



UMA TEORIA PESSOAL E DE TEMÁTICA PLURALISTA DO PROCESSO CONSTITUINTE¹

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Häberle

Ph.D. pela Universidade de Friburgo (Alemanha), sob a supervisão de Konrad Hesse. Doutor Honoris Causa pela Universidade de Granada, pela Universidade de Lima, pela Universidade de Brasília, pela Universidade de Lisboa, pela Universidade de Buenos Aires. Atuou como Professor de Direito Público, Filosofia do Direito e Direito Canônico na Universidade de Bayreuth (Alemanha), bem como Professor Convidado de Filosofia do Direito na Universidade de St. Gallen (Suíça). Diretor do Centro de Investigação de Direito Constitucional Europeu da Universidade de Bayreuth, Alemanha.

Tradução do alemão para o português:

Ludmyla Franca

Mestra em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Doutoranda em Ciência Política pela Universidade Livre de Berlim com financiamento da CAPES e apoio do DAAD.

Editora científica:

Mariana Ribeiro Santiago

DOI: 10.5585/rtj.v5i2.472

Autor convidado

Nota preliminar: Primeiramente uma palavra de agradecimento, antes de tudo aos organizadores do nosso congresso: *F. Balaguer, A. Viala* e *S. Pinon*, bem como à universidade local. Pela segunda vez organizaram um congresso de nosso círculo na minha

¹ O conteúdo do presente texto foi apresentado pelo Prof. Dr. Dr. h.c. mult. P. Häberle em palestra de encerramento proferida em Colóquio Internacional realizado em sua homenagem, na Universidade de Montpellier, em 13 de maio de 2016.

querida Montpellier. Como sabem, desde meus tempos de estudos, em 1955/56, Montpellier é a minha pequena pátria francesa. O primeiro congresso, há dois anos, é inesquecível e foi documentado em um volume maravilhoso.² Nosso segundo congresso nos colocou juntos novamente, ao tempo em que somam-se novos conferencistas e autores, ligados a nós amigavelmente. Eu cito apenas *D. Valadés* e *F. Lanchester*, também *A. D'Atena*, os amigos de Roma. Como poderia eu agradecer a todos vocês?

Para além dos aspectos pessoais, este congresso deve expressar algo em especial neste tempo difícil: nossa solidariedade com a França. Este país foi vítima de um atentado terrorista horrendo. A França foi atingida em cheio na sua alma europeia, de uma forma dolorosa. Nós podemos somente ter esperança que ela esteja em condições de reencontrar sua identidade, como grande república dos direitos humanos e de grandiosos feitos científicos também nas nossas disciplinas. A Europa, em sentido estrito da UE, bem como no sentido amplo do Conselho Europeu – que infelizmente é comumente esquecido – deve igualmente demonstrar solidariedade sincera e efetiva. Esta é uma exigência também para as associações científicas nacionais da Europa – por exemplo, enquanto realizam um congresso juntas, como hoje em Montpellier. Eu posso apenas ter a esperança de que a França reencontre sua voz e sua fala. Para tanto todos os aspectos de sua república devem contribuir: as muito citadas elites assim como os cidadãos nas zonas rurais e nas tão maravilhosas paisagens culturais de suas províncias ricas em tradições. A França, como lugar de alta cultura centenária, deve reencontrar seu equilíbrio. Para tanto pode a doutrina constitucional comparada enquanto ciência certamente pouco contribuir. Como nós dolorosamente identificamos diante do exemplo da atual crise dos refugiados, a nossa ciência possui fronteiras. Como jurista especializado em Europa, é possível ver que o combate à crise dos refugiados não possui nenhuma resposta simples e que a ciência colocada diante da política esbarra na sua fronteira. Em contrapartida, precisamos, como de costume, de um mínimo de otimismo científico, a fim de chegarmos a soluções em níveis nacional e europeu. Meu texto sobre as cinco crises na Europa da União Europeia de hoje está sendo lançado por estes dias em Bolonha, Tübingen e em Granada. Neste sentido, posso remeter a ele.³

Não esperem muito deste “comentário final.” Não posso resumidamente apreciar todos esses tão imaginativos palestrantes. Há tantos aspectos criativos, coisas como “fragmentação”

² F. Balaguer Callejón/S. Pinon/A. Viala, *Le droit constitutionnel européen à l'épreuve de la crise économique et démocratique de l'Europe* [O direito constitucional europeu posto à prova diante da crise econômica e democrática da Europa], 2015.

³ P. Häberle, *Le cinque crisi nell'Europa dell'UE, Percorsi costituzionali* [As cinco crises na Europa da UE, percursos constitucionais], 2015, S. 319 ff.; *ders.*, *Fünf Krisen im EU-Europa* [Cinco crises na Europa da UE], AVR – Archiv des Völkerrechts 2015, Caderno 4.

do poder constituinte originário (*F. Balaguer*), a “universalização” dos direitos fundamentais, a vasta pressão da economização⁴ sobre a constituição enquanto cultura, a participação popular no poder constituinte originário ou a intervenção dos órgãos jurisprudenciais nacionais (Presidência *F. Lanchester*). Por conseguinte, trata-se apenas de apresentar de forma atualizada a minha teoria do poder constituinte, desenvolvida há décadas, e colocar algumas perguntas isoladas em um âmbito maior. Todos sabem que também aqui na França foi criado um texto clássico: a doutrina de *Sieyès*.

