

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**CONSTITUIÇÕES EM REDE: diretrizes para a reconstrução da teoria do Poder
Constituinte no paradigma da sociedade globalizada**

RAYANE MARQUES SILVA MACAU
ALUNO Nº 58948

MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO: DIREITO CONSTITUCIONAL
2017/2018

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**CONSTITUIÇÕES EM REDE: diretrizes para a reconstrução da teoria do Poder
Constituinte no paradigma da sociedade globalizada**

**RAYANE MARQUES SILVA MACAU
ALUNO Nº 58948**

**MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO: DIREITO CONSTITUCIONAL
2017/2018**

AGRADECIMENTOS

Em tudo o que realizamos nesta vida contamos com o auxílio de pessoas especiais que nos cercam, as quais consciente ou inconscientemente alimentam nossos sonhos ou nos fornecem o substrato necessário para que possamos concretizá-los.

Para a realização e conclusão desta dissertação de mestrado, contei com o apoio fundamental de algumas pessoas, as quais não poderia deixar de fazer um agradecimento especial.

Aos meus pais e irmãs, que construíram os alicerces do meu ser, a minha pista de decolagem, me ensinaram que nossos sonhos devem estar nas alturas e que não posso duvidar, por um minuto sequer, da minha capacidade de realizá-los.

Ao Vítor, pela cumplicidade e parceria da nossa união, por comprar os meus sonhos como se fossem seus, me dando força e coragem para seguir em frente. A leveza do nosso amor é o combustível que precisamos para seguirmos “quebrando pedras e plantando flores” no jardim da vida.

Ao meu orientador, Prof^o. Dr. Paulo Otero, por me “despertar do sono dogmático”, me ensinando a girar a esfera do Direito. E ao Prof^a. Dr. Eduardo Vera Cruz, por me ensinar que o conhecimento pode ser aprimorado através da conflitualidade de pensamentos.

Aos colegas do Tribunal de Contas do Estado do Piauí, em especial Vilmar, Ednize e os colegas da DFESP-3, que compreenderam os meus momentos de ausência e me auxiliaram com os obstáculos surgidos no caminho.

E, por fim, mas não menos importante, aos amigos da FDUL, pelo prazer das suas companhias diárias durante os anos que moramos em Lisboa e por me ensinarem que muito do que aprendemos em um mestrado não está nos livros. As tardes e noites na biblioteca e na cantina da faculdade, as trocas de conhecimento e experiência, os desabafos, os sorrisos e as tristezas, as viagens, tudo que vivemos ficará marcado para sempre em meu coração.

“O Estado verdadeiramente feliz seria aquele que tivesse a justiça por fronteiras”

Pompeu

“Toda organização humana perdura enquanto constantemente renasce”

Hermann Heller

“Não formular certas questões é extremamente perigoso, mais do que deixar de responder às questões que já figuram na agenda oficial; ao passo que responder o tipo errado de questões com frequência ajuda a desviar os olhos das questões realmente importantes. O preço do silêncio é pago na dura moeda corrente do sofrimento humano. Fazer as perguntas certas constitui, afinal, toda a diferença entre sina e destino, entre andar à deriva e viajar. Questionar as premissas supostamente inquestionáveis do nosso modo de vida é provavelmente o serviço mais urgente que devemos prestar aos nossos companheiros humanos e a nós mesmos”

Zygmunt Bauman

RESUMO

O constitucionalismo, bem como a adoção dos valores liberais, constitui o paradigma vigente no cenário jurídico contemporâneo. Porém, verifica-se o crescimento dos obstáculos enfrentados pelas instituições e teorias constitucionalistas no século XXI, momento em que nos deparamos com uma sociedade intensamente diversa, plural e globalizada. Tais obstáculos colocam em xeque diversos conceitos e elementos da dogmática jurídica, a ponto de se levantar a existência de uma crise do Direito.

Conscientes de que as teorias do Poder Constituinte que gravitam em torno do Estado nacional e de um Povo homogêneo não logram sucesso em explicar o fenômeno constituinte frente aos novos desafios mundiais, pretende-se demonstrar que o constitucionalismo precisa ser atualizado e redesenhado, de modo que a dogmática formule uma nova teoria que explique de forma satisfatória os fenômenos constitucionais em meio a uma sociedade que funciona sob um paradigma de conexões em rede.

Com o intuito de satisfazer a emergente complexidade social, política e jurídica, o presente trabalho defende que a nova teoria precisa adotar como diretrizes as ideias de abertura normativa e abertura interpretativa, bem como a existência de uma rede dialógica integrada de Constituições e catálogos de direitos humanos, as quais compartilham uma semântica constitucionalista comum oriunda da tradição jurídica ocidental, em um quadro de fundo global, que as contextualiza historicamente no mundo.

Palavras-chave: Constitucionalismo – Globalização – Paradigma - Rede

ABSTRACT

Constitutionalism, as well as the adoption of liberal values, constitutes the current paradigm in the contemporary legal scenario. However, there is an increase in the obstacles faced by constitutionalist institutions and theories in the 21st century, when we are faced with an intensely diverse, plural and globalized society. Such obstacles call into question several concepts and elements of legal dogmatics, to the point of raising the existence of a crisis in the Law.

Aware that the Constituent Power theories that gravitate towards the national State and a homogeneous People are not successful in explaining the constituent phenomenon in the face of new global challenges, it is intended to demonstrate that constitutionalism needs to be updated and redesigned, so that the dogmatic formulate a new theory to explain satisfactorily the constitutional phenomena in the midst of a society that operates under a paradigm of network connections.

In order to satisfy the emerging social, political and legal complexity, the present work argues that the new theory needs to adopt as guidelines the ideas of normative and interpretive openness, as well as the existence of an integrated dialogical network of Constitutions and catalogs of human rights which share a common constitutionalist semantics from the Western legal tradition, in a global context, which historically contextualizes them in the world.

Keywords: Constitutionalism - Globalization - Paradigm - Network

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
§1º Justificativa e delimitação do objeto.....	9
§2º Objetivos.....	12
2.1 Objetivo geral.....	12
2.2 Objetivos específicos.....	12
§3º Metodologia da pesquisa.....	13
Capítulo 1 – Natureza do direito e o constitucionalismo moderno.....	15
1.1 O direito como realidade social e produto histórico.....	15
1.2 Da tradição comum do constitucionalismo moderno.....	22
1.2.1 Coluna vertebral de um direito constitucional compartilhado.....	25
A. Separação dos poderes.....	26
B. Democracia.....	31
C. Dignidade da pessoa humana.....	36
1.2.2 Evolução da tradição constitucional liberal.....	45
1.2.3 Relevância jurídica positiva da tradição constitucional comum.....	50
Capítulo 2 – Teorias sobre o Poder Constituinte.....	53
2.1 Teorias Clássicas.....	54
2.2 Teorias Modernas.....	63
2.2.1 Vertente Liberal.....	64
2.2.2 Vertente Comunitarista.....	68
2.2.3 Vertente Crítico-deliberativa ou Procedimentalista (Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Jürgen Habermas).....	71
Capítulo 3 - A realidade constitucional e a sociedade global.....	75
3.1 Densificação do conceito de globalização.....	75
3.2 Transconstitucionalismo.....	79
3.2.1 Interconstitucionalidade.....	84
3.2.2 Diálogo judicial internacional: Da projeção unilateral norte-americana à “fertilização cruzada” (<i>cross-fertilization</i>).....	87

3.3 Globalização econômica e a mitigação da soberania estatal.....	95
3.4 Ciberdemocracia e as câmaras de eco.....	99
Capítulo 4 – Diretrizes para a reconstrução da teoria do Poder Constituinte no paradigma da sociedade globalizada.....	104
4.1 Constituições em rede: nova dimensão do direito constitucional.....	107
4.2 O Povo constitucional no contexto global.....	117
4.3 Função de integração e cooperação social multinível da Constituição na sociedade global.....	122
4.4 Controvérsias e dificuldades dogmáticas.....	135
4.5 Reações ao constitucionalismo no contexto global: O retorno ou renascer dos nacionalismos.....	143
CONCLUSÃO.....	150
Referências Bibliográficas.....	160

INTRODUÇÃO

§1º Justificativa e delimitação do objeto

Sabe-se que o constitucionalismo significou um momento de quebra de paradigmas no mundo jurídico, ocasião em que o absolutismo foi substituído pelo paradigma constitucionalista e a adoção dos ideais liberais. Por sua vez, a dogmática encarregou-se da construção de novas teorias e conceitos que buscaram construir uma lógica jurídica e unidade sistêmica, dentre eles destaca-se a Teoria do Poder Constituinte.

Em seguida o constitucionalismo consolidou-se e sofreu uma expansão para diversos ordenamentos jurídicos democráticos ao redor do mundo. O resultado desse movimento é constatado através da existência de uma semântica político-jurídica comum na tradição jurídica ocidental, que originou um direito comum compartilhado e uma semelhança estrutural das Constituições vigentes em diversas nações.

Ocorre que com o advento das transformações políticas, sociais, econômicas e jurídicas provocadas pela globalização, em especial o acelerado desenvolvimento tecnológico e o conseqüente incremento do pluralismo social, admite-se a emergência de uma crise do Direito Constitucional, tendo em vista obstáculos se apresentaram aos elementos constitucionais no século XXI, em especial às teorias do Poder Constituinte.

Uma análise do contexto global nos revela uma maior conexão das sociedades nacionais a ponto de ser possível visualizar um segundo nível societário, qual seja global, o qual dialoga formal e informalmente, bem como emite e recebe influências sociais, econômicas e jurídicas ininterruptamente.

Ampliando a nossa visão, verifica-se também que novos protagonistas sociais, econômicos e políticos dessa comunidade global interferem no Direito Constitucional interno, de tal forma que conceitos erguidos em torno dos dogmas jurídicos do movimento constitucionalista não são mais capazes de explicar e fundamentar essa nova dinâmica política e jurídica.

Por sua vez, observa-se o acréscimo no aparecimento de problemas que atravessam ordens jurídicas diversas, os quais reivindicam uma cooperação entre nações,

comunitária ou global para sua eliminação, bem como a instituição de mecanismos jurídicos que permitam essa atuação coordenada, mas preservem a soberania dos Estados.

Considerando que o objetivo do Direito é realizar a justiça, evitando retrocessos por meio da cientificidade do conhecimento jurídico e promovendo a pacificação e a cooperação social, através do contínuo processo de desenvolvimento e aperfeiçoamento social, uma nova dimensão funcional apresenta-se ao Direito Constitucional: a cooperação a nível global.

Como corolário de todo esse desenrolar fático, o Estado revela-se fraco na função de manutenção do monopólio político e da criação jurídica. Isso se dá porque as teorias que descrevem os referidos elementos estruturantes estão ancoradas na atuação de um Poder Constituinte que não mais se encaixa na realidade atual, cuja titularidade é atribuída ao povo, o qual exerce a sua soberania em um Estado delimitado pelas fronteiras de um território.

Os efeitos globalizacionais modificaram a realidade com profundas sequelas nos elementos essenciais do Estado nacional, quais sejam o território, o povo e a soberania. Frisa-se que, em meio a transformação do paradigma constitucionalista, a democracia encontra sérios obstáculos para sua consolidação no seio de uma sociedade plural e globalizada.

Conscientes de que as teorias do Poder Constituinte que gravitam em torno do Estado nacional e de um Povo homogêneo não explicam satisfatoriamente o fenômeno constituinte frente aos novos desafios do século XXI, é possível concluir que estamos vivendo um momento de mudança paradigmática na seara constitucional. Isso porque a realidade demonstra um desatendimento às expectativas teóricas da dogmática jurídica, em especial dos conceitos que gravitam em torno da Constituição e do poder responsável por elaborá-la.

Concomitantemente, verifica-se que em um mundo em que as fronteiras estão cada vez mais fluídas, as decisões judiciais, administrativas, leis e doutrinas desterritorializam-se, deixam de atuar exclusivamente no Estado de origem e passam a influenciar, explícita ou implicitamente, o Direito de outros Estados.

Diversos autores passaram então a pesquisar os desafios oriundos de um direito globalizado, sobretudo, de um Direito Constitucional que se por um lado influencia ordenamentos jurídicos estrangeiros, por outro lado também sofre ingerências externas, inclusive de ordens não estatais.

Portanto, a reconstrução da teoria do Poder Constituinte, com a finalidade de atender as características das sociedades atuais e ultrapassar os dilemas trazidos com a

globalização, precisa adotar como pressupostos as ideias de abertura normativa e abertura interpretativa, conscientes de uma nova realidade constitucional em rede.

O tema proposto reclama a análise de diversos e profundos temas relacionados ao Direito Público e ao Estado Constitucional, tais como o enfraquecimento da soberania dos Estados; a atuação contramajoritária da jurisdição constitucional; a proteção dos direitos humanos/fundamentais; a separação dos poderes; democracia; a concretização dos princípios constitucionais e as teorias do Poder Constituinte.

As questões que serão analisadas no presente trabalho, em especial o entrelaçamento entre os efeitos globalizacionais e os fenômenos constituintes, representam o cerne dos debates jurídicos ao redor do mundo, em que pese ainda haver intensa divergência doutrinária. Resta, portanto, demonstrada a relevância do tema.

No capítulo primeiro será realizado um resgate histórico sobre a natureza do Direito, apresentando um conceito em cotejo à sua origem romana. Por sua vez, será apresentada a relação entre o surgimento do constitucionalismo moderno e a consolidação de uma tradição do constitucionalismo moderno, com a identificação da coluna vertebral de um direito constitucional compartilhado, sem perder de vista os efeitos da evolução dessa tradição constitucional liberal.

No segundo capítulo realizar-se-á uma análise sobre as grandes vertentes doutrinárias da Teoria do Poder Constituinte, adotando como critério de apreciação a consideração do pluralismo das sociedades, classificando-as em dois grandes grupos: teorias clássicas e as teorias modernas.

Após, traçados os fundamentos necessários para compreensão da temática proposta, os capítulos três e quatro serão dedicados ao cerne da pesquisa, quais sejam os obstáculos da decisão constitucional frente aos impactos da globalização, bem como a exposição de diretrizes a serem consideradas no processo de reconstrução da teoria do Poder Constituinte, com vistas ao atendimento das necessidades oriundas da sociedade global.

A pesquisa proposta apresenta ao pesquisador a complexidade que se coaduna com o fenômeno jurídico. Faz-se, portanto, necessária uma verificação dos fatos sociais e juridicamente relevantes, de teorias dogmáticas do Direito, sobretudo de questões da filosofia

política, considerando que as linhas que dividem os campos do Direito, da Política, da Filosofia e da Sociologia são tênues¹.

A presente investigação está localizada no domínio da Teoria da Constituição, sem perder de vista o vasto campo dos fenômenos constitucionais contemporâneos. Por sua vez, no intuito de demarcar o universo de amostragem, o referido trabalho será restrito aos ordenamentos jurídicos que adotam a forma de governo democrática, Constituições escritas e justiça constitucional.

Ante o exposto, a complexidade do tema, o proeminente debate dogmático alçado a nível mundial e, em especial, a incongruência das teorias constitucionalistas face às modificações sociais do século XXI, são argumentos que justificam a escolha da referida matéria.

§2º Objetivos

2.1 Objetivo geral

O objetivo geral da pesquisa consiste em traçar algumas diretrizes para a reconstrução da Teoria do Poder Constituinte em meio a uma sociedade global, partindo da observação do atual modelo de relacionamento entre as ordens jurídicas constitucionais estrangeiras: em rede.

2.2 Objetivos específicos

Delimitam-se, também, quatro objetivos específicos:

¹ Interessante destacar o pensamento de Miguel Reale: “Entrecruzam-se, de certa forma, as perspectivas; perdem precisão as linhas delimitadoras dos campos de pesquisa; complicam-se e se confundem, às vezes, os temas da Filosofia do Direito, da Teoria Geral do Direito, da Sociologia Jurídica etc. como resultado mesmo da instabilidade e das perplexidades reinantes, o que exige seja novamente reproposto um problema que parecia superado: o da classificação do conhecimento do direito, em cujo contexto as relações entre Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito marcam um aspecto particular” (MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 7). Em sentido similar, cfr. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *O Discurso e o Poder: Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro”, Coimbra, 1980, p. 64/66.

- (i) fazer uma breve explanação sobre as teorias clássicas e modernas do Poder Constituinte, com um olhar atento à questão do pluralismo nas sociedades;
- (ii) analisar os obstáculos enfrentados pelo constitucionalismo moderno na sociedade global, traçados pela doutrina, com vistas a identificar sua ocorrência na prática, as possíveis causas e suas consequências;
- (iii) examinar os efeitos práticos decorrentes do processo de globalização na Teoria do Poder Constituinte;
- (iv) verificar possíveis resistências e/ou reações a uma reestruturação da Teoria do Poder Constituinte no contexto global.

Ressalta-se que a pesquisa não pretende apresentar de forma conclusiva uma nova Teoria do Poder Constituinte, por vezes “a percepção da anomalia – isto é, de um fenômeno para o qual o paradigma não prepara o investigador – desempenha um papel essencial na percepção do caminho que permitiu a percepção da novidade (...) o prelúdio da descoberta²”.

Portanto, almeja-se identificar os problemas apontados pela doutrina e verificar como as práticas judiciais que surgiram espontaneamente na *práxis* jurídica podem contribuir com o atendimento às novas exigências democráticas na sociedade global e, por fim, com a reestruturação da Teoria do Poder Constituinte no contexto global.

§3º Metodologia da pesquisa

A presente dissertação de mestrado será elaborada adotando como base uma metodologia de pesquisa bibliográfica e documental. Adotam-se premissas doutrinárias que trabalham os temas referentes à sociologia, filosofia política, teorias dogmáticas do Direito, Teoria da Constituição e Teoria da justiça.

Em relação às normas gramaticais, no desenvolvimento da pesquisa será utilizado o novo acordo ortográfico. Por sua vez, no que se refere às notas de rodapé, elas indicam as referências consultadas e utilizadas para a construção do texto e exibem o autor, título, edição e o número do volume se houver mais do que um, editora, local, ano e, por fim, as páginas

² THOMAS KUHN, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 5ª ed., Editora Perspectiva, São Paulo, 1998, p. 84

que se faz referência. Em se tratando de referências acessadas por meio da *internet*, acrescentou-se o endereço do sítio eletrônico, bem como a data de acesso.

Insta destacar que na apresentação de referências bibliográficas aglutinadas em uma mesma nota de rodapé, a ordem utilizada será o critério cronológico da obra, não tendo sido estabelecido qualquer outro critério de diferenciação.

Na exposição da lista completa da bibliografia será realizada a especificação das fontes antigas e das fontes modernas. Ademais, será adotada a indicação sequencial alfabética considerando o último nome do autor e, em seguida, da obra. Por fim, na citação do Digesto não serão utilizados números romanos, de modo que a apresentação siga o seguinte método: D. 1,2,3,4, explique-se: livro 1; título 2; lei ou fragmento 3; parágrafo 4.

Capítulo 1 – Natureza do Direito e o constitucionalismo moderno

1.1 O direito como realidade social e produto histórico

Para melhor compreensão do nosso objeto de estudo se faz necessário reanalisar de forma crítica os conceitos fundamentais, bem como as bases sob as quais ele está consolidado. Considerando seu caráter histórico, é natural que se busque compreender o Direito desde a antiguidade, com maior aprofundamento em aspectos da gênese romana, para em seguida refazer uma leitura de teorias clássicas com as lentes da atualidade.

Já alertou Paolo Grossi que “o presente é só um fragmento, um fragmento que, inclusive, é por natureza incompleto e mudo, tão deficiente e inexpressivo que pode tornar o olho míope. Com as forças exclusivas do presente não se constrói o futuro³”.

Incontáveis foram as escolas e os teóricos, sociólogos, juristas e filósofos que buscaram traçar conceitos e definições conclusivas sobre o Direito. Todavia, essa tarefa se encontra longe de ser concluída, não estando sequer próxima de uma unanimidade no pensamento político⁴. Mas antes de buscar uma definição se necessário questionar qual a finalidade prática do Direito em uma sociedade?

Teorias antropológicas apontam a existência de um limite numérico máximo de pessoas em que é possível a existência estável de relações sociais, ao passo que ultrapassado tal número é natural o aparecimento de conflitos sociais, instabilidade e fragmentação. Traçado por Robin Dunbar, o número de Dunbar está compreendido entre 100 e 200 pessoas, mais aproximado de 150 pessoas⁵.

Tal número reflete, aproximadamente, o máximo de pessoas com as quais cada indivíduo consegue interagir intimamente, seja por meio de vínculos familiares, afetivos, compartilhamento de histórias ou qualquer motivo que possibilite o surgimento de uma confiança mútua e interesse para a existência de um relacionamento.

³ PAOLO GROSSI, *O Direito entre Poder e Ordenamento*, trad. Arno Dal Ri Júnior, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2010, p. 15.

⁴ MIGUEL REALE, *Lições Preliminares de Direito*, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 1982, p. 61/64; cfr. PAULO OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, vol. I, 1º tomo, Pedro Ferreira, Lisboa, 1998, p. 29/46.

⁵ ROBIN DUNBAR, *Neocortex size as a constraint on group size in primates*, Journal of Human Evolution, Elsevier BV, Volume 22, Issue 6, June, 1992, p. 469/493.

O número encontra uma relação com o tamanho médio do neocórtex dos seres humanos⁶. Como fato que reafirma essa teoria, verificou-se uma constante desse número desde os primórdios do período neolítico (6000 a.c.) - passando por unidades militares romanas, aldeias camponesas, organizações empresariais - até os dias atuais, não tendo sido afetando pelas modificações da sociedade, em especial o avanço das tecnologias e o aparecimento das redes sociais⁷. Portanto, a biologia é que determina o limite natural das relações humanas.

Mas vivemos em grandes cidades e convivemos diariamente com um número infinitamente maior de pessoas do que o descrito por Dunbar (cita-se São Paulo que possui, aproximadamente, 12 milhões de habitantes, enquanto Londres e Nova York possuem mais de 8 milhões). Então, como é possível conciliar nossos limites sociais biológicos com as necessidades e demandas individuais do século XXI?

Considerando o homem um animal político e ser social por natureza⁸, que somente através da cooperação social consegue suprir as suas necessidades humanas⁹, foi necessário o desenvolvimento de algum artifício, a fim de que fosse possível ultrapassar o limite biológico de interações sociais naturais para então alcançar um nível de segurança e estabilidade nas relações. E, porque não dizer, de evolução social.

Portanto, para permitir a cooperação social em uma escala maior do que 150 pessoas, o ser humano percebeu a necessidade de institucionalizar abstrações da realidade, também chamadas de constructos sociais, as quais buscam satisfazer as necessidades humanas de cada tempo histórico.

⁶ Conforme Dunbar a teoria ou hipótese do cérebro social relaciona-se ao fato dos primatas possuírem cérebros maiores quando comparados aos demais animais, de modo que o aprimoramento das capacidades cognitivas estão vinculadas à vida em sociedade e a capacidade de cooperação em grupo. No original: “The ‘social brain hypothesis’ refers to the fact that primates have unusually large brains compared to other animals and that these enhanced cognitive capacities are related to the fact that they have a more complex social life. At the core of this lie the concepts of trust and obligation, which enable individuals to co-operate in groups to solve the problems of survival and successful reproduction in more efficient ways.” (ROBIN DUNBAR *at all*, “The social whirl” in *Evolutionary psychology: A beginner’s guide: Human behaviour, evolution and the mind*, Oxford, Oneworld, 2007, p. 127)

⁷ ROBIN DUNBAR, *How Many Friends Does One Person Need?: Dunbar’s Number and Other Evolutionary Quirks*, Faber and Faber, London, 2010.

⁸ ARISTÓTELES, *Política*, trad. Mário da Gama Kury, Livro Primeiro, Capítulo I, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1985, p. 1253a. O advento do isolamento social por ocasião da pandemia do novo coronavírus e o aumento dos casos de ansiedade, estresse e outras patologias psíquicas demonstra que o homem necessita biologicamente viver em sociedade.

⁹ Nesse sentido, afirma Paulo Otero que: “A institucionalização da sociedade é, por isso mesmo, uma realidade natural ao próprio homem. A exigência natural de cooperação para o atendimento de necessidades humanas é o fundamento de institucionalização da família, da tribo ou aldeia, da cidade e, finalmente, do Estado” (PAULO OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, vol. I, tomo I, Pedro Ferreira Artes Gráficas, Lisboa, 1998, p. 7/83).

A história nos mostra que uma grande quantidade de indivíduos, os quais não possuem qualquer relação familiar ou afetiva, é capaz de cooperar para atingir um objetivo específico quando eles possuem crenças compartilhadas¹⁰.

A justiça é, portanto, um sentimento coletivo dos seres humanos que emerge em virtude dos conflitos oriundos das interações sociais e que, com o objetivo de se restaurar a segurança e estabilidade nas relações, permite a inserção de obrigações morais no seio de uma comunidade, tendo como finalidade última a cooperação social¹¹.

Mais do que uma convenção humana, conforme proposta de David Hume¹², a justiça é uma necessidade humana, traduzida por meio de uma abstração da realidade, que emerge naturalmente na sociedade e que tem como propósito resguardar as relações sociais (sociabilidade humana) e a integridade humana (humanidade dos indivíduos).

Com base no sentimento de justiça que permeia uma determinada sociedade, os homens começaram a criar regras com a finalidade de pacificação social, com vistas a alcançar a cooperação em grande escala. Por se tratar de uma realidade abstrata que existe na consciência subjetiva de uma grande quantidade de indivíduos de uma comunidade, a justiça e, conseqüentemente, o direito são fenômenos sociais intersubjetivos¹³.

Tendo o Direito adquirido autonomia com a experiência romana, se faz necessário investigar qual a essência jurídica da sua origem romana. Extrai-se que o vocábulo Direito é o equivalente em língua portuguesa da expressão latina *ius*¹⁴. Destaca-se uma relação ôntica entre os termos *ius* e *iustitia*, tendo em vista que “na concepção romana, a deusa *Iustitia* é geradora do *ius*¹⁵”. Nesse sentido, já nos informou Ulpiano que a *iustitia* é a “*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*¹⁶”.

¹⁰ YUVAL NOAH HARARI, *Sapiens: Uma breve história da humanidade*, trad. Janaína Marcoantonio, 46 ed., L&PM Editores, Porto Alegre, 2019, p. 28/48.

¹¹ Para Amartya Sen “A justiça é uma ideia de imensa importância que moveu as pessoas no passado e continuará a movê-las no futuro” (AMARTYA SEN, *A ideia de justiça*, trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes, Companhia das Letras, São Paulo, 2011, p. 326).

¹² DAVID HUME, *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*, trad. José Oscar de Almeida Marques, Editora Universidade Estadual Paulista- UNESP, São Paulo, 2004, p. 241/268.

¹³ Paolo Grossi alerta que: “O direito é de fato dimensão intersubjetiva, é relação entre vários sujeitos (poucos ou muitos) e é marcado pela sua essencial socialidade” (PAOLO GROSSI, *Primeira lição sobre Direito*, trad. Ricardo Marcelo Fonseca, Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 8).

¹⁴ Cfr. “*Ius*” in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IX, Dir. Antonio Azara e Ernesto Eula, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1957, p. 375. De maneira literal, o termo Direito teria origem no vocábulo *derectum*. Objetivando apresentar uma explicação possível para a concentração semântica entre os vocábulos *ius* e *derectum*, cfr. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, 1984, fls. 24/32.

¹⁵ SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, 1984, fls. 20 e 29.

¹⁶ ULPIANO, D. 1,1,10. Em língua portuguesa: a justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu. Nesse sentido, Celso Lafer ensina que: “A semântica da interpretação de por que *justitia* antecede *jus* é

A doutrina encarregou-se de traçar diversos significados para o vocábulo *ius*, dentre eles é possível apontar o Direito como “saber jurídico¹⁷”, o qual é caracterizado como a *prudencia*. A prudência é o atributo, ou a virtude moral, que possibilita ao jurista realizar o discernimento entre o justo e o injusto, através da determinação de como se deve agir¹⁸.

Direito era, portanto, a técnica do bom e do equitativo¹⁹ através da qual os juristas (*iurisprudentes*) empregavam a prudência para a produção de regras jurídicas, bem como a tomada de decisões, com o objetivo de encontrar, dentre uma infinidade de possibilidades, aquela que alcançasse maior aceitação na sociedade com o intuito de concretizar a justiça. Noutras palavras, era aquele que conseguia captar o sentimento de justiça de uma comunidade.

Ocorre que a densificação do conceito de justiça não é algo posto, mas construído ao longo da história humana. Com o advento de modificações nas relações humanas, a concepção de justiça modifica-se e assume novos contornos, restando imutável apenas a sua finalidade: manter as relações sociais humanas estáveis para alcançar uma cooperação social, bem como preservar a integridade humana.

Em síntese, o Direito não é uma criação do Estado²⁰, mas uma criação do homem enquanto ser sociável, por isso o brocardo “*ubi societas ibi ius*”. Mas, o sentimento de justiça de uma sociedade é mutável (sendo imutável a sua finalidade) e o conhecimento jurídico é fruto de uma construção histórica, de modo que suas normas são testadas na prática e evoluem por meio de refutações.

Como a “ordem da sociedade que brota das forças sociais²¹” para em seguida nela imergir novamente, sem perder de vista a intrínseca ligação com a justiça e a equidade, deve o Direito ser compreendido em suas três dimensões, de tal forma que o fato, o valor e a norma assumem uma relação necessariamente dialética.

reveladora do problema da justiça e de sua correlação com o poder, pois justiça, em sentido jurídico, vincula-se ao poder de dizer o que é Direito” (CELSE LAFER, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, Companhia das Letras, São Paulo, 1988, p. 64).

¹⁷ SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, 1984, fls. 23/24.

¹⁸ RAUL VENTURA, *Manual de Direito Romano*, vol. I, tomo I, Coimbra Editora, Lisboa, 1964, p. 72 e ALVARO D’ORS, *Escritos vários sobre el derecho en crisis*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1973, p. 56.

¹⁹ Conforme se extrai de Celso “*Ius est ars boni et aequi*” (ULPIANO, D. 1,1,1.).

²⁰ Restam então superadas as teorias contratualistas – que por tantos anos deram suporte ao Direito Constitucional –, na medida em que sendo a sociedade, e o Estado, o resultado de um pacto firmado pelos seus componentes, o fundamento último do Direito seria a simples vontade de uma maioria, não a pessoa humana.

²¹ JORGE MIRANDA, *A Revolução de 25 de abril e o Direito Constitucional*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n. 242, Lisboa, 1975, p. 20.

O ser humano encerra em si a possibilidade de, enquanto ser, compreender a realidade e a transcender, reconhecendo-se no seu dever-ser²². Assim sendo, o valor é traduzido como a “intenção axiológica” que o homem atribui ao projetar-se, ao tempo em que confere sentido e validade ao ser²³.

Em que pese as devidas adaptações, adotando os significados de fato, valor e norma em sentido aproximado ao da teoria tridimensional de Miguel Reale, infere-se que o valor está ligado ao processo humano histórico através de quatro características: realizável; inexaurível; transcendente e polaridade.

A componente axiológica do Direito deve ser realizável em um dado contexto histórico, caso contrário torna-se um objeto meramente ideal, quiçá utópico. O valor deve ser inexaurível e transcendente, posto que não se esgota em um único momento ou ato, assim como ultrapassa as suas materializações concretas. Por seu turno, a polaridade consiste na inevitabilidade de ser idealizado em contraste ao seu oposto. Do exposto, o valor é a “intencionalidade historicamente objetivada no processo da cultura, implicando sempre o sentido vetorial de uma ação possível²⁴” e o acolhimento do sentimento de justiça de uma sociedade.

A dimensão fática está associada ao aspecto histórico do Direito, não sendo possível a sua autonomia em relação aos valores de uma comunidade. Todo e qualquer fato juridicamente relevante é necessariamente valorado no momento da sua compreensão. No transcender da realidade para o dever-ser, a qualificação axiológica dos fatos reclama uma postura ativa do homem.

Como corolário, nos termos da teoria realeana, “é da integração do fato em valor que surge a norma”. A conexão entre as dimensões fáticas e valorativas resulta no processo normativo, de modo que a finalidade jurídica da norma é a “veste racional do valor enquanto alvo da ação”. Por conseguinte, a norma jurídica é a “forma positiva de qualificação axiológica do fato em dada conjuntura²⁵”.

²² Comparato afirma que a singularidade do ser humano consiste na simples possibilidade de colocar a si próprio como objeto de reflexão, de modo que “a característica da racionalidade, que a tradição ocidental sempre considerou como atributo exclusivamente humano, revela-se sobretudo nesse sentido reflexivo, a partir do qual, como se sabe, Descartes deu início à filosofia moderna” (FÁBIO KONDER COMPARATO, *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 7ª ed., Saraiva, 2010, p. 15/15).

²³ CASTANHEIRA NEVES, “O papel do jurista no nosso tempo” in *Digesta: Escritos acerca do Direito*, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 9/50.

²⁴ MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 94.

²⁵ MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 59 e 95/98.

Neste ponto se faz necessário esclarecer que para Miguel Reale a criação de uma norma legal é resultado do momento em que o “Poder” opera por meio de uma decisão, processo denominado de “nomogênese jurídica”. Ocorre que, ainda que tenha sido concedido certo protagonismo à base axiológica e sociológica da realidade, a simples existência de um ato normativo já pressupõe a sua juridicidade, ao passo que a interpretação busca refazer o processo de nomogênese jurídica com o intuito de extrair o seu conteúdo, premissa que se discorda no presente trabalho²⁶.

A normatividade é construída permanentemente por meio da interpretação e concretização, de modo que ela pode partir de um texto escrito, mas nele não se esgota, considerando a intrínseca relação entre a juridicidade e a normatividade.

Partilha-se da concepção de que a dimensão normativa não se verifica exclusivamente na vigência de textos constitucionais ou legais escritos, tampouco tem o seu ponto de referência na figura do Estado²⁷. O Direito é essencialmente social e finca as suas raízes na sociedade, ambiente inerente e suficientemente profundo para sua fixação.

Assim, as três dimensões da experiência jurídica mantém entre si uma relação fundamental e dialética que integra a essência da juridicidade, podendo-se afirmar que ausente uma das dimensões inexiste Direito, independente do vocábulo que ostente.

Ocorre que, considerando a dinamicidade e mutabilidade de tal relação, a norma pode transmutar-se em fato, assim como o advento de novos fatos e a transformação dos valores podem reclamar uma nova norma, o que nos permite concluir que o fenômeno jurídico não se esgota na elaboração normativa, encontrando-se em permanente construção²⁸.

As especificidades de cada momento histórico revelam normas que possuem como base uma “consciência jurídica geral²⁹” acerca do que é justo. Essa base ideológica é o que fundamenta o Direito, permitindo extrair o seu conteúdo e validade.

²⁶ Cfr. MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 100/114 e MIGUEL REALE, *O Direito como experiência*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1992, p. 192/200.

²⁷ Discorda-se da teoria realeana, segundo a qual a experiência jurídica apesar de não ser criação estatal, tem no Estado o seu ponto de referência em termos de eficácia e validade (MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 105). Concorde-se com a ideia do constitucionalismo, todavia o ponto referencial do Direito está na sociedade, caso contrário ele não pode ser considerado um instrumento de controle do poder político.

²⁸ MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 100/101.

²⁹ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, “Fontes de Direito” in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LVIII, Coimbra, 1982, p. 246/249; PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 24 e PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*, vol. I, Edições Almedina, Coimbra, 2010, p. 76/80.

Ante todo o exposto, o Direito é valor incorporado em norma, presente em determinada base fática³⁰. Todavia, considerando que os fatos são valorados no instante da sua compreensão, os valores também enfrentam alterações na medida em que se alteram os fatos, a estrutura e os anseios da sociedade. Por esse motivo, não há que se falar em uma relação estática.

Uma explicação plausível para essa dinamicidade é o fato da sociedade ser complexa, plural e mutável, o que significa dizer que, conseqüentemente, essas características também são intrínsecas às dimensões do Direito. A cristalização de normas jurídicas em textos legais é insustentável nessa hipótese, ainda que a dogmática jurídica tenha buscado controlar a dimensão jurídica³¹. Os textos legais são rasos e não permitem ao Direito fincar as suas raízes, as quais estão na sociedade, mais especificamente na pessoa humana.

Dessa forma, ao passo em que o valor representa o fundamento da experiência jurídica - encontrando a dignidade da pessoa humana como o fundamento último do Direito³² -, ele traduz-se como limite à constitucionalização de dispositivos que perseguem finalidades diversas ou que se mostram inaptas a atingi-lo.

