

CONSTITUCIONALISMO COMO UM PROJETO DA CIÊNCIA\*

**Prof. Dr. Dr. hc mult. Peter Häberle**

Universidade de Bayreuth (Alemanha)

Tradução:

Dra. Deborah Alcici Salomão

Doutora em Direito summa cum laude pela Justus-Liebig-Universität Gießen (Alemanha). Mestre em Direito summa cum laude pela Philipps-Universität Marburg (Alemanha). Advogada.

Em primeiro lugar, eu gostaria de agradecer aos colegas F. Lanchester e F. Balaguer. Eles representam o *spiritus rector* "Romanus" da conferência de hoje. F. Balaguer, deu ao nosso grupo de juristas, há exatamente um ano atrás, dias inesquecíveis em Granada. O mesmo se aplica, em memória agradecida, à reunião em Montpellier dois anos antes, com os colegas D. Rousseau, A. Viala e S. Pinon. Todos os oradores e presentes aqui hoje representam juntos um pedaço de república acadêmica universal na marca do constitucionalismo, trabalhando na "Constituição no Discurso do Mundo" (1999) ou no "Mundo do Estado Constitucional" (2004), para citar os títulos de dois livros comemorativos dedicados a mim, de anos anteriores.

Estamos buscando passos em direção à doutrina constitucional universal. Os oradores que já palestraram lidaram de forma impressionante com o passado, o presente e o futuro do constitucionalismo. Eu só posso acrescentar observações pontuais. Especialmente porque eu não vivo mais no "outono da Idade Média", mas no "inverno da antiguidade", mesmo na Roma de hoje. Roma, juntamente com Jerusalém, Atenas, Florença e Bolonha, é um símbolo da espiritualidade da Europa – até hoje. A próxima geração é desafiada a continuar com essa cultura diversificada (incluindo a cultura jurídica). Felizmente, jovens colegas também estão presentes nesta reunião hoje: o contrato científico geracional<sup>1</sup> está vivo.

---

· Palestra proferida na Conferência "Passado, presente, futuro do constitucionalismo e da Europa", realizada em Roma, de 11 a 12 de maio de 2018.

<sup>1</sup> Nota da tradutora: Alusão ao conceito de contrato geracional ou também chamado contrato intergeracional que descreve um "contrato de solidariedade" fictício entre gerações sociais.

## I. FORMAS CONSTITUCIONAIS DE VIDA E SEU INTENSO CONTEXTO POLÍTICO E JURÍDICO

Em primeiro lugar, coloco aqui quatro características que direcionam o caminho para nossa primeira aproximação do tema: Constitucionalismo é sobre altitude, sim, sobre os valores mais altos, como direitos humanos, paz, justiça, estado de direito, solidariedade, o bem comum, segurança e cooperação. Ele age como uma fundamentação e, ao mesmo tempo, como sobreposição a todo um sistema legal, pode-se falar de "infiltração" (neste contexto, veja D. Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, 1992; N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in: *Modern Law Review* 65 (2002), p. 317 ss.). Então, o constitucionalismo está na estruturação diferenciada do Direito, material e processualmente moldado ou estruturado na forma de lei – também na limitação do poder, na prevenção de guerras civis e na criação da paz; sobre isso ele está fundado, ou seja, institucionalizado.

Por último, o constitucionalismo é hoje nacional, regional e mundialmente eficaz, ou seja espacialmente localizado. Ao espaço, adiciona-se agora o tempo, para parafrasear Richard Wagner. O constitucionalismo como cultura se tornou histórico, especialmente nos dados anuais de 1776, 1787, 1789, 1848 na América do Norte e Europa e na forma da constitucionalização da América Latina no século XIX. Depois de 1945, o constitucionalismo cresceu também na África e na Ásia. A América Latina é representada por colegas proeminentes em nosso círculo hoje. Menciono do Peru D.G. Belaunde, do Brasil G. Mendes e do México D. Valades. O constitucionalismo está sendo praticado em todo o mundo, apesar de haver muitas crises nacionais, regionais e internacionais, e espero que esteja na agenda do futuro. As excelentes palestras anteriores discutiram muitos assuntos. Alguns falam criticamente da "hiperconstitucionalização" (sobre este termo, veja N. Fischer, *Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff*. Que faz uma crítica à hiperconstitucionalização do direito processual simples, 2006), especialmente no que diz respeito à União Europeia, ou mesmo à "desconstitucionalização" (ver F. Wollenschläger, *Constitutionalisation and Deconstitutionalisation of Administrative Law in View of Europeanisation and Emancipation*, in: *Review of European Administrative Law* 10 (2017), p. 7 ss.).

