



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Gabriel Garcia Machado

**O POTENCIAL JURISGENERATIVO DO
PLURALISMO CONSTITUCIONAL:
INTERAÇÕES EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS**

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em
Direito Constitucional, orientada pela Professora Doutora Paula Margarida
Cabral dos Santos Veiga e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra.**

Outubro de 2020

Gabriel Garcia Machado

**O POTENCIAL JURISGENERATIVO DO PLURALISMO
CONSTITUCIONAL:
INTERAÇÕES EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS**

**THE JURISGENERATIVE POTENTIAL OF CONSTITUTIONAL
PLURALISM:
THE INTERACTION OF HUMAN RIGHTS**

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos
em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em
Direito Constitucional.*

Orientadora: Senhora Professora Doutora Paula Margarida
Cabral dos Santos Veiga.

COIMBRA

2020

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, aqueles que, ao longo de suas vidas, por e para mim, abdicaram tanto de si. Não só me deram a vida, como também depositam em mim a confiança – certamente sobrevalorizada, como é típico dos pais – de que dela farei o melhor e que a ela darei meu melhor. Igualmente, agradeço a minha família, que não só compreende minha ausência física já longa, mas também me dá o suporte necessário para que os meus sonhos não fiquem restritos ao mundo imaterial.

Um agradecimento é devido a Coimbra e sua Universidade, com seus professores e funcionários, que, ao cruzarem meu caminho, acolheram-me e se transformaram em lar. Em especial, à Professora Doutora Paula Veiga, pela confiança para e durante a orientação deste trabalho, o que fez com distinta compreensão e disponibilidade, iluminando não apenas o percurso da investigação – com seu rigor característico –, como também, com empatia, os momentos de angústia e apreensão que se manifestaram no decorrer da jornada.

Um agradecimento, outrossim, ao Professor Doutor Bernd Grzeszick, da *Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg*, por possibilitar minha estadia, por meio do programa *Erasmus*, na cidade de Heidelberg, onde me senti igualmente acolhido e pude coletar extenso material bibliográfico. Aliás, sou igualmente grato pela oportunidade de acessar, como visitante, durante os meses em que lá estive, as instalações e recursos do *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, onde também tive a honra de participar de inúmeros eventos que clarearam ideias e contribuíram diretamente para o ora objeto de estudo.

Um grande agradecimento a todas as amigas e a todos os amigos, por serem fonte de motivação, não só para a consecução das tarefas diárias, mas para o próprio *viver*. Em especial, àqueles que, mesmo separados por um oceano, fizeram-se cotidianamente presentes. Ainda em especial, às amigas que Coimbra me trouxe, por, além de tudo, suplementarem o carinho da família quando a distância se fazia sentir. Enfim, como há muito disse Antoine de Saint-Exupéry: “Aqueles que passam por nós não vão sós, não nos deixam sós. Deixam um pouco de si, levam um pouco de nós”. Agradeço, pois, a todos que, independentemente do tempo e lugar, deixaram em mim um pouco de si.

RESUMO

Um das principais heranças do período revolucionário americano e francês, o constitucionalismo moderno e sua materialização em Constituição escrita enfrentam, desde o fim do século passado, diversas contestações. Se é verdade que o período subsequente à Segunda Grande Guerra e à derrocada dos regimes totalitários transpareceu o sucesso do Estado constitucional, é inegável que, de modo concomitante e gradativo, as forças da globalização corroeram as bases estruturantes de um modelo de regulação compreensiva do poder público circunscrito em limites territoriais bem definidos. A multiplicação dos atores internacionais dotados de competências antes restritas aos Estados e a emergência de um direito internacional funcionalmente dirigido elevaram a pressão acerca da (sobre)vivência do constitucionalismo, levando diversas vozes doutrinárias a questionar o futuro da Constituição. Percebe-se o alinhamento de uma constelação pós-nacional, na qual o discurso constitucional rompe as amarras que outrora o atrelavam ao contexto estatal, como se vê na densificação, entre outros, de um direito constitucional europeu. Explora-se, então, a concepção de pluralismo constitucional, a partir da qual, nesta investigação, se busca observar a existência de um potencial jurisgenerativo, consistente na tradução de significado a direitos constitucionais a partir do impacto exercido, no recorte metodológico adotado, pelos sistemas regionais europeu e americano de proteção dos direitos humanos. O presente trabalho observa, então, não apenas o processo de formação e consolidação do constitucionalismo moderno, os fatores que demandaram sua transmutação e a eclosão dos novos discursos constitucionais, mas também o papel exercido pela Constituição no *pluriversum* em que (con)vive, com especial destaque para os avanços teóricos das relações interconstitucionais. A partir de tais observações, pois, é que se apreende a capacidade jurisgenerativa das interações conduzidas sob as premissas de um pluralismo constitucional. Após duas décadas no novo século, corresponderá o presente da Constituição às tentativas pretéritas de antever seu futuro? Se uma resposta peremptória pode ser ainda arriscada, menos incauta parece a afirmação, após o que se observou, de que o pluralismo constitucional é uma realidade perene com autêntico potencial jurisgenerativo.

Palavras-chave: constitucionalismo; pluralismo constitucional; direitos humanos; jurisprudência.

ABSTRACT

As part of the main legacy of the American and the French revolutionary period, modern constitutionalism and its written constitution have faced, since the end of the last century, several challenges. If it is true that the aftermath of the Second World War and the fall of totalitarian regimes marked the success of the constitutional state, it is also undeniable that, at the same time, globalization has gradually eroded the structural base of a model aiming for comprehensively regulating public power within well-defined territorial borders. Both the multiplication of international actors which feature powers previously limited to states and the emergence of a subject oriented approach in international law have lifted the pressure on the endurance of constitutionalism, leading scholarship to question the very future of the constitution. In what has been called the post-national constellation, constitutional discourse breaks the bonds that once limited it to the state atmosphere, as demonstrated by the development of a European constitutional law. The investigation explores the concept of constitutional pluralism, from which it seeks to examine the existence of a jurisgenerative potential (the creation of legal meaning of constitutional rights deriving out of the impact, within the adopted methodological framework, of the European and American regional human rights protection systems). The present work then checks not only the process of emergence and consolidation of modern constitutionalism, the factors that imposed its transformation and the development of new constitutional discourses, but also the role played by the Constitution in a *pluriversum* in which it cohabits, with emphasis on the theoretical propositions on interconstitutional relations. It becomes therefore possible to fathom the jurisgenerative capacity of interactions happening under the premises of constitutional pluralism. After two decades into the new century, does the present of the Constitution correspond to past attempts to foresee its future? If an absolute answer might still be risky, it seems reasonable to claim that constitutional pluralism is not only reality, but shall be a lasting one, as is its jurisgenerative potential.

Key words: constitutionalism; constitutional pluralism; human rights; jurisgenesis.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADCL	<i>Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano</i>
AJIL	<i>American Journal of International Law</i>
Art./Arts.	Artigo / Artigos
BCE/ECB	Banco Central Europeu / <i>European Central Bank</i>
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Bol. C.E.	Boletim de Ciências Econômicas
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
BVerfGE	<i>Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts</i>
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
Cfr.	Confrontar
CIADH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
ColUP	<i>Columbia University Press</i>
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	Constituição da República Portuguesa
CUP	<i>Cambridge University Press</i>
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
ECLR	<i>European Constitutional Law Review</i>
Ed./Eds.	Editor / Editores
EJIL	<i>European Journal of International Law</i>
ELJ	<i>European Law Journal</i>
GG	<i>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland</i>
GLJ	<i>German Law Journal</i>

ICANN	<i>Internet Corporation for Assigned Names and Numbers</i>
IECEQ	<i>Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro</i>
IIDH	<i>Instituto Interamericano de Derechos Humanos</i>
IJCL	<i>International Journal of Constitutional Law</i>
IUC	Imprensa da Universidade de Coimbra
LJIL	<i>Leiden Journal of International Law</i>
MJIEL	<i>Manchester Journal of International Economic Law</i>
MJIL	<i>Michigan Journal of International Law</i>
MPIL	<i>Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law</i>
N.	Número
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMS	Organização Mundial da Saúde
Org./Orgs.	Organizador / Organizadores
OUP	<i>Oxford University Press</i>
P./Pp.	Página / Páginas
Par.	Parágrafo
PIDCP	Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
SCJN	<i>Suprema Corte de Justicia de la Nación</i>
Séc.	Século
SLR	<i>Stanford Law Review</i>
Ss.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
TCE	<i>Tribunal Constitucional de España</i>
TCP	Tribunal Constitucional Português

TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TFUE/TFEU	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia / <i>Treaty on the Functioning of the European Union</i>
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
Trad.	Tradução
TUE/TEU	Tratado da União Europeia / <i>Treaty on European Union</i>
UE/EU	União Europeia / <i>European Union</i>
Vol.	Volume
ZaöRV	<i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</i>

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	3
RESUMO	4
ABSTRACT.....	5
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	6
INTRODUÇÃO	12
I. ESTADO DA ARTE: UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DIACRÔNICA.....	16
1. Constitucionalismo e Constituição.....	16
1.1. Antecedentes comuns relevantes.....	17
1.2. Modelo inglês	19
1.3. Modelo estadunidense	21
1.4. Modelo francês	22
1.5. Análise morfológica.....	24
2. A Constelação Pós-Nacional.....	25
2.1. Fragmentação	27
2.2. A dispersão da autoridade.....	29
2.3. (Re)forçando fronteiras?	32
3. Novas órbitas discursivas	38
3.1. Pluralismo constitucional	38
3.2. Constitucionalismo multinível e Interconstitucionalidade	42
3.3. Constitucionalismo societal (transnacional)	46
4. Entre triunfo e nostalgia.....	49
II. O COSMOS NORMATIVO CONTEMPORÂNEO	51
1. A Constituição no <i>pluriversum</i>	52
1.1. O fluxo de poder e a filtragem constitucional.....	52
1.2. A capacidade compensatória.....	53
1.3. O exemplo do efeito direto: a mediação constitucional.....	56
2. A dinâmica cósmico-constitucional	59
2.1. A engrenagem do direito internacional.....	59
2.2. A colisão de fragmentos constitucionais.....	61
2.3. Princípios contrapontuais.....	64
3. Colisões e desvios em ação	67
3.1. Alemanha	68

3.1.1. A relação com o direito europeu	69
3.1.2. A relação com o direito internacional	74
3.2. Itália.....	76
3.2.1. A relação com o direito europeu	77
3.2.2. A relação com o direito internacional	81
3.3. Outras jurisdições constitucionais	84
III. INTERAÇÕES NO <i>NOMOS</i> DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	90
1. A essência constitucional dos direitos humanos	91
1.1. Processos de constitucionalização abrangente.....	91
1.2. O enfoque na CEDH	95
1.3. O enfoque na CADH	97
1.4. Subsunção aos índices do constitucionalismo	99
2. Vias de interação jurisgenerativa	100
2.1. Três aspectos conformadores	101
2.2. <i>Status</i> constitucional interno	104
2.3. Interpretação consistente por preceito constitucional	106
2.4. Interpretação consistente voluntária.....	107
3. Do potencial à concretude: exemplos de jurisprudência	108
3.1. Alemanha: direito à vida privada.....	108
3.2. Espanha: direito à intimidade pessoal e familiar e à inviolabilidade do domicílio .	113
3.3. Itália: direito à defesa e ao contraditório em julgamentos <i>in absentia</i>	116
3.4. Colômbia: direito à liberdade de expressão.....	120
3.5. México: direito de acesso à justiça e ao juiz natural	123
CONCLUSÕES	128
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	134
JURISPRUDÊNCIA	147

“Repito: compreender não significa negar o ultrajante, subtrair o inaudito do que tem precedentes, ou explicar fenômenos por meio de analogias e generalidades tais que se deixa de sentir o impacto da realidade e o choque da experiência. Significa antes examinar e suportar conscientemente o fardo que os acontecimentos colocaram sobre nós – sem negar sua existência nem vergar humildemente a seu peso, como se tudo o que de fato aconteceu não pudesse ter acontecido de outra forma. Compreender significa, em suma, encarar a realidade, espontânea e atentamente, e resistir a ela – qualquer que seja, venha a ser ou possa ter sido.”

(**Hannah Arendt**, *As Origens do Totalitarismo*)

“(…)
pelo amor e o que ele nega
pelo que dá e que cega
pelo que virá enfim,
não digo que a vida é bela
tampouco me nego a ela:
– digo sim”

(**Ferreira Gullar**, *Digo Sim*)

INTRODUÇÃO

Ao descrever os *mal-estares da modernidade e da pós-modernidade*, Zygmunt Bauman põe em evidência uma relação, simultaneamente simbiótica e paradoxal, entre ganhos e perdas. Se na modernidade a aflição refletia uma pequena indulgência à liberdade na busca da felicidade individual em razão da segurança, na pós-modernidade, espelha um acréscimo da liberdade em busca do prazer com um correspondente decréscimo na segurança individual. Exsurge deste contexto que um ganho sempre pressupõe uma perda, levando Bauman a realçar, então, a importância de envidar esforços para ponderá-los e, conseqüentemente, equilibrá-los, “mesmo se (ou, antes, porque) a sobriedade e sabedoria duramente conquistadas nos impedem, aos homens e mulheres pós-modernos, de nos entregar a uma fantasia sobre um balanço financeiro que tenha apenas a coluna de créditos”¹.

Com efeito, para o direito constitucional e para o direito internacional, o ocaso do *Breve Século XX*, com sua nefasta *era da catástrofe*², e o início do séc. XXI foram marcados por esta simbiose de ganhos e perdas, em que pese o enquadramento – do que constitui um ou outro – dependa, como tudo na vida, da perspectiva adotada³.

Por um lado, o palco mundial foi tomado por uma onda de Constituições democráticas, do pós-guerra à superação dos regimes autoritários, observando-se que, “em cada viragem política da vida dos povos, as atenções se voltam ansiosas para a ideia mágica de constituição”⁴, a marcar uma *hora global do Estado constitucional*⁵ em que se espalhou a *vontade de Constituição*⁶. Por outro, ao mesmo tempo em que as atrocidades que chocaram o globo despertaram a atenção da comunidade internacional para a necessidade de difundir

¹ Zygmunt BAUMAN. *O mal-estar da pós-modernidade*. Mauro Gama e Cláudia Gama (trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 10.

² As expressões são de Eric HOBBSBAWM, in *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Marcos Santarrita (trad.). 2ª ed. 26ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 29 e ss.

³ Cfr. Mattias KUMM. “The Best of Times and the Worst of Times: Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia”, in *The Twilight of Constitutionalism?*, Petra Dobner e Martin Loughlin (eds.). Oxford: OUP, 2010.

⁴ Rogério Ehrhardt SOARES. “O conceito ocidental de Constituição”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 119, n. 3743, p. 36.

⁵ A expressão é de Peter HÄBERLE, in “Die Entwicklungsstufe des Heutigen Verfassungsstaates - Paradigmen, Verfassungsthemen, Textstufen und Tendenzen in der Weltstunde des Verfassungsstaates - Der Polnische Entwurf 1991”, in *Rechtstheorie* 22, 1991, n. 4, p. 431.

⁶ Com a expressão, cunhada por Konrad HESSE, pretende-se transparecer “a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme” (in *A Força Normativa da Constituição*. Gilmar Ferreira Mendes (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1991, p. 19).

e salvaguardar direitos fundamentais⁷, protegendo-os também contra o Estado⁸, vê-se um efeito expansivo da globalização acompanhado da multiplicação de instituições internacionais⁹, algumas das quais passam a exercer autoridade, suscitando uma releitura do direito internacional público como direito público internacional¹⁰ e o reorientando de um *actor-centered system* para um *subject-oriented approach*¹¹.

É do próprio sucesso do constitucionalismo e do robustecimento do direito internacional, pois, que se avistam crises que ora os acometem¹², descortinando as perdas que contrabalancearam os ganhos. As projeções de um sobre o outro revelam deficiências e reclamam composições, uma vez que, por exemplo, enquanto sobre os avanços do direito internacional pairam contestações de legitimidade¹³, sob o véu da Constituição nacional já não se pode cobrir compreensivamente o exercício do poder, reconduzindo-a uma “reconstrução do jurídico segundo um processo *bottom-up* (...) perdendo dimensão política e valorativa”¹⁴.

Nesta contraposição vetorial, então, é que emerge o objeto de estudo do presente trabalho, uma vez que, forçando a revisitação de antigos conceitos, “States are now joined by a plethora of other autonomous or semiautonomous units of legal order within the global configuration, and each of these units must negotiate their boundary relations *inter se* as well as with the states themselves”¹⁵. Na conjuntura desta internormatividade, portanto, a leitura

⁷ André de Carvalho RAMOS. *Curso de Direitos Humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 51.

⁸ Efetivamente, como narra Jorge MIRANDA, “a crença oitocentista na Constituição supusera que, onde esta existisse, estariam também garantidos os direitos fundamentais”, de modo que, “num contexto de subsistência do dogma da soberania do Estado, isto levaria a que se não concebesse senão uma proteção interna dos direitos fundamentais”. Não obstante, “quando o Estado, não raramente, rompe as barreiras jurídicas de limitação e se converte em fim de si mesmo e quando a soberania entra em crise perante a multiplicação das interdependências e das formas de institucionalização da comunidade internacional, torna-se possível reforçar e, se necessário, substituir, em parte, o sistema de proteção interna por vários sistemas de proteção internacional dos direitos do homem” (in *Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 42).

⁹ Eric C. IP. “Globalization and the future of the law of the sovereign state”, in *IJCL* 8, 2010, n. 3, pp. 636-655.

¹⁰ A provocação é de Armin VON BOGDANDY, Matthias GOLDMANN e Ingo VENZKE, que, inclusive, definem autoridade, neste contexto, como “the acts based on international law that impacts other actors’ freedom” (in “From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority”, in *EJIL* 28, 2017, n. 1, p. 139).

¹¹ Frank SCHORKOPF, Christian WALTER. “Elements of Constitutionalization: Multilevel Structures of Human Rights Protection in General International and WTO-Law”, in *GLJ* 4, 2003, n. 12, p. 1361.

¹² Nico KRISCH. *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*. Oxford: OUP, 2010, p. 3.

¹³ Mattias KUMM. “The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law”, in *Indiana Journal of Global Legal Studies* 20, 2013, n. 2, pp. 606-611.

¹⁴ Suzana Tavares da SILVA. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2ª ed. Coimbra: IUC, 2014, p. 88.

¹⁵ Neil WALKER. “Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders”, in *IJCL* 6, 2008, n. 3-4, p. 385.

perfilhada por uma ordem jurídica não necessariamente se identifica com a de outra e, se por um lado a sobreposição de normas e intérpretes pode ensejar conflitos, pode, por outro, conduzir “to convergence, consolidation and widespread acceptance of a new legal constellation”¹⁶.

Insere-se, exatamente nesta medida, o propósito que aqui se persegue, consistente em investigar a existência, nas relações edificadas sobre as premissas do pluralismo constitucional, de um potencial *jurisgenerativo*, cuja compreensão, para os efeitos deste trabalho, recorre à conceptualização que Robert Cover faz de jurisgênese, traduzindo-a como “the creation of legal meaning”¹⁷. Assim, por potencial *jurisgenerativo* do pluralismo constitucional, quer-se contemplar a possibilidade de criação de *significado* perspectivada na interação de caráter constitucional entre diferentes ordens jurídicas. Opta-se, porém, por promover um recorte metodológico, analisando umas tais interações produzidas pelo desencadeamento de uma proteção multinível de direitos humanos¹⁸, não só em razão da “atual centralidade do discurso jusfundamental”¹⁹, mas também diante das particularidades de sobreposição²⁰ destes direitos que se estruturam hodiernamente como “a vertente preponderante, sob os pontos de vista qualitativo e quantitativo, da jurisdição constitucional”²¹.

Compelida pela impossibilidade de crer na ilusão pueril dos ganhos sem perdas, a investigação, estruturada em três capítulos, remonta, no primeiro, às origens do constitucionalismo moderno para, então, a partir da compreensão de suas bases, avaliar os impactos que conduzem à emergência de novos discursos constitucionais²², dentre os quais

¹⁶ Nico KRISCH, Francesco CORRADINI, Lucy Lu REIMERS. “Order at the margins: The legal construction of interface conflicts over time”, in *Global Constitutionalism* 9, 2020, n. 2, p. 344.

¹⁷ Robert M. COVER. “Foreword: Nomos and Narrative”, in *Harvard Law Review* 97, 1983, n. 1, p. 11.

¹⁸ René URUEÑA. “Luchas locales, cortes internacionales. Una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina”, in *Revista Derecho del Estado* 30, 2013, pp. 302-305.

¹⁹ Rui MEDEIROS. *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 104. Como provocação para o trabalho, consigne-se a conclusão do autor no sentido de que “o universalismo dos direitos humanos tem hoje uma força normativa irradiante mais forte do que o universalismo da democracia” (p. 106).

²⁰ Basta notar, no exemplo da CEDH, que “the Convention has the same function as constitutional fundamental rights guarantees” (in Jörg POLAKIEWICZ. “The Status of the Convention in National Law”, in *Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Robert Blackburn e Jörg Polakiewicz (eds.). Oxford: OUP, 2001, p. 34).

²¹ Fernando Alves CORREIA. “Os Direitos Fundamentais e a sua Protecção Jurisdiccional Efectiva”, in *BFDUC* 79, 2003, p. 68.

²² Para um panorama geral dos *novos* discursos, com destaque para o recorte de uma *Constituição mundial* (como “constituição de constituições parciais”), cfr. João Carlos LOUREIRO. “‘É bom morar no azul’: A Constituição Mundial Revisitada”, in *BFDUC* 82, 2006, pp. 181-212.

a própria noção de pluralismo. Em seguida, no segundo capítulo, explicitando a força conformadora destes impactos sobre o próprio papel da Constituição, perquirem-se os pressupostos para a relação entre distintas ordens constitucionais em que há possibilidade – e probabilidade – de conflitos, o que se faz seguido de *case studies* para vislumbrar a extensão prática destas proposições teóricas. Por fim, no terceiro capítulo, colocam-se em evidência os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, especialmente os regionais estabelecidos na América e Europa, buscando-se, inicialmente, a sua recondução às premissas do pluralismo constitucional no relacionamento com as ordens constitucionais nacionais, para, então, após verificar alguns métodos de produção de convergência interna de direitos protegidos na perspectiva multinível, apreciar, também por *case studies*, o impacto dos direitos humanos no significado de direitos constitucionais.

Espera-se, deste modo, conseguir observar se há espaço para este propalado potencial jurisgenerativo, na tentativa de, ao final, fornecer um pequeno e atual contributo, na ótica do desenvolvimento do constitucionalismo, à efetiva proteção dos direitos humanos.

I. ESTADO DA ARTE: UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DIACRÔNICA

1. Constitucionalismo e Constituição

Enveredar-se pelo estudo da Constituição e do constitucionalismo é tarefa singularmente árdua, pois demanda uma abordagem multifacetada da qual seja possível extrair elementos definidores, sob a perspectiva observada, de vocábulos não só semântica, mas geográfica e temporalmente plurívocos²³. Para apreender o *ideal constitucional*, portanto, pretende-se aqui, inicialmente, promover uma sintética incursão reflexiva na *acepção histórico-descritiva*²⁴ dos conceitos referidos, que dê suficiente embasamento para, em seguida, enfrentar, adaptando ao plural a expressão de Gunther Teubner²⁵, algumas das que se podem colocar como *as novas questões constitucionais*.

O ponto de partida deste estudo não poderia ser outro além do *constitucionalismo moderno*²⁶, entendido como movimento político produtor de uma tradição legal assente na fundamentação e limitação do exercício do poder, materializadas em um documento escrito, que garante direitos à comunidade política no seio da qual foi celebrado²⁷.

Simbióticas ao constitucionalismo moderno, então, são as constituições escritas, legadas das revoluções estadunidense e francesa do século XVIII, que consolidaram-se ao longo de dois séculos como elemento quase indissociável da configuração do *Estado*²⁸. Sem prejuízo das diferenças que são inerentes aos *movimentos constitucionais*²⁹, afigura-se viável

²³ Charles Howard MCILWAIN. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Indianapolis: Liberty Fund, Inc., 2010, pp. 22-24.

²⁴ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed. 16.^a reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 52.

²⁵ Gunther TEUBNER. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Gareth Norbury (trad.). Oxford: OUP, 2012.

²⁶ Isto porque, tal como se verá no tópico 1.1, “en el Antiguo Régimen, si se hablaba de constitución, se lo hacía entendiendo el orden concreto de (...) líneas de tensión política que, según las nuevas ideas constitucionales del siglo XVIII, merecían el nombre de caos” (in Gustavo ZAGREBELSKY, Valeria MARCENÒ. *Justicia Constitucional. Vol. I: Historia, Principios e Interpretaciones*. César E. Moreno More (trad.). Puno: Zela, 2018, p. 37).

²⁷ R. C. van CAENEGEM. *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*. Cambridge: CUP, 1995, p. 80.

²⁸ Horst DIPPEL. *História do Constitucionalismo Moderno – Novas Perspectivas*. António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 1-2.

²⁹ J. J. Gomes CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 51.

– e recomendável – observar alguns elementos que, precedentes, são a eles comuns e tonificadores.

1.1. Antecedentes comuns relevantes

Revelando uma ligação umbilical, exsurge, em primeiro ponto, o fato de que o aparecimento das constituições modernas dependia da rudimentar existência daquilo que dela pudesse ser objeto, notando-se que sua característica distintiva seria, como descreve Dieter Grimm, “its claim to comprehensively and uniformly regulate political rule in terms of its formation and means of execution in a law superior to all other legal norms”³⁰.

Daí que se vislumbra, então, a gestação do constitucionalismo moderno no percurso do próprio estado moderno³¹, uma vez que a ordem medieval a ele precedente, caracterizada por uma elevadíssima dispersão do poder, impedia uma tal regulação compreensiva e uniforme³². Com efeito, na superação do regime medieval, adotada como um dos pressupostos, por permitir-lhe um objeto, para o movimento constitucional moderno, destacam-se a construção de um poder público³³, que se foi afirmando na derradeira separação entre estado e sociedade, interdependente à construção de ordens jurídicas positivas³⁴.

³⁰ Dieter GRIMM. *Constitutionalism: Past, Present, and Future*. Oxford: OUP, 2016, p. 45.

³¹ Ulrich K. PREUSS. “Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept?”, in *The Twilight of Constitutionalism?*, Petra Dobner e Martin Loughlin (eds.). Oxford: OUP, 2010, p. 24.

³² Dieter GRIMM. *Sovereignty: The Origin and Future of a Political and Legal Concept*. New York: ColUP, 2015, pp. 14-18. Demonstrando a inadequação da situação medieval ao objeto da constituição moderna, pertinente destacar que “[the] rule was usually practiced as an annex to a certain status, generally that of property owner. It was thus distributed among numerous holders, of which none possessed comprehensive, let alone absolute, powers to rule” (p. 17).

³³ Adota-se, aqui, a distinção proposta por Martin LOUGHLIN entre poder privado, poder político e poder público, segundo a qual “private power is the product of an exclusive relationship between a person and other persons with respect to an object, such as land and other forms of property”, e, portanto, exercido “through the ownership and control of material resources”; “political power, in contrast, is a product of a relationship between individuals (natural persons) that, in form at least, conceives them to be equals”; e “public power is a product of the civil condition and is generated by the establishment of a system of government, the setting to work of an apparatus of rule” (in *The Idea of Public Law*. Oxford: OUP, 2004, pp. 77-79).

³⁴ Cfr. Chris THORNHILL. *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*. Cambridge: CUP, 2011, pp. 57-61. Cabe destacar, para uma síntese oportuna do processo supramencionado, que, na medida em que as sociedades medievais “were characterized by the progressive formation of differentiated political institutions, which could structurally isolate themselves from other areas of human practice and autonomously circulate, as statutes, resources of political power across society as a whole” (p. 58), “the earliest positive construction of modern European states, therefore, (...) presupposed recognition of the fact that the state’s power could only be legally generalized across society if it was underscored both by constant legal formulae and by inclusionary arrangements by means of which it could at once integrate its addressees and harden preconditions for its support” (p. 60) e, neste contexto, “formal law was the primary precondition of statehood: formal law was at once a normative construct that allowed early

Deve-se dizer que essa afluência de poder dissoluto em um corpo político único atinge significativo patamar como consequência das guerras religiosas travadas nos séculos XVI e XVII³⁵, mormente ao se considerar que a decomposição do arcabouço de legitimação religiosa do poder contribuiu com o desenvolvimento de novas teorias político-filosóficas para fazê-lo³⁶. Destaca-se ainda, neste cenário, a conhecida Paz de Vestefália, que, como sublinha Leo Gross, “represents the majestic portal which leads from the old into the new world”, porquanto, no campo político, simboliza a ascensão de um sistema “characterized by the coexistence of a multiplicity of states, each sovereign within its territory, equal to one another, and free from any external earthly authority”³⁷, direcionando os holofotes à questão da soberania.

Se na formulação teórica inicial, proposta por Jean Bodin³⁸, soberania estava sempre ligada a um *soberano*, visto com um indivíduo ou um grupo de pessoas, de modo que a autoridade necessitava estar concentrada em determinadas mãos para expressar sua unidade, o amadurecimento do Estado moderno assiste à institucionalização do poder por meio de uma diferenciação interna no seu exercício³⁹. É nessa conjuntura que Neil Walker identifica duas dimensões da emergente estrutura do conceito de soberania: uma *mudança epistêmica*, que eleva soberania a “representational and ordering device which envisages and identifies discrete polities that can act in the name of an undifferentiated collective notwithstanding an internal diversity of interests, values and wills”⁴⁰, e uma *mudança sistêmica*, representada na consolidação do *sistema vestefaliano* de relação entre os Estados.

states to define and project a foundation for their growing autonomy, and a functional instrument that enabled them to reduce their own residual privatism and to transplant power positively across widening and increasingly de-feudalized (less and less privatistic) societies” (p. 59).

³⁵ Randall LESAFFER. *European Legal History: A Cultural and Political Perspective*. Jan Arriens (trad.). Cambridge: CUP, 2009, pp. 303-308. Corroborando a importância das guerras religiosas para a degradação da ordem medieval e a ascensão do Estado moderno, afirma o autor que “the political crisis into which the West was plunged around 1530 was structural. The entire legal edifice of the medieval order was torn down. In the absence of a new order, Europe found itself in a structural vacuum. It was not until after 1648 that the sovereign state became sufficiently formed to shore up a new, stable political and diplomatic order” (p. 309).

³⁶ Dieter GRIMM. *Constitutionalism... Op. cit.*, p. 42. Neste tocante, destaca o referido autor que, em um futuro próximo, as respostas seriam encontradas nas conhecidas teorias contratualistas.

³⁷ Leo GROSS. “The Peace of Westphalia, 1648-1948”, in *AJIL* 42, 1948, n. 1, p. 29.

³⁸ Sobre o tema, em particular, para o desenvolvimento e função do conceito de soberania na construção de Jean Bodin, bem como no período anterior e posterior, ver Dieter GRIMM. *Sovereignty... Op. cit.*, pp. 13-34.

³⁹ Martin LOUGHLIN. “Why Sovereignty?”, in *Sovereignty and the Law: Domestic, European and International Perspectives*, Richard Rawlings, Peter Leyland e Alison Young (eds.). Oxford: OUP, 2013, pp. 42-43.

⁴⁰ Neil WALKER. “Sovereignty Frames and Sovereignty Claims”, in *Sovereignty and the Law: Domestic, European and International Perspectives*, Richard Rawlings, Peter Leyland e Alison Young (eds.). Oxford: OUP, 2013, p. 21.

Cabe destacar, também, por projetar-se relevante às considerações futuras, a interdependência das dimensões *interna* e *externa* da soberania, na medida em que a autodeterminação e coerência interna dependeriam da liberdade do Estado de ingerências externas⁴¹. E uma tal associação torna evidente a leitura, feita por Martin Loughlin, de soberania como conceito que manifesta “the State’s independent status as a political-legal entity in the world and its absolute authority to make law”⁴².

Encontram-se, assim, resumidamente observados os antecedentes que, como categoriza Dieter Grimm⁴³, constituem as *condições gerais* para a emergência das constituições modernas. Não obstante, como já adiantado, os movimentos constitucionais responderam diversamente às peculiaridades da configuração política do local em que se desenrolaram, destacando-se, para o *ideal constitucional moderno*, as realidades da Inglaterra, da França e dos Estados Unidos da América, que, portanto, reclamam um breve exame individualizado, em consonância com os denominados *modelos de compreensão* a que refere J. J. Gomes Canotilho⁴⁴.

1.2. Modelo inglês

O movimento constitucional inglês apresenta uma forte distinção em relação aos demais, como se verá, uma vez que prescindiu de uma reconstrução institucional integral do poder. Isto porque, a diferenciar-se das monarquias que se estabeleceram no continente, o Estado inglês logrou obter, de modo gradativo, sem que fosse preciso romper com suas estruturas, uma acentuada consistência normativa capaz de evitar conflitos políticos com consequências tais como as observadas na França, por exemplo⁴⁵.

Neste sentido, percebe-se que o percurso da monarquia inglesa se deparou desde cedo com mecanismos recorrentes de limitação do poder. Assim o foi já em 1215, com a edição da Magna Carta, que consagrou, ao seu tempo, princípio estruturante do

⁴¹ Dieter GRIMM. *Sovereignty...* *Op. cit.*, p. 5.

⁴² Martin LOUGHLIN. "Why Sovereignty?... *Op. cit.*, p. 34. Interessante apontar, ainda, que o referido autor elenca dez princípios essenciais ao conceito moderno de soberania, a saber: “(1) sovereignty is a facet of the modern state; (2) political relationships do not derive from property relationships; (3) public power must be differentiated from private power; (4) public power is not personal but official; (5) public power is a product of a political relationship; (6) sovereignty is an expression of public power; (7) sovereignty is relational; (8) rights are not antagonistic to sovereignty; and (10) public law is not solely a matter of positive law” (in *The Idea of Public Law...* *Op. cit.*, p. 73).

⁴³ Dieter GRIMM. *Constitutionalism...* *Op. cit.*, p. 52.

⁴⁴ J. J. Gomes CANOTILHO. *Op. cit.*, pp. 53-60.

⁴⁵ Chris THORNHILL. *Op. cit.*, p. 143.

constitucionalismo daquele país, fundado na ideia de um governo moderado e de garantia da liberdade⁴⁶. Ademais, a instituição de um parlamento *relativamente* fixo ao longo dos séculos permitiu desde cedo a *internalização*, no próprio aparato “estatal”, das contraposições sociais que, em outros territórios, provocaram a erosão das ordens então vigentes⁴⁷.

Será, no entanto, no século XVII que se cimentará a imposição de limites constitucionais à monarquia, como se constata com a *Petition of Right*, de 1628, o *Act of Habeas Corpus*, de 1629, e a célebre *Bill of Rights*, de 1689. Desta última destaca-se a redação levada a cabo pelos *lordes e comuns*, que nela consignaram estarem reunidos em *Westminster representando* completa e livremente todas as pessoas da nação⁴⁸.

A partir da Revolução Gloriosa⁴⁹, então, passa-se a falar de Constituição no singular, emergindo um constitucionalismo inglês, em que, como bem condensa Hans Vorländer, “die Verfassung war das Ensemble von Gesetzen, Institutionen und Gewohnheiten, das sich historisch herausgebildet hatte und das einer nochmaligen dokumentarischen Erfassung in einer schriftlichen Urkunde nicht bedurfte”, conduzindo a uma “historische-evolutionäre Verständnis von Verfassung”⁵⁰.

Radica aí, pois, a noção de que, para os ingleses, não há que se falar na inauguração de uma nova ordem jurídica como resultado do constitucionalismo, mas da *revelação* da Constituição em um processo historicamente construído de limitação do governo e de asseguarção de direitos⁵¹.

⁴⁶ “The lasting message of the document, is, however, as significant today as it was in 1215, i.e. the principle that governments are bound to operate under the law and that subjects (in 1215 the ‘freemen’) are protected by the law in their persons and their goods. In other words, it contains the famous common-law notion that ‘nobody is above the law, be he ever so high’ (with the exception, of course, of Parliament, which is not bound by any laws)”, in R. C. van CAENEGEM. *Op. cit.*, pp. 80-81.

⁴⁷ Aguda a observação no sentido de que, nesta conjuntura, “adversarial opinions could be articulated and dissenting positions expressed without the danger that these would immediately lead to the unsettling of the state itself”, de forma que a existência de oposição dentro da própria estrutura estatal “meant that the state was able to separate its power from momentary controversies and control obstructions to its power” (in Chris THORNHILL. *Op. cit.*, p. 150).

⁴⁸ R. C. van CAENEGEM. *Op. cit.*, pp. 113-117.

⁴⁹ Com efeito, é interessante observar que mesmo a Revolução Gloriosa não produziu um abalo capaz de desfazer o arcabouço institucional então vigente, tal como ressalva McIlwain, ao explicitar que “the Revolution of 1688, important as it was, made few structural changes that could be set forth in a formal document even if man had thought of it” (in Charles Howard MCILWAIN. *Op. cit.*, p. 16).

⁵⁰ Hans VORLÄNDER. *Die Verfassung. Idee und Geschichte*. München: C.H.Beck, 1999, pp. 15-16.

⁵¹ J. J. Gomes CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 69.

1.3. Modelo estadunidense

O processo de ocupação encetado pelos ingleses no território separado pelo Atlântico garantiu aos colonos uma estruturação social diversa, notadamente mais homogênea, porquanto despida dos adornos oriundos da ordem medieval. Em outras palavras, a realidade americana correspondia, de certo modo, já àquilo que, na metrópole, foi objeto de longo processo evolutivo e que, na França, seria o pretendido resultado da revolução⁵². Neste sentido, ainda que os colonos fossem tratados como *second-class Englishmen*, o oxigênio normativo das treze colônias correspondia à própria tradição inglesa do *common law*, pelo que se compreende o potencial inflamável do *Stamp Act* ao impor sobre as colônias, numa investida arrecadatória subsequente à Guerra dos Sete Anos⁵³, *taxation without representation*⁵⁴.

A postura do parlamento britânico, encarada pelos colonos como verdadeiramente absolutista, então, foi a energia de ativação do processo combustivo que culminou na independência, levada a cabo com o interessante propósito não de *buscar* uma nova ordem livre, mas de *defender* a liberdade, já factual, contra as incursões do aparato estatal inglês. Torna-se necessário, pois, constituir um novo poder legítimo, surgindo espaço, em meio às cinzas, para a eclosão da moderna Constituição escrita⁵⁵. Essa construção histórica e social é relevante para perceber efetivamente o valor que se atribui à Constituição americana, principalmente no que toca ao sistema constitucional de separação de poderes⁵⁶,

⁵² Dieter GRIMM. *Constitutionalism... Op. cit.*, p. 55. O autor aponta, ainda, que, embora não implicasse uma sociedade igualitária, “class boundaries were significantly more permeable than the estate boundaries in Europe” e que, ao longo do século XVIII, a população norteamericana “not only gained considerably in economic strength, but also developed a strong political consciousness, which was nourished by the high level of self-administration that English colonial government permitted” (p. 56).

⁵³ R. C. van CAENEGEM. *Op. cit.*, pp. 151-152.

⁵⁴ Com efeito, Chris THORNILL identifica neste ponto, inclusive, o primeiro impulso do movimento constitucional americano, aduzindo que “the constitutional movement in America in fact first drew impetus from the insistence that rights guaranteed in England under the rule of English law should also apply in the colonies, and it reflected the belief that all British subjects had equal rights under common law” (in Chris THORNILL. *Op. cit.*, p. 183).

⁵⁵ Dieter GRIMM. *Constitutionalism... Op. cit.*, p. 56.

⁵⁶ Para a uma análise geral da construção teórica do princípio da separação de poderes de acordo com as doutrinas de Locke e Montesquieu, ver Roberto L. BLANCO VALDÉS. *O Valor da Constituição: separação dos poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade nas origens do Estado liberal*. Margarita María Furlong (trad.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 15-53.

caracterizado por *checks and balances* e elaborado sob uma perspectiva que projetava sobre o legislativo maior necessidade de contenção, ao nele vislumbrar maior *perigo* à liberdade⁵⁷.

O modelo constitucional moderno norteamericano, já prenunciado pela *Declaração dos Direitos de Virgínia de 1776*, que adiantou textualmente seus princípios estruturantes⁵⁸, deriva, então, do *dizer*, concretizado por um *poder constituinte*, a Constituição, no sentido de registrar, em um documento escrito, as liberdades *defendidas* na revolução, incompatíveis com a concentração do poder⁵⁹. Verifica-se uma alteração no *locus* da soberania, que, concebida como popular, é simbolizada na clássica expressão *We the People of the United States*⁶⁰.

E, ainda que no texto constitucional já se consignasse seu papel de *supreme Law of the Land*, o valor garantístico do modelo americano se integraliza com a célebre decisão de John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, que, ao enfatizar a superioridade formal da norma constitucional, fixa a possibilidade de exercício do *judicial review*⁶¹. Coroa-se, assim, partindo da concepção de que “[the] constituent act of the people entrusts certain definite powers to their government”, a máxima bem estabelecida neste modelo segundo a qual “all constitutional government is by definition limited government”⁶².

1.4. Modelo francês

Em contraposição à maior homogeneidade americana, que lutava contra um inimigo externo, as profundas raízes do absolutismo francês demandaram a *ruptura* da estrutura interna de poder, pelo que o escopo do processo revolucionário não poderia ser menor do que o estabelecimento de uma *nova sociedade política*⁶³. Nesta esteira, o conflito quanto à

⁵⁷ Alexander HAMILTON, John JAY, James MADISON. *The Federalist*. George W. Carey e James McClellan (orgs.). Indianapolis: Liberty Fund, 2001, p. 269. Destaque para as palavras de Madison ao afirmar que, em governo republicano, “the legislative authority necessarily predominates”.

⁵⁸ Este é, ainda, na visão de Horst Dippel, o momento de nascimento do constitucionalismo moderno, por positivar em um documento, de forma coerente, seus elementos constitutivos, dentre os quais se destacam “a responsabilidade e sindicabilidade do governo, o direito correspondente de o ‘reformar, alterar ou abolir’, a separação dos poderes, o ‘julgamento por um júri imparcial’ e a ideia, correlativa, de que o governo constitucional é por natureza um governo limitado” (in Horst DIPPEL. *Op. cit.*, p. 09).

⁵⁹ J. J. Gomes CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 70.

⁶⁰ Dieter GRIMM. *Sovereignty... Op. cit.*, pp. 34-38. Extraí-se, da expressão destacada, como sublinha Grimm, a força revolucionária em uma acepção dual: “‘We the People’ rather than ‘We the Government,’ and ‘We the People’ rather than we the States” (p. 38).

⁶¹ Gustavo ZAGREBELSKY, Valeria MARCENÒ. *Op. cit.*, pp. 43-44.

⁶² Charles Howard MCILWAIN. *Op. cit.*, p. 21.

⁶³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Real Academia Española, 1994, p. 53.

forma de votação na convocada Assembleia dos Estados Gerais foi derradeiro para a autoproclamação do Terceiro Estado como Assembleia Nacional, que, menos de um mês depois, adjetivou-se como *Constituante*. Os decretos de agosto de 1789, em seguida, cristalizam o processo: *abolem* expressa e integralmente o sistema feudal, demolindo as estruturas do antigo regime e abrindo caminho para a pavimentação do movimento constitucional⁶⁴.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão concede uma visão panorâmica dos traços essenciais deste modelo, além de evidenciar a mudança no paradigma da soberania, provocada pelo vácuo de legitimação do exercício do poder, ao afirmar que *toute souveraineté réside essentiellement dans la nation*⁶⁵. A nação é, pois, alçada a *titular* do *poder constituinte*, cabendo-lhe *criar* uma Constituição, que assegure a separação de poderes e a garantia de direitos, para conformar a nova ordem⁶⁶.

O artefato desta criação, todavia, terminaria em destino diverso daquele atingido logo no início do modelo americano, uma vez que, na França, o fantasma do antigo regime projetava sobre o poder legislativo não uma imagem de perigo, mas de garantidor da liberdade. Por tal razão é que sobressai a noção de superioridade do parlamento e, em consequência, de *supremacia da lei*, consagrada na fórmula da *lei como expressão da vontade geral*⁶⁷. Torna-se nítida, então, a constatação feita por Hans Vorländer, no sentido de que “seit 1791 kannten die Franzosen unzählige Verfassungen, aber sie waren nichts weiter als Instrumente und Organisationsstatute des Regierens”⁶⁸.