Corrobora-se com a lição de Miguel Reale, segundo o qual “o homem, através do processo dialógico da história, vai tomando consciência de determinados valores fundamentais, como, por exemplo, o da inviolabilidade da pessoa humana, os quais, uma vez trazidos à luz da consciência histórica, são considerados intangíveis³³”. Adquirida a consciência do valor supremo da dignidade da pessoa humana e da sua relação ontológica com o mundo jurídico, ela hoje se encontra inerente à concepção de Direito.

No contínuo processo de transcender a realidade para afirmação de um *dever-ser* a ser materializado pelo Direito, inúmeros foram os paradigmas admitidos em diversos momentos históricos. Todavia, nunca o homem adquiriu tanta consciência de si como *pessoa*

³⁰ Conforme Miguel Reale “é da integração do fato em valor que surge a norma”, desta forma a norma jurídica é a “forma positiva de qualificação axiológica do fato em dada conjuntura” (MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 59 e 95/98).

³¹ Conforme Paolo Grossi: “Quis-se controlar a dimensão jurídica, e se a deixou bem controlável fixando a sua origem no alto e a sua consolidação na carapaça dura de um texto, mas se a separou muito frequentemente do fluxo contínuo da sociedade.” (PAOLO GROSSI, “A formação do jurista e a exigência de um hodierno ‘repensamento’ epistemológico”, trad. Ricardo Marcelo Fonseca in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 40, Curitiba, 2004, p. 13). Como exemplo, as Súmulas nada mais são do que a tentativa estatal de vincular uma norma a um texto escrito.

³² Cfr. MIGUEL REALE, *Pluralismo e Liberdade*, 1ª ed., Saraiva, São Paulo, 1963, p. 74/80; PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 561 e EMERSON GARCIA, *Interpretação Constitucional: A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional*, Editora Atlas, São Paulo, 2015, p. 357/364;

³³ MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 109.

como no atual contexto mundial, a ponto de sustentar-se que o paradigma e a intenção axiológica superior do Direito é, atualmente, a pessoa humana³⁴.

Essa é, portanto, a essência do Direito como legado romano, uma força (*vis*) que possui como fundamento a *auctoritas* para ditar suas normas jurídicas em uma sociedade, com o objetivo de realizar a justiça, evitando retrocessos por meio da cientificidade do conhecimento jurídico e promovendo a pacificação e a cooperação social, através do contínuo processo de desenvolvimento e aperfeiçoamento social.

1.2 Da tradição comum do constitucionalismo moderno

O fenômeno do constitucionalismo é consequência do movimento político, filosófico, social e cultural que, buscando modificar as estruturas tradicionais de poder, no século XVIII, possibilitou o surgimento da constituição em sentido moderno³⁵. Após séculos de embates acadêmicos e disputas políticas, triunfou o pensamento liberal, o qual tem como premissas declarar e garantir direitos e liberdades, bem como limitar o poder político através da autonomia do Direito. Referido conceito alinha-se com o que a doutrina considera conceito ocidental de Constituição³⁶.

Nesse ponto importa destacar o pensamento de Thomas Kuhn. Após análise da história das revoluções científicas, em 1962, verificou que “uma teoria científica, após ter atingido o status de paradigma, somente é considerada inválida quando existe uma alternativa disponível para substituí-la³⁷”.

³⁴ Nesse sentido, cfr. CASTANHEIRA NEVES, “O papel do jurista no nosso tempo” in *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 27 e 40/43.

³⁵ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 52.

³⁶ “A ideia de constituição está, porém, intimamente ligada ao processo do pensamento político ocidental e nela se vão acolher solicitações de acontecimentos histórico-políticos e exprimir concepções filosóficas ou religiosas, que, por cima das contingências de momento, lhe dão um sentido próprio. Sobretudo conservando sempre, com diversos rostos, uma reivindicação constante de um espaço de autonomia para a pessoa humana” (ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, O conceito ocidental de Constituição in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 119, n. 3743, Coimbra, 1986, p. 36 e ss).

³⁷ E prossegue alertando que “decidir rejeitar um paradigma é sempre decidir simultaneamente aceitar outro e o juízo que conduz a essa decisão envolve a comparação de ambos os paradigmas com a natureza, bem como sua comparação mútua”, isso porque ao se depararem com anomalias ou exemplos que contradizem suas teorias “os defensores desta farão o mesmo que os cientistas fazem quando confrontados com anomalias: conceberão numerosas articulações e modificações *ad hoc* de sua teoria, a fim de eliminar qualquer conflito aparente” (THOMAS KUHN, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 5ª ed., Editora Perspectiva, São Paulo, 1998, p. 108). Neste ponto reside importante diferença entre as Teorias de Kuhn

Thomas Kuhn chegou a conclusão que a ciência é historicamente orientada. A observação científica circunscreve-se ao que é possível “ver” no contexto de um paradigma, de modo que existe certo elemento aparentemente arbitrário que conforma as crenças vinculadas à comunidade científica de uma época específica, o qual é ultrapassado no advento das revoluções científicas, através da qual as tradições vinculadas às atividades da ciência normal são superadas³⁸.

Kuhn sustenta, ainda, que em todos os momentos de revolução científica um cientista (citando nomes como Copérnico, Newton, Lavoisier e Einstein) “forçou a comunidade a rejeitar a teoria científica anteriormente aceita em favor de uma outra incompatível com aquela³⁹”.

Dessa forma, Kuhn buscou compreender, no âmbito das pesquisas científicas, a importância dos paradigmas, os quais são conceituados como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes da ciência⁴⁰”, tendo alertado que o desenvolvimento natural da ciência ocorre por meio das revoluções e, conseqüentemente, da transição sucessiva de um paradigma a outro⁴¹.

Ampliando o conceito proposto para todas as áreas do conhecimento humano, o ser humano precisa acreditar em uma hipótese alternativa para desconstruir a crença na hipótese anterior. Tal entendimento é ainda mais interessante se analisado no âmbito das ciências sociais, as quais não funcionam por meio de regras imutáveis da natureza, de modo

e Karl Popper. Popper, adotando o conceito de falsacionismo científico, defende que o conhecimento científico é adquirido através da criação de conjecturas, tentativas de antecipações, as quais podem ser refutadas através de testes de experiência empírica. É através das refutações que o conhecimento progride e se aproxima da verdade. Portanto, para o austríaco, os cientistas poderiam rejeitar um paradigma pelo simples fato de encontrar anomalias no momento da experiência empírica, sem a necessidade de adoção de um paradigma alternativo. Cfr. KARL R. POPPER, *Conjecturas e Refutações*, trad. Sérgio Bath, 5ª ed., Editora Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 17.

³⁸ THOMAS KUHN, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 5ª ed., Editora Perspectiva, São Paulo, 1998, p. 23 e 24. Nesse contexto, ciência normal refere-se aos estudos e pesquisas que se baseiam em intervenções científicas anteriores e reconhecidas pela comunidade científica, as quais servem como fundamento para as pesquisas posteriores.

³⁹ THOMAS KUHN, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 5ª ed., Editora Perspectiva, São Paulo, 1998, p. 25.

⁴⁰ THOMAS KUHN, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 5ª ed., Editora Perspectiva, São Paulo, 1998, p. 13.

⁴¹ Esse movimento de evolução da ciência não é natural desde a antiguidade, sendo marcado por uma característica do século XVIII até os dias atuais. Kuhn aponta que na antiguidade clássica havia diversas escolas que competiam entre si, as quais defendiam teorias diferentes, com base em seus próprios paradigmas, ainda que variantes das teorias de Epicuro, Platão ou Aristóteles. Tendo em vista não estarem obrigados a adotar um corpo de teorias aceito uniformemente, os estudiosos da antiguidade buscavam reconstruir seu âmbito de estudo desde os seus fundamentos. (THOMAS KUHN, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 5ª ed., Editora Perspectiva, São Paulo, 1998, p. 32)

que as ideologias dominantes, ou a forma de organização da sociedade, funcionam como os paradigmas que servirão de base para o desenvolvimento das teorias aceitas em dado momento histórico.

Considerando o exposto, verifica-se que o constitucionalismo representou um momento de ruptura, de quebra de paradigma, com a consequente substituição de uma ordem imaginada (absolutismo) por uma ordem imaginada alternativa (adoção dos ideais liberais).

Na lição de Paulo Otero, os valores constitucionais liberais podem ser resumidos através de quatro princípios fundamentais, quais sejam: “a) Centralidade da tutela conferida à liberdade, à propriedade e à segurança; b) Limitação ao poder do Estado; c) Interdependência entre a vontade da colectividade e a vontade legislativa do Estado; d) Igualdade de todos perante a lei⁴²”.

Para além da inserção do paradigma constitucionalista, foram traçados conceitos (ou evoluíram os seus conteúdos) que adotavam como fundamento os valores liberais, conforme exemplo do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o qual associa à Constituição a presença de um texto escrito, como também o estabelecimento da garantia dos direitos do homem e a separação de poderes.

Como bem assinala Canotilho, não existe um constitucionalismo único, mas diversos movimentos constitucionais (americano, inglês, francês, etc.) com corações nacionais. Não obstante, prossegue afirmando que tais movimentos apresentam pontos de aproximação que permitem esboçar um conceito base de “constitucionalismo”⁴³.

Sem desconhecer as suas idiossincrasias, noutras palavras a sua identidade constitucional⁴⁴, os diversos constitucionalismos se aproximaram em seus resultados. Como consequência a doutrina sustenta a existência de uma semântica político-jurídica comum na

⁴² PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 250/255.

⁴³ Canotilho assinala que o “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 51). Sobre os vários constitucionalismos e sua evolução cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de direito constitucional: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, tomo II, vol. 2., 1.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 86/107.

⁴⁴ MICHEL ROSENFELD, *A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito*, v.7, n. 12, jan./jun, Cad. Esc. Legis., Belo Horizonte, 2004, p. 11/63.

tradição jurídica ocidental, que originou a semelhança estrutural das Constituições vigentes em diversos Estados⁴⁵.

Paulo Otero sustenta que “todas as Constituições de matriz ocidental elaboradas na segunda metade do século XX, incluindo aquelas que surgiram no último quartel do século (...) continuam mecanicamente fieis aos grandes postulados liberais em matéria de organização política e distribuição de poderes⁴⁶”.

A existência dessa semântica constitucionalista possibilita que sejam ultrapassadas as barreiras linguísticas e permite o diálogo entre Tribunais de diferentes nações. Conceitos como soberania, separação dos poderes, democracia, direitos humanos, devido processo legal, direitos fundamentais, dentre outros, desterritorializaram-se, extrapolaram o ocidente e caíram no domínio da comunidade global⁴⁷.

É a existência de paralelismos significativos entre as normas constitucionais de diversos países ao redor do mundo, sejam elas escritas ou não, que evidencia a existência de uma tradição comum do constitucionalismo moderno.

Nesta seara, corroborando com a lição de Bernard Edelman, para que se possa compreender o verdadeiro sentido de todo e qualquer conceito se faz necessário um resgate histórico, refazendo o caminho evolutivo traçado da simples palavra até a definição do seu conteúdo⁴⁸. Portanto, se buscou traçar, de forma breve, as raízes da coluna vertebral de um direito constitucional compartilhado no pensamento jurídico ocidental.

1.2.1 Coluna vertebral de um direito constitucional compartilhado

⁴⁵ MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 53 e 61.

⁴⁶ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 137.

⁴⁷ Nesse sentido, Maurício Ramires afirma que “Assim, quando um país *constitucionaliza-se* e passa a adotar uma Carta política identificada com a democracia e com o *rule of law*, não se pode pensar em dar aplicação e conferir normatividade a esse documento sem considerar o que uma Constituição significa em sentido moderno. Esse significado, esse sentido agregado ao conceito de Constituição, é fruto de uma mutação histórica que deve ser conhecida e compreendida. [...] É pré-condição para o exercício da jurisdição constitucional ter presente o que significa a herança do constitucionalismo que resultou das revoluções liberais dos fins do século XVIII e se reinventou na segunda metade do século XX.” (MAURÍCIO RAMIRES, *Diálogo Judicial Internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 30/31).

⁴⁸ BERNARD EDELMAN *apud* INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 8ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 31.

A existência da tradição comum constitucionalista apresenta como evidência a presença de um vocabulário jurídico com significados, teorias e valores compartilhados no ordenamento jurídico de diferentes Estados.

Tal entendimento é reforçado, em especial, pelo artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao estabelecer que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Por sua vez, o Tratado de Lisboa reconheceu uma série de princípios, valores e interesses comuns aos Estados que integram a União Europeia e adquirem relevo universal dentro da Comunidade, de modo a constituir uma identidade europeia⁴⁹, nos seguintes termos: “A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres”.

Observa-se que é possível extrair um conteúdo mínimo que deve nortear a elaboração da norma fundamental, sendo possível identificar a coluna vertebral de um direito constitucional compartilhado mundialmente: a separação dos poderes, a democracia e a proteção à dignidade da pessoa humana.

A. Separação dos Poderes

Apesar de trazer a semente embrionária que possibilitaria o seu posterior desenvolvimento, a antiguidade clássica não conheceu uma teoria da separação dos poderes, a qual foi concebida somente a partir do século XVII, sendo considerado um fenómeno moderno.

Mas a trajetória histórica para a construção da teoria sobre a divisão orgânico-funcional dos poderes do Estado acompanha a evolução das ideias de limitação do poder

⁴⁹ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito do União Europeia*, Edições Almedina, 2ª ed., Coimbra, 2018, p. 63/66.

político, as quais remontam à Grécia e Roma antigas, atravessam a Idade Média, no entanto apenas se aperfeiçoam com o advento do Estado Moderno⁵⁰.

Como ponto de partida do desenrolar teórico, Aristóteles analisa o governo e a organização política dos lacedemônios, dos cretenses e dos cartagineses com o objetivo de descrever a melhor forma de governo, aquela que garanta o bem-estar e a felicidade da sociedade, considerando a observação que toda cidade é composta de três partes: os ricos, os pobres e uma terceira classe intermediária⁵¹.

Utilizando como critério de classificação o quantitativo de governantes e a justiça de sua atuação – se governam em prol do interesse comum ou de alguma classe específica – Aristóteles apresenta três formas de governos corretas ou sãs: monarquia, aristocracia e o governo constitucional (república) e, respectivamente, três formas desviantes ou degeneradas: tirania, oligarquia e democracia⁵².

Mantendo coerência com a ética do sistema aristotélico, que defende a doutrina do meio-termo⁵³, desenvolve a teoria da constituição mista⁵⁴, por meio da qual busca encontrar

⁵⁰ Nuno Piçarra sustenta que: “Remontam à Grécia e a Roma antigas algumas das ideias que vieram a encontrar a sua expressão institucional mais perfeita no moderno Estado constitucional e que poderiam ser designadas por ‘axiomas fundamentais da ideia ocidental de Estado’, contraposta, desde sempre, ao ‘despotismo oriental’.” (NUNO PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 31).

⁵¹ ARISTÓTELES, *Política*, trad. Mário da Gama Kury, Livro IV, Capítulo III, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1985, p. 1290a.

⁵² ARISTÓTELES, *Política*, trad. Mário da Gama Kury, Livro III, Capítulo V, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1985, p. 1279b/1281b.

⁵³ “Por meio-termo no objeto entendo aquilo que é equidistante de ambos os extremos, e que é um só e o mesmo para todos os homens; e por meio-termo relativamente a nós, o que não é nem demasiado nem demasiadamente pouco — e este não é um só e o mesmo para todos. (...) A virtude é, pois, uma disposição de caráter relacionada com a escolha e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, a qual é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática. E é um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta; pois que, enquanto os vícios ou vão muito longe ou ficam aquém do que é conveniente no tocante às ações e paixões, a virtude encontra e escolhe o meio-termo.” (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, Livro II, 6, Editora Nova Cultural, São Paulo, 1991, E-Book, ISBN 85-13-00214-3 ISBN 85-13-00232-1).

⁵⁴ Conforme Aristóteles: “Numa constituição mista bem feita ambos os fatores juntos, e nenhum deles em separado, parecem estar presentes, e o governo deve sobreviver por si mesmo e não por ajuda externa, por seus próprios meios e não porque aqueles que desejam sua preservação constituem a maioria (até nas más constituições poderia ser assim), mas porque nenhum segmento da cidade, seja ele qual for, deseje outra forma de governo” (ARISTÓTELES, *Política*, trad. Mário da Gama Kury, Livro IV, Capítulo VII, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1985, p. 1294b) e “As constituições chamadas aristocráticas, das quais falamos há pouco, ficam de certo modo fora do alcance da maior parte das cidades, e em outras se aproximam do chamado governo constitucional, sendo portanto adequado falar destas duas formas como se elas fossem uma só (...) a vida feliz é a vivida de acordo com os ditames da moralidade e sem impedimentos e que a moralidade é um meio termo, segue-se necessariamente que a vida segundo este meio termo é a melhor – um meio termo acessível a cada um dos homens” (ARISTÓTELES, *Política*, trad. Mário da Gama Kury, Livro IV, Capítulo IX, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1985, p. 1295b). Conferir também NUNO PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 36 e DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Três conceitos de <Constituição>

um equilíbrio entre as diversas classes da sociedade, de modo que os diferentes interesses sociais encontrem amparo nos diversos órgãos do Estado.

Com a ideia central de conservar o equilíbrio de forças entre as diversas classes sociais por meio do acesso igualitário aos órgãos políticos, sua teoria é considerada a raiz histórica remota da doutrina da separação dos poderes⁵⁵.

Posteriormente, Políbio descreve sua teoria da constituição mista, mas diverge substancialmente da teoria aristotélica. Enquanto Aristóteles defende o acesso igualitário a todas as classes sociais nos diversos órgãos representativos do governo, sem que haja uma diferenciação de órgãos, Políbio defende que devem ser separados os diversos interesses da sociedade por meio da atribuição de um “poder” do Estado a uma classe respectiva, buscando o equilíbrio entre elas⁵⁶.

Já em Roma, adotando as teorias aristotélicas da natureza social do homem⁵⁷ e da constituição mista⁵⁸, Cícero defende a existência de um governo misto através da moderada união de elementos monárquicos, aristocráticos e popular⁵⁹, a fim de se alcançar o equilíbrio das instituições.

Em que pese as diferenças substanciais, Nuno Piçarra sustenta que “o *telos* da constituição mista é em ambas as versões o equilíbrio das classes. Daqui resulta a estreita conexão entre constituição mista e equilíbrio de poderes: órgãos constitucionais diferenciadamente legitimados e representantes de interesses sociais distintos, reflectindo a estrutura plural da sociedade, hão-de provocar um efeito reciprocamente limitativo, no sentido da moderação do poder político⁶⁰”.

Sucessivamente, aponta-se que a ideia da diferenciação entre as funções do Estado, com a respectiva a atribuição de cada uma delas a órgãos diferentes, objetivando

em Aristóteles” in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, org. José Lebre de Freitas *at all*, vol. IV, Edições Almedina, Coimbra, 2011, p. 680/681.

⁵⁵ NUNO PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 17. Cita-se, ainda, doutrina que defende que a noção tripartida das funções do Estado já se encontra desenvolvida na obra de Aristóteles, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Três conceitos de <Constituição> em Aristóteles* in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, org. José Lebre de Freitas *at all*, vol. IV, Edições Almedina, Coimbra, 2011, p. 680/681.

⁵⁶ POLÍBIO, *História*, 6, 9, trad. Mário da Gama Kury, Editora da UnB, Brasília, 1985.

⁵⁷ CÍCERO, *Tratado da República*, Livro I, 25, trad. Francisco de Oliveira, Círculo de Leitores e Tema e Debates, Lisboa, 2008.

⁵⁸ CÍCERO, *Tratado da República*, Livro I, 44/45 e 69, trad. Francisco de Oliveira, Círculo de Leitores e Tema e Debates, Lisboa, 2008.

⁵⁹ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 93.

⁶⁰ NUNO PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 39.

resguardar a liberdade individual possui a sua raiz histórica próxima localizada na Inglaterra do século XVII, tratada como condição essencial do *rule of law*⁶¹.

A associação do *rule of law* com a doutrina da constituição mista deu origem a teoria dos *checks and balances*, desvinculando-se do cariz social da teoria aristotélica e consolidando paulatinamente a doutrina da separação dos poderes⁶².

Importante se faz ressaltar a doutrina de John Locke. Considerado um importante crítico do absolutismo e defensor do liberalismo político, partindo da ideia do contrato social como forma de assegurar a vida, a liberdade e a propriedade privada, sustenta a necessária divisão orgânica entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo⁶³, com a finalidade de garantir a imparcialidade no momento de elaboração legislativa, considerada a principal função do Estado, cabendo a um órgão diverso a sua aplicação⁶⁴. O cerne do pensamento de Locke é de limitação do poder político, de modo que sua doutrina está intrinsecamente relacionada à ideia da separação dos poderes⁶⁵.

Apesar de todos os teóricos antecedentes, o grande responsável por sistematizar e desenhar um novo arranjo orgânico-funcional do poder, tomando como pressuposto as três funções do Estado é Montesquieu⁶⁶. A ideia de atribuir a um terceiro poder independente a função de julgar foi considerada uma grande inovação à época, pois na Inglaterra do século XVII a função de julgar estava vinculada ao rei⁶⁷.

⁶¹ Para maior aprofundamento conferir NUNO PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 41/62.

⁶² NUNO PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 18.

⁶³ Ressalta-se que no período não existia a tríade legislativo-executivo-judiciário, de modo que o poder judiciário, nos moldes atuais, apenas adquiriu autonomia na segunda metade do século XVIII.

⁶⁴ JOHN LOCKE, *O Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, Editora Vozes, Petrópolis, 1994, cap. XII, 143/148.

⁶⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História do Pensamento Político Ocidental*, Edições Almedina, Coimbra, 2012, p. 193/194.

⁶⁶ Sobre as divergências doutrinárias acerca da verdadeira origem da doutrina da separação dos poderes, Nuno Piçarra sustenta que: “Como doutrina cujas origens históricas se encontram na Inglaterra do século XVII, a separação dos poderes conheceu várias versões ao longo da sua existência, apresentando continuidades e descontinuidades, pelo que seria erróneo tomar uma destas versões – mesmo a de Montesquieu, que é a mais divulgada – como absoluta e definitiva” (NUNO PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 64).

⁶⁷ “Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”. (MONTESQUIEU, *O Espíritos das Leis*, 2ª ed., trad. Cristina Murachco, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 168). Sobre a autonomia do judiciário, Nuno Piçarra informa que: “É sabido que esta

A doutrina de Montesquieu pode ser analisada em duas dimensões: jurídica e política. A dimensão jurídica busca garantir a supremacia da lei, de modo que o exercício da função executiva e judicial deve ser adstrito aos limites legais, permitindo que essa acepção tenha se tornado fundamental para o desenvolvimento do Estado de Direito⁶⁸.

Já a dimensão política traduz-se no fato de que os três poderes devem exercer o poder político de forma conjunta, a fim de que se obtenha um equilíbrio de poder. Nuno Piçarra defende que a monarquia absoluta e seus sucedâneos representam uma forma de negar a separação dos poderes, mas a democracia representativa apresenta-se compatível, mediante a sua disposição em uma pluralidade de polos de poder e contrapoder⁶⁹.

Após a eclosão da Revolução Francesa, sobretudo com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao estabelecer que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”, a separação dos poderes universalizou-se e transformou-se em dogma constitucional⁷⁰, sendo por alguns considerado um mito constitucional⁷¹.

Aponta-se, ainda, uma ligação indissociável com o constitucionalismo e a democracia, de modo que os direitos fundamentais e a separação dos poderes são a identidade e o rosto do Estado constitucional democrático⁷².

Alçado ao status de princípio constitucional, a separação dos poderes integra quase a totalidade das Constituições nacionais dos Estados democráticos⁷³, sendo considerado o “traço mais característico da estrutura organizativa das diversas variantes do Estado constitucional contemporâneo⁷⁴”.

classificação tripartida já era conhecida em Inglaterra muito antes de Montesquieu a ter adoptado. Mas, foi só a partir do autor que ela se tornou preferida, impregnando definitivamente o constitucionalismo liberal” (NUNO PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 91).

⁶⁸ NUNO PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 101/107.

⁶⁹ NUNO PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 122.

⁷⁰ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 114.

⁷¹ LOUIS ALTHUSSER, *Montesquieu, a Política e a História*, Editora Presença, Lisboa, 1972, p. 127.

⁷² FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu: seu sentido, problemas e limites*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, p. 7.

⁷³ Na lição de Diogo Freitas do Amaral: “A doutrina da separação dos poderes viria a impor-se como evidente na Revolução Americana (1776-1787) e na Revolução Francesa (1789), daí passando para todo o constitucionalismo liberal e democrático, mantendo-se nos nossos dias” (DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História do Pensamento Político Ocidental*, Edições Almedina, Coimbra, 2012, p. 194).

⁷⁴ NUNO PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 11.

B. Democracia

Como forte indício da existência de uma tradição comum constitucionalista, no cenário mundial contemporâneo o Estado Democrático de Direito se tornou um paradigma de legitimação e organização da ordem pública⁷⁵.

Mas o constitucionalismo não nasceu democrático, apenas na segunda metade do século XX a democracia consolidou-se, sobretudo após a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a qual estabeleceu, em seus artigos 21 e 29, alínea 2, que o único regime político compatível com a observância dos direitos humanos é a democracia.

Com o intuito de extrair um conceito através da sua origem, tem-se que a democracia (*demokratía*) é a associação das palavras gregas *dêmos*, que significa população, povo, e *kratía*, que expressa o sentido de força, poder⁷⁶. Em tradução simples a democracia é o governo em que o povo é o titular do poder.

José Afonso da Silva, inspirado no discurso de Abraham Lincoln⁷⁷, conceitua democracia como o *“processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido direta ou indiretamente pelo povo e em proveito do povo”*⁷⁸.

Jorge Miranda esclarece que enquanto na autocracia os governantes agem em nome próprio, sem que exista a ingerência dos cidadãos; na democracia o povo confere uma autorização aos governantes através da Constituição, bem como podem manifestar uma vontade jurídica e politicamente eficaz sobre a atividade que conduzem⁷⁹.

Os primeiros registros sobre a democracia encontram-se na antiguidade, citando-se como exemplo a Oração fúnebre de Péricles, contida na obra de Tucídides, onde há uma

⁷⁵ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 236.

⁷⁶ Conforme o Dicionário Houaiss da língua portuguesa: “democracia: 1. Governo em que o povo exerce a soberania 2. Sistema político em que os cidadãos elegem os seus dirigentes por meio de eleições periódicas 3. Regime em que há liberdade de associação e de expressão e no qual não existem distinções ou privilégios de classe hereditários ou arbitrários 4. País em que prevalece um governo democrático” (ANTÔNIO HOUAISS E MAURO DE SALLES VILLAR, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, 1ª ed., Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa A/C Ltda, Editora Objetiva Ltda, Rio de Janeiro, 2009, p. 612.)

⁷⁷ O Discurso de Gettysburg é de grande importante para a cultura norte americana, encontrando-se elementos que integram a identidade constitucional daquele Estado, tais como liberdade, igualdade e democracia: “that this nation shall have a new birth of freedom; and that this government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth” (Abraham Lincoln, Discurso de Gettysburg, 1863, disponível em: <<http://www.loc.gov/exhibits/gettysburg-address/ext/trans-hay-draft.html>>, acesso em 10/01/2020).

⁷⁸ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição*, Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 2000, p. 45.

⁷⁹ JORGE MIRANDA, “Democracia e Constituição” in *O Direito*, Ano 149º, I, Almedina, Coimbra, 2017, p. 11.

defesa do modelo político original da democracia ateniense, caracterizado como um governo da maioria⁸⁰.

Ainda na Grécia, uma forte preocupação dos filósofos e pensadores consistia na definição de qual a melhor forma de governo da Pólis. A democracia ateniense, apesar de excluir da participação política grande parcela da sociedade, apresentou uma importante contribuição para a experiência política, com forte influência para o pensamento político ocidental.

Quando da formulação da melhor forma de governo a ser implantada na Pérsia, qual seja a monarquia, a oligarquia ou o governo popular, Heródoto apresenta a primeira concepção da ideia de Democracia⁸¹, defendendo uma forma de governo popular, difundindo ideias como igualdade, princípio maioritário como processo de decisão e responsabilização dos governantes.

Aristóteles, em sentido inverso às ideias de Platão, alerta que a democracia é uma forma degenerada de governo, visto que não busca atender ao interesse de todos, mas representa o meio pelo qual o governo de uma maioria é exercido, de forma geral, em desfavor das elites⁸². Dessa forma, argumenta que a lei é a única forma de libertar os governos das paixões, garantindo que o governante ao aplicá-la atue sempre com justiça⁸³.

Analisando com profundidade a doutrina de Aristóteles⁸⁴, Paulo Otero alerta que o filósofo grego já relacionava a democracia às ideias de liberdade, igualdade e maioria, de modo que “a liberdade surge como fundamento da democracia, a igualdade como postulado de participação política e a maioria como critério de apuramento da vontade decisória”, sendo considerado o grande legado ocidental da democracia⁸⁵.

⁸⁰ TUCÍDIDES, *História da Guerra do Peloponeso*, Livro II, trad. Mário da Gama Kury, 4ª ed., Editora Universidade de Brasília, Brasília, 2001, p. 109.

⁸¹ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, p. 66, 69/70.

⁸² ARISTÓTELES, *Política*, trad. Mário da Gama Kury, Livro III, Capítulo V, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1985, p. 1279b/1281b.

⁸³ ARISTÓTELES, *Política*, trad. Mário da Gama Kury, Livro III, Capítulo X, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1985, p. 1286b.

⁸⁴ Aristóteles afirma que: “Um princípio fundamental da forma democrática de governo é a liberdade – a liberdade, segundo a opinião dominante, somente pode ser desfrutada nesta forma de governo, pois diz-se que ela é o objetivo de toda democracia (...) Outro é o homem viver como quer, pois dizem que esta é a função da liberdade, porquanto a característica do escravo, ao contrário, é não viver como quer; este é o segundo princípio da democracia, e dele resulta a pretensão de não ser governado, de preferência por homem algum, ou, se assim não for, governar e ser governado alternadamente; esta é a contribuição do segundo princípio à liberdade baseada na igualdade” (ARISTÓTELES, *Política*, trad. Mário da Gama Kury, Livro VI, Capítulo I, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1985, p. 1317b)

⁸⁵ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 255/257. No mesmo sentido Ana Maria Guerra Martins afirma que “politicamente, o valor da liberdade aparece associado à

No mesmo sentido, Georges Burdeau sustenta que a democracia está indissoluvelmente ligada à ideia de liberdade⁸⁶, na medida em que a autoridade encontra fundamento na vontade daqueles a quem obriga, pois “a partir do momento em que os governados se tornam senhores da máquina governamental desenha-se um movimento que tende já não a subordinar o Poder a uma liberdade preexistente, mas a fazer dele o instrumento de criação de uma liberdade efectiva⁸⁷”. Consiste, portanto, na inserção da liberdade nas relações políticas⁸⁸.

Considerado o grande teórico da Democracia, Rousseau buscava retratar o regime político que considerava ideal, o qual deveria ter como finalidade resguardar a liberdade e a igualdade dos cidadãos⁸⁹. Adota a ideia do contrato social como instrumento que permite a passagem do estado de natureza para o estado de sociedade, através do qual se busca instaurar uma república, limitada em extensão e em números populacionais⁹⁰, com fundamento em uma democracia direta⁹¹ que assegurasse a liberdade civil – em substituição à liberdade natural - e a igualdade jurídica entre os cidadãos⁹².

Para Rousseau um ato da vontade geral corresponde a um ato de soberania, e representa o interesse comum, coletivo de uma sociedade – diferenciando- se da vontade de

ideia de democracia e impõe, portanto, uma relação democrática entre governantes e governados” (ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, Edições Almedina, 2ª ed., Coimbra, 2018, p. 204).

⁸⁶ Em sentido similar, Cabral de Moncada afirma que “a palavra democracia representa assim para o Estado aquilo que se traduz para o indivíduo pela palavra liberdade” (LUÍS CABRAL DE MONCADA, “Do Valor e Sentido da Democracia” *in* Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 12, Coimbra, 1930-1931, p. 1–106).

⁸⁷ GEORGES BURDEAU, *A Democracia*, trad. Paulo António dos Anjos, 3ª ed., Publicações Europa-América, Sintra, 1975, p. 13.

⁸⁸ GEORGES BURDEAU, *A Democracia*, trad. Paulo António dos Anjos, 3ª ed., Publicações Europa-América, Sintra, 1975, p. 9/11.

⁸⁹ JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *O Contrato Social*, trad. de Antônio de Pádua Danesi, 3ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1996, p. 62 e DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História do Pensamento Político Ocidental*, Edições Almedina, Coimbra, 2012, p. 219.

⁹⁰ “Assim como a natureza estabeleceu limites a estatura de um homem bem-conformado, além dos quais só produz gigantes ou anões, fez o mesmo, com referência a melhor constituição de um Estado, limitando-lhe a extensão a fim de que não seja nem muito grande para poder ser bem governado, nem muito pequeno para poder se manter por si mesmo. Há em todo corpo político um máximo de força que ele não poderia ultrapassar, e do qual com frequência se afasta a medida que cresce. Quanto mais se estende o vínculo social, tanto mais se afrouxa, e em geral um pequeno Estado é proporcionalmente mais forte que um grande” (JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *O Contrato Social*, trad. de Antônio de Pádua Danesi, 3ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1996, p. 56 e 59).

⁹¹ “A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: ou é a mesma, ou é outra - não existe meio-termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser os seus representantes; são simples comissários, e nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo não tenha ratificado diretamente é nula, não é uma lei” (JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *O Contrato Social*, trad. de Antônio de Pádua Danesi, 3ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1996, p. 114).

⁹² JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *O Contrato Social*, trad. de Antônio de Pádua Danesi, 3ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1996, p. 20/26, 33/34, 41 e 48.

todos, que consiste na soma das vontades particulares ou interesses privados. Quando o povo é chamado a deliberar e a vontade geral se manifesta, a decisão sempre é considerada boa, pois “a vontade geral é sempre reta”⁹³.

O momento da formalização do contrato social encerra a exigência de unanimidade, de tal forma que aquele que demonstrar oposição será considerado estrangeiro dentre os cidadãos. Mas, constituído o Estado, para a extração da vontade geral da população “o voto da maioria obriga sempre os demais”⁹⁴. Em virtude da divinização do princípio maioritário, parcela da doutrina classifica a democracia rousseauiana como totalitária⁹⁵, consistindo no “legado ocidental maligno da ‘democracia’ quanto à tutela da pessoa humana perante o Poder”⁹⁶.

Sobre a questão em apreço é cabível indagar qual elemento é determinante para a juridicidade de uma lei. Uma norma é considerada jurídica e válida apenas por enquadrar-se como a vontade da maioria? A resposta parece ser negativa, pois temos diversos exemplos na história em que a vontade da maioria ia de encontro ao valor supremo da dignidade da pessoa humana, sentido último do Direito.

Ao converter o Direito em um mero repositório da vontade popular, o positivismo legicêntrico transformou um simples cálculo de proporção matemática em mecanismo aferidor de juridicidade. Porém, a maioria deve ser encarada como critério de decisão, mas não pode ser definido como um critério de verdade⁹⁷ ou mesmo de justiça⁹⁸.

Para a compreensão do exposto é imprescindível a desconstrução da conexão necessária entre o princípio maioritário e a democracia, nos moldes preconizados por Rousseau. Nessa perspectiva, Alexis de Tocqueville, representante do modelo da democracia anglo-americano, advertiu para o risco de instaurar-se uma tirania da maioria⁹⁹. Portanto,

⁹³ JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *O Contrato Social*, trad. de Antônio de Pádua Danesi, 3ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1996, p. 37 e 48.

⁹⁴ JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *O Contrato Social*, trad. de Antônio de Pádua Danesi, 3ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1996, p. 129.

⁹⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História do Pensamento Político Ocidental*, Edições Almedina, Coimbra, 2012, p. 226/227. Nesse sentido também: LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. I, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1955, p. 243/244.

⁹⁶ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 262/264.

⁹⁷ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 624/629.

⁹⁸ Segundo estabelece John Rawls: “Embora em dadas circunstâncias se justifique a afirmação de que a maioria (adequadamente definida e circunscrita) tem o direito constitucional de legislar, isso não implica que as leis elaboradas são justas” (JOHN RAWLS, *Uma teoria da justiça*, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, 1ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1997, p. 395).

⁹⁹ “Por conseguinte, não há na Terra autoridade que seja tão respeitável em si mesma ou que esteja investida de um direito tão sagrado que devemos deixá-la agir sem controlo e dominar sem obstáculos. Portanto, quando vejo conceder a um qualquer poder o direito e a faculdade de tudo fazer, chame-se ele povo ou rei, democracia ou

traduzida apenas como um processo de decisão, a democracia viola a própria ordem de valores que a acolhe¹⁰⁰ e, tornando-se uma palavra inócua, degenera-se.

