o que pretende Popper. Sem cultura, o ser humano, mesmo com toda a abertura, cairia em um precipício. Além disso, hoje em dia não existem, na minha opinião, três mundos. Existe apenas um mundo, embora, claro, este seja um mundo culturalmente diversificado. Tampouco compartilho a ideia de primeiro mundo, segundo mundo e terceiro mundo, porque tende a uma questão valorativa que não é correta. O primeiro mundo, ou seja, a chamada velha Europa, ainda hoje pode aprender muito com o terceiro mundo. Isto é especialmente válido para o Direito Constitucional. Pense, por exemplo, na figura do promotor de Justiça na América Latina, para a qual contribuiu principalmente o México.

Raúl Gustavo Ferreyra — No início dos anos 60, você apresentou na comunidade científica de Direito Constitucional um novo paradigma teórico, explicação e desenvolvimento de uma norma da Constituição alemã de 1949. Maginificamente, no artigo 19, parágrafo 2, se dispõe: “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”. A regra constitucional alemã, felizmente imitada, tem significado um paradigma para a compreensão e desenvolvimento dos direitos fundamentais. Particularmente, você levanta na sua tese de doutorado a dupla dimensão dos direitos fundamentais: a subjetiva ou plurissubjetiva, e a institucional. Depois de 60 anos da promulgação da Lei Fundamental de Bonn e quase 50 da publicação original de sua tese de doutorado, qual a sua avaliação sobre a aplicação da regra no Direito Constitucional alemão? Que projeção se atreve a prognosticar para o século XXI, em países como a Argentina, por exemplo, cuja Constituição

Federal desde 1994 tem dado hierarquia constitucional aos mais importantes instrumentos internacionais de Direitos Humanos, que são direitos autoaplicáveis?

Peter Häberle — Foi uma grande sorte para mim ter podido propor ao meu professor acadêmico K. Hesse, em Freiburg, a escolha da famosa "Garantia do conteúdo essencial" do artigo 19, inciso II, da Constituição alemã para minha tese de doutorado. Responderei à sua complexa pergunta em três passos. A garantia do conteúdo essencial se baseava em estudos anteriores sobre a dogmática nos tempos da República de Weimar. A Constituição a normatizou com a intenção de preencher todos os buracos abertos e encobertos dos direitos fundamentais. Como resultado da comparação das constituições, em muitos continentes e em muitas constituições nacionais, e recentemente incluídas na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, se encontram diferentes formulações do artigo 19, inciso II, da Constituição alemã. As constituições dos cantões suíços falam das garantias do conteúdo essencial. Algumas constituições do leste europeu, como a da Polônia e a da Estônia, protegem o conteúdo essencial. Incluído na Constituição da Espanha da 1978, se pode reconhecer o modelo do artigo 19, inciso II, da Constituição alemã. Finalmente, também encontramos artigos que seguem este modelo nas constituições das províncias sul-africanas. Em outras palavras, a garantia do conteúdo essencial provavelmente se tornou o maior sucesso de exportação da Constituição alemã. Na Alemanha existem três teorias: A garantia absoluta do conteúdo essencial, segundo a qual a essência última dos direitos fundamentais está protegida de forma intangível ainda em relação ao legislativo; a teoria relativa de garantia essencial relativa, que trabalha com uma valoração dos bens jurídicos e, finalmente, um solução combinada, que propus eu mesmo em 1962 e que foi até mesmo adotada por meu grande professor K. Hesse em sua obra *Grundzügen* (1967). Alegro-me que a Constituição argentina de 1994 tenha colocado os Direitos Humanos como de aplicação direta na instância superior da hierarquia normativa.

Raúl Gustavo Ferreyra — Sua tese sobre a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição foi inaugurada em 1975³. Ali você levanta a ampliação da interpretação do Direito Constitucional a todos os cidadãos, e não apenas aos operadores, ou seja, juízes e constitucionalistas. Sua "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição" é uma comunidade iluminada se comparada com a sociedade que limita a interpretação do Direito Constitucional. A tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição foi anunciada ao mesmo tempo em que o mundo testemunhava o começo de uma profunda mudança tecnológica, especialmente nas comunicações. Concretamente, a informação e a comunicação em 1975 não eram nem remotamente o que é hoje em dia; as possibilidades que permitem os meios de comunicação atualmente têm crescido exponencialmente nos últimos 40 anos. Consequentemente, considerando que o homem sempre deve enfrentar a dificuldade epistemológica do que não conhece, você acredita que a mudança radical nas comunicações facilita a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição? Ou, dito de outra forma, você acha conveniente a atualização de sua tese tendo em conta a globalização da informação e, em paralelo, que nem tudo se conhece?