A seguir, tratarei de três formas de constitucionalismo vivo em seus três espaços culturais e seus intensos contextos políticos e de divisão de trabalho jurídico. Em primeiro lugar, o termo popular “*multilevel constitutionalism*”<sup>2</sup> (como em I. Pernice) foi rejeitado. Sua

---

<sup>2</sup> Nota da Tradutora: „constitucionalismo multinível“

concepção de hierarquia é questionável: "Momentos Constitucionais" no Direito Internacional não estão "acima" (com base no trabalho do jurista constitucional americano B. Ackermann, ver também M. Kotzur, *Konstitutionelle Momenete? Gedanken über den Wandel im Völkerrecht*, in: A. v. Arnould (Hrsg.), *Völkerrechtsgeschichte(en). Historische Narrative und Konzepte im Wandel*, 2017, p. 100 ss.), assim como o direito constitucional nacional e regional não estão "abaixo", mas se baseiam sim em relações complementares diferenciadas (palavras-chave: complementaridade e cooperação) - tudo isso a serviço da paz nacional, regional e internacional. O constitucionalismo faz da sociedade uma sociedade aberta e dá impulsos, marcos e salvaguardas ao pluralismo de ideias e interesses. E o termo "constituição" tem que ser apartado de sua fixação, bastante alemã, sobre o Estado. O direito privado e o direito penal têm suas questões e verdades jurídicas próprias, apesar da "superioridade da constituição".

### **1. O estado constitucional cooperativo e aberto ao mundo**

O estado constitucional cooperativo e aberto ao mundo, uma proposta teórica e um ideal científico desde 1978, vive com seus conteúdos típicos: separação de poderes e procedimentos (na Alemanha: Art. 1, 20 e 92 GG) e em particular com o terceiro poder independente, como o 'último' garantidor dos direitos fundamentais.<sup>3</sup> No estado constitucional cooperativo e aberto ao mundo há apenas tanto estado quanto a Constituição constitui, para utilizar as concepções de R. Smend e A. Arndt. No constitucionalismo alemão do século XIX, este não foi o caso (palavras-chave: soberania do príncipe, princípio monárquico, poder estatal abrangente predeterminado, direitos fundamentais restritivos e propriedades ou parlamentos).

Hoje, pensamos no Estado constitucional, que atua em inúmeras redes cooperativas, desde o início, como uma democracia civil baseada no Estado democrático de Direito. Os cidadãos "dão a si mesmos" sua constituição, como está explicitamente declarado nas novas constituições estaduais da Alemanha Oriental. A garantia da dignidade humana no artigo 1º da Constituição não está disponível para a democracia pluralista, ela é uma limitação de soberania popular que deve ser questionada. A democracia pluralista é a consequência organizacional da dignidade humana. É claro que não podemos nos esquecer do Estado constitucional em estruturas autoritárias em alguns países (exemplos hoje são a Turquia, provavelmente também a Hungria, o Egito e ainda mais a Venezuela socialista). O Estado

---

<sup>3</sup> Nota da Tradutora: o autor menciona o terceiro poder como sendo o judiciário, considerando a divisão tripartite do poder.

constitucional cooperativo vive agora sua própria constituição nacional apenas como uma constituição parcial. O ano de 2001 propôs o conceito de "constituições parciais nacionais" para a Alemanha e outros países da União Europeia, que são complementadas pelas constituições parciais do direito constitucional europeu, parcialmente complementares, parcialmente sobrepostas, parcialmente acumuladas (sobre tudo isso, ver P. Häberle/M. Kotzur, *Europäische Verfassungslehre*, 8ª ed. 2016). O Estado constitucional cooperativo constrói elementos de conexão com o direito internacional (*BVerfG*<sup>4</sup>), a "amizade com o direito internacional" („*Völkerrechtsfreundlichkeit*“) ou a "amizade com o direito europeu" („*Europarechtsfreundlichkeit*“), no que diz respeito à Europa. W. V. Simson cedo falou sobre a "condicionalidade supranacional do Estado". Hoje, o estado constitucional cosmopolita cooperativo está condicionado pelas constituições parciais do direito internacional ou do direito constitucional europeu. Faço uma menção especial às organizações não governamentais. Até agora, não há teoria constitucional para elas (mas, veja M. Hempel, *Die Völkerrechtssubjektivität internationaler nichtstaatlicher Organisationen*, 1999). Suas atividades são uma prova da abertura do constitucionalismo nacional, regional e internacional. As ONGs operam nacional, regionalmente e/ou internacionalmente. Aqui estão alguns exemplos: a clássica Cruz Vermelha Internacional e em nossos dias: Médicos Sem Fronteiras, Repórteres Sem Fronteiras, organizações de ajuda humanitária como o Malteser Hilfsdienst, Anistia Internacional, Greenpeace, Capacetes Brancos e oxfam, transparência internacional, "Robin Wood", WWF, Human Rights Watch. Elas se diferenciam em estruturas, ocupações e limites. As ONGs, que são geralmente tidas como positivas, teoricamente devem ser classificadas como "sociedade civil", também nas novas constituições (um desenvolvimento adicional da distinção entre Estado e sociedade desde Hegel), o serviço voluntário clássico vem depois. No geral, há aqui um rico campo de pesquisa que diz respeito diretamente ao constitucionalismo. Estados autoritários tendem a ver as ONGs como gangues, proibi-las ou mesmo limitá-las (por exemplo, na Rússia, Hungria ou Egito), porque elas criam um público especial.