O tema não poderia ser mais atual. Em muitos continentes surgiram ou surgem novas constituições (após o *annus mirabilis* 1989 e suas numerosas constituições no Leste Europeu, a era das constituições prosseguiu-se quase pelo mundo todo): na Europa (Kosovo, Sérvia e Islândia⁵), na África (por exemplo, Quênia), na América Latina (por exemplo, Equador, Venezuela), nos países árabes (especialmente bem sucedida na Tunísia)⁶. Certamente existem retrocessos dolorosos: na Turquia, recentemente tem se discutido sobre uma “constituição religiosa”, que contrariaria o anterior princípio liberal da laicidade⁷; na Polônia, tem-se uma insidiosa desvalorização da força normativa da constituição através de “leis de reforma” em temas relativos à jurisdição constitucional, similar ao que sucedeu na Hungria. Na Ásia há violentas discussões acerca de uma nova constituição no Nepal; nos temas direito constitucional e realidade constitucional, Bruma parece até agora ter tido sorte.

Na *Europa da União Europeia* (UE) é difícil demonstrar a teoria do poder constituinte originário. A UE como “comunidade constitucional” vive apenas como constituição *parcial*, desde que fracassou, em 2005, a [tentativa de aprovar uma] Constituição da UE. A longo prazo, na perspectiva dos cidadãos da UE, o ideal no que se refere ao tema Constituição da UE deveria ser: “Os cidadãos da UE concedem a si mesmos esta constituição!”

⁴ Nota de tradução: a palavra “economização” não possui um sentido claro em língua portuguesa, destarte um termo que traduza com precisão a expressão “Ökonomisierung” nos falta. Economização seria a propagação do mercado e dos seus princípios e prioridades organizacionais em áreas onde as considerações econômicas antes possuíam um papel secundário, desencadeando uma reavaliação de muitas esferas sociais através da ordem simbólica da sociedade de mercado.

⁵ *P. Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsgeber – Das Beispiel eines Verfassungsentwurfs für Island (2013) [A sociedade aberta dos poderes constituintes – o exemplo do projeto de constituição para a Islândia], in: *ders.*, Vergleichende Verfassungstheorie und Verfassungspraxis [Teoria constitucional e práxis constitucional comparadas], 2016, p. 153 ss.

⁶ A todas estas constituições minhas contribuições em: Vergleichende Verfassungstheorie und Verfassungspraxis [Teoria constitucional e práxis constitucional comparadas], loc. cit., p. 127 ss., 138 ss., 161 ss.

⁷ A este respeito: FAZ – Frankfurter Allgemeine Zeitung, de 28 de abril de 2016, p.2

I. UM CATÁLOGO DE PROBLEMAS, QUESTÕES E RESPOSTAS

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O cosmopolita Estado constitucional democrático de hoje compreende-se e vive a partir do poder constituinte originário do povo, entendido enquanto soma dos cidadãos. Em alguns casos, esse poder é expressamente declarado como tal no texto constitucional – sendo imposto na história constitucional do modelo “Estado constitucional” ora como revolucionário, ora como evolucionário (principalmente contra o poder constituinte dos monarcas) –; noutros casos, ele é “não-escrito” e desenvolvido pela ciência e pela prática, trazido a conceito, refinado e total ou parcialmente posto em prática em textos constitucionais. Como raramente visto, é característico do modelo Estado constitucional “em matéria de poder constituinte” um conjunto e um “paralelogramo de forças” composto por ideias políticas, doutrinas científicas, textos constitucionais escritos e práxis não-escrita. Também no presente são grandes as diferenças de um país para o outro, cada qual conforme a história constitucional nacional: hoje desenvolveram-se um sumo de “doutrinas” e de práxis acerca do poder constituinte originário do povo, que é possível reconhecer, para todas as “variações”, um tipo básico. Este é uma prioridade para que se elaborem textos constitucionais, que são historicamente mutáveis e diferenciados de nação a nação em virtude do estado da cultura – claro que isto exige a consideração da história (constitucional) de “consensos científico-políticos” (sem necessidade de que estes sejam apresentados detalhadamente); pois eles levaram a certos textos constitucionais e os desenvolveram, como, em contrapartida, esses textos constitucionais funcionaram como “material” e desafio para a subsequente construção teórica. Especialmente na Alemanha do século XIX aliás, isto veio em forma de “pactuação” entre os sujeitos sob influência do poder constituinte (monarca e estamentos/povo), que lembram as – hoje novamente atuais – ideias acerca da “constituição como contrato.”⁸

⁸ Neste sentido *P. Saladin*, *Verfassungsreform und Verfassungsverständnis* [Reforma constitucional e compreensão constitucional], *AöR – Archiv des öffentlichen Rechts* 104 (1979), p. 345 ss.; *P. Häberle*, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung* [Jurisdição constitucional comentada], 1979, p. 438 ss.

2. O CATÁLOGO DE PROBLEMAS: CINCO QUESTIONAMENTOS CONSTANTES NA EVOLUÇÃO TEMPORAL DOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS

Em particular, através dos textos constitucionais desenvolvidos mundo afora em comparação histórica e atual, surgem as seguintes cinco questões, repartidas tipologicamente, que indicam a existência, de um lado, da matéria típica de “poder constituinte originário do povo” em um Estado constitucional ligado ao direito internacional, mas, por outro lado, também indicam a existência da ampla gama de soluções concebíveis para problemas político-constitucionais.

a) em quais “locais” e em quais seções os textos constitucionais individuais tratam, textual e sistematicamente, o problema do poder constituinte originário do povo? “Já” no preâmbulo (cf. Lei Fundamental alemã), somente nas disposições fundamentais ou também nas finais (vide art. 146 Lei Fundamental alemã e art. 115 Const. Brandemburgo), no final ou em um capítulo próprio (no final, art. 441 Const. Equador de 2008 como capítulo próprio, similar art. 409 ao 411 Const. Bolívia de 2007 e art. 342 ao 350 Const. Venezuela de 1999), ou de forma nenhuma (este será presumido e “praticado” de forma “imaneente ao sistema” – em orientação à doutrina desenvolvida desde 1789 (*Sieyès*), que circula em torno de um tipo fundamental em sempre novas variantes textuais)?