Peter Häberle — Desenvolvi o paradigma da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição em 1975. Apenas 20 anos depois eu percebi que, do ponto de vista da história cultural, por trás dessa ideia, pode ser encontrada a tese protestante de Martín Lutero acerca do sacerdócio de todos os crentes. De um ponto de vista retrospectivo, na Roma antiga, o conhecimento do direito era reservado à casta dos sacerdotes. A Lei das Doze Tábuas trouxe consigo o conhecimento público do direito para os cidadãos romanos, a qual, como é sabido, foi criada por um grupo de juristas e políticos que viajou para Atenas e orientou-se pela legislação de Sólon, que a governava. O caráter público do direito é característica fundamental de todo Estado constitucional até hoje em dia. A novidade do paradigma da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição é que já não se trata do conhecimento público do direito, mas que todos os cidadãos tenham acesso ao processo interpretativo. A Suprema Corte do Brasil, na gestão de seu presidente Mendes, fundamentou a aplicação do *amicus curiae*, teoricamente a partir do conceito de

sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. O Tribunal Constitucional Federal alemão procede de maneira pragmática e desde há muito tempo outorga a palavra a grupos pluralistas, como sindicatos, organizações empresariais, a Igreja e outras comunidades religiosas em alguns processos judiciais importantes, em audiências públicas. Em 1975, eu não imaginava a enorme evolução que, especialmente no âmbito técnico, poderiam desafiar ou talvez pôr em dúvida meu paradigma. Já na primeira edição de meu livro *Europäische Verfassungslehre*, dos anos 2000/2001, bem como na 6ª edição de 2008, projetei a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição na União Europeia. Atualmente já existem indícios de uma sociedade aberta dos intérpretes constitucionais na Europa. Isso pode ser visto pela participação, via internet, de alguns cidadãos no projeto da Constituição de 2004. Se essa Constituição europeia tivesse entrado em vigor, já poderíamos falar de uma sociedade aberta dos constitucionalistas na Europa. Na Suíça, por exemplo, existem procedimentos de audiência pública: cidadãos e grupos pluralistas podem opinar sobre projetos de lei e revisões da Constituição. De um ponto de vista mundial, devemos falar de um conjunto de constituições parciais. Ainda não há Direito Constitucional global completo e provavelmente tampouco se deveria ir rumo a ele. Existem apenas constituições parciais, como a Carta das Nações Unidas, o Convênio de Direito Marítimo internacional e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, projetado em Roma e implementada em Haya. Meu conceito ideal de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição é posta em risco tanto em pequena quanto em grande escala, por meio dos processos de concentração de poder por um lado, e pelos lamentáveis processos de economia, de outro. No entanto, também podemos encontrar aspectos positivos: organizações não governamentais participam dos processos mundiais de informação, tais como no direito de protecção ao meio ambiente ou nos Direitos Humanos.

Raúl Gustavo Ferreyra – Por volta do fim da década de 1970, você introduziu um novo paradigma: a Constituição como processo público. Creio que a sua tese, singularmente, é um desenvolvimento do seu postulado da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Infelizmente, porém, sua contribuição sobre a Constituição como processo público não foi traduzida para o castelhano. Você pode traçar as características básicas de sua construção teórica sobre a Constituição como processo público?

Peter Häberle – Meu paradigma da Constituição como processo público é baseado em contribuições científicas de Rudolf Smendes (*Zum Problem des Öffentlichen*, 1955), bem como o trabalho de J. Habermas, *Zum Strukturwandel der Öffentlichkeit*, que datam do final dos anos 1960. A princípio, atribui especial importância à vinculação com a corrente tradicional da Antiguidade, especialmente de Cícero: *salus, res publica res populi*. Em textos constitucionais mais contemporâneos, o público se reflete nas regras constitucionais da tradição francesa e espanhola, que falam da liberdade pública. Eu gosto de fazer a distinção entre a chamada tríade republicana: a esfera pessoal privada protegida pelo direito fundamental, como o casamento, a família, a protecção de dados pessoais e protecção da palavra pessoal, também no Direito Penal, a protecção dos sistemas tecnológicos de informação (por exemplo, a *revisão online*), e a protecção da autodeterminação informativa. A segunda área é a público-social. Com isto me refiro ao status público dos partidos políticos e deputados no Parlamento, das atividades públicas das empresas e corporações, por exemplo, os sindicatos (o direito de greve), até o chamado direito público das igrejas, que foi desenvolvido por Rudolf Smendes nos anos 1950. O terceiro âmbito é o público-estatal, ou seja, a natureza pública do Parlamento, o carácter público do Tribunal de Contas e as audiências públicas do Tribunal Constitucional. A ideia de processo, para mim, é importante para a causa do princípio democrático. A democracia vive graças aos processos, que finalmente deveriam levar a compromissos. Como a Constituição, como marco normativo, realiza somente, em parte, pressupostos de carácter substantivo, o resto deverá se desenvolver ao longo do tempo através da estruturação justa de uma grande diversidade de processos. Um exemplo é a minha reflexão: *salus publica ex processu* (1970). Os processos requerem, naturalmente, uma protecção gradual das minorias. Pense, por exemplo, nos direitos constitucionais da