Outra palavra a ser mencionada sobre a crise do Estado constitucional ou da democracia é tratada sob o título "populismo"(veja também F. Wielenga/F. Hartleb, *Populismus in der modernen Demokratie*, 2011). Eu me recuso a deixar a palavra "*populus*" para o populismo. Pensemos em Cícero: *res publica, res populi* ou "*senatus populusque*

<sup>4</sup> Nota da Tradutora: BVerfG é a abreviatura de Bundesverfassungsgericht, o Tribunal constitucional alemão, análogo no Brasil ao STF.

*romanus*" de Roma. Pensemos no famoso “*we, the people*”<sup>5</sup> em tantas constituições. Pensemos no slogan do parlamento de Berlim (*Berliner Reichstag*): “*Dem deutschen Volk*”<sup>6</sup>. Pensemos no terceiro poder, que em muitos países age “em nome do povo”, conforme expressa sua constituição. Por enquanto, o populismo é marcado da seguinte forma: É anti-institucional, anti-pluralista, anti-parlamentarista e anti-elitista, baseia-se na ficção de uma vontade popular homogênea.

## **2. Comunidades constitucionais transnacionais regionais como segunda forma política ou categoria jurídica de constitucionalismo**

Aqui, também, as quatro características mencionadas acima devem ser consideradas. Exemplos, todos os quais não se desenvolveram até depois de 1945, incluem a União Europeia, o Conselho da Europa, o Mercosul, a OEA e a União Africana. Infelizmente, o Conselho Europeu permanece muitas vezes à sombra da União Europeia, embora a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, como um “instrumento vivo”, seja um elemento central da “Constituição da Europa” (palavra-chave: europeização como constitucionalização). Deve-se lembrar do estudo do “direito constitucional europeu comum” (1991), assim como dos “artigos europeus” nas constituições nacionais, bem como nos estatutos regionais italianos e espanhóis (palavra-chave: “direito constitucional europeu nacional”). A natureza “conectadora” da União Europeia é, com razão, frequentemente enfatizada. Ela é tratada de forma intensa e densa nos conceitos de “federação dos Estados”, “associação constitucional” ou “comunidade constitucional” (uma proposta teórica minha). Algumas das pré-formas de separação de poderes podem ser identificadas na União Europeia. Salta aos olhos a intromissão constante dos Tribunais Constitucionais Europeus e Internacionais. Na minha opinião, não se trata de “mais Europa”, por exemplo, na forma de um sindicato bancário ou de um sindicato de empresas. O que é necessário é um retorno ao princípio da subsidiariedade. Historicamente, devemos isso à doutrina social católica. Na crise de hoje, a conhecida ideia de uma “Europa de velocidades diferentes” ou “geometria variável” está voltando a ter relevância.

Em vista de suas muitas crises, a União Europeia tem todos os motivos para apontar para o seu rico patrimônio cultural (sobre as cinco crises da UE: minha contribuição de mesmo nome em: *Percorsi costituzionali*, 2015, p. 319 ss). A proposta do presidente francês Macron de criar 20 universidades europeias merece ser aplaudida.

---

<sup>5</sup> Nota da Tradutora: Nós, o povo.

<sup>6</sup> Nota da Tradutora: Ao povo alemão.

Aqui falo abertamente sobre o desastre do Brexit (P.J.J. Welfens, Brexit por engano. União Europeia entre a desintegração e a nova UE, 2017): A saída da Grã-Bretanha da comunidade constitucional regional da União Europeia deve permanecer como uma exceção. Do ponto de vista cultural, ela também é um grande infortúnio. A Grã-Bretanha, por sua vez, tem a ilusão de uma "Grã-Bretanha global". Esquece-se que o Império Britânico hoje é apenas uma sombra de si mesmo. Um Brexit cooperativo será bem sucedido? Existe pelo menos uma parceria de segurança e uma união aduaneira entre o Reino Unido e a União Europeia? O Brexit talvez tenha levado à solidariedade entre os outros 27 Estados-membros? Permitam-me esta provocação, ela nasceu da dor de perder uma grande cultura (palavra-chave de 2016: "Estudos de Direito Europeus como Estudos Culturais"). Considerem o pragmatismo e experiência da Grã-Bretanha como uma antiga potência mundial.

Deve-se repetir que minhas quatro características para a abordagem científica do constitucionalismo permanecem válidas nas comunidades regionais e transnacionais: valores elevados, valores mais elevados como fundamento e, ao mesmo tempo, exagero e infiltração da ordem jurídica, forma legalmente consolidada, durabilidade "institucional" fundamental e espacial: validade nacional, regional ou universal. Tudo isso quer e deve servir à paz de todas as partes: nas três áreas culturais mencionadas.