Infere-se, ainda, que se a democracia for considerada apenas um reflexo do princípio maioritário, democracia e constitucionalismo se tornam conceitos antagônicos. Isso porque os direitos constitucionais devem ser assegurados, a fim de que não estejam ao alcance das maiorias eventuais, facilmente alienáveis pelas ideologias dominantes da atualidade. As posições adotadas pela maioria prescindem de proteção constitucional, tendo em vista que tais questões poderão ser resolvidas pela maioria, por meio do processo legislativo e do governo. Se utilizarmos a concepção rousseauiana, os direitos constitucionais seriam classificados como antidemocráticos¹⁰¹, na medida em que são “trunfos contra a maioria¹⁰²”.

Mas a verdade é que a conquista dos direitos fundamentais não reflete necessariamente uma transformação do sentimento maioritário, isso porque a justiça prescinde do crivo da maioria.

Dessa forma, a democracia representativa, originária da tradição constitucional britânica, acrescida aos desenvolvimentos da experiência norte-americana, consiste no modelo democrático vigente e que foi incorporado à tradição comum do constitucionalismo moderno no mundo ocidental¹⁰³.

O certo é que passados séculos de história, o conceito ocidental de democracia permanece vinculado aos ideais de liberdade e igualdade, consolidando-se atualmente a ideia

aristocracia, quer se exerça numa monarquia ou numa república, digo: lá está o germe da tirania; e procuro ir e viver sob outras leis”. (ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *Da Democracia na América*, trad. de Carlos Correia Monteiro de Oliveira, Principia, Cascais, 2001, p. 301)

¹⁰⁰ Afirma Paulo Otero “O verdadeiro legado do século XX em matéria de direitos humanos traduz-se na estreita associação entre democracia e respeito pelos direitos humanos: tornou-se hoje inequívoco não ser possível a garantia e o respeito pelos direitos humanos fora de um sistema político-constitucional democrático” (PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 424).

¹⁰¹ MICHEL ROSENFELD, *A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito*, Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, v.7, n. 12, jan./jun., 2004, p. 11/13.

¹⁰² JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 17/18.

¹⁰³ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 265. Por sua vez, Amartya Sen afirmou que: “Sem dúvida, a estrutura institucional da prática contemporânea da democracia é em grande medida o produto da experiência europeia e americana dos últimos séculos. Reconhecê-lo é muito importante, pois esses desenvolvimentos institucionais foram extremamente inovadores e, por fim, muito eficazes. Resta pouca dúvida de que existe aqui uma grande realização ‘ocidental’”. (AMARTYA SEN, *A ideia de justiça*, trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes, Companhia das Letras, São Paulo, 2011, p. 267). Por sua vez, Lucas Pires alertou que: “Ambos, Estado-democrático e Constituição, atingiram também o seu auge *ex-aequo*, numa espécie de chegada à idade adulta do mundo, quando serviram de paradigma para a pletera das autodeterminações a Leste a Sul do planeta, na esteira do que era, aliás, desde o início, ou, pelo menos, desde a Revolução Francesa, uma proposta ‘universal’” (FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu: seu sentido, problemas e limites*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 7/8).

de que a democracia deve ser entendida em uma realidade constitucional¹⁰⁴ pautada no valor da dignidade da pessoa humana, sobretudo como defesa dos direitos fundamentais¹⁰⁵.

Dada a expansão e inclusão do valor democrático em diversas Constituições ao redor do mundo, pode-se afirmar que a democracia também integra o rol dos dogmas constitucionais da atualidade, compondo o atual paradigma de organização política¹⁰⁶.

C. Dignidade da Pessoa Humana

Como indício da existência de uma tradição comum constitucionalista, no cenário mundial contemporâneo a dignidade da pessoa humana é considerada o “dogma de confluência da consciência jurídica universal¹⁰⁷”, sendo considerado o fundamento para a inserção de direitos humanos consagrados em declarações e tratados internacionais¹⁰⁸, bem como de direitos fundamentais positivados nas Constituições dos Estados nacionais¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Maria da Glória afirma que: “E, neste momento, Constituição e democracia entrelaçam-se, quais realidades culturais distintas, mas indissociáveis: a democracia dá origem e é permanentemente garante da existência mesma da Constituição; a Constituição, por sua vez, garante a democracia e, simultaneamente, contribui para a sua consolidação e fortalecimento.” (MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “A Constituição e a construção da democracia” in MIRANDA, JORGE (org.), *Perspectivas Constitucionais*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 570).

¹⁰⁵ Para Georges Burdeau “a democracia como sistema de governo foi precedida por um longo esforço de libertação espiritual, no decurso do qual se evidenciou o reconhecimento da liberdade inata da pessoa humana” (GEORGES BURDEAU, *A Democracia*, trad. Paulo António dos Anjos, 3ª ed., Publicações Europa-América, Sintra, 1975, p. 11). No mesmo sentido Paulo Otero ao considerar a democracia um elemento essencial do estatuto político e jurídico da pessoa humana na tradição constitucional europeia e norte-americana. (PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 256).

¹⁰⁶ Georges Burdeau afirmou que: “A democracia é hoje uma filosofia, um modo de viver, uma religião e, quase acessoriamente, uma forma de governo. Um significado tão rico advém-lhe tanto do que ela efetivamente é como da ideia que dela fazem os homens quando nela depositam as suas esperanças de uma vida melhor. Dissociar o que nela é realidade do que é crença conduziria a tornar incompreensíveis não apenas o dinamismo que a anima, mas, até, as suas instituições positivas, pois estas só tem sentido em função da mística que encarnam” (GEORGES BURDEAU, *A Democracia*, trad. Paulo António dos Anjos, 3ª ed., Publicações Europa-América, Sintra, 1975, p. 5).

¹⁰⁷ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 561.

¹⁰⁸ Perez Luño apresenta o conceito de Direito Humanos como “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. (ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5º ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 48).

¹⁰⁹ Gomes Canotilho aponta que implícito à ideia de dignidade da pessoa humana está o princípio antrópico que abriga a ideia de *dignitas-hominis*, qual seja o indivíduo que é livre para viver conforme suas convicções pessoais, de modo que “a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios” (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 225). Por sua vez, segundo Habermas: “A ideia dos direitos humanos e a da soberania do povo determinam até hoje a autocompreensão normativa de Estados de direito democráticos” (JÜRGEN HABERMAS, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, Vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 128).

Mas a delimitação de um conceito unívoco é alvo de intensas discussões doutrinárias, as quais apresentam preocupações relacionadas a uma romantização ou fragilidade e vagueza na formulação conceitual dos direitos humanos e da própria dignidade humana¹¹⁰.

Uma breve pesquisa no dicionário nos apresenta o conceito de “dignidade” como: “1. Qualidade moral que infunde respeito; consciência do próprio valor; honra, autoridade, nobreza¹¹¹”. De forma literal, dignidade está relacionada à exigência de respeito com fundamento na consciência do valor de si mesmo e, consequentemente, do valor do outro.

No que diz respeito à noção jurídico-constitucional, apartado da concepção civilista, o conceito de “pessoa humana” é identificado por Paulo Otero com o de ser que possui características genéticas do gênero humano, referencial da tutela da dignidade humana, de modo que “pessoa humana é todo ser humano, desde a concepção, independente de possuir consciência e capacidade de comunicação¹¹²”.

No mesmo sentido, para Ingo Sarlet a titularidade de dignidade dispensa a autoconsciência e a possibilidade de qualquer graduação ou hierarquia entre indivíduos, de modo que “mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada¹¹³”.

Isto posto, extrai-se que a trajetória evolutiva de construção do conceito da dignidade da pessoa humana nada mais é do que a parcela da história em que a humanidade tomou consciência do valor de cada ser humano, o qual é intrínseco à sua própria humanidade e prescinde de qualquer outro atributo.

Doutrinariamente, podem ser encontrados diversos conceitos de dignidade da pessoa humana, senão vejamos.

Ingo Sarlet aponta que o conceito jurídico-normativo de dignidade da pessoa humana está em processo de constante evolução e desenvolvimento, revelando-se multidimensional (dimensão ontológica; dimensão comunicativa e relacional; dimensão histórico-cultural e dimensão negativa e prestacional) e aberto, bem como demanda contínua

¹¹⁰ AMARTYA SEN, *A ideia de justiça*, trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes, Companhia das Letras, São Paulo, 2011, p. 292.

¹¹¹ ANTÔNIO HOUAISS E MAURO DE SALLES VILLAR, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, 1ª ed., Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa A/C Ltda, Editora Objetiva Ltda, Rio de Janeiro, 2009, p. 685.

¹¹² PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 550/551.

¹¹³ INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 8ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 58/59.

concretização e delimitação por meio da *práxis* constitucional. Todavia, traça um conceito com o intuito de servir como norte ou baliza no momento de sua concretização, com vistas a evitar sua aplicação arbitrária e voluntarista¹¹⁴.

Para o referido autor a dignidade da pessoa humana consiste na “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida¹¹⁵”.

Jorge Reis Novais aponta que no contexto do pluralismo das sociedades abertas, “a dignidade da pessoa humana significa a insusceptibilidade de tratamento da pessoa como mero objeto do poder estatal, como instrumentalização ou coisificação da pessoa nas mãos do Estado” de modo que “(...) resulta, para cada indivíduo, uma margem de autonomia e liberdade pessoal que o poder de Estado tem de respeitar¹¹⁶”.

Luís Pereira Coutinho afirma que a “o valor da dignidade humana centra-se num homem que aceita com humildade a sua condição, uma condição que não dispensa uma parametrização moral heterónoma precisamente centrada nessa mesma dignidade¹¹⁷”.

Por sua vez, José de Melo Alexandrino retrata a dificuldade em conceituar a dignidade humana, alertando que o referido princípio “parece pertencer àquele lote de

¹¹⁴ INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 8ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 49.

¹¹⁵ INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 8ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 70.

¹¹⁶ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 30. Na mesma página, Novais prossegue concluindo que: “podemos, numa reconstrução feita segundo os olhos de hoje, identificar o ponto firme do consenso convivial, ainda que aparentemente mínimo, na afirmação de um Estado fundado na igual dignidade da pessoa humana, com a consequente consagração constitucional desse princípio: todas as pessoas têm igual dignidade, pelo que têm direito a ser tratadas com igual consideração e respeito (Dworkin) e com direito a uma igual liberdade”.

¹¹⁷ LUÍS PEDRO PEREIRA COUTINHO, *A Autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da Validade do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 161.

realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão directa do esforço despendido para o clarificar¹¹⁸”.

Em que pese a querela doutrinária, reconhecer a dignidade humana contém um olhar do ser humano para além de si mesmo e da humanidade para além da sua “tribo”. É fruto do reconhecimento do próprio valor humano, de que “todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito¹¹⁹”.

Mas o processo de aquisição de consciência da relevância jurídica dos direitos inerentes à condição humana é secular e acompanha a história da humanidade.

A origem do *Homo Sapiens* ainda é assunto bastante polêmico e possui registros que datam de aproximadamente 150 mil anos¹²⁰. Todavia, a humanidade da forma que hoje conhecemos teve as suas origens remotas no Período Axial, compreendido entre os séculos VIII e II a.C, que segundo filósofos e historiadores conformou o eixo empiricamente evidente da história da humanidade¹²¹.

Integra o período em que a razão ocupa o lugar anteriormente preenchido pelas explicações mitológicas, e a humanidade, em diversas partes do globo, começa a traçar um caminho de conscientização do ser humano, abordando temas como a existência, a natureza, os sentimentos e limitações humanas, com uma surpreendente sincronicidade paralela¹²².

No Período Axial foram traçadas as linhas filosóficas e espirituais que se difundiram e conformaram todo o mundo, sendo considerado um grande passo para a

¹¹⁸ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Perfil constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções” in Estudos em Honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, p. 481.

¹¹⁹ FÁBIO KONDER COMPARATO, *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 7ª ed., Saraiva, 2010, p. 13.

¹²⁰ YUVAL NOAH HARARI, *Sapiens: Uma breve história da humanidade*, trad. Janaína Marcoantonio, 46 ed., L&PM Editores, Porto Alegre, 2019, p. 22.

¹²¹ KARL JASPER, *The Origin and Goal of History*, trad. Michael Bullock, 3ª ed., Yale University Press, New Haven, 1953, p.1 e 19; FÁBIO KONDER COMPARATO, *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 7ª ed., Saraiva, 2010, p. 20.

¹²² Segundo interpreta Jasper: “The most extraordinary events are concentrated in this period. Confucius and Lao-tse were living in China, all the schools of Chinese philosophy came into being, including those of Mo-ti, Chuang-tse, Lieh-tsu and a host of others; India produced the Upanishads and Buddha and, like China, ran the whole gamut of philosophical possibilities down to scepticism, to materialism, sophism and nihilism; in Iran Zarathustra taught a challenging view of the world as a struggle between good and evil; in Palestine the prophets made their appearance, from Elijah, by way of Isaiah and Jeremiah to Deutero-Isaiah; Greece witnessed the appearance of Homer, of the philosophers—Parmenides, Heraclitus and Plato—of the tragedians, Thucydides and Archimedes. Everything implied by these names developed during these few centuries almost simultaneously in China, India, and the West, without any one of these regions knowing of the others” (KARL JASPER, *The Origin and Goal of History*, trad. Michael Bullock, 3ª ed., Yale University Press, New Haven, 1953, p.2).

universalidade em seus múltiplos sentidos¹²³. O homem adquire a consciência de si, com todas as suas características e potencialidades, bem como do outro, consolidando-se as bases da igualdade.

Especificamente em relação ao conteúdo da dignidade da pessoa humana e sua primazia no mundo, Konder Comparato afirma que a resposta foi dada, de forma progressiva, no âmbito da religião, da filosofia e da ciência. Para a religião “a criatura humana ocupa uma posição eminente na ordem da criação”; na filosofia, a racionalidade é considerada um atributo exclusivamente humano, enquanto para a ciência “o ser humano representa o ápice de toda a cadeia evolutiva das espécies vivas”, de modo que “o curso do processo de evolução vital foi substancialmente influenciado pela aparição da espécie humana¹²⁴”.

Tomando como parâmetro de pesquisa o período anterior ao advento do constitucionalismo, ocorrido entre o final do século XVIII e início do século XIX, Paulo Otero apresenta, de forma sistematizada, três momentos de evolução no pensamento político europeu acerca dos postulados relacionados à pessoa humana: “a) a *civilização greco-romana* – definindo as grandes coordenadas do debate ideológico ainda hoje, por vezes, dramaticamente presentes; b) a *revolução judaico-cristã* – geradora da ordem de valores caracterizadora da vivência europeia e, por efeito da sua projecção externa, estruturante da civilização ocidental; c) *A contradição da Idade Moderna* – traçando a dicotomia entre a liberdade das pessoas e a autoridade de um poder tendencialmente ilimitado e sem dimensão ética, registando-se ainda os vestígios desta contradição no presente¹²⁵”.

No pensamento jurídico ocidental, mais especificamente na Grécia, verificou-se uma mudança na temática central de pensamento filosófico, o qual migrou da cosmologia para um maior protagonismo das ideias referentes ao homem¹²⁶.

Interessante registrar que em Roma, por influência helênica, desenvolveu-se a figura do *ius gentium*¹²⁷, consubstanciado em um direito comum a todos os povos que prescindia da figura estatal, em oposição ao *ius civile*, aplicável aos cidadãos romanos. Esse catálogo de direitos tinha como função “governar as relações entre os ‘estranhos’, entre seres

¹²³ Segundo Karl Jasper: “The step into universality was taken in every sense” (KARL JASPER, *The Origin and Goal of History*, trad. Michael Bullock, 3ª ed., Yale University Press, New Haven, 1953, p.2).

¹²⁴ FÁBIO KONDER COMPARATO, *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 7ª ed., Saraiva, 2010, p. 13/18.

¹²⁵ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 61/143.

¹²⁶ Para maior aprofundamento, conferir PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 62/94.

¹²⁷ ULPIANO, D. 1, 1, 4. (“*Ius gentium est quo gentes humanae utuntur*”).

que não pertencem à mesma tribo, ao mesmo clã, à mesma nação, à mesma cultura, mas que compartilham somente uma humanidade comum¹²⁸”. Com forte influência na tradição ocidental, o *ius gentium* foi objeto de estudo pela Escola Espanhola de Direito Internacional no século XVI, sendo considerado um embrião do direito internacional¹²⁹.

Sucessivamente, a difusão do ideário cristão – com forte inspiração estoica – influenciou de forma decisiva a construção e a expansão do inerente valor da dignidade da pessoa humana¹³⁰. Posteriormente, com a inserção da razão no pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, o direito natural, e consequentemente o conceito de dignidade da pessoa humana, adquiriu o caráter laico, mas conservou a relação particular com as ideias de igualdade e liberdade¹³¹. Esse processo de secularização alcançou o seu ponto alto com Kant, por meio do qual infere-se que a dignidade humana não deriva de um ser superior, mas do homem ser considerado um sujeito dotado de uma razão prático-moral e, por esse motivo, determina a si mesmo, não podendo ser totalmente determinado pelas leis da natureza¹³².

A noção kantiana de dignidade da pessoa humana difundiu-se e influenciou de forma marcante o pensamento jurídico ocidental, sendo considerada o “ponto de chegada de anteriores contributos, desde a configuração judaico-cristã da pessoa humana até Samuel Pufendorf¹³³”.

Em relação à ideia de que todos os grupos humanos podem ser classificados de forma uníssona como pessoa, Konder Comparato apresenta 5 etapas históricas que contribuíram para a concepção e definição do conceito, em síntese: (i) Divisão entre leis escritas (*nomos êngraphos*) e leis não escritas/universais/naturais (*nomos àgraphos*) e os

¹²⁸ “(...) *gobernar las relaciones entre ‘extraños’, entre seres que no pertenecen a la misma tribu, al mismo clan, a la misma nación, a la misma cultura sino que comparten sólo una común humanidad*” (FRANCESCO VIOLA, *Derecho de Gentes Antiguo e Contemporáneo*, Trad. Isabel Trujillo, Persona y Derecho, n. 41, 2004, p. 166).

¹²⁹ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 105.

¹³⁰ Luís Roberto Barroso ensina que: “As ideias centrais que estão no âmago da dignidade humana podem ser encontradas no Velho Testamento, a Bíblia Judaica: Deus criou o ser humano à sua própria imagem e semelhança (*Imago Dei*) e impôs sobre cada pessoa o dever de amar seu próximo como a si mesmo. Essas máximas são repetidas no Novo Testamento cristão. Devido à sua influência decisiva sobre a civilização ocidental, muitos autores enfatizam o papel do cristianismo na formação daquilo que veio a ser conhecido como dignidade humana, encontrando nos Evangelhos elementos de individualismo, igualdade e solidariedade que foram fundamentais no desenvolvimento contemporâneo da sua abrangência” (LUIS ROBERTO BARROSO, *A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, trad. Humberto Laport de Mello, 3ª reimpressão, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, p. 15).

¹³¹ INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 8ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 35.

¹³² IMMANUEL KANT, *A Metafísica dos Costumes*, trad. Edson Bini, Edipro, São Paulo, 2003, p. 276/278.

¹³³ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 212.

conceitos estoicos de *hypóstasis* (substância, essência) e *prósopon* (aparência física)¹³⁴; (ii) Definição de pessoa elaborada por Boécio, no início do séc. VI, como substância individual de natureza racional, posteriormente adotado e adaptado por Santo Tomás de Aquino e diversos escolásticos e canonistas medievais, consolidando o princípio da igualdade de essência de todo ser humano; (iii) Advento da filosofia Kantiana com a ideia de que o ser humano é dotado de dignidade, não de preço, trabalhando a dicotomia ética entre coisas e pessoas que remonta ao Direito Romano; (iv) Compreensão do homem como ser axiologicamente dirigido, o que remete à necessidade de uma tábua hierárquica de valores sociais juridicamente protegidos; (v) Filosofia da vida e pensamento existencialista reforçando o caráter singular da personalidade individual, como reação ao movimento de despersonalização do ser humano na primeira metade do século XX.¹³⁵

Com o advento da Revolução Francesa e, sucessivamente, a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a dignidade da pessoa humana alcançou um novo status jurídico no plano internacional, fruto da citada evolução política e jusfilosófica que remonta à antiguidade clássica¹³⁶.

De forma complementar às balizas filosóficas e religiosas supracitadas, as desastrosas consequências dos totalitarismos, quais sejam o nazismo e o stalinismo, marcam um aspecto histórico determinante para o delineamento do atual conteúdo da dignidade humana, em especial após o final da Segunda Guerra Mundial, como a sua incorporação aos discursos políticos e jurídicos¹³⁷.

Portanto, após a Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, restou estabelecida a Organização das Nações Unidas – ONU, com a assinatura da Carta das

¹³⁴ Konder Comparato explica que a expressão “pessoa humana” não caracteriza um pleonasmo através de um resgate histórico de sua origem, localizado no Primeiro Concílio Ecumênico de Niceia (325). Para definição da identidade de Jesus Cristo, retomando os conceitos estoicos, definiu-se como um dogma cristão que a *hypóstasis* de Jesus continha dupla natureza, humana e divina, em uma mesma pessoa. (FÁBIO KONDER COMPARATO, *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 7ª ed., Saraiva, 2010, p. 31).

¹³⁵ FÁBIO KONDER COMPARATO, *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 7ª ed., Saraiva, 2010, p. 24/49.

¹³⁶ Paulo Otero chega a afirmar que “A Revolução Norte-Americana, por um lado, e as revoluções liberais, por outro, e, por via destas últimas, o constitucionalismo setecentista e oitocentista na Europa Continental representam, tal como a Magna Carta britânica já havia representado no início do século XIII, um ponto de chegada desse processo histórico de conscientização da centralidade da pessoa humana na limitação do poder do Estado” (PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 57/59).

¹³⁷ LUIS ROBERTO BARROSO, *A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, trad. Humberto Laport de Mello, 3ª reimpressão, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, p. 18/19.

Nações Unidas (1945), a qual tinha como objetivo restabelecer a fé na dignidade e no valor do ser humano¹³⁸.

Em seguida, a Declaração Universal dos Direitos Humanos-DUDH, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, reconhece a dignidade intrínseca a todos os seres humanos e a igualdade de direitos, os quais constituem o fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo, proclamando, ainda, em seu artigo II que: “Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania”.

Ressalta-se, também, que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, ressaltando a importância de uma concepção comum destes direitos e liberdades para sua efetiva promoção. Trata-se de importante documento que inspirou as Constituições de diversos Estados e democracias recentes¹³⁹.

Especificamente no âmbito da União Europeia-UE¹⁴⁰, a dignidade humana é o primeiro valor mencionado no art. 2º do Tratado da União Europeia. O capítulo I da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - CDFUE intitula-se Dignidade, enquanto o artigo 1º estipula que “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida¹⁴¹”.

¹³⁸ CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS (1945). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>.

¹³⁹ Paulo Otero sustenta que a Declaração Universal dos Direitos do Homem consiste na “síntese axiológica de direitos inerentes à pessoa humana reconhecidos pela consciência jurídica universal”, de modo que “assume a natureza de repositório de normas *ius cogens* (...) revela o reconhecimento internacional da força heterovinculativa de tais direitos humanos em relação a todos os Estados, gozando, por conseguinte, de uma força hierárquico-normativa prevalecente em relação a quaisquer actos internos ou internacionais” (PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 364/365).

¹⁴⁰ Para outros exemplos de regionalização internacional dos direitos fundamentais da pessoa humana conferir PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 367/369.

¹⁴¹ Em relação à CDFUE, Ana Maria Guerra Martins leciona que “a dignidade humana é a porta de entrada para os direitos à vida (artigo 2º) e à integridade do ser humano (artigo 3) e para a proibição da tortura ou dos tratos ou penas desumanas ou degradantes (artigo 4º) e da escravatura e do trabalho forçado (artigo 5º), os quais constituem o núcleo duro de qualquer catálogo de direitos fundamentais. A violação desses direitos implica, indubitavelmente, dos mais graves atentados à dignidade humana. De acordo com a anotação ao artigo 1º da CDFUE, a dignidade da pessoa humana não deve ser encarada somente como ‘um direito fundamental em si mesmo, mas antes constitui a própria base dos direitos fundamentais’”. (ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, Edições Almedina, 2ª ed., Coimbra, 2018, p. 202).

Cumpra-se destacar que antes da assinatura do Tratado de Lisboa, o Tribunal de Justiça da União Europeia já havia introduzido o princípio da dignidade humana em sua jurisprudência com fundamento nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros. Todavia, Ana Maria Guerra Martins alerta que muito além uma peculiaridade do continente europeu, o fato da UE ancorar seu sistema de direitos fundamentais no respeito à dignidade humana está inserido no contexto mais amplo da sua participação em uma rede de interconstitucionalidade, em um constitucionalismo plural, multinível, no qual é evidente o domínio dos direitos humanos¹⁴².

Alçada ao status de valor supremo e fundamental da ordem jurídica para inúmeras ordens constitucionais que se intitulam um Estado Democrático de Direito¹⁴³, a dignidade da pessoa humana é hoje o paradigma e a intenção axiológica superior do Direito¹⁴⁴. Nesse sentido, citam-se as Constituições Nacionais do Brasil¹⁴⁵, Portugal¹⁴⁶, Alemanha¹⁴⁷, África do Sul¹⁴⁸, Itália¹⁴⁹, Espanha¹⁵⁰, dentre outras¹⁵¹.

¹⁴² ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, Edições Almedina, 2ª ed., Coimbra, 2018, p. 200/2004.

¹⁴³ INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 8ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 45.

¹⁴⁴ Nesse sentido, cfr. CASTANHEIRA NEVES, “O papel do jurista no nosso tempo” in *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 27 e 40/43.

¹⁴⁵ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)III - a dignidade da pessoa humana;” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

¹⁴⁶ “Artigo 1º Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1974). Disponível em: < <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>>.

¹⁴⁷ “Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário” (LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA DE 1949). Disponível em: < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>.

¹⁴⁸ “Capítulo 1. Artigo 1. A República da África do Sul é um Estado soberano e democrático, fundado nos seguintes valores: (a) Dignidade humana, conquista da igualdade e promoção dos direitos e liberdades humanos.” (CONSTITUIÇÃO DA AFRICA DO SUL DE 1996). Disponível em: < <https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/index.html>>.

¹⁴⁹ “Art. 2 A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, económica e social” e “Art. 3 Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Cabe à República remover os obstáculos de ordem social e económica que, limitando de facto a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, económica e social do País” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ITALIANA DE 1947). Disponível em:

Do exposto, extrai-se que no panorama mundial todo e qualquer ser humano é considerado pessoa, de modo que seus direitos devem ser resguardados por todos os ordenamentos jurídicos. E esses direitos que buscam proteger a dignidade da pessoa humana possuem como característica a historicidade, visto que não foram direitos postos, mas antes frutos de conquista e conscientização, por meio de uma evolução histórica¹⁵².

Considerando que a proteção à dignidade da pessoa humana está em contínuo processo de desenvolvimento e evolução¹⁵³, bem como a sua permanente relevância e atualidade, enquanto perene e atual for a existência humana¹⁵⁴, corrobora-se com a tese de Konder Comparato, que conclui pelo caráter histórico dos direitos humanos, com fundamento no resgate da essência histórica da pessoa humana, reafirmado pelo fundamento científico da evolução biológica, de modo que perde a razão de ser a tradicional discussão entre jusnaturalistas e juspositivistas¹⁵⁵.

1.2.2 Evolução da tradição constitucional liberal

Conforme demonstrado no item 1.1, o conhecimento jurídico não é estático. Altera-se e acompanha o evoluir da sociedade. Dessa forma, natural que muitos dos conceitos tradicionalmente surgidos com o movimento constitucionalista fossem modificados, seja em

<https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>.

¹⁵⁰ “Artigo 10. 1. A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamento da ordem política e da paz social. 2. As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece interpretar-se-ão de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados por Espanha” (CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978). Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>>.

¹⁵¹ Barroso assevera que: “Em alguns países, referências à dignidade humana são feitas em preâmbulos de constituições, como ocorre com Irlanda, Índia e Canadá. No Canadá, por exemplo, apesar da inclusão da dignidade no preâmbulo e não no texto principal da Constituição, a Suprema Corte tem empregado o conceito de dignidade em diversas decisões. Em outros países, como Estados Unidos e França, não há referência textual à dignidade na constituição, o que não impede a Suprema Corte e o Conselho Constitucional de invocarem a sua força normativa e argumentativa nas decisões que proferem” (LUIS ROBERTO BARROSO, *A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, trad. Humberto Laport de Mello, 3ª reimpressão, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, p. 20/21).

¹⁵² ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, 4ª ed., Saraiva, 2014, p. 37/38.

¹⁵³ INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 8ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 49.

¹⁵⁴ INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 8ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 29.

¹⁵⁵ FÁBIO KONDER COMPARATO, *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 7ª ed., Saraiva, 2010, p. 44.

virtude de uma mudança na base fática e valorativa da sociedade, seja em razão de terem sido continuamente testados, refutados e redesenhados.

A separação dos poderes, dogma indiscutível repassado ao longo dos séculos e incorporado na quase totalidade das Constituições¹⁵⁶, afastou-se intensamente da sua teorização inicial¹⁵⁷.

No mundo contemporâneo os juízes legislam e administram os cofres públicos; o Legislativo conduz a governança do país reduzindo os poderes decisórios do Executivo, enquanto este legisla excessivamente, seja por meio de medidas provisórias, seja por outras formas de delegação legislativa¹⁵⁸. Cita-se, ainda, o desequilíbrio do sistema de freios e contrapesos causado pela preponderância dos partidos políticos, o “Estado do partido majoritário¹⁵⁹”, e as sentenças aditivas do Tribunal Constitucional¹⁶⁰.

No que se refere à democracia, destacam-se duas importantes questões referentes à evolução da tradição constitucional liberal: (i) a crescente atuação contramajoritária da justiça constitucional; (ii) novas exigências democráticas em meio a uma sociedade pluralista, de modo que a democracia representativa não se mostra, *per si*, suficiente.

¹⁵⁶ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 137/138.

¹⁵⁷ Paulo Bonavides alerta que: “A separação dos poderes é, como vimos, técnica em declínio, sujeita a gradual superação, imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais cujo pensamento já não assenta em razões preponderantes de formalismo na proteção de direitos individuais, conforme o teor clássico de sua elaboração inicial e finalidade precípua do velho liberalismo” (PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 8ª ed., Editora Malheiros, São Paulo, 2007, p. 65).

¹⁵⁸ Rafael Domingo chegou a afirmar que a teoria da separação dos poderes se tornou uma “maquinaria vieja y obsoleta, más apta como pieza de museo que como posible respuesta a los complejos problemas que la organización de una sociedade pluralista y solidaria requiere” (RAFAEL DOMINGO, *Auctoritas*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 98). Por seu turno, Paulo Otero alerta que: “A verdadeira separação dos poderes não reside mais na clássica oposição entre o poder legislativo e o poder executivo: em termos jurídicos, a separação dos poderes encontra-se hoje entre o poder judicial e os restantes poderes e, em termos políticos, entre a maioria que controle o legislativo e o executivo, por um lado, e a oposição parlamentar que, por outro, limita o poder concentrado nessa mesma maioria” (PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 146).

¹⁵⁹ PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*, vol. I, Edições Almedina, Coimbra, 2010, p. 233/237. Em outra obra, Paulo Otero sustenta que: “a verdadeira separação de poderes não reside mais na clássica oposição entre o poder legislativo e o poder executivo: em termos jurídicos, a separação de poderes encontra-se hoje entre o poder judicial e os restantes poderes e, em termos políticos, entre a maioria que controla o legislativo e o executivo, por um lado, e a oposição parlamentar que, por outro, limita o poder concentrado nessa mesma maioria” (PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 146).

¹⁶⁰ CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de direito constitucional: As Funções do Estado e o Poder Legislativo no Ordenamento Português*, tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 60/61.

Considerado o Direito como um valor incorporado em norma, constante em determinada base fática¹⁶¹, esse valor se revela substancialmente por meio dos princípios¹⁶². Ocorre que, em virtude da sua própria natureza, os princípios prescindem do texto constitucional. Nesse cenário, a justiça constitucional assume maior protagonismo na função de revelar princípios implícitos¹⁶³.

Por sua vez, compreendidas como o produto da sua interpretação¹⁶⁴, as normas jurídicas constitucionais deixaram de se limitar às regras do texto escrito, ao passo que os princípios também assumiram a função legitimadora do ordenamento jurídico, o dogma da soberania popular, materializado na concepção da democracia representativa, restou modificado e redesenhado.

Como consequência passou-se a reconhecer aos juízes a função de definição do conteúdo das normas constitucionais, haja vista o caráter aberto da lei maior. Como exemplo citam-se os princípios da proibição do retrocesso social e da proporcionalidade, os quais apesar de não constarem expressamente no texto da Constituição Federal Brasileira detêm *status* de norma constitucional.

O que se verifica no cenário atual é que a justiça constitucional experimentou uma expansão qualitativa e quantitativa. Se por um lado revelou um fortalecimento e maior protagonismo ao assumir as funções de descobrir, delimitar, definir e atualizar o conteúdo das normas constitucionais, por outro lado difundiu-se por todo o planeta, sobretudo após a queda do Muro de Berlim.

Na Europa, a justiça constitucional está distribuída em 41 países¹⁶⁵. Já no continente Africano, cita-se, de forma não taxativa, os 45 membros da Conferência de

¹⁶¹ Conforme Miguel Reale “é da integração do fato em valor que surge a norma”, desta forma a norma jurídica é a “forma positiva de qualificação axiológica do fato em dada conjuntura” (MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 59 e 95/98).

¹⁶² JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 7ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 276.

¹⁶³ JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 7ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 287.

¹⁶⁴ Nesse sentido, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 1201/1202; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Como ler a Constituição – Algumas Coordenadas” in JORGE MIRANDA et al (Org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III, Edições Almedina, Coimbra, 2010, p. 503/519; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 7ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 314/315.

¹⁶⁵ Albânia, Alemanha, Andorra, Áustria, Bélgica, Bielorrússia, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Macedônia, Malta, Moldávia, Mônaco, Montenegro, Noruega, Polônia, Portugal, República Tcheca, Romênia, Rússia, Sérvia, Suécia, Suíça, Turquia e Ucrânia.

Jurisdições Constitucionais da África - CCJA¹⁶⁶. Por fim, apenas a título exemplificativo tem-se Argentina, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, EUA, México, Paraguai, Peru e Uruguai no continente Americano, bem como Coreia do Sul, Índia, Israel e Tailândia no continente Asiático.

A atividade do Poder Judiciário como guardião da Constituição busca readequar o equilíbrio do processo democrático e resguardar os valores constitucionais, haja vista dificuldades estruturais que provocam um *déficit* de legitimidade dos Poderes Legislativo e Executivo¹⁶⁷.

Em um Estado de Direito intitulado democrático é inadmissível que o Poder Judiciário seja limitado a ser apenas a boca da lei¹⁶⁸. Exige-se uma atuação direcionada à garantia do regime democrático e à concretização dos direitos fundamentais.

Por seu turno, a democracia apresenta novas exigências que surgem com o incremento do pluralismo social. A ideia de uma sociedade padronizada, onde todos os indivíduos comungam dos mesmos valores, religiões e opiniões sobre um modo de vida tem se tornado cada dia mais inatingível.

O cenário é ainda mais complexo quando se verifica que as diversas liberdades individuais se entrecruzam e precisam viver harmonicamente, mais que isso, necessitam cooperar em grande escala para o progresso da humanidade. Como conciliar liberdade individual, democracia e constitucionalismo? É imperativo “aceitar a contradição e as dificuldades de ajustamento que um universo social e moral assim multiplicado e contrastado suscita¹⁶⁹”, recusando o cortejo e as tentações do totalitarismo.

¹⁶⁶ África do Sul, Argélia, Angola, Benim, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Camarões, Cabo Verde, Tribunal Constitucional da África Central, Comores, Costa do Marfim, Congo, Djibuti, Egito, Etiópia, Gabão, Gana, Gâmbia, Guiné, Guiné-Bissau, Guiné Equatorial, Quênia, Madagascar, Mali, Mauritânia, Marrocos, Moçambique, Namíbia, Níger, Nigéria, República Árabe Saaraui Democrática – RASD, República Democrática do Congo – RDC, Ruanda, São Tomé, Senegal, Seychelles, Siera Leão, Sudão, Suazilândia, Chade, Tanzânia, Togo, Zâmbia e Zimbábue. Conferência de Jurisdições Constitucionais da África: <<http://www.cjca-conf.org/members/>>. Acesso em: 25/02/2020.

¹⁶⁷ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2015, p. 429.

¹⁶⁸ Para Montesquieu “os juízes da nação são apenas (...) a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem a sua força, nem o seu rigor.” (MONTESQUIEU, *O Espíritos das Leis*, 2ª ed., trad. Cristina Murachco, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 175).