⁶⁴ A polarização principiológica que define os elementos deste movimento são resumidas por Valdés da seguinte forma: “frente a la concentración de poder en manos del monarca, el principio de la separación de los poderes; frente al poder divino de los reyes, el principio humano de la representación; frente al yugo de la arbitrariedad, el principio del gobierno de la ley (rule of law); frente a la proscripción de derechos de los súditos, el principio de reconocimiento de derechos a los ciudadanos; frente al privilegio, el principio de la igualdad ante la ley; y, en fin, frente a la libertad de los antiguos, la libertad de los modernos” (in Roberto L. BLANCO VALDÉS. *La Construcción de la Libertad: apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*. Madrid: Alianza Editorial, 2010, p. 41).

⁶⁵ Grimm descreve soberania nacional como “an abstract sovereignty, referring to a collective subject across time made up of present and past generations”, “idealized”, “organic and representative” (cfr. Dieter GRIMM. *Sovereignty...* *Op. cit.*, p. 43). Para o desenvolvimento do conceito, ver pp. 39-45.

⁶⁶ J. J. Gomes CANOTILHO. *Op. cit.*, pp. 57-58 e 71.

⁶⁷ Gustavo ZAGREBELSKY, Valeria MARCENÒ. *Op. cit.*, pp. 60-61. Como aduzem os autores, “la revolución constitucional en Francia fue dirigida precisamente con el objetivo preciso de destruir las estructuras sociales compuestas que habían sobrevivido en las estructuras monárquicas del Antiguo Régimen”, resultando disso “el ‘legicentrismo’ o ‘legolatría’, como ha sido denominada la doctrina de la soberanía parlamentaria y de la voluntad general expresada por los representantes de la nación (...) de la que derivaba la prohibición expresa, entonces sancionada también penalmente, de interferencia por parte de los jueces en la soberanía de la ley”.

⁶⁸ Hans VORLÄNDER. *Op. cit.*, p. 54.

E essa concepção perdura até meados do século XX, quando, em momento posterior do constitucionalismo francês (e, de certo modo, europeu continental), superadas a crença na infalibilidade do legislador e a desconfiança direcionada ao poder judicial⁶⁹ e incorporados os ideais de supremacia e rigidez constitucionais, constatou-se a necessidade do estabelecimento de mecanismos capazes de conferir incomparável força jurídica à Constituição, concebendo-se um heterocontrole confiado a órgão diverso, que corporifica a justiça constitucional⁷⁰.

1.5. Análise morfológica

Viu-se, até então, que, partindo de alguns antecedentes comuns, os movimentos constitucionais apontados tomaram rumos próprios, ritmados pelas suas características, que o enfrentamento histórico-descritivo bem permitiu perceber. No entanto, falar em constitucionalismo francês, americano ou inglês, traz explícito um ponto de equivalência: o próprio substantivo, *constitucionalismo*, como produto da modernidade diferido pela adjetivação que lhe é circunstancialmente atribuída, o que justifica esta análise morfológica. Com efeito, de uma tal afirmação não decorre qualquer pretensão de uniformizá-los, mas apenas intenta colocar em relevo o que os *substantiva*.

E, nesta esteira, de acordo com Hans Vorländer, exurgem, destes três modelos, duas aproximações distintas características do conceito de Constituição, que ao fim e ao cabo refletem as divergências teóricas de Paine e Bolingbroke, consubstanciadas, respectivamente, na adoção de uma acepção racional-voluntarista ou histórico-evolutiva⁷¹.

Não obstante, ainda assim é possível, neste contexto, destacar duas funções *modernas* que qualificam de modo geral a Constituição. Em primeiro lugar, coloca-se a *constitutiva*, uma vez que “sie bestimmt die Zuordnung, die Trennung und die Verschränkung von Gehalten, indem sie die Kompetenzen und die Verfahren politischer Willens- und Entscheidungsbildung festlegt”, e, em segundo, sua função *legitimadora*,

⁶⁹ Maria Benedita URBANO. *Curso de Justiça Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 65-67.

⁷⁰ Fernando Alves CORREIA. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 94-95.

⁷¹ Hans VORLÄNDER. *Op. cit.*, p. 15. Neste sentido, destaca o autor que “unterschieden sich Paine und Bolingbroke in einer entscheidenden Hinsicht. Für Paine (...): ohne schriftliches Dokument keine Regierung. Bei Bolingbroke (...) es ist die auf die geschichtliche Erfahrung zurückzuführende Vermutung der Vernünftigkeit der Regeln und Institutionen (...)”.

porquanto “die Verfassung kann eine politische Ordnung dadurch legitimieren, daß sie auf den Ursprung und die besonderen Umstände ihrer Gründung zurückvweist”⁷².

E, nesse exercício binômico da Constituição destacado por Vorländer, convergem o que Dieter Grimm sumariza como as características do constitucionalismo, a saber: (i) a Constituição como um conjunto de normas jurídicas emanadas de uma decisão política, e não mera construção filosófica decorrente de verdades pré-estabelecidas; (ii) cujo propósito é estabelecer e regular o exercício do poder público; (iii) de forma compreensiva, excluindo o reconhecimento de portadores ou meios *extraconstitucionais* para o exercício deste poder; (iv) localizando no *povo* a fonte legítima de sua origem, do que decorre a distinção entre poder constituinte e constituído; e (v) que ostenta superioridade, tornando desprovidos de força jurídica os atos com ela incompatíveis⁷³.

Encontra-se, pois, como Grimm sintetiza, o substrato moderno: “[a] universal recognition of constitutionalism as a model for the organisation and legitimation of political power”⁷⁴.

2. A Constelação Pós-Nacional

As bases em que se edificou o constitucionalismo, como já era de se esperar, não se mantiveram inalteradas ao longo da história. Neste contexto, ainda que o Estado, evidentemente, tenha sofrido transformações relevantes desde o seu próprio surgimento⁷⁵, as suas estruturas, tal como delineadas com a estabilização da ordem vestefaliana, recorrendo

⁷² *Idem*, p. 17.

⁷³ Dieter GRIMM. “The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World”, in *The Twilight of Constitutionalism?*, Petra Dobner e Martin Loughlin (eds.). Oxford: OUP, 2010, p. 09.

⁷⁴ *Idem*, p. 03. Note-se, por oportuno, que Grimm fala em *achievement* do constitucionalismo, mas, para tanto, submete a percepção de conquista à presença não só de um elemento de *rule of law*, mas também de um elemento *democrático* como integrante do suposto de *legitimação*. Repelindo algumas críticas, afirma o autor que “[i]t is widely accepted that a document which does not attempt to submit politics to law is not worth being called a ‘constitution’. But it is not so clear with regard to democracy as a necessary principle to legitimise public power. Yet, every principle of legitimacy other than democracy would undermine the function of the constitution. If political power is based on some absolute truth, be it religious or secular, the truth will always prevail in cases of conflict with positive law. This will also happen if an elite claims superior insight in the common good and derives from this insight the right to rule independently of popular consent. For this reason, it would be wrong to recognise two types of constitutions as equally representing the achievement of constitutionalism: a democratic type and a rule of law type” (p. 10).

⁷⁵ Para uma evolução concisa dos paradigmas do Estado e da administração, ver J. J. Gomes CANOTILHO. “O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Aníbal Almeida *et al.* (orgs.). Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 705-722.

no plano internacional a um *estado de natureza lockeano* sublinhado pelo princípio da reciprocidade⁷⁶, são profundamente abaladas no ocaso do século XX.

Por um lado, a derrocada de regimes autoritários produziu uma *onda* de novas constituições, reacendendo as forças do discurso constitucional⁷⁷, mas, por outro, estas mesmas forças se depararam com o paralelo e acelerado desenvolvimento científico e tecnológico, que, remodelando as relações sociais, políticas, econômicas e culturais, engendrou o tão conhecido processo de *globalização*, cujos efeitos transformadores sobre o Estado-nação são ponto comum das mais diversas leituras dele realizadas⁷⁸.

Se, em 1973, Niklas Luhmann constatou que, até então, nunca teria havido uma mudança estrutural tão radical como a observada no fim do século XVIII quando do estabelecimento do Estado constitucional, Dieter Grimm vislumbra, já mais de duas décadas depois, a iminência de uma tal ruptura em razão do declínio da *estadualidade*⁷⁹. Mais do que mera ameaça, então, a globalização acomete o Estado-nação em múltiplas frentes⁸⁰, corroendo não só a efetividade da administração e soberania estatais, mas também as noções de identidade coletiva e legitimação democrática⁸¹, o que provoca um realinhamento dos elementos antes conformadores do Estado e, por consequência, a emergência de uma *constelação pós-nacional*, tal como retratada por Jürgen Habermas⁸².

Daí porque, a diferenciar-se das demais mutações sofridas pelo Estado, a de que ora se trata instaura um ambiente de verdadeiro “mal-estar da constituição”, caracterizado por

⁷⁶ Antonio CASSESE. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Editorial Ariel, 1991, pp. 17-20.

⁷⁷ Martin LOUGHLIN. “What is Constitutionalisation?”, in *The Twilight of Constitutionalism?*, Petra Dobner e Martin Loughlin (eds.). Oxford: OUP, 2010, p. 60.

⁷⁸ Armin VON BOGDANDY. “Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law”, in *EJIL* 15, 2004, n. 5, pp. 886-888.

⁷⁹ Dieter GRIMM. *Constitutionalism... Op. cit.*, p. 315.

⁸⁰ Para uma perspectiva crítica, cfr. Zygmunt BAUMAN. *Modernidade Líquida*. Plínio Dentzien (trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, pp. 211-219.

⁸¹ Analisando a densificação do estatuto da cidadania nas sociedades contemporâneas, Paula VEIGA aponta como são “caracterizadas por um reconhecido deficit de participação política nos moldes tradicionais, pela heterogeneidade de valores e pelo pluralismo de comportamentos”, reclamando, para incrementar a legitimação do poder, “uma maior integração dos indivíduos na comunidade a todos os níveis”, de modo que “o modelo normativo actual terá, pois, que superar os nacionalismos étnicos e/ou culturais, enquanto homogeneidade de assimilação forçada das pessoas, conduzindo ao respeito da unidade na diversidade dentro de um determinado espaço” (in “Cidadania: Cambiante de um Conceito e suas Incidências Político-Constitucionais”, in *BFDUC* 82, 2006, pp. 411-413).

⁸² Jürgen HABERMAS. *The Postnational Constellation: Political Essays*. Max Pensky (trad.). Cambridge: Polity, 2001, p. 68.

um duplo refluxo: político e jurídico⁸³. Justifica-se, nesta medida, esboçar as linhas protagonistas deste impacto, a fim de perceber as novas órbitas em que gravita o constitucionalismo.

2.1. Fragmentação

Em primeiro ponto, há de se destacar o processo de *fragmentação* que se desencadeia na sociedade e, conseqüentemente, no plano jurídico. Neste contexto, acolhe-se aqui a leitura realizada por Andreas Fischer-Lescano e Gunther Teubner, que realçam este fenômeno como ressonante da *diferenciação funcional* provocada por uma *globalização policêntrica*.

Confirmando a hipótese avançada por Niklas Luhmann, desta vez nos idos de 1971, no sentido de que o direito global, durante a transição de uma sociedade nacionalmente organizada para uma global, sofreria uma fragmentação radical em linhas setoriais, atestam os referidos autores, já no século presente, que a fragmentação do direito (*legal fragmentation*) está vinculada a um processo de fragmentação multidimensional projetado dentro da própria sociedade global⁸⁴.

Com efeito, sob essa ótica de globalização policêntrica, percebe-se a diferenciação da sociedade em sistemas sociais funcionais que ultrapassam as fronteiras do Estado, desenvolvendo-se no palco global de maneira fechada e, portanto, operacionalmente fragmentada e expansionista, na medida em que, como atuam em sua própria esfera, são livres para intensificar sua lógica sem deferência aos demais sistemas, fazendo uso de um direito global com o escopo de garanti-la. Assim, substituindo o dogma de que um sistema jurídico se desenvolve apenas dentro do Estado-nação, reclama-se compreender o direito global como *process-based*, construído como produto das conexões entre ordens jurídicas heterogêneas (*inter-legality*)⁸⁵.

Nesta linha, se até então o direito seguia a racionalidade do Estado-nação, cada qual com sua jurisdição autonomizada pelo princípio da territorialidade, o estabelecimento de ordens jurídicas *livres* encetado pela difusão de organizações internacionais e regimes

⁸³ J. J. Gomes CANOTILHO. “Mal-estar da constituição e pessimismo pós-moderno”, in *Lusitana: Revista de Ciência e Cultura. Direito*, 1991, n. 1, pp. 55-65.

⁸⁴ Andreas FISCHER-LESCANO, Gunther TEUBNER. “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, in *MJIL* 25, 2004, n. 4, pp. 1000 e 1004.

⁸⁵ *Idem*, pp. 1005-1008.

regulatórios se sobrepõe aos limites geográficos. O resultado, portanto, é a adoção de um princípio de diferenciação setorial, isto é, nas palavras de Fischer-Lescano e Teubner, “the national differentiation of law is now overlain by sectoral fragmentation”, alterando-se o limite do alcance destes regimes: “the differentiation of global law into transnational legal regimes, which define the external areas of their jurisdiction along issue-specific rather than territorial lines, and which claim a global validity for themselves”⁸⁶.

Assim, como resultado à chamada *globalização de problemas*⁸⁷, cujas causas e consequências não se confinam em limites territoriais, tal como ocorre com os hodiernos desafios ambientais, sociais, de segurança, de saúde e, ainda, aqueles impostos pela digitalização⁸⁸, este substrato sociológico que põe em exame a fragmentação vem corroborado pela alta produção normativa especializada no nível internacional, alcançando, somente até 2006, mais de cinquenta mil tratados registrados no sistema da ONU, a ressaltar a preponderância de respostas globais setORIZADAS para assuntos da mesma magnitude⁸⁹.

Distintiva de uma estrutura descentralizada do direito internacional, pois desprovida de um corpo legislativo único, bem como marcada por negociações e execuções setORIZADAS de tratados e convenções⁹⁰, a fragmentação do direito internacional é impulsionada, como já se depreendia da leitura acima perfilhada, pela multiplicação de atores globais paralelos ao Estado, dentre os quais se destacam as organizações internacionais, incluindo as não governamentais, e até mesmo empresas multinacionais⁹¹. A

⁸⁶ *Idem*, pp. 1008-1009.

⁸⁷ Anne PETERS. “The Globalization of State Constitutions”, in *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Janne E. Nijman e André Nollkaemper (eds.). Oxford: OUP, 2007, pp. 252-253.

⁸⁸ Sobre o impacto da digitalização no exercício da jurisdição nacional, ver Tom GINSBURG. “Introduction to Symposium: Rethinking State Jurisdiction in the Internet Era”, in *AJIL Unbound* 109, 2015, pp. 67-68.

⁸⁹ International Law Commission. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. United Nations, Doc. A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, pp. 10-11. Destaca o relatório, neste particular, o que se vê como paradoxo da globalização, isto é, o fato de que, “while it has led to increasing uniformization of social life around the world, it has also led to its increasing fragmentation - that is, to the emergence of specialized and relatively autonomous spheres of social action and structure” (p. 11, §7).

⁹⁰ Para uma contextualização da fragmentação legal no âmbito da Organização Mundial do Comércio e do Acordo Geral de Tarifas e Comércio, ver Ernst-Ulrich PETERSMANN. “20 Years WTO Law and Governance: Some Legal Methodology Problems”, in *MJIEL* 13, 2016, n. 2, pp. 106-127. Na perspectiva genérica da fragmentação, destaca o autor que “[t]he sovereign freedom of the 193 UN member states to choose which international treaties they wish to ratify makes ‘legal fragmentation’ (e.g. the coexistence of thousands of international treaty regimes) a defining feature of modern international law” (p. 112).

⁹¹ Anne PETERS. “Fragmentation and Constitutionalization”, in *The Oxford Handbook of The Theory of International Law*, 1ª ed., Anne Orford, Florian Hoffmann e Martin Clark (orgs.). Oxford: OUP, 2016, p. 1012-1014.

existência de múltiplos regimes jurídicos especializados, portanto, não poderia deixar de refletir na concepção tradicional do *locus* da autoridade⁹².

2.2. A dispersão da autoridade

Partindo destes aspectos simultaneamente conformadores e resultantes da fragmentação, é possível melhor assimilar, então, o outrora referido declínio da estadualidade.

Com efeito, a ordem vestefaliana, como visto, exprimia ao elemento territorial papel central⁹³, mormente na distinção entre direito internacional e direito nacional, de modo que a territorialidade exsurgia como princípio distintivo para a detecção da autoridade normativa, na medida em que uma tal competência se legitimava em função do espaço geográfico na qual se exercia e para a qual se direcionava⁹⁴. Não obstante, como nota Udo Di Fabio, “geht das große und kurze Zeitalter der territorial geschlossenen Verfassungsstaaten zu Ende”⁹⁵.

Isto porque, ao impulsionar uma densa transferência de poderes públicos para fora do aparato estatal, a globalização enceta um processo de *desnacionalização*, visível em duas frentes concomitantemente operantes: interna e externa. No campo interno, reflete a inserção progressiva de atores privados no processo político decisório⁹⁶, acompanhada da proeminência e paulatina restituição da autonomia a grupos e indivíduos (*deslegalização*)⁹⁷. No plano externo, às organizações internacionais confere-se o desempenho de poder público paralelo ao Estado, com a instauração de regimes jurídicos próprios *da e na* arena global,

⁹² Não é demais enfatizar, como o faz Malcolm SHAW, que “[the] interdependence and the close-knit character of contemporary international commercial and political society ensures that virtually any action of a state could well have profound repercussions upon the system as a whole and the decisions under consideration by other states”, verificando-se, assim, “an increasing interpenetration of international law and domestic law across a number of fields, such as human rights, environmental and international investment law, where at the least the same topic is subject to regulation at both the domestic and the international level...” (*in International Law*. 8ª ed. Cambridge: CUP, 2017, p. 96).

⁹³ Jürgen HABERMAS. *Op. cit.*, p. 63. Nesta esteira, o autor realça que “compulsory law require that the social delimitation of the political community has to be combined with the territorial delimitation of the geographical area that will be under the control of a state”. Cfr. ainda Ulrich K. PREUSS. *Op. cit.*, pp. 26-30.

⁹⁴ Catherine BRÖLMANN. “Deterritorialization in International Law: Moving Away from the Divide Between National and International Law”, *in New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Janne E. Nijman e André Nollkaemper (eds.). Oxford: OUP, 2007, pp. 85-86.

⁹⁵ Udo Di FABIO. *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*. Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik 166. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 50.

⁹⁶ Dieter GRIMM. *Constitutionalism...* *Op. cit.*, pp. 323-325.

⁹⁷ J. J. Gomes CANOTILHO. “Mal-estar da constituição...” *Op. cit.*, p. 61.

que são assimilados pelos direitos nacionais, resultando em ordens jurídicas não completamente identificáveis a partir dos processos constitucionalmente definidos⁹⁸.

Essa disrupção da vinculação *exclusiva* de uma autoridade normativa com um território específico leva Catherine Brölmann a vislumbrar o que denomina de *desterritorialização*, fenômeno que refletiria a mudança de paradigma na fundamentação da legitimação da autoridade normativa, que, em vez de escorada numa limitação territorial, passaria a respaldar-se, mormente em razão do acentuado desenvolvimento dos regimes internacionais, em um critério de *funcionalidade*, o que, como se vê, é consequência da fragmentação⁹⁹.

Expressar-se-ia neste contexto polivalente, vale dizer, o que António Manuel Hespanha refere como *direito pós-estadualista*, que substitui a noção do Estado como cerne de origem e legitimação última do direito por uma de *irradiação dos centros de poder normativo*, a reconhecer um tal direito como “plural nas suas fontes de criação ou revelação, complexo na sua lógica interna”¹⁰⁰.

Não há intenção de imiscuir-se aqui na centenária discussão doutrinária que contrapõe monismo e dualismo¹⁰¹, mas, diante destes elementos já reunidos, apenas de registrar o que Janne Nijman e André Nollkaemper sintetizam como *dispersão da autoridade*¹⁰², que ao fim e ao cabo torna a fronteira entre o nacional e o internacional cada

⁹⁸ Neste sentido, sobre a *desnacionalização* da própria legislação, afirma von Bogdandy que “[n]ational law, once considered the expression of the will of a people, accordingly implements ever more international rules resulting from an international process that is necessarily different from processes under domestic constitutions. National law is hereby de-nationalized. Summing up, national politics are now found to be bound by a multiplicity of legal and factual constraints originating from outside the nation-state” (in Armin VON BOGDANDY. *Op. cit.* p. 889).

⁹⁹ Catherine BRÖLMANN. *Op. cit.*, pp. 86-92.

¹⁰⁰ António Manuel HESPANHA. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático. Prospetivas do Direito no Século XXI*. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 23-31.

¹⁰¹ Para uma síntese sobre a dicotomia monismo-dualismo, ver Malcolm N. SHAW. *Op. cit.*, pp. 104-137; e Jónatas Eduardo Mendes MACHADO. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2019, pp. 145-152. Em especial, no tocante ao *blurring* da fronteira, destaca-se a observação deste autor no sentido de que “a tendência actual, reforçada pelo processo de globalização, no sentido de o direito internacional regular os mais variados aspectos daquilo a que tradicionalmente se chamava *domestic affairs*, confere um alento reforçado às teorias monistas, enfatizando a necessidade de se aprofundar a coerência normativa do direito internacional e do direito interno” (p. 151).

¹⁰² Conceitualizando uma tal dispersão, os autores explicitam que “[l]egal authority has shifted away from the State in both vertical and horizontal directions. Many States respond to internationalization and globalization by the ‘pooling or sharing of sovereign functions’. They allow international bodies to oversee and sometimes even implement and enforce domestic legislation. At the same time, authority has moved away from the state in horizontal directions. In such diverse areas as economic transactions, individual rights, and individual crimes, private persons are more and more drawn into an internationalized order, no longer shielded by, and invisible within, the State” (in Janne NIJMAN, André NOLLKAEMPER. “Beyond the Divide”, in *New*

vez mais embaçada¹⁰³. Não há dúvidas, contudo, de que já não se está mais diante da tradicional ordem vestefaliana, uma vez que, como acentua Jan Klabbers, “where it was undisputed, in yesterday’s world order, that legitimate authority rested with states and states alone, authority now springs from a variety of sources and institutions”¹⁰⁴.

Diante do que se sustentou acima, obtém-se com facilidade o papel proeminente exercido pelas organizações internacionais, cuja dimensão em que se inserem possibilita uma solução mais ágil de problemas que demandam ações transfronteiriças, instaurando regimes jurídicos que não só acabam por desaguar nos ordenamentos nacionais¹⁰⁵, mas que, apropriando-se de competências estatais, por vezes assumem “a capacidade para emitir decisões vinculativas, diretamente aplicáveis aos Estados-membros e respectivos cidadãos”, e também “a possibilidade de recurso a mecanismos sancionatórios capazes de compelir os Estados-membros a obedecer às respectivas determinações, mesmo quando adoptadas contra a vontade de alguns deles”¹⁰⁶.

É o caso, por exemplo, de invocar o paradigmático modelo da União Europeia, com seu reconhecido primado do direito comunitário¹⁰⁷. Neste sentido, evitando alongamentos na questão, é suficiente a referência ao julgamento do caso *Costa v. E.N.E.L.* pelo então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, quando consolidou-se o entendimento de

Perspectives on the Divide Between National and International Law, Janne E. Nijman e André Nollkaemper (eds.). Oxford: OUP, 2007, p. 348).

¹⁰³ Para uma análise empírica no que toca às reivindicações de superioridade entre direito internacional e direito nacional, ver Anne PETERS. “The Globalization... *Op. cit.*, pp. 258-270.

¹⁰⁴ Jan KLABBERS. “Setting the Scene”, in *The Constitutionalization of International Law*, Jan Klabbers, Anne Peters e Geir Ulfstein. Oxford: OUP, 2009, pp. 11-12.

¹⁰⁵ Veja-se, neste sentido, o exercício de um “verdadeiro *poder regulamentar externo*” das organizações internacionais, materializados em “actos normativos unilaterais de regulamentação internacional”, que, “ultrapassando o quadro interno da instituição, irradiam os seus efeitos para o exterior, condicionando juridicamente a conduta de outros sujeitos de Direito Internacional – em particular os Estados-membros da organização” (in Francisco Ferreira de ALMEIDA. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 287). Além da capacidade normativa expressamente decorrente dos tratados constitutivos, não se pode esquecer do reconhecimento de que gozam tais organizações internacionais, ainda que de modo limitado, de poderes implícitos, entendidos como aqueles que, não expressamente consignados, revelam-se imprescindíveis para o desempenho de suas atividades e fins (sobre o tema, cfr. Geir ULFSTEIN. “Institutions and Competences”, in *The Constitutionalization of International Law*, Jan Klabbers, Anne Peters e Geir Ulfstein. Oxford: OUP, 2009, p. 74).

¹⁰⁶ Francisco Lucas PIRES. *Introdução ao direito constitucional europeu (seu sentido, problemas e limites)*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 12.

¹⁰⁷ Ressalva-se desde logo que, ao longo do trabalho, por simplificação metodológica, as expressões direito europeu, direito comunitário e direito da UE serão empregadas como sinónimos equivalentes ao direito europeu em sentido estrito, no qual se inclui “toda a matéria do direito comunitário e do direito da UE”, já que reunidos os três pilares no Tratado de Lisboa. Sobre o assunto, mormente no tocante à carga conceitual própria de cada expressão, cuja distinção pretérita não se desconhece, cfr. Jónatas E. M. MACHADO. *Direito da União Europeia*. 3ª ed. reimp. Coimbra: Gestlegal, 2018, pp. 35-42.

que a União dispõe de uma ordem jurídica própria, a qual se integra àquela vigente nos Estados-membros, cujos poderes decorrem de uma transferência de atribuições destes para aquela. Resulta, assim, como reconheceu a Corte, que a integração das normas de direito comunitário “têm por corolário a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior que não se lhe pode opor”¹⁰⁸, avistando-se aí o seu primado.

Outro forte exemplo advém do Conselho de Segurança das Nações Unidas, já que, em consonância com o art. 25 da Carta, apesar de composto por apenas quinze membros, suas decisões são vinculantes e devem ser executadas por todos os demais. Chama a atenção, ainda, as agências ligadas à ONU, tais como a OMS e a OMC, que, igualmente, em determinadas circunstâncias têm a capacidade de emitir decisões vinculantes¹⁰⁹.

Neste cenário, o impacto sobre o constitucionalismo é flagrante, seja porque, na construção da modernidade que o adjetivou, não só poder público equivalia a poder estatal, cuja regulação compreensiva era reivindicada pela Constituição, a excluir, como já visto, o reconhecimento de atores ou meios extraconstitucionais para o exercício deste poder; seja pelo papel protagonista que desempenhavam as noções de soberania interna e externa, demarcando, pelas fronteiras territoriais do próprio Estado, os limites que permitiam à Constituição atingir uma tal pretensão compreensiva¹¹⁰.

Sopesados os fatores acima, atinge-se, por conseguinte, a conclusão já anunciada por Anne Peters, de que a globalização representa, para a Constituição, “[the] defeat of the claim to totality”, porque não se cogita mais da possibilidade de que ela consiga, de forma efetiva, regular a totalidade do poder público, constatando-se que “the State constitution has therefore been downgraded to a *partial constitution*”¹¹¹.

2.3. (Re)forçando fronteiras?

Se o fim do século XX foi marcado pelas alterações profundas acima delineadas, forçando a reestruturação do Estado-nação vestefaliano em consonância com uma ordem globalizada e, assim, interdependente, a nova década que inicia em 2020 parece caminhar para um revés ao processo até então observado. Ainda que a acelerada direção com que se

¹⁰⁸ TJCE, Caso *Flaminio Costa v. ENEL*, Processo 6/64, 15 de julho de 1964.

¹⁰⁹ Malcolm N. SHAW. *Op. cit.*, p. 984.

¹¹⁰ Ulrich K. PREUSS. *Op. cit.*, pp. 38-39.

¹¹¹ Anne PETERS. “The Globalization... *Op. cit.*, pp. 256-257.

conduz a atualidade torne nebulosa qualquer previsão, mesmo que a curto prazo, é possível, a partir de duas experiências presentes, avistar algumas tendências. Neste contexto, tanto o *Brexit*, isto é, a saída do Reino Unido da União Europeia, quanto a resposta à pandemia COVID-19, que ainda aflige o planeta, aparentam uma inclinação para o reforço da soberania nacional *a la Westphalia*. Estaria o mundo assistindo, então, à (re)estadualização dos elementos dispersados pela globalização?

Como ponto de partida, é conveniente notar, como o faz Udo di Fabio, que o movimento populista ganhou um ímpeto nos Estados-membros da União Europeia que não se via há décadas¹¹², mas que, aqui se adiciona, não é exclusividade do continente europeu, tal como demonstra a ascensão de uns tais governos nos Estados Unidos da América e também no Brasil, atuais e suficientes exemplos ao outro lado do Atlântico.

Com efeito, observando que houve a consolidação (quase) global de um elemento democrático acoplado aos arranjos constitucionais (que não só serve para caracterizá-los, mas, paralelamente, funciona como régua pela qual se pode aferi-los e, então, destacar as suas deficiências), Neil Walker expõe como as forças do transnacionalismo, da fragmentação e da privatização foram responsáveis por erodir as fronteiras (a divisão territorial entre interno e externo e a separação entre as esferas de poder público e privado) que delimitavam o Estado moderno constitucional, precarizando o equilíbrio entre contrastantes racionalidades binárias (individual-coletivo, universal-particular e pluralidade-unidade) e produzindo uma *tensão constitucional*, de forma a abrir espaço para um populismo que se erige como reação, dentro da própria estrutura constitucional, às fraturas da *pureza democrática*¹¹³.

¹¹² Udo Di FABIO. “On the Continent Alone”, in *GLJ 17*, 2016, n. S1, p. 21.

¹¹³ O autor traça um paralelo entre populismo e tensão constitucional, apontando como as referidas forças do transnacionalismo, da fragmentação e da privatização fazem florescer com vigor, neste momento, a semente do populismo, lançada nas profundezas do solo do constitucionalismo. Para tanto, vislumbra na estrutura constitucional uma construção de equilíbrio entre *valores* polarizados: *individual* (“protecting the individual’s pursuit of her conception of the good from excessive collective encroachment”) e *coletivo* (“political society must simultaneously valorize the collective expression of its self-determination – the people acting in concert to make and sustain that political society for their mutual benefit”); *universal* (“the claim to a right to collective self-government is predicated upon notions of the equal worth of individual lives that in principle embrace each and every individual and community of individuals”) e *particular* (“in its community-specific focus, modern constitutional thought announces the distinctiveness of each constitutional entity in its historical origins and trajectory, institutional profile, political culture and community of attachment”); e *pluralidade* (“as self-determining individuals our basic common membership of the polity is embellished and qualified by various other forms of collective identity or association predicated upon shared material interests, ethnicity, language, culture, religion, gender and so on”) e *unidade* (“yet unity – or singularity - is also implicit in the very idea of

Diante desta tensão constitucional, é justamente contra uma suposta negligência aos polos *coletivo, particular e unitário* destes conjuntos binários que se insurge a construção populista, levantando, assim, um discurso nacionalista (*Take back control!*), que invoca as peculiaridades nacionais como pauta fechada, apelativa às características específicas de uma população *autêntica* definida em face daquilo que é *alienígena*: “not only elites and self-identifying internal minorities who disturb the sense of a unified whole”, mas também, e aqui se vê um forte *backlash* aos impactos da globalização, “migrants and foreign influences more generally, not least those taking institutional form as international organisations mandated to ‘interfere’ in national affairs”¹¹⁴.

Paralelamente, reveste-se de igual relevância a observação de Matej Avbelj, que, com referência à teoria de Charles Murray, destaca como consequência da globalização a emergência de dois grupos distintos: um *cosmopolita*, integrado pelos indivíduos capazes de colher os benefícios da mundialização, e um *paroquial*, composto por pessoas com educação mediana ou abaixo da média, renda notoriamente inferior e experiência limitada à realidade local em que se inserem. O resultado, contudo, é que os membros deste grupo *paroquial*, que correspondem à maioria da população, experimentaram os efeitos da globalização como uma transformação do seu mundo para pior¹¹⁵, inflamados, como “maioria cultural”, pelo atrito ao senso de identidade coletiva nacional oriundo dos crescentes fluxos migratórios¹¹⁶, no processo de “coexistence of different ethnic communities, language groups, religious faiths, etc. under equal rights”¹¹⁷, caracterizado por Jürgen Habermas como *precário e doloroso*.

a constitutional order. The thing ‘constituted’ becomes ‘joined up’ in the very process of its constitution”). Assim, considerando “the underlying shift from a fate-centred to a choice-centred social imaginary, the proto-democratic impulse in the original modernist endorsement of constitutionalism as an act of collective self-authorship has matured into a more general attachment to democratic method in matters of governance”, abrindo espaço para o populismo na medida em que este promove “a severe reaction against all supposed compromises of democratic purity and distortions of the voice of ‘We, the People’”, fortalecendo-se pela construção de uma narrativa segundo a qual as referidas forças responsáveis pela erosão das fronteiras do constitucionalismo “are deemed to operate cumulatively and, under the supposed sign of the liberal establishment, even in *combination* against the unitary collective particular” (in Neil WALKER. “Populism and constitutional tension”, in *IJCL* 17, 2019, n. 2, pp. 528-534).

¹¹⁴ *Idem*, p. 523.

¹¹⁵ Matej AVBELJ. “Brexit: An End to the End of History”, in *GLJ* 17, 2016, n. S1, p. 2.

¹¹⁶ Discutindo a cidadania em uma comunidade cosmopolita e plural com especial atenção aos contrastes provocados pelas imigrações, cfr. Paula VEIGA. “Entre *Véus* e *Minaretes*: Um (Possível) *Diálogo Multicultural*”, in *Bol. C.E.* 57, 2014, n. 3, pp. 3363-3388.

¹¹⁷ Jürgen HABERMAS. *Op. cit.*, p. 74. Um tal conflito se percebe na asserção de que “the majority culture, supposing itself to be identical with the national culture as such, has to free itself from its historical

Tem-se, pois, que estas vozes de um grupo que se vê encurralado e sem os proveitos de uma vida cosmopolita encontram eco nos movimentos populistas, culminando na retórica nacionalista que se tem observado e que pretende – enfatizando os elementos unitário, coletivo e particular dos conjuntos binários – reforçar as corroídas fronteiras do arcabouço constitucional moderno. É isso, em síntese, que simboliza o Brexit¹¹⁸.

Não obstante, como se adiantou, percebe-se que uma tal tendência não encontraria bases sólidas para se fincar. Isto porque as transformações narradas no tópico anterior são estruturalmente inconciliáveis com um “recuo” integral, já que a interdependência, principalmente econômica, insuperável num futuro previsível, torna inócua qualquer pretensão de isolamento nacionalista. Nota-se, neste sentido, que, ao reclamar o controle *de volta*, o Reino Unido acaba por perdê-lo significativamente, porquanto estará sujeito, para um acesso indispensável ao mercado da União, por exemplo, a uma regulação para cuja formação não terá voz como antes tinha¹¹⁹. Daí a tragicidade anunciada, digna da analogia shakespeariana feita por Matthias Goldmann, de que, ironicamente, “the historical Macbeth ultimately exposed Scotland to English domination lasting until today. While Johnson and his followers might reverse that, England is now not at all less likely to be dominated by Europe than before”¹²⁰.

Ainda que não se possa antever a força com que se prosseguirá a lógica integracionista, parece, portanto, que a retórica de reforço das fronteiras não terá o condão de subverter a racionalidade instaurada pela globalização, simplesmente porque “there are issues on which states are almost bound to follow the demands from other states – not by

identification with a *general* political culture, if all citizens are to be able to identify on equal terms with the political culture of their own country”.

¹¹⁸ Neste ponto, uma contundente e similar leitura é feita por Ralf MICHAELS, ao sustentar que “Leavers want laws to be national. At its heart, Brexit represented a fundamentally legal concern: rules for Great Britain should be made by Great Britain and its institutions. This links lawmaking and sovereignty with the idealized sovereign state of 19th century international law: a British population without foreigners, a firmly controlled territory controlled by closed borders, and a sovereign British government that need not share authority with Brussels. And, remarkably, they also emphasize the fourth element named as a requirement for a state in international law: the ability to enter into relations with other states on its own terms. In other words, what the Leave-voters wanted was sovereignty, both in its internal and its external aspects: a Westphalian model of the world, in which states are internally sovereign, and in which international relations are exclusively dealt with as matters between states” (*in* “Does Brexit Spell the Death of Transnational Law?”, *in GLJ 17*, 2016, n. S1, p. 53).

¹¹⁹ Cfr. Hans Michael HEINIG. “Is Europe in a Crisis of Faith?”, *in GLJ 17*, 2016, n. S1, p. 32; Ralf MICHAELS. *Op. cit.*, p. 57; e Matej AVBELJ. *Op. cit.*, p. 4.

¹²⁰ Matthias GOLDMANN. “Confusion Now Hath Made His Masterpiece: Brexit and the Bard”, *in GLJ 17*, 2016, n. S1, p. 27.

law, but by necessity”¹²¹, fazendo com que a narrativa populista de reclamar uma soberania vestefaliana se encubra de uma capa meramente formal – e, pelo que se infere, não duradoura. Afinal, como arremata Ingolf Pernice, “Brexit finally means a loss of sovereignty”¹²².

Outra experiência que não se pode ignorar vem da resposta adotada pelos Estados no combate à pandemia do COVID-19, que coloca luz na atuação da Organização Mundial da Saúde (OMS) como autoridade internacional e reacende o debate sobre a relevância e alcance atuais desta autoridade no horizonte evolutivo das mudanças já comentadas. Sem prejuízo das múltiplas exibições de reafirmação da soberania nacional, fortemente simbolizada no *fechamento* de fronteiras¹²³, não parece ser o caso de disso extrair uma conclusão apontando para uma reordenação vestefaliana.

O exemplo da OMS bem ilustra o aludido fenômeno de dispersão da autoridade, porquanto, além de sua competência regulatória, exercida principalmente por meio da Assembleia Mundial da Saúde, como advém dos arts. 21 a 23 da *Constituição* da OMS, tem ela papel relevante no enfrentamento das crises de saúde, numa execução típica de governança global: “it can frame, coordinate, recommend and even constrain state action. These are its ways of exercising authority in health-related matters”¹²⁴.

¹²¹ Ralf MICHAELS. *Op. cit.*, p. 55.

¹²² Ingolf PERNICE. “European Constitutionalism and the National Constitutions of the Member States, Implications for Brexit”, in *BFDUC* 93, 2017, n. 1, p. 240.

¹²³ Ugo PAGALLO. *Sovereigns, Viruses, and the Law: The Normative Challenges of Pandemic in Today’s Information Societies*. Maio, 2020, p. 5. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3600038>. Todos os endereços eletrônicos mencionados ao longo do trabalho foram acessados por último em 20.10.2020. Em uma síntese dessa demonstração, descreve o autor que, “since January 2020, national governments, i.e. the executive powers of national states, have declared and enforced emergency measures, including orders and decrees for severe restrictions of rights (e.g. privacy), and liberties (e.g. association and economic freedoms). As a corollary of the sovereignty principle, each state has made decisions in accordance with its own specific laws. Emergency and martial laws apply both inwards (e.g. national lockdowns), and outwards (e.g. borders control)”.

¹²⁴ Armin VON BOGDANDY; Pedro VILLARREAL. “Critical Features of International Authority in Pandemic Response: The WHO in the COVID-19 Crisis, Human Rights and the Changing World Order”, in *MPIL Research Paper n. 2020-18*, p. 6. Note-se, ainda, que os autores destacam serem verificáveis três traços distintivos da governança global na atuação da OMS: “First, the leading states recognize the importance of international institutions as crucial for key domestic policy fields; they are not only *fora* for the states, but also actors on their own. Second, global governance by international institutions often comes through non-binding (soft) instruments, such as declarations and recommendations, which escape the grasp of established legal concepts. Third, as is obvious from the use of the term “global” rather than “international,” the concept global governance emphasizes the multi-level character of governance activities: it tends to overcome the division between international, supranational and national phenomena, often involving hybrid or private actors.” (p. 05). E, prosseguem os autores, a relevância de sua atuação concreta advém dos efeitos das suas avaliações no que se considera *governance by information*, isto é, “qualifying a health situation generates a specific way to

Com efeito, Armin von Bogdandy e Pedro Villarreal, a par de destacarem a relevância de uma tal atuação para uma reação adequada no cenário global, apontam como a OMS, mormente pela expertise de suas recomendações, acaba por emprestar legitimidade epistêmica a medidas nacionalmente adotadas que resultam em restrições diante de um exercício de balanceamento de direitos. Isto porque, num esquema de *governance by information*, dados epidemiológicos de abrangência transnacional, para além das particularidades de cada ordenamento jurídico, são vitais para a justificação, por exemplo, do período e da restrição da liberdade de locomoção, levando os citados autores à conclusão de que o enfraquecimento da autoridade da OMS representa até mesmo, em última instância, um perigo a direitos fundamentais¹²⁵.

Não bastasse, se o resultado da campanha *Take back control!* foi, como visto, menos controle, a tentativa de enfraquecimento da OMS ora patrocinada pelo governo Trump, que a acusa de complacência com o regime chinês¹²⁶, pode implicar, como advertem von Bogdandy e Villarreal, em uma maior ingerência chinesa, fortalecendo o que se denomina de *authoritarian international law*¹²⁷.

Em outras palavras, se a crise do coronavírus iluminou o exercício de “poderes soberanos” pelos diferentes Estados, reforçou, ao mesmo tempo, “the inefficacy of national state powers when dealing with the scale of problems that are complex, transnational, and data-driven”¹²⁸, dando já indícios, como fez o resultado paradoxal do Brexit, de que posturas soberanistas podem, na configuração sócio-político-econômica atual, trazer resultados

understand the world, which can be very consequential. It represents governance by information, as states recognize the WHO’s assessments as authoritative” (p. 10).

¹²⁵ *Idem*, p. 20-22.

¹²⁶ “Coronavirus: Trump terminates US relationship with WHO”. Disponível em <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-52857413>.

¹²⁷ Armin VON BOGDANDY; Pedro VILLARREAL. *Op. cit.*, p. 25. No entanto, apesar deste mencionado efeito adverso consistente na possível facilitação de um regime de *authoritarian international law*, os próprios autores refutam, com base nas informações existentes até então, principalmente sobre o financiamento da OMS, a alegação do governo Trump, apontando, na realidade, o fortalecimento de atores privados neste tocante: “Conversely, even with recent donations, in the current juncture China is not even close to being the top contributor to the WHO. In fact, the second biggest contributor is not even a state, rather a U.S.-based NGO: The Bill and Melinda Gates Foundation. Therefore, the “follow the money” logic does not support the claim of the WHO’s alleged favoritism towards China in the COVID-19 pandemic. To the contrary, it rather confirms the still-existing U.S. dominance over the WHO, a dominance which it enjoys over most multilateral institutions. Moreover, in light of U.S. President Trump’s announcement of halting funding to the WHO, the Bill and Melinda Gates Foundation responded by increasing its own contributions. Consequently, scaling back financial contributions will only strengthen this trend towards a stronger presence of private actors, but so far not of China”.

¹²⁸ Ugo PAGALLO. *Op. cit.*, p. 10.

práticos diametralmente opostos àqueles aventados pelas retóricas respectivas. Ao revés, as transformações impostas ao Estado-nação parecem duradouras e inescapáveis, como há tempos já afirmou Habermas ao fincar que “the nation-state is not going to regain its old strenght by retreating into its shell”¹²⁹, como aponta agora não só a proposta franco-alemã para recuperação europeia dos efeitos do coronavírus¹³⁰, mas a própria declaração da chanceler deste país, Angela Merkel, ao ressaltar que “der Nationalstaat alleine hat keine Zukunft”¹³¹.

3. Novas órbitas discursivas

O resultado de múltiplas mutações e sucessivos desafios é, como proclama J. J. Gomes Canotilho, que o direito constitucional, convertendo-se em *disciplina dirigida*, passa a ser um *direito de restos*: “direito do resto do Estado”, “direito do resto do nacionalismo jurídico”, “direito dos restos da autoregulação” e “direito dos restos das regionalizações”¹³². Assim, de acordo com o enfoque que se atribui a determinado resíduo, percebe-se uma força magnética tendente a atrair o discurso constitucional a novas rotações, cabendo agora, portanto, analisar algumas de suas manifestações.

3.1. Pluralismo constitucional

Das diversas leituras que se fazem a partir da perspectiva de um *pluralismo constitucional*, uma base elementar remonta à construção teórica de Neil Walker¹³³. Para tanto, o autor descreve o que denomina de críticas ao constitucionalismo moderno¹³⁴, as

¹²⁹ Jürgen HABERMAS. *Op. cit.*, p. 81.