### **3. Momentos Constitucionais do Direito Internacional como Direito Constitucional Humano**

A constitucionalização do direito internacional é hoje um conceito muito atual. Em termos concretos, o "estado de direito no direito internacional" foi estudado especialmente por M. Kotzur (in: FS für E. Klein, 2013, p. 797 ss.). Lembro também da minha própria doutrina das "constituições parciais": a Carta das Nações Unidas (1945), Genebra (1907), Haager (1945) e As Convenções de Viena (1961/69), o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998/2002) e a organização dos Tribunais das Nações Unidas são constituições parciais. O mesmo se aplica à Convenção Internacional sobre o Direito dos Mares como a "Constituição dos Mares" (1982) bem como aos pactos de direitos humanos da ONU e aos princípios gerais do direito (a referência deve ser feita a trabalhos preparatórios próprios, como a redação memorial para R. Barranco Vela, volume 1 2014, p. 45 ss.). Vale lembrar também o direito espacial em textos relevantes e o "direito constitucional mundial nacional", ou seja, textos constitucionais que abordam a paz no mundo, os direitos humanos e a humanidade (por exemplo, preâmbulo e Art.1 para. 2 da Constituição alemã e muitas Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 2, pp. 867-881, Mai.-Ago. 2020. 872

menções na Suíça – cantonal e federal). Minhas quatro categorias para o termo "constitucionalismo" se aplicam aqui. Infelizmente, há retiradas: por exemplo, a retirada dos Estados Unidos da UNESCO ou do acordo climático de Paris. Uma Convenção da ONU que proíbe as chamadas armas autônomas é um desejo para o futuro. Refiro-me também novamente ao avanço encorajador dos Tribunais Constitucionais Internacionais (veja também A. v. Bogdandy/I. Venzke, In wessen Namen? - Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014).

Muitas questões se movem no todo ou em parte do Estado constitucional nacional para o direito internacional e seus sub-regulamentos. Exemplos são os dois pactos de direitos humanos de 1976 (incluindo protocolos), codificados no espírito dos grandes textos de 1776, 1789 etc. e muitos catálogos nacionais de direitos humanos. Mais recentemente, considera-se principalmente pedras de um mosaico do Estado de Direito e o crescente número de tribunais internacionais e também elementos da separação de poderes (independência judicial). Constituições parciais nesse sentido são, sobretudo, a Carta das Nações Unidas (1945) e as numerosas convenções das Nações Unidas. Também devem ser mencionadas a Convenção contra a Discriminação Racial (1966) e contra a Tortura (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), a Convenção sobre pessoas com deficiência (2006), os Estatutos de Tribunais Internacionais como o ICJ em Haia (1945) e o Tribunal Internacional para o Direito do Mar em Hamburgo.

Pelas seguintes razões, as "constituições parciais" são especificamente referidas no direito internacional: de fato e legalmente, os tratados são de longa duração, as constituições são semelhantes. A importância de questões de alto valor apoiadas pelo público mundial, como a Convenção contra o Genocídio (1948), a Convenção sobre a Proteção das Espécies (1973), o direito humanitário internacional e o direito ambiental internacional (1979/85/87/92/97), é óbvia. São diretrizes, ideais com textos elevados de justiça, paz mundial, interesses da humanidade, dignidade humana, alguns dos quais vêm do direito constitucional nacional. Considere também o Estado de Direito e os elementos do Estado Social no estatuto internacional dos refugiados (1951/67) e, além do direito internacional obrigatório, os princípios gerais do direito no direito internacional, como o princípio da boa-fé. Ele está explicitamente consagrado em alguns documentos internacionais (por exemplo, Art.2 Zif.2 Carta das Nações Unidas de 1945, Art. 31 sec.1 Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1961)) e é conhecido classicamente desde as grandes codificações do direito privado dos estados nacionais antigos. Essas normas também são constitucionais porque querem limitar qualquer tipo de poder em seus respectivos campos ou áreas. Ser

Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 2, pp. 867-881, Mai.-Ago. 2020. 873

"estimulação e barreira" era um elemento da compreensão da Constituição de R. Smend. Isso também se aplica analogamente a muitos princípios do direito internacional. O mesmo se aplica ao entendimento da Constituição da ONU, como uma "norma e tarefa", ou seja: o direito internacional como norma e tarefa – até a "política de direito internacional" confiada a muitos atores, incluindo comissões legais e até a Comissão de Direito Internacional.

A osmose entre as constituições parciais do direito internacional e as constituições parciais nacionais é notável. Estamos testemunhando um bloqueio de princípios legais, um dar e receber entre o estado constitucional cooperativo, cosmopolita e o direito internacional. Considere os direitos das crianças, a proibição da escravidão, a proteção da biodiversidade e as cláusulas do patrimônio cultural, aqui e ali. Vemos uma relativização do clássico esquema interior/exterior. O convencional pensamento de separação está ultrapassado. A descoberta do direito internacional subjetivo faz parte disso (A. Peters).