¹⁶⁹ GEORGES BURDEAU, *A Democracia*, trad. Paulo Antônio dos Anjos, 3ª ed., Publicações Europa-América, Sintra, 1975, p. 72.

O aparecimento de conflitualidades é inerente a um substrato social diversificado, onde afloram diferentes forças sociais e políticas¹⁷⁰, cenário em que a democracia deve revelar a sua potência, atingindo o apogeu com a finalidade de reestabelecer o equilíbrio político-social.

Portanto, a simples democracia representativa não se coaduna mais com as necessidades de debate e questionamentos de uma sociedade plural e, sobretudo, global. Além da participação no processo de votação, deve ser fomentada a participação popular e o debate em diversos âmbitos de decisão pública e, especificamente, nos três poderes do Estado¹⁷¹. Nesse contexto, as novas teorias democráticas estão associadas aos conceitos de argumentação pública, discurso e debate, como formas de concretizar a justiça¹⁷².

A presente questão possui maior relevância quando se verifica a faceta contramajoritária dos direitos humanos no plano internacional¹⁷³. Um Estado Constitucional de Direito que se diz democrático deve respeitar o pluralismo, o qual implica em dissensos e tensões, mas “sem prejuízo do respeito por uma ordem de valores que, alicerçada na dignidade da pessoa humana, postula a tolerância e o respeito pelas diferenças: no ser humano reside a raiz do pluralismo e deverá ainda ser em função do ser humano que o pluralismo se desenvolve¹⁷⁴”.

¹⁷⁰ Paulo Otero fala na erosão do postulado democrático pelos partidos políticos e grupos de interesses concorrentes, cfr. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 663/666.

¹⁷¹ Paulo Otero apresenta exemplos de intervenção participativa como complemento da democracia representativa, funcionando como instrumento de afirmação do pluralismo próprio de um Estado Democrático de Direito, cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*, vol. I, Edições Almedina, Coimbra, 2010, p. 65/67.

¹⁷² Para Amartya Sen “Há, naturalmente, a visão mais antiga e mais formal da democracia que a caracteriza principalmente com relação às eleições e à votação secreta, em vez da perspectiva mais ampla do governo por meio do debate. Contudo, na filosofia política contemporânea, a compreensão da democracia ampliou-se enormemente, de modo que já não seja vista apenas com relação às demandas por exercício universal do voto secreto, mas, de maneira muito mais aberta, com relação àquilo que John Rawls chama de “exercício da razão pública”. Na verdade, uma grande mudança na compreensão da democracia tem sido provocada pelas obras de Rawls e Habermas, e por uma vasta literatura recente sobre esse assunto, incluindo as contribuições de Bruce Ackerman, Seyla Benhabib, Joshua Cohen, Ronald Dworkin, entre outros. Uma interpretação similar da democracia também se originou dos escritos de James Buchanan, pioneiro da teoria da ‘escolha pública’” (AMARTYA SEN, *A ideia de justiça*, trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes, Companhia das Letras, São Paulo, 2011, p. 268).

¹⁷³ Para André de Carvalho Ramos: “A qualidade contramajoritária dos direitos humanos internacionais se revela na promoção de novas interpretações de direitos, em busca de tolerância e emancipação em especial contra posições tradicionais (com viés cultural, social ou mesmo religioso) das maiorias” (ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, 4ª ed., Saraiva, 2014, p. 144).

¹⁷⁴ PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*, vol. I, Edições Almedina, Coimbra, 2010, p. 56.

Ante todo o exposto, verifica-se que os conceitos oriundos da tradição constitucional liberal encontraram novos desafios em meio a uma sociedade plural, diversificada e global.

1.2.3 Relevância jurídica positiva da tradição constitucional comum

Ciente da existência de uma tradição comum constitucionalista que resultou em um direito comum compartilhado no mundo ocidental, nos resta analisar suas consequências e sua relevância jurídica positiva.

Especificamente no âmbito Europeu, o Tratado da União Europeia estabelece como fonte de direito constitucional de caráter comunitário as “tradições constitucionais comuns” no que se refere à temática dos direitos fundamentais¹⁷⁵.

Ana Maria Guerra Martins apresenta os seguintes valores como integrantes das tradições constitucionais comuns e, conseqüentemente, componentes de um Direito Comunitário: dignidade humana; liberdade; democracia; igualdade; Estado de Direito e o respeito pelos direitos fundamentais¹⁷⁶.

As tradições constitucionais comuns consistem, portanto, no patrimônio jurídico e valorativo comum que integra a União Europeia, tendo em vista o pressuposto de encontrarem respaldo nas Constituições dos respectivos Estados-membros, em especial no plano dos direitos fundamentais, visto que a criação de uma Comunidade de Estados não poderia enfraquecer ou relativizar direitos originalmente protegidos no âmbito interno de cada membro.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia já se consolidou no sentido de que o respeito pelos direitos fundamentais integra os princípios gerais de direito, os quais se fundamentam nas tradições constitucionais comuns, bem como nos instrumentos internacionais aos quais os Estados membros aderiram. Trata-se de importante construção que permitiu agregar ao nível comunitário direitos de cariz fundamental que antes eram

¹⁷⁵ “Artigo F, 2. A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das **tradições constitucionais comuns** aos Estados-membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário”. (grifo nosso).

¹⁷⁶ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, Edições Almedina, 2ª ed., Coimbra, 2018, p. 200/216.

consagrados apenas em âmbito nacional, criando uma concepção de constitucionalismo multinível¹⁷⁷.

Alargando o âmbito de análise de uma visão comunitária para uma visão global, observa-se que Cortes Constitucionais em diversos Estados estão, de forma crescente, apresentando citações de decisões judiciais de cortes estrangeiras nas sentenças de processos levados à sua apreciação. Verifica-se, portanto, a expansão da influência hermenêutica dos fundamentos jurídicos cristalizados nas decisões judiciais por todo o mundo.

Parcela da doutrina defende que o fenômeno das citações jurisprudenciais estrangeiras consiste apenas na ponta visível do *iceberg*, ao passo que o todo se traduz na tradição comum do constitucionalismo moderno, cuja prática apresenta consequências na *práxis* do cotidiano judiciário¹⁷⁸.

O termo “fonte” tem origem etimológica na expressão latina *fons/fontis* e corresponde ao local onde a água brota ou pode ser recolhida¹⁷⁹. De forma metafórica, no universo jurídico, é possível localizar registros de Cícero¹⁸⁰, ainda no séc. I a.C, posteriormente seguido por Tito Lívio¹⁸¹ e Pomponio¹⁸², de tal forma que no séc. VI d.C a metáfora se encontrava amplamente propagada, conforme extrai-se de Justiniano¹⁸³, e empregada exaustivamente a partir do século XVI¹⁸⁴.

Após sucinto resgate doutrinário foi possível identificar os seguintes significados da para a expressão “fonte do Direito”: “fonte de direito (*fons iuris*) será, pois, tudo aquilo que está aberto ou se pode abrir, para correr ‘linfa jurídica’, podendo esta ser recolhida com facilidade; lugar onde nos aparece o Direito¹⁸⁵”; “as *fontes de direito* são, pois, os modos de formação, de revelação das normas jurídicas, os modos como uma sociedade manifesta o seu

¹⁷⁷ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, Edições Almedina, 2ª ed., Coimbra, 2018, p. 261/262.

¹⁷⁸ MAURÍCIO RAMIRES, *Diálogo Judicial Internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 52.

¹⁷⁹ CANDIDO DE FIGUEIREDO, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2ª ed., 1913, p. 904. Disponível em: < <http://dicionario-aberto.net/dict.pdf>>. Acesso em: 05.09.2019.

¹⁸⁰ CÍCERO, *De legibus*, 1,6,20, trad. C. W. Keyes, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1952.

¹⁸¹ TITO LÍVIO, *Historia de Roma desde su Fundación*, 3,34,6, trad. José Antonio Villar Vidal, Editorial Gredos, Madrid, 1997.

¹⁸² POMPONIO, D. 1,2,2,6

¹⁸³ C. 8,39,4,3 e C. 8,53,34,4.

¹⁸⁴ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, “Fontes de Direito” in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LVIII, Coimbra, 1982, p. 171.

¹⁸⁵ SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, 1984, p. 162/163.

querer no sentido de atribuir juridicidade a certas regras¹⁸⁶”, e, por fim, “na tradição continental são fontes do Direito os modos de revelação das normas jurídicas¹⁸⁷”.

Considerando os conceitos supracitados é possível concluir que a teoria dogmática das fontes está diretamente relacionada com o conceito de Direito, de tal forma que questões alusivas ao problema das fontes remetem à análise das experiências jurídicas e suas dimensões inerentes, o que significa noutras palavras, no modo de constituição da juridicidade¹⁸⁸.

Do exposto, a existência de uma tradição comum constitucionalista consiste apenas no ponto de partida que permitiu o surgimento de um direito comum compartilhado, o qual foi assumindo diferentes contornos nos mais variados Estados (os quais possuíam bases fáticas e valorativas diversas).

Nesse cenário, a transversalidade de direitos, teorias e conceitos jurídicos possibilitou o surgimento de uma influência mútua e multinível no processo evolutivo do conhecimento jurídico, seja global ou comunitário, funcionando como importante técnica de aprendizado através das experiências externas, com vistas a assegurar à máxima proteção dos direitos fundamentais¹⁸⁹, bem como a difusão e a consolidação de práticas democráticas¹⁹⁰.

¹⁸⁶ NUNO JOSÉ ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, 5ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011, p. 22.

¹⁸⁷ ANTÓNIO MENESES CORDEIRO, “Das fontes de Direito e da Lei: a História presente” in *Direito e Justiça: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva*, vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, p. 117.

¹⁸⁸ No mesmo sentido Castanheira Neves: “A concepção do direito e a teoria das fontes remetem-se assim uma à outra e mutuamente se implicam” (CASTANHEIRA NEVES, “Fontes de Direito” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LVIII, Coimbra, 1982, p. 169/180).

¹⁸⁹ ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2012, p. 131/132.

¹⁹⁰ MAURÍCIO RAMIRES, *Diálogo Judicial Internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 281/310.

Capítulo 2 – Teorias sobre o Poder Constituinte

Do ponto de vista formal, a Constituição é a norma fundamental que atua como parâmetro de legitimidade de todo o ordenamento jurídico de um Estado. Do ponto de vista material, define o campo de atuação dos poderes constituídos, tanto no relacionamento entre poderes, como no vínculo Estado-cidadão. Ademais, determina os valores mais caros à sociedade ao estabelecer uma ordem de direitos e deveres da comunidade, bem como os princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

Traçado o seu conceito formal e material, é possível compreender que a Constituição de um Estado é o produto de um poder, qual seja o Poder Constituinte, seja em sua forma originária ou em sua atividade de reforma.

Ressalte-se que o Poder Constituinte, sendo encarado como a vontade soberana que detenha a competência para organizar politicamente um Estado, sempre existiu em toda história¹⁹¹. Todavia, a teoria do Poder Constituinte é fruto de um movimento evolutivo no pensamento jurídico ocidental.

Ocorre que a questão relativa ao Poder Constituinte é sempre uma questão referente à legitimidade do poder e da Constituição, de modo que esse poder pode ser encarado como um atributo da soberania¹⁹². É soberano aquele que tem o poder de criar a Constituição, estando consolidada no pensamento jurídico sua atribuição ao povo.

Considerando que a presente pesquisa cinge-se à análise dos obstáculos enfrentados pelo constitucionalismo do século XXI em meio a uma sociedade plural e globalizada, os quais colocam em xeque diversos conceitos da dogmática jurídica, com especial olhar sobre as atuais teorias do Poder Constituinte, este capítulo busca fazer uma análise sobre as grandes vertentes doutrinárias da referida teoria com enfoque no pluralismo das formas de vida.

De início, se buscou classificá-las em dois grandes grupos: as teorias clássicas e as teorias modernas. Em seguida, as teorias modernas foram classificadas em três subgrupos, de modo que, sem a pretensão de esgotar a análise de todas as teorias modernas existentes sobre

¹⁹¹ PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 24ª ed., Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 2009, p. 141.

¹⁹² PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 24ª ed., Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 2009, p. 144.

o Poder Constituinte, se buscou apresentar um panorama adotando como critério de análise o pluralismo.

2.1 Teorias Clássicas

Em interessante trabalho que busca compreender qual a importância dos textos clássicos na vida das Constituições, Peter Häberle descreve que a expressão “clássico” é utilizada para definir ou caracterizar algo que se destaca por seu valor e por seu êxito. O seu valor é demonstrado porque determinadas exigências de conteúdo foram satisfeitas, enquanto o êxito está relacionado ao amplo reconhecimento do que se pretende demonstrar. Em síntese, “clássico” deve ser compreendido como algo exemplar, que exerce influência mesmo após a sua época¹⁹³.

Häberle prossegue afirmando que a expressão também é utilizada para designar épocas científicas, escolas ou teorias que defendiam paradigmas considerados válidos, mas que atualmente se encontram superados, refutados¹⁹⁴. Porém, no que diz respeito à seara constitucionalista, alerta que o estudo dos clássicos não deve ser encarado como uma mera retrospectiva, na medida em que novas interpretações e novos efeitos podem surgir em virtude do olhar aguçado do constitucionalista¹⁹⁵.

Em que pese não negar a importância retrospectiva e o valor permanente de suas obras – tendo em vista que a fundamentação de uma teoria moderna precisa demonstrar a superação da doutrina anterior - o termo clássico será utilizado no presente trabalho como conceito de êxito, apresentando doutrinas clássicas que já se encontram superadas pela doutrina constitucionalista¹⁹⁶, mas que alguns dos seus conceitos e critérios exerceram, ou ainda exercem, grande influência no pensamento jurídico.

De um modo geral, as teorias clássicas sobre o poder constituinte se assemelham no fato de não conceberem uma sociedade plural. Ao contrário, buscam atribuir a titularidade

¹⁹³ PETER HÄBERLE, *Textos clássicos na vida das Constituições*, trad. Peter Naumann, Editora Saraiva, São Paulo, 2016, p. 40/44.

¹⁹⁴ PETER HÄBERLE, *Textos clássicos na vida das Constituições*, trad. Peter Naumann, Editora Saraiva, São Paulo, 2016, p. 47.

¹⁹⁵ PETER HÄBERLE, *Textos clássicos na vida das Constituições*, trad. Peter Naumann, Editora Saraiva, São Paulo, 2016, p. 35/36.

¹⁹⁶ Ressalta-se a possibilidade dos clássicos passarem por períodos de esquecimento, mas também períodos de renascença.

do poder constituinte à nação, como entidade abstrata homogênea. Cria-se uma ideia de padronização dos valores, crenças e tradições da sociedade.

O Poder Constituinte originário é, portanto, anterior ao Estado e ao ordenamento jurídico, dividindo-se em teorias jusnaturalistas e juspositivistas, através das quais é concebido, respectivamente, como um poder de direito ou um poder de fato.

Partindo de uma análise histórica, apreende-se que a titularidade do Poder Constituinte já foi atribuída a Deus, aos monarcas, à classe, dentre outros. Retornando à antiguidade clássica, Platão e Aristóteles marcaram profundamente a história do pensamento político ocidental¹⁹⁷, motivo pelo qual se faz necessária breve explanação de seus legados.

Como semelhanças, verificam-se omissões em relação ao valor jurídico da pessoa humana em ambas as obras. Tal ausência pode ser apontada em razão de serem autores que antecederam o cristianismo, grande responsável pela difusão da valorização da dignidade da pessoa humana.

Em sua obra *A República*, Platão apresenta as suas ideias políticas e descreve como ideal o governo dos homens, modelo em que o Estado é dotado de poderes absolutos e não encontra limitações no Direito, possuindo ampla liberdade de intervenção na esfera privada dos cidadãos¹⁹⁸.

Platão não considera o pluralismo existente nas sociedades, ao contrário, busca aniquilar as liberdades individuais em prol da “fortificação do laço do Estado¹⁹⁹”, apresentando uma sociedade dividida em classes, adotando como critério o nível intelectual dos indivíduos. O ser humano, imperfeito por natureza, somente consegue atingir a perfeição e a estabilidade das relações através do Estado.

Do exposto, a doutrina considera que a teoria platônica personifica a anticonstituição²⁰⁰, tendo apresentado ideias totalitárias, racistas e anti-humanitárias²⁰¹.

Por sua vez, Aristóteles é considerado o fundador da Sociologia Política, da Ciência Política e pai da ideia material de Constituição em sentido moderno²⁰². Afirma-se, ainda, que Aristóteles foi o precursor da democracia e do Estado Social de Direito²⁰³.

¹⁹⁷ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História do Pensamento Político Ocidental*, Edições Almedina, Coimbra, 2012, p. 60.

¹⁹⁸ PLATÃO, *A República*, trad. Sampaio Marinho, Publicações Europa-América, Mem Martins, 1975.

¹⁹⁹ PLATÃO, *A República*, trad. Sampaio Marinho, Publicações Europa-América, Mem Martins, 1975, Livro VII, p. 235.

²⁰⁰ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 79.

²⁰¹ KARL R. POPPER, *A Sociedade Aberta e os Seus Inimigos*, Primeiro Volume: O Fascínio de Platão, trad. Milton Amado, Ed. Itatiaia Limitada, Ed. da Universidade de São Paulo, Belo Horizonte, 1974, p. 118/121.

O pensamento helênico, sobretudo em Aristóteles, trouxe a ideia de divisão das leis que organizam o governo e as leis comuns. Neste momento ainda não há a construção doutrinária de uma lei jurídica de hierarquia superior que busque limitar o poder e proteger/garantir direitos fundamentais. Mas, foram lançadas as sementes que séculos depois iriam fecundar e dar origem ao movimento constitucionalista.

Ainda seguindo a ideia da imperfeição humana, sendo o ser humano dotado de paixões, e da sua plena realização através do Estado, difere de Platão ao defender o governo das leis, as quais são o único meio para se atingir a justiça²⁰⁴. As leis se apresentam como um limite aos governantes, dando origem à ideia nuclear do constitucionalismo, qual seja de limitação do poder através do Direito.

As ideias de Aristóteles exerceram forte influência no pensamento político²⁰⁵ e foram retomadas - e redesenhadas - por dois influentes pensadores: Cícero e Santo Tomás de Aquino.

Cícero, defensor de ideias jusnaturalistas, argumenta que o fundamento do Direito é a própria natureza humana, sob pena de se aceitar como Direito qualquer vontade de uma maioria ou dos detentores ocasionais do poder, independente do seu conteúdo²⁰⁶.

Na lição do jurista romano, Deus é o responsável por subscrever a lei natural, a qual está incrustada em cada ser humano, em virtude da sua própria natureza. Portanto, o direito natural é anterior a qualquer lei positiva e à criação dos Estados²⁰⁷.

²⁰² Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História do Pensamento Político Ocidental*, Edições Almedina, Coimbra, 2012, p. 60 e PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 83.

²⁰³ “Defendendo a família e a propriedade privada, mas também a intervenção do Estado na educação e na justa distribuição da riqueza; teorizando sobre a Constituição, a separação dos poderes e o primado da lei; advogando uma República moderada assente no predomínio das classes médias, mas com respeito pela existência dos ricos e insistindo na necessidade imperiosa de melhorar a condição dos pobres; e apontando para a felicidade do cidadão como principal fim do Estado – não terá sido Aristóteles, afinal, o grande precursor da democracia e do Estado Social de Direito, que só começaram a florescer na segunda metade do séc. 20?” (DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História do Pensamento Político Ocidental*, Edições Almedina, Coimbra, 2012, p. 61)

²⁰⁴ ARISTÓTELES, *Política*, trad. Mário da Gama Kury, Livro III, Capítulo X, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1985, p. 1286b.

²⁰⁵ Paulo Otero defende que Aristóteles, de forma contrária à Platão, é defensor do pluralismo social e político, “sublinhando que a sociedade civil, em geral, e o Estado, em particular, têm como fim que os homens vivam bem, segundo critérios de igualdade e justiça. Deste modo, um governo justo é sempre aquele em que os governantes apenas procuraram a felicidade em geral (...)” (PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 84). Registra-se que o pluralismo aristotélico não pode ser encarado nos moldes atuais, tendo em vista tratar-se, ainda, de um cenário em que grande parte da sociedade é excluída das decisões políticas. Por sua vez, em uma análise compatível com o seu tempo, é inegável o caráter vanguardista de Aristóteles.

²⁰⁶ CÍCERO, *De legibus*, Livro II, 6, trad. C. W. Keyes, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1952.

²⁰⁷ CÍCERO, *De legibus*, Livro. I, 6, trad. C. W. Keyes, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1952.

Com forte influência estóica e congruente com a sua linha de pensamento, Cícero defende a ideia de igualdade humana, a qual se baseia na natureza do homem e nos postulados da lei natural. Neste ponto, Paulo Otero afirma que se encontra em Cícero “os alicerces ideológicos estruturantes do pensamento político que vão dominar a história da evolução da tutela jurídica da pessoa humana até o presente momento²⁰⁸”.

Por sua vez, Santo Tomás de Aquino retoma a teoria aristotélica e realiza uma releitura combinada com os dogmas religiosos do cristianismo²⁰⁹. A necessidade do homem de viver em sociedade legitima a criação do Estado, o qual é uma exigência de direito natural. Todavia, Aquino vai além das ideias platônicas e aristotélicas ao incluir a autonomia do cidadão em face do Estado.

Segundo a doutrina de Santo Tomás de Aquino existem três tipos de leis, quais sejam a lei eterna, a lei natural e a lei humana. A lei eterna corresponde à razão divina, que não é completamente cognoscível pelos humanos, pertencendo à Deus. Já a lei natural corresponde ao direito natural e é uma síntese da lei eterna que pode ser conhecida pelo ser humano na medida da sua capacidade limita. Por fim, a lei humana seria a criação jurídica humana a partir da consciência dos postulados de direito natural.

Percebe-se certa hierarquia entre as classes de lei apontadas por Aquino, as quais ocupam uma posição mais elevada conforme se aproximam da vontade divina e se afastam da racionalização humana. Tal construção revela que o fundamento suprapositivo do Direito reside em Deus, de modo que as leis eternas e naturais são preexistentes ao próprio Estado e Direito, operando como fundamento de validade das leis humanas.

Na ideia de Deus criando o mundo e o homem à sua imagem e semelhança reside, ainda, o fundamento da dignidade do ser humano²¹⁰ e demonstra a superioridade do ser humano dentre a criação divina²¹¹.

Extrai-se, portanto, que o Poder Constituinte tem origem e fundamento divino, tendo em vista que Deus concedeu aos seres humanos o direito natural de viver em sociedade, o qual é cognoscível e exercido por meio das leis humanas.

²⁰⁸ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 94.

²⁰⁹ Aquino conseguiu promover a “síntese do catolicismo com aristotelismo [e] reunir à sabedoria cristã os tesouros dos gregos e dos latinos, dos árabes e dos judeus” (JACQUES MARITAINN *apud* DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História do Pensamento Político Ocidental*, Edições Almedina, Coimbra, 2012, p. 92).

²¹⁰ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 108.

²¹¹ TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teologia*, I, Parte I, questão 93, 4ª ed., trad. José Martorell Capó, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2001, p. 833.

Para além das ideias de bem coletivo, já preconizadas por seus antecessores, Aquino inova ao incluir a ideia de bem-estar individual²¹², encontrando-se, ainda, uma semente do que viria a ser a ideia moderna de mínimo existencial. Ademais, suas ideias serviram de base para a criação da doutrina da soberania popular, ao defender que o poder é uma atribuição de Deus diretamente ao povo, ao qual compete decidir como será o seu exercício através da criação das leis humanas²¹³.

Até o presente ponto, verifica-se que a ideia da existência de um Direito suprapositivo estava intimamente relacionado ao jusnaturalismo de matriz cristã, com forte preponderância da filosofia escolástica²¹⁴.

Ainda na esteira jusnaturalista e partindo das premissas aristotélicas, o holandês Hugo Grócio, a quem se atribui a paternidade do Direito natural e do Direito internacional²¹⁵, foi o responsável por desatar o vínculo entre o direito e a teologia.

Atribuindo o fundamento do Direito ao princípio de justiça²¹⁶, o qual representa um direito natural autônomo da ação divina e ligado à natureza racional e social humana²¹⁷, Grócio consagra a razão e defende a laicidade das normas de direito natural. Em resumo, o direito natural é comum a todos os seres humanos e cognoscível por meio da razão, a qual nos revela o princípio da sociabilidade.

O direito positivo encontra-se, portanto, limitado ao direito natural²¹⁸. Por sua vez, partindo de ideias contratualistas e do poder de auto-organização do povo, o Estado seria uma

²¹² TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teologia*, II, Parte I-II, questão 21, 2ª ed., trad. Ángel Martínez Casado *at all*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1989, p. 215. Aquino afirma que: “(...) El hombre no se ordena a la comunidad política con todo su ser y con todas sus cosas”.

²¹³ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História do Pensamento Político Ocidental*, Edições Almedina, Coimbra, 2012, p. 92/100.

²¹⁴ CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de direito constitucional: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, tomo II, vol. 2., 1.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 320

²¹⁵ PAULO NADER, *Filosofia do Direito*, 21ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2012, p. 173.

²¹⁶ De início, Hugo Grócio explica que “Este cuidado pela vida social (...) é o fundamento do direito propriamente dito, ao qual se referem o dever de se abster do bem de outrem, de restituir aquilo que, sem ser nosso, está em nossas mãos ou o lucro que disso tiramos, a obrigação de cumprir as promessas, a de reparar o dano causado por própria culpa e a aplicação dos castigos merecidos entre os homens”. A seguir, ao delimitar os três conceitos de Direito, explica que: “A palavra direito nada significa mais aqui do que aquilo que é justo. Isto, num sentido mais negativo que afirmativo, de modo que o direito transparece como aquilo que não é injusto. Ora, é injusto o que repugna à natureza da sociedade dos seres dotados de razão” (HUGO GROTIUS, *O Direito da Guerra e da Paz (De Jure Belli ac Pacis)*, vol. I, trad. Ciro Mioranza, Ed. Unijuí, Ijuí, 2004, p. 39 e 72/73).

²¹⁷ Grócio defende que “Esse direito natural de que tratamos, tanto o que se refere à sociabilidade do homem, como aquele assim chamado num senso mais lato, ainda que decorra de princípios inerentes ao ser humano, pode no entanto ser atribuído com razão a Deus porque foi ele que assim dispôs para que tais princípios existissem em nós” (HUGO GROTIUS, *O Direito da Guerra e da Paz (De Jure Belli ac Pacis)*, vol. I, trad. Ciro Mioranza, Ed. Unijuí, Ijuí, 2004, p. 41)

²¹⁸ HUGO GROTIUS, *O Direito da Guerra e da Paz (De Jure Belli ac Pacis)*, vol. I, trad. Ciro Mioranza, Ed. Unijuí, Ijuí, 2004, p. 78/82.

“união perfeita de homens livres associados para gozar da proteção das leis e para sua utilidade comum²¹⁹”, dotado de soberania interna e externa, concebendo o Poder Constituinte como um poder de direito.

Em seguida, citam-se as doutrinas do contrato social – Hobbes, John Locke e Rousseau²²⁰ – que retomaram e difundiram o pensamento que a vida em sociedade deve necessariamente derivar de um acordo de vontade entre as pessoas. Mas, foi na obra de Sieyès - *O que é o Terceiro Estado?* - que se estabeleceu a diferença entre Poder Constituinte e poderes constituídos, o qual seria limitado apenas pelo direito natural.

A teorização acerca do Poder Constituinte tem Abade Sieyès como precursor e serviu de base para a Constituição Francesa de 1791. Suas ideias encontraram um terreno fértil para difundir-se, consolidando a ideia de que apenas a nação teria a legitimidade para criar uma Constituição, em clara oposição ao regime vigente²²¹, enfatizando, ainda, a constante “latência” desse poder²²².

Referida teoria configura a instauração de um novo paradigma em contraste aos momentos históricos precedentes, os quais relacionavam a origem do poder à força bruta, divindade, religião, outorgando-o aos reis, príncipes ou chefes religiosos. Conclui-se, então, que se trata de uma teoria da legitimidade do poder, que carrega consigo os novos conceitos de soberania nacional e popular, que despontaram no período revolucionário do final do século XVIII²²³.

Rompendo categoricamente com o postulado jusnaturalista surgiu a teoria formal da Constituição, a qual remonta à Escola de Viena, no século XIX, tendo como principal expoente Hans Kelsen e a doutrina do positivismo normativo. Propunha-se uma separação entre direito e moral, buscando uma neutralidade axiológica da Constituição.

²¹⁹ HUGO GROTIUS, *O Direito da Guerra e da Paz (De Jure Belli ac Pacis)*, vol. I, trad. Ciro Mioranza, Ed. Unijuí, Ijuí, 2004, p. 88.

²²⁰ Em que pese às divergências nas obras dos três autores, buscou-se apontar um ponto de convergência em suas teorias.

²²¹ EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS, *O que é o Terceiro Estado?*, trad. Teresa Meneses, Círculo de Leitores, 2009, p. 135.p. 135

²²² Sieyès afirma que: “Mesmo que fosse possível, uma nação não deveria estar sujeita aos obstáculos de uma regra positiva, pois isso seria o mesmo que perder a sua liberdade para sempre; a tirania só precisaria de um momento de sucesso para entregar os povos, a pretexto de uma constituição, uma regra tal, que deixariam de poder exprimir a sua vontade, tornando-se incapazes de sacudir as cadeias do despotismo” (EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS, *O que é o Terceiro Estado?*, tradução de Teresa Meneses, Círculo de Leitores, Lisboa, 2009, p. 141).

²²³ PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 22.ª Ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2008, p. 141.

A ordem jurídica foi desenhada geometricamente em forma de pirâmide, de modo que as normas estavam escalonadas hierarquicamente. A Constituição ocupa o topo da pirâmide e serve como parâmetro de legitimidade das normas inferiores²²⁴. Por sua vez, uma norma hipotética fundamental, de caráter metajurídico, se apresenta como o fundamento de validade da Constituição, que funciona como uma espécie de elo entre o mundo dos fatos e o mundo do Direito, mas que não se mostra capaz de “manchar” a pureza da ciência jurídica.

Para Kelsen a Constituição parte de uma tábula rasa e instaura o ordenamento jurídico, por tal motivo deve ser compreendida como um fato político. O Poder Constituinte seria um fenômeno político, o qual não compete ao estudo do Direito haja vista a inadmissibilidade de elementos não jurídicos.

Após, seguiram-se algumas construções evolutivas do pensamento de Kelsen com Hart, Bobbio, dentre outros, conferindo certo protagonismo à realidade fática²²⁵.

Em oposição aos perigos resultantes de um formalismo exacerbado, desenvolveu-se a teoria material da Constituição. Registre-se, o decisionismo de Carl Schmitt que, ao reconhecer que o direito nasce dos fatos, empresta certa força normativa aos fatos sociais.

Schmitt defende que o Direito é um produto das relações de poder que espontaneamente se estabelecem, outorgando valor jurídico à realidade fática. Partindo dessa premissa, conclui pela natureza política do Poder Constituinte, o qual encontra fundamento e é exercido por meio de uma decisão política fundamental²²⁶.

Na teoria schmittiana se percebe uma preponderância do fenômeno político e da realidade social em face do fenômeno jurídico²²⁷, atribuindo ao Poder Constituinte a característica da permanência e a titularidade do povo/nação²²⁸, em que pese o seu exercício poder ser atribuído, de forma regular, ao grupo ou indivíduo que esteja no poder.

²²⁴ HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, 6ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 246/250.

²²⁵ Cfr. NORBERTO BOBBIO, *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, compiladas por Nello Morra, trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, Editora Ícone, São Paulo, 1995 e H. L. A. HART, *O Conceito de Direito*, trad. A. Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007.

²²⁶ CARL SCHMITT, *Teoria de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1927, p. 86/87. Para maior aprofundamento, cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional: As Funções do Estado e o Poder Legislativo no Ordenamento Português*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 162/165 e PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed., Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 2004, p. 103/105.

²²⁷ Para Schmitt o “*poder constituyente es la voluntad política*” (CARL SCHMITT, *Teoria de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1927, p. 86)

²²⁸ “El pueblo, la Nación, sigue siendo el basamento de todo el acontecer político, la fuente de toda la fuerza, que se manifiesta em formas siempre nuevas, que siempre saca de sí nuevas formas y organizaciones, no subordinando nunca, sin embargo, su existência política a uma formulación definitiva” (CARL SCHMITT, *Teoria de la constitution*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1927, p. 91)

Hermann Heller em sua *Constituição Política Total* confere um importante peso ao aspecto sociológico, analisando a estrutura e a finalidade do Estado e o Direito com um olhar atento à realidade.

O autor alemão verifica que não existe uma correspondência total entre a Constituição formal e a realidade. A sua Teoria do Estado busca, portanto, “responder à questão de como, dentro da realidade social, é oportuno que tenha praticamente sentido e seja, além disso, possível tornar a Constituição, relativamente separada desta realidade social, objeto de um método dogmático especial²²⁹”.

Na teoria de Heller a legislação constitucional consiste em uma atividade política e se apresenta como um meio “de dar forma à cooperação dos indivíduos e grupos que participam no todo²³⁰”. Mas a Constituição organizada representa apenas uma vertente do fenômeno constitucional, que é a “Constituição normada pelo direito conscientemente estabelecido e assegurado²³¹”.

Considerando o paralelismo entre o *ser* e o *dever-ser* e entre normalidade e normatividade, a Constituição política total seria o resultado da integração entre a Constituição não normada e a Constituição normada ou normativa²³².

Constituição normada corresponde à conduta normalizada que se tornou normativa de forma jurídica ou extrajurídica. Subdivide-se em normada extrajuridicamente e normada juridicamente. Enquanto a primeira consiste nos preceitos jurídicos estabelecidos pelo Estado, a segunda consiste em normas sociais de ordenação ou princípios éticos ou gerais de Direito de caráter suprapositivo, utilizados como regras interpretativas para as decisões judiciais e que “ajudam a assegurar a ordenação da realidade social²³³”.

Já a Constituição não normada consiste em uma conduta normalizada no mundo do ser, mas ainda não normada ou normativa. São fatores culturais e naturais, expectativas de

²²⁹ HERMANN HELLER, *Teoria do Estado*, trad. Lycurgo Gomes da Motta, Editora Mestre Jou, São Paulo, 1968, p. 307.

²³⁰ HERMANN HELLER, *Teoria do Estado*, trad. Lycurgo Gomes da Motta, Editora Mestre Jou, São Paulo, 1968, p. 295.

²³¹ HERMANN HELLER, *Teoria do Estado*, trad. Lycurgo Gomes da Motta, Editora Mestre Jou, São Paulo, 1968, p. 296.

²³² Para Heller “o Estado é uma forma organizada da vida cuja Constituição se caracteriza, não só pela conduta normada e juridicamente organizada dos seus membros, mas ainda pela conduta não normada, embora normalizada, dos mesmos (...)” e prossegue afirmando que “A Constituição estatal, assim nascida, forma um todo em que aparecem complementando-se reciprocamente a normalidade e a normatividade, assim como a normatividade jurídica e a extrajurídica” (HERMANN HELLER, *Teoria do Estado*, trad. Lycurgo Gomes da Motta, Editora Mestre Jou, São Paulo, 1968, p. 297 e 300/301).

²³³ HERMANN HELLER, *Teoria do Estado*, trad. Lycurgo Gomes da Motta, Editora Mestre Jou, São Paulo, 1968, p. 302/303.

condutas que se esperam uns dos outros com base na observação da realidade, como uma “normalidade puramente empírica da conduta”²³⁴, a qual ainda não foi normatizada pelo Estado.

A verdadeira essência da Constituição de um Estado só é compreendida através da “leitura” conjunta de todos os elementos constitucionais, seja ele normativo jurídico, normativo extrajurídico ou não normativo²³⁵.

O Poder Constituinte possui, portanto, natureza sócio-político-jurídica, dada a integração entre fatores sociológicos, políticos e jurídicos na sua forma de atuação, conjugando concepções doutrinárias de Hans Kelsen, Carl Schmitt e Ferdinand Lassale²³⁶.

Heller atribui a titularidade do Poder Constituinte ao povo ou ao príncipe, caso a tenham adquirido através de uma norma, admitindo ainda as autoridades revolucionárias em caso de quebra da continuidade do poder²³⁷. Em que pese conceber a existência do pluralismo ao considerar a estrutura antagônica da sociedade²³⁸, ele reduz a atuação do Poder Constituinte a centros ou grupos homogêneos de poder que partilham uma comunidade de valores e vontades, admitindo que o povo não representa uma unidade capaz de agir politicamente²³⁹.

Após breve resgate histórico das teorias clássicas sobre o Poder Constituinte, entende-se que já estão superadas no pensamento jurídico contemporâneo. O reconhecimento da diversidade social impõe um novo olhar sobre as individualidades, seja na relação Estado-indivíduo, Estado-Estado, indivíduo-indivíduo ou até mesmo Estado estrangeiro-indivíduo, recaindo sobre as bases teóricas e fundantes da teoria do Poder Constituinte.