oposição no parlamento. A natureza pública da Constituição é um aspecto da minha ideia sobre a Constituição como processo público. Este caráter público, é claro, não é ilimitado, uma vez que existem valores materiais fundamentais não negociáveis e que existiam antes da Constituição como um processo público: refiro-me aqui a tudo na dignidade humana como premissa cultural e antropológica do Estado constitucional, dignidade humana no sentido de I. Kant. A ideia de processo, além disso, é especialmente conhecida no Direito angloamericano (justiça, devido processo legal). Na verdade, essa ideia já existia no Direito romano (*audiatur et altera pars*). Considere-se também o processo de tentativa e erro em Popper. Poderia ainda adicionar como exemplo um texto clássico de F.A. Hayek: o mercado como processo de descoberta. Este último é acrescentado apesar de o mercado, na minha opinião, fazer sentido instrumental do qual não compartilho, especialmente nos dias de hoje: a ideologia de mercado liberal.

Raúl Gustavo Ferreyra — A dogmática constitucional do século XXI na América Latina recebeu um grande impulso com a publicação da sua obra *O estado constitucional*, primeiro no México [1] e agora na Argentina. Você levanta e desenvolve a existência de um novo tipo de Estado, o Estado constitucional. Este suporta tanto o sistema de governo presidencialista quanto o parlamentarista. Na Europa, o modelo presidencialista é desconhecido na prática. Não é assim na América Latina, onde a desconhecida é a prática do parlamentarismo. Parlamentarismo, rudimentarmente, exige a cooperação dos partidos políticos, ao passo que o presidencialismo, a confrontação. Há 15 anos, nosso amigo Eugenio Raúl Zaffaroni tem insistido repetidamente que, na América Latina, a existência de golpes de Estado não significa a fraqueza dos governos. Precisamente, os governos constitucionais na América Latina caem por seu próprio peso, por sua raiz presidencialista, que impediria a participação de todas as forças na arena política. Zaffaroni propõe a reforma constitucional na América Latina, especialmente na Argentina, e a adoção dos sistemas parlamentaristas. Nosso amigo comum, Diego Valades, entretanto, do México, em um trabalho recente, propõe examinar a parlamentarização do presidencialismo. Acertadamente, Otto Bachoff alertou que não existem patentes de invenção que assegurem o funcionamento de um determinado sistema de governo. De minha parte, penso que é imediatamente necessária a mudança constitucional na Argentina e a saída urgente e ordenada do hiperpresidencialismo. Sem entrar no debate doutrinário parlamentarismo-presidencialismo, sendo você um teórico do Direito Constitucional e de sua mudança formalizada, quais são as luzes e quais são as sombras do funcionamento durante 60 anos do parlamentarismo na Alemanha?