O contexto dos efeitos políticos e jurídicos entre as três formas de vida constitucionais ou espaços culturais é tratada de maneira particular. Há conexões intensas, interações e processos de osmose, bem como referências e atualizações, migrações e acompanhamentos entre o estado constitucional cooperativo, por um lado, e as comunidades constitucionais regionais, transversais ou a comunidade internacional, por outro (palavra-chave de 1978: "permeabilidade"). Vemos interações e transferências em relação a textos e julgados, incluindo políticas. A ideia dos direitos humanos migrou do contexto nacional para o internacional. Os direitos fundamentais da União Europeia se baseiam em muitos modelos nacionais e na sua realidade constitucional. Por sua vez, eles têm um efeito sobre as constituições nacionais. O mesmo se aplica à sua pré-forma de separação de poderes, ou seja, o chamado equilíbrio institucional na União Europeia. No nível constitucionalizado do direito internacional, vemos ricos catálogos de tarefas que vivem das formas preliminares e dos modelos constitucionais nacionais. É possível ver um elemento democrático até mesmo na ONU (Assembleia Geral, Conselho de Direitos Humanos da ONU em Genebra), especialmente na União Europeia com o Parlamento Europeu. O processo legal de produção e acolhimento entre as três formas constitucionais ou espaços culturais mencionados é particularmente claro em vista do terceiro poder.

Os tribunais internacionais e seu avanço como veículo para a constitucionalização do direito internacional não podem ser superestimados. Já se fala sobre um "diálogo" dos tribunais constitucionais (ver também A. Voßkuhle, Associação do Tribunal Constitucional Europeu, NVwZ 2010, p. 1 ss.). Votações judiciais especiais como "jurisdição alternativa" podem ajudar a longo prazo. A jurisprudência universal torna-se possível, especialmente nos

*Revista Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 2, pp. 867-881, Mai.-Ago. 2020. 874

métodos de interpretação. Também está sendo discutido se os juízes nacionais também devem ser nomeados para os tribunais internacionais. Eu acredito que sim.

Infelizmente, gostaria também de dizer uma palavra sobre as crises e desafios para o constitucionalismo nas três áreas legalmente estruturadas da vida (áreas culturais). Lembro aqui do terrorismo internacional, crises financeiras globais, o senso excessivo de economia que não está transbordando apenas no capitalismo financeiro, as mudanças climáticas óbvias, o retorno do nacionalismo agressivo exagerado, a Internet como uma área sem lei e livre de estado, a corrupção desenfreada, os paraísos fiscais internacionais, o reengajamento de "*fake news*" e mensagens de ódio, o chamado Estado Islâmico, guerras, fome, ataques cibernéticos, fluxos migratórios, o aumento astronômico dos gastos com armas e por último, mas não menos ilegal, perigosas "sociedades paralelas" que põem em perigo a coexistência pacífica (por exemplo, a justiça paralela do Islã na Alemanha, guetos na Dinamarca).

Diante destes desafios, exige-se muito do constitucionalismo, tanto politicamente quanto cientificamente, bem como para domar os mercados, que têm apenas significado instrumental e não são um fim em si mesmos. Sem falar nas mudanças geopolíticas no poder entre os EUA, a Rússia e a China. Só o "espírito do mundo" pode supervisionar esta cena em sua totalidade. Nós mesmos só podemos prosseguir gradualmente e desenvolver reformas cuidadosas, como a clara separação entre requerentes de asilo e migrantes na UE. Os crescentes partidos anti-europeus em nosso continente são um ponto negativo.

## II. ATORES NO CAMPO DO CONSTITUCIONALISMO

Na minha estrutura teórica sobre constitucionalismo, menciono agora os "atores", ou seja, os pensadores, instituições e órgãos de atuação. Historicamente, os estados-nação que se tornaram estados constitucionais no curso da história vêm em primeiro lugar. Os políticos dos estados individuais, das comunidades constitucionais regionais, transversais e do cenário internacional também devem ser especificamente mencionados como atores nestes processos de crescimento do constitucionalismo. A ONU é um importante ator, incluindo suas instituições e funcionários, embora o Conselho de Segurança em Nova York seja frequentemente bloqueado. Em nível nacional, devemos pensar nos atores que agiram como "pais e mães" de suas constituições. Cito os Documentos Federalistas nos EUA e os membros do Conselho Parlamentar em Bonn que fizeram a Lei Básica Alemã<sup>7</sup> de 1949, como Carlo Schmid e T. Heuß. Na Europa, são mencionados os autores italianos do Manifesto Ventotene

---

<sup>7</sup> Nota da Tradutora: Lei Básica é a tradução literal da palavra Grundgesetz, que é na verdade, a Constituição alemã.