²³⁴ HERMANN HELLER, *Teoria do Estado*, trad. Lycurgo Gomes da Motta, Editora Mestre Jou, São Paulo, 1968, p. 298.

²³⁵ Conforme afirma Heller: “Aquilo que Schindler (p. 93) chama de ambiente, o meio cultural e natural, as normalidades antropológicas, geográficas, etnográficas, econômicas e sociais, assim como as normatividades não jurídicas, aquela parte do mundo circundante com a qual ou frente à qual a Constituição normada juridicamente deve formar um todo, é o que, em primeiro lugar, determina o seu conteúdo e a sua individualidade. Por essa razão, o preceito jurídico particular só pode ser fundamentalmente concebido, de modo pleno, partindo da totalidade da Constituição política”. (HERMANN HELLER, *Teoria do Estado*, trad. Lycurgo Gomes da Motta, Editora Mestre Jou, São Paulo, 1968, p. 302).

²³⁶ GISELE MARIA BESTER, “a concepção de Constituição de Hermann Heller - integração normativa e sociológica e sua possível contribuição à teoria da interpretação constitucional” in *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, vol. n. 36, Belo Horizonte, 1999, p. 232 e 238/243.

²³⁷ HERMANN HELLER, *Teoria do Estado*, trad. Lycurgo Gomes da Motta, Editora Mestre Jou, São Paulo, 1968, p. 326/327.

²³⁸ HERMANN HELLER, *Teoria do Estado*, trad. Lycurgo Gomes da Motta, Editora Mestre Jou, São Paulo, 1968, p. 286.

²³⁹ Conforme Heller “Nem toda Constituição política, mas sim toda função constituinte, supõe um assunto constituinte que, como tal, só pode ser uma unidade de vontade capaz de decisão e ação” (HERMANN HELLER, *Teoria do Estado*, trad. Lycurgo Gomes da Motta, Editora Mestre Jou, São Paulo, 1968, p. 326/327).

2.2 Teorias Modernas

Seguindo o mesmo critério, foram consideradas modernas aquelas teorias que reconhecem e acolhem na teoria do Poder Constituinte as diversas facetas valorativas existentes nas sociedades modernas de caráter plural.

Ao tratar de questões referentes ao Poder Constituinte, Canotilho expressa que a manifestação de tal poder está intimamente relacionada com o pressuposto democrático da autodeterminação de uma sociedade²⁴⁰.

Considerado o paradigma nuclear das sociedades contemporâneas, o pluralismo pode ser constatado com a observação de diversas perspectivas morais, étnicas, religiosas, bem como a manifestação de inúmeros pontos de vistas divergentes sobre o que é justo ou não²⁴¹.

O fato é que as sociedades nunca foram homogêneas, porém poucos eram os indivíduos que tinham a possibilidade de falar e serem ouvidos, de participar das decisões políticas ou de ter seu ponto de vista apreciado. Com o amadurecimento das democracias é natural que as opiniões e os valores se tornem cada vez mais heterogêneos, bem como as conflitualidades intrínsecas a essa realidade aumentem²⁴².

O uso da racionalidade humana, aliado à força da democracia de uma sociedade revela indivíduos singulares ou grupos que concordam, discordam, acrescentam ou excluem elementos de outras opiniões, apresentam novos pontos de vistas ou simplesmente optam por se abster sobre determinados assuntos. O grande desafio que se apresenta ao mundo jurídico, em especial ao Direito Constitucional, é como encontrar um conceito único de justiça neste cenário plural.

Considerando a conflitualidade inerente às sociedades pluralistas, três vertentes da filosofia política se destacam no estudo da teoria da justiça e, consequentemente, do

²⁴⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 67.

²⁴¹ GISELE CITTADINO, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 2 e 144.

²⁴² Emerson Garcia afirma que “A pluralidade de racionalidades é naturalmente contrária à unidade de pensamentos” e prossegue informando que “As sociedades pluralistas contemporâneas, marcadas pela tolerância com as opiniões alheias, estimulam o conflito de individualidades, o que decorre da constante tensão dialética entre os referenciais de identidade, imprescindível à coesão social, e diferença, não menos importante ao evoluir da sociedade, mutável por excelência, sempre direcionada pelas novas ondas da cultura”. (EMERSON GARCIA, “Conflitualidade Imanente e Resolutividade Construída: Perspectivas da Lei de Mediação sob as Lentes da Oralidade” in Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 63, jan./mar., Rio de Janeiro, 2017, p. 59).

constitucionalismo, dada a forte ligação conceitual entre tais ramos do conhecimento, abordando em especial temas relacionados à democracia, direitos fundamentais e soberania popular, são elas: o liberalismo, o comunitarismo e os críticos-deliberativos ou procedimentalistas²⁴³.

Cada vertente vislumbra o pluralismo sob uma ótica distinta, quer do ponto de vista individual ou coletivo, porém todas defendem os paradigmas da sociedade democrática liberal, com distintas críticas à lógica mercantil²⁴⁴.

2.2.1 Vertente liberal

Na concepção da vertente liberal o pluralismo é encarado como uma variedade de perspectivas individuais acerca da vida, noutras palavras, coexistem diversos indivíduos com convicções particulares acerca de temas relacionados à vida em sociedade.

Tal vertente, por conferir uma prevalência às convicções individuais, deposita um maior peso aos chamados direitos e liberdades individuais, negativos ou de primeira geração, os quais se apresentam como limites importantes ao processo democrático e, por conseguinte, ao próprio Poder Constituinte. Portanto, em uma sociedade justa e democrática, o Estado deve garantir a autonomia individual de cada cidadão em prevalência à autonomia pública²⁴⁵, desconsiderando características culturais específicas.

Sendo o Direito uma eterna busca pela justiça e uma forma de alcançar a cooperação entre os indivíduos de uma sociedade e considerando os seus pressupostos filosóficos, a vertente liberal entende que as vontades individuais devem ser respeitadas a nível constitucional, conferindo um menor espaço de atuação ao Estado.

A vertente liberal aproxima-se mais da tradição constitucionalista dos EUA apresentado por Roselfeld²⁴⁶, na medida em que os direitos individuais são considerados o “signo zodiacal²⁴⁷” sob o qual nasceu o país.

²⁴³ GISELE CITTADINO, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 1/5.

²⁴⁴ GISELE CITTADINO, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 5.

²⁴⁵ GISELE CITTADINO, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 138/144.

²⁴⁶ MICHEL ROSENFELD, *A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito*, Cad. Esc. Legis., Belo Horizonte, v.7, n. 12, jan./jun., 2004, p. 16/17.

²⁴⁷ RONALD DWORKIN, *Uma questão de princípio*, trad. Luís Carlos Borges, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 37.

John Rawls apresenta uma teoria da justiça, com inspiração kantiana²⁴⁸, que tem como finalidade nortear a sociedade para encontrar princípios de justiça compartilhados e imparciais com fundamento na liberdade individual e na equidade, os quais podem se aplicar a todos, respeitando sempre a autonomia individual de cada um, com a finalidade de alcançar a cooperação social com vantagens mútuas²⁴⁹.

Sua teoria se encaixa na vertente liberal porque para Rawls é contra a própria justiça que a perda ou restrição da liberdade de algumas pessoas tenha como justificativa um bem partilhado por outros, de modo que o sacrifício de uns não pode ter um peso menor que os benefícios desfrutados por outros²⁵⁰.

Os princípios de justiça social, que se encontram na base da estrutura da sociedade, são responsáveis por regular a Constituição, bem como os principais elementos do sistema econômico e social de um Estado²⁵¹. Reformulando as bases originais das teorias contratualistas, Rawls defende que esses princípios de justiça são objeto de um consenso original entre pessoas livres e racionais, que se encontram em posição inicial de igualdade²⁵².

Essa posição inicial de igualdade corresponde ao que a teoria do contrato social designa como estado de natureza, mas difere por não se tratar de um fato ou situação histórica, mas sim uma situação hipotética em que as pessoas estão revestidas sob o véu da ignorância com a finalidade de alcançar consensos de base equitativas²⁵³.

A atuação do Poder Constituinte está incluída nesse momento inicial de igualdade, na medida em que é escolhida uma concepção inicial de justiça por meios de princípios e,

²⁴⁸ JOHN RAWLS, *Uma teoria da justiça*, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, 1ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1997, p. 151 e 275/283.

²⁴⁹ JOHN RAWLS, *Uma teoria da justiça*, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, 1ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1997, p. 3/200.

²⁵⁰ JOHN RAWLS, *Uma teoria da justiça*, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, 1ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1997, p. 4 e 257/275.

²⁵¹ JOHN RAWLS, *Uma teoria da justiça*, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, 1ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1997, p. 8. Ainda para Rawls "(...) o conceito de justiça se define pela atuação de seus princípios na atribuição de direitos e deveres na definição da divisão apropriada de vantagens sociais" (JOHN RAWLS, *Uma teoria da justiça*, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, 1ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1997, p. 11).

²⁵² JOHN RAWLS, *Uma teoria da justiça*, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, 1ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1997, p. 12.

²⁵³ Nas palavras de John Rawls: "Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o *status* social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes. Eu até presumirei que as partes não conhecem suas concepções do bem ou suas propensões psicológicas particulares. Os princípios da justiça são escolhidos sob um véu da ignorância. Isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo" (JOHN RAWLS, *Uma teoria da justiça*, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, 1ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1997, p. 13/14).

posteriormente, são desenhadas as instituições e os sistemas de regras, dentre eles a Constituição do Estado, todos em conformidade com os princípios de justiça inicial e racionalmente acordados²⁵⁴.

Ante o exposto, na teoria de John Rawls o conceito do que é justo deve ser imparcial com a finalidade de alcançar o consenso entre todos os indivíduos de uma sociedade, abstraindo-se de conceitos morais, religiosos ou culturais dos grupos existentes. A Constituição é, portanto, uma das instituições do Estado que possui a finalidade de atingir uma cooperação social, elaborada por meio de um procedimento político justo, onde são neutralizadas as idiossincrasias e os diferentes interesses da base da sociedade, desvinculados os aspectos culturais e históricos da comunidade, mas encontrando como limitação os princípios de justiça estabelecidos na posição original e os direitos de liberdade, negativos ou fundamentais de primeira geração.

Outro autor incluído na respectiva corrente é Ronald Dworkin. Em sua obra *Uma Questão de Princípio* apresenta duas concepções de Estado de Direito, a primeira focada na existência de um livro de regras públicas que devem ser obedecidas até posterior modificação, já a segunda acrescenta ao critério da forma à ideia de justiça substantiva²⁵⁵. Apesar de evidenciar obstáculos na implementação das duas concepções, defende a segunda porque “enriquece a democracia ao acrescentar um fórum independente, um fórum do princípio, e isso é importante, não apenas porque a justiça pode ser feita ali, mas porque o fórum conforma que a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão do bem público²⁵⁶”.

Dworkin, em sua posição crítica ao positivismo de Hart, entende que o Direito antes de criação é uma questão de interpretação e a interpretação jurídica assemelha-se à

²⁵⁴ JOHN RAWLS, *Uma teoria da justiça*, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, 1ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1997, p. 14. É imprescindível, ainda, que as Constituições assegurem a liberdade política de forma equitativa: “Por ser a constituição o fundamento da estrutura social, o mais elevado sistema de normas que regula e controla outras instituições, todos têm o mesmo acesso ao procedimento político que ela estabelece. Quando o princípio da participação é obedecido, todos têm o status comum de cidadãos iguais” (JOHN RAWLS, *Uma teoria da justiça*, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, 1ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1997, p. 248).

²⁵⁵ “(...) pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos *quando da exigência de cidadãos individuais* por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique” (RONALD DWORKIN, *Uma questão de princípio*, trad. Luís Carlos Borges, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 7).

²⁵⁶ RONALD DWORKIN, *Uma questão de princípio*, trad. Luís Carlos Borges, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 38/39.

interpretação artística, como a literatura²⁵⁷. No processo interpretativo se faz necessário reconstruir conceitos e testar de forma argumentativa as melhores concepções²⁵⁸.

Porém, é preciso se ter em mente que a intencionalidade ou finalidade do Direito é política²⁵⁹. Portanto, da mesma forma que a literatura reclama uma teoria literária ou hipótese estética para o seu exercício, o direito reclama uma teoria substantiva da política e da justiça que lhe confira coerência e integridade²⁶⁰. O Poder Judiciário tem importante papel no âmbito constitucional, na medida em que toma importantes decisões para uma sociedade em geral, mas elas não devem se pautar em questões de política, mas em questões de princípio²⁶¹.

Dworkin elabora então a sua Teoria Política do Liberalismo Igualitário, com conceitos de política, moral e ética, por meio da qual pretende evidenciar uma concepção de liberalismo igualitário que harmoniza igualdade e responsabilidade individual²⁶².

Na mesa linha dos anteriores, Charles Larmore busca apresentar uma justificação ou núcleo moral que fundamente o liberalismo político. Partindo do pressuposto que o pluralismo gera discordâncias de pensamentos entre os diversos indivíduos de uma sociedade e que essa é uma característica perene da modernidade, essa certeza do desacordo razoável deve guiar o pensamento político atual²⁶³.

²⁵⁷ RONALD DWORKIN, *Uma questão de princípio*, trad. Luís Carlos Borges, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 48 e 217/249.

²⁵⁸ “O senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do direito, do qual dependerá cada aspecto de sua abordagem da interpretação, incluirá ou implicará alguma concepção da integridade e coerência do Direito como instituição, e esta concepção irá tutelar e limitar sua teoria operacional de ajuste – isto é, suas convicções sobre em que medida uma interpretação deve ajustar-se ao Direito anterior, sobre qual delas e de que maneira” (RONALD DWORKIN, *Uma questão de princípio*, trad. Luís Carlos Borges, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 241).

²⁵⁹ “O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas” (RONALD DWORKIN, *Uma questão de princípio*, trad. Luís Carlos Borges, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 239).

²⁶⁰ RONALD DWORKIN, *Uma questão de princípio*, trad. Luís Carlos Borges, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 217/266.

²⁶¹ “Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais” (RONALD DWORKIN, *Uma questão de princípio*, trad. Luís Carlos Borges, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 101).

²⁶² ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP, tomo I (recurso eletrônico): teoria geral e filosofia do direito, coords. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro Gonzaga e André Luiz Freire, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 19. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/ronald-dworkin---teorico-do-direito_58fc0d4fe9466.pdf>. Acesso em: 21/03/2020.

²⁶³ CHARLES LARMORE, *Patterns of moral complexity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, p. 73 e CHARLES LARMORE, *The morals of modernity (Modern European Philosophy)*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 12 e 215.

Com forte inspiração na obra de Dworkin, Larmore defende que a fundamentação moral da existência política, e consequentemente a sua legitimidade, reside no princípio de respeito à igualdade entre todas as pessoas²⁶⁴. Por esse motivo, rejeita a ideia homogênea de sociedade em que há uma espécie de *ethos* compartilhado²⁶⁵, de modo que o respeito às diferenças consiste em garantir a liberdade para que cada um defenda o seu ponto de vista com base em uma perspectiva que lhe é própria²⁶⁶.

2.2.2 Vertente comunitarista

A vertente comunitarista alarga o espectro de visão e considera o pluralismo não a nível individual, mas a nível comunitário, concebendo uma “multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico²⁶⁷”.

Uma sociedade justa seria aquela onde coexistem diversas identidades culturais, étnicas, sociais, religiosas, sem que haja a preponderância de uma em relação à outra. Portanto, a autonomia privada dá espaço ao maior protagonismo da autonomia pública, na medida em que devem ser elencados, e positivados, valores superiores a serem compartilhados em uma mesma sociedade²⁶⁸.

Em tal concepção, a Constituição possui como fundamento uma “consciência jurídica geral²⁶⁹” acerca do que é justo, formando uma espécie de *ethos* compartilhado pela comunidade de um Estado, o qual se apresenta como um limite à atuação do Poder

²⁶⁴ CHARLES LARMORE, *The morals of modernity (Modern European Philosophy)*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 145 e 213 e CHARLES LARMORE, *The Autonomy of Morality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 148.

²⁶⁵ CHARLES LARMORE, *Patterns of moral complexity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, p. 91/93.

²⁶⁶ CHARLES LARMORE, *Patterns of moral complexity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, p. 64.

²⁶⁷ GISELE CITTADINO, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 1.

²⁶⁸ Conforme Cittadino: “Os comunitários, por seu turno, ao voltarem sua atenção para os mundos plurais que integram as democracias contemporâneas invertem a perspectiva liberal na medida em que dão primazia à autonomia pública. Aqui, as “liberdades dos antigos” – os direitos políticos de participação – são elementos constitutivos do processo democrático. A regra da maioria é substituída pela ideia de política deliberativa que conforma uma vontade comum através de um entendimento ético” (GISELE CITTADINO, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 144/145).

²⁶⁹ CASTANHEIRA NEVES, “Fontes de Direito” in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LVIII, Coimbra, 1982, p. 246/249 e cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 24 e cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*, vol. I, Edições Almedina, Coimbra, 2010, p. 76/80.

Constituinte. Por esse motivo, a vertente comunitarista aproxima-se mais da tradição constitucionalista alemã apresentada por Roselfeld²⁷⁰.

Sendo o Direito uma eterna busca pela concretização da justiça e uma forma de alcançar a cooperação entre os indivíduos de uma sociedade e, ainda, considerando os seus pressupostos filosóficos, a vertente comunitarista entende que a vontade coletiva deve ser resguardada a nível constitucional, conferindo um maior espaço de atuação do Estado.

Bruce Ackerman, vinculado à vertente comunitarista, apresenta uma teoria da Constituição com forte apego à tradição histórica. Ao contrário do que defende as doutrinas contratualistas, acredita que a tradição constitucionalista é fruto de uma cultura política compartilhada por uma sociedade, por meio da qual são estabelecidos direitos procedimentais que garantem a participação popular e culminam na determinação do conteúdo dos direitos fundamentais.

Naturalmente, existem momentos em que a sociedade se mobiliza e provoca rupturas e alterações em sua identidade política, as quais podem ser realizadas pelo povo ou pelo Governo²⁷¹. Porém, Ackerman defende que em momentos de mobilização popular não há limitações à deliberação popular por parte dos direitos fundamentais garantidores da autonomia particular²⁷².

Dessa forma, discordando dos liberais, entende que os direitos fundamentais não são, *a priori*, substantivos, mas sim procedimentais, tendo em vista terem sido definidos através de um processo político pautado no diálogo social²⁷³.

Quanto à questão do pluralismo, explicita que existem diversos grupos de interesses na sociedade norte-americana que formam a “teia característica da sociedade norte-americana²⁷⁴” e revelam a “fecundidade inexaurível da liberdade humana²⁷⁵”, os quais podem ser definidos segundo critérios econômicos, étnicos e religiosos. Nesse contexto, a política

²⁷⁰ MICHEL ROSENFELD, *A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito*, Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, v.7, n. 12, jan./jun., 2004, p. 15/17.

²⁷¹ BRUCE ACKERMAN, *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*, vol. 4, tradução de Mauro Raposo de Mello, 1ª ed., Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 7/8.

²⁷² BRUCE ACKERMAN, *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*, vol. 4, tradução de Mauro Raposo de Mello, 1ª ed., Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 13/21. Nas páginas citadas anteriormente Ackerman defende que: “(...) a simples questão de possuímos direitos é ligada ao fato de fazermos uso das decisões tomadas pelas instituições democráticas, que devem legislar visando ao bem-estar coletivo. (...) Nos Estados Unidos, diferentemente do que ocorre na Alemanha, é o povo a fonte de direitos; a Constituição não determina os direitos que o povo deve estabelecer ou exercer”.

²⁷³ GISELE CITTADINO in BRUCE ACKERMAN, *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*, vol. 4, tradução de Mauro Raposo de Mello, 1ª ed., Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. XV/XVI.

²⁷⁴ BRUCE ACKERMAN, *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*, vol. 4, tradução de Mauro Raposo de Mello, 1ª ed., Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 423.

²⁷⁵ BRUCE ACKERMAN, *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*, vol. 4, tradução de Mauro Raposo de Mello, 1ª ed., Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 432.

democrática consiste no processo por meio do qual os referidos grupos de interesses negociam entre si, nem sempre e condições de igualdade²⁷⁶.

Porém, a estrutura constitucional não deve se preocupar em garantir um pluralismo perfeito, porque todos são cidadãos de um mesmo Estado e devem estar preocupados com os direitos e interesses permanentes de toda a comunidade²⁷⁷, de modo que “comparada à cidadania pública, a vida privada representa um plano inferior da existência²⁷⁸”.

Em relação à atuação da Suprema Corte, confere a ela duas missões institucionais. A primeira, em momentos de normalidade, consiste no regular controle de constitucionalidade ou *judicial review*, para manutenção dos valores e conquistas sociais já consolidadas na tradição constitucional. A segunda é reservada para momentos históricos de mobilização popular, quando deve realizar um diálogo histórico entre o presente e o passado em relação ao futuro, buscando, por meio de uma síntese interpretativa, consolidar as alterações constitucionais suscitadas com as tradições constitucionais e as antigas estruturas que se mantêm inalteradas²⁷⁹.

Para Ackerman as ideias de Constituição histórica e constitucionalismo patriótico são fundamentais para que se compreenda que a percepção do presente e a alteração do futuro deve necessariamente passar pela análise do passado e pela garantia da autodeterminação de uma comunidade.

Diversos juristas contemporâneos compõem a vertente comunitarista, para os quais os valores de uma sociedade devem nortear o conceito de justiça e limitar o Poder Constituinte do referido Estado, como “tentativa de reformular o ideal democrático em uma

²⁷⁶ BRUCE ACKERMAN, *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*, vol. 4, tradução de Mauro Raposo de Mello, 1ª ed., Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 427/428.

²⁷⁷ BRUCE ACKERMAN, *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*, vol. 4, tradução de Mauro Raposo de Mello, 1ª ed., Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 429. Nas páginas citadas anteriormente Ackerman afirma, ainda, que: “Como afirmou Madison, nosso jogo constitucional é dividir e conquistar: deixemos que os milhares de grupos de interesses se proliferem, pois seus objetivos restritos se anularão uns aos outros, e permitirão espaço para que os esforços de políticos, estadistas e cidadãos, mesmo distraidamente, alcancem o bem comum. O esforço demasiado para corrigir o desequilíbrio entre os grupos de interesses acentua a impressão de que o que é realmente importante é a busca restrita dos interesses parciais e não o bem de todos”.

²⁷⁸ BRUCE ACKERMAN, *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*, vol. 4, tradução de Mauro Raposo de Mello, 1ª ed., Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 324.

²⁷⁹ “Como a afirmação da Corte da sua tese histórica gera esforços políticos para a apresentação de contra-teses, o diálogo elevado proporciona ao povo norte-americano considerar o seu futuro com maior autoconsciência perante as alternativas que ele poderia possuir (...) o diálogo institucionalizado entre a Corte e as ramificações políticas permite uma escolha popular mais deliberada que defina a síntese ampla dos princípios do passado e do presente, devendo guiar a República na sua próxima fase de desenvolvimento” (BRUCE ACKERMAN, *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*, vol. 4, tradução de Mauro Raposo de Mello, 1ª ed., Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 421).

sociedade moderna, altamente diferenciada, mas não necessariamente fragmentada²⁸⁰”. Cita-se também Gilmar Mendes e Paulo Branco²⁸¹, Canotilho²⁸², Rogério Soares²⁸³ e Marcelo Rebelo de Sousa²⁸⁴.

2.2.3 Vertente Crítico-deliberativa ou Procedimentalista (Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Jürgen Habermas)

A vertente crítico-deliberativa, ou procedimentalista, concebe a pluralidade conjugando atores singulares e coletivos coordenados de forma funcional, sem que haja a sobreposição de um sobre o outro²⁸⁵.

O grande protagonista deste vertente é Jürgen Habermas e sua Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, a qual busca “fundamentar um sistema de direitos que faça jus à autonomia privada e pública dos cidadãos²⁸⁶”, de modo que a legitimidade do direito positivo só é confirmada quando a liberdade de um pode conviver com as liberdades de todos.

Habermas, influenciado pela filosofia hegeliana, faz uma análise sobre como se formou a identidade coletiva da sociedade ao longo da história da humanidade²⁸⁷. Nas sociedades arcaicas havia a figura de um ancestral comum que fixava a ideia de

²⁸⁰ HANS JOAS, “O comunitarismo: uma perspectiva alemã” in SOUZA, Jessé. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*, Universidade de Brasília, Brasília, 2001, p. 109.

²⁸¹ “Se o poder constituinte é a expressão da vontade política da nação, não pode ser entendido sem a referência aos valores éticos, religiosos, culturais que informam essa mesma nação e que motivam as suas ações. Por isso, um grupo que se arrogue a condição de representante do poder constituinte originário, se se dispuser a redigir uma Constituição que hostilize esses valores dominantes, não haverá de obter o acolhimento de suas regras pela população, não terá êxito no seu empreendimento revolucionário e não será reconhecido como poder constituinte originário” (GILMAR MENDES e PAULO BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed., Saraiva, São Paulo, 2014, p. 105).

²⁸² “Por outro lado, este criador, este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como ‘vontade do povo’” (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 81).

²⁸³ “Acima de qualquer Constituição formal afirmam-se princípios constitucionais materiais apoiados na tradição de certa cultura e demonstrados na sua experiência histórica” (ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, “O conceito ocidental de Constituição” in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 119, n. 3743, Coimbra, 1986, p. 71).

²⁸⁴ “Quer o poder constituinte formal, quer o poder constituinte material são limitados pelas estruturas políticas, sociais, económicas e culturais dominantes na sociedade, bem como pelos valores ideológicos de que são portadores” (MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional: Introdução à teoria da Constituição*, Livraria Cruz, Braga, 1979, p. 62).

²⁸⁵ Cittadino explicita que: “quanto à concepção procedimental de política deliberativa, tal como formulada por Habermas, tanto os interesses privados de indivíduos isolados, como a vontade coletiva dos cidadãos unidos, são contemplados por uma teoria da democracia estruturada em termos de institucionalização das regras do discurso e das formas de argumentação” (GISELE CITTADINO, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 145).

²⁸⁶ JÜRGEN HABERMAS, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, Vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 154.

²⁸⁷ JÜRGEN HABERMAS, *Para a reconstrução do materialismo histórico*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Editora Brasiliense, São Paulo, 1983, p. 26/27.

pertencimento a uma tribo específica, bem como a mitologia buscava explicar os fenômenos naturais e culturais. Por sua vez, nas sociedades estatais a ideia de identidade que se forma é mais abstrata, ligando-se à participação dos indivíduos em uma organização vinculada a um território. Como forma de substituir o pensamento mítico, sobrevieram interpretações universalistas do mundo oriundas das religiões e da filosofia, as quais criaram uma comunidade de convicções.

Com o advento da sociedade burguesa, a identidade coletiva da sociedade formou-se com base nos critérios da legalidade, moralidade e da soberania. Por fim, questiona-se se no âmbito das sociedades modernas altamente complexas é possível estabelecer uma identidade racional, se “um sistema parcial – e, eventualmente, qual – é capaz de se colocar no lugar do sistema religioso, de modo a que nele o Todo de uma sociedade complexa encontre representação e seja integrado pela consciência unitariamente normativa de todos os seus membros²⁸⁸”.

Após apontar fraquezas nas teorias de Hegel e Luhmann, Habermas conclui que nas sociedades hipercomplexas e globalizadas uma nova identidade é possível sob a forma reflexiva, de modo a “ser fundada na consciência de ter oportunidades iguais e gerais para tomar parte nos processos de comunicação, nos quais a formação da identidade tem lugar como processo contínuo de aprendizagem²⁸⁹”, através dos quais serão criadas as normas e estabelecidos os valores da sociedade, não se limitando a ser mera projeção de uma tradição retrospectiva²⁹⁰.

Discordando de Rousseau²⁹¹, Habermas defende que o equilíbrio entre a autonomia pública e privada reside na formação discursiva da opinião, pautado no agir comunicativo, através da escolha do melhor argumento para se extrair uma vontade racional²⁹². Utilizando a lógica sistêmica de Luhmann, defende que o princípio do discurso ao

²⁸⁸ JÜRGEN HABERMAS, *Para a reconstrução do materialismo histórico*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Editora Brasiliense, São Paulo, 1983, p. 90.

²⁸⁹ JÜRGEN HABERMAS, *Para a reconstrução do materialismo histórico*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Editora Brasiliense, São Paulo, 1983, p. 98.

²⁹⁰ JÜRGEN HABERMAS, *Para a reconstrução do materialismo histórico*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Editora Brasiliense, São Paulo, 1983, p. 99.

²⁹¹ Segundo Rousseau: “quanto menos as vontades particulares correspondem a vontade geral, isto é, os costumes as leis, tanto mais a força repressiva deve aumentar. Portanto, o governo, para ser bom, deve ser relativamente mais forte na medida em que o povo é mais numeroso.” (J. J. ROUSSEAU, *O Contrato Social*, 3ª ed., trad. Antônio de Pádua Danesi, Martins Fontes, São Paulo, 1996, p. 74)

²⁹² JÜRGEN HABERMAS, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, Vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 137/139. Nas páginas citadas, Habermas afirma que: “Se a vontade racional só pode formar-se no sujeito superdimensionado de um povo ou de uma nação, então a autonomia política deve ser entendida como a realização autoconsciente da essência ética de uma comunidade concreta (...) A co-originariedade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos

passar por um processo de institucionalização jurídica, resulta em um princípio da democracia, com a finalidade de conferir legitimidade ao direito positivo²⁹³, de modo que “só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade²⁹⁴”.

Ausentes questões metafísicas ou religiosas, o direito positivo apenas consegue garantir a sua força integradora se todos os indivíduos de uma sociedade se entenderem como autores racionais das normas impostas. A liberdade comunicativa é, portanto, pressuposto de uma autodeterminação organizada, concretizada por meio de instituições e práticas jurídicas²⁹⁵.

Portanto, nas sociedades pós-convencionais e multiculturais o patriotismo nacional cede lugar ao patriotismo constitucional²⁹⁶, encontrando a Constituição como o elo capaz de promover a integração e a identidade coletiva dos indivíduos, em virtude da rede formada pelas comunicações jurídicas²⁹⁷.

Utilizando a ideia de razão comunicativa como “fio condutor para a reconstrução do emaranhado de discursos formadores da opinião e preparadores da decisão, na qual está embutido o poder democrático exercitado conforme o direito”, atenua a tensão entre facticidade e validade, em substituição à ideia de razão prática, que buscava orientar uma teoria normativa do direito e da moral²⁹⁸.

Do exposto, a corrente crítico-deliberativa, ou procedimentalista, confere maior ênfase ao procedimento constitucional discursivo como mecanismo de fundamentação e fortalecimento democrático, de modo que após esgotar-se o debate com a exposição de

decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos”

²⁹³ “Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica” (JÜRGEN HABERMAS, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, Vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 158).

²⁹⁴ JÜRGEN HABERMAS, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, Vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 172.

²⁹⁵ JÜRGEN HABERMAS, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, Vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 54.

²⁹⁶ Cittadino, ao comentar a doutrina de Habermas, aponta que: “(...) em mundos pós-convencionais, onde os indivíduos não integram sólidas comunidades étnicas ou culturais, são as Constituições que, incorporando um sistema de direitos, podem conformar uma ‘nação de cidadãos’. É a partir dessa argumentação que Habermas formula a concepção de patriotismo constitucional enquanto modalidade pós-convencional de conformação de uma identidade coletiva. (...) o patriotismo constitucional vem substituir o nacionalismo” (GISELE CITTADINO, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 176/177).

²⁹⁷ JÜRGEN HABERMAS, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, Vol. II, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 181/190.

²⁹⁸ JÜRGEN HABERMAS, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, Vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 21.

diferentes pretensões de validade, por meio de uma vontade racional, resulta uma Constituição legítima e capaz de integrar indivíduos de sociedades complexas e multiculturais.

As normas definidoras de direito e os princípios de justiça são estabelecidas com fundamento em uma razão comunicativa e na capacidade de construção dialógica, por meio da qual os autores se reconhecem também como destinatários do direito. Dessa forma, os titulares do Poder Constituinte serão todos àqueles atingidos pela norma constitucional, os quais podem ser identificados individual ou coletivamente.

Capítulo 3 - A realidade constitucional e a sociedade global

3.1 Densificação do conceito de globalização

Referindo-se a uma pequena aldeia de camponeses do séc. XVI, José Saramago afirmou que “uma aldeia tem o exacto tamanho do mundo para quem sempre nela viveu”²⁹⁹. No mundo contemporâneo essa frase não representa mais a realidade, pois com o advento da *internet* é possível conhecer o mundo sem sair da nossa “aldeia” e a distância que separa qualquer país do globo terrestre é aquela entre o indivíduo e um computador ou smartphone (ou mesmo seu relógio). Fala-se em “aldeia global”³⁰⁰ como o resultado de um processo de globalização, a ponto de já se verificar certa banalização do uso desta expressão, motivo pelo qual se faz necessário apresentar uma densificação do conceito a ser utilizado no presente trabalho.

A expressão globalização nos remete à palavra “globo” e, de forma ampla, representa uma maior integração das relações econômicas, políticas, jurídicas, sociais e culturais entre todos os Estados e, em segundo nível, entre todos os seres humanos do globo terrestre. Todavia, seus contornos são imprecisos e seus limites desconhecidos, de modo que “seu campo se assemelha mais a areias movediças do que a um terreno estável”³⁰¹.

Trata-se de um processo complexo, policêntrico³⁰², irreversível, inevitável e em constante evolução histórica, que revela uma faceta múltipla, na medida em que repercute em diversos setores da vida social. Sociedade esta que sofreu um alargamento de suas fronteiras, não se vinculando mais aos limites invisíveis dos Estados nacionais em seu processo de transformação.

Anthony Giddens argumenta que a globalização se trata de um evento revolucionário, com vertente “política, tecnológica e cultural, além de econômica”, que sofreu

²⁹⁹ JOSÉ SARAGAMO, *Da justiça à democracia passando pelo sino*, encerramento do II Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2002, disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/brasil/ult96u29003.shtml>>. Acesso em 08/03/2020.

³⁰⁰ HERBERT MARSHALL MCLUHAN, *A galáxia de Gutenberg. A formação do homem tipográfico*, trad. Leônidas G. de Carvalho e Anísio Teixeira, Cia. Editora Nacional – Editora da USP, São Paulo, 1972, p. 50/51.

³⁰¹ PAULO GROSSI, *O Direito entre Poder e Ordenamento*, trad. Arno Dal Ri Júnior, Del Rey, Belo Horizonte, 2010, p. 71.

³⁰² J. J. GOMES CANOTILHO, “Brançosos” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 294/295. O autor afirma que: “O policentrismo explica a função de vários subsistemas globalizados autônomos, articulados com a política internacional e em rede com outros sistemas parciais globais”.

forte influência da evolução dos sistemas de comunicação desde o final da década de 1960, revelando-se, também, um “fenômeno ‘interior’, que influencia aspectos íntimos e pessoais das nossas vidas³⁰³”.

O National Intelligence Council, ainda em 2004, conceituou a globalização como a “crescente interconexão refletida nos fluxos expandidos de informação, tecnologia, capital, bens, serviços e pessoas através do mundo³⁰⁴”.

Buscando analisar as origens desse fenômeno, alguns autores sustentam que o processo de globalização iniciou no século XV, através das grandes navegações e da expansão marítima europeia, por meio da qual iniciaram as trocas mercantis e culturais entre a Europa e os mercados orientais e da América³⁰⁵.

Porém, o uso da referida expressão desenvolveu-se com o objetivo de explicar um contexto de expansão econômica³⁰⁶, que se tornou notável no século XVIII com o advento da Revolução Industrial, através do crescimento dos setores industriais e das importações e exportações, mas que se intensificou nas últimas décadas³⁰⁷.

Sucessivamente, com a queda do bloco soviético, o fim da guerra fria e o surgimento da *internet*, esse processo se intensificou rapidamente com a transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo, integrando mercados em

³⁰³ ANTHONY GIDDENS, *O mundo na era da globalização*, trad. Saul Barata, 6ª ed., Editorial Presença, Lisboa, 2006, p. 22/24.

³⁰⁴ USA, National Intelligence Council, 2004, p. 10. No original: “We see globalization - growing interconnectedness reflected in the expanded flows of information, technology, capital, goods, services, and people throughout the world”.

³⁰⁵ JORGE NASCIMENTO RODRIGUES e TESSALENO DEVEZAS, *Portugal: O Pioneiro da Globalização*, 1ª ed., Edições Centro Atlântico, Vila Nova de Famalicão, 2007; RENATA APARECIDA FOLLONE, *Globalização & Cidadania: Uma nova visão e seus reflexos jurídicos-constitucionais*, Editora Boreal, Birigui/São Paulo, 2015, p. 29.