Peter Häberle — Conheço a discussão latinoamericana sobre os conceitos levantados pelo juiz Zaffaroni e o autor mexicano Valadés. Sei também que na América Latina se discute muito em torno das ideias de presidencialismo e parlamentarismo. Eu acho que é provável que os países jovens em situações difíceis, especialmente os chamados países emergentes, como o Brasil, precisem de um presidente com poderes limitados, mas importantes. Justamente aqui é decisiva a circunscrição do mandato a 4 ou 5 anos, e a limitação da reeleição a dois períodos consecutivos de gestão. Um contra-exemplo catastrófico: Venezuela sob o governo de Chávez, hoje. Sistemas presidencialistas em países jovens requerem o contrapeso de fortes tribunais constitucionais, como podemos ver com alegria atualmente no Brasil, graças à Suprema Corte sob a atuação de G. Mendes. Sistemas parlamentares têm a grande vantagem de ser um reflexo pluralista da sociedade aberta. Nisto, no entanto, podemos encontrar um enfraquecimento dos processos de decisão. Permitam-me uma comparação com a França. Você sabe que De Gaulle adequou a Constituição da Quinta República de 1958 a seus próprios interesses, e que, no fundo, ele desprezava o sistema partidário parlamentar. Hoje temos na França, a pátria dos Direitos Humanos, tendências para uma República Monárquica (Presidente Sarkozy-Bruni). A Espanha pode ser chamada de monarquia republicana. Aqui como lá existe um parlamento, mas com vitalidade e força diferentes. A teoria e a prática do parlamentarismo na nossa — durante 60 anos — exitosa democracia em conformidade

com a Lei Básica tem mais luzes que sombras. Vou citar algumas sombras: a democracia partidária domina em parte o Parlamento, e os deputados no Parlamento em muito poucas vezes podem se fazer ouvir de maneira espontânea e independente. Isso é expressão da oligarquia dos partidos políticos já existentes nos tempos da República de Weimar. No entanto, ainda hoje têm lugar importantes decisões parlamentares, geralmente através de oradores individuais. Inesquecíveis são alguns discursos do importante jurista da SPD Adolf Arndt, bem como os discursos do deputado Ernst Benda, recentemente falecido, sobre a imprescritibilidade e os crimes capitais. O Parlamentarismo da nossa Constituição tenta sempre novas reformas legislativas com o objetivo de relançar a discussão (por exemplo, as atuais horas de apresentação perguntas). O parlamento alemão é considerado um ativo parlamento de trabalho, ou seja, o principal trabalho é feito nas comissões. Atualmente se discute a instalação de uma televisão própria do Parlamento. O presidente alemão está limitado a funções de representação nos termos da própria Constituição. Apenas em casos excepcionais pode dissolver o Parlamento. Esta é uma antítese em relação à República de Weimar. Cabe acrescentar que desde K. Adenauer se fala de uma "democracia do chanceler". Não é nenhum segredo que sou contra a opinião generalizada de que as moções de desconfiança apresentadas pelos chanceleres H. Kohl e G. Schröder, que mais tarde tiveram êxito, sejam formas de abusar da Constituição. Infelizmente, o Tribunal Constitucional Federal não se opôs a este abuso das formas. Na verdade, ambos os chanceleres tiveram a confiança da maioria dos seus respectivos partidos políticos, mas pretendiam, "pela força", um novo mandato do povo alemão.

Raúl Gustavo Ferreyra — Uma das discussões sobre o Direito Constitucional poderia ser apresentada desta forma: um grupo de teóricos assume e apoia a ideia de que a Constituição prevê uma ordem de valores fornecida pelo poder constituinte no momento da fundação; outro grupo, por sua vez, argumenta que a Constituição, longe de exprimir uma ordem de valores, constitui um princípio que é garantir que governarão aqueles que obtiverem a maioria, de acordo com o processo estabelecido pela própria Constituição. Em termos gerais, o primeiro grupo de opinião pode ser caracterizado como "valorativistas", e o segundo, de "formalistas". Por conseguinte, entre formalistas e não formalistas, que grão de verdade você atribui a um e a outro grupo, especialmente tendo em conta sua tese sobre texto e contexto constitucional?

Peter Häberle — Do meu ponto de vista, a Constituição expressa uma pluralidade de valores fundamentais: a começar com a dignidade humana, passando pelos direitos fundamentais individuais até alcançar a democracia como consequência organizacional dos Direitos Humanos. A isto se soma à brilhante ideia de Montesquieu em relação à divisão dos Poderes. Entendemos esta horizontalmente na direção dos três Poderes. Mas também a entendemos verticalmente nas formas de federalismo, das corporações territoriais autônomas na Espanha e da autogestão comum. A isso se somam funções do Estado: o Estado-social, passando pelo Estado cultural até chegar ao Estado ecológico. A Constituição é, em grau distinto, um ordenamento marco. Alguns princípios são imutáveis, outros podem ser alterados com a maioria de dois terços. Minha tese dos níveis textuais sempre envolve também os contextos. Com isto me refiro ao fato de explicar por meio de contribuições reflexivas, as quais têm seus limites. O paradigma dos níveis textuais significa que, muitas vezes, ocorre que um constitucionalista determina *a posteriori* em um texto o que já foi fixado por sentenças judiciais ou já foi posto em prática pela realidade constitucional.