¹³⁰ “A French-German Initiative for the European Recovery from the Coronavirus Crisis”, disponível em <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/973812/1753772/414a4b5a1ca91d4f7146eeb2b39ee72b/2020-05-18-deutsch-franzoesischer-erklaerung-eng-data.pdf?download=1>.

¹³¹ “Pressekonferenz von Bundeskanzlerin Merkel und dem französischen Präsidenten Emmanuel Macron”, 18 de maio de 2020, disponível em <https://www.bundeskanzlerin.de/bkin-de/aktuelles/pressekonferenz-von-bundeskanzlerin-merkel-und-dem-franzoesischen-praesidenten-emmanuel-macron-1753844>.

¹³² J. J. Gomes CANOTILHO. “Brançosos” e *interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 183-185.

¹³³ Neil WALKER. “The Idea of Constitutional Pluralism”, in *Modern Law Review* 65, 2002, n. 3, pp. 317–359.

¹³⁴ A primeira linha crítica confronta justamente a *centralidade estatal*, demonstrando que a desnacionalização torna perceptíveis formas de poder e organização social que não se refletem no modelo estadual no qual o constitucionalismo foi construído, dando origem a um *internacionalismo defensivo* (abordagem que propugna uma contínua integridade da soberania estatal, permanentemente submersa no paradigma tradicional do direito internacional), a *problemas de tradução de conceitos* (uma vez que a linguagem constitucional se desenvolveu, por séculos, afeta ao contexto estatal) e a um *preconceito institucionalista* (já que o pensamento constitucional é informado pela posição central ocupada pelas instituições públicas na vida política e econômica). Como segundo ponto, Walker refere à existência de um *fetichismo constitucional*, por meio do qual se traduz a limitação do discurso constitucional em assimilar a natureza das relações sociais e econômicas e articulá-la com as escolhas políticas. A terceira crítica decorre de um *preconceito normativo*, que identifica uma propensa

quais, em última instância, promovem uma sistematização dogmática das transformações já aventadas, reunidas em quatro contrapontos que, convergindo e mutuamente se sobrepondo, orientam-se a partir da já explorada noção de dispersão da autoridade.

Com tais críticas em mente, a fim de suplantá-las, Walker descreve, então, seis critérios gerais e cumulativos, pareados em três domínios (espacial, temporal e normativo), aos que deve afluir um conceito *revisado* de constitucionalismo. Os critérios espaciais demandam vislumbrar e reconhecer o desenvolvimento do discurso constitucional seja no seio do *Estado*, mesmo após todas as transformações caracterizadoras de uma ordem pós-vestefaliana, seja em *níveis e processos não-estatais*. Os critérios temporais se apresentam como uma espécie de ponto de ductilidade do constitucionalismo, a reclamar uma *continuidade histórica*, no sentido de se estabelecer uma conexão causal entre as suas origens e as suas sucessivas transformações na perspectiva externa, e uma *continuidade discursiva*, que impõe entendê-lo como um discurso cujas ideias nucleares, a despeito das mutações, vão se conectando na perspectiva interna, a relacionar-se independentemente do tempo e lugar. Por fim, os critérios normativos pressupõem a existência de uma *coerência normativa inclusiva*, que, fazendo frente às críticas de preconceito normativo e exploração ideológica, define o constitucionalismo de forma aberta, conformado por *standards* mínimos, de modo a evitar que se asfixiem novas aspirações discursivas, e de uma *coerência externa*, isto é, capaz de dialogar com outros discursos regulatórios ou políticos¹³⁵.

Como produto da conjugação destes critérios, Neil Walker propõe uma singular concepção de pluralismo, que, contrapondo-se à noção de monismo constitucional (“the idea that the sole centres or units of constitutional authorities are states”), admite uma estrutura multidimensional no que se refere aos polos de autoridade (*explanatory claim*), acolhe as implicações disto decorrentes através do reconhecimento e respeito mútuo entre estas

homogeneização retórica sob a luz de interesses dominantes, revelando uma acomodação deficitária no arranjo constitucional das reivindicações crescentes de grupos com *identidades* distintas, em desatenção a uma *política de diferenças*. Em quarto lugar, trata-se da *exploração ideológica*, que espelha o antagonismo vivenciado por novos discursos, em geral travados fora do *locus* tradicional do Estado, que, ao reclamarem para si a autoridade da simbologia constitucional, encontram resistência em argumentos com força política, ideologicamente manipulados para negar ou dificultar aspirações de *status* constitucional, como se diante de uma questão de *propriedade* da imagem (*idem*, pp. 319-333).

¹³⁵ *Idem*, pp. 334-336.

autoridades (*normative claim*) e identifica e compreende estas estruturas constitucionais como unidades distintas (*epistemic claim*)¹³⁶.

Para tanto, torna-se imprescindível uma inflexão paralela bidimensional: conceitual e estrutural. De uma *conceitual*, verte a necessidade de, sem descurar da continuidade histórica e discursiva, produzir uma releitura inclusiva do constitucionalismo de modo a conectá-lo com a realidade pós-estatal. Isto porque, se a ideia de *polity* não se encerra no moderno Estado-nação, “we must recognize constitutional law, or some functionally equivalent discourse, as necessary to and constitutive of the legal normative order of contemporary non-state and post-state polities just as it is necessary to and constitutive of the legal normative orders of state polities”¹³⁷. Este reconhecimento, para preencher os requisitos de coerência, perpassa pela análise da presença, no discurso que se almeja constitucional, de algumas características distintivas, as quais, juntas, formam o que Walker nomeia de *índices do constitucionalismo*, divididos em três categorias (generativa, de governança e societal), cuja análise conjugada permite aferir a *trajetória e intensidade do processo de constitucionalização* de determinada *entidade*¹³⁸.

Sob a classe generativa, destaca-se a necessidade de uma *autoconsciência discursiva*, na medida em que o processo de constitucionalização, apesar do aparente pleonasma, depende do desenvolvimento consciente de um discurso constitucional. E, para isto, como Walker enxerga o direito constitucional e a política como mutuamente constitutivos, ressalta a capacidade de afirmação do *status* constitucional exercida por um discurso de conceptualização e imaginação, sem olvidar, pela imposição de continuidade normativa, da série de valores nucleares que uma invocação constitucional carrega (tais como separação de poderes, *rule of law* e direitos fundamentais). Ainda nessa categoria, coloca-se a noção de *autoridade* (também referida por “soberania”), que, na ordem pós-vestefaliana, sustenta ser concebível em termos de “autonomia sem exclusividade”, uma vez que a diferenciação funcional imposta pela fragmentação desmantela a reivindicação estatal de jurisdição exclusiva exercida compreensivamente sobre um território¹³⁹.

¹³⁶ *Idem*, pp. 337-339.

¹³⁷ *Idem*, p. 341.

¹³⁸ *Idem*, pp. 342-343.

¹³⁹ *Idem*, pp. 343-347.

Sob a segunda categoria, importa primeiro formatar um âmbito de *jurisdição*, compreendendo as esferas de competência atribuídas à *entidade* com pretensão constitucional, que devem ser suficientes para, dentro da limitação funcional que se lhe impõe, estabelecer um nível próprio de governança. Em seguida, sobressai a *autonomia interpretativa*, consistente na retenção da palavra final sobre o significado do conjunto normativo que constitui essa *entidade*. Neste tocante, Walker adverte que um âmbito de jurisdição funcionalmente limitado implica na transposição desta mesma limitação àqueles a quem se confere a autonomia interpretativa, de modo que um tal poder interpretativo não pode exceder as balizas setorialmente demarcadas pelo texto constitutivo da entidade em questão. Ademais, neutralizada a aparente antinomia entre autoridade e ausência de exclusividade, não se vislumbra inconsistência na atribuição de autonomia interpretativa a domínios com jurisdição que se sobrepõem¹⁴⁰.

A seu turno, a categoria societal implica, por um lado, averiguar um senso de identificação entre a entidade e os componentes da ordem por ela estabelecida, isto é, uma noção de *cidadania*, captada não só como *status* de pertencimento, mas através de um processo integrativo por meio do qual se evidencia uma conexão de e para com a entidade, capaz de agregar valor às identidades política e social do seu *membro*. Por outro lado, enquanto esta ideia de cidadania se aplica em geral a entidades politicamente mais maduras, o último dos índices da constitucionalização, a *voz*, é um elemento central na verificação da legitimidade destes processos, significando a existência de mecanismos democráticos pelos quais se considerem os interesses dos membros e se lhes possibilite um papel ativo na sua estrutura¹⁴¹.

Já na dimensão estrutural, chama a atenção a relação estabelecida entre os diferentes processos de constitucionalização: entre Estados, entre entidades pós-estatais e entre todos mutuamente. Isto porque a configuração plural pós-vestefaliana sufoca pretensões de compreensividade, de modo que não mais se vislumbram unidades constitucionalmente isoladas. Pelo contrário, a sobreposição de jurisdições deixa de ser exceção para tornar-se regra e, em meio a este encontro tangencial de distintos círculos constitucionais, Walker aponta a emergência de discursos *metaconstitucionais*, dado que secundários não só por serem derivados do discurso constitucional estatal, mas por engendrarem o próprio processo

¹⁴⁰ *Idem*, pp. 347-350.

¹⁴¹ *Idem*, pp. 350-353.

de legitimidade destas normas constitucionais de linhagem pós-estatal¹⁴². Como corolário, nas palavras do autor, “the ‘agonistic’ process of negotiation between and within different constitutional authorities is rich with possibilities of mutual learning both through regulatory competition and emulation in contexts of strategic rivalry and through open dialogue and cross-experimentation in more consensual contexts”¹⁴³.

3.2. Constitucionalismo multinível e Interconstitucionalidade

Os pressupostos do pluralismo constitucional acima descritos bem transparecem a conjuntura repara-digmatizante do constitucionalismo, irradiando seus elementos a diversas das leituras avançadas sob esta nova realidade. Entretanto, o fenômeno da União Europeia chama especial atenção, tornando oportuna a breve análise de duas proposições teóricas erigidas justamente com atenção às particularidades que dele emanam.

Com efeito, subscrevendo uma visão que entrelaça constitucionalismo e integração política, a partir de valores e princípios orientados para garantir dignidade à vida humana, Ingolf Pernice aponta que as atrocidades observadas no holocausto e na Segunda Guerra Mundial evidenciaram a insuficiência da figura estatal para garantir adequadamente os direitos fundamentais dos indivíduos, impulsionando o estabelecimento de autoridades supranacionais, como é o caso da referência europeia, que conduz a uma necessária compreensão *pós-nacional* do constitucionalismo: não circunscrita ao Estado, mas içada a termos mais gerais de organização política¹⁴⁴.

Neste horizonte, então, ganha papel central o *conceito pós-nacional de Constituição* proposto por Pernice, que inclui todos os instrumentos, sejam eles nacionais, subnacionais ou supranacionais, pelos quais um povo estabelece e organiza instituições investidas de autoridade pública, cuja marca distintiva em relação às demais leis é esta fundação originária da relação jurídica entre as instituições criadas e os indivíduos que, simultaneamente, são seus autores e destinatários¹⁴⁵.

¹⁴² *Idem*, pp. 355-357.

¹⁴³ *Idem*, p. 359.

¹⁴⁴ Ingolf PERNICE. “European Constitutionalism... *Op. cit.*, pp. 212-214.

¹⁴⁵ Ingolf PERNICE. “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action”, in *Columbia Journal of European Law* 15, 2009, n. 3, p. 365. Pernice difere, ainda, o seu conceito pós-nacional do conceito moderno em duas medidas. Em primeiro lugar, destaca não carregar uma pretensão de exclusividade, isto é, a constituição não regula de modo compreensivo todos os poderes de autoridade pública exercidos em um determinado território. Em segundo lugar, aponta a desnecessidade de um Estado pré-existente. Deste modo, “the term constitution reflects the formal consent of individuals desiring to organize themselves into a polity

Isto implica, por consequência, no reconhecimento de que a União Europeia detém sua própria Constituição, cujo conteúdo Pernice localiza não só no seu direito primário, seus tratados constitutivos, mas também nos precedentes do seu Tribunal de Justiça¹⁴⁶. Assim, aflora da existência sincrônica de uma Constituição europeia e de Constituições nacionais, cuja relação e interação, sob a perspectiva dos indivíduos, demanda uma sistematização teórica, o conceito de *constitucionalismo multinível (Verfassungsverbund)*, segundo o qual se admite “the European constitutional process as encompassing both national constitutions and European primary law – in spite of the formal distinction – as two interdependent, interwoven, and reciprocally influential parts of one unit”¹⁴⁷.

Um tal conceito é composto, além do já referido entendimento pós-nacional de Constituição, de outros quatro elementos. Dentre eles, a noção de que o processo constituinte europeu é conduzido, em última instância, por seus *cidadãos*, no sentido de que a adoção dos tratados constitutivos, ao ser levada a cabo pelos respectivos governos dos Estados-membros em consonância com as previsões constitucionais nacionais específicas, entre as que se destacam as cláusulas de integração, encontra nos indivíduos sua fonte de legitimação, derivando deles esta nova camada supranacional de autoridade. Em segundo lugar, sobressai a *interdependência* entre a Constituição da UE e as nacionais, uma vez que o desempenho da *autoridade europeia* tanto depende do, como complementa o funcionamento das instituições nacionais, de modo que, como destaca Pernice, a revisão dos tratados europeus “entails an implicit or explicit modification of the national constitutions, it may ‘destitute’ and modify powers at the national level and constitute others, new powers at the European level”¹⁴⁸.

Toma-se, ainda, a ideia de *multiplicidade identitária dos cidadãos da União*, que, ao constituírem-na, não suprimiram sua identidade política nacional, mas a ela adicionaram uma nova, da que procedem direitos e obrigações comuns. Deste conjunto de elementos resulta o quinto, que é contemplação da UE como *união de cidadãos europeus*, de acordo com a qual a alocação de poderes entre os diferentes níveis (local, nacional, supranacional)

with determined institutions, powers, and procedures for determined action and with determined rights and duties, who so define themselves as the citizens of a polity which may be a state but may also be a supranational entity, or even one of global reach” (p. 366).

¹⁴⁶ Ingolf PERNICE. “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, in *WHI – Paper 5/02*, 2002, p. 4.

¹⁴⁷ Ingolf PERNICE. “The Treaty... *Op. cit.*, pp. 372-374.

¹⁴⁸ Ingolf PERNICE. “Multilevel... *Op. cit.*, p. 5.

serve aos interesses dos indivíduos, representando a UE, embora uma união de Estados, primeira e justamente, uma união de indivíduos¹⁴⁹.

Sob este contexto, percebe-se o constitucionalismo multinível em um vetor bidimensional: vertical e horizontal. Na ótica vertical, lê-se a relação entre os diferentes níveis sob a luz do princípio da subsidiariedade, de forma que se procede à repartição de competências com o fito de garantir maior efetividade na sua implementação, a privilegiar sempre a ação no âmbito mais próximo do cidadão, salvo quando razões de possibilidade e efetividade justifiquem sua execução em níveis “superiores”. Assim, garante-se que os diferentes níveis de governança não sejam concorrentes, mas *complementares* e *reciprocamente solidários*, o que assegura a integridade, em termos substanciais, da unidade constitucional, clamada pelo conceito de constitucionalismo multinível, a despeito da autonomia formal das *camadas* que o compõem¹⁵⁰.

Com olhar horizontal, enfrenta-se o elo que se impõe aos Estados-membros entre si, deles exigindo uma relação de cooperação e mútuo reconhecimento para que não só as políticas formuladas em âmbito supranacional sejam adequada e uniformemente implementadas, mas também a fim de que aos cidadãos da União seja dispensado tratamento igual, conferindo coerência ao sistema¹⁵¹.

Tais dimensões não importam, contudo, em uma leitura hierárquica, que resultaria em um modelo monista adequável à proposição kelseniana. Ao revés, o estabelecimento de uma hierarquia entre os diferentes níveis é refutado por Pernice, que – em razão da origem formalmente autônoma de cada um deles, porquanto de fundamentação reconduzida à vontade dos cidadãos que distintamente os estabeleceram – sustenta a existência de uma relação *pluralista* e *cooperativa*, norteadas por uma noção de *primazia funcional*¹⁵². E isso se espelha, ao fim, na própria relação entre as *Cortes Constitucionais*, que também se

¹⁴⁹ *Idem*, p. 6.

¹⁵⁰ Ingolf PERNICE. “The Treaty... *Op. cit.*, p. 379.

¹⁵¹ *Idem*, pp. 380-382.

¹⁵² *Idem*, p. 383. Pernice destaca, neste tocante, que a adoção de um princípio da primazia do direito comunitário não derivaria de uma relação hierárquica, mas da leitura conjugada dos objetivos e princípios que estruturam o sistema, constituindo condição de unidade de seu funcionamento. Não obstante, fica ressalvado que uma tal primazia não é incondicional, encontrando limite em “particular situations where basic values, rights, or structures of the national constitutions are in question” (p. 384).

operacionaliza na ótica multinível, como nota Andreas Voßkuhle no tocante àquela existente entre BVerfG, TJUE e TEDH, ao densificar o conceito de *Verfassungsgerichtsverbund*¹⁵³.

Se, por um lado, “[the] EU constitutional law and, in particular, the general principles developed by the case law of the ECJ, are informed by concepts, rights, principles and national constitutional traditions”, por outro, “European constitutional and legal concepts, rights and principles find their way back into national constitutional law through legislation, the judicial dialogue under Article 267 TFEU, and a system of ‘best’ practices elaborated and shared at all levels”¹⁵⁴, sintetizando-se assim a ideia de *Verfassungsverbund* avançada por Pernice.

Em outra abordagem, J. J. Gomes Canotilho propõe a aproximação ao fenômeno de associação europeia sob a perspectiva de uma *teoria da interconstitucionalidade*, que, partindo da existência de uma pluralidade de constituições e poderes constituintes em um mesmo espaço político, examina as relações *interconstitucionais* deles decorrentes e entre eles estabelecidas¹⁵⁵.

Para tanto, a fim de compreender a articulação dos distintos textos constitucionais como geradora de uma *rede de interconstitucionalidade*, importa insistir no caráter *autodescritivo* das constituições estaduais, do que decorre a preservação de seu valor e função na medida em que as identidades nacionais nelas plasmadas (*autodescrição*) são reconduzidas à organização política superior em uma lógica aditiva. E, neste sentido, a questão da autodescrição se traslada também a esta organização superior, de modo que a interconstitucionalidade passa a refletir uma extensiva construção interorganizativa¹⁵⁶.

Não obstante, diante da função de integração exercida pelos textos constitucionais, Canotilho anota a necessidade de acoplar à interconstitucionalidade um conceito de *interculturalidade constitucional*, resultante do processo de transferência mútua de “ideias,

¹⁵³ Andreas VOßKUHLE. “Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: *Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*”, in *ECLR* 6, 2010, n. 2, pp. 175-198. Ao conceituar o termo, o autor explicita que “[it] refers to the cooperative, non-hierarchical handling of multilevel constitutional issues by several constitutional courts, i.e., a composite multilevel structure of constitutional jurisdictions which entertain complementary and cooperative relationships” (p. 186).

¹⁵⁴ Ingolf PERNICE. “European... *Op. cit.*, p. 228.

¹⁵⁵ J. J. Gomes CANOTILHO. *Brançosos... Op. cit.*, p. 266.

¹⁵⁶ *Idem*, pp. 268-270.

valores, acções de indivíduos e grupos” que se dinamiza na *rede* das várias constituições e, especialmente, do instrumento interorganizativo¹⁵⁷.

Deste conjunto exsurge a imprescindibilidade de localizar um “conjunto de regras respeitantes à produção e interpretação dos textos constitucionais e dos respectivos discursos e práticas sociais com ela relacionados”, de forma a descortinar uma *hermenêutica jurídica europeia* capaz de compatibilizar as identidades nacionais e a identidade europeia. Em outras palavras, a operacionalização da rede de interconstitucionalidade pressupõe a *intersemioticidade* como elemento de conformação de uma hermenêutica plural¹⁵⁸.

Afinal, como sustenta Canotilho, devem ser os princípios estruturantes do Estados-membros aqueles a sustentar a organização política superior, razão pela qual “o direito constitucional europeu não pode nem deve ser um direito construído contra as constituições nacionais”¹⁵⁹, a fazer com que a cultura constitucional europeia seja irrigada com as constituições nacionais.

3.3. Constitucionalismo societal (transnacional)

No início deste capítulo, foi utilizada a expressão de Gunther Teubner que coloca em evidência a *nova questão constitucional*. Sem prejuízo dos elementos já verificados – que justificaram a sua adaptação ao plural para a perspectiva aqui adotada, alude-se agora à questão especificamente posta pelo referido autor, a que, como se verá, responde-se com a teoria do *constitucionalismo societal (transnacional)*.

Nesta esteira, Teubner destaca que, diferentemente do que se observou nos séculos XVIII e XIX, quando a preocupação recaía essencialmente sobre a manifestação e limitação da dinâmica do poder político, a questão constitucional dos dias de hoje circunscreve *também* a liberação de diferentes dinâmicas sociais, como as que se manifestam na economia, na ciência e na tecnologia, e cujos efeitos potencialmente deletérios reclamam uma limitação de igual índole constitucional¹⁶⁰.

Com efeito, conforme sustenta Teubner, essa reorientação interrogativa em termos constitucionais foi intensificada pela globalização, privatização e digitalização, que

¹⁵⁷ *Idem*, pp. 271-274.

¹⁵⁸ *Idem*, pp. 277-279.

¹⁵⁹ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito... Op. cit.*, p. 1430.

¹⁶⁰ Gunther TEUBNER. *Constitutional... Op. cit.*, p. 1.

tornaram possível – ou necessário – não só falar em constitucionalismo além do Estado, mas fazê-lo em uma dupla direção: desenvolvimento de constituições em processos políticos transnacionais e, paralelamente, em processos estabelecidos no *setor privado* da sociedade global¹⁶¹.

Note-se, neste sentido, que Teubner identifica a problemática do *constitucionalismo societal*, perspectivada sob o curso da diferenciação social, como uma deficiência inata do constitucionalismo moderno, consistente no dilema de saber se as *áreas não-estatais* da sociedade, tais como a ciência, economia, educação e demais atividades sociais, deveriam ser submetidas aos parâmetros normativos de uma Constituição estatal ou se deveriam desenvolver autonomamente suas próprias constituições (“civis”). Isto porque, como realça o autor, a diferenciação e a conseqüente tendência de autonomização dos respectivos fragmentos sociais se desencadearam no apogeu do Estado-nação, mas as reivindicações das *sub-constituições sociais* acabaram *absorvidas* até então pela Constituição estatal, fazendo com que o *constitucionalismo societal* se mantivesse apenas em um estado latente¹⁶².

Os fenômenos da globalização, privatização e digitalização, então, não criam o problema, mas o acentuam de tal forma a remodelá-lo, uma vez que a transcendência territorial dos subsistemas sociais irrompe a condição de latência em que eram mantidas as respectivas sub-constituições, ao levar para a arena global o seu desenvolvimento, mas

¹⁶¹ Gunther TEUBNER. “The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism”, in *Transnational Legal Theory* 4, 2012, n. 1, p. 45.

¹⁶² Gunther TEUBNER. *Constitutional... Op. cit.*, pp. 5-6. A condição de latência é mantida, por diferentes razões, ao longo do que Teubner identifica como três distintas épocas do Estado-nação. Na primeira, sob a luz das Constituições liberais, percebe-se que o problema era contornado com destaque às liberdades individuais asseguradas na Constituição estatal, uma vez que “societal activities should remain free of state intervention and not be subject to the norms of the state constitution” (p. 16), de modo que, enfrentando as atividades como atribuições individuais (e, não, de instituições sociais), tornava-se possível vislumbrar a natureza constitucional destas subáreas sociais como “a product of individual freedom guaranteed under private law and thus consigned to latency” (p. 20). Sob a política totalitária do século XX, por outro lado, Teubner destaca que, na medida em que os Estados totalitários pretendiam submeter todas as instituições sociais ao seu controle, permanece latente a questão do constitucionalismo societal como consequência da subjugação das demais áreas da sociedade à autoridade estatal, eliminando qualquer pretensão de autonomia. Por fim, as Constituições emergentes após a Segunda Guerra Mundial buscaram “a precarious balance between a constitutional intervention in social sub-orders while all the time respecting their independent constitutions” (p. 25), observando-se uma orientação bifurcada enquanto, por um lado, “the welfare state takes responsibility for numerous function regimes”, fazendo com que “education, science, the health service, radio and television are constitutionalized as semi-state institutions, to which the state grants only a limited autonomy”, e, por outro, “the welfare state leaves other subsystems, particularly the economy, undisturbed in their autonomy, but then engages in overall political co-ordination” (p. 24).

manter vinculados ao Estado-nação os mecanismos de sua constitucionalização¹⁶³. Daí que, como resultado, “in the discrepancy between globally established social subsystems and a politics stuck at inter-state level, the constitutional totality breaks apart and can then only be replaced by a form of *constitutional fragmentation*”¹⁶⁴, caracterizada pela coexistência de ordens independentes, a incluir não só as estatais, mas também estruturas sociais autônomas não estatais, como, por exemplo, a ICANN. Deste modo, Teubner reconhece a emergência de novos sujeitos constitucionais em decorrência da globalização, tais como os regimes transnacionais, desconstruindo, pois, a relação de exclusividade entre Constituição e estadualidade¹⁶⁵.

Para tanto, a fim de refutar as críticas que sustentam uma mera juridificação onde descreve uma constitucionalização, Teubner propõe a adoção de um conceito *material* de Constituição, que supõe o preenchimento de quatro requisitos qualificativos, capazes de permitir sua identificação para além do Estado¹⁶⁶. O primeiro teste se refere a *funções constitucionais*, examinando se as normas em questão atuam de modo *constitutivo* (ao estabelecerem esquemas de organização, procedimentos e competências que, sustentando a diferenciação funcional, regulem de forma autônoma dentro daquele sistema um meio uniforme de comunicação, como poder, dinheiro, conhecimento etc.) ou *limitativo* (ao encetarem a autocontenção a partir dos respectivos meios de comunicação). Em segundo

¹⁶³ *Idem*, pp. 42-44. Teubner aponta a vinculação entre territorialidade e a constituição dos demais subsistemas, afirmando que, “once power is established on the basis of physical force as the communication medium of politics, it takes shape not as an actual relationship between ruler and subject, but rather as an abstract, asymmetrical claim to authority within a territory, governing not only people but also material resources and interactions”, o que afeta os demais subsistemas “because the political-legal infra-structure supporting their autonomy remains linked to a particular territory”. Deste modo, ainda que os subsistemas sejam, nos seus processos de autoestabelecimento, independentes de limites territoriais, “their political-legal constitutionalization is bound by territorial borders”. Vê-se a ruptura, então, ao perceber que, “while the growing independence of social subsystems is accompanied, stabilized, and strengthened and at the same time limited in its effects by the constitutional infrastructure provided by the politics and laws of the nation state, this process only works within the borders of the territorial state”, razão pela qual se eleva a tensão “between function systems that are not limited by territorial borders and their constitutions which are limited by such boundaries”, “causing pressure to de-territorialize societal sub-constitutions”.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 51. Sobre a ICANN, aponta Teubner que “[t]he regulatory agency of the Internet, ICANN, established under Californian law as a private association, is a case in point. Over time, it has developed functional and territorial representation, forms of separation of powers, and an effective ‘jurisdiction’ over domain name allocation. (...) The ICANN panels, when asked whether fundamental rights also applied to the Internet, did not refer to national constitutions, which would then only apply to national segments of the internet, but instead developed their own autonomous fundamental rights standards” (pp. 55-56).

¹⁶⁵ *Idem*, pp. 60 e 73.

¹⁶⁶ Para uma versão inicial do conceito material de constituição civil do autor, com uma sistematização distinta dos seus pressupostos, ver Gunther TEUBNER. “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?”, in *Constitutionalism and Transnational Governance*, Christian Joerges, Inge-Johanne Sand e Gunther Teubner (eds.). Oxford Press, 2004, pp. 3-28.

lugar, deve-se observar se o regime permite a identificação de *arenas constitucionais*, visíveis na coexistência de duas diferentes áreas internas, uma organizada e uma espontânea (é o exemplo, na política, dos partidos políticos e administração, na esfera organizada, e do eleitorado e da opinião pública, no âmbito espontâneo), cuja interação denota, ainda, a qualidade democrática do sistema. Em seguida, impõe analisar se as normas desenvolvem *processos constitucionais*, cognoscíveis ante um fenômeno de dupla reflexividade consistente na da autoconstituição do sistema social (estruturação que informa a ordem jurídica subjacente e por ela é regulada) e na da ordem jurídica deste sistema (com a existência de normas secundárias, numa concepção hartiana, que rejam a produção das normas primárias – uma vez que a existência somente destas materializaria mera juridificação, residindo naquelas o elemento de constitucionalização). Por fim, investiga-se se os regimes são capazes de instaurar *estruturas constitucionais*, caracterizadas pela hierarquização formal das normas, com a superioridade daquelas de natureza constitucional, e a conseqüente existência de mecanismos de controle (*judicial review*) desenvolvidos com base em códigos binários (constitucional-inconstitucional)¹⁶⁷.

É a partir deste conjunto elementar que se apreende, então, a profusão de fragmentos constitucionais revelados pelo constitucionalismo societal no contexto hodierno, a consolidar um conceito “according to which a constitution establishes a distinct legal authority which for its part structures a *societal* process (and not merely a political process, as is the case with nation-state constitutions) and is legitimized by it”¹⁶⁸.

4. Entre triunfo e nostalgia

Com um olhar retrospectivo e tendo em conta as transformações já colocadas em relevo, Mattias Kumm propõe uma divisão da literatura constitucional entre os que se poderiam denominar *triumfalistas* e *nostálgicos*. Para aqueles, o constitucionalismo viveria uma era de expansão, mormente considerando as investidas de constitucionalização além do Estado-nação. Para estes, contudo, também referidos como *céticos*, o constitucionalismo estaria sob ameaça, uma vez que a capacidade da Constituição concebida pelos modernos

¹⁶⁷ Gunther TEUBNER. “The Project... *Op. cit.*, pp. 54-56.

¹⁶⁸ Gunther TEUBNER. *Constitutional... Op. cit.*, p. 74.

para estruturar compreensivamente o Estado-nação estaria em curso de progressiva corrosão¹⁶⁹.

Independente do posicionamento que se adote, é inegável, sob ambas as perspectivas, que há, hoje, na constelação pós-nacional, novos paradigmas que iluminam o constitucionalismo e que demandam uma incursão reflexiva consciente a qualquer raciocínio que se pretenda constitucionalmente atual e relevante. Daí que a trilha percorrida neste primeiro capítulo teve a essencial função de estabelecer as balizas pelas quais à discussão objeto deste trabalho se atribui inequívoco contorno constitucional.

Neste sentido, lugar não há para omitir em dubiedade a posição que aqui se adota, a de que, mesmo com todos os desafios que se lhe colocam, o constitucionalismo segue triunfante, entendendo-se que o arcabouço constitucional moderno, ao dar vazão às tensões hodiernas, não teve desnaturada a sua qualidade, mas transformada a sua amplitude. É sob essa ótica, que Kumm identifica como *concepção prática do constitucionalismo*¹⁷⁰, compatível com a proposição pluralista e aberta aos *novos* discursos, que se prosseguirá com a investigação no decorrer dos próximos capítulos.

¹⁶⁹ Mattias KUMM. “The Best... *Op. cit.*, p. 201.

¹⁷⁰ *Idem*, p. 212 e ss.

II. O COSMOS NORMATIVO CONTEMPORÂNEO

Diante do espraiamento dos polos de autoridade contemplado na constelação pós-nacional, parecem inerentes os problemas de “*consistência e coerência* de todo o sistema normativo”¹⁷¹, os quais não podem ser resolvidos à luz de paradigmas que ignorem o narrado desenvolvimento do constitucionalismo, demandando alternativas às soluções fincadas em uma hierarquização rígida¹⁷², que solidifica a Constituição estatal no *apex* da clássica pirâmide *kelseniana*¹⁷³.

Com efeito, a complexidade conferida pelo esquema pluralista da sociedade hodierna redefine os pressupostos pelos que se há de pensar na Constituição como indutora de unidade do sistema normativo¹⁷⁴. Neste sentido, partindo da realidade europeia, J. J. Gomes Canotilho aponta que as constituições estaduais mantêm sua função de “ordem jurídica fundamental da sociedade”¹⁷⁵, ordens estas que, em razão deste palco contemporâneo, passam a ser adjetivadas de *parciais*, reclamando harmoniosa convivência, por exemplo, com o direito constitucional europeu. Daí que a *unidade* conferida pela Constituição¹⁷⁶, dado o seu alcance parcial, advém de sua compreensão como “quadro moral e racional do discurso político conformador da ordem normativo-constitucional através de um conjunto de princípios e regras incorporadores de ‘valores básicos’ do ordenamento jurídico”¹⁷⁷.

O que se propõe, a seguir, é verificar qual o papel a ser exercido, em termos gerais, pelas Constituições neste espaço coabitado, bem como observar, em primeiro lugar, de modo

¹⁷¹ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito... Op. cit.*, p. 1142.

¹⁷² Mattias KUMM. “The Best... *Op. cit.*, p. 218.

¹⁷³ Para Kelsen, a “ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”, na qual, “levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado” (in Hans KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. João Baptista Machado (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 155).

¹⁷⁴ Michel ROSENFELD. “Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism”, in *IJCL* 6, 2008, n. 3-4, p. 417. Note-se, neste sentido, que “a pluralist constitutional ordering (...) is likely to involve multiple sets of norms that intersect, overlap, divide the field, or relate to one another horizontally rather than vertically”.

¹⁷⁵ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito... Op. cit.*, p. 1152.

¹⁷⁶ Gunther TEUBNER. *Constitutional... Op. cit.*, p. 153. Alerta o autor que “the unity of the constitution can only then be addressed as an ‘imaginary fabrication’ on a symbolic level ‘behind’ the actually existing multiplicity of constitutions”.

¹⁷⁷ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito... Op. cit.*, p. 1152.

mais teórico, as possíveis reações à colisão de ordens constitucionais diversas para, em seguida, analisar em termos empíricos as posições adotadas por algumas Cortes Constitucionais.

1. A Constituição no *pluriversum*

1.1. O fluxo de poder e a filtragem constitucional

Como se viu, sobretudo com a criação da Organização das Nações Unidas, o poder público deixa de se equiparar a poder estatal, assistindo ao surgimento de poros nas fronteiras do Estado diante da eclosão do que Grimm denomina “supranational sovereign power”¹⁷⁸, consistente no poder público exercido pelas organizações internacionais¹⁷⁹. É, porém, nos poderes conferidos à União Europeia que se localiza exemplo prático da maior extensão destes poros, demonstrando a permeabilidade das fronteiras do direito constitucional doméstico de cada Estado-membro para um poder público *extraconstitucional*. Diante desta constatação, referindo-se ao direito europeu, Grimm exterioriza como a Constituição adquire uma espécie de *função filtro*, raciocínio aplicável às demais relações estabelecidas em uma dimensão de pluralismo constitucional.

Há de se observar, para tanto, que a criação de uma organização supranacional tal como a União Europeia, em geral, implica na conferência de parcela de soberania, do que se infere uma mutação no arranjo de competências constitucionalmente estabelecido, que equivaleria, em termos materiais, portanto, a uma verdadeira alteração constitucional. Surge aí espaço, pois, para uma tal atuação filtro, particularmente no que toca a estas transformações materiais, na medida em que, no contexto de interdependência que induz a formação de tais organizações, o Estado “must accept curtailments of its own constitution and must otherwise content itself with defining the prerequisites and limits of such transfers in its constitution and create compensation for intra-state power shifts”¹⁸⁰.

Sempre no contexto europeu, Grimm demonstra a extensão do papel das Constituições estaduais no processo de integração. Em primeiro ponto, para além da questão

¹⁷⁸ Dieter GRIMM. *Constitutionalism...* Op. cit., p. 273.

¹⁷⁹ Neste tocante, advogando pela *autonomia* como característica das organizações internacionais “not only as a marker of independence from the member states but also as a marker of their power to govern individuals”, ver Angelo Jr. GOLIA, Anne PETERS. “The Concept of International Organization”, in *MPIL Research Paper n. 2020-27*.

¹⁸⁰ Dieter GRIMM. *Constitutionalism...* Op. cit., p. 276.

atinente ao direito primário da UE, o autor destaca como os textos nacionais estendem seu alcance, mesmo que de modo indireto, ao exercício da competência normativa supranacional, mormente diante da relevância do Conselho¹⁸¹, composto por representantes de cada governo dos Estados-membros. Isto porque, a despeito de a atuação do Conselho ser levada a cabo no âmbito das competências transferidas à UE, sua composição acaba por alargar a este processo a influência das constituições nacionais enquanto conformadoras da atuação dos representantes dos respectivos governos¹⁸².

De igual modo, Grimm realça a relevância das constituições estaduais nos casos em que as competências legislativas exercidas no âmbito da UE não são diretamente aplicáveis nos Estados-membros, mas demandam uma atuação complementar dos parlamentos nacionais, como quando editadas *diretivas*. Nesta hipótese, prossegue, o texto constitucional não pode ser ignorado a pretexto de perseguir a implementação do direito europeu, uma vez que “the constitutional obligation begins where that of the EU law ends”¹⁸³.

Como consequência, Grimm sustenta a existência de uma correlação entre a relevância da Constituição nacional e a do próprio Estado respectivo, já que “the importance of the national constitution declines in proportion to the degree to which the state has transferred or lost competences to European institutions”¹⁸⁴, lembrando-se que a parcela de poder público canalizada de fora para dentro do Estado sai do âmbito de regulação compreensiva, restando à Constituição a regulação do poder público que corresponde ao Estado e, no mais, a *filtragem*, nestas circunstâncias, daquele que imigra.

1.2. A capacidade compensatória

O reposicionamento desta relevância perpassa por compreender que da Constituição nacional não se pode mais exigir a satisfação absoluta das expectativas que sobre ela originalmente recaíam, em especial no que concerne às já mencionadas funções *constitutiva* e *legitimadora*, tal como observado no item 1.5 do capítulo anterior. Daí que

¹⁸¹ Cfr. art. 16 (1) e (2) do TUE.

¹⁸² Dieter GRIMM. *Constitutionalism... Op. cit.*, p. 278.

¹⁸³ *Idem*, p. 287.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 289. Grimm destaca, porém, a necessidade de se observar também o saldo positivo na balança do papel da constituição nacional, afirmando que, “through the communitization of formerly exclusively state competences, EU member states simultaneously gain opportunities to exert influence at the European level and through this on the other member states”, de modo que, nesse processo de influência, “the state is tethered by the national constitution, which thereby extends its area of influence beyond the borders of the state, but encounters the same claim from other constitutions” (p. 290).

assume pertinência a adoção de uma postura *conciliadora* em termos constitucionais, principalmente diante do necessário potencial compensatório que ostentam as demais ordens (co)existentes.

Neste sentido, Anne Peters identifica na própria relação entre as normas de direito constitucional doméstico e as normas internacionais uma conexão em rede, que não mais pode ser descrita em termos hierárquicos¹⁸⁵. Apesar de sua análise se direcionar ao direito internacional em termos gerais, suas considerações são também amoldáveis a qualquer perspectiva de interação entre diferentes ordens constitucionais incidentes a um mesmo espaço, principalmente porque sua análise parte justamente da propalada constitucionalização do direito internacional¹⁸⁶, inserindo-se, pois, no contexto aqui estudado.

Colocando em relevo a dissonância entre os discursos oriundos do âmbito doméstico e do internacional quanto à substância de constitucionalização, a citada autora perpassa três tópicos para, então, conectá-los. Em primeiro lugar, descreve a inexistência de uma Constituição internacional em sentido formal, materializada em um documento escrito. Em segundo lugar, identifica nas normas e princípios internacionais a capacidade de concretizar funções tipicamente constitucionais: constitutiva, organizacional, limitadora e integrativa¹⁸⁷. Em terceiro lugar, Peters perquire a existência, no âmbito paradigma, dos princípios que identifica como nucleares de um governo constitucional (democracia, direitos humanos e *rule of law*). Apesar de localizá-los de modo apenas seletivo, defende a existência

¹⁸⁵ Anne PETERS. “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, in *LJIL* 19, 2006, n. 3, pp. 579-610.

¹⁸⁶ Sobre a constitucionalização do direito internacional, cfr. Brun-Otto BRYDE. “Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts”, in *Der Staat* 42, 2003, n. 1, pp. 61-76. Em linhas gerais, sustenta o autor que “in einem konstitutionellen Völkerrechtssystem würde man (...) eine den Staaten übergeordnete Legitimationsinstanz und eine Normenhierarchie suchen, bei der einfaches Völkerrecht an Verfassungsprinzipien gebunden ist, die mit verfassungsrechtlichen Methoden ausgelegt und fortentwickelt werden” (p. 63).

¹⁸⁷ Anne PETERS. “Compensatory... *Op. cit.*, pp. 597-599. Neste tocante, Peters descreve que a função constitutiva “is fulfilled by the norms defining the subjects of international law, such as the legal concepts of the state or of an international organization”; a organizacional, “performed by the meta-rules on the sources of international law, including those on treaty making or on the formation of customary law”; já a limitadora, prossegue, “is given by international human rights law, which places important restraints on the exercise of governmental power over a state's own nationals”; ao passo em que, por fim, a função integrativa “is performed by norms of a high symbolic value, such as the UN Charter”. Sustenta, porém, que é nebulosa a distinção entre o que seriam as normas constitucionais de direito internacional e as normas ordinárias, referindo-se à constituição britânica para afirmar que “only those norms which have 'something fundamental' to them may be duly qualified as constitutional norms”.

de normas internacionais com suficiente densidade constitucional, sem prejuízo de um correspondente déficit de legitimidade¹⁸⁸.

A proposição de Peters é, por conseguinte, vislumbrar na existência destes múltiplos elementos constitucionais, fragmentados em diferentes níveis de governança, um encadeamento em *rede*, conduzindo à concepção de uma “transnational constitutional network, in which the relevant norms cannot be aligned in an abstract hierarchy”, razão pela qual “the resolution of eventual conflicts between international and national constitutional law requires a balancing of interests in concrete cases”¹⁸⁹, abandonando-se a automática sobreposição de uma ou outra ordem com fundamento em uma hierarquização rígida.

Seria o caso, portanto, de superar a contraposição entre monismo e dualismo, tal como igualmente defende Armin von Bogdandy¹⁹⁰, ao tecer duras críticas em relação à incapacidade de tais teorias de se erigirem satisfatoriamente como noções para a apreensão das relações entre direito interno e direito internacional que se desenvolvem hodiernamente.

Para esta superação, Peters elabora a necessidade de uma ponderação *material* em termos de pluralismo, extraindo daí uma constatação de *perda da supremacia* ao perfilar uma perspectiva substantivamente orientada, implicando no fato de que “certain less significant provisions in state constitutions would have to give way to important international norms”¹⁹¹, o que, evidentemente, impacta na consecução das pretensões ostentadas pelas Constituições nacionais. Um tal reflexo é também verificado por von Bogdandy, para quem, portanto, o acolhimento de uma posição pluralista “has far reaching consequences for the understanding of constitutional law”, exatamente na medida em que “any given constitution does not set up a normative *universum* anymore but is, rather, an element in a normative *pluriversum*”¹⁹².

¹⁸⁸ *Idem*, p. 601.

¹⁸⁹ *Idem*, pp. 601-602.

¹⁹⁰ Armin VON BOGDANDY. “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law”, in *IJCL* 6, 2008, n. 3-4, pp. 399-400. Afirma o autor que, “from a scholarly perspective, they [monism and dualism] are intellectual zombies of another time and should be laid to rest, or ‘deconstructed’”, revalando-se doutrinas deficientes já que “they do not help in solving legal issues”.

¹⁹¹ Anne PETERS. “Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law”, in *Vienna Online Journal on International Constitutional Law* 3, 2009, n. 3, pp. 195-197.

¹⁹² Armin VON BOGDANDY. “Pluralism... *Op. cit.*”, p. 401. Consigna o autor que se trata de questão de evidente dimensão constitucional doméstica, porquanto “the positioning of a domestic legal order within the wider world necessarily affects fundamental issues such as democracy, self-determination, and the self-understanding of the citizenry”, pelo que “the positioning should happen on the basis of those norms that enjoy highest legitimacy for that group, that is – at least in most liberal democracies – the norms established by the domestic

1.3. O exemplo do efeito direto: a mediação constitucional

A orientação substantiva propalada por Peters, ao que parece, encontra operacionalização na revisitação, proposta por von Bogdandy sob a dimensão das ordens constitucionais domésticas, das teorias do *efeito direto*¹⁹³ e da *interpretação consistente*¹⁹⁴ como mecanismos à disposição das instituições administrativas e judiciais para efetivar o *coupling* constitucional entre direito interno e *externo*. Adverte o autor, contudo, que, precisamente em razão de sua fundamentação doméstica, os resultados de aplicação das doutrinas terão contornos distintos de acordo com a ordem constitucional em que incidentes¹⁹⁵.