b) Quem e em que *procedimento* é tido como “sujeito” no processo constitucional? Neste pluralismo, funcionam hoje partidos, associações, igrejas, algumas personalidades (como *N. Mandela*, na África do Sul), a ciência (na Espanha e em Portugal dos anos 70, na Turquia dos anos 80 também os militares)⁹. Em Brandemburgo (1992) foram “as cidadãs e cidadãos da província”, e não o povo, quem promulgou para si “esta constituição” (preâmbulo), assim também consta no preâmbulo da Const. Mecklenburg-Vorpommern (1993). Na Hungria de 2011/12, é a maioria de dois terços do parlamento do partido governista do Ministro-presidente *V. Orbán*, e foi contra esta Constituição que os cidadãos protestaram no início de 2012 – um procedimento bastante singular.

Na história constitucional da Alemanha – legível no espelho dos textos constitucionais –, realeza e estamentos ou representantes do povo disputaram pela qualidade de “sujeito” do poder constituinte originário. Constituições outorgadas (impostas, como a prussiana de 1848) eram expressão do poder constituinte do monarca, as pactuadas (como a constituição

⁹ Sobre o papel das Forças Armadas, cf. preâmbulo Const. Portugal (1976/82) e preâmbulo Const. Turquia (1982); estes foram apercebidos novamente em 1997. Somente em 2011 mostrou-se uma mudança: a maioria partidária do Ministro-presidente *R. Erdogan* fez recuar o poder dos militares e planeja uma nova constituição para a Turquia (desde 2012), principalmente com o escopo da introdução de uma sistema presidencial.

prussiana revisada, de 1850) plasmaram um contrato ou um compromisso entre realeza e estamentos ou o povo por eles representado. Apenas posteriormente, isto é, desde 1918, entra em cena na Alemanha o povo como o único “na posição de sujeito” em matéria de poder constituinte originário.¹⁰

c) o poder constituinte originário do povo é ou não textualmente estabelecido já no procedimento? Existe alguma variante processual especificada textual-expressamente? Por exemplo: eleições para a assembleia constituinte originária seguidas de plebiscito ou sem este? Ou elas são exigidas de forma imanente ao tipo Estado de Direito? É de se pensar também a ausência de alguma legitimação *ex ante* e democraticamente direta do constituinte (como para a Lei Fundamental alemã, de 1949). A Suíça é até aqui bastante avançada no que tange à “processualização” do processo constitucional, na medida em que desenvolveu um cânone fixo contendo regras procedimentais escritas sobre “revisão total”, que hoje estão autorizadas a compor a “substância” deste Estado constitucional: em nível federal e cantonal (recentemente art. 129 Const. Bern de 1993; art. 82 a 90 Const. Tessin de 1997; art. 173 e 174 KV Neuenburg de 2000; art. 114 a 116 KV Schaffhausen de 2002; art. 101 KV Graubünden de 2003; §§ 137 a 140 KV Basel-Stadt de 2005).

d) O poder constituinte originário do povo encontra-se textualmente embutido num “contexto” específico de conteúdos normativos (como direitos humanos, justiça, processos históricos, paz entre os povos; por exemplo, geralmente nos preâmbulos ou por meio de “artigos declaratórios de compromisso político”), que costuram os contornos do tipo de Estado constitucional cooperativo, ou ele aparece como um “poder” decisório desvinculado, livre, “normativamente oriundo do nada”?

e) Relacionado a isso: existem limites para o poder constituinte originário, sejam eles escritos ou consuetudinários (“auto-impostos” ou estabelecidos culturalmente): constantes dos textos constitucionais (especialmente nos preâmbulos), decisões dos tribunais constitucionais (Tribunal Constitucional Federal, 1, 14, 61 ss.: juízo sobre reestruturação!) ou desenvolvidos pela ciência, que se orienta, de seu lado, em textos ou sumos do tipo Estado constitucional em matéria de poder constituinte? – Limites como do direito internacional atualmente na Suíça?

¹⁰ K. Stern, em *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band I [O Estado de Direito da República Federal Alemã, volume I] (1984), p. 147, chega à constatação de que a doutrina do *pouvoir constituant* [poder constituinte] é a mais importante aplicação da ideia da soberania do povo, que é evidente no Estado democrático constitucional, “mas cujo caminho até lá foi cheio de espinhos”.

3. RESPOSTAS

Um teoria trabalhada à luz dos níveis de desenvolvimento textuais e “ofertada” pelas alternativas regulatórias históricas e hodiernas pode resolver o problema do poder constituinte originário do povo de forma mais realista do que alguma ideologia. O tipo Estado democrático constitucional consegue assim pensar um pouco além da constituição concreta de um povo individual e disponibilizar alternativas de conduta, que possibilitam a livre continuação do desenvolvimento de cada constituição. Não é de se descartar que, ao final, possa advir daí um desenvolvimento também do modelo “Estado constitucional” – basta pensar no catálogo de valores fundamentais que o Estado constitucional e o constituinte desde 1945 e 1989 crescentemente incorporaram (preâmbulo conciso da Constituição da Polônia, de 1997): eles são um novo nível textual e um ganho para o Estado constitucional, assim como os instrumentos processuais suíços sob a expressão-chave “revisão total” ou a “revisão geral” austríaca e o “modelo Espanha”. Tão logo uma constituição de Estado constitucional torna-se realidade e desenvolve-se nas “plataformas” do tipo “Estado constitucional”, só pode haver constituinte *evolucionária* – justamente porque a teoria constitucional trabalhada científico-culturalmente disponibiliza para além dos textos postos os conteúdos e procedimentos, que possibilitam o caminho para um novo exemplo de constituição concreta. Tão logo as revoluções (culturais) advenham, representando um distanciamento e uma afronta ao Estado constitucional sob o signo dos pensamento estatal totalitário à direita ou à esquerda, a teoria constitucional fracassa. O “grande salto” de volta (melhor: à frente) ao modelo “Estado constitucional” cooperativo só pode se realizar através da argumentação supra desenvolvida: excepcionalmente, abre-se mão de eleições anteriores em prol de uma assembleia nacional, mas com a indispensabilidade de um plebiscito posterior¹¹ ou eleições: porque a nova situação está “mais próxima” do tipo Estado constitucional cosmopolita que a anterior (exemplos: Lei Fundamental alemã de 1949 e Constituição Turca de 1982).¹² Desde 2011, os processos nos países árabes como Tunísia e Egito se assemelham a verdadeiras “oficinas”, ao contrário das monarquias (constitucionais) como Marrocos e Bahrain que, tanto antes como agora, no âmbito político, praticamente dão a constituição a si mesmos.