(1945) e também os grandes políticos europeus como A. De Gasperi, Ch. De Gaulle, Jean Monnet e H. Kohl, também W. Hallstein e J. Delors. Deve-se também pensar em grandes estadistas que lideraram seus povos em direção à liberdade e à sociedade aberta e, portanto, para o constitucionalismo, como V. Havel na Tchecoslováquia e N. Mandela na África do Sul, anteriormente S. Bolivar na América Latina. No centro, no entanto, estão agora os juristas ou personalidades constitucionais que, através de seu pensamento, iniciaram e mantiveram o Estado constitucional e criaram "textos clássicos na vida constitucional" (1981). Menciono J. Locke, Montesquieu, Rousseau, Tocqueville, mas também Kant e em parte Hegel, mais recentemente H. Jonas (responsabilidade principal), na Alemanha os clássicos de Weimar. No espírito da minha mesa de atores, não menos importante é o juiz internacional que deve ser mencionado como jurista constitucional e ator.

Graças à sua independência e seus métodos específicos, o terceiro poder não pode ser superestimado em termos de suas contribuições ao constitucionalismo (como em Luxemburgo, Estrasburgo, Costa Rica). Nos EUA, ele é, sem dúvida, a última proteção contra o presidente Trump no momento. O terceiro poder como ator do constitucionalismo está agora em risco na Turquia e provavelmente também na Polônia<sup>8</sup> (aqui, notavelmente, a partir da base do direito do processo constitucional, os valores fundamentais da União Europeia da separação de poderes são violados). Uma nova decisão do Tribunal de Justiça Europeu de 2018 sobre a independência do juiz e sobre a exigência de proteção jurídica efetiva classifica estes princípios como "tradições constitucionais comuns" dos Estados-Membros.

É característico o pluralismo dos atores nos processos vivos da troca de constituições parciais. Os atores incluem os estados individuais, ONGs, tribunais nacionais, tribunais internacionais, como os tribunais da ONU modelados sobre a independência nacional do terceiro poder, e depois os Estados, as organizações internacionais, em última análise até mesmo os cidadãos que reivindicam suas liberdades fundamentais e direitos sociais (nacionais ou supranacionais).

Há um vínculo solidário entre os inúmeros direitos constitucionais nacionais, bem como os tribunais constitucionais e o direito internacional. Por último, mas não menos importante, menciono a ciência: os "estudiosos de direito internacional mais capazes das várias nações" são, a longo prazo, atores, bem como as comunidades científicas nacionais e supra-regionais como partes da república acadêmica universal (veja Art. 38 §1 alínea d do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça de 1945). Estas teses sobre o entrelaçamento

---

<sup>8</sup> Nota da Tradutora: Nota-se que o texto continua atual, uma vez que foi proferido antes das recentes eleições polonesas de 2020 que reelegeu Andrzej Duda.

das constituições parciais nacionais, regionais e internacionais falam apenas de constitucionalismo universal, sem lei mundial ou mesmo de um Estado mundial. O termo "cultura do direito mundial" só deve ser usado pontualmente, por exemplo, no que se refere às Convenções para a Proteção do Patrimônio Mundial (1972) e à diversidade de expressões culturais (2005), incluindo a Convenção da UNESCO sobre Patrimônio Cultural Imaterial (2003/13), a abolição da pena de morte (1989) e, desde muito tempo, a luta contra a pirataria. A própria disciplina da "política constitucional" nos três campos do constitucionalismo tratados só pode ser uma nota aqui, também como uma transição para III.

### III. MÉTODOS DE TRABALHO, ESPECIALMENTE A CIÊNCIA NO CAMPO DO CONSTITUCIONALISMO

Consideremos apenas os juristas constitucionais (estudiosos e juízes constitucionais), que hoje operam e são exigidos em todo o mundo. Os métodos de trabalho dos outros atores que mencionei em questões de constitucionalismo devem ser discutidos especificamente, como os métodos de trabalho dos políticos que servem à política constitucional ou as atividades de economistas, historiadores, cientistas políticos e cientistas que trabalham como consultores.

No que diz respeito aos juristas constitucionais, deve-se dizer que estão envolvidos no desenvolvimento da "jurisprudência universal". Portanto, é necessário olhar para os métodos com os quais eles trabalham e se disciplinam – é necessária uma doutrina metodológica setorial, pois no direito penal, por exemplo, o trabalho deve ser feito de forma bem diferente do que no direito constitucional (sobre isso discorreu A. Jakab, *Língua Constitucional Europeia*, 2016). O jurista constitucional - nacional, regional ou universal - deve hoje trabalhar com os seguintes métodos: com a comparação constitucional como o "quinto" método de interpretação (1989), com o paradigma da fase textual, que abrange os processos mundiais de produção e acolhimento de textos constitucionais, bem como suas transformações, "reencenações" (no que diz respeito à realidade constitucional: o exemplo da Constituição Federal da Suíça 1999) e atualizações, bem como com a comparação constitucional contextual, iniciada em 1979 e ainda desenvolvida em uma palestra por mim em Roma em 2005 sob o título: "Comparação constitucional como ciência contextual". Pensemos especialmente nos contextos culturais e é importante referir-se à conhecida frase: „*unless context otherwise requires*“ ("a menos que o contexto requeira outra coisa" - que muitas vezes é usado em constituições recentes - simplificada à fórmula: „*Auslegen durch Hinzudenken*“ ("interpretar pensando"), „*Ausleuchten der Zusammenhänge*“ ("iluminando os

Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 2, pp. 867-881, Mai.-Ago. 2020. 877

contextos"). Por razões de tempo, trabalharei apenas com essas expressões. Mais uma vez, deve-se lembrar que nossa ciência é apenas um ator entre muitos quando se trata do desenvolvimento do Estado constitucional e de suas manifestações regionais e globais nas três áreas culturais. Esse é o nosso projeto. Na revisão total da Constituição Federal no período que antecedeu as décadas de 1980 e 1990, a Suíça trabalhou exemplarmente com muitas alternativas textuais.

### **Atualmente: O constitucionalismo em curso na África**

Em muitas disciplinas e também politicamente, a África, como continente e com seus 55 estados individuais, tornou-se recentemente o foco de muitas ciências e também da política. Vale lembrar a controvérsia em torno dos "países de origem" na África, cujos migrantes devem ser contidos da Europa (a Itália sofre, em particular, com a falta de solidariedade europeia). Notável é o movimento do presidente francês Macron de devolver a herança cultural que as potências coloniais europeias costumavam tirar. O patrimônio cultural da África deve ser devolvido dos museus europeus para os países de origem. Macron também lançou um programa especial da União Europeia em 2018 sob o slogan: a Zona do Sahel como um "lugar de cultura". As antigas potências coloniais europeias têm todos os motivos para ter uma consciência suja. Teremos que esperar e ver como a Europa pode reduzir a exploração e o sofrimento, a pobreza e a fome nos países da África. Trata-se certamente de uma tarefa do século.

É encorajador que já existam muitos Patrimônios Mundiais da UNESCO na África. Deve-se mencionar a presença visível da China na África, que por razões geopolíticas financia infraestruturas como portos (Djibouti), ferrovias, etc. (A China também comprou o porto de Pireu, o que é bastante doloroso para nós.) Tudo isso se destina a ser um fundo geopolítico, quando se olha para o constitucionalismo na África. No entanto, levará tempo até que uma "cultura constitucional" abrangente dentro do significado da minha proposta de 1982 cresça lá (o texto da Constituição da África do Sul de 1996 é particularmente exemplar).

Um início de constitucionalização da África, composto por notáveis constituições nacionais, bem como associações regionais como a União Africana e a comunidade de Estados da África Ocidental (mesmo com um tribunal constitucional), está se tornando evidente – é provável que exista "um público/uma publicidade africano". A seguir, falarei apenas de apenas alguns níveis de texto criativos elaborados a partir de constituições nacionais. Aqui também, só é possível mencionar uma amostra selecionada: Muitos textos

constitucionais são criativos<sup>9</sup> na África do Sul (1996), Quênia (2010), Angola (2010) e Tunísia (2014). Assim, como de costume no mundo, houve processos de troca e intercâmbio frutíferos. Assim, a grande palavra da "cultura da paz" pode ser encontrada primeiro na Eslovênia (1991), depois na Úmbria (2005) e em alguns dos textos regionalistas da Espanha, mais tarde em um país da América Latina e mais recentemente na Constituição do Sudão do Sul (2011). Podemos falar de uma "sociedade aberta constitucionalista" em todo o mundo. Os constitucionalistas na África contribuem de forma notável para as áreas constitucionais da vida, de modo que já se pode falar de um constitucionalismo africano ao qual pertence a Carta Banjul dos Direitos e Povos da África (1986).

Os preâmbulos constitucionais estão se mostrando particularmente produtivos. Eles são uma narrativa importante do país. Isso faz do preâmbulo a peça central do constitucionalismo, em termos de forma e conteúdo. Preâmbulos são semelhantes na ciência cultural aos prólogos e prelúdios em poesia e música. Os preâmbulos muitas vezes merecem o predicado "Acontecimento em texto" („*Textereignis*“). Eles traçam a história do país em uma linguagem natural e festiva, lidam com o presente e projetam o futuro constitucional em grandes palavras. Se você toma todos eles juntos, você quase cria um livro constitucional e de leitura africano. Os valores básicos do respectivo Estado constitucional estão delineados neles. O cidadão deve literalmente estar "sintonizado" com eles. Aqui estão alguns exemplos: a Constituição do Mali (1992) refere-se às "tradições da luta heroica" e fala de "democracia pluralista" bem como de "diversidade cultural e linguística", incluindo a promoção da paz. O Preâmbulo do Malawi (1994) está comprometido com a unidade da humanidade e relações internacionais pacíficas. O Preâmbulo da Nigéria (1999), aberto pela frase "nós, o povo", é dedicado à "solidariedade interior-africana" e ao bom trabalho governamental, bem como ao bem-estar de todas as pessoas do país (a Nigéria é distinguida pelo recém-redescoberto *nok* pré-histórico. A prolifera Constituição da Angola (2010) fala de resistência à "ocupação colonial", comemora a "sabedoria da história e das culturas comuns" e é inspirada nos "melhores ensinamentos da tradição africana – o substrato básico da cultura e identidade da Angola"; também se vê caracterizado por uma "cultura de tolerância". A dignidade humana é garantida, assim como a divisão e a intercessão de poderes e o sistema de economia de mercado. Finalmente, esta constituição está comprometida com a "herança para as gerações futuras". O Preâmbulo do Sudão do Sul (2011), aberto com "nós, o povo", evoca a "longa e heroica luta por justiça, liberdade, igualdade e dignidade" e exige a sustentabilidade dos