No que toca à doutrina do efeito direto, oportuno observar como André Nollkaemper salienta sua capacidade de servir a duas agendas contrapostas, revelando-se ora como *espada*, enquanto meio de fazer o direito alienígena penetrar nas divisas da ordem nacional, ora como *escudo*, atuando na proteção da mesma ordem contra esta intrusão¹⁹⁶. É propriamente este segundo ângulo que, julga-se aqui, vai ao encontro da proposição de von Bogdandy, porquanto Nollkaemper atribui à doutrina do efeito direto um conteúdo normativo próprio (que demanda especificidade e atribuição de um direito individual), cujo preenchimento se revelaria necessário para que a norma internacional fosse aplicada

constitution” (p. 403). Entende-se aqui que a adoção de uma tal perspectiva também é pertinente para enfrentar a tríplice deficiência democrática destacada por Peters, a saber: (i) as atividades de determinado Estado não se encerram em suas fronteiras, de modo que as decisões políticas de um país comumente produzem efeitos sobre outros; (ii) a característica transnacional dos problemas a enfrentar reduz (quando não inviabiliza) a capacidade de um Estado enfrentá-los sozinho, criando um ambiente de interdependência que reduz a capacidade de autodeterminação; (iii) a insuficiência de meios de controle ou de mandato democráticos no tocante às decisões tomadas em processos não-estatais (cfr. Anne PETERS. “Compensatory... *Op. cit.*, p. 592).

¹⁹³ Sobre o conceito de efeito direto, ver André NOLLKAEMPER. “The Duality of Direct Effect of International Law”, in *EJIL* 25, 2014, n. 1, pp. 105–125. Em síntese, arquitetando uma perspectiva para além daquela própria do direito europeu, o autor propõe uma abordagem conceitual de efeito direto que torne possível identificá-lo diante de três situações características: (i) aplicação de norma de direito internacional, por tribunais domésticos, visando à proteção de direitos individuais contra o próprio Estado em que ocorre o litígio; (ii) aplicação de norma de direito internacional que não tenha sido incorporada ao direito interno, uma vez que, “to say that a court gives direct effect to an international right is to say that a court enforces that right as such, not in a domesticated form”; e (iii) diante do reconhecimento de uma norma de direito internacional como influência determinante na proteção do direito objeto do litígio (pp. 109-111).

¹⁹⁴ Em termos generalizados, reflete pressupor a interpretação do direito doméstico de modo compatível com as obrigações internacionais (e, assim, com o direito internacional) assumidas pelo Estado fórum. Para uma construção de diferentes engajamentos dos tribunais domésticos com a interpretação consistente, ver Antonios TZANAKOPOULOS. “Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts”, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 34, 2011, n. 1, pp. 143 e 155-158.

¹⁹⁵ Armin VON BOGDANDY. “Pluralism... *Op. cit.*, pp. 402-404.

¹⁹⁶ André NOLLKAEMPER. “The Duality... *Op. cit.*, p. 111.

diretamente. Nestas circunstâncias, a face protetiva do efeito direto advém, então, de sua capacidade de justificar “the non-application of international law by the courts, and thereby protect domestic political organs and, more generally, domestic values, from review based on international law”, de modo que “a demanding construction of the conditions of direct effect also preserves the ultimate priority of national constitutional law, so as to allow for domestically induced contestation and change”¹⁹⁷.

A partir desta ótica complementar, torna-se mais facilmente apreensível o exemplo trazido por von Bogdandy, que também se afigura propício por manusear ordens constitucionais não estatais, nomeadamente na relação constitucional entre os direitos europeu e da OMC, permitindo um *case study* “não tradicional”. Para tanto, considerando que sua asserção teórica parte da necessidade de sopesar critérios constitucionais para verificar a viabilidade do efeito direto, von Bogdandy analisa uma situação em que se reconheceu a “impossibilidade de invocar os acordos da OMC para contestar a legalidade de um acto comunitário”¹⁹⁸, negando-se, portanto, um tal efeito.

Como o princípio constitucional de cooperação internacional assume especial relevância no âmbito do direito europeu, o autor destaca a singularidade da rejeição de efeito direto às normas da OMC. Não obstante, após ponderá-lo com outros princípios constitucionais, verifica que estes últimos, de fato, suportam mesmo uma resposta negativa. Em síntese, von Bogdandy descreve, primeiro, como o efeito direto de tais normas implicaria na harmonização dos diferentes regimes regulatórios, mormente em decorrência do risco de discriminação reversa¹⁹⁹, apontando, contudo, inexistir no âmbito da OMC um objetivo

¹⁹⁷ *Idem*, pp. 115-116.

¹⁹⁸ TJCE, Caso *República Portuguesa v. Conselho da União Europeia*, Processo C-149/96, 23 de Novembro de 1999. Neste sentido, rememora o acórdão que, “se é verdade que o Tribunal de Justiça declarou, no acórdão de 5 de Outubro de 1994, Alemanha/Conselho (...), que as regras do GATT não têm efeito directo e que os particulares não podem invocá-las perante os órgãos jurisdicionais, também é verdade que o Tribunal declarou, neste mesmo acórdão, que isso já não acontece quando se está perante medidas de execução de obrigações assumidas no quadro do GATT ou quando um acto comunitário remete expressamente para disposições precisas do acordo geral”. Deste modo, “tendo em atenção a sua natureza e a sua economia, os acordos OMC não figuram, em princípio, entre as normas tomadas em conta pelo Tribunal de Justiça para fiscalizar a legalidade dos actos das instituições comunitárias”, até porque “admitir que a tarefa de assegurar a conformidade do direito comunitário com estas regras incumbe directamente ao juiz comunitário equivaleria a privar os órgãos legislativos ou executivos da Comunidade da margem de manobra de que gozam os órgãos correspondentes dos parceiros comerciais da Comunidade”.

¹⁹⁹ “Reverse discrimination, in this respect, means that a transnational economic operator must be treated more favorably than a national operator because the direct effect of transnational law requires that domestic institutions treat the transnational operator more liberally than the national one. Since such a situation is politically difficult to maintain, direct effect develops a dynamic that would bring domestic law in line with the more liberal transnational one” (in Armin VON BOGDANDY. “Pluralism... *Op. cit.*, p. 405).

específico de integração econômica, que demandaria a acentuação dos processos políticos transnacionais. Daí que, neste primeiro ponto, a negativa já viria respaldada pelos riscos, sem compensação (por ausente o escopo de integração que justificaria perseguir a harmonização), aos princípios da autodeterminação e do autogoverno democrático²⁰⁰, bem como da subsidiariedade. Em segundo plano, sustenta-se que a incerteza sobre o regime regulatório no mercado doméstico, decorrente de eventual desregulação promovida pelo efeito direto das normas da OMC, contradiria o princípio constitucional da segurança jurídica. Por fim, a reflexão recai sobre o princípio da igualdade jurídica, notando-se uma potencial ameaça a ele diante da ausência de um mecanismo no âmbito da OMC, tal como o reenvio prejudicial²⁰¹, que permitisse, em caso de efeito direto, garantir equilíbrio entre os agentes econômicos quando da aplicação das normas em jurisdições distintas. Ainda neste ponto, alude-se a como a adoção unilateral, pela União, de efeito direto em relação às normas da OMC acarretaria em uma diferenciação constitucionalmente incongruente entre agentes nacionais e estrangeiros, encetando um processo de discriminação reversa não justificável²⁰².

É com base nesta reflexão, que revisita a aplicação do efeito direto e defende sua sujeição à *ponderação de princípios constitucionais da ordem receptora*, que Armin von Bogdandy, então, chega à conclusão de que “there should always be the possibility, at least in liberal democracies, to limit, legally, the effect of a norm or an act under international law within the domestic legal order if it severely conflicts with constitutional principles”²⁰³, do que se pode inferir o encargo diferencial da Constituição no *pluriversum*.

Neste contexto, uma tal compreensão, ao que parece, harmoniza-se com a análise de Grimm e se encaixa no panorama pós-nacional que foi colocado em relevo, encontrando eco na observação de Nollkaemper ao arrematar que uma concepção de efeito direto (e,

²⁰⁰ Para um desenvolvimento similar do argumento, ver Hélène Ruiz FABRI. “Is There a Case – Legally and Politically – for Direct Effect of WTO Obligations?”, in *EJIL* 25, 2014, n. 1, pp. 165-168. Sob o prisma do princípio democrático, a autora também questiona a existência de um projeto político internacional no âmbito da OMC, destacando como, diante da regulação de “many of these so-called non-trade concerns” (ambiente, saúde, direitos humanos etc.), a ausência de um projeto homogêneo, tal como o europeu, faria com que a aplicação direta de normas imbuídas de valores não integralmente compartilhados afetaria democraticamente a consecução de políticas nos âmbitos domésticos.

²⁰¹ Cfr. Art. 267 do TFUE.

²⁰² Armin VON BOGDANDY. “Pluralism... *Op. cit.*, pp. 404-412. Note-se, por oportuno, que o autor admite a ocorrência de discriminação reversa no âmbito da UE, mas ressalva que, neste caso, “[it] is not due to the fact that *one* legal order discriminates but results from divergences among *different* legal orders. (...) In that situation – when reverse discrimination is the result of the collision of *two* autonomous legal orders – such discrimination is usually considered justified because the principle of equality only applies within *one* legal order” (p. 411).

²⁰³ *Idem*, p. 412.

portanto, no sentido analisado, fundada em ponderação constitucional) que impeça a aplicação de normas de direito internacional “need not be regarded as nationalistic reflexes that seek to undermine the performance of international obligations”, senão como “a strategy that provides checks and balances that are lacking at the international level, and which supports the system of international law and its overall legitimacy”²⁰⁴, instituindo uma reciprocidade no potencial compensatório que Peters vislumbra na constitucionalização do direito internacional.

2. A dinâmica cósmico-constitucional

2.1. A engrenagem do direito internacional

Não se pode deixar de referir aqui à já tradicional²⁰⁵ análise de Neil MacCormick, para quem haverá uma dinâmica de pluralismo constitucional na hipótese em que, em um ambiente de múltiplas ordens normativas, cada uma com sua própria Constituição, haja entre elas um mútuo reconhecimento de legitimidade sem que isso implique em – ou dependa de – um reconhecimento de superioridade constitucional de uma sobre a outra²⁰⁶.

Igualmente centrado nas relações estabelecidas entre direito constitucional europeu e direito constitucional dos Estados-membros e propondo uma investigação mais profunda quanto à compreensão da inter-relação entre os diferentes sistemas, MacCormick situa sua reflexão inicialmente sobre a construção, pelo então TJCE, do direito comunitário como uma nova ordem jurídica de carácter *sui generis*. Sua primeira provocação consiste justamente em aventar a possibilidade de que, em vez de decidir pelo carácter *sui generis*, tivesse o TJCE perfilhado uma leitura dos tratados constitutivos típica do direito internacional público. A ponderação perpassa, assim, pela vinculatividade da decisão do TJCE em face das Cortes Constitucionais nacionais, concebendo o problema em termos de reivindicações de competência. O substrato deste exercício conjectural, então, é colocar em relevo a complexa situação em que “the ECJ is not the sole actor here with pretensions to ultimate authority”, já que “the highest tribunals of member states also belong within normative orders in which they claim ultimate authority to adjudicate, and are accustomed to approval, or at least

²⁰⁴ André NOLLKAEMPER. “The Duality... *Op. cit.*, p. 120-121.

²⁰⁵ MacCormick foi referido como “o primeiro a avançar com uma proposta pluralista na concepção da relação entre os ordenamentos jurídicos nacionais e o ordenamento jurídico comunitário” (in Miguel Poiães MADURO. *A Constituição Plural – Constitucionalismo e União Europeia*. S. João do Estoril: Principia, 2006, p. 48).

²⁰⁶ Neil MACCORMICK. “Juridical Pluralism and the Risk of Constitutional Conflict”, in *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: OUP, 1999, p. 104.

acquiescence, in their doing so”²⁰⁷, derivando daí a problemática de um conflito de obrigações.

Recorrendo à obra de Diarmuid Phelan, MacCormick expõe o dilema de *revolta ou revolução* que paira na interação entre os direitos constitucional europeu e domésticos. Neste sentido, alude à controvertida fundamentação do primado do direito comunitário, uma vez que o TJCE o consideraria decorrente da própria Constituição material da União, ao passo em que as Cortes Constitucionais dos Estados-membros o veriam como produto final do próprio direito constitucional doméstico. Tais concepções polarizadas, prossegue, caminhariam em rota de colisão, de modo que, em algum momento, as Cortes Constitucionais nacionais seriam chamadas a optar por uma *revolução*, no sentido de promover uma reforma constitucional “não autorizada” ao subscrever uma supremacia do direito constitucional europeu, ou por uma *revolta*, dirigida contra o TJCE e a construção da doutrina da primazia. Para MacCormick, contudo, o que se aproveita desta discussão contrastante é justamente a necessidade de acomodação não hierárquica dos limites destas ordens²⁰⁸.

Sua proposição consiste, destarte, em uma concepção de *pluralismo sob o direito internacional*, de âmbito assumidamente monista, que eleva o direito internacional a terreno comum de validade das ordens jurídicas nacionais e da União, de modo que nenhuma destas se caracteriza como *subsistema* da outra, mas são ambas ordens coexistentes num universo jurídico comum iluminado pelas normas de direito internacional. Assim, a estrutura de convivência não seria hierárquica, senão coordenada e, nesta medida, sujeita aos postulados do direito internacional²⁰⁹.

O mais interessante, porém, é a distinção que MacCormick faz entre a sua percepção pluralista e aquilo que chama de *pluralismo radical*. Em ambas as hipóteses, ressalta ele, nega-se a dependência de uma ordem constitucional sobre a outra: “the

²⁰⁷ *Idem*, pp. 108-110.

²⁰⁸ Note-se que MacCormick identifica uma inconsistência no argumento de Phelan, apontando que a crítica voltada à concepção *sui generis* do direito europeu baseada na ausência de consentimento expresso dos Estados-membros às doutrinas desenvolvidas pelo TJCE (primazia, efeito direto etc.) não subsiste ao se constatar que “there have been several occasions of Treaty-revision which have provided the opportunity, had anyone taken it, to set out the terms of a new view that would partially repeal the jurisprudence of the ECJ”, isso sem contar que grande parte dos Estados se tornaram membros após decisões como Costa/Van Gend, de modo que “these states signed up to the law of the Community as it was understood at the time of their joining” (*in idem*, pp. 111-113).

²⁰⁹ *Idem*, p. 117.

interpretative power of the highest decision-making authorities of the different systems must be, as to each system, ultimate”²¹⁰. A diferença, porém, reside no papel que MacCormick atribui ao direito internacional como mecanismo conformador da dinâmica de coexistência que propõe. Isto porque, na versão *radical*, apesar da independência das ordens, a solução ultrapassaria os limites legais para ser construída em termos de ação (e acomodação) política. De outra banda, a sua perspectiva pluralista não recorreria da mesma forma à política, mantendo a solução de eventual conflito dentro do próprio campo do direito, no caso, do direito internacional. A premissa, portanto, é de que eventuais colisões entre as ordens jurídicas “do not occur in a legal vacuum, but in a space to which international law is also relevant”²¹¹; o que seria suficiente para “impose a framework on the interactive but not hierarchical relations between systems”²¹².

2.2. A colisão de fragmentos constitucionais

Em outra aproximação, remontando à teoria de Gunther Teubner já aludida no primeiro capítulo, é imperioso notar como o autor concebe, então, aquilo que denomina de *colisão interconstitucional*, o que se insere precisamente neste ângulo de dinâmica ora perquirido. A pertinência da exposição de Teubner radica no manuseio de ordens constitucionais estabelecidas também a partir de regimes transnacionais, que provocam conflitos tão múltiplos quanto suas origens.

Rememorando que as Constituições – nacionais, civis e dos regimes transnacionais – são produto de uma reflexividade dupla (do sistema funcional a que pertencem e, como *coupling*, do direito), à problemática de colisões também reverbera a reprodução expansiva das racionalidades dos seus respectivos sistemas, típicas da fragmentação no processo de

²¹⁰ *Idem*, p. 118. Desenvolvendo o raciocínio para aplicá-lo ao caso estudado, completa: “It must then follow that the constitutional court of a member-state is committed to denying that its competence to interpret the constitution by which it was established can be restricted by decisions of a tribunal external to the system. (...) Conversely, the ECJ is by the same logic committed to denying that its competence to interpret its own constitutive treaties can be restricted by decisions of member-state tribunals” (p. 119).

²¹¹ *Idem*, p. 120. Veja-se, por oportuno, que o autor constrói, então, a aceitação do princípio do primado justamente sob esta ótica, assentando que “a part of the legal considerations that ought to bear upon the deliberations of both state courts and the ECJ is regard for this mutual obligations”, de modo que “it is a clear mutual international obligation of states not to fragment the Community by unilateral decisions either judicial or legislative (or, for that matter, executive)”. Em outra roupagem, interessante notar como tal proposição acaba indo ao encontro da concepção de Pernice de primazia como imposição da leitura conjugada dos objetivos e princípios que estruturam o sistema (cfr. item 3.1 do capítulo 1).

²¹² *Idem*, p. 118.

globalização policêntrica²¹³. É por esta razão que Teubner apenas vislumbra duas formas de resolução heterárquica de conflitos, que consubstanciam opções metaconstitucionais disponíveis ao pluralismo constitucional para permitir um grau básico de integração dos regimes distintos: “internalizing disputes into the decisions of the conflicting regimes themselves, or externalizing them to inter-regime negotiations”, de modo que “the disputes are either shifted to the independent constitutions of the regimes, or to the co-operation between them”²¹⁴. A reação constitucional, então, é variável e dependente da forma de enfrentamento do conflito. Na hipótese de internalização, procede-se à reconstrução das normas de outros regimes na perspectiva interna do regime em que se busca a compatibilização, enquanto no caso de exteriorização a decisão é buscada em processo de cooperação²¹⁵.

Em contraste com as Constituições nacionais, que, em sua empreitada holística, acabam por conquistar um equilíbrio interno em relação às normas produzidas no processo estatal, a falta deste mesmo equilíbrio interno nas Constituições dos regimes transnacionais resulta na insuficiência da abordagem horizontal das normas de direito internacional privado para a resolução de conflitos entre diferentes regimes²¹⁶. Deste modo, é necessário, aduz Teubner, criar um mecanismo para permitir a internalização das racionalidades alheias envolvidas na colisão²¹⁷.

Com efeito, o autor sugere uma escala para a ponderação na internalização de racionalidades divergentes, consistente no que chama de *ordre public transnational*: “projections of the conflicting regimes aiming, from their own perspective, at the global public interest”, que orientariam a interpretação das normas envolvidas no conflito sob um

²¹³ Nesta esteira, o autor identifica quatro situações de colisão interconstitucional que orientam sua exposição. Primeiro, aponta a colisão de normas de dois ou mais regimes internacionais em um mesmo caso, exemplificando com um conflito entre os regimes estabelecidos pelo direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário. Depois, refere-se à incidência de normas de um regime em um caso sob jurisdição de outro, tal como na suscitação de aplicação de regras de direito internacional ambiental perante o Órgão de Apelação da OMC. Um terceiro conflito mencionado é a submissão de uma mesma questão à jurisdição de dois regimes distintos, tal como à OMC e ao Tribunal Internacional do Direito do Mar. E, por fim, a interpretação divergente de uma mesma norma por tribunais pertencentes a regimes distintos (Gunther TEUBNER. *Constitutional... Op. cit.*, pp. 150-151).

²¹⁴ *Idem*, pp. 152-153.

²¹⁵ *Idem*, p. 154.

²¹⁶ Neste sentido, sustentando uma paradoxal vinculação do direito internacional privado às ordens jurídicas nacionais, ver Christian JOERGES. “The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form”, in *RECON Online Working Paper 2010/05*, p. 24.

²¹⁷ Gunther TEUBNER. *Constitutional... Op. cit.*, p. 156.

princípio de tolerância constitucional. Uma tal tolerância, além de impor o reconhecimento, demanda não só que as regras constitucionais do regime contraposto sejam sopesadas, mas também aplicadas no regime *forum*, quando, evidentemente, forem compatíveis – o que se determina em processo hermenêutico interno – com a *ordre public transnational*²¹⁸.

Ao prosseguir sua reflexão sobre as colisões interconstitucionais, Teubner constrói seu raciocínio adotando premissas avançadas por Christian Joerges, que parte de uma abordagem compensatória, a conceber no que propõe como *direito dos conflitos* um meio constitucional de responder à ameaça posta pelo déficit estrutural democrático (consistente na ausência de influência dos cidadãos na produção das normas a que devem observância)²¹⁹. Ao estruturar uma tal teoria, trabalha-se com três hipóteses de conflito em uma perspectiva de governança multinível: (i) *horizontal*, quando normas de diferentes Estados (ou, alargando a proposição, de diferentes regimes situados no mesmo nível “territorial”) colidam em um mesmo caso; (ii) *vertical*, no caso de colisão entre normas de regimes em níveis territoriais distintos (por exemplo, nacional *v.* europeu); e (iii) *diagonal*, em que a norma existente em um nível (como o nacional), apesar de estar em seu âmbito de competência, colida com o *direito* de outro nível (como o europeu)²²⁰.

Utilizando-se deste aglomerado de hipóteses de colisão, Teubner sugere que os conflitos interconstitucionais sejam examinados a partir de um arranjo em *rede* dos diferentes regimes constitucionais²²¹ (o que se harmoniza, ainda que sob outro ângulo, com a argumentação de Peters exposta no item 1.2 deste capítulo).

Isto porque a operacionalização em rede estimula a transposição das contradições externas para “dentro”, permitindo uma reflexão interior em cada *ponto* (os Estados ou os regimes transnacionais, por exemplo, cada qual com sua Constituição) para desenvolver uma solução substantiva do conflito, de modo que, ao submeterem as racionalidades externas no processo reflexivo interno (produzindo de modo descentralizado a *ordre public transnational*), os *pontos* acabam por se transformar em *elos*, na extensão em que se mantêm unidos à rede como um todo. O resultado, como expõe Teubner, é que cada *elo* “project[s]

²¹⁸ *Idem*, pp. 157-158.

²¹⁹ Christian JOERGES. *Op. cit.*, p. 12.

²²⁰ Christian JOERGES; Poul F. KJAER; Tommi RALLI. “A New Type of Conflicts Law as Constitutional Form in the Postnational Constellation”, in *Transnational Legal Theory*, 2011, n. 2, p. 155.

²²¹ Gunther TEUBNER. *Constitutional... Op. cit.*, p. 159

norms of their own for a global *ius non dispositivum* that meet their peculiarities and at the same time take account of the whole by transcending their individual perspectives”²²².

Por fim, contrastando as lógicas que sublinham as Constituições de regimes transnacionais, as Constituições nacionais e as Constituições de grupos indígenas²²³, o autor reforça que, nos conflitos inter-regimes, é a conjugação de elementos das normas constitucionais colidentes que, norteadas para a *ordre public transnational*, conduz à formação de uma espécie de norma híbrida, denotando-se daí o caráter *substantivo* da abordagem. Com isso, ao passo em que a tolerância constitucional é fomentada pela reconstrução interna das normas alheias, é possível manter intacta a autonomia do regime constitucional *forum*. Em tais condições, logra-se atingir um ideal de *sustentabilidade*, princípio que, adaptado à colisão inter-constitucional, “requires that regimes limit their options in such a way that they prevent destructive tendencies and avoid the environmental damage they cause”, o que, ao fim e ao cabo, congloba “the limitative function of regime constitutions that today stands at the centre of societal constitutionalism”²²⁴.

2.3. Princípios contrapontuais

Apesar de também direcionada à relação entre direito constitucional doméstico e direito constitucional europeu, reputa-se oportuno observar a tese avançada por Miguel Poiares Maduro, da qual se extraem princípios cujo alcance, ultrapassando a esfera enfocada pelo autor, podem orientar a solução de colisões constitucionais em diferentes regimes.

Sugerindo um *direito contrapontual*, produto de uma concepção para harmonizar ordens jurídicas distintas sem sobreposição hierárquica, Maduro elenca uma série de princípios que devem subjazer a relação entre elas, figurando como limites para as diferentes reivindicações de autoridade na medida em que consubstanciam regras discursivas a serem compartilhadas para conferir coerência a – e permitir a existência de – um arranjo constitucional pluralista tão amplo quanto possível²²⁵.

²²² *Idem*, pp. 160-161.

²²³ Teubner aborda separadamente as situações de colisão que envolvem culturas indígenas regionais, abarcando-as no conceito de conflitos interculturais. Sustenta que as ordens normativas indígenas estão diluídas em diferentes áreas sociais, motivo pelo qual não encetaram a formação de um sistema legal funcionalmente diferenciado. Cfr. *idem*, pp. 162-170.

²²⁴ *Idem*, pp. 171-173.

²²⁵ Miguel Poiares MADURO. *Op. cit.*, pp. 38-39.

Como objetivo da aplicação destes princípios, Maduro, aludindo à expressão de Cass Sunstein, intenciona a obtenção de “acordos incompletamente teorizados”, isto é, que permitam a confluência a um mesmo desfecho jurídico a despeito de eventuais divergências nos fundamentos que o respaldam²²⁶ (tal como se viu na contraposição abordada por MacCormick, partindo do dilema proposto por Phelan, referente à fundamentação do primado do direito europeu). Com efeito, o autor observa, antes de enumerar os princípios em causa, a necessidade de que os tribunais (domésticos, europeus – ou, aqui se acresce na perspectiva ampliada perseguida, do regime em questão) observem três requisitos básicos quanto à deliberação e fundamentação de suas decisões: (i) que sejam universalizáveis aos demais componentes do sistema; (ii) que sejam elaboradas sem perder de vista as teorias rivais, a elas se adaptando; e (iii) que dirijam, pois, à mesma conclusão de aplicação. Assim, torna-se factível às ordens constitucionais “salvaguardar a sua autoridade normativa ao mesmo tempo que respeitam a autoridade normativa do outro sistema”²²⁷.

Para intermediar o cumprimento destes pressupostos, o primeiro princípio apontado é justamente o *pluralismo*, enfrentado em uma dupla face. Em sua face *fundacional*, exige que cada ordenamento jurídico, ao afirmar a sua autoridade normativa, não o faça negando ou rejeitando as reivindicações oriundas dos demais. Daí resulta que não se pode deslegitimar as afirmações de autoridade normativa dos ordenamentos coexistentes, impondo a todos que se reconheçam e, na medida do possível, adaptem-se mutuamente. Em sua face *participativa*, de denominação autoexplicativa, impõe a participação, na formação do discurso jurídico, dos diversos atores inseridos no contexto analisado (*in casu*, Maduro refere-se à formação do discurso jurídico europeu)²²⁸.

Por outro lado, apresenta Maduro o princípio da *consistência e coerência horizontal e vertical*, ao qual estão atrelados o diálogo e, numa perspectiva da teoria de Teubner, a internalização da racionalidade discursiva dos demais ordenamentos. Neste tocante, o autor descreve a importância de que, para obter coerência sistêmica, as decisões de cada tribunal levem em consideração as decisões anteriores, de modo que a consistência derive desta

²²⁶ *Idem*, p. 40.

²²⁷ *Idem*, p. 40.

²²⁸ *Idem*, pp. 41-43.

deferência discursiva em um plano vertical (no caso, em relação ao TJUE) e em um plano horizontal (em relação aos demais tribunais nacionais que integram o contexto pluralista)²²⁹.

Em seguida, Maduro introduz o princípio da *universalidade*, segundo o qual as deliberações dos órgãos judiciais envolvidos no contexto de pluralismo constitucional devem orientar-se em “termos universais”, ou seja, que possam ser replicados, em situações análogas, pelos órgãos judiciais dos demais ordenamentos, o que, ao fim, acaba por tonificar a consistência e coerência do sistema, na medida em que um tal princípio demandaria, em seus últimos termos, que “os tribunais nacionais interiorizassem no seu processo deliberativo os potenciais efeitos de suas decisões noutros ordenamentos jurídicos nacionais”²³⁰, o que aqui se entende valer também, evidentemente, aos tribunais não domésticos em seus respectivos ambientes²³¹.

Por fim, diante da multiplicidade de instâncias para a composição de conflitos inerente a uma estrutura pluralista, Maduro indica o princípio da *escolha institucional* como forma de melhor delinear as fronteiras entre os diferentes sistemas jurídicos, na extensão em que demanda o assentimento consciente de cada um deles para se perceber como *uma* das alternativas institucionais existentes²³². Assim, com tais princípios na base do direito *contrapontual*, Miguel Poiars Maduro aponta que, no que atine à prevenção de conflitos, a teoria que avança não se limita ao momento de um “estado excepcional”, quando efetivamente concorrem dois tribunais distintos em termos de afirmação de autoridade última, mas tem a virtude de promover a regulação da *normalidade*. Daí exsurge, então, sua proposição no sentido de que os tribunais envolvidos disponham de “mecanismos de adequação a concorrentes reivindicações de autoridade”²³³, que exemplifica na

²²⁹ *Idem*, pp. 43-45.

²³⁰ *Idem*, p. 46.

²³¹ Neste sentido, ao comentar o julgamento *PSPP* pelo *Bundesverfassungsgericht* (cfr. item 3.1.1 deste capítulo), Maduro reforça a proeminência deste princípio da universalidade, destacando que cabe às “constitutional courts not to lose sight, when they engage with EU law, that they are part of a system with other legal orders, with different needs, and must try to accommodate these needs and interpret their national constitutions in that light”, pelo que critica justamente o distanciamento da Corte Constitucional Alemã ao adotar “an approach that, under the cover of protecting national democracy, makes a limited reading of what democracy means today, in a context of increased interdependence” (Miguel Poiars MADURO. “Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court”, in *Verfassungsblog*, 06/5/2020).

²³² Miguel Poiars MADURO. *A Constituição... Op. cit.*, p. 47.

²³³ Um tal mecanismo equivaleria, ainda, à doutrina da margem de apreciação, cujo potencial vislumbrado por Andreas Follesdal parece encaixar-se nesta concepção de adequação e reconhecimento descrita por Maduro. Neste sentido, ao sugerir a importação para o sistema interamericano, aquele autor sustenta que “the margin of appreciation doctrine may thus arguably serve to bolster the independence of the judiciary, supplementing the

discrecionalidade gradativamente ampliada pelo TJUE aos tribunais domésticos, capaz de fomentar adequação e reconhecimento recíprocos²³⁴.

Não obstante, Maduro deixa registrado que “a reivindicação de autoridade última deveria ser assumida por parte dos tribunais constitucionais nacionais apenas em caso de detecção de um conflito sistémico entre o ordenamento jurídico europeu e a identidade da Constituição nacional”²³⁵, o que parece convergir com a já descrita posição da Constituição no *pluriversum*.

3. Colisões e desvios em ação

Para dinamizar as contribuições teóricas e permitir a obtenção de considerações mais assertivas, é oportuno analisar também como algumas Constituições nacionais se inserem neste ambiente pluralista, observando, evidentemente, a posição das respectivas cortes constitucionais, uma vez que, como já se podia antever com o exemplo do efeito direto, elas detêm “a critical political function at the intersection of legal orders”²³⁶ e, nesta medida, tornam-se fundamentais no processo interativo.

Com efeito, os tribunais domésticos, nomeadamente as Cortes Constitucionais, exercem papel cada vez mais relevante na harmonização das diferentes ordens jurídicas. Neste sentido, aliás, é inegável que normas de direito internacional, supranacional e transnacional são paulatinamente mais reivindicadas perante os tribunais domésticos, mormente diante da multiplicação daquelas de conteúdo “inward-looking”, isto é, que impõem obrigações ao Estado na perspectiva de sua jurisdição interna²³⁷. A forma com que tais cortes nacionais lidam com normas internacionais varia consideravelmente, principalmente diante das particularidades constitucionais no seu tratamento²³⁸. Daí que, para apreender um enfoque pragmático de como estas interações são atualmente

IACtHR’s doctrine of ‘conventionality control’ – ordering national judges to disregard national legislation when it contravenes the Inter-American Convention” (in Andreas FOLLESDAL. “Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights”, in *IJCL* 15, 2017, n. 2, p. 370). Em sentido similar, explorando a correlação entre deferência dos tribunais supranacionais e um incremento de *compliance* dos tribunais domésticos, ver Jannek GERARDS. “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, in *ELJ* 17, 2011, n. 1, pp. 82-89.

²³⁴ Miguel Poiars MADURO. *A Constituição...* *Op. cit.*, pp. 50-51.

²³⁵ *Idem*, p. 50.

²³⁶ André NOLLKAEMPER. “The Duality... *Op. cit.*, p. 105.

²³⁷ Antonios TZANAKOPOULOS. *Op. cit.*, pp. 138-142.

²³⁸ *Idem*, pp. 142-143.

confrontadas, torna-se necessário vislumbrar, de modo sintético e sem pretensão de exaustão da matéria, algumas práticas constitucionais que oxigenam esta relação.

Para tanto, sendo obviamente impossível analisar diversas jurisprudências distintas neste espaço, os primeiros dois itens deste tópico se dedicarão à análise, um pouco mais pormenorizada, das realidades constitucionais alemã e italiana, uma vez que as doutrinas edificadas pelas respectivas Cortes Constitucionais assumem posição de destaque no debate da relação entre o direito doméstico e o direito internacional e, em especial, o direito europeu²³⁹. Em seguida, a fim de complementar a perspectiva buscada, julga-se oportuno traçar algumas concisas considerações sobre outros três sistemas, nomeadamente o holandês, diante de sua notável abertura ao direito alienígena, o português, em razão da recentíssima decisão de seu Tribunal Constitucional que muito agrega ao que aqui se perquire, e o brasileiro, visando a expandir o horizonte para além da moldura europeia.

3.1. Alemanha

A contribuição da Alemanha para o desenvolvimento das relações entre direito doméstico e alienígena é bastante extensa, mormente diante da indisputável proeminência da jurisprudência de sua Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG).

Neste sentido, cabe destacar que o BVerfG, ao longo do tempo, desenvolveu duas doutrinas distintas para lidar com a interação do direito doméstico com as normas (i) de direito europeu e (ii) de direito internacional. Com efeito, Niels Petersen sintetiza ambas as linhas jurisprudenciais ao revelar que, no que concerne ao direito europeu, o BVerfG “accepts the supremacy of EU law in principle, but has carved out several exceptions to safeguard fundamental values of the German Constitution”, enquanto, em relação ao direito internacional, “the Court insists on the supremacy of the German Constitution over international law”²⁴⁰.

²³⁹ Cfr. Davide PARIS. “Limiting the Counter-Limits. National Constitutional Courts and the Scope of the Primacy of EU Law”, in *Italian Journal of Public Law* 10, 2018, n. 2, p. 206. A relevância das doutrinas desenvolvidas pelas citadas Cortes Constitucionais também se percebe no recente Acórdão n. 422/2020 do TCP.

²⁴⁰ Niels PETERSEN. “Germany”, in *Duelling for Supremacy: International Law vs. National Fundamental Principles*, Fulvio Maria Palombino (ed.). Cambridge: CUP, 2019, p. 89.

3.1.1. A relação com o direito europeu

A doutrina que subjaz a relação entre o direito (constitucional) doméstico e o direito europeu foi construída em um longo período de tempo pelo BVerfG, notando-se a sua densificação até hoje²⁴¹. Em síntese, a Corte estabeleceu três premissas condutoras para este envolvimento: compatibilidade de proteção de direitos fundamentais no nível europeu, preservação da identidade constitucional alemã e controle de atos *ultra vires*²⁴².

No célebre caso *Solange I*²⁴³, a Corte Constitucional Alemã enfrentou a possibilidade de conflito entre o direito comunitário e o direito constitucional doméstico, notadamente no tocante aos direitos fundamentais assegurados na Lei Básica. O acórdão subscreve o entendimento de que o direito constitucional doméstico e o direito comunitário materializam duas esferas legais distintas e independentes em termos de validade, pelo que competiria ao TJCE decidir sobre a observância do direito comunitário e aos órgãos nacionais, em última instância à Corte Constitucional, sobre a observância do direito constitucional alemão. Assim, impor-se-ia, a ambas às Cortes, “sich um die Konkordanz beider Rechtsordnungen in ihrer Rechtsprechung zu bemühen”²⁴⁴. Entretanto, diante da hipótese de este esforço não resultar suficiente, advindo, portanto, um conflito entre os dois sistemas jurídicos, o BVerfG rechaça a prevalência incondicional do direito comunitário sobre o direito constitucional doméstico. Neste tocante, a Corte enfatiza que a “transferência de soberania” às organizações internacionais a que alude o art. 24 da GG “eröffnet nicht den Weg, die Grundstruktur der Verfassung, auf der ihre Identität beruht, ohne Verfassungsänderung, nämlich durch die Gesetzgebung der zwischenstaatlichen Einrichtung zu ändern”²⁴⁵.

Portanto, conclui o BVerfG, a possibilidade aberta pelo referido art. 24 não pode comprometer a estrutura básica da Lei Fundamental e, na medida em que os direitos fundamentais constituem este arcabouço, a transferência de poderes soberanos a instituições internacionais deve ser acompanhada de um padrão protetivo de direitos fundamentais substancialmente compatível com aquele existente internamente, uma vez que, de outro modo, ter-se-ia uma indesejada alteração (informal) de sua estrutura. Daí que, ao constatar

²⁴¹ Cfr. BVerfGE, 2 BvR 859/15 (05 de maio de 2020).

²⁴² Niels PETERSEN. *Op. cit.*, p. 90.

²⁴³ BVerfGE 37, 271 (29.05.1974 - 2 BvL 52/71).

²⁴⁴ *Idem* (278-279).

²⁴⁵ *Idem* (279).

a ausência de uma proteção, nestes moldes, no nível comunitário, o BVerfG entendeu preservada sua competência para revisar o direito comunitário secundário, parametrizado em face dos direitos fundamentais assegurados pela GG, *enquanto* não se consolidasse um sistema efetivo de salvaguarda dos direitos fundamentais em grau equiparável ao disponível domesticamente²⁴⁶.

Não obstante, doze anos depois, em 1986²⁴⁷, a Corte Constitucional Alemã constatou uma alteração no panorama fático-jurídico comunitário, com o avanço do processo integrativo²⁴⁸, vislumbrando o desenvolvimento de um *standard* europeu de direitos fundamentais suficiente²⁴⁹. Por tal razão, tendo em vista o que tinha decidido em *Solange I*, o BVerfG acabou invertendo a lógica, sustentando que, *enquanto* a proteção europeia permanecesse compatível com aquela preconizada na Lei Fundamental, não procederia à revisão do direito secundário tal como havia admitido²⁵⁰.

A segunda linha, concernente à preservação da identidade constitucional, aponta Petersen²⁵¹, iniciou no julgamento referente ao Tratado de Maastricht e se solidificou quando do caso relativo ao Tratado de Lisboa. A primeira decisão²⁵² revolveu essencialmente a extensão do princípio democrático e da legitimação popular do poder, em face do art. 38 da

²⁴⁶ “Das Ergebnis ist: Solange der Integrationsprozeß der Gemeinschaft nicht so weit fortgeschritten ist, daß das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist, ist nach Einholung der in Art. 177 des Vertrags geforderten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs die Vorlage eines Gerichts der Bundesrepublik Deutschland an das Bundesverfassungsgericht im Normenkontrollverfahren zulässig und geboten, wenn das Gericht die für es entscheidungserhebliche Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in der vom Europäischen Gerichtshof gegebenen Auslegung für unanwendbar hält, weil und soweit sie mit einem der Grundrechte des Grundgesetzes kollidiert.” BVerfGE 37, 271 (285).

²⁴⁷ BVerfGE 73, 339 (22.10.1986 - 2 BvR 197/83).

²⁴⁸ Para um relato evolutivo da proteção dos direitos fundamentais no cenário comunitário, ver Jónatas E. M. MACHADO. *Direito da União... Op. cit.*, pp. 309-331.

²⁴⁹ BVerfGE 73, 339 (378).

²⁵⁰ “Angesichts dieser Entwicklung ist festzustellen: Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen; entsprechende Vorlagen nach Art. GG Artikel 100 Abs. GG Artikel 100 Absatz 1 GG sind somit unzulässig.” (BVerfGE 73, 339 [387]).

²⁵¹ Niels PETERSEN. *Op. cit.*, pp. 92-93.

²⁵² BVerfGE 89, 155 (12.10.1993 - 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92).

GG, oportunidade em que o BVerfG traçou algumas condições para que, neste panorama, não houvesse violação ao princípio em causa.

Neste sentido, em síntese, assentou-se que a preservação do princípio da democracia pressupõe uma limitação na transferência de poderes soberanos, uma vez que, como a legitimação democrática da União seria canalizada através dos parlamentos nacionais, pressupõe-se a conservação, pelos Estados, de competências e poderes suficientes para permitir a subsistência de uma *lebendige Demokratie* no nível nacional²⁵³. Ademais, impõe-se que os poderes conferidos à União sejam suficientemente determinados, porquanto uma transferência genérica de competências implicaria na subtração da legitimação democrática, violando, assim, o princípio em questão²⁵⁴.

Como consequência destas concepções, inclusive, o BVerfG anuncia, já na decisão de *Maastricht*, a possibilidade de controle de atos *ultra vires*. Isto porque, como o princípio democrático demanda a atuação das instituições supranacionais nos limites dos poderes conferidos, a implementação ou desenvolvimento do Tratado pelas instituições europeias para além destas raias careceria de aplicabilidade no território nacional. Assim, tornar-se-ia possível ao BVerfG analisar se os atos da União observaram ou ultrapassaram os limites dos poderes conferidos²⁵⁵.

Na decisão sobre o Tratado de Lisboa²⁵⁶, por sua vez, o BVerfG procedeu expressamente à demarcação das balizas no tocante à identidade constitucional. Levando adiante a doutrina formada em *Maastricht*, a Corte reforça que a Lei Fundamental veda a transferência de poderes cujo exercício pela União implique no estabelecimento autônomo de competências, isto é, na competência de firmar a própria competência (*Kompetenz-Kompetenz*), exigindo que o programa de integração seja suficientemente preciso e condizente com a posição dos Estados-membros de *Herren der Verträge*, corolário da obrigação existente no plano supranacional de respeito às identidades constitucionais nacionais²⁵⁷.

²⁵³ *Idem* (186).

²⁵⁴ *Idem* (187).

²⁵⁵ *Idem* (188).

²⁵⁶ BVerfGE 123, 267 (30.06.2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09).

²⁵⁷ *Idem* (349-350).

Além de consignar como núcleo da identidade constitucional as disposições que constituem cláusulas pétreas, não sujeitas sequer à emenda (art. 79[3] conjugado com os arts. 1º e 20 da GG), o BVerfG, a convergir com sua asserção pretérita de que uma margem suficiente de poder e atribuições deve permanecer no âmbito estatal, aponta como áreas sensíveis à legitimação democrática o direito criminal, o monopólio do uso da força e defesa nacional, a política de receita e gastos públicos, políticas de condições de vida e de relevância cultural (tal como direito de família, sistema educacional e relacionamento com as comunidades religiosas), cuja transferência para o plano supranacional também poderia colocar em causa a identidade constitucional²⁵⁸. Daí que, para que não haja afronta ao que prevê a GG, além de uma atuação pautada pelo princípio da atribuição (*das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*), devem as instituições europeias primar pela *subsidiariedade*.

Por conseguinte, à jurisdição interna dos Estados-membros, ao BVerfG no caso alemão, é possível realizar dois exames em relação aos atos das instituições europeias: a revisão parametrizada na identidade constitucional (*Identitätskontrolle*) ou no limite das competências conferidas (*ultra-vires-Kontrolle*)²⁵⁹.

Em julgamento posterior, sob a premissa de que “die Ultra-vires-Kontrolle darf nur europarechtsfreundlich ausgeübt werden”²⁶⁰, o BVerfG delineou os pressupostos material e procedimental para o seu exercício. No primeiro aspecto, a Corte assentou a necessidade de que a violação do princípio da atribuição por parte de um órgão europeu seja *manifesta* e, ainda, provoque um *impacto significativo* na distribuição de competências em detrimento dos Estados-membros. No segundo ponto, estabeleceu-se a obrigatoriedade de submissão da questão ao TJUE, em forma de reenvio prejudicial, para oportunizar que o órgão se manifeste sobre a validade e interpretação do ato impugnado²⁶¹.