¹¹ Nota de tradução: no contexto utilizado aqui pelo autor, o termo “plebiscito” está empregado como um conceito lato sensu, abarcando instrumentos democráticos de consulta popular em sentido amplo, independentemente de a consulta popular ser a priori (plebiscito stricto sensu) ou a posteriori (referendum, por exemplo) em relação ao ato que se quer legitimar. Destarte, ao falar em “plebiscito posterior”, ele está afirmando a possibilidade do emprego de instrumentos de democracia direta a posteriori (e não referindo-se ao plebiscito stricto sensu, que, segundo a doutrina jurídica brasileira, é realizado previamente à criação ou instituição do ato).

¹² Seguindo o entendimento 4, 157 do BVerfGE (Tribunal Constitucional Federal Alemão): “Mais perto da Lei Básica”; (169 f.) jurisprudência estabelecida.

A tese da exclusiva “posição de sujeito” do povo no processo de exercício do poder constituinte originário, determinado no plano material e pré-estruturado normativamente, não é posta em xeque por força da substituição da tradicional “unicidade do povo” pela atual ideia do pluralismo do povo.¹³ A reivindicação, constante no modelo de Estado constitucional, do povo como único sujeito ou “portador” do poder constituinte originário, não torna incorreta a compreensão de que o povo é uma medida plural. Em Estados constitucionais modernos, uma multiplicidade de “fatores” e “participantes” plurais atuam no consenso fundamental, sobre o qual ao fim será “construída” a constituição. É possível falar-se em um pluralismo “dos” constituintes, de um compromisso e contrato(s) de todos com todos: nestes antecessores e participantes “está” ou funciona hoje “o povo” (“We, the people!” – “Nós, o povo!”). O renascimento do pensamento da constituição pactuada vai assim ao encontro do pluralismo de conteúdos e dos partícipes do ato constituinte melhor que a ideologia sobre a (ilimitada) vontade “do” constituinte, que “outorga” a “si mesmo” a constituição. Ela não é de forma alguma um “retrocesso” à época do dualismo alemão príncipe/estamentos e nenhum desvio errôneo para a forma “estatal-estamentária”, vez que muitos textos constitucionais são marcados pela ideologia “do” constituinte, que claramente está vinculada ao direito internacional. Como consequência do que foi dito até aqui, resultam as respostas para a pergunta n. 5 do aludido catálogo de problemas, sobre os limites do poder constituinte originário do povo, eventualmente escritos e não-escritos, postos pelo tipo Estado constitucional cooperativo ou pelos limites culturais previamente impostos. Elas decorrem do fato que o “processo constituinte” deve referir-se à constituição de um exemplo concreto para o tipo abstrato “Estado constitucional”: do contrário, seriam palavra e conceito “processo constituinte” enganosos e vazios, um mero ato formal. Formulado e normatizado por razões até hoje convincentes, o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (que foi incorporado à Constituição francesa de 1791 e que, por meio do preâmbulo da Constituição de 1958, ainda hoje é válido na França) diz: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Esta é uma regra válida do direito constitucional da França atual (no âmbito da hodierna “guerra contra o terror”, certamente posta em perigo) e, ao mesmo tempo, do ponto de vista cultural e histórico, também um “texto clássico” de nossa cultura acerca do tipo “Estado constitucional”. Povos cujo poder constituinte originário pode criar uma constituição

¹³ Neste sentido *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland [Características básicas do direito constitucional da República Federal da Alemanha], 20. ed. 1995, p. 5 ss., 62 (Reimpressão, 1999).

própria do Estado constitucional, optaram – de forma imanente – no mínimo por essa regra básica de 1789, que é determinante do tipo estatal. Isto diz respeito a um elemento do constitucionalismo universal (do mesmo modo como a proibição absoluta da prática da tortura), que também é acentuado pelo direito internacional. O Conselho Europeu e as Nações Unidas são portanto agentes “indiretos” (por exemplo: Acordo contra discriminação racial e Apartheid, de 1966/1973).