³⁰⁶ “O primeiro uso do adjetivo global apareceu em 1892 nas páginas da revista Harper’s Magazine (edição de Setembro) e em 1961 o termo globalização entrou (em inglês) no dicionário Webster, acabando por destronar, nos anos 1970, a expressão francesa mundialização. O discurso sobre a Globalização ganhou ímpeto e forma sustentada em meados dos anos de 1960 e durante os anos de 1970, quando se vulgarizou a expressão Aldeia Global (muito usada pelo autor e filósofo canadiano Herbert Marshall McLuhan, particularmente no seu livro de 1968, escrito com o designer gráfico Quentin Fiore) para designar o sistema global de comunicações então em plena expansão. Nos dias de hoje, Globalização é o termo preferido para designar a nova era de «world affairs», consolidada após o fim da Guerra-Fria – transformando-se, mesmo, numa buzzword”. (JORGE NASCIMENTO RODRIGUES e TESSALENO DEVEZAS, *Portugal: O Pioneiro da Globalização*, 1ª ed., Edições Centro Atlântico, Vila Nova de Famalicão, 2007, p. 22).

³⁰⁷ BOAVENTURA SOUSA SANTOS, *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*, 5ª ed., Cortez, São Paulo, 1999, p. 289.

uma velocidade surpreendente e proporcionando uma ampliação da circulação de bens, capitais, tecnologias, serviços, culturas e informações em escala global³⁰⁸.

Apesar de a dimensão econômica ter se mostrado a mola propulsora desse processo, demonstrando uma forte ligação entre o aumento da integração mundial econômica, a ideologia neoliberal³⁰⁹ e o sistema capitalista, a globalização é um fenômeno macro, possui um caráter multidimensional e influencia diversas camadas da vida em sociedade³¹⁰.

Há quem opte por utilizar o termo “mundialização” para exprimir a ideia de um processo com múltiplas dimensões sociais, resguardando a expressão globalização apenas para referir-se à integração econômica e ao fluxo de capitais³¹¹.

No presente trabalho optamos pela utilização do termo globalização desvinculado de um viés ideológico ou de uma visão cética do fenômeno³¹², visualizando a integração global como um processo amplo, intensificado pelo avanço tecnológico, o qual apresenta ramificações nos planos econômico-financeiro, político, cultural, jurídico, ambiental, religioso, dentre outros, os quais podem ocorrer em velocidades diferentes, paralelamente ou serem causa ou consequência uns dos outros³¹³. Uma noção ampla do fenômeno enriquece a análise e convoca ao debate diversas perspectivas e suas repercussões no mundo jurídico.

Nesse cenário, não tardou para que fossem apresentados perante o universo jurídico inúmeros conflitos oriundos de um mundo globalizado. A integração da sociedade mundial, somado a um crescimento na velocidade com que as ideias e informações atravessam os limites do Estado, foram elementos que favoreceram as conexões e o diálogo entre o Direito dos Estados nacionais. Neste panorama seria inevitável a globalização do Direito Constitucional³¹⁴.

³⁰⁸ JOSÉ EDUARDO FARIA, *O Direito na Economia Globalizada*, 1ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2004, p. 13/15.

³⁰⁹ OSCAR VILHENA VIEIRA, “Realinhamento Constitucional” in CARLOS ARI SUNDFELD; OSCAR VILHENA VIEIRA (Orgs.), *Direito Global*, Editora Max Limonad, São Paulo, 1999, p. 17.

³¹⁰ RUI MEDEIROS, *A Constituição portuguesa num contexto global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 22.

³¹¹ MAURÍCIO ANDREIUOLO RODRIGUES, *Poder Constituinte Supranacional: Esse Novo Personagem*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2000, p. 23.

³¹² Há quem defenda que a Globalização é uma ficção criada com intenções de dominação global, levando a uma ocidentalização do mundo ou “McDonaldização” da sociedade. Segundo Giddens: “De acordo com os cépticos, a globalização é uma ideia posta a correr pelos adeptos da liberalização do comércio que querem destruir os sistemas de segurança social e diminuir os gastos públicos” (ANTHONY GIDDENS, *O mundo na era da globalização*, trad. Saul Barata, 6ª ed., Editorial Presença, Lisboa, 2006, p. 21).

³¹³ Como exemplo, a globalização nos meios de comunicação tem como consequência a aceleração da globalização cultural.

³¹⁴ MARK TUSHNET, “The Inevitable Globalisation of Constitutional Law” in *Virginia Journal Of International Law*, vol. 49, 2009, p. 985/1006.

Em que pese atingir diferentes áreas jurídicas, o Direito Constitucional apresenta maior sensibilidade aos efeitos globalizantes. Tal efeito decorre do fato de que a Constituição, considerada a ordem jurídica fundamental do Estado e da comunidade³¹⁵, apresenta uma identidade nacional e reúne os valores mais caros à sociedade ao constituir uma ordem de direitos e deveres, assim como os princípios fundamentais do ordenamento jurídico. Não é exagero afirmar que “a globalização desafia o constitucionalismo³¹⁶”.

Do ponto de vista constitucional, Cristina Queiroz sustenta que “o conceito de globalização indica que a autoridade política não se encontra representada unicamente pelo Estado central, antes o que se assiste é um processo de ‘desagregação’ ou ‘fragmentação’ do Estado em favor de diferentes grupos e organizações³¹⁷”.

A análise dos efeitos jurídicos da globalização remete necessariamente aos obstáculos relacionados à existência do próprio Estado³¹⁸ e à mitigação da soberania estatal, inserida em um contexto de transição da estrita vinculação entre Direito e Estado para um cenário de pluralismo normativo³¹⁹. Ademais, são questionados fatores relacionados ao conteúdo material dos princípios constitucionais; conflitos e hierarquias entre ordens constitucionais; democracia; Poder Constituinte e a atuação contramajoritária da jurisdição constitucional.

Carlos Ari Sundfeld defende que estamos ingressando na era do direito global, o qual busca suas fontes além das fronteiras do Estado nacional e este processo está sendo intensificado por três fatores: a globalização econômica; a internacionalização dos direitos humanos (que conduz a uma “paulatina aproximação das ordens jurídicas nacionais, obrigadas a seguir certos padrões semelhantes, exigidos pelo respeito às novas conquistas”) e a integração regional³²⁰.

³¹⁵ KONRAD HESSE, *Temas fundamentais do direito constitucional*, Trad. por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 7.

³¹⁶ DANIEL HALBERSTAM, “Local, global and plural constitutionalism: Europe meets the world” in DE BURCA, Grainne e WEILER, Joseph H. H. (orgs.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 199.

³¹⁷ CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra Editora, 2011, p. 31.

³¹⁸ Paolo Grossi relembra que na Idade Média “os mercadores deram uma contribuição não secundária à construção da entidade política nova que era o Estado, o Estado moderno. Hoje, os novos mercadores parece, ao contrário, fazer de tudo para se livrar dele” (PAOLO GROSSI, *O Direito entre Poder e Ordenamento*, trad. Arno Dal Ri Júnior, Del Rey, Belo Horizonte, 2010, p. 73).

³¹⁹ CELSO FERNANDES CAMPILONGO, “Teoria do Direito e Globalização Econômica” in CARLOS ARI SUNDFELD; OSCAR VILHENA VIEIRA (Orgs.), *Direito Global*, Editora Max Limonad, São Paulo, 1999, p. 78.

³²⁰ CARLOS ARI SUNDFELD, “A administração pública na era do Direito global” in CARLOS ARI SUNDFELD; OSCAR VILHENA VIEIRA (Orgs.), *Direito Global*, Editora Max Limonad, São Paulo, 1999, p. 157/159.

Faz-se necessário reconhecer que o fenômeno globalizacional contém em si uma complexidade inevitável e avança em velocidade assustadora (“turboglobalização”³²¹), desafiando teorias e paradigmas, a ponto de exigir dos juristas, com particular urgência, uma evolução dogmática a fim de solucionar os problemas que lhe são específicos e atender às novas exigências jurídicas³²².

Neste capítulo serão abordadas novas realidades constitucionais de um mundo complexo e globalizado, ao passo que serão levantados alguns problemas oriundos desse novo cenário e doutrinas que discutem sobre os referidos assuntos.

3.2 Transconstitucionalismo

Com o incremento da integração social mundial, multiplicaram-se os casos em que o Direito Constitucional doméstico apresentou importantes repercussões fora das fronteiras dos Estados nacionais, ou foi influenciado por fatores externos.

Observando o referido fenômeno, diversos constitucionalistas apresentaram doutrinas que buscam explicá-lo. Ingolf Pernice apresentou a doutrina do constitucionalismo multinível, que está incluída dentro de uma ideia macro de governança e comunidade política de níveis múltiplos hierárquicos, de modo que cada nível corresponde a um cenário constitucional específico, encontrando o seu ápice em uma camada de discurso político global³²³.

Por sua vez, com inspiração em Lucas Pires, Canotilho apresenta uma teoria da interconstitucionalidade que busca enfrentar o problema da justaposição de Constituições e Poderes Constituintes em um mesmo espaço político, restringindo-se à relação existente entre

³²¹ GONÇAL MAYOS, *Macrofilosofia de la globalización y del pensamiento único: Un macroanálisis para el ‘empoderamiento’*, Editorial Académica Española, Barcelona, 2012, p. 12.

³²² Explica Canotilho que em meio a emergência de novas teorias da constituição “‘estar in’ no direito constitucional é acompanhar as novas leituras dos problemas político-constitucionais nos quadros do pluralismo político, económico e social” (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 27).

³²³ INGOLF PERNICE, “E-Democracy, the Global Citizen, and Multilevel Constitutionalism” in CORIEN PRINS *at all* (Org.), *Digital Democracy in a Globalized World*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, p. 27/52.

a ordem jurídica da União Europeia com as ordens constitucionais dos seus Estados-membros³²⁴.

O cerne da questão por trás de diversas teorias que envolvem o Direito Constitucional e o contexto da globalização é: a existências de questões que atravessam as fronteiras nacionais, de modo que causam consequências em seu exterior ou Estados que são afetados por fatos ou decisões que estão fora de seu controle, demonstrando a impossibilidade de um Estado isoladamente lidar com todos os problemas que o cercam e a falibilidade das teorias da soberania nacional.

Marcelo Neves, ao abordar o referido tema, questiona o uso indiscriminado do termo “Constituição” ou de “metáforas constitucionais”, alertando sobre a tendência que a doutrina tem de sempre apontar a necessidade de uma nova Constituição quando se depara com uma nova ordem ou organização jurídica da sociedade³²⁵.

Adotando como pressuposto a teoria sistêmica de Luhmann, Neves retoma as revoluções liberais do século XVIII com o objetivo de identificar quais problemas possibilitaram o surgimento da Constituição em sentido moderno, quais sejam, em síntese: as exigências de limitação do poder e de direitos fundamentais em uma sociedade em que havia uma subordinação do sistema jurídico ao sistema político.

Niklas Luhmann define a Constituição moderna como o acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito, apresentando-se como mecanismo de interpenetração entre os dois sistemas sociais autônomos. O acoplamento estrutural se dá em razão da autonomia operacional de ambos os sistemas e representa o mecanismo por meio do qual ocorre a comunicação e a capacidade de aprendizagem entre eles, sem que haja a sobreposição de um sobre o outro³²⁶.

Marcelo Neves corrobora com os pressupostos luhmanianos e, não se limitando a um conceito histórico-universal de Constituição, considera a lei fundamental como fator e produto da diferenciação funcional entre os subsistemas da sociedade direito e política, mas vai além e considera o Direito Constitucional um produto da diferenciação interna do próprio

³²⁴ J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 265/271.

³²⁵ MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. XX e 6.

³²⁶ NIKLAS LUHMANN, *Sociologia do Direito*, vol. I, trad. Gustavo Bayer, Edições Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1983, p. 225/238; NIKLAS LUHMANN, *Sociologia do Direito*, vol. II, trad. Gustavo Bayer, Edições Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1985, p. 17/26 e MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 34/51 e 56/57.

sistema jurídico³²⁷, considerando, ainda, um aspecto ambivalente, funcionando como instância do sistema político e instituto do sistema jurídico³²⁸.

Partindo de tais pressupostos, Marcelo Neves aponta que os problemas que deram origem ao constitucionalismo, no contexto atual, reclamam uma solução interestadual, ou mesmo global, revelando a impossibilidade de serem solucionados em um único território nacional³²⁹. Ademais, destaca o surgimento de novas ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais que se afirmam sem referência a um Estado e, por vezes, desafiam os³³⁰.

Ressalta, ainda, que uma grande característica da sociedade mundial é que: “os sistemas que detêm o primado no plano estrutural e semântico, isto é, a economia (associada à técnica e à ciência) e a mídia, respectivamente, não dependem de segmentação territorial para se reproduzirem³³¹”, mas a política e o direito ainda estão vinculados territorialmente, fator que os torna frágeis diante dos demais.

Sobre teorias que defendem o surgimento de um constitucionalismo internacional ou supranacional no plano global, como uma espécie de estatalidade mundial de nível hierárquico superior às unidades políticas regionais e nacionais, Neves aponta tratar-se de um idealismo filosófico ou utópico que esbarra em complexos problemas estruturais de conflitos geopolíticos, econômicos e culturais³³².

Na seara do direito internacional público, a controvérsia assume outro prisma, acerca da atribuição de caráter constitucional à ordem emergente ou já existente. Neste caso,

³²⁷ “A Constituição enquanto acoplamento estrutural e, ao mesmo tempo, como mecanismo de diferenciação funcional entre política e direito ou, em outras palavras, de desintrincamento entre poder e lei, que surgiu na esteira de transformações radicais da estrutura social na modernidade, foi - como já salientado - fator e produto de uma nova semântica, o constitucionalismo.” (MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 60). Ver também MARCELO NEVES, *A Constitucionalização Simbólica*, 3ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 67/74.

³²⁸ MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 58.

³²⁹ Segundo Marcelo Neves: “O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais. Além do mais, surgem permanentemente relações diretas entre Estados para tratar de problemas constitucionais comuns. A exceção, nos dois casos, passou a ser a regra” (MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. XXI).

³³⁰ MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 83. Na mesma página afirma: “É nesse contexto que surge a discussão sobre Constituições transversais além do Estado, no âmbito da qual não é suficiente a referência nem à noção de juridificação nem a um conceito histórico-universal de Constituição, pois está em jogo a controvérsia sobre o surgimento de instituições que configurem equivalentes funcionais à Constituição transversal do Estado constitucional”.

³³¹ MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 30.

³³² MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 85/88.

Neves tratar-se de uma estrutura complexa, na qual se pode observar a presença dos mesmos problemas que ensejaram o surgimento da Constituição em sentido moderno: controle do poder e afirmação dos direitos humanos.

Todavia, ao pressupor a ideia de Constituição como acoplamento estrutural entre sistemas político e jurídico ou como racionalidade transversal, aponta dificuldades para transpor o conceito no âmbito das relações internacionais, em especial a excessiva politização dos organismos internacionais, de modo que o sistema jurídico estaria subordinado ao político internacional, de modo que uma pretensa Constituição funcionaria mais como um artefato retórico³³³.

Neves analisa, também, as teorias que defendem um constitucionalismo supranacional no plano regional. Defende a possibilidade de surgimento e a estabilidade de uma Constituição supranacional transversal no plano regional, mas alerta sobre a necessidade de serem cumpridas exigências a nível estadual (estados de direito democráticos com constituições normativas) e a nível regional (povo constitucional que determine os procedimentos constitucionais a nível supranacional³³⁴ e uma esfera pública forte).

Por fim, encerrando o rol de Constituições transversais que extrapolam os limites estatais, Neves discorre sobre as “constituições civis” transnacionais, destacando a doutrina de Gunther Teubner, as quais se expressam através do protagonismo de atores privados.

A teoria pluralista do direito mundial sem Estado adota o conceito de constituição civil como duplo processo reflexivo que ocorre entre o sistema do Direito e outro sistema social a nível global, tais como economia, religião, tecnologia, dentre outros, com exceção do

³³³ “Em primeiro lugar, o problema apresenta-se na subordinação do direito internacional público à política determinada pelas grandes potências mundiais. No plano internacional desenvolve-se uma prática de relações assimétricas entre direito e poder, que apontam simultaneamente para características de constituições “semânticas” ou instrumentais e constituições “nominalistas” ou simbólicas no plano dos Estados. (...) Nesse contexto, uma crescente textualização anda em descompasso com a força normativa dos direitos humanos no plano do direito internacional. Por outro lado, a falta de um modelo de “divisão de poderes” em virtude da supremacia efetiva do Conselho de Segurança sobre a Corte Internacional de Justiça e a Assembleia Geral das Nações Unidas conduz a uma instrumentalização dos textos normativos mediante esse órgão executivo, que também desempenha funções de natureza “quase legislativa” e de caráter jurisdicional (por exemplo, decisões sobre casos de violações aos direitos humanos). (...) Portanto, seja no plano dos elementos materiais nucleares (direitos humanos) ou no nível organizacional (“divisão de poderes”), há limites graves ao desenvolvimento satisfatório de uma racionalidade transversal entre direito e política internacional, o que exige cautela na afirmação de uma Constituição como ordem autovinculante com primazia normativa” (MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 92/94 e 98).

³³⁴ MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 100/102. Nas palavras de Neves: “Não se trata, porém, de um povo caracterizado por uma identidade cultural coletiva ou por uma comunidade de valores, que, aliás, também não existe no Estado constitucional; mas sim de um povo que se distingue, antes de tudo, por uma forte heterogeneidade cultural. Um povo constitucional supranacional é necessário na medida em que ele ingressa nos procedimentos políticos e, dessa maneira, pode levar ao fechamento do sistema político”.

sistema político, ao qual é reservado o acoplamento estrutural por meio da Constituição Estatal³³⁵. Neves revela tratar-se de um projeto em perspectiva, mas ineficaz atualmente, dada a ausência de autonomia operativa do Direito, com a consequente instrumentalização das ordens jurídicas pelos outros sistemas sociais globais.

Como alternativa de resolução aos problemas constitucionais da sociedade contemporânea a nível global, Marcelo Neves apresenta o conceito de transconstitucionalismo para tratar de questões que atravessam concomitantemente diversos tipos de ordens jurídicas, estatais ou não, o qual se apresenta como gênero que comporta diversas espécies: transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, que compreende relações entre ordens constitucionais e anticonstitucionais e o transconstitucionalismo entre uma pluralidade de ordens jurídicas em um sistema mundial de níveis múltiplos, caracterizado por hierarquias entrelaçadas³³⁶.

Nesta teoria, a Constituição adquire também a função de instância de aprendizado e trocas de informações e experiências entre as racionalidades particulares não exclusivamente estatais, por meio de "pontes de transição" entre os sistemas, a ponto de desenvolver-se uma racionalidade transversal específica³³⁷. Trata-se, na prática, do “entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial³³⁸”.

Dada a complexidade da temática abordada, o presente capítulo limitar-se-á a analisar os casos de transconstitucionalismo inseridos em um sistema jurídico mundial de múltiplos níveis, os quais apresentam frequentemente problemas relacionados aos "direitos fundamentais" ou "direitos humanos".

³³⁵ “Admitida essa reconstrução conceitual, as Constituições civis identificadas por Teubner apresentam-se igualmente como "pontes de transição" entre subsistemas sociais e ordens jurídicas plurais no plano global. Pode-se afirmar, portanto, que as Constituições civis servem à racionalidade transversal entre esferas sociais globais e ordens jurídicas mundiais enquanto, nos respectivos planos reflexivos, entrelaçam a autoprodução do direito com a do correspondente subsistema da sociedade” (MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 110).

³³⁶ Segundo defende Neves: “Os modelos de constitucionalismo internacional, supranacional ou transnacional, como alternativas à fragilidade do constitucionalismo estatal para enfrentar os graves problemas da sociedade mundial, levam a perspectivas parciais e unilaterais, não oferecendo, quando considerados isoladamente, soluções adequadas para os problemas constitucionais do presente. O transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, abre-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial” (MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 131).

³³⁷ MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 62.

³³⁸ MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 34.

Nos dois subitens abaixo serão delineados os problemas referentes ao transconstitucionalismo pluridimensional dos Direitos Humanos³³⁹, com especial enfoque nos problemas constitucionais que atravessam ordens jurídicas de hierarquias diversas (interconstitucionalidade) e problemas constitucionais que atravessam ordens jurídicas constitucionais de igual nível hierárquico (diálogo judicial internacional).

3.2.1 Interconstitucionalidade

Lucas Pires, em sua Introdução ao Direito Constitucional Europeu, apresentou as bases de uma crise da Constituição no cenário contemporâneo. Considerando que o constitucionalismo e o Estado-nação democrático estão intimamente relacionados, os quais se tornaram paradigma em todo o mundo, com o advento da globalização e a fragmentação de elementos essenciais do Estado, a Constituição entra na “crise da pós-modernidade e começa a sofrer de anomia, claustrofobia, entropia³⁴⁰”.

A emergência de novas instituições internacionais e unidades políticas regionais que recebem parcela da soberania dos Estados está ensejando uma espécie de “reestruturação supranacional do globo” e ocasionando uma crise constitucional bilateral, tanto interna quanto externa³⁴¹. Nesse cenário, o propósito constitucionalista europeu tem como finalidade regular, através do Direito, esferas que estão sob o domínio da política e da economia.

Tratando especificamente da União Europeia (que considera o “teatro de vanguarda desta mudança mundial”) e orientado pelas obras de Peter Häberle, Lucas Pires

³³⁹ “Essas situações complexas apontam para um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, no qual ocorre um transconstitucionalismo pluridimensional, que resulta da relevância simultânea de um mesmo problema jurídico-constitucional para uma diversidade de ordens jurídicas” (MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 235).

³⁴⁰ “Globalização e fragmentação, pêndulos desta ruptura histórica, correm a par também no plano normativo, e é sob esse duplo efeito que a Constituição deixa de ser o fecho e a chave do mundo político-jurídico para resistir sobretudo como seu alicerce e piso térreo. O próprio terreno lhe foge debaixo dos pés quando dos três elementos essenciais do Estado, o território se tornou menos estanque, a população menos exclusiva, a soberania menos indivisível” (FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Português: seu sentido, problemas e limites*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, p. 8).

³⁴¹ Lucas Pires informa, ainda, que: “Talvez se possa mesmo dizer que se o último século foi o apogeu da auto-determinação e da emancipação dos povos e nações, o próximo poderá ser o do reagrupamento em grandes espaços (EU, MERCOSUL, NAFTA, ASEAN, SADEC...)” (FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu: seu sentido, problemas e limites*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, p. 13 e 18).

expressa que o novo desafio da doutrina é traçar uma teoria da interconstitucionalidade, conferindo ênfase à conexão entre as diversas Constituições³⁴².

Do mesmo lado do Atlântico, Gomes Canotilho desenvolve uma teoria da interconstitucionalidade que busca enfrentar o problema da justaposição de Constituições e Poderes Constituintes em um mesmo espaço político, ocupando-se da relação existente entre a ordem jurídica da União Europeia e as ordens constitucionais dos seus Estados-membros.

Corroborando com as teses de Häberle e adotando conceitos luhmanianos, explica que os paradigmas das teorias juspublicitas gravitam em torno das seguintes posições: formalismo, estatismo, decisionismo e positivismo, ao passo que a teoria haberliana pressupõe a ideia de abertura cultural, que conta com a inserção dos seguintes parâmetros: tradição, inovações e pluralismo³⁴³. Ao final, defende uma amálgama composta por problemas de interorganizatividade e interculturalidade constitucional.

De início, Canotilho aponta que as Constituições nacionais resguardam a memória e a identidade política de uma nação, de modo que ao se encontrarem em uma rede interconstitucional, devem assumir um papel de auto-referência. Esse caráter autodescritivo resulta na permanência do valor e da missão das Constituições estaduais, não havendo que se falar na perda das suas essências ou do seu *DNA*³⁴⁴.

Em relação à autodescrição da própria União Europeia, argumenta que a articulação das Constituições nacionais relaciona-se com a identificação autodescritiva dessa nova organização política superior. Em suas palavras: “Os textos constitucionais mantêm a auto-referência dos sistemas nacionais ao mesmo tempo que reentram na rede interorganizativa para, desde logo, assegurarem o respeito das identidades nacionais (TUE,

³⁴² FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu: seu sentido, problemas e limites*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, p. 13 e 18. Prossegue afirmando que: “No lugar do sumo poder que é o poder constituinte, temos convenções retalhadas como um puzzle pelo requerimento da unanimidade” (FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu: seu sentido, problemas e limites*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, p. 46).

³⁴³ J. J. GOMES CANOTILHO, *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 264.

³⁴⁴ J. J. GOMES CANOTILHO, *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 268/269. Nas mesmas páginas, afirma que: “Estas constituições descenderam do “castelo” para a “rede”, mas não perderam as funções identificadoras pelo facto de, agora, estarem em ligação umas com as outras. A rede formada por normas constitucionais nacionais e por normas europeias constitucionais ou de valor constitucional (ex: normas princípios constantes de Tratados institutivos da União Europeia) faz abrir as portas dos estados fechados (“castelos”) e relativizar princípios estruturantes da estabilidade (soberania interna e externa, independência, hierarquia de normas, competência das competências), mas não dissolve na própria rede as linhas de marca das formatações constitutivas dos estados membros”.

art. 6º/3). Neste sentido, parece correcto afirmar-se que as autodescrições constitucionais são auto-observações textualmente fixadas”.³⁴⁵

Partindo dos conceitos häberlianos de “cultura constitucional”, “constituição cultural” e “Estado constitucional cultural”, compreendidos na ideia macro de “atitudes, ideias, experiências, padrões de valores, de expectativas de acções e comportamentos objetivos dos cidadãos e dos grupos plurais”, em especial a dinâmica dos órgãos estaduais e dos processos constituintes, a interculturalidade corresponde ao processo de cooperação e partilha de experiências, informações e valores vigente entre as constituições nacionais³⁴⁶.

Apresenta, ainda, uma ideia de intersemiotividade constitucional, por meio da qual as Constituições nacionais adquirem a função de integração cultural, revelando o papel de compor uma hermenêutica jurídica europeia, com a finalidade de harmonizar uma identidade cultural europeia com a afirmação das identidades nacionais. Possibilita uma abertura interpretativa relativa aos valores constitucionais fundamentais, tais como dignidade humana, igualdade, liberdade, democracia, dentre outros³⁴⁷.

Alessandra Silveira compreende a teoria da interconstitucionalidade como “estudo do fenómeno da pluralidade de fontes constitucionais (e reivindicações de autoridade constitucional) e das tentativas judiciais de acomodá-las num contexto jurídico-constitucional não hierarquicamente estruturado”. O Estado, que antes detinha o monopólio constitucional, adquire funções de “fiscalização, estratégia, prestações sociais³⁴⁸”.

Porém, apesar de compreender a sua teorização no contexto dos conflitos constitucionais internos à União Europeia, defende a sua utilização de modo geral, com a possibilidade de atualizar as teorias constitucionais então vigentes³⁴⁹.

³⁴⁵ J. J. GOMES CANOTILHO, *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 270/271.

³⁴⁶ J. J. GOMES CANOTILHO, *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 273/274.

³⁴⁷ CANOTILHO, *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 277/279.

³⁴⁸ ALESSANDRA SILVEIRA, “Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial” in SOLSONA, Gonçal Mayos at all (Org.), *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*, Vol. I, 1ª ed., Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado-LAECC, Uberlândia, 2015, p. 25 e 30.

³⁴⁹ ALESSANDRA SILVEIRA, “Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial” in SOLSONA, Gonçal Mayos at all (Org.), *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*, Vol. I, 1ª ed., Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado-LAECC, Uberlândia, 2015, p. 25/27. No mesmo sentido Paulo Rangel aponta que a ideia de Transconstitucionalidade “abre as portas à renovação da teoria da constituição” e “pode facilitar a tarefa de ‘redesenhar’ a constituição para um universo político em que o Estado deixou de ser o referente exclusivo dos materiais constitucionais” (PAULO CASTRO RANGEL,

Se o movimento constitucionalista foi responsável por estabelecer o aparecimento e fortalecimento dos Estados nacionais, os impactos da globalização fragilizaram todas as teorias que gravitam em torno da entidade estatal³⁵⁰. Os limites territoriais só importam aos mapas, a soberania tornou-se objeto de delegação e já se fala em uma população global.

O avanço dos sistemas econômicos e políticos propiciaram a emergência de comunidades regionais, as quais apresentam “pulsões constituintes” e um terreno fértil que reclama as suas funções: controle de centros autônomos de poder e necessidade de assegurar direitos humanos/fundamentais.

Teria o Estado nacional esgotado as suas funções na pós-modernidade? O que a teoria da interconstitucionalidade defende é a necessidade de “reagrupamento dos elementos em fuga³⁵¹” nesse cenário de integração regional, conservando o Estado nacional funções relevantes para manutenção do diálogo e da interatividade entre as ordens constitucionais de múltiplos níveis³⁵².

3.2.2 Diálogo judicial internacional: Da projeção unilateral norte-americana à “fertilização cruzada” (*cross-fertilization*)

“Transconstitucionalismo *versus* interconstitucionalidade: Uma leitura crítica do pensamento “Transconstitucional” de Marcelo Neves” in *Tribunal Constitucional – 35º aniversário da Constituição de 1975*, Vol. I, 1ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 155 e 153).

³⁵⁰ Sobre a emergência de um *ius cogens* internacional, Paulo Otero afirma que: “(...) a crise das concepções estaduais do fenômeno constitucional radica também na progressiva internacionalização de certos sectores de matérias que, integrando até a algumas décadas o domínio reservado dos Estados, hoje são objeto de uma intervenção normativa imperativa por parte de uma Comunidade Internacional: a existência de uma globalização de certas matérias integrantes do Direito Constitucional, permitindo falar num “Direito Constitucional Internacional”, fazendo emergir um *ius cogens* internacional sobre domínios antes de exclusiva regulação constitucional pelo Estado, se por um lado, gera uma pluralidade de leis fundamentais num contexto de constitucionalismo transnacional e de um *ius commune* constitucional, veio, por outro, mostrar que a Constituição não é mais uma realidade exclusivamente estadual;” (PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Edições Almedina, Coimbra, 2007, p. 19).

³⁵¹ FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu: seu sentido, problemas e limites*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, p. 17.

³⁵² Em defesa da “Interconstitucionalidade”, apresentando críticas à teoria do Transconstitucionalismo, cfr. PAULO RANGEL, “Transconstitucionalismo *versus* Interconstitucionalidade: Uma leitura crítica do pensamento “Transconstitucional” de Marcelo Neves” in *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 35º aniversário da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 151/174.

A globalização dos meios de comunicação é um resultado do surgimento de novas tecnologias, acrescido à facilidade do acesso à informação, de modo que foram relativizadas as distâncias geográficas que separam as diferentes nações³⁵³.

O mundo nunca esteve tão conectado como nesta última década. Em tempo real é possível obter informações sobre o que está sendo divulgado nos noticiários do Canadá ou da Holanda, as leis que estão em debate no Parlamento Alemão, bem como assistimos uma transmissão “ao vivo” - uma *live* - de um protesto que está acontecendo no Chile ou de uma tragédia que atingiu Beirute.

Facebook, Instagram, Google, smartphones e Skype são apenas exemplos de alguns instrumentos digitais que nos permitem atualmente acessar informações e nos comunicar rapidamente em todo o mundo, os quais são constantemente atualizados e agregam novas e avançadas funções. Além disso, alguns programas permitem que cada indivíduo tenha uma página pessoal que o identifique na *internet*, através da qual emitem as suas opiniões sobre diversos temas que estão em discussão em todo o mundo.

Crenças e convicções pessoais ultrapassam as fronteiras locais e podem ser “ouvidas”, ou acessadas, em todo o mundo. Como exemplo, uma Organização não governamental - ONG que compartilha suas lutas e conquistas em um perfil pessoal da *internet* dissemina a sua ideologia. Essas ideias podem penetrar em diversas sociedades das mais variadas formas, seja por meio de doutrina, de manifestações populares, do surgimento de um novo costume, dentre outras, e podem ser acolhidas pacificamente, ou gerar conflitos profundos na sociedade. O fato incontestado é que contribuem para a modificação do cenário social.

Portanto, os valores de uma sociedade são equivalentes às sementes, as quais após espalhadas podem fecundar - ou não - nos mais diversos solos, estejam eles preparados ou não para recebê-las.

Esse fenômeno possui implicações mais profundas do que se pode imaginar a primeira vista. Os valores, as ideias e crenças em um mundo sem fronteiras não esbarram nas construções teóricas de soberania estatal, processo legislativo e supremacia da Constituição.

³⁵³ Conforme nos ensina Canotilho, “as modernas tecnologias a muito deixaram de bater nas barreiras dos territórios estatais” (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 1350).

Estando as fronteiras locais mais fluídas, as decisões judiciais ultrapassam os limites territoriais da sua jurisdição e passam a exercer influência, direta ou indireta, sobre as sentenças exaradas por Cortes Constitucionais estrangeiras.

Refletindo sobre as consequências da globalização no mundo jurídico, com especial relevo nas questões constitucionais, Anne-Marie Slaughter afirmou expressamente “*Courts are talking to one another all over the world*”³⁵⁴.

A assertiva supra partiu da observação fática de que diferentes Tribunais Constitucionais ao redor do mundo promovem citações de decisões de tribunais estrangeiros no julgamento de casos levados à sua apreciação. Não se limitando a simples citação informativa, algumas Cortes vão além e colacionam jurisprudências externas nos fundamentos de seus julgados.

No intuito de entender e sistematizar o referido fenômeno, a doutrina apresentou diferentes nomenclaturas utilizadas para essa prática. Dentre elas destaca-se: transplantes constitucionais (*constitutional transplants*)³⁵⁵, comunicação transjudicial (*transjudicial communication*)³⁵⁶, migração de ideias constitucionais (*migration of constitutional ideas*)³⁵⁷ e empréstimos constitucionais (*constitutional borrowings*)³⁵⁸.

As referências às decisões estrangeiras seriam, também, uma espécie do gênero transconstitucionalismo, no contexto da doutrina apresentada por Marcelo Neves, que ocorre entre ordens jurídicas estatais³⁵⁹.

Utilizando como parâmetro a intensidade da interação entre as Cortes, Anne-Marie Slaughter classificou o fenômeno em três espécies. Fala-se em *diálogo direto* entre Tribunais quando neles está presente a consciência de que integram um diálogo, de tal forma que a comunicação iniciada por um tem como consequência a resposta de outro.

Já o *monólogo* compõe grande parcela dos casos de comunicação horizontal, noutras palavras, entre tribunais estrangeiros que detêm o *status*. Em tal caso, a corte “fala”

³⁵⁴ ANNE-MARIE SLAUGHTER, “A Typology of Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, vol. 29, n. 99, Richmond, 1994, p. 99.

³⁵⁵ HORACIO SPECTOR, “Constitutional Transplants and the Mutation Effect”, *Chicago-Kent Law Review*, v. 83, Chicago, 2008, p. 129/145.

³⁵⁶ ANNE-MARIE SLAUGHTER, “A Typology of Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, vol. 29, n. 99, Richmond, 1994, p. 101.

³⁵⁷ SUJIT CHOUDHRY, “Migration as a new metaphor in comparative constitutional law” in CHOUDHRY, Sujit, *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, New York, 2006, p. 13/16.

³⁵⁸ NELSON TEBBE e ROBERT L. TSAI, “Constitutional Borrowing”, *Michigan Law Review*, vol. 108, Ann Arbor, 2010, p. 459/522.

³⁵⁹ MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 166/187.

prioritariamente para o sistema jurídico nacional, não sendo verificada uma consciência de pertencimento a uma rede de conversação internacional.

Slaughter menciona, ainda, o *diálogo intermediado*, o qual acontece entre cortes nacionais através de um Tribunal Supranacional. Se por um lado a conversação inicia como monólogo no âmbito dos Estados nacionais, ela evolui para um diálogo intermediado através da síntese e disseminação dos argumentos jurídicos realizada pela corte ou organismo supranacional a que o Tribunal está vinculado³⁶⁰.

Após criteriosa pesquisa acerca do diálogo judicial internacional, Marcelo Ramires revela não haver grande novidade em relação à influência da experiência estrangeira no ordenamento jurídico nacional. A maioria das teorias e modelos jurídicos de países latino americanos contém intensa inspiração nas jurisprudências norte-americanas.

Ocorre que, se por um lado o cenário era de uma projeção irradiadora unilateral norte-americana, por outro lado ele sofreu intensas modificações nas últimas décadas. Duas novidades merecem destaque: “o declínio da influência da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA sobre suas congêneres de outras jurisdições, e o incremento das relações recíprocas dos outros tribunais do mundo³⁶¹”.