²⁵⁸ *Idem* (359).

²⁵⁹ “Das Zustimmungsgesetz und die innerstaatliche Begleitgesetzgebung müssen demnach so beschaffen sein, dass die europäische Integration weiter nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung erfolgt, ohne dass für die Europäische Union die Möglichkeit besteht, sich der Kompetenz-Kompetenz zu bemächtigen oder die integrationsfeste Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten, hier des Grundgesetzes, zu verletzen. (...) Sowohl die Ultra-vires- als auch die Identitätskontrolle können dazu führen, dass Gemeinschafts- oder künftig Unionsrecht in Deutschland für unanwendbar erklärt wird.” (BVerfGE 123, 267 [353-354])

²⁶⁰ BVerfGE 126, 286 (06.07.2010 - 2 BvR 2661/06).

²⁶¹ *Idem* (303-304).

Até o momento, no entanto, o BVerfG proferiu uma única decisão, em maio de 2020, que efetivamente reconheceu a prática de um ato europeu *ultra vires*. Por meio de uma reclamação constitucional, argumentou-se perante a Corte Constitucional que o programa de aquisição de obrigações de dívida soberana (PSPP) do Banco Central Europeu (BCE) teria violado a vedação de financiamento monetário da dívida pública dos Estados-membros (art. 123 TFUE) e o princípio da atribuição (art. 5(1) TUE, arts. 119, 127 *et seq.* TFUE)²⁶². O BVerfG referiu a questão prejudicialmente ao TJUE, que decidiu que o BCE não excedeu suas competências com o lançamento do PSPP ou, tampouco, violou a citada proibição de financiamento²⁶³.

Não obstante, o BVerfG considerou o referido julgamento do TJUE *ultra vires* e, deste modo, deixou de segui-lo. A Corte Constitucional sustentou que, ao apreciar as decisões do Conselho do BCE referentes ao PSPP e, ao fim, reconhecer que estavam dentro de seu âmbito de competência, o TJUE procedeu a um controle insuficiente, deixando de levar em conta a importância e o alcance do princípio da proporcionalidade, principalmente por não ter ponderado a questão dos efeitos e impactos econômicos do programa. Por tal razão, afirmou o BVerfG, a decisão do TJUE seria insustentável do ponto de vista metodológico, apresentando-se como *incompreensível* e, assim, objetivamente arbitrária²⁶⁴. Daí ter o BVerfG considerado que a decisão do TJUE permitiria ao BCE, em última instância, uma expansão autônoma e gradativa de suas competências, de modo que, tal como realizados, a interpretação do princípio da proporcionalidade e a demarcação de competência do BCE nela assente excederam o mandato atribuído ao TJUE, resultando na qualidade *ultra vires* do julgamento proferido²⁶⁵.

Com efeito, por ter reputado o julgamento do TJUE *ultra vires*, o BVerfG procedeu então, ele próprio, ao controle para determinar se as decisões de adoção e implementação do PSPP se inseriam na esfera de competências atribuídas ao BCE pelo direito primário, uma vez que tal indagação seria preliminar à apreciação de eventual transgressão do Governo Federal e do *Bundestag* para com suas responsabilidades derivadas do processo integrativo (*Integrationsverantwortung*). Ao fazê-lo, a Corte Constitucional conclui que, em razão da

²⁶² BVerfGE, 2 BvR 859/15, 05/05/2020.

²⁶³ TJUE, Caso *Weiss e Outros*, Processo C-493/17, 11 de dezembro de 2018.

²⁶⁴ BVerfGE, 2 BvR 859/15, par. 123.

²⁶⁵ *Idem*, par. 156.

ausência de critérios suficientes de proporcionalidade, as decisões atinentes ao PSPP não se inseririam na esfera de competência de política monetária do BCE (art. 127[1] TFUE, primeira parte) ou de apoio às políticas econômicas dos Estados-membros (art. 127[1] TFUE, *in fine*)²⁶⁶. Isto porque, em síntese, o BCE não demonstrou uma ponderação dos objetivos da política monetária em face dos efeitos econômicos decorrentes do PSPP, o que, ao fim, implicaria na violação do princípio da proporcionalidade. Deste modo, as decisões do Conselho do BCE em causa afrontaram o art. 5 (1) e (4) do TUE, acarretando, por consectário, no reconhecimento de que ultrapassam o mandato de política monetária conferido pelo art. 127 TFUE, caracterizando-se também como *ultra vires*²⁶⁷.

A decisão, surpreendente, gerou fortes reações²⁶⁸, não só por, como destacou Ingolf Pernice, colocar o Governo Federal Alemão e o *Bundestag* “in a legally and politically impossible position”²⁶⁹, mas principalmente por refletir, de forma ainda imprevisível, na relação existente entre o direito constitucional dos Estados-membros e o direito europeu²⁷⁰.

3.1.2. A relação com o direito internacional

No tocante ao direito internacional, indica Pertersen que a doutrina assumida pelo BVerfG é significativamente distinta da orientada ao direito europeu. Neste sentido, o nível hierárquico na ordem interna e a possibilidade de efeito direto são variáveis, de modo que, enquanto o direito consuetudinário e os princípios gerais de direito internacional são automaticamente considerados como integrantes do ordenamento alemão e, nos termos do art. 25 da GG, estão hierarquicamente acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição; o direito derivado dos tratados internacionais obtém validade por meio do ato de ratificação respectivo, cuja posição hierárquica se estenderá às normas então ratificadas²⁷¹.

²⁶⁶ *Idem*, par. 164.

²⁶⁷ *Idem*, par. 177.

²⁶⁸ Neste sentido, cfr. Christian CALLIÈS. “Struggling About the Final Say in EU Law: The ECB Ruling of the German Federal Constitutional Court”, in *Oxford Business Law Blog*, 25/6/2020; e Toni MARZAL. “Is the BVerfG PSPP decision “simply not comprehensible”? A critique of the judgment’s reasoning on proportionality”, in *VerfassungsBlog*, 09/5/2020.

²⁶⁹ Ingolf PERNICE. “Judges trigger a political break-through for the future of the EU — How the Constitutional Court pushed Germany towards financial solidarity”, in *#BerlinPerspectives* 2, 2020.

²⁷⁰ Tribunal de Justiça da União Europeia. *Press release following the judgment of the German Constitutional Court of 5 May 2020*. 08/5/2020. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058en.pdf>.

²⁷¹ Niels PETERSEN. *Op. cit.*, p. 96.

Consoante anuncia o BVerfG, o dever de respeito ao direito internacional, que decorre da abertura constitucional a ele (*Völkerrechtsfreundlichkeit*), reclama não só que as autoridades estatais alemãs cumpram as normas de direito internacional que são vinculantes na República Federal Alemã, abstendo-se de violações, mas também que o poder legislativo assegure que as violações a normas de direito internacional cometidas por órgãos estatais alemães possam ser corrigidas na ordem jurídica doméstica. De igual modo, do princípio em análise também deriva a adoção do direito internacional como norte interpretativo de direitos fundamentais, dos princípios constitucionais inerentes ao Estado de Direito e das leis ordinárias²⁷².

Neste sentido, inclusive, diante de um conflito com uma norma interna, deve-se primeiramente verificar a possibilidade de interpretá-la de uma forma congruente, orientada ao direito internacional (*völkerrechtsfreundliche Auslegung*). Somente em casos inconciliáveis é que se lança mão das regras para solução de antinomia de normas (*lex specialis* e *lex posterior*). É por tal razão, desde logo se nota, que Petersen conclui que “conflicts between international and national law do not lend themselves to a formal solution”²⁷³, pressuposto de uma abordagem pluralista.

No conhecido caso *Görgülü*, o BVerfG, além de reforçar as considerações sobre o relacionamento em geral do direito doméstico com o direito internacional, traçou linhas específicas no que concerne ao direito internacional dos direitos humanos, nomeadamente o que deriva da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e das decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). Com efeito, a Corte Constitucional aclarou que, apesar do *status* de lei federal que ostenta a CEDH e de não se prestar a parâmetro de controle de constitucionalidade, ela deve ser levada em consideração para a interpretação do direito doméstico, servindo, juntamente com a interpretação dela realizada pelo TEDH, “on the level of constitutional law, as guides to interpretation in determining the content and scope of fundamental rights and constitutional principles of the Basic Law”²⁷⁴.

Como a Lei Fundamental é baseada na concepção clássica de que direito internacional público e direito doméstico são duas esferas jurídicas distintas, cujo relacionamento, no entanto, é determinado desde uma perspectiva interna, pela própria

²⁷² BVerfGE 141, 1 (15.12.2015 - 2 BvL 1/12), par. 70-71.

²⁷³ Niels PETERSEN. *Op. cit.*, pp. 96-97 e 103.

²⁷⁴ BVerfGE 111, 307 (14.10.2004 - 2 BvR 1481/04), par. 30-32.

ordem doméstica, disso decorre que o efeito das decisões de um tribunal internacional são definidos de acordo com a Constituição e com o respectivo conteúdo do tratado ou convenção incorporados²⁷⁵. Nesta esteira, o BVerfG reconhece que sobre os tribunais domésticos não recai uma obrigação inarredável de seguir as decisões de tribunais internacionais, mas sim de efetivamente levá-las em consideração quando relevantes e incidentes ao caso sob análise, justificando de modo fundamentado na hipótese de delas divergirem²⁷⁶, sob pena de se caracterizar uma violação de direitos fundamentais atados ao princípio do *rule of law*, o que tornaria admissível uma reclamação constitucional ao BVerfG²⁷⁷.

Mesmo nos casos em que deixa de aplicar uma norma internacional ou a interpretação a ela conferida por um tribunal internacional, percebe-se uma estrutura suficientemente pluralista, na medida em que, como conclui Niels Petersen, “national courts justify deviations from international law by identifying a national fundamental principle whose safeguarding makes a deviation from international law necessary and by giving reasons for the deviation”, mormente ao constatar que, nestes casos, “the domestic courts do not deny the validity of the international obligation, but accept the violation of international law and the forum State’s international responsibility”²⁷⁸.

3.2. Itália

Outro país europeu com uma jurisprudência constitucional enfática sobre a relação entre direito constitucional doméstico e direito internacional e europeu, a Itália, também diante do contexto histórico do pós-guerra, possui uma Constituição igualmente marcada pela abertura à cooperação internacional, ao que se inclui uma postura receptiva de sua Corte Constitucional (*Corte Costituzionale*), que, como descreve Daniele Amoroso, provou-se

²⁷⁵ *Idem*, par. 34 e 37.

²⁷⁶ Christian TOMUSCHAT. “The Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court”, in *GLJ 11*, 2010, n. 5, pp. 522-523. O autor, contudo, tece críticas à decisão por considerar que, no tocante à solução de casos individuais (e, não, portanto, na relativa à generalização do entendimento para casos semelhantes), “after Strasbourg has spoken the final word in an individual case, the national authorities have no license to dispose of such a pronouncement according to their own discretion, except if new circumstances have emerged that could not have been foreseen by the European judges” (p. 523).

²⁷⁷ BVerfGE 111, 307, par. 47.

²⁷⁸ Niels PETERSEN. *Op. cit.*, p. 105.

disposta a “maximize the respect for international and EU law by national authorities, including the legislative branch”²⁷⁹.

3.2.1. A relação com o direito europeu

O estudo deste tópico remonta a 1964, quando a *Corte Costituzionale*, decidindo o caso *Costa v. ENEL*, traçou as primeiras linhas sobre esta relação ao ser confrontada com possível inconstitucionalidade da lei que instituiu a ENEL, sob o argumento de que ela afrontaria as disposições do então Tratado de Roma e, como ele limitava a soberania nacional nos termos do art. 11 da Constituição, haveria a consequente violação constitucional. A alegação, no entanto, não foi acolhida pela Corte, que, por entender que o art. 11 não lhe atribui um valor particular, concebeu a lei de ratificação e execução do tratado com *status* hierárquico de lei ordinária, resolvendo a questão concreta “secondo i principi della successione delle leggi nel tempo”²⁸⁰.

Com efeito, no julgamento 183/1973, debruçando-se especificamente sobre a compatibilidade constitucional da eficácia dos regulamentos comunitários, de reclamada aplicação direta, no ordenamento interno, a Corte constata que a participação no Tratado de Roma derivou de uma escolha política do Estado italiano, que, por um lado, limitou sua soberania diante da transferência parcial, aos órgãos comunitários, do exercício da função legislativa, “con la corrispondente limitazione di quella propria degli organi costituzionali dei singoli Stati membri”²⁸¹, e, por outro, encontrou contrapartida na atuação dos representantes italianos na Comunidade.

Assim, não só reconhece que, para garantir a igualdade e a segurança jurídica, as normas comunitárias (regulamentos, no caso) exigem aplicação direta e uniforme em todos os Estados-membros, dispensando atos de incorporação, como também consigna que compõem um ordenamento autônomo, *comunitário*, que não se confunde com o direito interno, internacional ou estrangeiro. Rechaçando, então, a violação constitucional de reserva legal (art. 23) pela possibilidade de edição de regulamentos com imposição de obrigações patrimoniais, a Corte destaca que, como as normas comunitárias constituem “emanazione di una fonte di produzione autonoma”, devem observar os princípios e critérios

²⁷⁹ Daniele AMOROSO. “Italy”, in *Duelling for Supremacy: International Law vs. National Fundamental Principles*, Fulvio Maria Palombino (ed.). Cambridge: CUP, 2019, p. 184.

²⁸⁰ *Corte Costituzionale, Sentenza 14/1964*, par. 6.

²⁸¹ *Corte Costituzionale, Sentenza 183/1979*, par. 5.

estabelecidos no próprio tratado constitutivo e não na Constituição nacional²⁸². Reconhece então, pela primeira vez, a prevalência de um regulamento comunitário sobre a legislação doméstica.

Não obstante, arquitetando a sua doutrina de *contralimites*, apesar de reconhecer a autoridade do Tribunal de Justiça da Comunidade para controlar os atos das instituições comunitárias, a *Corte Costituzionale* ressalva que a limitação de soberania autorizada pelo art. 11 da Constituição não é incondicional, razão pela qual afirma não ser possível cogitar aos órgãos comunitários “un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana”²⁸³.

Mais adiante, dinamizando a relação entre direito doméstico e comunitário, a Corte esclareceu que, sempre que possível, deve-se proceder à interpretação das normas internas infraconstitucionais visando à compatibilidade com a regulamentação supranacional. No entanto, desenvolvendo o argumento acima *alle ultime conseguenze*, a *Corte Costituzionale* fixa a prevalência, em um conflito irreconciliável, do direito comunitário sobre atos legislativos domésticos, anteriores ou posteriores, o que não implica na revogação da norma interna incompatível, que permanece hígida quando analisada fora do alcance material e temporal da norma comunitária²⁸⁴.

A Corte avançou com mais propriedade na possível aplicação da *doutrina dos contralimites* no julgamento 232/1989, quando requerida a fiscalização de constitucionalidade do art. 177 do Tratado da CEE tal como interpretado pelo TJCE, no sentido de restringir a eficácia da declaração de nulidade de um regulamento comunitário inclusive em relação ao processo que originou a decisão prejudicial, tornando-a ineficaz. Apesar de, ao fim, ter inadmitido a demanda por razão procedimental, a *Corte Costituzionale* sinalizou que o princípio da tutela jurisdicional, de caráter fundamental na ordem constitucional italiana, seria aparentemente esvaziado diante da interpretação conferida pelo TJCE ao dispositivo comunitário em questão²⁸⁵, caso em que, não fosse o obstáculo que acarretou na inadmissão, poderia ter ensejado o reconhecimento de inconstitucionalidade.

²⁸² *Idem*, par. 7-8.

²⁸³ *Idem*, par. 9.

²⁸⁴ *Corte Costituzionale, Sentenza 170/1984*, par. 4-5.

²⁸⁵ “In sostanza, il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma

A efetiva aplicação da doutrina dos *contralimites*, a provocar um intenso debate com o TJUE, foi, no entanto, observada somente na última década, na já famosa “saga *Taricco*”. A partir de um reenvio prejudicial, o TJUE decidiu que os dispositivos domésticos italianos (arts. 160 e 161 do Código Penal) acabavam por limitar sobremaneira a punição de fraudes em matéria de imposto de valor acrescentado, dado o regime de prescrição para tais infrações, de modo a violar o art. 325 (1) e (2) do TFUE. Por tal razão, determinou que os tribunais domésticos deixassem de aplicar a legislação em causa se impedissem “a aplicação de sanções efetivas e dissuasoras num número considerável dos casos de fraude grave lesiva dos interesses financeiros da União Europeia” ou se estipulassem “prazos de prescrição mais longos para os casos de fraude lesiva dos interesses financeiros do Estado-Membro em causa do que para os casos de fraude lesiva dos interesses financeiros da União Europeia”²⁸⁶.

Diante deste julgamento, alguns tribunais domésticos suscitaram à *Corte Costituzionale* uma questão de constitucionalidade, confrontando-o com o princípio constitucional da legalidade, que demandaria uma determinação suficientemente precisa da norma penal e impediria a aplicação retroativa. Reconhecendo a competência do TJUE para a interpretação do direito europeu, a Corte não deixa de rememorar a impossibilidade de “imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale”, levando-a a enfatizar que, se eventual aplicação do art. 325 do TFUE, tal como interpretado pelo TJUE, constituísse violação irreconciliável do princípio da legalidade em matéria penal, teria ela “il dovere di impedirlo”²⁸⁷.

Assim, apesar de tecer diversas considerações sobre a amplitude do princípio da legalidade, adiantando os pontos em que acabaria afrontado pela decisão do TJUE, a *Corte Costituzionale* não acionou, neste momento, os *contralimites* em face do julgamento *Taricco*. Estabelecendo um diálogo, com uma linguagem sugestiva e explorando os trechos do julgamento, a Corte considerou subsistir dúvida quanto à interpretação conferida pelo TJUE, razão pela qual entendeu apropriado buscar, por meio de novo reenvio prejudicial, esclarecimentos sobre o efetivo significado a ser atribuído ao art. 325 do TFUE, colocando

non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima” (*Corte Costituzionale, Sentenza 232/1989*, par. 4.2).

²⁸⁶ TJUE, Caso *Taricco e Outros*, Processo C-105/14, 8 de setembro de 2015.

²⁸⁷ *Corte Costituzionale, Ordinanza 24/2017*, par. 2 e 6.

em evidência as particularidades de sua ordem constitucional²⁸⁸. Tal como conclui Amoroso, é notável que “the Court generally took a non-confrontational posture”²⁸⁹, o que, como se verá logo a seguir, demonstrou-se uma estratégia bem sucedida.

Isto porque o TJUE, diante do reenvio prejudicial, aclarou o acórdão *Taricco* em uma abordagem, pode-se dizer, convergente à leitura da *Corte Costituzionale*. Assim o fez aludindo à importância do princípio da legalidade dos crimes e das penas, no que concerne a suas imposições de previsibilidade, precisão e não retroatividade, seja na ordem jurídica da União, seja nas nacionais, bem como lembrando a obrigação dos órgãos jurisdicionais domésticos de garantirem o respeito aos direitos fundamentais dos acusados ao decidirem sobre a não aplicação das normais penais em causa²⁹⁰.

Por consequência, entendeu o TJUE que a desaplicação anteriormente determinada somente teria vez na hipótese em que não colidisse com o princípio da legalidade. Destarte, “completando” a conclusão do acórdão *Taricco*, o TJUE arrematou sustentando caber aos tribunais domésticos deixar de aplicar as disposições sobre prescrição naquelas hipóteses já comentadas, “a menos que essa não aplicação implique uma violação do princípio da legalidade dos crimes e das penas, em razão da falta de precisão da lei aplicável ou devido à aplicação retroativa de uma legislação que impõe condições de incriminação mais severas do que as vigentes no momento em que a infração foi cometida”²⁹¹.

Em face desta decisão, a *Corte Costituzionale* observou que, como o próprio TJUE consignou que o dever de não aplicação não teria efeito retroativo, a decisão *Taricco* não se aplicaria aos casos em exame, já que posterior aos fatos que originaram os respectivos procedimentos penais. Não obstante, a Corte prosseguiu e, acionando os contralimites, sustentou que, independentemente da data dos fatos, os tribunais domésticos não poderiam aplicar a decisão *Taricco*, “perché essa è in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale, consacrato dall’art. 25, secondo comma, Cost.”²⁹².

²⁸⁸ *Corte Costituzionale, Ordinanza 24/2017*, par. 6. Veja-se, neste tocante, que, após afirmar que “è necessario chiedersi se la Corte di giustizia abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola anche quando essa confligge con un principio cardine dell’ordinamento italiano”, a Corte sugere que “pensa il contrario, ma reputa in ogni caso conveniente porre il dubbio all’attenzione della Corte di giustizia”, abstendo-se de interpretar o alcance da decisão do TJUE.

²⁸⁹ Daniele AMOROSO. *Op. cit.*, p. 201.

²⁹⁰ TJUE, Caso *M.A.S. e M.B.*, Processo C-42/17, 5 de dezembro de 2017, par. 46-51.

²⁹¹ *Idem*, par. 59-62.

²⁹² *Corte Costituzionale, Sentenza 115/2018*, par. 10.

A Corte criticou uma *evidente falta de precisão* da situação gerada, na medida em que o caráter vago das hipóteses em que seria necessária a desaplicação das regras nacionais em causa (como, por exemplo, quando obstassem a responsabilização penal “num número considerável de casos”) inviabilizaria que os destinatários da norma previssem quando seria aplicável a decisão *Taricco*. Daí que, na esteira dos argumentos de inconformidade constitucional apontados, concluiu a Corte que a violação do princípio da legalidade em matéria criminal “sbarra la strada senza eccezioni all’ingresso della ‘regola Taricco’ nel nostro ordenamento”²⁹³, sendo, em qualquer hipótese, inaplicável naquele ordenamento jurídico nacional.

3.2.2. A relação com o direito internacional

O art. 10(1) da Constituição italiana promove a abertura do ordenamento doméstico às normas consuetudinárias e princípios gerais de direito internacional, aos quais se amolda de forma espontânea, a dispensar qualquer ato de implementação, dando concretude ao *principio di adeguamento automatico alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute*²⁹⁴. Ao definir o alcance do referido princípio, bem como a posição hierárquica assumida por tais normas, a *Corte Costituzionale* não só explicitou o seu *status* constitucional, mas, indo além, garantiu, ante o caráter de *lex specialis*, a prevalência destas normas gerais de direito internacional em caso de conflito com o texto constitucional italiano. Duas observações, contudo, são essenciais. A primeira é que os princípios fundamentais do ordenamento constitucional erigem-se como limite a essa abertura. A segunda é que, inicialmente, a Corte entendia este limite aplicável apenas àquelas normas e princípios internacionais “che venissero ad esistenza dopo l’entrata in vigore della Costituzione”²⁹⁵, inferindo-se que os anteriores sempre preponderariam em caso de colisão.

Como relata Amoroso, o segundo ponto supramencionado foi gradativamente desafiado, sendo definitivamente superado com o célebre julgamento 238/2014, no qual Corte Constitucional se pronunciou sobre a decisão de 3 de fevereiro de 2012 da Corte Internacional de Justiça (CIJ) no caso *Alemanha v. Itália*²⁹⁶. Com efeito, a *Corte Costituzionale* aclarou que mesmo os costumes e princípios de direito internacional

²⁹³ *Idem*, par. 11-14.

²⁹⁴ *Corte Costituzionale*, *Sentenza* 48/1979, par. 3(2).

²⁹⁵ *Idem*, par. 3(4).

²⁹⁶ Daniele AMOROSO. *Op. cit.*, pp. 187-190.

preexistentes ao texto constitucional encontram limite nos elementos identificadores da ordem constitucional italiana, nomeadamente os princípios fundamentais e direitos humanos invioláveis. Deste modo, compete “al giudice nazionale, ed in particolare esclusivamente a questa Corte, una verifica di compatibilità costituzionale, nel caso concreto, che garantisca l’intangibilità di principi fondamentali dell’ordinamento interno ovvero ne riduca al minimo il sacrificio”²⁹⁷.

Deste trecho final se infere, ainda, que, diante de um *interesse público prevalecente*, admitir-se-ia o sacrifício, ao mínimo possível, de um princípio ou direito constitucional interno, de modo que o controle exercido abandona um padrão binário e assume um caráter de ponderação²⁹⁸, do que se pode depreender uma perspectiva pluralista²⁹⁹. Veja-se, aliás, ter reconhecido a Corte Constitucional que, apesar de automaticamente aplicável por força do art. 10 (1) da Constituição, como o costume internacional é externo à ordem italiana, a interpretação por parte dos tribunais domésticos “deve essere effettuata in base al principio di conformità”³⁰⁰, respeitando-se a interpretação atribuída pelos órgãos competentes na ordem jurídica original.

No entanto, as conclusões adotadas na *sentenza* em tela foram duramente criticadas, causando, como descreveu Christian Tomuschat, “a shock to the international legal community”³⁰¹. Isto porque, pertinente dizer, Tomuschat repreende a *Corte Costituzionale* por desconsiderar as funções essenciais da imunidade de Estados estrangeiros na ordem jurídica internacional, de modo que a Corte “does not recognize such an interest [suited to

²⁹⁷ *Corte Costituzionale, Sentenza 238/2014*, par. 3.1.

²⁹⁸ No caso concreto, este exercício de ponderação foi levado a cabo. No entanto, a Corte Constitucional entendeu que o costume internacional de imunidade de Estados estrangeiros, cuja interpretação e extensão foram definidas pela CIJ, implicaria no sacrifício absoluto do direito constitucional de proteção judicial, não identificando-se na ordem constitucional um interesse público que pudesse justificá-lo. Daí ter concluído, então, que, pela contrariedade aos princípios fundamentais da ordem jurídica italiana, a norma internacional em questão não poderia ser recebida pelo art. 10 (1) da Constituição.

²⁹⁹ Daniele AMOROSO. *Op. cit.*, p. 190.

³⁰⁰ *Corte Costituzionale, Sentenza 238/2014*, par. 3.1. Neste sentido, note-se que a Corte Constitucional expressamente reconhece a interpretação realizada pela CIJ no tocante ao direito consuetudinário de imunidade dos Estados, “che non consente un sindacato da parte di amministrazioni e/o giudici nazionali, ivi compresa questa Corte”. Restringe-se a Corte, portanto, à análise de conflito entre a norma internacional, tal como interpretada pela CIJ, e as normas e princípios da Constituição italiana.

³⁰¹ Christian TOMUSCHAT. “The National Constitution Trumps International Law”, in *Italian Journal of Public Law* 6, 2014, n. 2, p. 189.

take precedence over the right to a judge according to Art. 24 Cost.], in particular because it does not look beyond the abstract terms of its Constitution”³⁰².

Já no tocante aos tratados internacionais, tem-se que, até 2001, ostentavam o mesmo *status* normativo do ato de incorporação, resultando, em regra, em uma classificação equivalente à lei ordinária, sujeitos, portanto, à fiscalização de constitucionalidade em que a integralidade do texto constitucional serviria de parâmetro. Não obstante, a reforma constitucional realizada em 2001, ao alterar a redação do art. 117, fazendo constar que o exercício do poder legislativo deve ser exercido em conformidade com a Constituição, “nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”, provocou o reposicionamento hierárquico dos tratados internacionais³⁰³.

Neste diapasão, a *Corte Costituzionale*, ao apreciar conjuntamente dois casos envolvendo a relação do direito doméstico com a CEDH e o TEDH³⁰⁴, elucidou que a alteração constitucional no art. 117(1), em que pese não os eleve a normas constitucionais, conduz à sobreposição dos tratados internacionais (não só os de direitos humanos, como ressalta Amoroso³⁰⁵) em relação às leis ordinárias, identificando-se internamente como normas interpostas (*norme interposte*) ou subconstitucionais (*sub-costituzionale*). Assim, como “il dovere di rispettare gli obblighi internazionali incide globalmente e univocamente sul contenuto della legge statale”³⁰⁶, as normas derivadas de tratados internacionais passam a servir de parâmetro para a constitucionalidade das leis ordinárias, desde que, evidentemente, estejam aquelas em conformidade com a Constituição.

Aqui, novamente, a *Corte Costituzionale* realça a importância da interpretação conferida à norma pela ordem jurídica originária. Neste sentido, estipula que o exame de conformidade constitucional das previsões da CEDH deve levar em consideração o seu conteúdo tal como interpretado pelo TEDH, não sua mera literalidade. No entanto, quando considerada como norma subconstitucional (ou interposta), na qualidade de parâmetro de

³⁰² *Idem*, p. 192.

³⁰³ Daniele AMOROSO. *Op. cit.*, pp. 192-194.

³⁰⁴ *Corte Costituzionale*, *Sentenza* 348/2007 e *Sentenza* 349/2007.

³⁰⁵ Daniele AMOROSO. *Op. cit.*, p. 193.

³⁰⁶ *Corte Costituzionale*, *Sentenza* 348/2007, par. 4.4-4.7. Sobre a realização do controle, enfatiza a Corte que, “in occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta” (4.7).

controle de constitucionalidade das leis inferiores, as decisões do TEDH não são incondicionalmente vinculantes, de modo que a interpretação a ser desempenhada deve sempre “ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali (...) e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione”³⁰⁷.

Em outra decisão polêmica³⁰⁸, a par de destacar a *predominância axiológica* da Constituição sobre a CEDH, a *Corte Costituzionale* restringiu o dever dos tribunais domésticos de perfilhar a jurisprudência do TEDH aos casos em que for *consolidada*³⁰⁹, observando, de todo modo, o seu *fluxo contínuo*. Até porque, a seu ver, o desvio pelos tribunais nacionais, nos casos de uma jurisprudência *não consolidada*, teria o efeito de estimular um diálogo construtivo com a Corte de Estrasburgo³¹⁰.

3.3. Outras jurisdições constitucionais

A Constituição holandesa, de matriz monista, é usualmente referida como um paradigma emblemático de abertura ao direito internacional, já que, além de prever a possibilidade de atribuição de poderes legislativos, executivos e judiciais a instituições internacionais, confere aplicabilidade direta aos tratados ratificados e às resoluções editadas por instituições internacionais de que faça parte, expressamente negando aplicação à legislação doméstica eventualmente conflitante³¹¹, a corroborar a supremacia do direito internacional na ordem constitucional holandesa³¹². Aliás, a despeito de algum debate

³⁰⁷ *Idem*, par. 4.7(4).

³⁰⁸ Cfr. Davide PARIS. “Allies and Counterbalances – Constitutional Courts and the European Court of Human Rights: A Comparative Perspective”, in *ZaöRV* 77, 2017, p. 634-636. Neste sentido, ao sustentar que “the doctrine that the Italian constitutional court elaborated in its judgment 49/2015 stands out as a remarkable, disturbing exception”, o autor explicita que, diferentemente das demais Cortes, a *Corte Costituzionale* “denies binding force to ECtHR judgments in light of criteria that do not refer to the national legal order but merely to the ECtHR’s judgment itself”.

³⁰⁹ *Corte Costituzionale*, *Sentenza* 49/2015, par. 7. Apesar de reconhecer a falta de clareza para determinar quando é possível considerar uma jurisprudência como consolidada, a *Corte Costituzionale* aponta “sinais” para guiar a interpretação dos tribunais domésticos neste tópico, tais como “la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera”.

³¹⁰ *Idem*, par. 6.

³¹¹ Cfr. arts. 92, 93 e 94 da Constituição holandesa.

³¹² André NOLLKAEMPER, Rosanne VAN ALEBEEK. “Netherlands”, in *Duelling for Supremacy: International Law vs. National Fundamental Principles*, Fulvio Maria Palombino (ed.). Cambridge: CUP, 2019, p. 258. Os autores observam que, em que pese o referido art. 94 costume ser referido como fundamento formal da posição hierárquica do direito internacional, “in fact, the precedence of *all* international law over national law was

doutrinário, André Nollkaemper e Rosanne van Alebeek enfatizam que “the better position remains that the supremacy of directly applicable treaty provisions and binding decisions of IOs applies equally to statutes and to the Constitution itself”³¹³.

Com efeito, a impossibilidade de controle judicial de constitucionalidade dos atos legislativos reforçou a proeminência dos tratados internacionais de direitos humanos perante os tribunais domésticos, servindo-lhes de parâmetro, especialmente a CEDH, para a revisão de atos legislativos incompatíveis com direitos fundamentais³¹⁴. A forte crença na prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos em casos conflituosos, aliás, reflete em outro problema, que emerge da colisão entre normas de equivalente *status* internacional. Neste tocante, observa-se a tendência da jurisprudência holandesa a confiar nos mecanismos de direito internacional para a prevalência de direitos humanos nestas colisões, o que justifica não terem as cortes holandesas “articulated a strategy of ‘reasonable resistance’ by identifying national fundamental principles whose safeguarding entails a deviation from international law”³¹⁵.

Disso decorre, então, a afirmação da ausência, na jurisprudência constitucional holandesa, de uma “doutrina de desobediência constitucional”³¹⁶, tal como as análogas *Solange* ou *controlimiti*. Por isto, em um conflito entre o direito internacional e princípios fundamentais, resumem Nollkaemper e van Alebeek, “though practice is limited, there is little basis in constitutional doctrine to solve such a conflict in favor of the latter”³¹⁷.

considered to be inherent in the monist tradition of the Netherlands even before the introduction of the provision”.

³¹³ *Idem*, p. 264.

³¹⁴ Leo F. ZWAAK. “The Netherlands”, in *Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Robert Blackburn e Jörg Polakiewicz (eds.). Oxford: OUP, 2001, p. 599.

³¹⁵ André NOLLKAEMPER, Rosanne VAN ALEBEEK. *Op. cit.*, p. 276. Os autores destacam, contudo, que se trata de uma perspectiva limitada, que “disregarded the fact that international human rights treaties contain minimum standards that cannot replace the domestic constitutional protection”.

³¹⁶ Emprega-se a expressão na acepção descrita por Golia, segundo a qual “[constitutional disobedience doctrines] bar the implementation/enforcement of radically incompatible legal norms of an external legal system”, com o objetivo de proteger “the integrity and the basic features of constitutional orders coupled with political sub-systems (i.e. the States), yet without completely ‘isolating’ them” (in Angelo Jr. GOLIA. “Counter-Limits Beyond Europe? The Latin American Calvo Doctrine from a Comparative Law Perspective”, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi* 10, 2019, p. 3).

³¹⁷ André NOLLKAEMPER, Rosanne VAN ALEBEEK. *Op. cit.*, pp. 257 e 276.

Também com uma *abertura amigável* ao direito internacional e europeu, ainda que em menor extensão, é a CRP³¹⁸. Neste sentido, além de dedicar um dispositivo para enunciar os princípios que regem as relações internacionais (art. 7º), o texto constitucional português distingue as denominadas *normas de direito internacional geral ou comum*, em relação às quais há recepção automática, e as *normas de direito internacional particular*, constantes de tratados ou convenções internacionais, cuja recepção também é automática, mas tem a eficácia interna condicionada à publicação oficial³¹⁹.

No entanto, há o dever de conformação das normas de direito internacional geral e particular à Constituição, na medida em que aquelas são objeto de controle de constitucionalidade, cujo resultado negativo pode decorrer de incompatibilidade formal ou material³²⁰. Por outro lado, o texto constitucional consagra, no n. 4 do art. 8º, o *princípio do primado do direito da União Europeia*, segundo o qual “as normas dos tratados, bem como as normas emanadas pelas instituições europeias, prevalecem sobre as normas de direito interno, incluindo as normas da própria Constituição”³²¹, provocando verdadeira “derrogação das normas de garantia da Constituição em relação ao direito da União Europeia”³²².

Sem embargo, a discussão sobre eventual limite constitucional ao direito europeu, decorrente da parte final do supracitado n. 4, era, até pouquíssimo tempo, meramente doutrinária³²³. Isto porque, em decisão datada de 15/07/2020, o Tribunal Constitucional Português (TCP), diante da pretensão de fiscalização da constitucionalidade de uma norma de direito derivado da União, imergiu de modo inédito na questão³²⁴.

³¹⁸ Para uma perspectiva sobre as adaptações à integração europeia promovidas nas diferentes revisões constitucionais, ver Rui Manuel Moura RAMOS. “Constituição Europeia e Constituição da República Portuguesa”, in *Estudos de Direito da União Europeia*. 2ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2019, pp. 273-289.

³¹⁹ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito... Op. cit.*, pp. 819-820.

³²⁰ J. J. Gomes CANOTILHO, Vital MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 899-900.

³²¹ J. J. Gomes CANOTILHO, Vital MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 265.

³²² Fernando Alves CORREIA. *Justiça... Op. cit.*, pp. 175-176.

³²³ Cfr. Carlos Blanco de MORAIS. “A sindicabilidade do Direito da União Europeia pelo Tribunal Constitucional Português”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 221-255.

³²⁴ TCP, Acórdão n. 422/2020. Destacou o Tribunal, neste sentido, ter sido chamado “à definição, pela primeira vez, (...) dos termos em que lhe é acessível o DUE, no quadro do exercício da fiscalização concreta da constitucionalidade de normas (cfr. o artigo 277.º da CRP)”, pelo que deve “esclarecer se o Tribunal Constitucional pode sindicatar a conformidade constitucional do DUE e, admitindo-se que o pode fazer, qual a amplitude e quais as condições para o exercício desse poder” (par. 2.6).

O detalhado – e já histórico – acórdão foi construído com notórios alicerces pluralistas, conclusão que aqui se crava diante da constatada incorporação de racionalidades alheias em um prisma vertical, em relação ao ordenamento da União (com destaque à construção e relevância dos princípios do primado e do efeito direto)³²⁵, e em outro horizontal, com a ponderação – e inclusive acolhimentos – de doutrinas desenvolvidas por outros tribunais constitucionais (nomeadamente, o alemão e italiano)³²⁶. Essa abordagem pluralista se notabiliza, ainda, na perspectiva transmitida de que a potencialidade conflitual entre TJUE e tribunais constitucionais domésticos, ao fim e ao cabo, “gerou um processo que podemos descrever como *ajustamento de poderes* que coabitam um espaço comum, com geometrias variáveis e que permanece dinâmico, de coexistência de ordens jurídicas em constante interação, o qual não expressa, em particular quanto às normas constitucionais nacionais, uma relação hierárquica de fontes propiciadora de coerência sistêmica”³²⁷.

Voltando-se aos desdobramentos do princípio do primado na ordem jurídico-constitucional portuguesa, o TCP explicitou as implicações do “inciso final limitador do art. 8.º, n.º 4”, notando, desde logo, que ele mantém ao alcance da jurisdição constitucional doméstica (por ele exercida) um domínio, *quicá inalienável*, que não compôs os poderes conferidos à União, restringindo, por *opção constituinte*, a abertura à integração³²⁸. Daí que, concatena o TCP, existem dois planos sobre sua intervenção em relação ao direito (derivado) da União: (i) uma limitação condicional ao controle jurisdicional doméstico, assentada a existência de imunidade ao direito da União para sofrer, em geral, sindicância de constitucionalidade; e (ii) o alcance material do art. 277.º (1) da CRP sobre os atos de direito da União em função do elemento *contralimitador* constante no final do art. 8.º (4), fazendo cessar a exclusividade do controle exercido pelo TJUE³²⁹.

³²⁵ *Idem*, par. 2.3.2.1. O Tribunal faz questão de sublinhar, neste tocante, que destes princípios não resulta “uma construção hierarquizada da relação do DUE com os diversos Direitos nacionais, assente na afirmação de uma superioridade intrínseca daquele face a estes”, mas, na verdade, “um somatório de razões de cariz prático ligadas à efetividade do instrumento agregador – o DUE – da realidade jurídica autónoma criada pelos Tratados – a Comunidade Europeia”. Em trecho que, inclusive, traz à lembrança os “acordos incompletamente teorizados”, referidos por Maduro (cfr. tópico 2.3 deste capítulo), o Tribunal destaca que “vale o primado (esgota-se ele, por assim dizer, simplificando algo as coisas) pelo efeito (pelo resultado) através dele pretendido alcançar, sem necessidade de lhe conferir uma (ou de o deduzir a partir de uma) fundamentação – digamo-lo assim – *transcendental*, ou mesmo de o posicionar, num quadro descritivo caracteristicamente *monista*, numa *hierarquia de tipo vertical*”.

³²⁶ *Idem*, par. 2.3.3.2 e 2.4.

³²⁷ *Idem*, par. 2.4.

³²⁸ *Idem*, par. 2.6.2 e 2.6.2.1.

³²⁹ *Idem*, par. 2.6.2.2.

No referido acórdão, ao invocar, então, a última palavra no tocante à delimitação de sua competência, o TCP, iluminando este espaço fronteiro entre os dois planos, assenta os critérios para identificar a admissibilidade da jurisdição constitucional em relação ao direito europeu. Ao fazê-lo, mantendo a postura dialógica assumida em todo o julgamento, o Tribunal reconhece, à semelhança do que fez o BVerfG em *Solange II*, que o *projeto europeu* “já reflete, realiza e propicia, com elevado grau de segurança, valores paramétricos equivalentes ao reconhecido no nosso texto constitucional [art. 2.º], designadamente através do controlo jurisdicional do TJUE – cuja natureza, na esfera própria do DUE, é funcionalmente homóloga, na sua dimensão garantística, do controlo realizado pelo Tribunal Constitucional”³³⁰.

E, deste modo, consolidando a sua própria doutrina dos contralimites, o TCP conclui que, “sempre que esteja em causa a apreciação de uma norma de DUE à luz de um princípio (fundamental) do Estado de Direito democrático que, no âmbito do DUE, goze de um valor paramétrico funcionalmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição portuguesa, o Tribunal Constitucional não aprecia a compatibilidade daquela com esta última, devendo proferir uma decisão de abstenção do conhecimento”³³¹.

De outra banda, atravessando o Atlântico, a Constituição brasileira, tal como interpretada por seu Supremo Tribunal³³², requer a incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico doméstico. Os tratados e convenções internacionais, então, a par de não serem diretamente aplicáveis, constituem objeto de controle de constitucionalidade, uma vez que, passando a integrar o ordenamento jurídico interno, assumem a qualidade de atos igualmente sindicáveis, seja no aspecto formal, concernente às regras de procedimento e competência, seja no aspecto material, relativo a suas disposições, do que logo se infere a imposição incondicional de supremacia constitucional³³³.

Com efeito, o §3º do art. 5º da CRFB disciplina um procedimento especial para a aprovação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, o qual, em sendo

³³⁰ *Idem*, par. 2.6.4.

³³¹ *Idem*, par. 2.6.7.

³³² Valério de Oliveira MAZZUOLI. *Curso de Direito Internacional Público*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 34. O autor consigna, contudo, que “a Suprema Corte jamais conseguiu demonstrar o dispositivo constitucional no qual se fundamentou para dizer da obrigatoriedade da promulgação executiva do tratado”.

³³³ Luís Roberto BARROSO. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

observado, confere-lhes o *status* de norma constitucional, equivalentes às emendas. Não obstante, nos demais casos, podem ainda os tratados revelar dois diferentes *status* normativos. Numa primeira hipótese, conforme entendimento fixado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, os tratados que versem sobre direitos humanos, mas que não sejam aprovados observando o rito do §3º do art. 5º da CRFB, têm *status* supralegal, posicionando-se, ainda que com natureza infraconstitucional, acima da legislação ordinária. De outra banda, os demais tratados, acerca de quaisquer outras matérias, são dotados de *status* legal, enquadrando-se no mesmo patamar da legislação ordinária³³⁴.

Não obstante, a relação dos tribunais domésticos brasileiros com a CIADH, por exemplo, não se mostra suficientemente pautada em uma lógica conciliadora ou, ao que parece, simpática ao direito internacional. Veja-se, a título de ilustração, a decisão proferida pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *Habeas Corpus* 344.989/RJ, em 19.04.2016, no qual o relator fez constar em seu voto que “muito embora a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, subscrita pelo Brasil, preveja em seu art. 7º, inciso 5, que o acusado preso deverá ser apresentado à presença da autoridade judicial, cumpre repisar que atualmente não existe tal previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio”. Ou, ainda, a decisão da Segunda Turma do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* 141.949/DF, em 13.03.2018, que afirmou inexistir violação da CADH na tipificação da conduta correspondente ao crime de desacato, apesar de, como consignou um singular voto divergente, “os órgãos do sistema interamericano registrar[e]m, em diversas oportunidades, que os chamados delitos de desacato são incompatíveis com o direito à liberdade de expressão e pensamento, tal como expresso no Artigo 13 do Pacto de São José”.

Estes são, em conciso apanhado, diferentes enfiamentos constitucionais para o relacionamento entre ordens jurídicas distintas. Na medida em que, como suscita Golia³³⁵, estas “doutrinas de desobediência constitucional” podem ser definidas, adotando-se a expressão de Robert Cover, como exercendo uma função *jurispática*, cabe agora averiguar se e como, diante destas interações e a partir dos pressupostos teóricos até agora contemplados, é possível, também, obter um resultado oposto: um equivalente *jurisgenerativo*.