4. OS DOIS PLANOS: ATO CONSTITUINTE NO MODELO “ESTADO CONSTITUCIONAL” – ATO CONSTITUINTE DE UM POVO CONCRETO NO CONTEXTO DE SUA INDIVIDUALIDADE E IDENTIDADE CULTURAIS

Constantemente há de se trabalhar em dois planos – a serem distinguidos um em relação ao outro (mas que se influenciam mutuamente no desenvolvimento histórico): abstratamente o modelo Estado constitucional cooperativo e em concreto um povo, que é concretamente constituído e que individualmente se constitui. Assim o princípio federativo não é (ainda?) uma parte imanente de todo procedimento de adequação do “poder constituinte do povo” ao tipo estatal: há estados constitucionais grandes e ricos em tradições, como Inglaterra e França, que não adotaram a forma federativa e que, quando muito, desenvolveram formas prévias (regiões!). Entretanto, há Estados constitucionais específicos, como os EUA ou a Suíça, nos quais o princípio federativo constrói um elemento estrutural de todo tipo de processo constitucional ou revisão total do povo, desde que este povo foi constituído: o que surge juridicamente como “limite” da revisão total ou do processo constituinte (como na Suíça), é de fato e indubitavelmente algo mais: uma expressão viva da “Constituição como estado cultural” concreto, que não se pode delir sem que haja uma revolução ou uma perda culturais. E a nação ou povo encontra-se neste estado cultural em evolução, não num estado natural ou excepcional no sentido da teoria de *Sieyès* a *Carl Schmitt*.¹⁴ O mesmo até aqui vale para as alternativas “monarquia parlamentar” (Espanha) ou “república” (França, a Lei Fundamental alemã), desde quando ambos Estados constitucionais podem ser apenas monarquias ou repúblicas constitucionais, consoante seus atuais estágios de desenvolvimento culturais e estatais.

¹⁴ Cf. *C. Schmitt*, *Verfassungslehre* [Teoria da Constituição], 1928, p. 79: “O poder constituinte é sempre estado de natureza, vez que se apresenta com esta propriedade inalienável”

Análise incursiva¹⁵: Apreciação, do ponto de vista da teoria da constituição e de ponto de vista prático, do funcionamento e dos resultados do *Conselho Parlamentar*¹⁶ e outros participantes (Bonn, 1948/49) – sobre a gênese da Lei Fundamental alemã, de 1949¹⁷:

1) As mães e pais da Lei Fundamental comparam constituições no “tempo e espaço”. É possível assim observar uma referência histórica e presente a constituições alemãs, bem como uma referência a constituições estrangeiras.

2) São incorporados, na qualidade de elementos a integrar, textos clássicos, antigos e recentes, bem como dogmática científica e judicatura.

3) Verifica-se a abertura de círculo de participantes para além dos membros do Conselho Parlamentar.

4) As intervenções de governantes militares são claramente atípicas.

5) No seu conjunto, o Conselho Parlamentar atua como uma sociedade limitadamente aberta do legislador constitucional.

6) Comprovável é a evolução histórica dos diferentes níveis textuais e dos métodos envolvendo um preciso trabalho linguístico nos textos e termos. Observam-se quatro ou cinco modos de trabalho da elaboração constitucional – análogos aos métodos de interpretação da constituição. Vemos um catálogo de topoi comuns (algo como segurança jurídica, cultura, historiografia, experiências, práxis e ciência).

7) Os pais e mães da Lei Fundamental utilizam-se dos quatro métodos clássicos propostos por *Savigny* (1840): eles lapidam o texto, trabalham na sistemática, orientam-se em vista dos sentidos e finalidades dos regulamentos, e procuram por exemplos históricos positivos e negativos – comparação constitucional ao longo do tempo (positivo como [a Constituição de] Weimar, negativo como o desvio ocorrido durante o nazismo). Aqui já se criou, em matéria constitucional, um acervo comum europeu e um “húmus” cultural.

8) Maior interesse possuiriam em validar as citadas novas constituições, especialmente considerando o quão forte se precipitam (na Europa) os temas da europeização, internacionalização e globalização em nível textual.

¹⁵ Nota de Tradução: no texto original, o autor usa a expressão “Inkurs”, que não possui tradução em português e, na própria linguagem jurídica alemã, caracteriza-se como um neologismo, sendo considerada o antônimo de “Exkurs” (que em português significa “digressão”).

¹⁶ Nota de Tradução: O Conselho Parlamentar é o equivalente alemão da Assembleia Constituinte.

¹⁷ Reedição do *JöR – Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Volume 1 (1951), 2010, p. VI-XXVI, Introdução de P. Häberle

5. NORMATIZAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE

Teoria e práxis da aqui defendida normatização e constitucionalização do poder constituinte do povo¹⁸ na comparação com os lhe “circundantemente” contextualizados artigos declaratórios em matéria de valores fundamentais ou com seus “textos clássicos” de 1789 e 1776/1787 e com os textos suíços sobre a máxima processual da “total revisão”, não podem também ser refutadas com o argumento de que se tratam apenas de um “auto-comprometimento” (no contexto de “poder basicamente ilimitado”) do respectivo constituinte concreto, e não da normalidade e normatividade de um princípio constitucional imanente ao tipo Estado constitucional. Apenas formal e expressamente compromete-“se” o constituinte, o povo (plural) “a si mesmo”: de fato e do ponto de vista histórico-cultural, ele vota em conteúdos e procedimentos, que são dados e abdicados de forma muito mais “objetiva” do que um decisionismo a-histórico quer perceber.¹⁹ O enraizamento em um nível de desenvolvimento específico de uma cultura cria “realidades” e “ideal”, que a teoria da mera “autovinculação” subjetiva e “autolimitação” voluntária não podem fazer jus. A intensiva “internalização” de certos valores fundamentais como “direitos humanos”, “paz”, etc., que aparecem textualmente como elementos preambulares como “intenção”, “consciência”, “animado pela vontade”, transformam-se em objetivos, em determinantes culturais. São os cidadãos, que, já neste “estado cultural”, concedem a si mesmos a sua constituição! (Também decorrem de um estado de cultura a parcela constitucional do direito internacional como a Convenção sobre Direito do Mar, as convenções de proteção às crianças, aos deficientes, as duas Convenções de Viena (1961/69) assim como as convenções sobre direitos culturais em assuntos referentes à proteção da cultura e da natureza).