Raúl Gustavo Ferreyra — A "jurisdição constitucional". Esta é a invenção de que a Constituição estabelece um ordenamento hierárquico em cujo topo, precisamente, está a Constituição e, conseqüentemente, podem ser inaplicáveis todas as leis que se opõem a ela, passados 200 anos. A célebre caso "Marbury vs. Madison", em 1803, inaugurou a jurisdição constitucional. Em 2009 se cumprem 60 anos de uma das mais desenvolvidas jurisdições constitucionais do mundo, a alemã. E, concretamente, dentro de dois anos se cumprirão 80 anos de uma das polêmicas mais famosas do Direito: "Hans Kelsen vs. Carl Schmitt": quem deve ser o guardião da Constituição?

Você tem escrito, com objetividade e rigor, que os aniversários são úteis para recriar e repensar os fundamentos emocionais do consenso comunitário. A partir dessa perspectiva, e sem ignorar as diferenças objetivas que existem em matéria de jurisdição constitucional – entre a jurisdição que adota o modelo difuso e a jurisdição que adota o modelo concentrado –, qual é o inventário da jurisdição constitucional em nosso tempo? Em outras palavras: que progresso é visto no controle da lei inconstitucional e que desafios ou barreiras cairão no século XXI?

Peter Häberle – Todo Estado constitucional deveria poder decidir se escolhe uma jurisdição constitucional difusa ou uma jurisdição constitucional concentrada. O grau de eficácia do modelo difuso é mostrado no caso "Marbury vs. Madison"(1803), nos Estados Unidos. O grau de eficácia de uma jurisdição constitucional autônoma é demonstrado pelo Tribunal de Justiça, em Roma (1947), a Constituição alemã (1949), o Tribunal Constitucional Federal que começou em 1951 e, especialmente, o Tribunal Constitucional em Lisboa e na Espanha. Atualmente, os instrumentos da jurisdição constitucional têm se aperfeiçoado enormemente. Com relação a isso, somente algumas ideias-chave: a contemplação das consequências da falha de um juiz, a exigência da comparação constitucional como quinto método de interpretação, o qual foi proposto por mim em 1989 e adotado pelo Tribunal Estatal em Lichtenstein na década de 1990, que fazem referência à minha pessoa, e levado à prática por muitos Tribunais Constitucionais europeus. Infelizmente, neste ponto, a Suprema Corte dos Estados Unidos, à qual temos tanto que agradecer, se encontra especialmente atrasada. Só a juíza Ginsburg expressou, há pouco tempo, em uma entrevista para um periódico americano, que na Suprema Corte americana deveria ser promovido mais o Direito Comparado, e que os tribunais constitucionais nacionais deveriam se preocupar mais em se compreenderem como instrumentos de um sistema mundial. Tenhamos em conta que o Tribunal Europeu de Primeira Instância em Luxemburgo agora também formula petições jurídicas ao Conselho de Segurança das Nações Unidas. O conceito alemão de Estado de Direito e o *rule of law* dos países anglosaxões se encontram, conjuntamente com a proteção universal dos Direitos Humanos, na vanguarda. Finalmente, aos instrumentos da jurisdição constitucional também pertence a possibilidade de votos judiciais extraordinários, criada nos Estados Unidos, também implementada no Tribunal Constitucional Federal (ainda na Itália) e levado para o plano constitucional na Constituição da Espanha. Existem exemplos que mostram que o voto extraordinário de hoje vai se tornar em um voto extraordinário de amanhã, graças à dimensão pública na dimensão do tempo. Na minha opinião, isso constitui uma prova para a existência da "Constituição como processo público".

Raúl Gustavo Ferreyra – Na América Latina, os mecanismos democráticos (voto) e a divisão de Poderes são muitas vezes afetados por interesses particulares ou setoriais. Está surgindo um importante ativismo judicial, como reação que chega, o que inclui regular explicitamente antes as deficiências dos outros Poderes. Você acha que isso promove a consolidação institucional ou é uma retroação do sistema republicano?