---

<sup>9</sup> Nota da tradutora: Criativos no sentido de criarem algo do nada, de serem pioneiros, originais, como algo criador. Em alemão: Schöpferisch.

recursos naturais com vistas a se apresentar às futuras gerações "no espírito do Islã e do amor pelo bem e pelo país". Que idealismo!

Falarei um pouco sobre os catálogos de direitos fundamentais: Além dos direitos fundamentais tradicionais, há novas questões, como a proteção de jovens, idosos e deficientes, as barreiras aos direitos fundamentais e regras especiais de interpretação, e até mesmo uma garantia de caráter. Muitas vezes vemos a figura da ideia cultural e da educação— lembre-se da minha antiga ideia da "constituição como objetivo educacional". Muitas questões são ordenadas sob a forma de mandatos constitucionais. No entanto, há também organismos e instituições completamente novos, como comissões de direitos humanos e comissões para outras áreas da vida, como a mídia e o combate à corrupção. Os direitos de participação são, naturalmente, normatizados. Por fim, gostaria de mencionar a preocupação com a troca pacífica de poder do Presidente da República, que, apesar dos textos constitucionais, na realidade constitucional, muitas vezes não acontece ou só acontece sob pressão, pensa-se nos exemplos recentes na África do Sul e no Zimbábue.

A África pode, portanto, afirmar ser uma "oficina" e um laboratório para novos temas e figuras ou textos constitucionais. Com certeza, a diferença entre o direito constitucional e a realidade constitucional é muitas vezes muito dolorosa – portanto, provavelmente ainda não há um "direito constitucional comunitário-africano". O poder normativo da Constituição (K. Hesse) não é vivido e experimentado em todos os lugares. As condições socioeconômicas para o constitucionalismo ainda são muito pouco cumpridas na África (trabalho, educação e treinamento, saúde, paz, um nível mínimo de prosperidade, infraestrutura). No entanto, é provável que a África tenha um futuro constitucional, mesmo que estruturas autoritárias não raramente o ameace (por exemplo, A. Kemmerer pergunta em um "editorial" para o blog constitucional: Existe um "constitucionalismo do sul global"? (disponível em <https://verfassungsblog.de/quergelesen-gibt-es-einen-konstitutionalismus-globalen-suedens/>). A comunidade científica nacional da Itália, como aqui em Roma, poderia agir de maneira particularmente autêntica e prestar assistência no terreno devido à sua proximidade geográfica com a África.

### **Perspectivas**

Nós, como servidores do Direito, também devemos mencionar as muitas vezes dolorosas "fronteiras" de nossa ciência pelo seu nome. O otimismo científico é difícil hoje, mesmo que o constitucionalismo possa nos motivar como um serviço de paz à humanidade (o direito internacional como um "direito humano constitucional", nele o "direito aos direitos"

tem suas raízes, no sentido de Hannah Arendt). Devemos fazer tudo o que pudermos para garantir que o constitucionalismo permaneça atraente para o povo. Lembremo-nos da ciência como uma busca eterna pela verdade no sentido de W. von Humboldt: Aqui vemos um paralelo com o serviço da verdade do terceiro poder. Nas palavras da Constituição Alemã: A liberdade científica e a tarefa jurisprudencial andam juntas (Art. 5 sec. 3 e 92 Constituição Alemã) – a busca pela verdade caracteriza o constitucionalismo. A vitalidade do constitucionalismo é confirmada diante das recém-criadas "comissões da verdade" da África do Sul à Tunísia – a busca pela verdade também deve ser a máxima de todos os políticos, ou pelo menos a busca da veracidade. Todavia, o constitucionalismo não deve se tornar o conceito do "mundo universal", ele também tem limites e crises: Limites na forma do mandato parlamentar mutável como política na forma de lei simples e na forma dos chamados tribunais especializados: crises em abundância. Constitucionalismo é ciência da paz em todos os seus três espaços culturais, é uma palavra de esperança e deve estar pronto para a reforma e permanecer responsável, ser um projeto e (poder) tornar-se uma realidade em mudança.