¹⁸ M. Kriele, Einführung in die Staatslehre [Introdução à Teoria do Estado], 1975, oferece um esboço impressionante do Estado constitucional democrático. Por fim, ele elimina os conceitos de soberania popular e poder constituinte originário do povo nas seguintes frases (p. 226): “A soberania popular surge apenas no começo ou no fim do Estado constitucional, em sua constituição e em seu término”, “A soberania democrática descansa enquanto houver o Estado constitucional”.

¹⁹ Ver também K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland [O Estado de Direito da República Federal da Alemanha], loc. cit., p. 149: “Um componente básico destas ideias (a saber, a elaboração de uma constituição euro-atlântica) possui objetividade racional e historicamente justificável: os direitos humanos, a ordem fundamental livre e democrática, a separação de poderes, o Estado de direito”. Da literatura sobre elaboração de uma constituição: H.-P. Schneider, Die verfassungsgebende Gewalt [O poder constituinte originário], HStR VII 1992, § 158; C. Winterhoff, Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung [Constituição – Processo constituinte – Alteração constitucional], 2007; P. Häberle, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat – eine vergleichende Textstufenanalyse [O poder constituinte originário do povo – uma análise em nível textual comparativa], AöR – Archiv des öffentlichen Rechts 112 (1987), p. 54ss.

II. CONSIDERAÇÕES POLÍTICO-CONSTITUCIONAIS

As reflexões teóricas até aqui e as análises dos textos constitucionais nelas integradas, bem como a práxis do poder constituinte originário do povo ficaram pouco convincentes, quando não desembocaram em consequências político-constitucionais. Pois a teoria constitucional comparada em nível mundial não exclui a dimensão da política constitucional em um “último passo”; ao contrário, ela a inclui. A ciência pode e deve futuramente oferecer orientações práticas em matéria de elaboração da constituição por meio da formulação de textos, possivelmente também como alternativas, tal como tornaram-se comuns, no procedimento de revisão total da Suíça, na qualidade de “variantes”.²⁰ Uma teoria constitucional universal e aberta ao direito internacional pode, por meio desta técnica, aprender bastante.

Neste contexto, recomenda-se o seguinte:

1. Os constituintes nacionais (federal, também ao nível dos estados-membros e em nível cantonal) devem referir-se à competência do povo em matéria de elaboração constitucional, tanto no preâmbulo de suas constituições quanto nos artigos finais, do seguinte modo²¹: eles “delimitam” seus instrumentos textuais. Daí o respectivo processo histórico-cultural de elaboração da constituição, a partir do ideal do Estado constitucional, deve ser descrito, em vista do postulado da clareza e veracidade do texto constitucional, como ele de fato aconteceu – isso mesmo quando “instâncias incompetentes”, como “forças de conflito” e “potências ocupantes”, pressionam o processo de elaboração constitucional e adquirem uma parte da competência exclusiva do povo (como em Portugal, em 1976, na Turquia, em 1982, e na Alemanha Ocidental, após 1945).

2. O poder constituinte originário do povo deve enriquecer o tipo “Estado constitucional” cosmopolita textualmente conforme dois lados: de um lado, no que tange ao aspecto do conteúdo dos valores fundamentais (exemplos são dados pelas constituições dos estados-federados alemães após 1945, mas também pela Constituição de Portugal, de 1976, e da Espanha, de 1978, de países dos Bálcãs e do Leste Europeu após 1989: Polônia (1997),

²⁰ Cf. as “variantes” no projeto de revisão total para uma constituição federal (1977) e para uma constituição cantonal, de Solothurn (1985) e Glarus (1977), impressos em JöR – Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart n. 34 (1985), p. 536 ss. e 497 ss. e 480 ss.

²¹ Assim foi posto no preâmbulo da Constituição da França, de 1946: „...le peuple français proclame à nouveau ... Il réaffirme solennellement les droits et les libertés“ [“...o povo francês proclama novamente... Ele reafirma solenemente os direitos e as liberdades”], ao final, no Art. 106: „La présente Constitution, délibérée et adoptée par l'Assemblée nationale constituante, approuvée par le peuple français...“ [“a presente constituição, deliberada e adotada pela Assembleia nacional constituinte, aprovada pelo povo francês...”] (apud J. Godechot (Org.), *Les Constitutions de la France depuis 1789* [As constituições francesas desde 1789], 1979, p. 389, 410).

Albânia (1998), Macedônia (1991): preâmbulo e art. 8), isto é, por um lado em relação a “artigos de declaração e consciência” ou elementos “declaratórios e de consciência” no preâmbulo; por outro lado, relativo aos aspectos processuais (exemplos são fornecidos pela “Revisão Total” ou “Revisão Geral” suíça, austríaca e espanhola – regulamentos e regramentos na Bolívia e no Equador, aqui já citados).