Peter Häberle – Graças a convites ao México, Brasil e agora felizmente para a Argentina, é do meu conhecimento que a divisão de Poderes na América Latina, muitas vezes, se encontra ameaçada por reais interesses políticos. Como observador participante, estou contente que os tribunais constitucionais pratiquem o ativismo judicial e que obriguem os demais Poderes a atuar. De um ponto de vista comparativo, podemos aprender que nos Estados constitucionais há uma interação entre o *ativismo* judicial e restrição judicial. Encontramos isso na história da Suprema Corte americana. Também o Tribunal Constitucional Federal alemão atravessa distintos momentos com diferentes graus de atividade. Provavelmente, só o espírito mundial poderá reconhecer quando é conveniente a atividade ou a passividade. O que é certo é que o Tribunal Constitucional húngaro havia sido bem assessorado depois da queda do Muro, em 1989/1990, e se animou a uma postura muito ativista, já que os demais Poderes não podiam trabalhar conforme a Constituição. No meu entendimento, o Tribunal Constitucional de Budapeste hoje atua de maneira mais moderada. Isso merece aprovação, já que o Estado

constitucional húngaro se encontra bem estabelecido. Falava-se então de uma Constituição invisível, inventada ou até posta em prática pelo Tribunal Constitucional. Em minha opinião, para a Argentina vale o seguinte: o ativismo jurídico de sua Corte Suprema reside atualmente na consolidação da ordem constitucional. O sistema republicano não está enfraquecido por uma atividade jurídica temporária, mas fortalecido. Mais especificamente, em uma fase de transição ou de maturidade, os demais órgãos estatais devem e podem aprender com a Corte Suprema da Argentina.

Raúl Gustavo Ferreyra — Que propostas poderia formular sobre a concretização de sua ideia da sociedade aberta de intérpretes constitucionais em democracias "jovens" como a Argentina?

Peter Häberle — O paradigma da sociedade aberta dos intérpretes constitucionais deveria ser objeto da Pedagogia. Em outras palavras, os Direitos Humanos já deveriam ser aprendidos na escola como objetivos da educação, como já foi proposto antes pelas Constituições do Peru e da Guatemala. Na Argentina, a juventude deveria ser incentivada desde cedo a participar dos processos de criação e interpretação do direito por meio de petições e discussões. É possível que isso ainda seja uma utopia. Ao menos nas universidades isso deveria ser exigido. Em 1974, numa conferência em Berlim, me animei a formular a seguinte hipótese: das escolas dependem a teoria constitucional que possamos desenvolver no futuro.

Raúl Gustavo Ferreyra — Alemanha e Argentina tiveram relações desde o século XIX. No entanto, as relações acadêmicas são de mais recente data e, talvez, consequência da globalização e da nova sociedade da informação. Ao longo de sua vida, você sempre desistiu tanto do exercício profissional da advocacia como de ocupar cargos públicos eletivos. Dito de forma prática, você dedicou sua vida à academia, privilegiado a unidade e a pesquisa, e assegurado a imparcialidade e o rigor científico. Naturalmente, ao longo de sua vida, você tem ganhado méritos acadêmicos de diferentes tipos e lugares, e em momentos diferentes. Os professores Atilio A. Alterini e Eugenio Raúl Zaffaroni são, seguramente, dos mais distintos juristas da Iberoamérica. Eles, desde a Universidade de Buenos Aires, Alterini como decano e Zaffaroni como director do Departamento de Direito Penal, têm promovido e liderado, juntamente com um grupo formado por professores que integramos, a atribuição do doutoramento *honoris causa*. Qual é a representação única que este doutorado significa em sua valiosíssima trajetória de estudo e pesquisa científica? Você acha que é possível aprofundar as relações acadêmicas entre a Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires e o mundo acadêmico alemão? Se sim, quais caminhos sugere para o desenvolvimento das relações institucionais acadêmicas?

Peter Häberle — Programas de intercâmbio, tanto de estudantes como de doutorandos e docentes. Decisivo é o acompanhamento por um professor individual do Tribunal Constitucional; as pessoas fazem das instituições melhores; através de acordos de cooperação; a Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires deveria vincular-se com alguma das melhores faculdades alemãs.

Raúl Gustavo Ferreyra — Ao começarmos esta entrevista, foi feita menção a diversas experiências constitucionais: a dos Estados Unidos, a alemã e a argentina. Os três Estados têm uma nota em comum: a orientação jurídica do Estado é a federal. A mudança constitucional formalizada, a reforma constitucional, tem proporcionado, ao longo do tempo, diferentes itinerários: nos EUA, a Constituição foi alterada menos de 18 vezes em mais de 200 anos; a Argentina reformou a Constituição Federal em cinco oportunidades em 156 anos e, significativamente, a Alemanha mudou sua Constituição em muitíssimas vezes mais que Argentina e EUA somados. Se se comparar a experiência alemã com a estadunidense, a flexibilidade constitucional alemã não foi superior à rigidez constitucional dos EUA, se o que se pretende comparar é a estabilidade dos sistemas constitucionais. Tanto os alemães desde 1949, quanto os norteamericanos desde 1789, a rigor, no que se refere à estabilidade apontada, com meios e instrumentos diferentes, vão conseguindo. Parece, então,