Por intermédio das “citações cruzadas” (*cross-citation*), ocorreria o que Anne-Marie Slaughter qualifica como “fertilização cruzada” (*cross-fertilization*). O Tribunal lança nos ventos transnacionais as ideias jurídicas e os princípios constitucionais de um Estado nacional específico³⁶².

Inspirada na doutrina de Slaughter, Claire L’Heureux-Dubé afirmou que o referido fenômeno desenvolveu-se, provocando o efeito da “polinização cruzada” (*cross-pollination*). Atenta às mudanças ocorridas, a *ex-justice* da Suprema Corte Canadense sustentou que um cenário inicial de recepção evoluiu e transformou-se em um diálogo pautado no respeito e

³⁶⁰ ANNE-MARIE SLAUGHTER, “A Typology of Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, vol. 29, n. 99, Richmond, 1994, p. 112/114.

³⁶¹ MAURÍCIO RAMIRES, *Diálogo Judicial Internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 107.

³⁶² ANNE-MARIE SLAUGHTER, “A Typology of Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, vol. 29, n. 99, Richmond, 1994, p. 101. No original: “As the metaphor of cross-fertilization suggests, the court that is the source of the legal rules or principles in question casts them into the transnational winds without any particular knowledge of, or concern for, where they will land.”

auxílio mútuo entre os tribunais, os quais passaram a buscar apoio uns nos outros em busca de autoridade persuasiva³⁶³.

Com o intuito de classificar o modelo de relacionamento entre o Tribunal Constitucional e a jurisprudência estrangeira, adotando como parâmetro a postura do tribunal receptor das ideias constitucionais externas, foram identificados os modelos de submissão, repulsa, decorativo, unilateralismo e interlocução³⁶⁴.

Uma relação de submissão é estabelecida quando se observa que o Tribunal, em busca de uma fonte de legitimação, efetua sucessivamente uma importação não seletiva e acrítica da jurisprudência de um Estado estrangeiro específico. Tal modelo é defendido por alguns autores como salutar para jovens Cortes Constitucionais, onde ausente a tradição constitucionalista, no decorrer do processo de consolidação de sua jurisprudência³⁶⁵.

Já o modelo de repulsa é verificado quando existe uma negação manifesta da Corte em alargar as suas fontes interpretativas com a experiência estrangeira. O exemplo amplamente citado pela doutrina é a atitude da Suprema Corte dos Estados Unidos até o final da década de 90, que externava um posicionamento de aversão à inclusão de elementos estrangeiros em suas decisões³⁶⁶.

Em contrapartida, a atitude de repulsa também pode verificar-se em reação a Estados que se mantêm alheios a troca de experiências constitucionais, ou até por razões de significativas diferenças culturais, políticas ou econômicas. Referidos casos representam uma rejeição seletiva, não uma simples repulsa genérica.

³⁶³ CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ, "The importance of dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court", *Tulsa Law Review*, vol. 34, Tulsa, 2013, p. 17. No original: "Judges no longer simply receive the cases of other jurisdictions and then apply them or modify them for their own jurisdiction. Rather, cross-pollination and dialogue between jurisdictions is increasingly occurring. As judgments in different countries increasingly build on each other, mutual respect and dialogue are fostered among appellate courts. Judges around the world look to each other for persuasive authority, rather than some judges being "givers" of law while others are "receivers." Reception is turning to dialogue."

³⁶⁴ ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2012, p. 122/134.

³⁶⁵ Cass Sunstein, através da ideia de *many minds argument*, justifica o uso de precedentes estrangeiros por democracias recentes, as quais precisam aprender com as nações democráticas mais experientes. Porém, ao examinar a experiência norte-americana, a qual apresenta longa tradição democrática, considera que a referida prática tornaria mais complexo o processo de tomada de decisão. (CASS SUNSTEIN *apud* ALEXANDRE DOUGLAS Z. DE CARVALHO, "Transconstitucionalismo ou cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo" in *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2015, p. 28).

³⁶⁶ Bruce Ackerman, ironicamente, afirmou que o "típico juiz americano não pensaria em aprender com uma opinião da Corte Constitucional alemã ou francesa", sustentando que a ascensão do constitucionalismo mundial, bem como a transformação a nível global, pouco impactou o pensamento constitucional americano. (BRUCE ACKERMAN, "The rise of world Constitutionalism" in *Virginia Law Review*, n. 83, Charlottesville, 1997, p. 772. No original: "The typical American judge would not think of *learning* from an opinion by the German or French constitutional court".)

Por sua vez, a utilização decorativa de jurisprudência estrangeira seria uma estratégia utilizada pelo juiz para manifestar conhecimento, erudição e ornamentar as decisões, mas comumente é descontextualizada e pouco acrescenta à fundamentação do julgado.

O modelo de interlocução consiste naquele em que o órgão competente para o controle de constitucionalidade se mostra aberto ao aprendizado por meio das experiências estrangeiras, o que ocorre através de uma leitura crítica e contextualizada para, ao final, considerar o aproveitamento, ou não, de elementos interpretativos da decisão externa para o caso concreto nacional. Nesse cenário, há que defenda que o emprego da jurisprudência estrangeira mais benéfica tratar-se-ia de um direito fundamental, o qual é construído evolutivamente pela sociedade mundial³⁶⁷.

Por fim, o modelo unilateralista é verificado nas Cortes que não citam expressamente julgados estrangeiros, mas não se mostram contrárias à referida prática. Faz-se alusão à França, onde as escassas citações estrangeiras seriam um reflexo da sua estrutura específica do controle de constitucionalidade³⁶⁸. Ocorre que, não obstante a classificação francesa no modelo unilateralista, parcela da doutrina defende uma “influência silenciosa” dos precedentes estrangeiros na atividade do Conselho, que não é exteriorizada por peculiaridades estruturais, como o prazo limitado dos membros para apresentação de seus votos, os quais apresentam concisa fundamentação³⁶⁹.

Com vistas a aferir os diferentes graus de envolvimento dos Estados em uma pretensa rede de influências jurisprudenciais, se fez necessária uma breve e sucinta análise do direito comparado.

³⁶⁷ A proposta apresentada por André Ramos Tavares coloca-se como um mecanismo de crescimento através dos casos estrangeiros, visando à máxima proteção dos direitos fundamentais, tendo afirmado que “seria cabível cogitar de um direito fundamental implícito à ampla proteção decorrente da utilização cruzada de jurisprudência constitucional não nacional”, e prossegue sustentando que “a rejeição da jurisprudência estrangeira mais benéfica ao direito fundamental questionado teria de justificar-se com base em particularidades latentes de cada Constituição nacional” (ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2012, p. 131/132 e 151).

³⁶⁸ O controle de constitucionalidade foi reservado ao Conselho Constitucional, por meio da Constituição Francesa de 1958. O controle é preventivo e realizado por um órgão de origem e composição política, não pertencente à estrutura do Poder Judiciário.

³⁶⁹ MAURÍCIO RAMIRES, *Diálogo Judicial Internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 135/140. No mesmo sentido, Carpentier assevera que uma análise vigilante dos trabalhos do Conselho Constitucional revela a sucessiva permeabilidade das decisões ao direito comparado. Informa, ainda, uma maior disposição do referido órgão ao conhecimento de teses estrangeiras quando está em causa questões que envolvem direitos fundamentais/humanos, bem como quando se trata de uma possível evolução interpretativa decorrente de mudança nos costumes da sociedade (ELICE CARPENTIER, “La utilización de la Jurisprudencia Constitucional Extranjera por el Consejo Constitucional Francés”, *Estudios Constitucionales*, ano 7, n. 2, Santiago, 2009, p. 132 e 136).

Nos Estados Unidos da América a prática das citações estrangeiras provocou acalorados debates na Suprema Corte, integrando o conteúdo das chamadas guerras culturais entre conservadores e progressistas³⁷⁰. Por sua vez, apesar de representar um país com forte tradição constitucionalista, interessante fato relatado pela doutrina é que, em razão do desinteresse em participar do diálogo internacional entre Tribunais Constitucionais, observou-se a redução da influência irradiadora dos julgados norte-americanos e do prestígio internacional da Suprema Corte dos EUA, considerando a redução das citações de seus julgamentos USSC por outras Cortes Constitucionais³⁷¹.

As experiências portuguesa e brasileira exemplificam a existência de Cortes que apesar de estarem empenhadas nessa rede de conversação internacional e realizarem intensamente citações estrangeiras, agem com extrema seletividade no momento de escolher os Tribunais a serem citados³⁷².

A observação da experiência alemã demonstra que o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE), em que pese a forte tradição jurídica e a jurisprudência consolidada, não está alheio à experiência foran de suas fronteiras, de modo que a influência externa pode ser evidenciada de forma implícita ou explícita³⁷³.

³⁷⁰ Conforme Mark Tushnet “The political valence of the controversy of references to non-U.S. law strongly suggests that that controversy too is part of the culture wars.” (MARK TUSHNET, “Referring to Foreign Law in Constitutional Interpretation: An Episode in the Culture Wars”, *Baltimore Law Review*, vol. 35, Baltimore, 2006, p. 309).

³⁷¹ Nesse sentido cfr. URSULA BENTELE, “Mining For Gold: The Constitutional Court Of South Africa's Experience With Comparative Constitutional Law”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 37, n. 2, Athens, 2009, p. 230 e ALEXANDRE DOUGLAS Z. DE CARVALHO, “Transconstitucionalismo ou cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo” in *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2015, p. 28.

³⁷² ROMANO ORRÚ, “Um olhar externo sobre a Jurisprudência Constitucional Portuguesa” in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 481/514 e GUILHERME PEÑA DE MORAES, *Constitucionalismo Multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*, Atlas, São Paulo, 2015, p. 53. Sobre o assunto, Virgílio Afonso da Silva aponta que “um claro déficit na integração jurídica na América do Sul é uma grande ausência de diálogo constitucional transnacional entre tribunais, o que resulta em uma quase total ausência de migração de idéias constitucionais na região.” (VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul” in BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2012, p. 522-523).

³⁷³ Nesse sentido, MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 175 e MAURÍCIO RAMIRES, *Diálogo Judicial Internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 131/135. Ademais, Brun-Otto Bryde, ex-juiz do Tribunal Constitucional Alemão, sustentou que apesar do Tribunal raramente citar decisões de tribunais estrangeiros, existe uma consulta extensiva de tais fontes no desenvolvimento de uma decisão, o que revela uma grande lacuna entre as fontes da decisão citada e as fontes que realmente influenciam os julgadores (No original: “The Court rarely cites scholarly opinions or others courts, much less so than other high courts in Germany. Nevertheless, it consults these sources extensively in reaching a decision. The result is a huge gap between the sources of the decision cited and those actually influencing the judges.” (BRUN-OTTO BRYDE, “The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue” in MARKESINIS, Basil e

Por fim, apontam-se as Cortes da África do Sul³⁷⁴ e do Canadá como as mais dedicadas ao diálogo e comprometidas com a rede global de citações constitucionais. Por tal postura, adquiriram progressivamente maior prestígio e assumiram uma posição de referência no cenário mundial, evidenciado pelo fato de suas decisões serem cada vez mais citadas por outras Cortes³⁷⁵, em que pese não possuírem historicamente forte tradição constitucionalista.

A realidade incontestável é que “o direito se tornou objeto de intercâmbio³⁷⁶”, em especial por meio da expansão da influência hermenêutica dos fundamentos jurídicos cristalizados nas decisões judiciais.

Na Europa não se apresentou tanta polêmica em relação à recepção de entendimentos jurisprudenciais estrangeiros, haja vista que as discussões doutrinárias estavam voltadas para um evento maior e mais urgente, qual seja a perspectiva de uma Constituição da União Europeia³⁷⁷.

Nos Estados Unidos, porém, o diálogo com Tribunais Estrangeiros no contexto de demandas constitucionais internas tornou-se um dos temas centrais do constitucionalismo norte-americano³⁷⁸.

A citação de material estrangeiro, para além de uma simples faceta do direito comparado, foi uma prática que se desenvolveu espontaneamente no mundo jurídico, mas que conserva intensas implicações para a hermenêutica jurídica e o Direito Constitucional.

FEDTKE, Jörg (Org.), *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, Routledge Cavendish, New York, 2006, p. 297).

³⁷⁴ Conforme exposto no art. 39, n. 1, da Constituição Sul-africana, qualquer tribunal ao interpretar a Carta de Direitos, poderá considerar o direito estrangeiro para a promoção dos valores subjacentes a uma sociedade aberta e democrática, com base na dignidade humana, igualdade e liberdade (No original: "39 Interpretation of Bill of Rights (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum- (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law").

³⁷⁵ Cfr. G. E. DEVENISH, *A Commentary on the South African Constitution*, Butterworth-Heinemann, Durban, 1998, p. 326; URSULA BENTELE, "Mining For Gold: The Constitutional Court Of South Africa's Experience With Comparative Constitutional Law", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 37, n. 2, Athens, 2009, p. 229 e MAURÍCIO RAMIRES, *Diálogo Judicial Internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 169. Por sua vez, Aharon Barak, ex-juiz da Suprema Corte de Israel, afirmou que "A Suprema Corte Canadense é particularmente notável pelo uso frequente e fecundo do direito comparado. Assim sendo, o Direito canadense serve como uma fonte de inspiração para muitos países ao redor do mundo" (AHARON BARAK, "A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy" in *Harvard Law Review*, vol. 116, n. 1, Cambridge, 2002, p. 114. No original: "The Supreme Court of Canada is particularly noteworthy for its frequent and fruitful use of comparative law. As such, Canadian law serves as a source of inspiration for many countries around the world".)

³⁷⁶ JULIE ALLARD e ANTOINE GARAPON, *Les juges dans la Mondialisation: La Nouvelle Révolution du Droit*, La république des Idées, Paris, 2005, p. 5.

³⁷⁷ MAURÍCIO RAMIRES, *Diálogo Judicial Internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 10.

³⁷⁸ MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 144.

A análise dos impactos jurídicos da globalização necessariamente remete aos problemas associados ao enfraquecimento da soberania estatal. Muito além do exposto, suscitam conflitos relacionados a diversas questões, tais como o conteúdo material dos princípios constitucionais, separação dos poderes, atuação contramajoritária da jurisdição constitucional e a própria teoria do Poder Constituinte.

3.3 Globalização econômica e a mitigação da soberania estatal

De contornos indefinidos e consequências múltiplas e complexas, a globalização reflete em incontáveis esferas da vida social. Dentre elas, aponta-se uma interferência da expansão econômica no panorama jurídico nacional.

O desenvolvimento de uma sociedade global, bem como a velocidade e facilidade com que as informações e os recursos financeiros atravessam as fronteiras do território nacional, foram elementos que promoveram intensos contatos entre o Direito de diferentes Estados, com forte influência recíproca, sobretudo em matéria constitucional.

Superadas as adversidades resultantes da transnacionalização dos mercados de consumo, capitais, produção e valores, sobrevieram dificuldades oriundas da necessidade de adequação jurídica e institucional com a finalidade de garantir o desempenho de uma economia globalizada³⁷⁹.

É nesse cenário que o Estado se revela limitado em sua função centralizadora de regulamentar os acontecimentos políticos, sociais e econômicos no advento de uma sociedade mundial. Gradativamente, regras de origem extra estatais, que surgem informalmente no âmbito das relações empresariais, dos blocos econômicos ou da interpenetração dos sistemas financeiros³⁸⁰ confrontam as normas de origem estatais.

Consequentemente, o mundo jurídico esbarra em um quadro de “erosão do monismo jurídico” em razão do desenvolvimento de um pluralismo normativo, que não mais

³⁷⁹ JOSÉ EDUARDO FARIA, *O Direito na Economia Globalizada*, 1ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2004, p. 14.

³⁸⁰ Habermas alerta que: “As tendências e processos da globalização, que hoje atraem nossa atenção, modificam uma constelação histórica na qual o Estado, a sociedade e a economia tinham a mesma extensão, no âmbito de fronteiras nacionais. Ora, o sistema econômico *internacional*, no qual os Estados fixam os limites entre a economia interna e as relações de comércio externas transformou-se, no decorrer da globalização dos mercados, numa economia *transnacional* (...) É que, na conjuntura atual, os Estados estão inseridos nos mercados e não o contrário” (JÜRGEN HABERMAS, *Era das Transições*, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003, p. 103/104).

atende à estrutura hierarquizada dos ordenamentos jurídicos nacionais. Por seu turno, no plano da realidade, a competência para tomada de decisões políticas e jurídicas foi deslocada para o âmbito de instituições que não são possuem legitimidade constitucional e democrática para emití-las³⁸¹.

A conveniência de atrair investimentos financeiros e a inevitável inserção na disputa capitalista expõe um cenário em que as leis do capital globalizam-se³⁸², a tal ponto que os Estados se encontram pressionados a reduzir as proteções e benefícios sociais, alterar regras eleitorais, implementar renúncias fiscais, relativizar direitos trabalhistas³⁸³, bem como ignorar profundos prejuízos ambientais. Os meios justificam os fins, se o fim for um PIB crescente.

No contexto de “neocorporativização da decisão pública³⁸⁴”, as nações apresentam sua autonomia decisória limitada, ao passo que o sistema político constitucionalmente delimitado deixa de ser a arena de ordenação da sociedade. Na prática, apresenta-se um cenário global de mitigação das soberanias estatais, haja vista que os Estados passam a ter as suas diretrizes traçadas por agentes econômicos, conduzindo-se como simples legitimador das decisões corporativas³⁸⁵.

³⁸¹ Conforme José Eduardo Faria, o qual prossegue alertando que: “A principal característica desse tipo de ‘confronto’ é que, quase sempre, ele tende a eclodir fora da arena eleitoral, a se desenvolver independentemente da intermediação do Legislativo e ficar à margem da adjudicação do Judiciário, circunscrevendo-se, basicamente, ao âmbito do Executivo. E, aí, cada vez mais esses confrontos passam a ser equacionados por processos informais de negociação, pouco transparentes ao grande público e fora do alcance dos mecanismos de controle via representação partidária, o que leva as formas universalistas de agregação de interesses típicas da democracia a serem atravessadas e esvaziadas por práticas e arranjos de caráter *neocorporativo*.” (JOSÉ EDUARDO FARIA, *O Direito na Economia Globalizada*, 1ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2004, p. 15 e 26/27). Em sentido similar, Paulo Otero assevera que: “Deparamos com novos participantes no exercício do poder público, isto sem que tais grupos de interesses gozem de um específico título formal de legitimidade que os habilite a partilhar o exercício da soberania conferida pela Constituição aos órgãos legislativos, verificando-se que os mesmos se encontram ainda subtraídos a qualquer tipo de responsabilidade que habitualmente vincula os órgãos do Estado” (Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 142).

³⁸² FRIEDRICH MÜLLER, “A Limitação das possibilidades de atuação do Estado-Nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência”, trad. Peter Naumann, in PAULO BONAVIDES *et al* (Org.), *Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*, Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 210.

³⁸³ JOSÉ SOARES FILHO, *Elementos da Ordem Jurídica Internacional e Comunitária: Enfoque dos direitos sociais e trabalhistas no plano supranacional e em face da globalização da economia*, Juruá Editora, Curitiba, 2003, p. 158/171.

³⁸⁴ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 139/143.

³⁸⁵ “Os Estados integram-se em mercados, em vez de a economia se integrar nos Estados – os Governos nacionais não dominam a vida econômica e estão enfraquecidos, jurídica e financeiramente, no mundo globalizado, perante os fenômenos da internacionalização e a afirmação de poderosos actores transnacionais.” (J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “O papel do Estado na Sociedade e na Socialidade” in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, org. Maria Lúcia Amaral *et al*, Edições Almedina, Coimbra, 2016, p. 243.)

Friedrich Müller revela que globalização é apenas termo eufemístico para “um novo jogo de violência e poder, de um Executivo planetário não-democrático que opera nos bastidores e é formado pelo FMI, pelo Banco Mundial, pela OMC, pela OCDE e pelas cúpulas do G8”, fenômeno que, inevitavelmente, promove o enfraquecimento do sistema democrático, haja vista que os representantes políticos eleitos não detêm mais o controle das decisões estatais relevantes, enquanto os verdadeiros decisores não são eleitos democraticamente³⁸⁶.

Uma nova dinâmica é construída, informalmente, em substituição à relação bilateral Estado-Sociedade, com o incremento de novos atores: grupos econômicos, políticos e sociais que “amortecem” a soberania estatal³⁸⁷, de tal forma que a relação entre sujeitos desiguais resulta na projeção do mais forte³⁸⁸ e, conseqüentemente, fragiliza a soberania popular³⁸⁹.

Em meio a tantas transformações, cabe questionar-se se a expansão econômica estaria acelerando o processo de degeneração das bases teóricas das teorias do poder constituinte que utilizam como alicerce o dogma da soberania popular no contexto do Estado nacional.

A título de exemplo prático, cita-se a constituição do Grupo de Investidores Estrangeiros – GIE no Brasil. Referida entidade, já na década de 90, agia de modo informal como intermediária entre os conglomerados transnacionais e o governo. Ademais, prestava auxílio ao governo com o objetivo de minimizar os obstáculos jurídicos e fiscais que se apresentavam às grandes empresas internacionais para a realização de investimentos no Estado³⁹⁰.

³⁸⁶ FRIEDRICH MÜLLER, “A Limitação das possibilidades de atuação do Estado-Nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência”, trad. Peter Naumann, in PAULO BONAVIDES *et all* (Org.), *Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*, Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 210/211.

³⁸⁷ ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Atlântida Editora, Coimbra, 1969, p. 111/116.

³⁸⁸ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Pelas Mãos de Alice: O social e o político na pós-modernidade*, 5ª ed., Edições Afrontamento, Porto, 1996, p. 251.

³⁸⁹ NORBERT LECHNER, “Los nuevos perfiles de la política. Un bosquejo” in *Revista Nueva Sociedad*, n. 180-181, Julio/Octubre, Buenos Aires, 2002, p. 270.

³⁹⁰ JOSÉ EDUARDO FARIA, *O Direito na Economia Globalizada*, 1ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2004, p. 26.

Verifica-se, portanto, a existência de ordens normativas simultâneas que não seguem a lógica piramidal e hierárquica, mas estão dispostas em rede³⁹¹, apresentando-se o ordenamento jurídico estatal como apenas mais uma dentre as ordens vigentes na sociedade global³⁹².

Nesse cenário, os governos, acompanhando essa normatização externa, que na maioria dos casos conflita com as suas normas constitucionais, passam a adotar medidas que ultrapassam as diretrizes e os limites traçados pela Constituição. A doutrina denomina essa prática de “Estado Paralelo³⁹³” ou “Estado Informal³⁹⁴”.

Boaventura Santos apresenta como exemplo a Constituição da República Portuguesa de 1976, que originariamente trazia em seu preâmbulo a decisão do povo português de abrir caminho para uma sociedade socialista. Mas, de forma contraditória, existe “um Estado constitucional preocupado com a construção de uma democracia capitalista moderna quando sua Constituição previa uma sociedade socialista sem classes³⁹⁵”.

Outro exemplo consiste no artigo 80º, alínea “a”, também da Constituição Portuguesa de 1976, que declarou como um dos princípios fundamentais de organização econômico-social “a subordinação do poder econômico ao poder político democrático”.

A desconformidade do dispositivo constitucional supra com a realidade, em meio a um cenário de economia globalizada, pode ser constatada na análise da atuação da *Troika* (equipe composta pelo Banco Central Europeu, o Fundo Monetário Internacional – FMI e a Comissão da União Europeia). Um programa de ajustamento financeiro e econômico (*Memorandum of Understanding* - MoU) com medidas de austeridade foi estabelecido em 2011, prescrito pelos referidos agentes econômicos, segundo o qual o governo Português teve

³⁹¹ PAOLO GROSSI, “A formação do jurista e a exigência de um hodierno ‘repensamento’ epistemológico”, trad. Ricardo Marcelo Fonseca in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n. 40, Curitiba, 2004, p. 18/19.

³⁹² BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, vol. I, Edições Afrontamento, Porto, 2000, p. 158/159 e J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. XI/XII. Nesse sentido, Paolo Grossi afirma que: “ao lado do grande canal navegável e navegado do direito de vários Estados ou do direito comunitário ou do direito internacional, tomam formas de modo sempre mais claras outros canais que correm paralelamente e que se tornam sempre mais navegados. São feitas grandes fissuras no monopólio jurídico estatal, já que, depois de tudo, os sujeitos produtores são plurais e plurais são as fontes de direito” (PAOLO GROSSI, *O Direito entre Poder e Ordenamento*, trad. Arno Dal Ri Júnior, Del Rey, Belo Horizonte, 2010, p. 77/78).

³⁹³ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “O Estado, as Relações Salariais e o Bem-Estar Social na Semiperiferia: O Caso Português” in BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (Org.), Portugal: Um Retrato Singular, Edições Afrontamento, Porto, 1993, p. 15/56.

³⁹⁴ JOSÉ EDUARDO FARIA, *O Direito na Economia Globalizada*, 1ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2004, p. 127.

³⁹⁵ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “O Estado, as Relações Salariais e o Bem-Estar Social na Semiperiferia: O Caso Português” in BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (Org.), Portugal: Um Retrato Singular, Edições Afrontamento, Porto, 1993, p. 27.

que se submeter com a finalidade de obter auxílio internacional, ainda que em conflito parcial com normas constitucionais consagradas pelo povo³⁹⁶.

Progressivamente, sem transparência e de maneira não oficial³⁹⁷, os representantes políticos e grandes influenciadores econômicos procedem a uma espécie de divisão do poder político de Estados nacionais, ou até mesmo de blocos econômicos, não obstante a ausência de legitimidade democrática.

3.4 Ciberdemocracia e as Câmaras de Eco

Considerando o alargamento da sociedade e das suas arenas de conformação, bem como a rápida disseminação de ideias, valores, tendências e paradigmas, verifica-se que os mecanismos de participação democrática do processo de tomada de decisão política se encontram ultrapassados e já não respondem mais aos anseios sociais.

Democracia e o Constitucionalismo são conceitos que apesar de caminharem juntos, por vezes e, dependendo do ponto de vista³⁹⁸, vão em direção opostas. Isso porque os direitos constitucionais não podem estar ao arbítrio de maiorias. Mas, se é verdade que a democracia encontra limites constitucionais, também não se pode falar em constitucionalismo sem democracia.

O avanço dos meios tecnológicos e o surgimento das mídias sociais permitiram uma ampla e imediata conexão entre os indivíduos de uma sociedade, com benefícios verificados em diversos aspectos, sobretudo o econômico e a facilidade de divulgação das informações, as quais não estão mais submetidas ao crivo das empresas de televisão, rádio e jornal. Mas, na prática, quando mal ou inconscientemente utilizadas, as mídias sociais

³⁹⁶ Adalberto Campos Fernandes foi direito ao declarar que: “O primado da política soçobrou face ao poder do sistema financeiro conduzindo as democracias europeias para um grave estado de desânimo face ao projeto europeu e de frustração relativa à capacidade de regeneração social e económica” (ADALBERTO CAMPOS FERNANDES, “A crise e as escolhas políticas em saúde” in EDUARDO PAZ FERREIRA (Org.), Troika Ano II: uma avaliação de 66 cidadãos, Edições 70, Lisboa, 2013, p. 20). Por sua vez, consciente da relativização da soberania popular diante dos acordos celebrados com o FMI, Paulo Bonavides afirmou que o poder constituinte da nação brasileira se encontrava na microconstituente dos tecnocratas. Cfr. PAULO BONAVIDES, “O direito constitucional e o momento político” in Revista de Informação Legislativa, vol. 21, n. 81, Senado Federal do Brasil, Brasília, 1984, p. 222.

³⁹⁷ Pois ocorre a revelia de grande parte da população, a qual desconhece essa influência, hoje já não tão silenciosa. Portanto, seriam os detentores do poder invisíveis, não legítimos e não oficiais que Loewenstein afirma existir e que apenas são percebidos após uma análise sociológica do processo de poder. Cfr. KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Editorial Ariel, Barcelona, 1982, p. 37.

³⁹⁸ Sobretudo para quem defende a noção rousseauiana de democracia como regra da maioria.

também podem trazer sérios problemas para a concretização da democracia, tornando-se um perigoso instrumento para a proliferação dos extremismos.

Cass Sunstein levanta alguns pontos que obstaculizam o uso das novas tecnologias para o fortalecimento da democracia. Primeiro, o advento de um “ciberconsumismo”, caracterizado pelo excesso de interesse no consumo, estaria ofuscando a possibilidade de utilização da tecnologia como solução para diversos e sérios problemas sociais³⁹⁹. Por outro lado, a ampla oferta de informações disponíveis na rede global demanda a necessidade de filtrar o que será acessado, o que normalmente é realizado atendendo ao critério do interesse pessoal, como uma espécie de jornal “The Daily Me”⁴⁰⁰.

Partindo do pressuposto que a democracia reclama a troca de experiências, o confronto e o discurso sobre todos os possíveis pontos de vista acerca de determinada questão, as telas, apesar de facilitarem as interações sociais, funcionam simultaneamente como espelhos que refletem nossas opiniões e como escudos, que trazem a possibilidade de sermos seletivos em relação aos argumentos apreciados (ou acessados).

Como agravante, os próprios *sites* acessam o histórico do nosso computador/smartphone e as páginas mais visualizadas são gravados em forma de *cookies*, enviadas aos servidores das empresas, dessa forma o nosso histórico de navegação influencia os nossos próximos acessos, seja em forma de propagandas, links ou outros mecanismos de chamar a nossa atenção. Em se tratando de redes sociais, no *feed* de notícias são primeiro apresentados os perfis com base em um critério de preferência, conforme o usuário demonstre maior ou menor interesse em navegações anteriores⁴⁰¹. Navegar nunca foi tão preciso.

³⁹⁹ CASS SUNSTEIN, *Republic.com 2.0*, Princeton University Press, New Jersey, 2007, p. 134. Em outro trabalho, Sunstein aponta que: “Doenças mentais, dores crônicas, desemprego, vulnerabilidade ao crime, problemas com drogas nas famílias – informações sobre todas essas questões se espalham via mídias sociais e podem ser reduzidas através de políticas adequadas. Quando as pessoas podem falar umas com as outras e divulgar o que sabem às autoridades, o mundo inteiro pode mudar rapidamente.” (CASS SUNSTEIN, “As mídias sociais são boas ou ruins para a democracia?” *in* Revista Internacional de Direitos Humanos, v.15, n.27, São Paulo, jul/2018, p. 86).

⁴⁰⁰ CASS SUNSTEIN, *Republic.com 2.0*, Princeton University Press, New Jersey, 2007, p. 3/7.

⁴⁰¹ Sunstein relata que: “Há pouco mais de um ano, um importante post no Facebook declarou: ‘O objetivo do News Feed é mostrar às pessoas as histórias que são mais relevantes para elas’. Ele chamou atenção para os ‘valores centrais’ do Facebook, que exigem ênfase no ‘conteúdo que é mais importante para você’. O post enfatizou: ‘Algo que uma pessoa considera informativo ou interessante pode ser diferente do que outra pessoa acha informativo ou interessante’. Isso é verdade. A postagem adicionou, ‘à medida que o Feed de notícias evolui, continuaremos desenvolvendo ferramentas poderosas e fáceis de usar para proporcionar a você a experiência mais personalizada possível’ (...). Do ponto de vista da democracia, isso é um pesadelo.” (CASS SUNSTEIN, “As mídias sociais são boas ou ruins para a democracia?”, trad. por Adriana Guimarães *in* Revista Internacional de Direitos Humanos, v.15, n.27, São Paulo, jul/2018, p. 87).

Como consequência verifica-se a ocorrência de bolhas ou casulos de informação que provocam fragmentações da sociedade, funcionando como espécies de “câmaras de eco”, por meio das quais cada pessoa seria capaz de escutar somente o eco de sua própria voz, ou de vozes análogas que apenas reafirmam uma opinião já assimilada, sem uma compreensão total da realidade⁴⁰². Utilizada dessa forma, a *internet* se apresenta como uma força centrífuga contrária aos ideais democráticos.

Sem a possibilidade de conhecer, discutir e refletir sobre outros pontos de vista, dada a ausência de debate e da troca de informações e conhecimentos, emerge um terreno fértil para o aparecimento e a intensificação de posições extremas, em total descompasso com o pluralismo e a heterogeneidade das sociedades atuais. O fechamento em bolhas de informação promove uma repressão da diversidade social e torna as pessoas mais rígidas e inflexíveis em suas opiniões⁴⁰³. Estaríamos, em pleno século XXI, nos aprisionando novamente na caverna imaginada por Platão?

Um terceiro obstáculo apontado consiste na divulgação de notícias falsas. As novas formas de mídia social, se por um lado permitem a qualquer cidadão ter voz ativa, por outro lado acarretam os problemas das *fake news*⁴⁰⁴, com consequências devastadoras quanto menor for a educação de base e o interesse político da população.

É bem verdade que as mentiras (ou fofocas) sempre acompanharam a história do ser humano. Mas, o que antes estava circunscrito a um pequeno local, atualmente pode atingir uma grande quantidade de usuários em uma velocidade impressionante, com sérias consequências políticas e sociais.

Há relatos de empresas, políticos, grupos ou até mesmo cidadãos individuais, que motivados por interesses pessoais, espalham *fake news* de forma consciente com o intuito de prejudicar seja uma empresa concorrente, um político com quem se disputa uma eleição ou

⁴⁰² CASS SUNSTEIN, *Republic.com 2.0*, Princeton University Press, New Jersey, 2007, p. 25 e 99/10.

⁴⁰³ Sunstein relata uma experiência realizada no Colorado onde alguns americanos foram divididos em grupos conforme o pertencimento a estereótipos pré-estabelecidos (conservadores, liberais, centro-esquerda, centro-direita, centro) e foram instados a deliberar sobre temas controversos nos EUA. O resultado foi a adoção de posições ainda mais extremas após a discussão entre membros que já comungam da mesma linha de pensamento. Esse fenômeno denomina-se “polarização de grupo em ação”. Cfr. CASS SUNSTEIN, “As mídias sociais são boas ou ruins para a democracia?”, trad. por Adriana Guimarães in *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v.15, n.27, São Paulo, jul/2018, p. 88/89.

⁴⁰⁴ CASS SUNSTEIN, “As mídias sociais são boas ou ruins para a democracia?”, trad. por Adriana Guimarães in *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v.15, n.27, São Paulo, jul/2018, p. 86.

até mesmo motivados por ideologias ou religiões extremistas⁴⁰⁵. A gravidade desse fato se revela no fato de que as mídias sociais permitem que as notícias falsas sejam enviadas diretamente para pessoas que apresentam maior propensão em acreditar nelas, potencializando o evento danoso.

Após intensos debates no espaço norte-americano, desde 2016 o *Facebook* anunciou a adoção de uma série de medidas de verificação de informações e combate à disseminação de notícias falsas. Dentre elas, destaca-se a criação de um Conselho de Supervisão, entidade independente e composta por integrantes oriundos de diferentes países, o qual assume a função de analisar se o conteúdo disponível no *site* atende as políticas e valores do *Facebook* e *Instagram*, com olhar atento à relevância da liberdade de expressão conforme normas internacionais de direitos humanos⁴⁰⁶.

Recentemente, com o objetivo de evitar a desinformação relacionada à epidemia global gerada pela disseminação do novo coronavírus (COVID-19) e, consequentemente, maiores riscos à saúde dos usuários, a empresa adotou, também, as seguintes medidas: 1) Envio de informações verdadeiras às pessoas que interagiram com falsas informações sobre o novo coronavírus; 2) Criação de uma seção denominada “Conheça os Fatos” na Central de Informações sobre o COVID-19; 3) Trabalho conjunto com mais de 60 organizações de verificação de fatos que conferem e classificam conteúdos em mais de 50 idiomas ao redor do mundo; 4) Em caso de conteúdo classificado como falso pelos verificadores de fatos, sua distribuição é reduzida e são exibidos avisos com maiores explicações; 5) Remoção de anúncios cujo conteúdo poderia levar a danos físicos no mundo real⁴⁰⁷.

Sunstein defende que para minimizar os efeitos da polarização, as mídias sociais deveriam se preocupar em oferecer uma experiência mais diversificada, reduzindo a personalização dos *feeds*. Para tanto, deve haver certa aleatoriedade nos algoritmos, uma checagem sobre a veracidade das informações mais divulgadas, dentre outras possibilidades. De forma paralela, também se faz necessária o fortalecimento do senso crítico e a conscientização da população para que as escolhas pessoais das notícias e perfis acessados na *internet* sejam plurais, tanto quanto diversa for a sociedade. Nesse ambiente de experiências

⁴⁰⁵ Sobre o assunto cfr. YASCHA MOUNK, *O povo contra a democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la?*, trad. Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg, 1ª ed., Companhia das Letras, São Paulo, 2019.

⁴⁰⁶ Para maiores informações, conferir: <<https://www.oversightboard.com/>>. Acesso em: 18/05/2020.