³³⁴ Gilmar Ferreira MENDES. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 238.

³³⁵ Angelo Jr. GOLIA. “Counter-Limits... *Op. cit.*”, p. 3.

III. INTERAÇÕES NO *NOMOS* DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como adiantado na introdução, o enfoque do presente trabalho recai sobre a influência exercida pelos sistemas regionais de direitos humanos, especialmente pela atividade interpretativa de seus respectivos tribunais, na definição do âmbito protetivo de direitos fundamentais preconizados pelas Constituições nacionais.

Para tanto, é necessário, agora, proceder a três análises adicionais. Inicialmente, tendo em mente a evolução do constitucionalismo descrita no primeiro capítulo e aplicando alguns dos “novos” discursos constitucionais, propõe-se observar em que medida os regimes, especialmente os regionais, de direitos humanos se tornaram constitucionalizados, verificando, então, se, confrontados com os ordenamentos jurídicos nacionais, é possível inferir, da relação que entre eles se estabelece, uma de pluralismo constitucional. Em seguida, em complemento ao que se expôs no capítulo dois, observar-se-á como, em matéria de direitos fundamentais, é possível estabelecer uma harmonia, a partir do próprio direito interno, com as normas e interpretações internacionais. A percepção de aspectos deste *nomos* específico proverá critérios para a ponderação estruturante de um ambiente de heterarquia que vivifica o pluralismo constitucional. Por fim, passar-se-á a apreciar cinco casos específicos, de países distintos, em que se pode vislumbrar a materialização do potencial jurisgenerativo, a fim de captar os subsídios empíricos necessários, suplementando o que já se contemplou no último item do capítulo anterior, para as linhas conclusivas.

Contudo, impõe-se aqui uma nota preliminar de esclarecimento conceitual quanto aos termos utilizados. A fim de evitar contrastes idiomáticos, adota-se uma combinação das terminologias convergentes empregadas, em português, por José Carlos Vieira de Andrade³³⁶ e, em inglês, por Gerald L. Neuman³³⁷. Neste contexto, considera-se a expressão *direitos fundamentais em sentido amplo* (ou apenas *direitos fundamentais*) um “super-

³³⁶ José Carlos Vieira de ANDRADE. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 36, nota 9. Note-se, por oportuno, que o autor aponta a expressão “direitos humanos” como melhor alternativa à outrora mais comum “direitos do homem”. Neste sentido, aliás, é a Lei portuguesa n. 45/2019, que, realizando uma revisão global da linguagem adotada, prevê, em seu art. 2.º, que, “nas versões em língua portuguesa de todas as convenções internacionais a que a República Portuguesa se encontra vinculada, publicadas no Diário da República, onde se lê «direitos do homem» deve ler-se «direitos humanos»”.

³³⁷ Gerald L. NEUMAN. “Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance”, in *SLR* 55, 2003, n. 5, p. 1865.

conceito”, que abarca tanto a expressão *direitos humanos*, pela qual se quer referir aos direitos internacionalmente preconizados (regional ou globalmente, isto é, às normas que compõem o direito internacional dos direitos humanos), como também a expressão *direitos fundamentais em sentido estrito* (ou simplesmente *direitos constitucionais*), que traduz os direitos individuais assegurados em uma determinada ordem constitucional nacional³³⁸.

1. A essência constitucional dos direitos humanos

Inicialmente, é necessário focar o direito internacional dos direitos humanos, notadamente aquele derivado das convenções europeia e americana, como um regime constitucionalizado, a fim de que seja possível reconduzir sua relação com as ordens constitucionais domésticas às premissas do pluralismo constitucional.

1.1. Processos de constitucionalização abrangente

Para o enquadramento proposto, necessário aludir ao trabalho de Stephan Gardbaum, que avança o substrato teórico para a identificação de *human rights as international constitutional rights*³³⁹. Ao perquirir a extensão em que os direitos humanos teriam se constitucionalizado e, por conseguinte, analisar qual a sua contribuição para o desenvolvimento do constitucionalismo, Gardbaum parte da observação dos seus pontos de contato com os direitos fundamentais em sentido estrito. Para tanto, o autor refere à convergência de (i) função, destacando como ambos os grupos desempenham o mesmo encargo de limitar o poder estatal dentro de sua própria jurisdição;³⁴⁰ de (ii) conteúdo, demonstrando, com ressalva atinente a alguns direitos econômicos, sociais e culturais, que os direitos humanos são, de modo geral, substantivamente homólogos aos direitos constitucionais; e de (iii) estrutura, no sentido de que, em ambos os casos, desenvolvem-se em um regime próprio que, em geral, admite limitação em circunstâncias específicas³⁴¹.

³³⁸ Numa perspectiva ligeiramente distinta, Canotilho distingue *direitos do homem e direitos fundamentais*, atribuindo àqueles uma “dimensão jusnaturalista-universalista” enquanto “direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos”, ao passo que confere aos últimos uma dimensão jurídico-institucional, entendendo-os como os “direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (in J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional... Op. cit.*, p. 393).

³³⁹ Stephen GARDBAUM. “Human Rights as International Constitutional Rights”, in *EJIL* 19, 2008, n. 4, pp. 749-768.

³⁴⁰ No mesmo sentido, cfr. Anne PETERS. *Compensatory... Op. cit.*, p. 599. A autora também realça a assimilação desta *função* constitucional pelo direito internacional dos direitos humanos, que descreve como *confining function*, instituindo “important restraints on the exercise of governmental power over a state’s own nationals”.

³⁴¹ Stephen GARDBAUM. *Op. cit.*, pp. 750-751.

Embora tais semelhanças amparem uma compreensão constitucional substantiva dos regimes de direitos humanos³⁴², mormente ao considerar-se que o papel limitativo exercido por umas tais normas internacionais consubstancia “a central constitutional function; (...) arguably the most direct and straightforward constitutional function performed by any type of international law”³⁴³, fazem-no, como sustenta Gardbaum, de forma quiçá insuficiente, motivo pelo qual procede à avaliação de três justificações distintas que se filiam a dois possíveis processos de constitucionalização.

A primeira linha, resume o autor, “is that the international human rights system has become one of constitutional law in its own right”, amoldando-se a um processo de constitucionalização que decorreria do *status* normativo dos direitos fundamentais dentro de um determinado ordenamento (nacional ou internacional), especialmente de sua ascensão ao nível de *higher law*. Daí que, neste enquadramento, aludindo à noção *formal* de direito constitucional³⁴⁴, Gardbaum explicita a assunção do *status* constitucional pelas normas de direitos humanos ao se projetarem hierarquicamente sobre as demais (em âmbito circunscrito à ordem jurídica do direito internacional), fazendo com que o cerne deste processo revolva o contraste entre direitos *ordinário* e *superior* (este, *in casu*, constitucional ou *quasi* constitucional)³⁴⁵. Neste sentido, o autor remete, como exemplo, ao TEDH, que concebe a CEDH como “a constitutional instrument of European public order”³⁴⁶, cuja observância se impõe às obrigações internacionais posteriormente assumidas³⁴⁷.

³⁴² Neste sentido, cfr. Gunther TEUBNER. *Constitutional... Op. cit.*, p. 124. Oportuno destacar a provocação do referido autor, no sentido de que seria “hard-to-swallow” uma visão “comprehending fundamental rights in nation-state law as higher-ranking constitutional law ‘in accordance with their nature’, but qualifying the same fundamental rights in the various agreements on transnational human rights as a ordinary law, denying them priority over other legal rules”.

³⁴³ Stephen GARDBAUM. *Op. cit.*, p. 752. Sem prejuízo, e por isso não interrompe aí sua investigação, o autor reconhece que a limitação do poder estatal pode se dar por formas alheias ao direito constitucional, notando que, “in the purely domestic context, they may be constitutional, statutory, common law, administrative, conventional, or simply political/pragmatic” (p. 753).

³⁴⁴ Trata-se de uma concepção desvinculada, evidentemente, do contexto nacional, pelo que a proposição de *noção formal* não se identifica com a existência de uma *Constituição formal*, mas observa a existência de um poder constituinte específico, de uma sobreposição hierárquica em face das demais normas e de um procedimento especial de alteração.

³⁴⁵ Stephen GARDBAUM. *Op. cit.*, pp. 753-758.

³⁴⁶ TEDH, Caso *Loizidou v. Turquia*, Proc. n. 15318/89, 28 de julho de 1998, objeções preliminares, par. 75.

³⁴⁷ Neste sentido, cfr. TEDH, Caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Irlanda*, Proc. n. 45036/98, 30 de junho de 2005, no qual o Tribunal assentou que, “[i]n reconciling both these positions and thereby establishing the extent to which a State's action can be justified by its compliance with obligations flowing from its membership of an international organisation to which it has transferred part of its sovereignty, (...) absolving Contracting States completely from their Convention responsibility in the areas covered by such a transfer would be incompatible with the purpose and object of the Convention; the guarantees of the

Se nesta primeira hipótese a constitucionalização deriva da qualidade formal “superior” dos direitos fundamentais, a segunda linha perseguida por Gardbaum averigua a constitucionalização do próprio *regime* de direitos humanos. Nesta toada, o autor descreve este processo como resultado da transição de um regime de direito internacional horizontal e intergovernamental (*treaty-based*) para um mais vertical e supranacional (*constitution-based*). Em síntese distintiva, Gardbaum elucida que os regimes constitucionalizados têm o condão de penetrar com profundidade nas ordens jurídicas domésticas, engendrando uma relação contínua entre os dois níveis, ao passo em que os meramente *treaty-based* estariam confinados à execução na seara internacional³⁴⁸. Aludindo ao sistema encetado pela CEDH e comparando-o ao paradigma de constitucionalização da UE, o autor sustenta ser possível observar, além da supremacia constitucional que se colocou na primeira hipótese (em relação às demais normas internacionais), o desenvolvimento de uma espécie de “supremacia” federal sobre o próprio direito doméstico dos Estados-membros, na medida em que, ainda que inexista um efeito direto *de jure* das normas convencionais, a sua incorporação nacional, independentemente do método utilizado, permitiria vislumbrar, ao torná-las invocáveis perante os tribunais domésticos, um efeito direto *de facto*³⁴⁹. Esta analogia à federalização demonstra, então, o entrincheiramento das normas de direitos humanos nas ordens nacionais, levando Gardbaum a concluir que “the ECHR operates within the member states’ legal systems as an invocable and supreme law and, accordingly, can be understood as a federalized or constitutionalized regional human right system”³⁵⁰.

A seu turno, a terceira linha analisada dá um passo atrás para, deixando de focar no próprio regime de direitos humanos, vislumbrá-lo como parte do processo de constitucionalização do direito internacional como um todo. Nesta esteira, os sistemas de proteção de direitos humanos fortaleceriam as reivindicações deste processo mais amplo, mormente porque materializam a transformação do seu paradigma de regulação

Convention could be limited or excluded at will, thereby depriving it of its peremptory character and undermining the practical and effective nature of its safeguards... The State is considered to retain Convention liability in respect of treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention...” (par. 154).

³⁴⁸ Stephen GARDBAUM. *Op. cit.*, p. 759.

³⁴⁹ Sobre o tema, cfr. apêndice 1 em Alec Stone SWEET. “A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe”, in *Global Constitutionalism* 1, 2012, n. 1, pp. 84-85. Como se vê do levantamento realizado, em todos os países que integram o sistema da CEDH, há, em razão da incorporação nas ordens domésticas, efeito direto das previsões convencionais, no sentido de que “within the national legal order (...) Convention rights (and the Court’s case law) can be pleaded by individuals at bar, and judges can enforce them (applying them to resolve the case)”.

³⁵⁰ Stephen GARDBAUM. *Op. cit.*, p. 760.

exclusivamente horizontal, uma vez que os indivíduos passam a ser considerados, também, sujeitos de direito internacional³⁵¹. Deste modo, aponta Gardbaum, é factível atribuir a este desenvolvimento uma natureza constitucional, porquanto “it represents a shift from the ‘private law’ model of international law as exclusively regulating horizontal relations among sovereign equals to the ‘public law’ model of also regulating vertical relations between states and individuals”³⁵².

Por fim, Gardbaum esclarece que os direitos humanos denotam funções distintivas, não meramente duplicadoras, daquelas desempenhadas pelos direitos constitucionais. Isto porque, a par de colmatarem as lacunas nos ordenamentos nacionais que, *de jure* ou *de facto*, não asseguram uma proteção constitucional ao direito fundamental em questão³⁵³, o autor sustenta que os sistemas internacionais de direitos humanos impulsionam o constitucionalismo para um nível além no seu desenvolvimento³⁵⁴, de forma que, exteriorizando os limites impostos ao Estado, “enshrine and clarify the distinct normative basis for the protection of fundamental rights as rights of human beings rather than as rights of citizens”³⁵⁵.

Antes de confrontar este discurso com os *índices do constitucionalismo*, avançados por Walker para verificar a intensidade do processo de constitucionalização, parece oportuno

³⁵¹ Em sentido similar, oportuna a consideração de Paula VEIGA, segundo a qual “muito dos tratados de direitos humanos, como é o caso da Convenção Europeia dos Direitos Humanos após o Protocolo n.º 11, beneficiam diretamente os indivíduos porque cobrem relações (do indivíduo frente ao poder público) cuja regulação era outrora apanágio do Direito Constitucional” (*in* “A Convenção Europeia de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Português de Direitos Humanos”, *in Revista da Ordem dos Advogados*, 2018, III/IV, p. 558).

³⁵² Stephen GARDBAUM. *Op. cit.*, p. 762. Não obstante, o autor destaca o que reconhece como *fraquezas* desta reivindicação, mormente em razão da não vinculação de organizações internacionais às normas de direitos humanos, pelo que haveria “a disjunction between the substance of the human rights system and its scope”, contrapondo-se, contudo, à segunda perspectiva, já que, “within the confines of a human rights regime itself, which does not purport to have an autonomous governance structure in the first place, this disjunction does not arise” (p. 763).

³⁵³ Na mesma esteira, cfr. Alec Stone SWEET. *Op. cit.*, p. 67. Especificamente sobre a CEDH, o autor aponta como “[t]he Convention quickly developed into a ‘shadow’ or ‘surrogate’ constitution (...) in every state that did not possess its own judicially-enforceable charter of rights”. Aliás, numa perspectiva doméstica, Paula VEIGA evidencia que “o Tribunal Constitucional [Português] não é competente em processos de *queixa constitucional* ou de *recurso de amparo*, porque o mecanismo não existe à luz da nossa Constituição”, de modo que “essa «lacuna» pode, na lógica de uma cooperação judicial, ser suprida pelo TEDH” (*in* “A Convenção... *Op. cit.*, p. 564).

³⁵⁴ Em uma outra perspectiva neste mesmo enquadramento, Sweet destaca como a CEDH desempenhou “a crucial role in democratic transitions after 1989”, apontando que “[n]ew bills of rights were modeled on the ECHR, with an eye toward future membership in the EU and in the Council of Europe” (*in* Alec Stone SWEET. *Op. cit.*, p. 72).

³⁵⁵ Stephen GARDBAUM. *Op. cit.*, p. 768. Como ressonância desta base normativa singular pode-se apontar o aspecto suprapositivo dos direitos fundamentais descrito por Neuman, exposto no item 2.1 deste capítulo.

referir brevemente a algumas concepções teóricas, que, dentre outras, edificando-se particularmente sobre os sistemas europeu e interamericano de direitos humanos, fornecem elementos adicionais para esta consideração.

1.2. O enfoque na CEDH

No que atine ao sistema instaurado na Europa, Alec Stone Sweet descreve como a CEDH progride no sentido de estabelecer o que denomina uma *ordem jurídica cosmopolita*, isto é, “a transnational legal system in which all public officials bear the obligation to fulfill the fundamental rights of every person within their jurisdiction, without respect to nationality or citizenship”³⁵⁶. A relevância da proposição para o presente trabalho reside no fato de que as características estruturantes de um tal sistema jurídico são escoradas, como descreve o autor, justamente nas premissas de pluralismo constitucional, caminho pelo qual se chega ao âmago constitucional deste regime de direitos humanos.

Para tanto, trabalhando a partir de ideias kantianas, Sweet destaca, em uma reflexão introdutória, a inevitável emergência de conflitos sociais que decorreria da liberdade irrestrita de vontades em um mundo com recursos finitos e espaço limitado, exurgindo daí a constatação de que, com poucas exceções, os direitos não são absolutos e, portanto, estão em sua maioria sujeitos a cláusulas de limitação. Com efeito, as condições sob as quais as liberdades de escolha individual são compatibilizadas e, nesta medida, os direitos são limitados, denotam uma natureza constitucional, primeiramente, “in that they ground the legitimacy of all political arrangements (...) in a rights-based conception of the rule of law”³⁵⁷.

Nesta esteira, ao engendrar um sistema multinível, a CEDH confere ao TEDH a tarefa de avaliar se houve uma restrição (ou violação) de um determinado direito convencional e, em caso positivo, se houve justificativa legítima para que o Estado em questão assim procedesse³⁵⁸, do que, ao fim e ao cabo, dessume-se uma atividade tipicamente constitucional. Não obstante, o sistema rejeita uma asserção de hierarquia,³⁵⁹

³⁵⁶ Alec Stone SWEET. *Op. cit.*, p. 53.

³⁵⁷ *Idem*, pp. 58-59.

³⁵⁸ Como refere o autor em outra publicação, “rights can be infringed by states when ‘necessary’ to achieve some designated public interest”, daí que “[m]ost Convention rights are, in fact, ‘qualified’ by an express limitation clause” (in Alec Stone SWEET. “The European Convention on Human Rights and National Constitutional Reordering”, in *Cardozo Law Review* 33, 2012, n. 5, p. 1862).

³⁵⁹ Ao destacar que “the regime is not hierarchically constructed with one jurisdiction positioned to render a ‘final word’ on questions of legal validity at each level of governance”, o autor explicita que, da perspectiva

apontando Sweet duas características de pluralismo constitucional que orientam a sua operacionalização: uma estrutural e outra sistêmica. Como característica estrutural, tem-se, na perspectiva da ordem constitucional doméstica, a coexistência de duas ou mais fontes de direitos diretamente invocáveis (direitos humanos ou direitos constitucionais), facultando-se aos indivíduos escolher qual pleitear. Já como traço sistêmico, manifesta-se a ausência de juridicidade de um ato adotado por qualquer autoridade, independentemente do nível (nacional ou supranacional), que avilte um direito fundamental³⁶⁰. É a partir desta estrutura normativa abrangente, que compreende um catálogo de direitos cuja observância e cumprimento se impõe a todos e em todos os níveis de governança, que o autor fala, pois, na constitucionalização generalizada do sistema.

Recorrendo ao critério normativo proposto por Walker, principalmente quanto à coerência discursiva externa, interessante tomar nota da análise que Sweet faz do entrincheiramento da concepção de pluralismo constitucional encetada pela CEDH nas ordens constitucionais nacionais. Neste sentido, Sweet elenca algumas implicações que denotam esta coerência externa: a primeira, já mencionada, revolve a incorporação da Convenção no direito doméstico de todos os Estados que integram o sistema, vinculando todas as autoridades públicas e tornando-se diretamente invocável e aplicável pelos tribunais domésticos; a segunda decorre da adoção do Protocolo n. 11, que institui a possibilidade de acesso individual ao TEDH; e a terceira consiste no “alargamento da autoridade”, por assim dizer, dos tribunais domésticos, seja pelo exercício de um *judicial review* parametrizado em face das normas convencionais³⁶¹, seja pelo emprego da interpretação consistente das normas nacionais para com a CEDH³⁶².

Já na perspectiva da própria CEDH, o autor ressalta como o TEDH desempenha não só seu papel jurisdicional, mas também atua no monitoramento do respeito aos direitos

interna da CEDH, “the European Court [of Human Rights] is the authoritative interpreter of Convention rights”, mas isso se restringe ao plano convencional, uma vez que o TEDH “does not possess the authority to invalidate national measures that conflict with the Convention (...) depending entirely on the decision making of national officials under national laws” (in Alec Stone SWEET. “A Cosmopolitan... *Op. cit.*, p. 62).

³⁶⁰ *Idem*, pp. 60-61.

³⁶¹ Cfr. Jochen A. FROWEIN. “The Transformation of Constitutional Law Through the European Convention on Human Rights”, in *Israel Law Review* 41, 2008, n. 3, pp. 491-493. Veja-se, por exemplo, como narra o autor, que, “[i]n Switzerland, where federal legislation cannot be reviewed on the basis of the Swiss Constitution, the Federal Tribunal recognized that it is the consequence of the European Convention that the Court has the power to review legislation on the basis of the Convention”, tal como se viu em relação à Holanda (cfr. item 3.3. do capítulo 2).

³⁶² Alec Stone SWEET. “A Cosmopolitan... *Op. cit.*, pp. 66-69.

fundamentais³⁶³ e, ainda, assume uma função “quase legislativa” na medida em que determina o conteúdo e a extensão dos direitos previstos na CEDH³⁶⁴. Daí que, por seu conjunto de atribuições e pelas consequências práticas resultantes de sua execução, Sweet consigna a proximidade substantiva entre o TEDH e os tribunais constitucionais domésticos, notando como os casos que nele desaguam e o tratamento a eles dispensados revelam essência constitucional³⁶⁵.

Ainda que por um caminho distinto, Geir Ulfstein atinge similar conclusão ao perquirir se o TEDH deveria ser encarado como um tribunal constitucional, entendendo que “the ECtHR and national courts interact – and should interact – as part of a two-way common legal enterprise”, apontando a existência de “constitutional features in the sense that the ECtHR and national constitutional organs, including national courts, have defined mutual functions in the common transnational legal protection of human rights”³⁶⁶. Ao fim e ao cabo, arremata Andreas Voßkuhle, “[t]he Court in Strasbourg may therefore be rightly called a constitutional court, at least with regard to human rights”³⁶⁷.

1.3. O enfoque na CADH

Não só no âmbito da CEDH é que se perspectiva a constitucionalização do regime regional de proteção dos direitos humanos. Também no horizonte aberto pela CADH – e desenvolvido pela CIADH – se vislumbram suficientes traços, mesmo que conducentes a um diferente desenho, para afirmar o estabelecimento de uma relação de pluralismo constitucional com as ordens nacionais que dela fazem parte.

Com efeito, a despeito da impossibilidade de acesso individual à Corte Interamericana, o processo de constitucionalização deste sistema contou, para além dos

³⁶³ Neste sentido, como meio de confrontar problemas estruturais e sistêmicos nas ordens nacionais, tem-se a possibilidade da prolação de “acórdãos-piloto”, tal como agora previsto no art. 61 do Regulamento do TEDH. O n. 3 do referido dispositivo explicita que, nestes casos, não só a Corte identifica “the nature of the structural or systemic problem or other dysfunction as established”, como também aponta “the type of remedial measures which the Contracting Party concerned is required to take at the domestic level by virtue of the operative provisions of the judgment”. Sobre o procedimento de casos-piloto e o recorte constitucional que concede ao TEDH, ver Christoph GRABENWARTER. “The European Convention on Human Rights: Inherent Constitutional Tendencies and the Role of the European Court of Human Rights”, in *ELTE Law Journal*, 2014, n. 1, pp. 109-110.

³⁶⁴ Alec Stone SWEET. “A Cosmopolitan... *Op. cit.*, pp. 72-73.

³⁶⁵ *Idem*, p. 77.

³⁶⁶ Geir ULFSTEIN. “The European Court of Human Rights as a Constitutional Court?”, in *PluriCourts Research Paper n. 14-08*, 2014, p. 7.

³⁶⁷ Andreas VOBKUHLE. *Op. cit.*, p. 181.

elementos gerais já discutidos na proposição de Gardbaum, com um catalisador importante: a doutrina do controle de convencionalidade³⁶⁸, formalmente originada no caso *Almonacid Arellano et al v. Chile*, que, ao abrigo das obrigações decorrentes dos arts. 1.1 e 2 da CADH, reconhece o dever primário dos Estados, por meio de seus órgãos competentes, de procederem à verificação da compatibilidade vertical entre as normas internas e as normas convencionais, negando validade, pois, nos casos concretos, àquelas que não subsistam ao exame de conformidade material³⁶⁹. Trata-se, como se percebe, de um controle difuso, cujo exercício deve levar em consideração não só os preceitos normativos internacionais em questão, mas também a interpretação que a CIADH a eles confere³⁷⁰.

Entretanto, este dever não se encerra nos Estados, mas se estende também às competências da CIADH, que, nos casos por ela apreciados, poderá exercer um controle de convencionalidade das normas nacionais, pronunciando três possíveis julgamentos que implicam a responsabilidade do Estado: (i) *declarative judgment on legislative omission*, na hipótese em que constata uma omissão do Poder Legislativo nacional que acarreta a violação de direitos humanos; (ii) *exhortative judgment*, em que reconhece uma incompatibilidade entre a norma doméstica e a convenção, apelando ao órgão interno competente para que promova as modificações necessárias na ordem nacional com o fim de torná-la harmônica com a decisão; e (iii) *judgment of nullity on the grounds of unconvencionality*, em que a Corte realiza verdadeiro controle abstrato de conformidade material da norma interna, pronunciando a sua invalidade³⁷¹.

³⁶⁸ Eduardo Ferrer MAC-GREGOR. “Conventionality Control: the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”, in *AJIL Unbound* 109, 2015, pp. 93-99.

³⁶⁹ Mariela MORALES ANTONIAZZI. “Interamericanización como mecanismo del Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina”, in *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Armin von Bogdandy *et al.* (orgs.). Querétaro: IECEQ, 2017, pp. 442-452.

³⁷⁰ “(...) quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, *intérprete última da Convenção Americana*, fez do mesmo” (in *Caso Almonacid Arellano et al. v. Chile*, Série C n. 154, 26 de setembro de 2006, par. 124).

³⁷¹ Manuel Eduardo GÓNGORA MERA. *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*. San José: IIDH, 2011, pp. 49-54. Quanto à última hipótese, que pode suscitar mais dúvidas, note-se que o autor destaca o caso *Barrios Altos* e *La Cantuta*, em que a CIADH “declared that the self-amnesty laws in Peru were *ab initio* incompatible with the American Convention (nullity *ex tunc*) and hence they were not applicable in any case (the nullity had general effects). Since the Inter-American Court’s judgments enjoy immediate and binding

Assim, arquitetando uma noção de “constitucionalismo interamericano”³⁷², Manuel Eduardo Góngora Mera descreve como a doutrina de controle de convencionalidade consolidou, naquele regime, um processo de constitucionalização *top-down*, desempenhando “its [constitutional] function in circumscribing political power and addressing standards of the rule of law in Latin America”, principalmente na medida em que as normas da CADH “become a condition of applicability and even validity of domestic law” e que “the Inter-American Court’s decisions restrain and guide the production and application of domestic law”³⁷³.

1.4. Subsunção aos índices do constitucionalismo

Como se nota, tais considerações parecem amoldar-se à concepção de pluralismo proposta por Neil Walker.³⁷⁴ Neste sentido, percebe-se o preenchimento dos pressupostos *espacial*, na medida em que os regimes de direitos humanos encetam um discurso constitucional em um processo não estatal, o que é admissível na constelação pós-nacional; *temporal*, de modo que a limitação ao poder estatal e a estruturação de direitos fundamentais (completando ou reforçando a sua proteção) exercidas pelos regimes de direitos humanos garantem as continuidades histórica e discursiva, consistentes na conexão causal – externa e interna – com o constitucionalismo; e *normativo*, já que o tratamento constitucional de uns tais regimes é a própria manifestação da coerência normativa inclusiva, que não só é compatível, mas verdadeiramente estabelece diálogo com os demais discursos, principalmente com o que se desenrola no patamar nacional.

Em termos generativos, a autoconsciência discursiva é ínsita à própria reivindicação de constitucionalização dos regimes em referência. No mesmo contexto, o segundo critério constitutivo, consistente na reivindicação de autoridade, manifesta-se diante das posições vindicadas pelo TEDH e pela CIADH como intérpretes finais das respectivas convenções e, portanto, competentes para dar a última palavra sobre o conteúdo e alcance de suas

force in the domestic Peruvian system, such declaration made it *ipso jure* part of Peru’s domestic law and it was not necessary that a national court declare the nullity of the condemned statutes” (p. 54).

³⁷² O autor explica o referido termo como “a strand of thought that advocates the effective application of constitutional principles, such as human rights protection, limited government, checks and balances, accountability and independence of the judiciary, through inter-American human rights instruments and institutions, so as to compensate the lack of the rule of law and democratic standards at the domestic level” (*idem*, pp. 5-6).

³⁷³ *Idem*, p. 63.

³⁷⁴ As referências seguintes às ideias de Neil Walker baseiam-se na análise já realizada no tópico 3.1 do capítulo 1.

disposições, o que se intensifica no sistema interamericano diante do papel mais robusto resultante da doutrina do controle de convencionalidade. Ademais, nos pontos de governança, tem-se que as esferas de competência dos órgãos que compõem os mecanismos de supervisão são expressamente delineadas, originando um âmbito legítimo de jurisdição das respectivas Cortes, reconhecido pelos próprios Estados que integram cada sistema. Além disso, a autonomia interpretativa que reclamam os tribunais internacionais é corolário da própria noção de autoridade sobre a qual se erigem os sistemas. Por fim, no tocante ao critério societal, apesar de menos palpável, os pressupostos de voz e cidadania são parcialmente preenchidos, ao menos no sistema europeu, pela possibilidade de acesso direto ao TEDH, e em ambos os sistemas pelo impacto jurisprudencial imediato, no caso dos indivíduos beneficiados por determinada decisão, ou mediato, no caso dos reflexos da jurisprudência nas práticas e legislações nacionais, o que se revela suficiente para afirmar a capacidade que tais regimes demonstram de agregar valor à identidade daqueles submetidos à sua jurisdição, gerando um vínculo de pertencimento.

Parte-se, portanto, desta compreensão de que os regimes de direitos humanos oferecem características estruturais de suficiente densidade capaz de perspectivá-los como ordens jurídicas amoldáveis à dinâmica do pluralismo constitucional.

2. Vias de interação jurisgenerativa

Um arranjo pluralista em perspectiva constitucional, tal como explorado nos primeiros dois itens do capítulo predecessor, implica, independentemente da teoria de coexistência que se adote, uma convivência heterárquica. Especificamente no que se refere à matéria de proteção multinível de direitos fundamentais, porém, Gerald L. Neuman vislumbra três *modos de acomodação* nacional dos direitos humanos, cuja adoção, reputa-se neste momento, atende aos padrões de pluralismo e permite a consecução do potencial jurisgenerativo³⁷⁵. Não se ignora, aqui, que existe, e Neuman também o observa, o processo reverso, de acomodação internacional de direitos constitucionais³⁷⁶. No entanto,

³⁷⁵ Gerald L. NEUMAN. *Op. cit.*, p. 1890.

³⁷⁶ Paula VEIGA realça a ocorrência deste fenômeno no âmbito da CEDH, observando sua correlação especificamente com o princípio da subsidiariedade proclamado na Convenção e com a “jurisprudência cautelosa e sofisticada” desenvolvida pelo TEDH, ao empregar, por exemplo, a teoria da margem de apreciação nacional (*in* “A Convenção... *Op. cit.*, p. 562).

considerando que o escopo perseguido no trabalho somente compreende o fluxo de influência canalizado de fora para dentro, restringir-se-ão os comentários a este domínio.

Antes, todavia, cabe verificar três aspectos comuns aos direitos fundamentais em sentido amplo, avançados por Neuman, os quais, julga-se, são capazes de iluminar uma perspectiva pluralista de construção protetiva ao fornecer subsídios para a ponderação dos interesses envolvidos neste processo.

2.1. Três aspectos conformadores

Neuman identifica três características comuns aos direitos fundamentais, positivados em tratados internacionais ou nas Constituições nacionais: um aspecto *consensual*, que confere à garantia do direito uma legitimação edificada em torno de um acordo político; um aspecto *suprapositivo*, segundo o qual a força normativa inerente a estes direitos não se limita àquela conferida pela sua adoção como direito positivo; e um *institucional*, na medida em que operam como normas jurídicas em um tal contexto³⁷⁷.

Quanto ao primeiro, Neuman expressa que “[p]ositive fundamental rights normally derive their positive force from some political act that expresses the consent of relevant political actors, or of peoples”³⁷⁸. Neste passo, o autor demonstra que, no caso dos direitos constitucionais, a legitimação consensual decorre do exercício direto ou indireto da soberania popular, seja no momento inicial de adoção de uma Constituição, seja por meio dos processos de revisão ou emenda. Por outro lado, no concernente aos direitos humanos, um tal aspecto deriva essencialmente do consentimento exteriorizado pelo Estado ao aderir a um tratado, mas a execução dos instrumentos internacionais de direitos humanos se legitima não só nesta aquiescência específica, recorrendo também ao conjunto de consentimentos de todos os Estados-parte daquele tratado³⁷⁹.

Se todas as normas constitucionais ou previstas em tratados se podem reconduzir ao aspecto consensual, Neuman identifica o segundo, *suprapositivo*, como tipicamente

³⁷⁷ Gerald L. NEUMAN. *Op. cit.*, p. 1866.

³⁷⁸ *Idem*, p. 1866.

³⁷⁹ Neuman observa, porém, que há normas vinculantes no âmbito internacional para além dos tratados (princípios gerais, normas *jus cogens* e consuetudinárias), as quais “can bind individual states in the absence of any expressed consent”. Apesar de não serem o objeto de investigação de sua publicação (e, igualmente, deste trabalho), Neuman explica que tais normas, então, “rest on the consent of the international community and to a lesser extent on the consent of those states that contributed affirmatively to the establishment of the norm” (*in idem*, nota 9).

vinculado aos direitos fundamentais. Isto porque o autor os concebe, em geral, como reflexos de princípios cuja força normativa “primária” precede a ou independe da sua positivação em uma ordem jurídica, a partir de sua manifestação como direito natural, como padrões de moralidade universal ou como tradições religiosas, por exemplo. Não obstante, não se trata de afirmar sua força jurídica dentro de um ordenamento somente em razão deste conteúdo suprapositivo, mas de perceber, como sintetiza o autor, “that they supply an external standard of normative evaluation, which the legal system fully or partially internalizes as a positive fundamental right”³⁸⁰.

Com efeito, este aspecto remonta ao caráter eminentemente filosófico que subjaz a positivação. Vale rememorar, neste tocante, que o irromper dos direitos humanos dependeu da superação de uma concepção organicista da sociedade, segundo a qual o conjunto preponderava sobre a partícula, de modo que apenas floresceram uns tais direitos quando o campo político-filosófico passou a ser arado a partir de uma noção contraposta, a individualista³⁸¹, que pressupunha, como define Mário Reis Marques, a substituição da “gramática dos deveres” pela “linguagem dos direitos”³⁸². Daí que o individualismo é sublinhado, então, pela superação de privilégios e prerrogativas pelo conceito de direito subjetivo³⁸³. E esta transformação vem essencialmente perspectivada sob a ótica dos direitos naturais, dos quais decorrem então os direitos individuais, que não se confundiam com os antigos privilégios³⁸⁴. Dito de outro modo, são “naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano”³⁸⁵.

Ainda em um repasso histórico, esta conjuntura fica bem explícita já na *Virginia Declaration of Rights*, de 1776, cujo art. 1º expressamente identifica todos os seres humanos como igualmente livres e independentes “pela sua natureza”, atribuindo-lhes “direitos inatos”, dentre os quais elenca a vida, a liberdade e a busca por e obtenção de felicidade e segurança; na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, que concebe

³⁸⁰ *Idem*, p. 1868 e nota 10.

³⁸¹ Norberto BOBBIO. *A era dos direitos*. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 7.

³⁸² Mário Reis MARQUES. “O itinerário jusnaturalista dos direitos da ‘primeira geração’”, in *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*, António Pedro Barbas Homem e Cláudio Brandão (orgs.). Coimbra: Almedina, 2015, p. 188.

³⁸³ Celso LAFER. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 121.

³⁸⁴ António Pedro Barbas HOMEM. “Do direito natural aos direitos do homem”, in *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*, António Pedro Barbas Homem e Cláudio Brandão (orgs.). Coimbra: Almedina, 2015, p. 77.

³⁸⁵ Norberto BOBBIO. *Op. cit.*, p. 8.

como verdade evidente o gozo de certos direitos *inalienáveis* por todos os homens; ou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que consagra “os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem”³⁸⁶. Afiguram-se perceptíveis, então, as noções propiciadoras do desenvolvimento dos direitos fundamentais: “de individualismo, de universalismo, de estado de natureza, de direito natural, de contrato social e de racionalismo”³⁸⁷.

Com efeito, é de se recordar que Bobbio sistematiza três fases das declarações de direitos fundamentais: (i) a filosófica, segundo a qual a liberdade e a igualdade dos homens constituem um objetivo a alcançar, traduzindo-se em um valor, um dever ser, que, apesar de dotadas de conteúdo universal por se voltarem ao homem em abstrato, detêm reduzida (ou nenhuma) eficácia; (ii) a da concretude, que faz destas meras declarações sem eficácia um “direito realizado”, dando-lhes proteção jurídica como direito positivo, mas retira-lhes a universalidade ao limitar a proteção ao domínio do Estado que os declara; e (iii) a da universalidade e positivação simultâneas, momento em que os direitos humanos passam a se dirigir a todos os homens, não apenas aos cidadãos de determinado Estado, reclamando efetiva proteção até mesmo contra os próprios Estados³⁸⁸. Como parece resultar evidente, julga-se que o aspecto suprapositivo descrito por Neuman, então, estaria enraizado nesta concepção que corresponde à primeira fase a que alude Bobbio.

Por fim, Neuman manifesta o aspecto *institucional*, que “reflect[s] practical constraints on drafting and interpreting rights that already derive legitimacy from suprapositive or consensual bases (or both)”³⁸⁹. Com isto, o autor sugere que o contexto institucional influencia na capacidade de observância e proteção dos direitos fundamentais, seja no processo de sua positivação, seja no momento de interpretá-los. O exemplo que Neuman fornece para a primeira opção é a consagração dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais em dois instrumentos distintos, uma vez que se

³⁸⁶ Fábio Konder COMPARATO. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 62-63.

³⁸⁷ Guy HAARSCHER. *A filosofia dos direitos do homem*. Armando Pereira da Silva (trad.). Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 123.

³⁸⁸ Norberto BOBBIO. *Op. cit.*, pp. 18-19.

³⁸⁹ Gerald L. NEUMAN. *Op. cit.*, p. 1869.

entendeu que deveriam ser institucionalmente submetidos a diferentes padrões de execução e de supervisão³⁹⁰.

Noutro giro, a interpretação dos direitos fundamentais também recebe uma moderação institucional. Nesta senda, explana o autor, a revelação hermenêutica progressiva, pelo TEDH, de obrigações positivas que recaem sobre os Estados para investigar e processar determinados delitos, como o homicídio, a partir de interpretação do direito à vida previsto no art. 2º da CEDH, pode ser classificada como manifestação de uma influência institucional, na medida em que o Tribunal dispõe de recursos e meios investigativos limitados³⁹¹.

2.2. *Status* constitucional interno

Destes aspectos, pois, é que se parte para os meios de acomodação propriamente ditos. O primeiro método de produzir consonância entre direitos constitucionais e direitos humanos consiste, segundo Neuman, justamente em constitucionalizar domesticamente estes últimos. Uma ressalva inicial deve ser feita na direção de que a atribuição, numa singular ordem jurídica, de *status* constitucional a direitos humanos previstos em determinado tratado não materializa contradição ao que foi abordado no primeiro item deste capítulo. Isto é, não se está a negar a substância constitucional dos direitos humanos (nos termos defendidos por Gardbaum) ao propor a hierarquização doméstica de tratados de direitos humanos no nível constitucional, uma vez que neste caso se discute a classificação dentro de uma mesma ordem jurídico-constitucional, cuja operacionalização pode – e deve – ser ajustada à concepção de heterarquia entre diferentes ordens jurídico-constitucionais, como teorizado por Walker, ou até mesmo à penetração de outros regimes setoriais transnacionais, como suscita Teubner.

Neuman aponta, então, o resultado natural de uma tal atribuição: “human rights protected by these instruments are not displaced by other constitutional provisions, but rather they should be construed in harmony with each other”³⁹². E, como exemplo, cita o caso da Argentina, que atribuiu *status* constitucional a onze instrumentos internacionais, dentre os quais se inserem a CADH e a DUDH, por exemplo. Outra ilustração já observada é o caso

³⁹⁰ *Idem*, p. 1870.

³⁹¹ *Idem*, p. 1871.

³⁹² *Idem*, p. 1892.

brasileiro, que admite a classificação constitucional dos tratados que forem incorporados sob o mesmo procedimento legislativo de emendas constitucionais.

A constitucionalização interna de direitos humanos, no entanto, ao fim e ao cabo não implica, por si, em eventual – e esperada – ampliação protetiva em razão de uma concepção mais alargada proveniente do plano externo. Isto porque pode haver resistência dos tribunais domésticos em perfilhar, para os agora direitos fundamentais em sentido estrito, a mesma dimensão interpretativa que os tribunais internacionais (nos casos da CEDH e da CADH) fazem dos direitos humanos, o que Neuman descreve como “a central dilemma produced by constitutional incorporation of a human rights treaty with an authoritative interpreter”³⁹³.

Neuman exemplifica este dilema com um caso envolvendo a Corte Constitucional austríaca, que, rejeitando a interpretação do art. 6.1 da CEDH, realizada pelo TEDH, que alargava a incidência do direito ao processo equitativo para além das hipóteses de “direitos e obrigações de carácter civil” ou “de qualquer acusação em matéria penal”³⁹⁴, considerou-a conflitante com outros preceitos constitucionais, que possibilitariam procedimentos administrativos “menos formais”. A Corte Constitucional reputou, pois, que a adoção do conteúdo produto da hermenêutica do TEDH na ordem constitucional austríaca demandaria uma alteração formal no texto da Constituição com a observância do procedimento específico para isto³⁹⁵.

Daí advêm, em sequência, duas possíveis contradições captadas por Neuman: “[i]f incorporation of the treaty does not incorporate authoritative interpretations, then (...) the constitutional court will be authorized to maintain an idiosyncratic version of what is ostensibly the treaty”, o que tensionaria os aspectos suprapositivo e consensual, na medida em que poderia frustrar as expectativas que levaram à incorporação constitucional; ou, por outro lado, “[i]f incorporation of the treaty does incorporate authoritative interpretations, then the meaning of a portion of the national constitution is effectively delegated to an

³⁹³ *Idem*, p. 1894.

³⁹⁴ Cfr., entre muitos, TEDH, Caso *Ringeisen v. Austria*, Proc. n. 2614/65, 16 de julho de 1971. Sobre a incidência do art. 6.1 da CEDH, o TEDH destacou que “[f]or Article 6, paragraph (1) (art. 6-1), to be applicable to a case (“contestation”) it is not necessary that both parties to the proceedings should be private persons”, de modo que “[t]he character of the legislation which governs how the matter is to be determined (civil, commercial, administrative law, etc.) and that of the authority which is invested with jurisdiction in the matter (ordinary court, administrative body, etc.) are therefore of little consequence” (par. 94).

³⁹⁵ Gerald L. NEUMAN. *Op. cit.*, p. 1894.

international tribunal”³⁹⁶, o que poderia conduzir ao abalo do aspecto institucional, reclamando-se, em qualquer dos casos, a ponderação pluralista necessária à efetivação dos direitos eventualmente questionados.

2.3. Interpretação consistente por preceito constitucional

A segunda forma de acomodação que Neuman aponta consiste na adoção de preceito na Constituição nacional que determine a interpretação de direitos constitucionais em conformidade com os respectivos direitos humanos. Por esta via, abrem-se duas possibilidades de harmonização jurisgenerativa: a interpretação dos direitos constitucionais *deve perfilhar* aquela atribuída aos correspondentes direitos fundamentais previstos em tratados internacionais ou, de outra banda, a exegese dos direitos constitucionais *deve levar em consideração* os direitos humanos relativos, do que resulta uma maior liberdade hermenêutica³⁹⁷.

Em relação à primeira possibilidade, o autor ilustra com o art. 10.2 da Constituição espanhola, segundo o qual “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Este mesmo dispositivo, porém, ilustra uma adversidade que Neuman posteriormente suscita, porquanto a referência a uma pluralidade de instrumentos internacionais de direitos humanos “give constitutional courts inconsistent directions”, o que, porém, contornar-se-ia com a compreensão de que “such clauses should be understood as making the treaties the minimum level of constitutional protection”³⁹⁸.