3. Alguns trechos sobre a Revisão Total ou Revisão Geral da constituição são aconselháveis (possivelmente em uma “tripla batida” processual: introdução pelo povo, votação nos parlamentos e encerramento pelo povo; o povo deve, no mínimo, em eleições ou através de um plebiscito “posterior”, ter a última palavra). Eles podem, em nível redacional, juntamente com a Revisão Total ou Emenda/Alteração Constitucional, ser colocados sob o mesmo “teto” de um ou dos mesmos trechos constitucionais (exemplos disto encontramos na Suíça, em níveis federal e cantonal). Com isso a “Revisão Total” também é textualmente declarada como processo possível e absolutamente normal, ao lado da simples revisão parcial e do processo de “alteração constitucional”. Também neste sentido expressa-se que o poder constituinte originário do povo, no modelo Estado constitucional do atual estágio de desenvolvimento, tendencialmente foi normalizado, normatizado e constitucionalizado.²²

4. O conceito “ato constituinte” ou poder constituinte originário ou competência do povo não precisa ser eliminado ou suprimido nem nos textos constitucionais nem na teoria – tão sugestiva é a sua influência, culturalmente até hoje apoiada nos textos clássicos desde 1776/1778 bem como 1789/1791/1792. Porém está mais que na hora de se reconhecer, que o “poder constituinte do povo” bem como a “Revisão Total” ou “Revisão Geral” através do povo, no tipo Estado constitucional cooperativo, são idênticos entre si. Constituições, que nos preâmbulos e/ou artigos finais falam de “poder constituinte”, devem ser coerentes do ponto de vista terminológico e, num eventual trecho sobre a “Revisão Geral”, designa-lo na letra da lei como “poder constituinte”. Para a clarificação, no Estado constitucional aberto ao direito internacional, da aproximação entre “alteração constitucional” (revisão parcial) e “constituinte” (revisão total), aconselha-se que ambas as formas de “reforma constitucional” também sistematicamente sejam unidas em conjunto sob o mesmo “teto” ou trecho.

²² Cf. também Art. 196 Const. Costa Rica de 1949 (Apud JöR – Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart n. 35 [1986], p. 481 [508]): “uma mudança geral desta constituição pode somente ser realizada através de uma assembleia constituinte proclamada apenas para este fim” – Ver também art. 115 Constituição de Brandemburgo (1992) – sobre “assembleia constituinte” – com procedimentos pré-processuais próprios!

III. CONSTITUINTE COMO PROCESSO PLURALISTA, NORMATIZAÇÃO DO “POLITICAMENTE IMPORTANTE”

No campo da [elaboração] constituinte, a abordagem jurídica tradicional não é suficiente. Pois que aqui não estamos diante de um texto positivo “válido”. Somente a abordagem científico-cultural profunda e ampla pode tematizar certos movimentos, seus “promotores” e atores, trazendo-os ao conceito. Os novos processos constituintes em Portugal (1976), Grécia (1975) e Espanha (1978), também no Canadá (1981), assim como na Suíça a discussão sobre a “Revisão Total” da constituição federal (esboço de 1977, “ajustado” em 1995 e bem sucedido em 1999) e em alguns países da América Latina, como Colômbia e Equador, não se permitem descrever e explicar somente de forma científica ou política, isto é, sem a consideração dos contextos culturais.

Diante da formulação textual encontram-se em abundância diversificados elementos de construção para a nova constituição “em campo”. De fato lutam entre si textos clássicos, programas partidários e de associações, conhecimentos científicos, fragmentos de antigos textos constitucionais, mas também os feitos de personalidades (por exemplo, *N. Mandela, V. Havel*). Experiências e esperanças políticas também integram o processo constituinte, assim como elementos de Estados constitucionais estrangeiros a título de exemplo do modelo Estado constitucional cooperativo. Assim atuam os modelos alemães de federalismo e jurisdição constitucional, também a relação entre Estado e Igreja e o catálogo de direitos fundamentais hoje cada vez maior em algumas das novas constituições europeias. Processos culturais de recepção acerca da garantia da substância dos direitos fundamentais, prevista no art. 19, parágrafo 2 da Constituição Federal alemã²³, não se deixam perseguir hoje somente em vista da Revisão Total suíça (por exemplo, § 13 parag. 2 e 3 KV Basel-Stadt de 2005), mas também e mesmo até no sul da África (antigamente até Botsuana, agora África do Sul: art. 36, Const. África do Sul, de 1996) e nos Bálcãs. Até que tudo isso “coagule” em um texto constitucional positivo, há muita luta, muito partidatismo e salvaguarda de interesses, também das religiões.

Vale à pena um olhar especial sobre a normatização do “politicamente importante”: a função primordial dos constituintes é converter formalmente em textos constitucionais o que é

²³ A este respeito: *P. Häberle*, *Europäische Verfassungslehre* [Teoria constitucional europeia], 7. ed., 2011, p. 341 ss.; apelações finais em Art. 11 n. 2 Const. Ecuador de 2008 assim como anteriormente no Art. 39 parag. 2 Const. África do Sul de 1996; afinidade eletiva também Art. 30 parag. 4 Kwazulu Natal de 1996, Apud *JöR – Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* n. 47 (1999), p. 514 ss. Outros exemplos encontram-se na Sérvia, no Kosovo e também no Quênia.