para um observador de fora do sistema jurídico alemão, que os alemães adaptam sua Constituição todas as vezes que seja necessário, e os estadunidenses, sem chegar a reforma igual, vivem dentro do perímetro constitucional. Consequentemente, não existe uma única fórmula vinculada à reforma constitucional. Não obstante, o Direito Constitucional pressupõe um diálogo entre gerações: as futuras gerações serão beneficiadas e prejudicadas, tanto pelo satisfatório que se estabeleça como pelos temas pendentes e os erros na configuração constitucional. Assim mesmo, hoje assistimos à fantástica erupção de Direito comunitário e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Qual será o cenário no mundo do século XXI: "a internacionalização do Direito Constitucional" ou a "constitucionalização do Direito Internacional"?

Peter Häberle — Ambos estão corretos: em primeiro lugar, uma abertura do Direito Constitucional nacional rumo ao Direito Internacional. Minha frase chave "Estado constitucional cooperativo" (1978), ou a expressão do já falecido colega K. Vogel de "estatalidade aberta". Na Europa, falamos da europeização das normas jurídicas nacionais e dos tribunais constitucionais. Ao mesmo tempo, podemos falar de uma maneira limitada e só pontualmente de uma constitucionalização do Direito Internacional. Para isso, se deveria clarificar o conceito de Constituição. Neste caso, só se pode tratar de Constituições parciais. Um postulado clássico continua sendo a paz perpétua de Kant (1795) e seu conceito do propósito cosmopolita. Eu mesmo defino o Direito Internacional público como direito da humanidade universal. O Direito Internacional Público é, hoje em dia, a disciplina especial mais interessante das ciências jurídicas. Eu mesmo sou muito velho para conduzir este processo. A próxima geração tem esse desafio. Precisamos de uma nova Escola de Salamanca, que, por exemplo, como já foi esboçado, defenda o princípio de Estado constitucional no Direito Internacional público, e que crie garantias para o respeito dos Direitos Humanos universais. Na América Latina, isso é particularmente importante para os povos aborígenes oprimidos. Estou contente que, ao menos no nível dos textos constitucionais, muitas Constituições latinoamericanas tenham em conta os povos aborígenes. A realidade constitucional mostra grandes déficits neste sentido. Felicito ao amigo Raul G. Ferreyra, por ocupar-se abnegadamente por tratar de direitos violados e das condições de vida dos povos indígenas no norte da Argentina [2], e espero que a Suprema Corte de Justiça da Nação encontre aqui um caminho que ao mesmo tempo signifique uma contribuição à minha ideia de um Direito Constitucional comum a toda a América Latina.

Raúl Gustavo Ferreyra — Você, em quase toda a sua obra, faz constante agradecimento e reconhecimento ao seu mestre, Konrad Hesse, constitucionalista e juiz do Tribunal Constitucional alemão. Quais são as afirmações básicas quanto ao método da pesquisa científica de que você se lembra de seu mestre? Quais são as proposições capitais quanto ao objeto de estudo, o Direito Constitucional, que o que influenciaram mais fortemente? Você ainda pensa que os professores aprendem com seus alunos? Se assim for, o que aconselha aqueles que hoje começam seu estudo do Direito Constitucional?

Peter Häberle — Agradeço esta última pergunta sobre o meu professor K. Hesse, que também engloba questões mais pessoais. Sua Opus Magnum é o "Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland" (1ª edição de 1967, dedicada à R. Smendes, 20ª edição, 1995). Este é um novo clássico, convincente na estruturação de seu objeto de estudo e na análise sistemática do tema, menos adequada para os estudantes dos primeiros semestres do que para alunos de doutoramento e colegas. As contribuições originais deste livro, que não apresenta uma abordagem comparativa, mas se dedica exclusivamente ao direito fundamental, são: a força normativa da Constituição, Aula Inaugural de 1956, contrapõe-se à ideia do poder normativo do fático, de G. Jellinek; o princípio da concordância prática, ou seja, o cuidadoso equilíbrio através da valoração dos bens jurídicos de princípios em conflito, como os direitos fundamentais, por um lado, e as situações de status especial, como no caso dos funcionários de carreira e o exército, por outro lado; e seu princípio da "realização" no processo de interpretação das normas constitucionais, por exemplo, através do legislador (a minha tese sobre a necessidade de