Em sentido similar, adiciona-se aqui o exemplo do art. 16.º (2) da CRP, segundo o qual “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Na hipótese, percebe-se a eleição de um instrumento interpretativo preferente, o que subtrairia, *a priori*, a abertura de direções inconsistentes, como se pode argumentar diante da redação do dispositivo semelhante da Constituição espanhola acima transcrito. A

³⁹⁶ *Idem*, p. 1894.

³⁹⁷ *Idem*, pp. 1895-1897.

³⁹⁸ *Idem*, p. 1896. Em sentido convergente, é de se destacar que a CEDH e a CADH vedam, respectivamente nos arts. 53 e 29, a utilização das normas convencionais para limitar ou prejudicar direitos fundamentais reconhecidos internamente ou em outros instrumentos internacionais a que os Estados-parte estejam vinculados.

propósito, ao averiguar a posição do TCP sobre este dispositivo, Catarina Sarmiento e Castro explicita a sedimentação da função interpretativa exercida pela Declaração em relação aos direitos fundamentais em sentido estrito, “seja porque a DUDH lhes condiciona o conteúdo normativo, moldando-[o]s com o seu próprio sentido, seja porque na presença de vários sentidos interpretativos disponíveis, o intérprete fica vinculado ao sentido extraível da Declaração, prevalecendo o sentido de interpretação conforme à Declaração”³⁹⁹.

Quanto à possibilidade que confere maior liberdade interpretativa aos tribunais domésticos, Neuman cita a Constituição sul-africana, cujo art. 39.1 (b) e (c) dispõem que, ao interpretar o catálogo de direitos, os tribunais domésticos “must consider international law” e “may consider foreign law”⁴⁰⁰.

O autor assimila, ainda, o impacto de tais cláusulas constitucionais na composição dos aspectos de direitos fundamentais. Veja-se, nesta toada, que elas têm o condão de sobrelevar tanto mais o aspecto consensual (no plano interno, evidentemente) quanto menor for a liberdade conferida para desvencilhar-se das interpretações proferidas pelos órgãos de supervisão dos respectivos tratados, incrementando o grau de tolerância para as críticas provenientes do sistema internacional e para adoção da amplitude protetiva mínima que neles se confere. Não obstante, considerado o conjunto dos aspectos, “it affords ample room for examination of consensual, suprapositive, and institutional factors that may justify a different interpretation within the context of the national constitution”⁴⁰¹.

2.4. Interpretação consistente voluntária

Por fim, uma terceira via decorre do emprego de interpretação consistente por parte das Cortes Constitucionais nacionais mesmo quando ausente uma determinação equivalente

³⁹⁹ Catarina Sarmiento e CASTRO. “A Declaração Universal dos Direitos Humanos na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 47. A autora aponta, ainda, a função integrativa também decorrente do dispositivo, segundo a qual “permite-se a integração na leitura da Constituição de novos elementos derivados da Declaração Universal, podendo esta conduzir ao alargamento do catálogo de direitos fundamentais constitucionalmente previsto, ou reforçar aspetos da sua tutela” (p. 48). Consigne-se, ademais, não se desconhecer a controvérsia doutrinária existente sobre o estatuto constitucional da Declaração, cuja síntese pode se encontrar na referida publicação, às páginas 40-45. De todo modo, parte-se da posição do Tribunal Constitucional, tal como averiguado pela autora, para inserir o preceito constitucional como exemplo da via jurisgenerativa em análise. Observe-se, porém, a título de curiosidade, que a adoção do entendimento defendido por Jorge Miranda, no sentido de que a DUDH é parte formal da CRP, subtrairia este exemplo deste item, colocando-o no anterior (cfr. Jorge MIRANDA. *Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2020, pp. 32-35).

⁴⁰⁰ Gerald L. NEUMAN. *Op. cit.*, p. 1897.

⁴⁰¹ *Idem*, p. 1897.

no texto constitucional respectivo. Neuman aponta que a justificativa para proceder deste modo varia de acordo com a Constituição⁴⁰². Inserem-se neste contexto, como recurso para fundamentar uma interpretação consistente, as cláusulas de abertura à cooperação internacional e ao direito internacional, tal como o já abordado princípio alemão de *Völkerrechtsfreundlichkeit*.

O acolhimento da interpretação internacional de um direito humano equivalente a um direito constitucional pode ser favorecido por critérios institucionais. Deste modo, por exemplo, a equiparação dos referidos direitos em termos hermenêuticos pode impulsionar a observância das decisões de Cortes Constitucionais que apresentam um baixo percentual de acatamento na realidade sócio-política local, uma vez que os mecanismos de supervisão internacional somam-se nesta equação em apoio à proteção dos direitos fundamentais em questão⁴⁰³. Do ponto de vista suprapositivo, naturalmente, a aproximação para com a interpretação de determinado direito humano fortalece os valores constitucionais envolvidos.

Como resultado final, conclui Neuman, “[w]here the process does not produce eventual convergence, it may at least illuminate the basis of continued disagreement”⁴⁰⁴, o que, reputa-se manifesto, vai ao encontro de um compromisso pluralista em termos constitucionais.

3. Do potencial à concretude: exemplos de jurisprudência

Resta agora observar como este potencial descrito pode, na prática, materializar a ampliação, a partir de um direito humano, do âmbito protetivo de determinado direito constitucional, encetando, nesta exata magnitude, um processo jurisgenerativo.

3.1. Alemanha: direito à vida privada

O primeiro caso trata do alcance do direito à vida privada, como decorrência de um direito da personalidade, principalmente quando confrontado com a liberdade de expressão e de imprensa. Em um caso revolvendo a publicação de fotos da Princesa Caroline de Mônaco em revistas de entretenimento, o BVerfG apreciou a extensão dos direitos previstos no art. 2.1 (livre desenvolvimento da personalidade) em combinação com o art. 1.1

⁴⁰² *Idem*, p. 1898.

⁴⁰³ *Idem*, p. 1899.

⁴⁰⁴ *Idem*, p. 1900.

(inviolabilidade da dignidade humana) da GG, dos quais, naquela ordem jurídica, decorreria o direito à vida privada⁴⁰⁵.

Na oportunidade, o BVerfG estabeleceu diversas premissas, sob a perspectiva constitucional doméstica, para identificar o limite da privacidade do indivíduo, mormente considerando a argumentação desenvolvida na reclamação que, não criticando em si as fotos que foram tiradas e publicadas, questionava a possibilidade de publicação de quaisquer imagens suas, uma vez que ela não estaria em público no desempenho de uma função oficial⁴⁰⁶.

Neste contexto, o BVerfG ressaltou que a proteção do direito à privacidade compreenderia assuntos tipicamente considerados privados, isto é, aqueles cuja discussão pública se revele inapropriada, constrangedora ou com capacidade de provocar reações públicas adversas (tais como reflexões íntimas, comunicações confidenciais entre casais, sexualidade ou estado de saúde). Além disso, o Tribunal estabeleceu uma forte relação do direito à privacidade com o espaço físico em que exercida a atividade pelo indivíduo: consignando a impossibilidade de determinar geral e abstratamente as fronteiras que delimitam a privacidade fora do espaço doméstico, o BVerfG destacou como pré-requisito para tanto a necessidade de isolamento espacial (*eine örtliche Abgeschiedenheit*), do que decorre uma expectativa legítima de afastamento do indivíduo em determinado ambiente. Deste modo, locais cujo acesso e permanência são publicamente facilitados, por não serem capazes de servir a um objetivo de isolamento, não justificam a proteção do direito à vida privada como necessário ao livre desenvolvimento da personalidade⁴⁰⁷.

A par da questão espacial, o BVerfG escorou-se, ainda, em uma funcional. Isto porque, tratando-se de uma personalidade da história contemporânea, o direito à vida privada se apresentaria com conteúdo ainda mais restrito, dispensando o consentimento, tal como prevê a lei de direitos autorais doméstica, para a publicação de imagens dela realizadas, uma vez que haveria um interesse público geral subjacente, vinculado à liberdade de imprensa e à liberdade de expressão (sobre os quais a Corte tece também considerações). Neste sentido, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não poderia ser construído de forma a

⁴⁰⁵ BVerfGE 101, 361 (15.12.1999 - 1 BvR 653/96).

⁴⁰⁶ *Idem* (381).

⁴⁰⁷ *Idem* (384). Como resume o BVerfG, “[a]usschlaggebend ist, ob der Einzelne eine Situation vorfindet oder schafft, in der er begründetermaßen und somit auch für Dritte erkennbar davon ausgehen darf, den Blicken der Öffentlichkeit nicht ausgesetzt zu sein”.

limitar a publicação de imagens de personalidades da história contemporânea àquelas obtidas em momento no qual desempenham sua “função pública”⁴⁰⁸, já que, como acabam por ser *modelos* na sociedade, haveria um legítimo interesse do público em saber também sobre seus movimentos em situações cotidianas⁴⁰⁹.

Em síntese, afastando uma violação ao direito à vida privada na publicação de imagens da Princesa Caroline⁴¹⁰, o BVerfG subscreve um padrão para aferição da privacidade que faz jus à proteção, enumerando três critérios: um isolamento em local ao qual o indivíduo se dirija com a intenção de estar sozinho; que um tal intuito seja perceptível pelas demais pessoas; e que o indivíduo, crente em uma situação de isolamento, comporte-se de maneira distinta da que se comportaria se estivesse em um espaço público⁴¹¹.

Com efeito, a Princesa Caroline levou a questão ao TEDH, argumentando que as decisões dos tribunais alemães teriam violado seu direito ao respeito à vida privada e familiar, garantido pelo art. 8º da CEDH⁴¹². Assim, procedendo à análise do conteúdo e extensão do referido direito no horizonte aberto pela CEDH, o TEDH inicialmente reitera sua jurisprudência no sentido de que o conceito de vida privada circunscreve a integridade física e psicológica de um indivíduo, garantindo-lhe o desenvolvimento de sua personalidade, sem ingerências alheias, nas relações sociais que estabelece. Daí que, em razão de um tal direito, mesmo as interações levadas a cabo em contextos públicos podem ser abarcadas pelos limites do direito à vida privada⁴¹³.

Apesar de ressaltar a relevância e a imprescindibilidade da liberdade de expressão para uma sociedade democrática, o TEDH destacou que, na ponderação com a proteção da vida privada, o direito de receber informações (compreendido naquela liberdade) somente se estenderia sobre a esfera privada das personalidades públicas nos casos em que disso

⁴⁰⁸ Por função pública, aqui, deve-se entender a atividade desempenhada pelo indivíduo que lhe confere o *status* de personalidade da história contemporânea.

⁴⁰⁹ BVerfGE 101, 361 (392-393). Em especial, destaca-se que “[e]ine Begrenzung der Bildveröffentlichungen auf die Funktion einer Person von zeitgeschichtlicher Bedeutung würde demgegenüber das öffentliche Interesse, welches solche Personen berechtigterweise wecken, unzureichend berücksichtigen und zudem eine selektive Darstellung begünstigen, die dem Publikum Beurteilungsmöglichkeiten vorenthielte, die es für Personen des gesellschaftlichpolitischen Lebens wegen ihrer Leitbildfunktion und ihres Einflusses benötigt”.

⁴¹⁰ Ressalva-se, contudo, que o BVerfG acolheu a reclamação no tocante às fotos da princesa com seus filhos, determinando uma reapreciação em razão dos padrões definidos na decisão. Não obstante, a argumentação centrou-se, principalmente, em torno do art. 6º da GG (especial proteção do casamento, da família e das crianças), razão pela qual não reveste relevância distintiva para apreciação no contexto proposto.

⁴¹¹ BVerfGE 101, 361 (393).

⁴¹² TEDH, Caso *Von Hannover v. Alemanha*, Proc. n. 59320/00, 24 de setembro de 2004.

⁴¹³ *Idem*, par. 50.

resultasse um contributo para um debate de interesse geral, tal como rotineiramente sucede em situações envolvendo figuras políticas⁴¹⁴.

O TEDH enfrentou, ainda, os critérios funcional e espacial mencionados pelo BVerfG para a delimitação do direito à vida privada, considerando-os, porém, inadequados. Isto porque acabam por limitar em demasia o direito em tela, oferecendo-lhe, desta forma, uma proteção insuficiente. Mormente no que toca ao segundo, o TEDH sublinha seu caráter excessivamente vago, tornando-se complexo para que um indivíduo consiga antecipadamente prever se, em razão do local em que se encontra, terá ou não seu direito à vida privada protegido⁴¹⁵. Com base nestes aportes, o TEDH conferiu um âmbito mais alargado ao direito à vida privada: “the decisive factor in balancing the protection of private life against freedom of expression should lie in the contribution that the published photos and articles make to a debate of general interest”⁴¹⁶.

No caso específico, as imagens publicadas da princesa apenas a retratavam em suas atividades comuns e, levando em conta que ela não exercia qualquer função oficial, não se poderia falar na existência de um interesse legítimo do público de ser informado sobre onde ela estaria ou como se comportaria na sua esfera privada, mesmo que em locais não isolados⁴¹⁷. Ao revés, o TEDH concluiu que a publicação das imagens teria o mero intuito de satisfazer a curiosidade dos leitores sobre aspectos essencialmente privados de uma personalidade famosa⁴¹⁸. Por tais razões, enfim, o tribunal reconheceu a existência de violação ao art. 8º da CEDH.

Após o julgamento proferido pelo TEDH, percebe-se uma redefinição na amplitude do conceito de proteção da vida privada adotada na perspectiva interna, de forma a, ao fim e ao cabo, alargar o âmbito protetivo dos arts. 2.1 e 1.1 da GG. Neste sentido, novas publicações, em tabloides, de fotografias da Princesa Caroline de Mônaco, desta vez com seu marido e em local aberto, ensejaram a busca de proteção judicial de seu direito à vida privada.

⁴¹⁴ *Idem*, par. 60 e 64.

⁴¹⁵ *Idem*, par. 72-75.

⁴¹⁶ *Idem*, par. 76.

⁴¹⁷ *Idem*, par. 77.

⁴¹⁸ *Idem*, par. 65.

Com efeito, na série de julgamentos proferidos neste caso, a decisão do Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*) bem demonstra a evolução na concepção do direito à vida privada, superando os requisitos anteriormente estabelecidos para determinar a sua limitação em face da liberdade de expressão, mormente o espacial, e, de certo modo, incorporando as ponderações do TEDH e seu critério consistente em perquirir a existência de uma contribuição a um debate de interesse geral. Daí que o referido Tribunal considerou que, apesar de tratar-se de uma figura pública da sociedade contemporânea e de as imagens terem sido capturadas em local não isolado, seria necessário ainda assim examinar se a publicação contribui para uma discussão que ultrapasse a mera satisfação de uma curiosidade⁴¹⁹.

Diante de reclamações constitucionais, o caso chegou ao BVerfG, que, em síntese, referendou a modificação dos critérios decisivos para restrição do direito à vida privada levada a cabo pelo *Bundesgerichtshof*, reputando-a como constitucionalmente irreprochável e, por consequência, subscrevendo a adoção da nova amplitude deste direito constitucional⁴²⁰.

Na decisão, o BVerfG, aludindo diversas vezes à jurisprudência do TEDH e, especialmente, à decisão do caso *von Hannover v. Germany (I)*, chega a equiparar a proteção conferida à vida privada pelos arts. 2.1 e 1.1 da GG com aquela do art. 8.1 da CEDH⁴²¹. Conforme explicitou, o âmbito da proteção do direito à vida privada pode ser restringido, de fato, pela liberdade de expressão, cuja capacidade expansiva sobre aquele será aferida pelo grau de relevância da matéria noticiada para o debate público. Nesta esteira, o BVerfG afirmou, porém, ser necessário avaliar não só se a imagem contribui, ela própria, para a formação da opinião pública, mas também se o faz no contexto da matéria jornalística em que se insere. Assim, prosseguiu o BVerfG, se o artigo é mero pretexto para disseminar imagens de uma figura famosa, disso não se pode inferir qualquer relevância para a formação

⁴¹⁹ *Bundesgerichtshof*, VI ZR 51/06, 6.7.2007, p. 12. Neste sentido, o Tribunal considerou que três imagens (e os artigos a elas associados) eram exclusivamente sobre as férias da princesa e, consequentemente, sobre sua vida privada, sem qualquer relevância para um debate público, o que demandaria seu consentimento para publicação. No tocante a uma foto, no entanto, o Tribunal reconheceu a possibilidade de sua publicação, sem que isso aviltasse seu direito à vida privada, uma vez que estava relacionada a um artigo sobre o estado de saúde de seu pai, Príncipe Rainier III, do que se deduzia o interesse à discussão pública (pp. 14-17).

⁴²⁰ BVerfGE 120, 180 (26.02.2008 - 1 BvR 1602/07, 1 BvR 1606/07, 1 BvR 1626/07; 211).

⁴²¹ *Idem* (201).

da opinião pública, inexistindo razão constitucionalmente válida para compreender a liberdade de expressão como prevalecente sobre a proteção dos direitos da personalidade⁴²².

A ampliação substancial do direito em questão se pode inferir com exatidão do reconhecimento, pelo BVerfG, da necessidade de proteção à vida privada mesmo em situações em que não tenha havido o isolamento espacial, o que, anteriormente, configurava um pré-requisito. Abre-se caminho, assim, para critérios consonantes aos avançados pelo TEDH, como, além da basilar análise da existência de contribuição a um debate público, observar se o indivíduo se encontrava fora do contexto de suas obrigações oficiais e, assim, se podia contar com uma expectativa legítima de respeito por sua privacidade⁴²³.

A convergência com a extensão do direito à vida privada definida pelo TEDH pode ser facilmente apreendida, ainda, pela própria decisão deste Tribunal em um novo julgamento. No caso *von Hannover v. Alemanha (2)*, além de avançar com mais profundidade em cinco critérios para verificação dos limites do direito à vida privada em casos envolvendo imagens, o TEDH igualmente referendou, sob a perspectiva da CEDH, as decisões adotadas no plano doméstico, destacando a modificação interna no conceito de proteção da vida privada em conformidade com a sua jurisprudência⁴²⁴.

Assim, ao observar que “the national courts explicitly took account of the Court’s relevant case-law”, o TEDH assentou categoricamente que “[w]hilst the Federal Court of Justice [*Bundesgerichtshof*] had changed its approach following the *Von Hannover* judgment, the Federal Constitutional Court [BVerfG], for its part, had not only confirmed that approach, but also undertaken a detailed analysis of the [European] Court’s case-law”⁴²⁵.

3.2. Espanha: direito à intimidade pessoal e familiar e à inviolabilidade do domicílio

Ainda no tocante ao art. 8º da CEDH, o TEDH conferiu-lhe uma interessante extensão no tocante à proteção do domicílio, como se infere do caso *López Ostra v. Espanha*.

⁴²² *Idem* (206).

⁴²³ *Idem* (207). Daí que, em geral, o BVerfG não vislumbrou inconstitucionalidade na decisão do *Bundesgerichtshof*, determinando o retorno do processo a este Tribunal apenas para, com relação a uma das fotos, analisar a sua publicação no contexto do artigo, e não apenas a imagem.

⁴²⁴ TEDH, Caso *Von Hannover v. Alemanha (2)*, Proc. n. 40660/08 e 60641/08, 7 de fevereiro de 2012, par. 109-115. Os critérios enumerados são: contribuição para um debate de interesse geral; grau de popularidade do indivíduo e assunto da matéria jornalística; conduta pretérita do indivíduo em relação à imprensa; conteúdo, forma e consequências da publicação; e as circunstâncias em que as imagens foram obtidas.

⁴²⁵ *Idem*, para. 125.

Neste contexto, uma nacional espanhola buscou proteção aos seus direitos fundamentais, entre outros, de respeito ao seu domicílio e integridade física, uma vez que a instalação de uma fábrica de couro nas imediações de sua residência, operando sem obter ou observar os requisitos para a licença necessária, veio a apresentar problemas consistentes na liberação de gases, odores e contaminação, provocando problemas de saúde e severos incômodos aos moradores da localidade⁴²⁶. No plano doméstico, após percorrer as instâncias inferiores, o caso chegou ao TCE, que rejeitou as alegações de violação aos direitos constitucionais garantidos nos arts. 15 (direito à integridade física) e 18.2 (inviolabilidade do domicílio), porquanto, respectivamente, sua vida e integridade não foram efetivamente colocadas em perigo e a presença dos gases, odores e barulhos em seu domicílio não violariam o seu lar na forma constitucionalmente assegurada⁴²⁷.

Ao apreciar a questão, o TEDH, no entanto, reconheceu a existência de violação ao art. 8º da CEDH. Para tanto, o TEDH concluiu que “severe environmental pollution may affect individuals’ well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely”⁴²⁸. Isto significa, em síntese, que, a despeito de o direito a um meio ambiente equilibrado não estar expressamente garantido na CEDH, a poluição ambiental severa seria capaz de constituir uma violação ao direito ao respeito pela vida privada e familiar e pelo domicílio quando prejudicar o gozo da vida doméstica, tal como já havia sido sugerido no caso *Powell and Rayner v. Reino Unido*, que apontou a aplicabilidade do art. 8º em relação à poluição sonora⁴²⁹.

Com efeito, referindo-se expressamente a estes dois precedentes do TEDH e, ainda, ao caso *Guerra e Outros v. Itália*, o *Tribunal Constitucional de España* (TCE) modificou a sua compreensão no que concerne à amplitude protetiva do art. 18 da Constituição espanhola. Por meio de recurso de amparo, uma nacional espanhola sustentou perante o TCE a vulneração, entre outros, de seus direitos fundamentais à intimidade pessoal e familiar e à inviolabilidade do domicílio, em decorrência de alta contaminação acústica (poluição

⁴²⁶ TEDH, Caso *López Ostra v. Espanha*, Proc. n. 16798/90, 09 de dezembro de 1994, par. 7-9.

⁴²⁷ *Idem*, par. 15.

⁴²⁸ *Idem*, par. 51.

⁴²⁹ TEDH, Caso *Powell and Rayner v. Reino Unido*, Proc. n. 9310/81, 21 de fevereiro de 1990, par. 40. Note-se, contudo, que o TEDH não reconheceu, ao final, a violação de quaisquer direitos previstos na CEDH neste caso.

sonora), consistente em ruídos e vibrações, provocada por estabelecimentos comerciais nas imediações de seu lar, impossibilitando-lhe o desfrute da vida doméstica⁴³⁰.

Ao intervir no caso, o Ministério Público, referindo-se à jurisprudência do TEDH, concluiu desde logo que “la inviolabilidad del domicilio podría quedar afectada si el medio ambiente circundante hace imposible la vida en su interior”⁴³¹, levando-o a solicitar ao TCE uma ampliação do conceito constitucional de proteção do domicílio.

Em sua fundamentação, o TCE rememorou a extensão dos direitos em questão em sua jurisprudência e, em seguida, admitiu que, ante uma nova realidade marcada por avanços tecnológicos e os riscos deles resultantes, uns tais direitos teriam sua dimensão expandida, adquirindo também uma positiva, a fim de que a eles se conferisse plena efetividade⁴³². Daí que, a partir de uma leitura conjugada com a realizada pelo TEDH, o TCE promove uma revisão no conceito de intimidade pessoal e familiar e inviolabilidade do domicílio, assumindo que “una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido (...) ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario”⁴³³. Incorpora-se, assim, a concepção de que danos ambientais severos colocam em causa os direitos em tela, tal como destaca o magistrado Fernando Garrido Falla em seu voto particular convergente⁴³⁴.

Contudo, a despeito de acolher a extensão conferida ao direito à intimidade pessoal e familiar e à inviolabilidade do domicílio para abarcar a proteção em face de danos ambientais severos que prejudiquem o livre desenvolvimento da personalidade no ambiente doméstico, o TCE entendeu que cabia à demandante o ônus probatório, o que justificou a rejeição do recurso de amparo, porquanto as medições de ruído foram realizadas em lugares

⁴³⁰ TCE, *Sentencia* 119/2001 de 24 de maio, ECLI:ES:TC:2001:119, par. I.2.a.

⁴³¹ *Idem*, par. I.10.

⁴³² *Idem*, par. II.5.

⁴³³ *Idem*, par. II.6.

⁴³⁴ Neste sentido, afirma o magistrado que, “[p]or lo que se refiere al derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) participo de cuanto se dice en nuestra Sentencia a condición de que quede claro que la agresión a la intimidad se conciba, no solo como una publicatio de lo que nos es privado -es decir, de lo que pertenece a nuestra "privacidad"- sino como el derecho a desarrollar nuestra vida privada sin perturbaciones e injerencias externas que sean evitables y no tengamos el deber de soportar. Nadie tiene el derecho a impedir nuestro descanso o la tranquilidad mínima que exige el desempeño de nuestro trabajo intelectual. Por lo contrario, puede existir un deber de los poderes públicos de garantizarnos el disfrute de este derecho, según cuáles sean las circunstancias”. De outra banda, “[e]l derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) también puede verse afectado por la indebida saturación acústica”, já que “la vulneración de la intimidad personal y familiar se potencia cuando el lesionado lo es en su propio domicilio” (*in idem*, voto particular 2, par. 3-4).

que não o seu lar, não sendo possível concluir pela vulneração de seus direitos fundamentais⁴³⁵.

Diante desta decisão, o caso foi levado ao TEDH, que reconheceu a violação ao art. 8º da CEDH. Referindo-se à extensão do conceito de inviolabilidade do domicílio, o TEDH ratificou que “breaches of the right to respect of the home are not confined to concrete or physical breaches, such as unauthorised entry into a person’s home, but also include those that are not concrete or physical, such as noise, emissions, smells or other forms of interference”⁴³⁶. Não obstante, já que a área em que se encontrava a residência da demandante já era oficialmente classificada como “zona acusticamente saturada”, o TEDH considerou indevido imputar a ela um ônus probatório adicional, derivando daí a condenação⁴³⁷. Tal circunstância divergente, no entanto, por referir-se à matéria probatória, não minimiza a ampliação substantiva na concepção do direito protegido, mas parece refletir uma ponderação estrutural, em alusão aos aspectos de Neuman, quando da incorporação da interpretação inicial do TEDH⁴³⁸.

3.3. Itália: direito à defesa e ao contraditório em julgamentos *in absentia*

Em análise do art. 6º da CEDH, o TEDH, em diversas decisões, definiu o alcance do direito a um processo equitativo no tocante aos julgamentos *in absentia*, isto é, quando o acusado não está presente. Neste sentido, o Tribunal desenvolveu uma jurisprudência segundo a qual, apesar de não explícito no referido artigo, ao acusado de um crime é garantido o direito de participar do julgamento, o que se depreende de uma leitura global do dispositivo e, especialmente, da redação do art. 6.3 (c), (d) e (e), cuja efetivação pressupõe a presença do acusado⁴³⁹.

⁴³⁵ *Idem*, par. II. 7. Sobre o assunto, no sentido de que “el Tribunal Constitucional introdujo en el canon europeo incorporado un elemento suplementario en el test de constitucionalidad aplicado en el control de la actividad del poder público que no es requerido en el test de convencionalidad aplicado por el TEDH”, ver Argelia QUERALT JIMÉNEZ. “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”, in *Teoría y Realidad Constitucional* 20, 2007, pp. 460-461.

⁴³⁶ TEDH, Caso *Moreno Gómez v. Espanha*, Proc. n. 4143/02, 16 de fevereiro de 2005, par. 53.

⁴³⁷ *Idem*, para. 59-60.

⁴³⁸ A título de observação, o TCE voltou a pronunciar-se sobre caso idêntico após a decisão do TEDH, mas manteve inalteradas ambas as compreensões: a amplitude do direito protegido e a distribuição do ônus probatório (cfr. TCE, *Sentencia* 150/2011 de 29 de setembro, ECLI:ES:TC:2011:150).

⁴³⁹ TEDH, Caso *Sejdovic v. Itália*, Proc. n. 56581/00, 1 de março de 2006, par. 81.

Isto não implica, evidentemente, que qualquer procedimento realizado sem a presença do acusado constitua uma violação automática do direito em análise. Conforme entende o TEDH, isto sucederá na hipótese em que, não estabelecido que o indivíduo condenado *in absentia* renunciou ao seu direito de participar do julgamento e de defender-se, a ele não se possibilite obter uma nova apreciação do mérito da acusação, não só quanto à matéria de direito, mas também de fato⁴⁴⁰. Ademais, o reconhecimento de uma tal renúncia não poderia decorrer do mero *status* de foragido atribuído ao indivíduo quando ele não foi pessoalmente notificado da acusação. Isto significa, pois, que sobre o indivíduo não deve recair o ônus de provar que não estava fugindo ou que sua ausência decorria de força maior⁴⁴¹.

Com efeito, especificamente quanto ao caso italiano, observa-se que seu Código de Processo Penal, no art. 175, §§2º e 3º, possibilitava ao acusado condenado *in absentia* a restituição do prazo para apelação contra a sentença proferida quando demonstrasse que não teve efetivo conhecimento do julgamento e que não foi interposta apelação pelo defensor a ele atribuído. Ademais, o dispositivo legal estabelecia o prazo de dez dias para a apresentação do requerimento neste sentido, contado a partir da data em que o acusado tomou ciência do julgamento, independentemente de onde estivesse⁴⁴². De acordo com a jurisprudência doméstica, incumbia ao acusado provar a ausência de conhecimento do julgamento⁴⁴³.

Como se percebe, tal regramento não se compatibiliza com a dimensão do direito ao processo equitativo conferida pelo TEDH, o que levou a condenações da Itália por violação ao art. 6º da CEDH⁴⁴⁴. Subsequentemente, então, o legislador italiano promoveu modificações no citado art. 175, cuja redação, alterada, passou a garantir ao condenado *in absentia* a restituição do prazo para apelação diante de seu requerimento, exceto se ele tiver tomado efetivo conhecimento do procedimento ou do julgamento e, assim, deliberadamente

⁴⁴⁰ *Idem*, par. 82.

⁴⁴¹ *Idem*, par. 87-88.

⁴⁴² *Idem*, par. 21-22.

⁴⁴³ *Idem*, par. 24.

⁴⁴⁴ Veja-se, neste sentido, que o TEDH chegou a identificar a situação como um problema estrutural, destacando, neste julgamento, que os obstáculos injustificados para a obtenção de uma nova apreciação do mérito da acusação pareceriam decorrer da própria redação do Código de Processo Penal italiano vigente naquele momento, o que sugeriria “that there was a defect in the Italian legal system such that anyone convicted *in absentia* who had not been effectively informed of the proceedings against them could be denied a retrial” (*idem*, par. 121).

se recusado a comparecer ou contra ele recorrer. Além disso, introduziu-se um novo parágrafo que ampliava o prazo para o requerimento para trinta dias, contado a partir da data em que o acusado teve conhecimento do julgamento ou, em caso de extradição, a partir do momento em que fosse entregue às autoridades italianas⁴⁴⁵.

No entanto, desta alteração legislativa emergiu uma nova questão interpretativa, sobre a qual recai o maior interesse do tópico. Isto porque, como o que se possibilita ao indivíduo condenado *in absentia* é a restituição do prazo para que interponha uma apelação, tornou-se controvertido na jurisprudência italiana se esse direito se consideraria consumado (se haveria preclusão) na hipótese em que um tal recurso já tivesse sido apresentado pelo defensor a ele atribuído, mesmo diante da supressão, na reforma legislativa, da condição acima referida de inexistência de recurso⁴⁴⁶. Diante do debate, a *Corte di cassazione* firmou entendimento apontando a preclusão do direito da pessoa condenada *in absentia* para interpor apelação ao tomar conhecimento do julgamento quando uma já foi apresentada pelo defensor a ela atribuído e o respectivo procedimento já foi concluído. Além de fundamentar tal compreensão no princípio da singularidade recursal, a Corte de Cassação entendeu que, do exame dos *travaux préparatoires* da reforma legislativa em questão, não era possível inferir uma intenção inequívoca no tocante à supressão da condição de outra apelação não ter sido interposta, o que seria corroborado pela ausência de regulação das consequências para o julgamento anterior diante do novo. Por fim, como substrato constitucional, aludiu-se ao princípio da duração razoável do processo (art. 111 da Constituição), que, segundo a interpretação daquela Corte, seria afrontado diante da interposição de uma segunda apelação⁴⁴⁷.

Suscitada a incompatibilidade do art. 175 do Código de Processo Penal, após a reforma legislativa e com esta compreensão que lhe foi conferida pela Corte de Cassação, em face dos arts. 24, 111 e 117 da Constituição, o assunto chegou à *Corte Costituzionale*, que prontamente observou como em exame a “*garanzia del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio dell’imputato contumace*”⁴⁴⁸. Nesta esteira, a Corte refere que, tal como a

⁴⁴⁵ *Idem*, par. 25-27.

⁴⁴⁶ Mariangela MONTAGNA. “The Strasbourg Court’s Influence on the Italian Criminal Trial”, in *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Giorgio Repetto (ed.). Cambridge: Intersentia, 2013, pp. 75-76.

⁴⁴⁷ *Corte Costituzionale*, *Sentenza* 317/2009, par. 1.

⁴⁴⁸ *Idem*, par. 2.1.

aplicação do artigo 117(1) da Constituição (que vincula a atividade legislativa às obrigações internacionais, caracterizando as normas convencionais como interpostas ou subconstitucionais⁴⁴⁹) não pode supor uma diminuição da proteção já conferida internamente, tampouco pode ser admitido que um nível mais elevado de garantia, penetrável pelo mesmo art. 117(1), seja negado aos portadores do direito em questão. Por isto que, como sintetiza a Corte, “il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti”⁴⁵⁰.

Com estes pressupostos fixados, a Corte Constitucional, então, rejeita a interpretação da Corte de Cassação no sentido de vislumbrar a preclusão do direito a uma nova apelação como ínsita ao direito constitucional à razoável duração do processo. Isto porque, prossegue a Corte, o que assume relevância é a duração de um processo *justo*, tornando incompatível com a Constituição, independentemente do seu tempo de duração, um processo que inadequadamente efetive as garantias do acusado. E, neste tocante, a Corte refere que reconhecer a preclusão violaria os direitos constitucionais de defesa (art. 24) e do contraditório (art. 111), cujo conteúdo é alargado em decorrência do efeito expansivo do art. 6º da CEDH e da jurisprudência do TEDH. Tratando-se da garantia dos mesmos direitos, a ordem jurídica convencional “esplicita ed arricchisce il contenuto, innalzando il livello di sviluppo complessivo dell’ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali”⁴⁵¹.

Destarte, a *Corte Costituzionale* declarou a inconstitucionalidade do art. 175 do Código de Processo Penal na medida em que não possibilitava ao condenado *in absentia* a interposição de uma apelação quando outra já houvesse sido apresentada por seu advogado. E isto, vale ressaltar, em razão da incompatibilidade com os direitos constitucionais ao contraditório (art. 111) e à defesa (art. 24), cuja extensão foi expressamente determinada ante a proteção oferecida pela CEDH e pela percepção que dela tem o TEDH⁴⁵².

⁴⁴⁹ Sobre o assunto, cfr. item 3.2.2 do capítulo 2.

⁴⁵⁰ *Corte Costituzionale, Sentenza 317/2009.*

⁴⁵¹ *Idem*, par. 8.

⁴⁵² *Idem*, par. 9.

3.4. Colômbia: direito à liberdade de expressão

Outra relevante ilustração provém da atuação da Corte Constitucional Colombiana, em cuja jurisprudência se encontram nítidos traços da influência exercida pela CADH e pela interpretação que dela realiza a CIADH, mormente no tocante à definição do conteúdo do direito constitucional à liberdade de expressão⁴⁵³, como demonstram os casos a seguir analisados.

No primeiro deles, em 2000, a Corte apreciou uma demanda de inconstitucionalidade ajuizada contra lei que regulamentava diversos aspectos relativos à transmissão de programas por radiodifusão (Lei 74/1966), sob o fundamento de indevida restrição da liberdade de expressão⁴⁵⁴. Com efeito, antes de examinar especificamente os artigos cuja incompatibilidade constitucional foi suscitada, a Corte desenvolveu uma extensa argumentação para definir os pressupostos de sua análise no que atine ao conteúdo do direito constitucional à liberdade de expressão, previsto no art. 20 da Constituição colombiana, e, conseqüentemente, das balizas que circunscrevem os possíveis limites a este direito. Neste sentido, a Corte destacou que a liberdade de expressão detém papel proeminente no ordenamento constitucional colombiano, porquanto, a par de constituir elemento estrutural básico da democracia participativa, afigura-se indispensável para o desenvolvimento da autonomia e liberdade dos indivíduos e do conhecimento e da cultura⁴⁵⁵.

A Corte nota, contudo, que a liberdade de expressão, seja na vertente estrita, de exprimir opiniões e ideias, seja na vertente de informar e ser informado, não reveste um caráter absoluto, admitindo limitações diante da colisão com outros direitos e valores constitucionais. É neste ponto que a Corte remete às normas convencionais, referindo expressamente ao art. 13.2 da CADH para explicitar as hipóteses em que se aceita uma restrição à liberdade de expressão: para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas ou para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Jaime CÓRDOBA TRIVIÑO. “Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano”, in *ADCL* 2007, II, p. 680.

⁴⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia* C-010/00, par. II-2, II-5 e II-8.

⁴⁵⁵ *Idem*, par. III-3.

⁴⁵⁶ *Idem*, par. III-4. Observe-se, ademais, que a Corte também alude neste ponto ao art. 19 do PIDCP.

Desde logo se percebe que a Corte internaliza as balizas de limitação estabelecidas na CADH para a definição do conteúdo do direito constitucional à liberdade de expressão, já que o art. 20 da Constituição colombiana não reproduz textualmente estas hipóteses de restrição legítima. Não obstante, a Corte dá um passo além para, em conformidade com o mandamento constitucional de interpretação compatível dos direitos e deveres constitucionais com os tratados de direitos humanos, assumir que “es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”⁴⁵⁷, o que justifica, então a minuciosa abordagem que faz da jurisprudência da CIADH, sobretudo da Opinião Consultiva n. 5.

Com efeito, já em 1985, a CIADH procedeu, na citada opinião consultiva⁴⁵⁸, a uma análise pormenorizada da extensão da liberdade de pensamento e expressão. Nesta consulta, o governo costa-riquenho solicitou parecer sobre a interpretação do art. 13 da CADH e, em especial, de sua compatibilidade com o estabelecimento legal de obrigatoriedade de registro profissional para o exercício do jornalismo. A CIADH pronuncia, nesta oportunidade, que as restrições à liberdade em tela devem ser estabelecidas observando condições de forma, pelas quais se materializam, e de mérito, que consubstanciam a legitimidade dos fins pretendidos pela restrição⁴⁵⁹. Daí que, ao vedar a censura prévia (e, assim, medidas de controle preventivo), a CADH fixa, como pressuposto de uma restrição, a responsabilização posterior, cujos fundamentos devem ser previamente definidos de forma expressa e taxativa, por meio de lei, para perseguir fins legítimos, evidenciando a sua necessidade⁴⁶⁰. A CIADH ressalta, ainda, que a legitimidade das restrições à liberdade de expressão perpassa pela leitura conjugada com o art. 13.3, que veda a utilização de meios indiretos para tanto, empregados pelo Poder Público ou por particulares⁴⁶¹.

Retomando à decisão da Corte Constitucional colombiana, tem-se que ela passa, então, a analisar a constitucionalidade de cada um dos artigos impugnados, mas o faz levando em consideração, como conteúdo do parâmetro (principalmente, o art. 20 da

⁴⁵⁷ *Idem*, par. III-7.

⁴⁵⁸ Trata-se da possibilidade prevista no art. 64 (1) da CADH, segundo a qual se permite aos Estados-membros da OEA submeter à CIADH questão concernente à interpretação da Convenção ou de outros tratados de direitos humanos que vinculem os Estados americanos.

⁴⁵⁹ CIADH, Opinião Consultiva OC-5/85, 13 de novembro de 1985, par. 37.

⁴⁶⁰ *Idem*, par. 38-39.

⁴⁶¹ *Idem*, par. 47-48.

Constituição colombiana), os critérios desenvolvidos pela jurisprudência interamericana acima destacada⁴⁶². Veja-se, por exemplo, que, ao reconhecer a inconstitucionalidade do art. 2º da lei em causa (necessidade de respeito aos ditados universais do decoro e do bom gosto), a Corte o faz escorando-se justamente na inobservância da “exigencia de que las limitaciones a la libertad de expresión sean establecidas, de manera expresa, taxativa y previa, por la ley”⁴⁶³, tal como a CIADH assentou na interpretação do art. 13.2 da CADH. De igual o modo, a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 14 (proibição da transmissão de mensagens pessoais, como saudações ou dedicatórias) e 10 (vedação da utilização de tons de arenga, discurso ou declamação em programas jornalísticos) encontrou fundamento na inexistência de um objetivo constitucional relevante, o que equivale ao fim legítimo que a CIADH requer seja demonstrado para uma restrição⁴⁶⁴. Ou, por fim, note-se que a Corte assentou a inconstitucionalidade do art. 6º (exigência de aviso prévio ao Ministério das Comunicações de discursos de caráter político) por entendê-lo como configurador de censura prévia por via indireta, que, como visto, é vedado pelo art. 13.3 da CEDH⁴⁶⁵.

Anos após, em 2005, a Corte Constitucional corroborou a orientação perfilhada no caso acima e, em demanda em que se questionava se jornalistas teriam extrapolado a liberdade de expressão ao noticiarem possíveis irregularidades em uma empresa privada, voltou a explicitar a importância da jurisprudência interamericana para a definição do conteúdo da liberdade de expressão. Neste sentido, remetendo não só à opinião consultiva, mas também aos casos *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, *Olmedo Bustos e Outros v. Chile*, a Corte realçou que “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido eco en las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional colombiana cuando se trata de la interpretación del artículo 20 de la Constitución que contiene el derecho a la libertad de expresión”⁴⁶⁶. Assim, confrontando as particularidades do caso com os referidos precedentes interamericanos, a Corte reconheceu a inexistência de razão constitucionalmente relevante para justificar a restrição da liberdade constitucional de

⁴⁶² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-010/00, par. III-7.

⁴⁶³ *Idem*, par. III-11.

⁴⁶⁴ *Idem*, par. III-18 e III-24.

⁴⁶⁵ *Idem*, par. III-40.

⁴⁶⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-679/05, par. II-4.1.4.

expressão, no caso, de informação, em face do direito à honra da empresa afetada pela reportagem⁴⁶⁷.

3.5. México: direito de acesso à justiça e ao juiz natural

Outro tema que ensejou uma jurisprudência robusta da CIADH é o desaparecimento forçado⁴⁶⁸, cuja gravidade, em geral, implica a violação de diversos direitos convencionalmente protegidos. Sob este ângulo, no Caso *Radilla Pacheco*, envolvendo o desaparecimento forçado de um nacional mexicano, a CIADH debruçou-se sobre a alegação de afronta pelo Estado mexicano aos arts. 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 7º (direito à liberdade pessoal), 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da CADH⁴⁶⁹. Em razão do objetivo aqui perseguido e da extensão da decisão proferida, cabe examinar os principais pontos definidos pela CIADH em relação às garantias judiciais e, particularmente, no que atine ao acesso à justiça e ao juiz natural como limites à jurisdição militar.

No plano doméstico, após familiares da vítima noticiarem o seu desaparecimento, o caso percorreu diferentes juízos até que, com o avanço das investigações, chegou-se ao possível responsável do cometimento do delito, um tenente coronel do exército⁴⁷⁰. Após determinar a detenção do referido oficial das forças armadas, o juízo em que até então se processava o caso declinou sua competência em favor de um tribunal militar, que teve a competência confirmada ante a interposição de recursos⁴⁷¹.

A partir do estabelecimento da competência da justiça militar para o processamento do caso, então, a CIADH passa a analisar eventual violação do art. 8º da CADH. Sobre a controvérsia, o Estado mexicano, no procedimento instaurado perante a CIADH, alegou que a jurisdição militar decorria de previsão da Constituição nacional (art. 13) como justiça

⁴⁶⁷ *Idem*, par. II-4.2.3. Em especial, note-se ter afirmado a Corte que “tanto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su interpretación del artículo 13 de la Convención Interamericana, como por la Corte Constitucional colombiana en su interpretación del artículo 20 superior (...) [l]a libertad de expresión, en todas sus facetas – exige una muy amplia y especial protección” (par. II-4.1.8).

⁴⁶⁸ Nos termos do art. 2º da Convenção Internacional Para a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados, “entende-se por ‘desaparecimento forçado’ a prisão, a detenção, o sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, o apoio ou o consentimento do Estado, seguido da recusa em reconhecer a privação de liberdade, ou do encobrimento do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, colocando-a assim fora do âmbito de proteção da lei”.

⁴⁶⁹ Caso *Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos*. Série C n. 209, 23 de novembro de 2009, par. 3.