para eles importante dentro de uma dimensão temporal, i.e. passado, presente e futuro (caráter organizatório fundamental da constituição). Aquilo que foi confirmado pela experiência histórica deve estar de tal forma ligado ao “Espírito do tempo”, especialmente com a realidade, que também esperanças em relação ao futuro, possibilidades de as produzir e metas (objetivos) venham a ser expressas no texto constitucional. Específico é com isso o momento de duração, e ele legitima a normatização de um pensamento jurídico, de uma instituição ou de um processo em nível constitucional. Em outras palavras: um tema deve aparecer ao constituinte como suficientemente duradouro, a fim de que ele possa ser objeto de uma regulação textual na nova constituição. Nem tudo no respectivo desenvolvimento social e estatal merece obter o atributo de um desenvolvimento constitucional. Esta ligação entre tradição e abertura para o futuro, entre estabilidade e dinamismo, entre ilustração do que existe com o direcionamento esboçado do porvir, entre recepção e produção há de ter êxito. Para tal trabalha-se com os chamados cinco métodos de elaboração: com a história constitucional, textos clássicos, comparação com textos constitucionais recuperados de outros países, com o método da organização sistemática e a clara elaboração do texto, bem como com valores e objetivos. O que o constituinte considera “politicamente importante” e incorpora ao seu texto varia em espaço e tempo, de um país a outro. Portanto vem à tona a questão sobre quais critérios a teoria constitucional comparada consultada coloca a sua disposição, a fim de se descrever tematicamente o politicamente importante e o efetivar da melhor maneira possível pela técnica jurídica. Tais critérios devem ser obtidos de uma visão geral empírica sobre as mais importantes constituições do Estado constitucional dos dias atuais (tipo real existência ontológica), complementado pelas exigências dos “ideais”, que até aqui não pertencem de fato ao conteúdo típico, mas mereciam ser consideradas pelo maior número possível de constituições (tipo ideal exigência deontológica). Ponto de referência é neste sentido a “boa” constituição do Estado constitucional. Política constitucional e teoria jurídica estatal devem aqui cooperar mutuamente, tão inevitáveis são certos elementos decisórios para a escolha acerca do “politicamente importante”. Assim fica em aberto, se são “necessárias” as novas fontes de textos jurídicos (por exemplo, a Constituição da Polônia) e regras básicas de hermenêutica jurídica (como no Kosovo, no Quênia, etc.), quais objetivos estatais são “requeridos”, se temas tais como o ombudsman, a proteção da linguagem gestual ou os defensores das crianças pertencem ou não à constituição em concreto. A proteção dos idosos, dos deficientes, das crianças torna-se no momento um tema universal de muitas constituições. O mesmo vale para múltiplas formas de expressão da “inclinação ao direito

internacional” elaboradas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, bem como da “cooperação”.

PANORAMA: A DELIMITAÇÃO DA ALTERAÇÃO E DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAIS

Tradicionalmente o poder constituinte é nitidamente separado da interpretação constitucional. Um texto clássico a este respeito é a distinção feita por *Sieyès* entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado. Já num olhar sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG) mostra, contudo, que há grandes juízos pretorianos, que igualam-se pontualmente ao poder constituinte originário. Isto vale em parte para o primeiro julgamento sobre radiodifusão²⁴ (BVerfGE 12, 205) ou também para algumas partes da Europa (por exemplo, o Julgamento de Maastricht, BVerfGE 89, 155 e o Julgamento de Lisboa, BVerfGE 123, 267). Sobre esta por vezes diminuta diferença entre poder constituinte e interpretação constitucional²⁵ infelizmente não posso fornecer nenhuma teoria pronta. Agora como estudioso no inverno de sua antiguidade reconhece-se dolorosamente alguns limites da sua própria ciência e da sua própria capacidade. Isto não pode nos desencorajar a fazermos, com otimismo científico, o nosso possível a serviço do direito e dos cidadãos.

Permitam-me ao final um encorajamento em relação à França. Tenhamos presente, em poucas palavras-chave, o que nós devemos à França nos quesitos literatura jurídica mundial, Arte e Literatura – como se sabe, a maravilhosa palavra “literatura mundial” remonta a *Goethe* –; literatura jurídica mundial são os textos de *Montesquieu*, passando por *J.-J. Rousseau* até *A. de Tocqueville*. Eles ajudam a fundar o Estado constitucional até hoje. Em sentido estritamente dogmático, cito *M. Hauriou*, *R. Carré de Malberg* ou *L. Duguit*. Na literatura mundial, está, ao lado da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1789, o grande lema Liberdade, Igualdade e Fraternidade, que muitas constituições africanas já textualmente recepcionaram como mote em suas afirmações fundamentais – cuja trindade em matéria de Fraternidade é sem dúvida constantemente “esquecida”, restando como um quantum utópico de natureza estatal-constitucional. Ampliemos nosso olhar para além do

²⁴ Nota de tradução: o chamado “Fernsehurteil” foi um julgamento realizado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (que equivale ao nosso STF), numa disputa entre o chanceler Konrad Adenauer e o partido político de oposição SPD, no qual ficou determinado que não fazia parte dos atributos da competência federal regulamentar o conteúdo da radiodifusão.

²⁵ A este respeito, meu texto *Verfassungsjurisdiction und Verfassungsgebung* [Interpretação constitucional e poder constituinte], in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 97 I (1978), p. 1 ss.

jurídico, mirando o patrimônio cultural. Eu penso na era de ouro de um *Molière*, *P. Corneille* e *J. Racine*, eu penso em balé e música do salão de *Luís XIV*, eu penso nos anos 20 em Paris (magistralmente vem em lembrança “Meia-noite em Paris” de *Woody Allen*), eu penso em *J.-P. Sartre* em face de sua ameaça de prisão, sobre a qual *Charles de Gaulle* declarou: “não se prende um *Voltaire!*”; em âmbito político, eu penso no incomparável escritor e ministro da cultura *A. Malraux*. Embora hoje ainda não se encontrem semelhantes a esses, pode a lembrança da grande cultura francesa contribuir *hic et nunc* para que ela [a França] possa reencontrar sua identidade e reganhar sua voz, também para reprimir as perigosas sociedades paralelas de jovens islamitas nos subúrbios e a Frente Nacional. A nação francesa deve renovar seus valores culturais. Há exemplos históricos para uma “Renaissance” (partindo da Itália até a França, não seria esta uma tarefa para os “imortais” da Academia Francesa, em lugar de ficar experimentando uma fracassada reforma ortográfica?). A amizade franco-alemã poderia ser uma companhia, tão pesados são os nossos próprios problemas alemães. Eu espero que este chamado para além do Reno isto é, da Alemanha, não seja petulante. Ele nasce do carinho amistoso pela França. A imagem que me guia é o abraço de *K. Adenauer* e *Ch. de Gaulle*, em Reims (1958). Muito obrigado.