estruturação de todos os direitos fundamentais) e jurisprudência constitucional. Adotei muitas dessas ideias como base para minhas reflexões. Além disso, como o prólogo de Hesse, pertenço ao grupo de assistentes que o acompanharam ao longo do processo de formulação dessas ideias. Minha tentativa em 1965, de entusiasamá-lo para o tema da cultura, infelizmente, falhou. Na verdade, acredito no contrato científico geracional entre professores e alunos. Já na antiguidade (Sócrates, Platão, Aristóteles), ou nas escolas monásticas, e também entre os construtores das grandes catedrais, existiam laços entre professores e alunos. No princípio, esses vínculos versavam sobre a aquisição de instrumentos jurídicos básicos, que mais adiante poderão adquirir maior complexidade conceitual. Meu conselho para os estudantes do primeiro semestre: em primeiro lugar, uma opinião pessoal, buscar o quanto antes um professor. E em paralelo, começar imediatamente a ler os clássicos, ou seja, desde textos de Montesquieu, Rousseau e Kant até J. Rawls e H. Jonas. Então, a par do estudo do Direito Constitucional em seu país, aprofundar-se no estudo de outro Direito Constitucional nacional, com a influência de pessoas de seu conhecimento.

Manifestação final do professor P. Häberle

Permita-me, Srs. Raúl Gustavo e Sebastião, abordar uma questão pessoal para finalizar esse impactante conjunto de perguntas. Creio no futuro do Estado constitucional em toda a América Latina. Existirão retrocessos, como no caso da Venezuela hoje. Algumas vezes as possibilidades poderão superar as utopias concretas, como acontece atualmente em alguns textos constitucionais da Colômbia, mas na realidade constitucional se encontram cada vez mais saídas positivas. Stefan Zweig falou há décadas do Brasil como o "país do futuro. Após a minha segunda visita ao seu país, pude supor que hoje a Argentina também é um país do futuro. E isto por várias razões: a Argentina tem excelentes textos constitucionais, os quais têm muitas possibilidades em termos de interpretação, isto no sentido do meu pensamento sobre as possibilidades. A Argentina conta com uma Corte Suprema com um grande mestre como o juiz Zaffaroni, que graças ao *ativismo* judicial pode superar algumas deficiências do sistema. Além disso, existe na Argentina uma comunidade científica nacional ativa e inovadora no que diz respeito ao tema do Estado constitucional. Tenho lido vários livros e tive várias conversas que me tornam otimista neste sentido. A nova geração está a provocar grandes expectativas. Pude vivenciar isso no seminário do seu "Círculo Doxa da Cidade de Buenos Aires", [3], que eu chamo de "círculo sagrado". Os jovens estudantes de doutoramento, também alguns alunos, formulavam questões muito específicas que demonstravam o quão informados estavam com respeito ao tema do Estado constitucional, para além do caso de seu próprio país, desde perguntas sobre a União Europeia, até a pergunta delicada, mas crucial, sobre a incorporação da Turquia na UE, ou questões relativas ao processo de integração europeia (palavra-chave: o Tratado de Lisboa), ou referindo-se a processos culturais de rejeição, que tiveram lugar no transcurso da rápida e, em termos políticos, necessária, reunificação alemã. Embora existam esses seminários no sentido de W. v. Humboldt, de unidade entre pesquisa e ensino, embora exista uma comunidade de educadores e educandos, não temo pela Argentina. Os excessos do presidencialismo podem ser limitados justamente pelas Universidades e pelos jovens advogados constitucionalistas. Agradeço a hospitalidade, o acolhimento simpático de minhas ideias e o rico aprendizado. Gostaria também que a Argentina continuasse exercendo um papel importante no longo processo de construção do seu Estado constitucional e que desse contribuições criativas para a formação de um Direito Constitucional comum a toda a América Latina, como já disse um dia na Cidade do México, há cerca de oito anos.

Muito obrigado.

[1] Ver Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Cidade do México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. Tradução ao espanhol feita por Héctor Fix Fierro e estudo introdutório por Diego Valadés.

[2] Ver: Corte Suprema de Justicia de la Nación, em re: "Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional", resoluções de 19 de dezembro de 2008 e de 26 de março de 2009.

[3] Ver: [online] <www.circulodoxa.org>.