⁴⁷⁰ *Idem*, par. 236.

⁴⁷¹ *Idem*, par. 260-265.

especializada para a apreciação de faltas e delitos contrários à disciplina militar, de modo que a perpetração de um delito por militar, mesmo que contra um civil, acarretaria na competência dos tribunais militares para julgamento⁴⁷². Neste contexto, tal conclusão seria produto, ainda, consoante referido nas decisões internas que firmaram a competência dos tribunais militares, da redação do art. 57, II, ‘a’ do Código de Justiça Militar mexicano, que estabelecia como delitos contra a disciplina militar aqueles da “ordem comum ou federal” quando cometidos por militares durante o serviço ou em razão do serviço⁴⁷³.

Enfrentando tal situação, a CIADH reiterou sua jurisprudência no sentido de que tempos de paz em Estados democráticos prescindem, total ou quase totalmente, de jurisdição penal militar, pelo que, caso ainda existente em um Estado, deve ter competência restrita às hipóteses em que emergja um interesse jurídico especial, em consonância com os princípios reitores do direito penal moderno. Um tais hipóteses, para serem efetivamente limitadas, devem se circunscrever às funções específicas das forças armadas. Em outras palavras, a CIADH ratifica sua compreensão de que “en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”⁴⁷⁴.

Mais do que isso, a CIADH repisa que a investigação, julgamento e punição de autores de violações de direitos humanos, pela natureza dos bens jurídicos lesados, devem corresponder sempre à jurisdição ordinária. Caso contrário, atribuindo-se a competência de tais casos à jurisdição castrense, estar-se-ia diante de uma violação dos direitos ao juiz natural e, por consectário, ao devido processo e ao acesso à justiça⁴⁷⁵. Arremata, então, a Corte: “frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar”⁴⁷⁶.

Por isto, no caso concreto que analisava, a CIADH consignou que o desaparecimento forçado, ainda que cometido por agentes das forças armadas, não consubstanciava matéria de disciplina militar. Ao revés, considerando os bens jurídicos afetados pelo delito em análise (vida, integridade pessoal, liberdade pessoal e reconhecimento da personalidade jurídica, cujas violações, na decisão, a CIADH já havia

⁴⁷² *Idem*, par. 268.

⁴⁷³ *Idem*, par. 271 e nota 272.

⁴⁷⁴ *Idem*, par. 272.

⁴⁷⁵ *Idem*, par. 273.

⁴⁷⁶ *Idem*, par. 274.

consignado), a investigação, processamento, julgamento e punição dos responsáveis só poderiam recair sobre a jurisdição ordinária⁴⁷⁷. Sucede disso, pois, o reconhecimento de que o Estado mexicano afrontou o princípio do juiz natural (conglobado no art. 8º da CADH) ao “extralimitar la esfera de la justicia castrense en el presente caso, en contravención de los parámetros de excepcionalidad y restricción que caracterizan a la jurisdicción penal militar”⁴⁷⁸.

A CIADH foi além e, em seguida, assentou ainda a incompatibilidade do referido art. 57, II ‘a’ do Código de Justiça Militar mexicano com a CADH, uma vez que sua redação não é suficientemente precisa. Isto porque, observou a Corte, na prática, admite-se que, pela mera condição de estar em serviço (ou de o crime ser a ele vinculado), os tribunais militares julguem qualquer oficial das forças armadas acusado de delitos ordinários⁴⁷⁹. Para a CIADH, então, tal circunstância revela um problema estrutural da legislação mexicana que enseja o incumprimento dos direitos e garantias convencionais, levando-a, pois, a reconhecer que o México violou, neste cenário, a obrigação contida no art. 2º da CADH, consistente no dever de adotar as disposições de direito interno necessárias para dar efetividade à Convenção⁴⁸⁰.

Com efeito, posteriormente, a *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (SCJN), que exerce as funções de tribunal constitucional no México, instaurou, no domínio de suas competências, um expediente para determinar a participação do Poder Judicial na execução das sentenças proferidas pela CIADH (e, em especial, a deste caso *Radilla Pacheco*), a fim de instrumentalizar o cumprimento das obrigações que resultam da decisão interamericana, ante a inexistência de normas legais sobre a questão⁴⁸¹.

Na oportunidade, a SCJN teceu diversos apontamentos sobre a vinculatividade das decisões proferidas pela CIADH, assentando que, nos casos em que o Estado mexicano figurou como parte, as sentenças interamericanas são de observância obrigatória (não só o dispositivo, mas também a integralidade de fundamentos). Por outro lado, nos demais casos

⁴⁷⁷ *Idem*, par. 277. Note-se que a CIADH faz uma contundente crítica, sustentando que “en un Estado de Derecho, la comisión de actos tales como la desaparición forzada de personas en contra de civiles por parte de elementos de la fuerza militar nunca puede ser considerada como un medio legítimo y aceptable para el cumplimiento de la misión castrense”, motivo pelo qual “tales conductas son abiertamente contrarias a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, están excluidas de la competencia de la jurisdicción militar”.

⁴⁷⁸ *Idem*, par. 282.

⁴⁷⁹ *Idem*, par. 286.

⁴⁸⁰ *Idem*, par. 289.

⁴⁸¹ *SCJN, Expediente Varios 912/2010*, 14 de julho de 2011, par. II-11.

decididos pela CIADH, as sentenças constituirão critérios orientadores da atuação do Poder Judiciário mexicano⁴⁸². Desta forma, a SCJN exteriorizou o dever imposto aos tribunais mexicanos de procederem ao controle de convencionalidade *ex officio*, afirmando que a impossibilidade de interpretação conforme os direitos humanos preconizados na Constituição e nos tratados internacionais de que o México seja parte conduz à declaração de inaplicação do ato legislativo infraconstitucional incompatível⁴⁸³.

Não obstante, o mais relevante para o presente trabalho advém do exame, efetuado pela SCJN neste expediente, do alcance da jurisdição militar. Como constatado, uma das condenações impostas pela CIADH na sentença do caso *Radilla Pacheco* consistiu na determinação de que o Estado procedesse à reforma legislativa do art. 57 do Código de Justiça Militar mexicano com o fito de adequá-lo às normas convencionais. A despeito de notar que se tratava de uma obrigação cuja efetivação pressupunha a atividade do Poder Legislativo, a SCJN reconheceu que caberia a si proceder à releitura do dispositivo em tela em termos constitucionais, sindicando-o em face do art. 13 da Constituição⁴⁸⁴.

Tal preceito constitucional, no trecho em que refere à jurisdição militar, estatui que subsiste o foro de guerra para os delitos e faltas contra a disciplina militar, vedando a extensão da jurisdição dos tribunais castrenses sobre pessoas que não pertencem aos quadros das forças armadas. Sem prejuízo, a SCJN entendeu que a interpretação conferida a este dispositivo constitucional deveria ser consentânea com os princípios constitucionais e convencionais do devido processo e acesso à justiça, aludindo a outros dispositivos da Constituição e ao art. 8.1 da CADH⁴⁸⁵.

A SCJN acolheu, para isto, a fundamentação exarada na decisão da CIADH, no sentido de que a efetivação dos direitos ao devido processo e ao acesso à justiça reclamam que casos de violações de direitos humanos sejam processados perante a jurisdição ordinária, uma vez que a vítima, nestes crimes, também pode participar do processo penal, mormente para concretizar seus direitos à verdade e à justiça. Daí que reconhecer a competência da

⁴⁸² *Idem*, par. II-19-20.

⁴⁸³ *Idem*, par. II-33-36.

⁴⁸⁴ *Idem*, par. II-38.

⁴⁸⁵ *Idem*, par. II-39.

jurisdição castrense nestas hipóteses implicaria em estender aos tribunais militares o exercício de jurisdição sobre indivíduos que não compõem as forças armadas⁴⁸⁶.

Destarte, a SCJN⁴⁸⁷ considerou que, como o art. 57, II do Código de Justiça Militar “no garantiza a los civiles o sus familiares que sean víctimas de violaciones a los derechos humanos tengan la posibilidad de someterse a la jurisdicción de un juez o tribunal ordinario”, ele se torna “incompatible con lo dispuesto en el mismo artículo 13 [de la Constitución] conforme a esta interpretación a la luz de los artículo 2º y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁴⁸⁸, do que se apreende a definição do significado do artigo 13 da Constituição colombiana a partir do delineamento dos direitos ao acesso à justiça e ao juiz natural estabelecido no sistema interamericano.

⁴⁸⁶ *Idem*, par. 40-41.

⁴⁸⁷ Para uma síntese de decisões subsequentes resolvendo conflitos de competência na matéria, reiterando o critério ora exposto, ver Sérgio GARCÍA RAMÍREZ, Julieta MORALES SÁNCHEZ. “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad”, in *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 29, 2013, pp. 193-204.

⁴⁸⁸ SCJN, *Expediente Varios* 912/2010, par. 43.

CONCLUSÕES

1. Neste momento, como ponto de chegada do longo caminho materializado nos três capítulos que compuseram o presente trabalho, faz-se necessário confrontar sinteticamente os elementos essenciais revelados no decorrer do percurso para pontuar as linhas conclusivas que se apresentam, em cada etapa e no contexto geral, diante do objeto de estudo levado a cabo, consistente na averiguação de eventual impacto dos direitos humanos sobre o âmbito protetivo dos direitos constitucionais, isto é, da interação entre os direitos fundamentais em sentido amplo, como meio de observar a existência de um potencial jurisgenerativo do pluralismo constitucional.

2. Para tanto, em primeiro lugar, conduziu-se uma condensada perquirição do *Estado da Arte* do constitucionalismo, contemplando-se diacronicamente a sucessão de modelos e discursos – teoreticamente construídos em reflexo aos eventos e fenômenos a eles coetâneos –, capazes de moldá-lo, a partir de sua acepção moderna, ao longo dos séculos.

3. Nesta toada, a análise das circunstâncias antecedentes à manifestação do constitucionalismo moderno permitiu afastar eventual percepção açodada que o contemplasse como um episódio irruptivo, uma vez que colocou em evidência o alongado processo em que se solidificaram os seus pressupostos, nomeadamente, aqui se destacam, a positivação das ordens jurídicas e a separação entre Estado e sociedade, a viabilizar a construção de um poder público como produto da afluência daqueles anteriormente pulverizados. É neste contexto, então, que se edifica a soberania, pilar do Estado moderno, cujas dimensões interna e externa tornam palpáveis um objeto capaz – e demandante, como os movimentos o demonstram – da regulação compreensiva – organizativa e limitativa – que o constitucionalismo injunge.

4. Isto porque, como se percebeu, os distintos modelos de compreensão acabaram por adjetivar um substantivo comum – constitucionalismo –, cuja textura se exprimiu na análise morfológica que realçou sua dupla função constitutiva e legitimadora, comumente verificada nas duas acepções de Constituição, a racional-voluntarista e a histórico-evolutiva. A apreensão de um tal substrato, no entanto, não poderia ter sido conquistada sem a observação dos contextos político-sociais em que os modelos se desenvolveram, uma vez que foi justamente o atributo de responsividade do constitucionalismo que possibilitou

descortinar estas diferenças qualificadoras do processo: o *revelar*, o *dizer* e o *criar*, todos reconduzíveis, sem prejuízo, ao *organizar* e ao *legitimar*.

5. Nesta esteira, o regresso aos antecedentes e à emergência dos diferentes modelos de compreensão do constitucionalismo, especialmente no que permite sublinhar a essência de sua acepção moderna, mostrou-se crucial, ainda, para facilitar a percepção do efeito da *nova* conjuntura global sobre o Estado-nação e, conseqüentemente, sobre a própria Constituição. Em outras palavras, o declínio da estadualidade que se observou dependia, em termos de assimilação, de visualizar a própria ascensão e consolidação da estadualidade, mormente na extensão em que se erigia como componente do objeto da Constituição. Daí que facilmente se captou o impacto da globalização policêntrica, fomentadora da diferenciação funcional também do *direito*, nas noções de organização, limitação e legitimação do poder público. As fronteiras do Estado-nação são corroídas e a conseqüente abertura porosa transparece a substituição da conformação vestefaliana pelo alinhamento da *constelação pós-nacional*.

6. Viu-se, ainda, que esta transformação constitui-se em cenário para os novos discursos constitucionais. Tal sucede diante da ruptura na compreensividade da regulação constitucional, materializada em fenômenos como a *desnacionalização*, decorrente da restituição da autonomia aos atores privados e do exercício de poderes públicos por instituições supraestatais, e a *desterritorialização*, conseqüência da desvinculação entre autoridade normativa e os limites geográficos que a circunscreviam, para, no espírito da fragmentação, escorá-la em linhas setoriais, dispersando-a funcionalmente. O que se percebe é, pois, uma inegável presença de atores e meios extraconstitucionais para o exercício do poder público, a suscitar a releitura dos elementos cravados no constitucionalismo moderno.

7. Não obstante, a conjuntura sócio-política hodierna demandou, no curso da averiguação, uma inflexão com o propósito de avaliar a perenidade destas transformações. Isto porque, aparentemente, fenômenos como o *Brexit* e a resposta à pandemia que assolou o globo sinalizavam uma intenção de cerrar os poros do Estado constitucional. Observou-se que as forças do transnacionalismo, da fragmentação e da privatização abalaram o equilíbrio constitucional de racionalidades antagônicas, fomentando a emergência de narrativas populistas com apego nacionalista. Contudo, percebeu-se que a tendência destas narrativas, ainda que não efêmeras, não encontrariam solo suficiente para se enraizar, já que o contexto

de interdependência da globalização policêntrica, cuja superação se revela improvável (ou, numa leitura mais cautelosa, ao menos imprevisível), torna as retóricas isolacionistas insustentáveis quando perspectivadas em uma prática de longo prazo.

8. Daí que as novas órbitas em que gravita o constitucionalismo, então, ressoam a adaptação à ordem pós-vestefaliana, denotando o mesmo atributo de responsividade que explicou as diferentes adjetivações nos modelos de compreensão observados. Neste tocante, foram apreciados alguns diferentes discursos, dentre os quais o de *pluralismo constitucional*, que, ao que se percebeu, estrutura uma base comum para os demais ao pressupor a revisão do conceito de constitucionalismo, preservando sua continuidade histórico-discursiva, mas amoldando-o a níveis e processos não estatais. Enquanto numa concepção de *monismo constitucional* o Estado assume a posição exclusiva de autoridade constitucional, a de *pluralismo*, tal como se viu, aceita a irradiação dos polos de autoridade, distinguindo estruturas constitucionais entre as quais se estabelece um reconhecimento recíproco. A partir desta lógica, foram absorvidas proposições como o constitucionalismo multinível (*Verfassungsverbund*), interconstitucionalidade e constitucionalismo societal transnacional, que ratificaram a prescindibilidade da atmosfera estatal para oxigenar teoricamente o constitucionalismo. É por isso que se subscreveu, confrontando as adversidades contemporâneas às narrativas secularmente estabelecidas, uma visão triunfalista do constitucionalismo mesmo na realidade pós-nacional.

9. Com esta perspectiva, observou-se qual, então, seria o papel atribuído à Constituição nacional em um *pluriversum* em que a consistência e coerência normativas não poderiam radicar na rigidez hierárquica que outrora a colocava incondicionalmente no ápice. Com distintas abordagens, apreendeu-se a capacidade filtrante do texto constitucional nacional, na medida em que, ao aceitar o encurtamento de sua abrangência (no tocante à cessão de competências ou ao exercício de poderes públicos por organizações internacionais), a ela resta o estabelecimento dos limites e pressupostos para tanto. Um tal encurtamento, porém, refletiu na exportação de princípios e funções constitucionais para o âmbito internacional, o que gerou, em certa medida, uma compensação, alocando elementos constitucionais em diferentes níveis de governança que, então, acaba por sistematizá-los em *rede*, sem sobreposição hierárquica, a sugerir o abandono de posições como monismo ou dualismo em favor de uma de pluralismo. Esta nova disposição heterárquica, portanto, não submete a Constituição a outros astros do *pluriversum*, mas impõe sobre ela demandas

dialógicas, fundadas em uma leitura substancial, sem prejuízo de sua prevalência nas hipóteses de irreconciliabilidade.

10. Estas demandas foram constatadas no estudo das possíveis dinâmicas entre ordens constitucionais distintas. As três teorias analisadas traçam caminhos diversos desde um ponto equivalente: o necessário reconhecimento mútuo de legitimidade sem exigências de superioridade, o que ilumina, mas não remove, a autonomia interpretativa última pertencente a cada ordem. Estabelece-se uma conexão, assim, com a incidência de um princípio de tolerância constitucional, que não só deve reger a solução de colisões interconstitucionais, mas nortear a relação cotidiana, encetando uma prática de sustentabilidade que anestesie tendências destrutivas. A qualificação dialógica deriva, então, da necessária internalização das racionalidades constitucionais alheias ou, sob outro prisma, do princípio da coerência e consistência horizontal e vertical, que ao fim propiciam a obtenção de respostas que acomodem múltiplas razões em um ambiente heterárquico. Até porque, como se observou, a dinâmica pluralista se satisfaz com a obtenção de “acordos incompletamente teorizados”, prescindindo de uma unicidade argumentativa.

11. Observou-se, também, como algumas Constituições e, particularmente, os respectivos Tribunais Constitucionais estruturam a relação entre o direito interno e o direito supranacional, internacional ou transnacional. A partir de dois exemplos paradigmáticos (Alemanha e Itália), percebeu-se a construção, consolidação e funcionamento das que se podem chamar de *doutrinas de desobediência constitucional* (*Solange e controlimiti*), destinadas a proteger a estrutura fundamental da correspondente ordem constitucional, permitindo seu engajamento no contexto de interdependência sem que disso advenha a sua desnaturação. Dos fundamentos exteriorizados pelas Cortes Constitucionais foi possível inferir a incorporação das proposições teóricas anteriormente discutidas como pressupostos de operacionalização destas doutrinas. Ademais, dois casos suplementares colocaram luz sobre polos diametralmente opostos, demonstrando a indesejabilidade de submissão irrefletida *da* (Holanda) ou *à* (Brasil) Constituição *às* ou *das* normas provenientes de outros ordenamentos; enquanto um terceiro caso (Portugal), de maneira salutar, exemplificou a desejável obtenção de equilíbrio, conferindo concretude ao princípio da tolerância constitucional.

12. Com esta compreensão, avançou-se para a investigação desta dinâmica pluralista aplicada à interação entre direitos fundamentais. Preliminarmente, averigou-se se os sistemas regionais de direitos humanos constituiriam, efetivamente, paradigmas capazes de instaurar uma relação de pluralismo constitucional com as ordens constitucionais nacionais a eles vinculadas. Os discursos observados revelaram o preenchimento dos pressupostos teóricos anteriormente descritos, desvelando o denso elemento constitucional insíto à proteção multinível de direitos fundamentais, o que corporifica entre os distintos níveis envolvidos o elo do pluralismo constitucional.

13. Esta relação é, ainda, marcada pela atuação de aspectos inerentes aos direitos fundamentais, cuja composição se revela propícia à aplicação do princípio de tolerância constitucional, uma vez que sinaliza a ductilidade da estrutura constitucional receptora no processo de internalização de racionalidades constitucionais externas. Nesta esteira, os três métodos específicos de acomodação nacional dos direitos humanos (constitucionalização doméstica e interpretação consistente por mandamento constitucional ou de modo voluntário) demonstram o impacto na ordem interna consoante o peso atribuído a cada fator, reclamando a conjugação com os demais subsídios do pluralismo constitucional para efetivamente oportunizar uma acomodação com qualidade jurisgenerativa.

14. Com efeito, os casos estudados confirmaram o potencial efeito jurisgenerativo do pluralismo constitucional, concretizável a partir da atuação dos tribunais, principalmente daqueles posicionados na intersecção das ordens jurídicas, tal como ocorre com as Cortes Constitucionais. Neste sentido, observou-se como, com a adoção do âmbito de proteção de determinado direito humano, na sua extensão conferida pelo TEDH ou pela CIADH, definiu-se a abrangência normativa de um direito constitucional correspondente. Há de se enfatizar que, nos casos contemplados, ainda que as respectivas convenções tenham sido incorporadas no direito interno (sem, nestas hipóteses, *status* constitucional, vale dizer), o que se viu foi a (re)definição do direito constitucional em si, não a mera aplicação do direito convencional, o que, talvez sutil à primeira vista, consubstancia enorme diferença, já que nisso consiste a materialização efetiva do princípio da tolerância constitucional. E assim o é porquanto representa a internalização da lógica constitucional alheia, aquela dos tribunais regionais de direitos humanos, a qual, assimilada e desenvolvida nas decisões citadas, acabou adotada para o estabelecimento do conteúdo dos próprios direitos constitucionais em apreciação.

15. Em contraste com outros engajamentos, como naqueles examinados para com a ordem jurídica europeia ou direito internacional como um todo, é possível dizer que a interação entre direitos fundamentais, em razão da aproximação dos fatores que os circunscrevem, especialmente do caráter suprapositivo, apresenta maior susceptibilidade a estabelecer um processo jurisprudencial, sem prejuízo de circunstâncias específicas que podem minorá-lo, tal como se viu, no caso espanhol, com a fixação do ônus probatório, que representa um reflexo da ponderação sobre o aspecto estrutural, ou inibi-lo, como no caso austríaco envolvendo o direito ao processo equitativo.

16. De qualquer forma, a concretização deste potencial, consistente na criação de significado, por meio do acolhimento, nas ordens nacionais, da extensão interpretativa conferida aos direitos humanos, suporta ainda a afirmação de um resultado dicotômico: ao mesmo tempo em que reforça, ao ampliá-lo, a proteção do direito constitucional na própria ordem interna, facilita o estabelecimento do discurso metaconstitucional a que alude Walker, posicionando os sistemas regionais de proteção – e suas respectivas Cortes – como unidades autônomas que têm reforçada a legitimidade de sua autoridade neste processo, do qual emergem, pois, “vantagens” recíprocas.

17. Deduz-se, ainda, que esta relação acaba, numa leitura perspectivada sob outro ângulo, contribuindo para a revelação de uma intersemioticidade constitucional fundada, fazendo uso da expressão cunhada pela *Corte Costituzionale*, em uma noção de *máxima expansão da garantia*, cujo efeito expansivo da norma de um ordenamento sobre a de outro – aqui, de um direito humano sobre um direito constitucional – retrata fielmente o perquirido potencial jurisprudencial. Entendendo-se que, como expressou Bobbio⁴⁸⁹, o problema fundamental revolvendo os direitos humanos, *ainda hoje*, não mais reflete a sua justificação, mas sua efetiva salvaguarda, julga-se, por fim, que o reconhecimento desta concepção constitucional pluralista, com um engajamento dialógico e tolerante por parte de seus atores, permite dar um passo adiante no enfrentamento deste desafio, abrindo espaço, em matéria de direitos fundamentais, para o desenvolvimento contínuo de uma proteção mais elevada.

⁴⁸⁹ Norberto BOBBIO. *Op. cit.*, p. 16.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- AMOROSO, Daniele. “Italy”, in *Duelling for Supremacy: International Law vs. National Fundamental Principles*, Fulvio Maria Palombino (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2019.
- AVBELJ, Matej. “Brexit: An End to the End of History”, in *German Law Journal* 17, 2016, n. S1.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Plínio Dentzien (trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Mauro Gama e Cláudia Gama (trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L. *La Construcción de la Libertad: apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*. Madrid: Alianza Editorial, 2010.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L. *O Valor da Constituição: separação dos poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade nas origens do Estado liberal*. Margarita María Furlong (trad.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRÖLMANN, Catherine. “Deterritorialization in International Law: Moving Away from the Divide Between National and International Law”, in *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Janne E. Nijman e André Nollkaemper (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2007.

- BRYDE, Brun-Otto. “Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts”, in *Der Staat* 42, 2003, n. 1.
- CAENEGEM, R. C. van. *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- CALLIESS, Christian. “Struggling About the Final Say in EU Law: The ECB Ruling of the German Federal Constitutional Court”, in *Oxford Business Law Blog*, 25/6/2020. Disponível em <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/06/struggling-about-final-say-eu-law-ecb-ruling-german-federal>.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. “Mal-estar da constituição e pessimismo pós-moderno”, in *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura. Direito*, 1991, n. 1.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. “O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Aníbal Almeida et al.* (orgs.). Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed. 16.^a reimp. Coimbra: Almedina, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. II. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CASSESE, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Editorial Ariel, 1991.
- CASTRO, Catarina Sarmiento e. “A Declaração Universal dos Direitos Humanos na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*. Coimbra: Almedina, 2019.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

- CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. “Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano”, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, vol. II.
- CORREIA, Fernando Alves. “Os Direitos Fundamentais e a sua Protecção Jurisdiccional Efectiva”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 79, 2003.
- CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016.
- COVER, Robert M. “Foreword: Nomos and Narrative”, in *Harvard Law Review* 97, 1983, n. 1.
- DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo Moderno – Novas Perspectivas*. António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- FABIO, Udo di. “On the Continent Alone”, in *German Law Journal* 17, 2016, n. S1.
- FABIO, Udo di. *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*. Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik 166. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- FABRI, Hélène Ruiz. “Is There a Case – Legally and Politically – for Direct Effect of WTO Obligations?”, in *European Journal of International Law* 25, 2014, n. 1.
- FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, in *Michigan Journal of International Law* 25, 2004, n. 4.
- FOLLESDAL, Andreas. “Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights”, in *International Journal of Constitutional Law* 15, 2017 n. 2.
- FRWEIN, Jochen A. “The Transformation of Constitutional Law Through the European Convention on Human Rights”, in *Israel Law Review* 41, 2008, n. 3.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Real Academia Española, 1994. Disponível em https://www.rae.es/sites/default/files/Discurso_Ingreso_Eduardo_Garcia_de_Enterria.pdf.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sérgio; MORALES SÁNCHEZ, Julieta. “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad”, in *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 29, 2013.
- GARDBAUM, Stephen. “Human Rights as International Constitutional Rights”, in *European Journal of International Law* 19, 2008, n. 4.
- GERARDS, Jannek. “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, in *European Law Journal* 17, 2011, n. 1.
- GINSBURG, Tom. “Introduction to Symposium: Rethinking State Jurisdiction in the Internet Era”, in *AJIL Unbound* 109, 2015.
- GOLDMANN, Matthias. “Confusion Now Hath Made His Masterpiece: Brexit and the Bard”, in *German Law Journal* 17, 2016, n. S1.
- GOLIA, Angelo Jr. “Counter-Limits Beyond Europe? The Latin American Calvo Doctrine from a Comparative Law Perspective”, in *Anuario di diritto comparato e studi legislative* 10, 2019. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3239072>.
- GOLIA, Angelo Jr.; PETERS, Anne. “The Concept of International Organization”, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper n. 2020-27*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3659012>.
- GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011.
- GRABENWARTER, Christoph. “The European Convention on Human Rights: Inherent Constitutional Tendencies and the Role of the European Court of Human Rights”, in *ELTE Law Journal*, 2014, n. 1.
- GRIMM, Dieter. “The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World”, in *The Twilight of Constitutionalism?*, Petra Dobner e Martin Loughlin (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2010.
- GRIMM, Dieter. *Sovereignty: The Origin and Future of a Political and Legal Concept*. New York: Columbia University Press, 2015.

- GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: Past, Present, and Future*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- GROSS, Leo. “The Peace of Westphalia, 1648-1948”, in *American Journal of International Law* 42, 1948, n. 1.
- HAARSCHER, Guy. *A filosofia dos direitos do homem*. Armando Pereira da Silva (trad.). Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- HÄBERLE, Peter. “Die Entwicklungsstufe des Heutigen Verfassungsstaates - Paradigmen, Verfassungsthemen, Textstufen und Tendenzen in der Weltstunde des Verfassungsstaates - Der Polnische Entwurf 1991”, in *Rechtstheorie* 22, 1991, n. 4.
- HABERMAS, Jürgen. *The Postnational Constellation: Political Essays*. Max Pensky (trad.). Cambridge: Polity, 2001.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. George W. Carey e James McClellan (orgs.). Indianapolis: Liberty Fund, 2001.
- HEINIG, Hans Michael. “Is Europe in a Crisis of Faith?”, in *German Law Journal* 17, 2016, n. S1.
- HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático. Prospetivas do Direito no Século XXI*. Coimbra: Almedina, 2019.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Gilmar Ferreira Mendes (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1991.
- HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Marcos Santarrita (trad.). 2ª ed. 26ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOMEM, António Pedro Barbas. “Do direito natural aos direitos do homem”, in *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*, António Pedro Barbas Homem e Cláudio Brandão (orgs.). Coimbra: Almedina, 2015.
- International Law Commission. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. United Nations, Doc. A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.
- IP, Eric C. “Globalization and the future of the law of the sovereign state”, in *International Journal of Constitutional Law* 8, 2010, n. 3.

JOERGES, Christian. “The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form”, in *RECON Online Working Paper 2010/05*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2155845>.

JOERGES, Christian; KJAER, Poul F.; RALLI, Tommi. “A New Type of Conflicts Law as Constitutional Form in the Postnational Constellation”, in *Transnational Legal Theory*, 2011, n. 2.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. João Baptista Machado (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLABBERS, Jan. “Setting the Scene”, in *The Constitutionalization of International Law*, Jan Klabbers, Anne Peters e Geir Ulfstein. Oxford: Oxford University Press, 2009.

KRISCH, Nico. *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KRISCH, Nico; CORRADINI, Francesco; REIMERS, Lucy Lu. “Order at the margins: The legal construction of interface conflicts over time”, in *Global Constitutionalism* 9, 2020, n. 2.

KUMM, Mattias. “The Best of Times and the Worst of Times: Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia”, in *The Twilight of Constitutionalism?*, Petra Dobner e Martin Loughlin (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2010.

KUMM, Mattias. “The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law”, in *Indiana Journal of Global Legal Studies* 20, 2013, n. 2.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LESAFFER, Randall. *European Legal History: A Cultural and Political Perspective*. Jan Arriens (trad.). Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

LOUGHLIN, Martin. “What is Constitutionalisation?”, in *The Twilight of Constitutionalism?*, Petra Dobner e Martin Loughlin (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2010.

LOUGHLIN, Martin. “Why Sovereignty?”, in *Sovereignty and the Law: Domestic, European and International Perspectives*, Richard Rawlings, Peter Leyland e Alison Young (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2013.

LOUGHLIN, Martin. *The Idea of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

- LOUREIRO, João Carlos. “‘É bom morar no azul’: A Constituição Mundial Revisitada”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 82, 2006.
- MACCORMICK, Neil. “Juridical Pluralism and the Risk of Constitutional Conflict”, in *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. “Conventionality Control: the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”, in *AJIL Unbound* 109, 2015.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito da União Europeia*. 3ª ed. reimp. Coimbra: Gestlegal, 2018.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2019.
- MADURO, Miguel Poiares. “Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court”, in *Verfassungsblog*, 06/5/2020. Disponível em <https://doi.org/10.17176/20200506-133802-0>.
- MADURO, Miguel Poiares. *A Constituição Plural – Constitucionalismo e União Europeia*. S. João do Estoril: Principia, 2006.
- MARQUES, Mário Reis. “O itinerário jusnaturalista dos direitos da ‘primeira geração’”, in *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*, António Pedro Barbas Homem e Cláudio Brandão (orgs.). Coimbra: Almedina, 2015.
- MARZAL, Toni. “Is the BVerfG PSPP decision “simply not comprehensible”? A critique of the judgment’s reasoning on proportionality”, in *VerfassungsBlog*, 09/5/2020. Disponível em <https://doi.org/10.17176/20200509-133222-0>.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Indianapolis: Liberty Fund, Inc., 2010.
- MEDEIROS, Rui. *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MICHAELS, Ralf. “Does Brexit Spell the Death of Transnational Law?”, in *German Law Journal* 17, 2016, n. S1.
- MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2020.
- MONTAGNA, Mariangela. “The Strasbourg Court’s Influence on the Italian Criminal Trial”, in *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Giorgio Repetto (ed.). Cambridge: Intersentia, 2013.
- MORAIS, Carlos Blanco de. “A sindicabilidade do Direito da União Europeia pelo Tribunal Constitucional Português”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela. “Interamericanización como mecanismo del Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina”, in *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Armin von Bogdandy et al. (orgs.). Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- NEUMAN, Gerald L. “Human rights and constitutional rights: Harmony and dissonance”, in *Stanford Law Review* 55, 2003, n. 5.
- NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André. “Beyond the Divide”, in *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Janne E. Nijman e André Nollkaemper (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2007.
- NOLLKAEMPER, André. “The Duality of Direct Effect of International Law”, in *European Journal of International Law* 25, 2014, n. 1.
- NOLLKAEMPER, André; VAN ALEBEEK, Rosanne. “Netherlands”, in *Duelling for Supremacy: International Law vs. National Fundamental Principles*, Fulvio Maria Palombino (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

PAGALLO, Ugo. *Sovereigns, Viruses, and the Law: The Normative Challenges of Pandemic in Today's Information Societies*. Maio, 2020. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3600038>.

PARIS, Davide. “Allies and Counterbalances – Constitutional Courts and the European Court of Human Rights: A Comparative Perspective”, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 77, 2017.

PARIS, Davide. “Limiting the Counter-Limits. National Constitutional Courts and the Scope of the Primacy of EU Law”, in *Italian Journal of Public Law* 10, 2018, n. 2.

PERNICE, Ingolf. “European Constitutionalism and the National Constitutions of the Member States, Implications for Brexit”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 93, 2017, n. 1.

PERNICE, Ingolf. “Judges trigger a political break-through for the future of the EU — How the Constitutional Court pushed Germany towards financial solidarity”, in *#BerlinPerspectives* 2, 2020. Disponível em <http://iep-berlin.de/wp-content/uploads/2020/07/berlin-perspectives-vol-2.pdf>.

PERNICE, Ingolf. “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, in *WHI – Paper 5/02*, 2002. Disponível em <http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0502.pdf>.

PERNICE, Ingolf. “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action”, in *Columbia Journal of European Law* 15, 2009, n. 3.

PETERS, Anne. “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, in *Leiden Journal of International Law* 19, 2006, n. 3.

PETERS, Anne. “Fragmentation and Constitutionalization”, in *The Oxford Handbook of The Theory of International Law*, 1^a ed., Anne Orford, Florian Hoffmann e Martin Clark (orgs.). Oxford: Oxford University Press, 2016.

PETERS, Anne. “Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law”, in *Vienna Online Journal on International Constitutional Law* 3, 2009, n. 3.

PETERS, Anne. “The Globalization of State Constitutions”, in *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Janne E. Nijman e André Nollkaemper (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2007.

PETERSEN, Niels. “Germany”, in *Duelling for Supremacy: International Law vs. National Fundamental Principles*, Fulvio Maria Palombino (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. “20 Years WTO Law and Governance: Some Legal Methodology Problems”, in *Manchester Journal of International Economic Law* 13, 2016, n. 2.

PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao direito constitucional europeu (seu sentido, problemas e limites)*. Coimbra: Almedina, 1997.

POLAKIEWICZ, Jörg. “The Status of the Convention in National Law”, in *Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Robert Blackburn e Jörg Polakiewicz (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2001.

PREUSS, Ulrich K. “Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept?”, in *The Twilight of Constitutionalism?*, Petra Dobner e Martin Loughlin (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2010.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”, in *Teoría y Realidad Constitucional* 20, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RAMOS, Rui Manuel Moura. “Constituição Europeia e Constituição da República Portuguesa”, in *Estudos de Direito da União Europeia*. 2ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2019.

ROSENFELD, Michel. “Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism”, in *International Journal of Constitutional Law* 6, 2008, n. 3-4.

SCHORKOPF, Frank; WALTER, Christian. “Elements of Constitutionalization: Multilevel Structures of Human Rights Protection in General International and WTO-Law”, in *German Law Journal* 4, 2003, n. 12.

- SHAW, Malcolm N. *International Law*. 8ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.
- SOARES, Rogério Ehrhardt. “O conceito ocidental de Constituição”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 119, n. 3743.
- SWEET, Alec Stone. “A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe”, in *Global Constitutionalism* 1, 2012, n. 1.
- SWEET, Alec Stone. “The European Convention on Human Rights and National Constitutional Reordering”, in *Cardozo Law Review* 33, 2012, n. 5.
- TEUBNER, Gunther. “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?”, in *Constitutionalism and Transnational Governance*, Christian Joerges, Inge-Johanne Sand e Gunther Teubner (eds.). Oxford Press, 2004. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=876941>.
- TEUBNER, Gunther. “The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism”, in *Transnational Legal Theory* 4, 2012, n. 1.
- TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Gareth Norbury (trad.). Oxford: Oxford University Press, 2012.
- THORNHILL, Chris. *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- TOMUSCHAT, Christian. “The Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights According the German Constitutional Court”, in *German Law Journal* 11, 2010, n. 5.
- TOMUSCHAT, Christian. “The National Constitution Trumps International Law”, in *Italian Journal of Public Law* 6, 2014, n. 2.
- TZANAKOPOULOS, Antonios. “Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts”, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 34, 2011, n. 1.

ULFSTEIN, Geir. “Institutions and Competences”, in *The Constitutionalization of International Law*, Jan Klabbers, Anne Peters e Geir Ulfstein. Oxford: Oxford University Press, 2009.

ULFSTEIN, Geir. “The European Court of Human Rights as a Constitutional Court?”, in *PluriCourts Research Paper n. 14-08*, 2014. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2419459>.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

URUEÑA, René. “Luchas locales, cortes internacionales. Una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina”, in *Revista Derecho del Estado* 30, 2013.

VEIGA, Paula. “A Convenção Europeia de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Português de Direitos Humanos”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2018, III/IV.

VEIGA, Paula. “Cidadania: Cambiante de um Conceito e suas Incidências Político-Constitucionais”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 82, 2006.

VEIGA, Paula. “Entre Vêus e Minaretes: Um (Possível) Diálogo Multicultural”, in *Boletim de Ciências Econômicas* 57, 2014, n.3.

VON BOGDANDY, Armin. “Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law”, in *European Journal of International Law* 15, 2004, n. 5.

VON BOGDANDY, Armin. “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, in *International Journal of Constitutional Law* 6, 2008, n. 3-4.

VON BOGDANDY, Armin; GOLDMANN, Matthias; VENZKE, Ingo. “From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority”, in *European Journal of International Law* 28, 2017, n. 1.

VON BOGDANDY, Armin; VILLARREAL, Pedro. “Critical Features of International Authority in Pandemic Response: The WHO in the COVID-19 Crisis, Human Rights and the Changing World Order”, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper n. 2020-18*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3600058>.

VORLÄNDER, Hans. *Die Verfassung. Idee und Geschichte*. München: C.H.Beck, 1999.

VOBKUHLE, Andreas. “Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: *Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*”, in *European Constitutional Law Review* 6, 2010, n. 2

WALKER, Neil. “Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders”, in *International Journal of Constitutional Law* 6, 2008, n. 3-4.

WALKER, Neil. “Populism and constitutional tension”, in *International Journal of Constitutional Law* 17, 2019, n. 2.

WALKER, Neil. “Sovereignty Frames and Sovereignty Claims”, in *Sovereignty and the Law: Domestic, European and International Perspectives*, Richard Rawlings, Peter Leyland e Alison Young (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2013.

WALKER, Neil. “The Idea of Constitutional Pluralism”, in *Modern Law Review* 65, 2002, n. 3.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Justicia Constitucional. Vol. I: Historia, Principios e Interpretaciones*. César E. Moreno More (trad.). Puno: Zela, 2018.

ZWAAK, Leo F. “The Netherlands”, in *Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Robert Blackburn e Jörg Polakiewicz (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2001.

JURISPRUDÊNCIA

1. Tribunal de Justiça da União Europeia | Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

- Caso *Flaminio Costa v. ENEL*, Processo 6/64, 15 de julho de 1964. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=EN>;
- Caso *República Portuguesa v. Conselho da União Europeia*, Processo C-149/96, 23 de novembro de 1999. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61996CJ0149&qid=1597588269523&from=EN>;
- Caso *Taricco e Outros*, Processo C-105/14, 8 de setembro de 2015. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=030AFA70A0F226A25B65398EAB25BB95?text=&docid=167061&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8656947>;
- Caso *M.A.S. e M.B.*, Processo C-42/17, 5 de dezembro de 2017. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=197423&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8659054>;
- Caso *Weiss e Outros*, Processo C-493/17, 11 de dezembro de 2018. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CA0493&qid=1603092043017&from=EN>.

2. Tribunal Europeu de Direitos Humanos

- Caso *Ringeisen v. Áustria*, Proc. n. 2614/65, 16 de julho de 1971. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57565>;
- Caso *Powell and Rayner v. Reino Unido*, Proc. n. 9310/81, 21 de fevereiro de 1990. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57622>;
- Caso *López Ostra v. Espanha*, Proc. n. 16798/90, 09 de dezembro de 1994. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57905>;

- Caso *Loizidou v. Turquia*, Proc. n. 15318/89, 28 de julho de 1998, objeções preliminares. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57920>;
- Caso *Von Hannover v. Alemanha*, Proc. n. 59320/00, 24 de setembro de 2004. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61853>;
- Caso *Moreno Gómez v. Espanha*, Proc. n. 4143/02, 16 de fevereiro de 2005. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67478>;
- Caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Irlanda*, Proc. n. 45036/98, 30 de junho de 2005. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69564>;
- Caso *Sejdovic v. Itália*, Proc. n. 56581/00, 1 de março de 2006. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72629>;
- Caso *Von Hannover v. Alemanha (2)*, Proc. n. 40660/08 e 60641/08, 7 de fevereiro de 2012. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109029>.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Opinião Consultiva OC-5/85, 13 de novembro de 1985. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_por.pdf;
- Caso *Almonacid Arellano et al. v. Chile*, Série C n. 154, 26 de setembro de 2006. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_por.pdf;
- Caso *Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos*. Série C n. 209, 23 de novembro de 2009. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_ing.pdf.

4. Bundesverfassungsgericht

(As decisões do Tribunal Constitucional Alemão foram consultadas em <https://beck-online.beck.de/Home>; as decisões marcadas com * foram consultadas na versão traduzida ao inglês)

- BVerfGE 37, 271 (29.05.1974 - 2 BvL 52/71);
- BVerfGE 73, 339 (22.10.1986 - 2 BvR 197/83);
- BVerfGE 89, 155 (12.10.1993 - 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92);

- BVerfGE 101, 361 (15.12.1999 - 1 BvR 653/96);
- BVerfGE 111, 307 (14.10.2004 - 2 BvR 1481/04)*;
- BVerfGE 120, 180 (26.02.2008 - 1 BvR 1602/07, 1 BvR 1606/07, 1 BvR 1626/07);
- BVerfGE 123, 267 (30.06.2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09);
- BVerfGE 126, 286 (06.07.2010 - 2 BvR 2661/06);
- BVerfGE 141, 1 (15.12.2015 - 2 BvL 1/12);
- BVerfGE, 2 BvR 859/15 (05.05.2020)*.

5. Bundesgerichtshof

- VI ZR 51/06, 6 de julho de 2007. Disponível em <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F2007%2Fcont%2Fnjw.2007.1977.1.htm&pos=1&hlwords=on>.

6. Corte Costituzionale

(As decisões da Corte Constitucional Italiana foram consultadas em <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>)

- *Ordinanza* 24/2017;
- *Sentenza* 14/1964;
- *Sentenza* 48/1979;
- *Sentenza* 183/1979;
- *Sentenza* 170/1984;
- *Sentenza* 232/1989;
- *Sentenza* 348/2007;
- *Sentenza* 349/2007;
- *Sentenza* 317/2009;

- *Sentenza* 238/2014;
- *Sentenza* 49/2015;
- *Sentenza* 115/2018.

7. Tribunal Constitucional Português

- Acórdão n. 422/2020, 15 de julho de 2020. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200422.html>.

8. Supremo Tribunal Federal

- Recurso Extraordinário 466.343/SP, 03 de dezembro de 2008. Disponível em redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444;
- *Habeas Corpus* 141.949/DF, 13 de março de 2018. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur383886/false>.

9. Superior Tribunal de Justiça

- *Habeas Corpus* 344.989/RJ, 19 de abril de 2016. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1505822&num_registro=201503143338&data=20160428&formato=PDF.

10. Tribunal Constitucional de España

- *Sentencia* 119/2001 de 24 de maio, ECLI:ES:TC:2001:119. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/4415>;
- *Sentencia* 150/2011 de 29 de setembro, ECLI:ES:TC:2011:150. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/6932>.

11. Corte Constitucional de Colombia

- *Sentencia* C-010/00. Disponível em
<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2000/C-010-00.htm>;

- *Sentencia* T-679/05. Disponível em
<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2005/T-679-05.htm>.

12. Suprema Corte de Justicia de la Nación

Expediente Varios 912/2010, 14 de julho de 2011. Disponível em
<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=121589>.