⁴⁰⁷ Notícia completa disponível em: <<https://about.fb.com/br/news/2020/04/atualizacoes-sobre-nossos-esforcos-para-manter-as-pessoas-informadas-e-limitar-a-desinformacao-sobre-covid-19/>>. Acesso em: 20/05/2020.

diversas compartilhadas é possível a formação de uma “cola social” que une os cidadãos em torno de uma democracia saudável e participativa.

Remontando à lição de Benjamin Franklin que retrata a necessidade de haver um esforço social para a manutenção de uma República, Sunstein defende que todos os obstáculos e perigos apontados podem ser neutralizados se o compromisso com as aspirações democráticas e republicanas for uma prioridade para cada cidadão⁴⁰⁸.

Sobre a obra de Sunstein, Canotilho é direto ao afirmar que sua leitura lhe permitiu concluir, não sem angústia e espanto, que “as traves mestras do constitucionalismo poderão estar perante uma total mudança de paradigmas⁴⁰⁹”. Não poderíamos concordar mais, a ponto das teorias democráticas necessitarem de uma atualização para uma teoria da ciberdemocracia⁴¹⁰ ou teledemocracia⁴¹¹.

⁴⁰⁸ SUNSTEIN, Cass, *Republic.com 2.0*, Princeton University Press, New Jersey, 2007, p.119.

⁴⁰⁹ J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 335.

⁴¹⁰ DEO CAMPOS DUTRA E EDUARDO OLIVEIRA, “Ciberdemocracia: a internet como ágora digital” in *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 6, n. 11, Editora Unijuí, Ijuí, 2018, p. 134/166.

⁴¹¹ ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *¿Cibercidadani@ o ciudadani@.com?*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, p. 73 e ss. e ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, “Teledemocracia, ciberciudadania y derechos humanos” in *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 2, UNICEUB, Brasília, 2014, p. 8/46.

Capítulo 4 - Diretrizes para a reconstrução da teoria do Poder Constituinte no paradigma da sociedade globalizada

No capítulo primeiro se buscou demonstrar as seguintes premissas: (i) O limite numérico máximo de pessoas em que é possível a existência estável de relações sociais é aproximadamente 150 pessoas; (ii) Para a cooperação social acima de 150 pessoas, o ser humano percebeu a necessidade de institucionalizar abstrações da realidade, também chamadas de constructos sociais, as quais buscam satisfazer as necessidades humanas de cada tempo histórico; (iii) A justiça e, conseqüentemente, o direito são fenômenos sociais intersubjetivos com a finalidade de pacificação social; (iv) As especificidades de cada momento histórico revelam normas que possuem como base uma “consciência jurídica geral” acerca do que é justo, a qual consiste em um processo evolutivo da humanidade⁴¹²; (v) Adquirida a consciência do valor supremo da dignidade da pessoa humana e da sua relação ontológica com o mundo jurídico, ela hoje se encontra inerente à concepção de Direito.

Além do exposto, se buscou compreender que o desenvolvimento natural da ciência ocorre por meio das revoluções e, conseqüentemente, da transição sucessiva de um paradigma a outro.

Nesse contexto, o constitucionalismo representou um momento de ruptura, de quebra de paradigma, com a conseqüente substituição de uma ordem imaginada (absolutismo) por uma ordem imaginada alternativa (adoção dos ideais liberais). Para além da inserção do paradigma constitucionalista, foram traçados conceitos (ou a evolução de seus conteúdos) que adotaram como fundamento os valores liberais, tais como a Teoria do Poder Constituinte.

Então o constitucionalismo amadureceu, consolidou-se e sofreu uma expansão quantitativa em todo o mundo, de modo que a existência de paralelismos significativos entre as normas constitucionais de diversos países, sejam escritas ou não, evidencia a existência de uma tradição comum do constitucionalismo moderno, que resultou em um direito comum compartilhado, com maior ênfase no mundo ocidental.

Ocorre que diversos obstáculos estão sendo enfrentados pelo constitucionalismo do século XXI no seio de uma sociedade plural e globalizada, os quais colocam em xeque

⁴¹² A história da humanidade consiste em um intenso processo de experiência e acúmulo de conhecimento, de modo que cada acontecimento histórico deixou marcas, lições e conquistas para o mundo jurídico, as quais compõem uma “consciência jurídica geral” acerca do que é justo.

diversos conceitos da dogmática jurídica, com especial olhar sobre as atuais teorias do Poder Constituinte, a ponto de se levantar a existência de uma crise do Direito.

Diversos são os seminários, artigos e livros que investigam e se esforçam para entender e explicar a atual “crise do Direito”, em especial do Direito Constitucional. Crise que é evidenciada através da ausência de eficácia das normas constitucionais, da erosão de conceitos fundamentais, da inoperância do jurídico na missão de realizar a justiça e na busca de regramento do comportamento humano e da falta de efetividade da Constituição⁴¹³.

Inúmeras explicações são expostas, dentre elas é possível citar os efeitos dos fenômenos globalizantes, a diversidade cultural, o avanço do capitalismo, a escassez dos cofres públicos, crises de representatividade, crise de soberania, dentre diversas outras teorias.

Por sua vez, questões controversas são levantadas face aos obstáculos que enfrenta o constitucionalismo, por exemplo: Como um único documento normativo é capaz de integrar e atingir expectativas normativas de uma sociedade tão diversa? Como deve ser organizado o poder no Estado Moderno global? Conseguirá a Constituição manter o papel de limitação do poder? E em relação ao Direito Internacional, existe uma subordinação ou um compartilhamento de poder? Como legitimar o Poder Constituinte face às dificuldades enfrentadas pelos princípios da soberania popular e estatal no mundo global?

O que o contexto global nos revela é uma sociedade mais conectada, diversificada e plural. As informações, as teorias e os valores são transmitidos rapidamente como sementes e fecundados nos mais diversos países. Os valores, ideias, ideologias de todos os povos atravessaram um processo de miscigenação, a ponto de ser impossível atingir, de forma unânime, as expectativas normativas de todos os cidadãos integrantes de uma nação. A cooperação social através do Direito, seja a nível nacional ou global, tornou-se mais complexa.

Ademais, no seio dessa comunidade global emergem novos protagonistas sociais, econômicos e políticos que influenciam o Direito interno, de modo que os conceitos

⁴¹³ Cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O papel do jurista no nosso tempo” in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLIV, Coimbra Editora, Coimbra, 1968, p. 30/37; ALVARO D’ORS, *Escritos vários sobre el derecho en crisis*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1973, p. 1/18; JÜRGEN HABERMAS, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, vol. II, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 125 e 170/190; EDUARDO KROEFF MACHADO CARRION, “Crise do Direito e Ensino Jurídico” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Síntese Editora, vol. 17, 1999, p. 71/76; ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, “O debate da justiça: Estudos sobre a crise da justiça em Portugal” in ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM *et all* (Org.), *Vislis Editores*, Lisboa, 2001, p. 7/15; JOSÉ EDUARDO FARIA, *O Direito na Economia Globalizada*, 1ª ed., Malheiros, São Paulo, 2004.

construídos em torno dos dogmas jurídicos do movimento constitucionalista não são mais capazes de explicar e fundamentar esse fenômeno.

É possível, ainda, identificar o surgimento de problemas locais que extrapolam os limites nacionais e que reclamam, com urgência, mecanismos jurídicos que permitam a cooperação regional e/ou global para sua solução⁴¹⁴. Cita-se a epidemia global causada pelo surgimento do novo coronavírus (COVID-19), momento em que a Organização Mundial da Saúde – OMS fez um apelo à ação solidária global ao argumento de que a cooperação internacional e a solidariedade são fundamentais para retomar a segurança da saúde em todo o mundo⁴¹⁵, mas apenas 39 países aderiram à ação solidária⁴¹⁶.

Como corolário de todo esse desenrolar fático, o Estado revela-se frágil e ineficaz em manter o monopólio da arena política e da criação jurídica, levantando-se a seguinte questão: poderia a Constituição, por meio da transformação de seus conceitos, adaptar-se a essa nova realidade e responder a esse anseio mundial?

E é nesse cenário de crises e incertezas que se abre uma porta ao jurista contemporâneo. Porta esta que, durante muitos anos, encontrava-se bloqueada pelo aparato estatal e que permite o acesso à fonte do Direito.

A complexidade da conjuntura atual demanda um novo olhar do jurista moderno, que, para tanto, precisa se desvencilhar dos axiomas indiscutíveis e pré-conceitos que foram incorporados no decorrer da sua formação acadêmica. Questionar o óbvio é a melhor opção na busca de respostas para problemas que aparentemente não possuem uma solução⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Ana Maria Guerra afirma que: “As sociedades estaduais deixaram de ser autossuficientes em áreas tão distintas – e tão relevantes – como a segurança, a economia, o ambiente e a cultura, estando a sua sobrevivência dependente do sistema mundial. A maior parte dos problemas que os governos enfrentam hoje em dia – o buraco na camada de ozono, o aquecimento global, as doenças epidêmicas, a regulação da internet, os riscos atômicos e químicos, o terrorismo, os recursos marinhos – ultrapassam as suas fronteiras e, por isso, não se resolvem com uma simples decisão interna, antes necessitam de uma solução à escala global” (ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 43).

⁴¹⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/global-research-on-novel-coronavirus-2019-ncov/covid-19-technology-access-pool/solidarity-call-to-action#>>. Acesso em: 03/08/2020.

⁴¹⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/global-research-on-novel-coronavirus-2019-ncov/covid-19-technology-access-pool/endorsements-of-the-solidarity-call-to-action>>. Acesso em: 03/08/2020.

⁴¹⁷ Thomas Kuhn nos ensina que “Na manufatura, como na ciência – a produção de novos instrumentos é uma extravagância reservada para as ocasiões que o exigem. O significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos” (THOMAS KUHN, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 5ª ed., Editora Perspectiva, São Paulo, 1998, p. 105)

Frisa-se que apesar de ainda encontrar no Estado o seu referencial típico de elaboração jurídica e de teorização científica, a Constituição deixou de ser um fenômeno de matriz puramente estadual e reclama uma nova teoria que acompanhe as alterações da sociedade⁴¹⁸. O constitucionalismo não está morto⁴¹⁹, ao contrário, tem se mostrado resiliente e adaptável às mudanças da sociedade. Sobretudo, tem se mostrado ainda necessário, consubstanciado nas exigências de limitação dos poderes políticos e asseguarção de direitos.

Os incontáveis casos de violação à dignidade da pessoa humana em todo o mundo; a proliferação de leis injustas; um povo sem voz e vontade revela que algo que está errado, que a justiça e a democracia, tão fortes nos discursos retóricos dos políticos, pouco saíram do papel.

E se as circunstâncias que exigiram o surgimento do constitucionalismo ainda persistem agora em escala mundial – limitação do poder e asseguarção de direitos – extrai-se que a Constituição ainda é uma necessidade real, de modo que a teoria do Poder Constituinte precisa ser atualizada e redesenhada para se conformar a uma nova realidade, adquirindo, ainda, novas funções.

4.1 Constituições em rede: nova dimensão do Direito Constitucional

Rui Medeiros revela que o constitucionalismo estadual se encontra em uma situação paradoxal no século XXI. Se por um lado atinge o seu clímax em razão da intensa expansão mundial, considerada a ideologia triunfante no mundo ocidental, por outro lado enfrenta uma profunda erosão interna, de modo que “(...) a matriz constitucional que se impôs em diversas latitudes está hoje ameaçada na atual encruzilhada transnacional⁴²⁰”.

⁴¹⁸ Peter Häberle alerta que: “Essa diluição das fronteiras, que se processa aceleradamente nos campos da economia, da sociedade e da cultura, atinge as condições de existência de um sistema estatal erguido sobre bases territoriais, o qual continua sendo, mesmo assim, o fornecedor mais importante de atores coletivos para o cenário político” (PETER HÄBERLE, *Estado Constitucional Cooperativo*, trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk, Renovar, Rio de Janeiro, 2007, p. 104).

⁴¹⁹ Paulo Rangel assevera que não existe mais aquele direito constitucional “fundado num panorama de Estados homólogos, ciosos do seu território, guardiões da sua soberania, paladinos da não ingerência nos seus assuntos internos. Foi isso que desapareceu na nossa paisagem constitucional e que obriga a repensar a compreensão da Constituição, mais do que decretar a sua insuficiência” (PAULO CASTRO RANGEL, “Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade: Uma leitura crítica do pensamento “Transconstitucional” de Marcelo Neves” in *Tribunal Constitucional – 35º aniversário da Constituição de 1975*, Vol. I, 1ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 163).

⁴²⁰ RUI MEDEIROS, *A Constituição portuguesa num contexto global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 7/12.

Com o objetivo de encontrar os fatores dessa encruzilhada, o autor começa por identificar os traços fundamentais e elementos estruturantes do constitucionalismo, são eles: (i) Conceito normativo de Constituição vinculado a um texto escrito; (ii) Dimensão constitutiva da comunidade; (iii) Titularidade da soberania pertencente ao povo (soberania popular); (iv) Princípio democrático; (v) Função limitativa do poder; (vi) Força expansiva da Constituição (assume funções de garantir a justiça; de integração das sociedades plurais e de decisão constituinte do povo com base em um sistema aberto); (vii) Lei dotada de supremacia material e formal⁴²¹.

Ocorre que as teorias que descrevem os referidos elementos estruturantes estão ancorados na atuação de um Poder Constituinte que se assemelha mais às teorias clássicas já expostas, cuja titularidade é atribuída ao povo, o qual exerce a sua soberania em um Estado delimitado pelas fronteiras de um território.

Mas, como efeito da intensa globalização em todos os setores da vida social, o Estado nos moldes que se conhecia mudou substancialmente, sobretudo os seus três elementos essenciais. O território físico, ainda que permaneça intacto, não representa mais um limite fechado para aferição da influência dos poderes do Estado, os quais podem sofrer ou receber influências externas, seja de outros Estados, seja de organismos transnacionais e supranacionais.

Consequentemente, a soberania nacional apresentou uma espécie de fragmentação, perdendo o seu caráter indivisível com o advento de novos atores⁴²². De forma irônica, o monismo jurídico é desafiado pelo surgimento de pluralidades normativas informais, de origem não Estatal, as quais intervêm e modificam a legislação ou a Constituição local, em afronta ao princípio da soberania estatal, e porque não dizer da soberania popular.

Por fim, a população contemporânea intensamente conectada, com maior enfoque no mundo ocidental, possui maiores semelhanças culturais com povos estrangeiros do nosso século do que com os próprios cidadãos nacionais de séculos passados⁴²³.

⁴²¹ RUI MEDEIROS, *A Constituição portuguesa num contexto global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 12/20.

⁴²² Canotilho assevera que: “(...) os governos nacionais perderam poder, porque não estão em condições de exercer o governo sobre relações transnacionais” (J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 292).

⁴²³ Sobre o tema, Rui Medeiros, com base em Lucas Pires e outros, conclui que: “assiste-se a um ‘processo de desdobramento de lealdades’ ou de ‘complexificação das lealdades’”. O Estado-nação não constitui hoje o único

Habermas alerta que o processo globalizacional e a sua consequente rede de interações gerou um “processo internacional de socialização, sem que se tenha alterado a estrutura das relações interestatais” de modo que a soberania externa se tornou anacrônica⁴²⁴. Além disso, conclui, com base em Luhmann, que hoje já existe uma sociedade mundial “sem se apoiar numa integração política e normativa⁴²⁵”.

A necessidade de acompanhar a evolução da sociedade e a constante e perpétua vontade da justiça⁴²⁶ tem colocado juristas e aplicadores do Direito em embaraçosas situações, reivindicando novas criações jurídicas para a justificação de problemas oriundos dos conceitos e dogmas jurídicos intocáveis e inaplicáveis em uma nova realidade.

Outro importante obstáculo enfrentado é a manutenção da democracia frente ao alargamento da sociedade e o aparecimento de inúmeros espaços de debates virtuais. Contraditoriamente, em que pese a intensa conexão mundial, as telas (quando mal utilizadas) dificultam as discussões, permitindo o isolamento das pessoas em ilhas de pensamentos.

Os novos desafios supracitados são apenas a ponta do *iceberg*. Abaixo da superfície se encontram conceitos da dogmática jurídica que estão sendo gradativamente esvaziados e relativizados em meio a uma sociedade plural e globalizada. Verifica-se o que Thomas Kuhn chamou de exaustão paradigmática⁴²⁷, de modo que uma crise no paradigma formalista-legislativo⁴²⁸ deflagra sua ruptura e suscita sua substituição por outro, com a finalidade de dirimir a crise instalada.

Conforme já exposto, o constitucionalismo representou um momento de ruptura, de quebra de paradigma, com a consequente substituição do absolutismo por uma ordem em que o Direito passou a ser apresentar como limite ao poder estatal.

centro de lealdade dos cidadãos. Com a erosão das fronteiras territoriais, verifica-se a ‘erosão do próprio sentido de pertinência pessoal’. A ideia ‘de um povo identificado com uma nação é diluída no reconhecimento de comunidades definidas pela linguagem, origem geográfica, comportamento sexual ou religião’. No fundo, com alguma ironia, vislumbram-se neste encruzilhada transnacional alguns traços de uma sociedade feudal, visto que os Estados partilham a lealdade de seus cidadãos com outras autoridades, grupos ou movimentos locais, regionais e transnacionais” (RUI MEDEIROS, *A Constituição portuguesa num contexto global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 23).

⁴²⁴ JÜRGEN HABERMAS, *Para a reconstrução do materialismo histórico*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Editora Brasiliense, São Paulo, 1983, p. 92/93.

⁴²⁵ JÜRGEN HABERMAS, *Para a reconstrução do materialismo histórico*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Editora Brasiliense, São Paulo, 1983, p. 93.

⁴²⁶ ULPIANO D. 1, 1, 10: “*Constans et perpetua voluntas*”.

⁴²⁷ THOMAS KUHN, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 5ª ed., Editora Perspectiva, São Paulo, 1998, p. 22 e 23.

⁴²⁸ ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, “La deconstrucción de la ley en el constitucionalismo global” in ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, La Ley Actualidad, Madrid, 2011, p. 105-134.

Conscientes de que as teorias do Poder Constituinte que gravitam em torno do Estado nacional e de um Povo homogêneo não mais se mostram hábeis a explicar o fenômeno constituinte frente aos novos desafios do constitucionalismo no século XXI, é possível concluir que estamos vivendo um segundo momento de exaustão paradigmática na seara constitucional. Isso porque a realidade demonstra um desatendimento às expectativas teóricas da dogmática jurídica, em especial dos conceitos traçados em torno da Teoria do Poder Constituinte.

As normas jurídicas são construídas tomando como parâmetro um paradigma vigente⁴²⁹. Considerando uma mudança de paradigma, as normas se esvaziaram e não conseguem mais se adaptar os fatos da vida, ou acolher os valores emergentes. Novos fatos e novos valores reclamam a construção de um novo Direito. Neste ponto se entrelaçam a história das ciências e a teoria geral do direito, as teorias de Miguel Reale e Thomas Kuhn.

Ao mesmo tempo em que estamos vivendo um período de exaustão paradigmática, experienciamos um período pós-paradigmático, uma vez que a dogmática constitucional busca desenhar uma nova teoria que explique de forma satisfatória os fenômenos constitucionais em meio a uma sociedade que funciona sob um paradigma globalizacional e pluralista.

É nesse contexto que se encontram as teorias modernas acerca do Poder Constituinte em suas vertentes liberal, comunitária e crítico-deliberativa ou procedimentalista, as quais apesar de ainda não responderem completamente aos atuais problemas suscitados pela globalização, já reconhecem e acolhem as diversas facetas valorativas existentes nas sociedades modernas de caráter plural.

Do exposto, é de extrema importância compreender que, em meio a uma sociedade pluralizada e global, a Constituição é chamada a cumprir três finalidades específicas: (i) limitação do poder; (ii) asseguarção de direitos, verificando-se uma hierarquia existente em favor dos direitos fundamentais/humanos; (iii) Função de integração e cooperação social multinível: função de integração e cooperação social interna e função de integração e cooperação social em escala global, para questões que extrapolam a capacidade dos Estados nacionais.

⁴²⁹ THOMAS KUHN, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 5ª ed., Editora Perspectiva, São Paulo, 1998, p. 66.

Àquelas funções talhadas desde a Idade Média, a Constituição adquire novas funções em uma dupla dimensão, quais sejam a de integrar uma sociedade diversa e pluralista por meio da decisão constituinte do Povo através de sistema aberto com múltiplos intérpretes⁴³⁰, bem como funcionar como mecanismo de integração internacional, permitindo então a cooperação social a nível nacional e a nível global, atingindo, ao final, a máxima proteção à dignidade da pessoa humana.

Para Miguel Reale, existem duas forças antagônicas que regem o Direito, a preservação da estabilidade e a garantia do progresso⁴³¹. Essa afirmação é mais acentuada em uma sociedade cada vez mais complexa, em que as coisas são novas por vinte e quatro horas⁴³².

Portanto, um dos desafios do constitucionalismo contemporâneo é dotar a Constituição de mecanismos que lhe garantam estabilidade e durabilidade, mas também flexibilidade, de modo que ela possa evoluir proporcionalmente com a sociedade e dar respostas aos anseios de cada momento histórico⁴³³.

Além dos mecanismos de alteração formais da Constituição – manifestação do Poder Constituinte derivado – é essencial a teorização de uma abertura constitucional.

Conforme ensina Konrad Hesse, não existe uma pretensão de completude (*Anspruch der Lückenlosigkeit*) da Constituição e é essa característica que lhe garante a flexibilidade necessária (*Beweglichkeit*) e permite que seu conteúdo resista ao decurso do tempo (*in die Zeit hinein offen*)⁴³⁴. Essa abertura constitucional garante, sobretudo, um reforço

⁴³⁰ Faz-se urgente o abandono de uma postura passiva a fim de que o jurista realize uma “desmistificação cultural” para, reencontrando as raízes do *ius*, demonstrar a falácia do Estado de Direito no monopólio jurídico e reassumir a sua função na sociedade: “dirigir o direito ao serviço do homem” (Cfr. ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES, “O papel do jurista no nosso tempo” in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLIV, Coimbra Editora, Coimbra, 1968, p. 32; PETER HÄBERLE, *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002 e PAOLO GROSSI, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 15).

⁴³¹ MIGUEL REALE, *Estudos de filosofia e ciência do direito*, Saraiva, São Paulo, 1978, pág. 52.

⁴³² LUÍS ROBERTO BARROSO, “A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo” in *Temas de direito constitucional*, tomo I, 2ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 69.

⁴³³ Nesse sentido CARLOS BLANCO DE MORAIS: “Constituição que tenha alguma pretensão de durabilidade, deve ajustar-se à natureza do Estado, reger a factualidade do tempo presente e integrar a sua diversidade. A realidade que emerge da prática política, das exigências de uma sociedade pluralista e dos imperativos da economia influem sobre a interpretação e aplicação da Constituição. Caso as normas constitucionais não logrem assegurar a sua efetividade aplicativa e contribuir para a unidade política, numa realidade política e social em mudança, elas definham, nominalizam-se e colocam em causa quer a sua própria legitimidade, quer a sua função legitimadora.” (CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de direito constitucional: teoria da constituição em tempo de crise do Estado Social*, tomo II, vol. 2., 1.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 20)

⁴³⁴ KONRAD HESSE *apud* GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 2013, p. 1002.

de legitimidade, na medida em que a sociedade pode, constantemente, “atualizar” o texto constitucional.

Canotilho já nos alertou que o excesso de rigidez constitucional poderia ser o responsável por extinguir o próprio constitucionalismo, de modo que a “agilidade indispensável para compreender os desafios constitucionais da internacionalização, da globalização e da regionalização” reclama algumas rupturas paradigmáticas, quais sejam: “1) a indispensabilidade de superar o esquema referencial Constituição-Estado; 2) a necessidade de ultrapassar as teorias dos “momentos constitucionais” isolados e únicos e apreender o sentido e limites do chamado “constitucionalismo evolutivo”; 3) a substituição do esquema hierárquico-normativo do direito constitucional por um sistema multipolar de *governance* constitucional⁴³⁵”.

Nesse sentido, apresenta-se a construção realizada por Paulo Otero, de modo que se faz necessária a abertura da Constituição tendo em vista uma quádrupla acepção⁴³⁶: (i) a *abertura estrutural*, entendida como a adoção de procedimentos formais de alteração da Constituição, permite uma constante atualização e legitimação do texto, bem como mitiga os problemas advindos do paradoxo da democracia; (ii) a *abertura normativa*, admitindo a ideia de um bloco de constitucionalidade, que integra o Estado em uma ordem internacional, reforçando a sua legitimidade através do respeito aos direitos humanos; (iii) a *abertura política* reafirma o caráter democrático do Estado de Direito; (iv) a *abertura interpretativa*, admitindo uma pluralidade de intérpretes da Constituição, busca extrair o sentido da norma realmente compatível com a vontade da comunidade, reforçando a soberania popular; (v) por fim, a *abertura implementadora*, voltada aos poderes constituídos, exige uma efetiva concretização dos direitos atribuídos na normatividade constitucional.

A reformulação da teoria do Poder Constituinte, com o objetivo de atender aos anseios de um novo tempo e ultrapassar os obstáculos que diariamente batem à porta, precisa adotar como pressupostos, especialmente, as ideias de abertura normativa e abertura interpretativa, conscientes de uma nova realidade constitucional em rede.

Se o “arquetipo do Estado nacional soberano evolui para um novo esquema de comunidade⁴³⁷”, a qual possui múltiplos níveis constitucionais, não é mais possível

⁴³⁵ J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 282/283.

⁴³⁶ PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, p. 173-200.

⁴³⁷ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 243.

compreender o constitucionalismo como um padrão de hierarquia piramidal fechado em um território nacional⁴³⁸, tampouco adotar um novo padrão piramidal em escala mundial. É preciso virar a chave.

Paolo Grossi, ao descrever a realidade jurídica medieval de ausência do monopólio normativo do Estado, adjetivou-a de “teia medieval: um universo de redes” ao explicar que “(...) a teia é um conjunto de fios e não de pontos isolados” relacionando a ideia de “uma realidade baseada em relacionamentos, de uma realidade onde os mil pontos que a formam são absorvidos e sepultados em uma estrutura de fios, de relações, que é a única a se desenhar no fundo e a contar. Uma teia; mas se poderia também evocar uma rede como imagem menos hilomórfica⁴³⁹”.

Na primeira virada paradigmática, se amarrou o Direito a um Estado territorializado, mas a globalização ao enfraquecê-los demonstrou a latência do Direito e revelou que este existe além das soberanias estatais.

A pirâmide foi o paradigma vigente no imaginário jurídico desde Kelsen, mas a sociedade global nos mostrou novas possibilidades e emergiu uma realidade de entrelaçamento entre as ordens jurídicas de diversos níveis. Pérez Luño já defende que “impõe substituir a imagem piramidal, quer dizer, hierarquizada do ordenamento normativo, por um horizonte em que a totalidade do sistema se obterá pela intersecção de uma pluralidade e que, em conjunto, formarão um panorama do ordenamento jurídico bastante parecido a uma abóboda⁴⁴⁰”.

E se as fronteiras físicas estão diluídas, é papel dos juristas construir fronteiras conceituais e doutrinárias. O paradigma da sociedade informacional ou sociedade em redes⁴⁴¹ reclama uma nova construção para a dogmática jurídica: Constituições em rede.

Castells define a rede como “um conjunto de nós interconectados”, consistindo em “estruturas abertas capazes de expandir de forma ilimitada, integrando novos nós desde

⁴³⁸ Conforme defende Canotilho: “Em sistemas multinível onde confluem fenômenos de interjuridicidade, de internormatividade, de interconstitucionalidade, de interjusfundamentalidade, de interjurisdicionalidade, descobre-se que a hierarquia das fontes de direito deixou de ter uma lógica piramidal”. (J. J. GOMES CANOTILHO, “Incomensurabilidade dos discursos ou hierarquias entrelaçadas nos sistemas jurídicos multinível” in *Católica Law Review*, vol. I, nº 1, jan. 2017, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 37).

⁴³⁹ PAOLO GROSSI, *O Direito entre Poder e Ordenamento*, trad. Arno Dal Ri Júnior, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2010, p. 47/48.

⁴⁴⁰ ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*, trad. Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012, p. 38.

⁴⁴¹ Cfr. MANUEL CASTELLS, *A Sociedade em Rede*, vol. I, 8ª ed., trad. Roneide Venancio Majer (com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt), Editora Paz e Terra, São Paulo, 1999.

que consigam comunicar-se dentro da rede, ou seja, desde que compartilhem os mesmos códigos de comunicação (...). Uma estrutura social com base em redes é um sistema aberto altamente dinâmico suscetível de inovação sem ameaças ao seu equilíbrio⁴⁴²”.

Assiste-se a um período de redescoberta das complexidades, sejam elas sociais ou jurídicas⁴⁴³. E, para atender a emergente complexidade socio-jurídica, a ideia que se defende no presente trabalho é a existência de uma rede dialógica integrada de Constituições e catálogos de direitos humanos, as quais compartilham uma semântica constitucionalista comum oriunda da tradição jurídica ocidental, em um quadro de fundo global, que as contextualiza historicamente no mundo.

Conforme a lição de Almeida há uma clara tendência de mudança de paradigmas no direito internacional: de uma ordem jurídica centrada na figura estatal e no conceito de soberania, vem a suceder, “num caminho evolutivo que se diria próximo daquilo que deve ser o sentido último do direito, um ordenamento axiologicamente comprometido, que reflecte o guindamento do homem, da sua dignidade e dos seus direitos fundamentais ao degrau cimeiro da hierarquia de valores⁴⁴⁴”.

As raízes do *ius* permanecem no mesmo lugar, compete a cada um de nós retirar as “lentes deformantes⁴⁴⁵” para novamente enxergá-lo. E com um olhar apurado é possível visualizar com clareza que a dignidade da pessoa humana - “dogma de confluência da consciência jurídica universal⁴⁴⁶” - revela ser a ponte ou o elo capaz de unir pessoas e diversos ordenamentos jurídicos, sejam eles nacionais, supranacionais ou até mesmo transnacionais.

A capacidade humana de compreender e julgar os fatos da vida apresenta-se limitada em cada momento, evoluindo de forma gradativa através da história e das experiências adquiridas pela humanidade⁴⁴⁷, a ponto de ser possível afirmar que o futuro reflete sempre um rosto antigo. Desse modo, uma vez adquirida a consciência de que

⁴⁴² MANUEL CASTELLS, *A Sociedade em Rede*, vol. I, 8ª ed., trad. Roneide Venancio Majer (com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt), Editora Paz e Terra, São Paulo, 1999, p. 566.

⁴⁴³ PAOLO GROSSI, *O Direito entre Poder e Ordenamento*, trad. Arno Dal Ri Júnior, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2010, p. 75.

⁴⁴⁴ FRANCISCO A. DE M. L. F. DE ALMEIDA, *Os crimes contra a Humanidade no actual Direito Internacional Penal*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 518.

⁴⁴⁵ Cfr. PAOLO GROSSI, “A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico”, trad. Ricardo Marcelo Fonseca in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 40, 2004, p. 8.

⁴⁴⁶ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 561.

⁴⁴⁷ Corroborando com Santo Tomás de Aquino que o conhecimento do ser humano começa pelos sentidos, a humanidade precisa vivenciar determinado fato para aprender e valorá-lo corretamente.

determinadas ações violam, ou protegem, o valor supremo da dignidade da pessoa humana, elas são consideradas conquistas civilizatórias e tornam-se inerentes à ideia de Direito.

No mesmo sentido, Gomes Canotilho afirma que “as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos princípios de justiça que, independente da sua configuração (como princípios *suprapositivos* ou como princípios supraleais mas *intra-jurídicos*) são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte⁴⁴⁸”.

Frisa-se que restam superadas as teorias contratualistas – que por tantos anos deram suporte ao Direito Constitucional -, posto que sendo a sociedade, e o Estado, o resultado de um pacto firmado pelos seus componentes, o fundamento último do Direito seria a simples vontade de uma maioria, não a pessoa humana.

Por sua vez, como exaustivamente demonstrado, algumas questões constitucionais deixaram de gravitar em torno de uma sociedade demarcada politicamente em um limitado território e passaram ao domínio global, motivo pelo qual também se faz relevante questionar sobre a existência de uma hierarquia normativa dentre o conteúdo de uma Constituição.

Hierarquia que fundamenta ultrapassar “vontades da maioria” e justifica a existência de uma “realização cooperativa dos direitos humanos⁴⁴⁹” através do entrelaçamento das Constituições nacionais, documentos supranacionais ou catálogos internacionais de direitos, com a consequente existência de uma proteção multinível dos direitos fundamentais⁴⁵⁰.

Desvinculando o constitucionalismo de uma figura eminentemente Estatal e adotando a lógica da teoria de Pernice⁴⁵¹, Ana Maria Guerra Martins identifica a sobreposição de diferentes catálogos de direitos e a expansão das jurisdições dispostas a tutelar direitos

⁴⁴⁸ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 81.

⁴⁴⁹ PETER HÄBERLE, *Estado Constitucional Cooperativo*, trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk, Renovar, Rio de Janeiro, 2007, p. 67.

⁴⁵⁰ ANA MARIA GUERRA MARTINS, “Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais – Do monólogo cauteloso ao diálogo construtivo” in *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Moura Ramos*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2016, p. 599/635.

⁴⁵¹ INGOLF PERNICE, “E-Democracy, the Global Citizen, and Multilevel Constitutionalism” in *CORIEN PRINS at all* (Org.), *Digital Democracy in a Globalized World*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, p. 27/52.

fundamentais, de modo que “a tutela multinível dos direitos fundamentais deve constituir um elemento central da teoria do constitucionalismo multinível⁴⁵²”.

São identificados três níveis de proteção dos direitos fundamentais do ser humano, são eles o direito constitucional, o direito a nível comunitário (hoje identificado como o direito da União Europeia) e o direito internacional. Por sua vez, também é possível traçar três níveis de tutela dos respectivos direitos, quais sejam a justiça constitucional nacional, a justiça da União Europeia e a justiça internacional⁴⁵³.

Importante destacar que a predisposição das Constituições e catálogos de direitos fundamentais do ser humanos em rede apresenta uma disposição de forma horizontal e descentralizada, e permite que, por meio dos seus órgãos judiciários, elas dialoguem em diversos níveis, seja entre jurisdições nacionais, seja entre tribunais nacionais e supranacionais ou internacionais. O diálogo permite a abertura e permeabilidade dos ordenamentos jurídicos às interpretações que garantem a máxima proteção aos direitos humanos.

Para Paulo Rangel, no modelo de um mundo político em rede “as constituições serão, pois, ordens fragmentárias parcialmente escritas, parcialmente não escritas, com uma abertura, permeabilidade e porosidade estruturais (...) A constituição é rede de pretensões e está em rede com outras redes⁴⁵⁴”.

As Constituições em rede são, portanto, múltiplos pontos constitucionais que dialogam em posição de igualdade (que se mantêm mesmo no diálogo entre cortes nacionais e supranacionais/internacionais), apresentando-se como limite o *ius cogens*, considerado um Direito qualificado ou superior, que é também o produto desse diálogo/processo. São partes independentes, mas que atendendo às mudanças da sociedade e as necessidades de cooperação global se influenciam reciprocamente.

⁴⁵² ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 37/59.

⁴⁵³ Ana Guerra explica que: “Tendo em conta que os vários órgãos jurisdicionais podem ser confrontados com problemas semelhantes e que a articulação entre eles não assenta num princípio hierárquico, mas sim um princípio pluralista de cooperação, a procura de soluções que, pelo menos, se não contradigam, devem ser uma prioridade, sob pena de gerarem conflitos inultrapassáveis, em que is princípios perdedores renderão a ser os titulares dos direitos, ou seja, as pessoas. Ora, a almejada harmonia das decisões judiciais passa, antes de mais nada, por um diálogo entre os órgãos jurisdicionais pertencentes aos diversos níveis, o qual pode ser, mais ou menos, formal. Esse diálogo só se afigura, no entanto, frutífero se tiver na sua base a cooperação leal e a confiança mútua entre os vários órgãos jurisdicionais” (ANA MARIA GUERRA MARTINS, “Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais – Do monólogo cauteloso ao diálogo construtivo” *in* Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Moura Ramos, vol. I, Almedina, Coimbra, 2016, p. 600).

⁴⁵⁴ PAULO RANGEL, “Transconstitucionalismo versus Interconstitucionalidade: Uma leitura crítica do pensamento ‘Transconstitucional’ de Marcelo Neves” *in* TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 35º aniversário da Constituição de 1976, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 167.

Se a Constituição estava voltada para baixo, agora ela adquire novas posições de interlocução: para cima e para os lados⁴⁵⁵. Busca-se adaptar a ideia constitucionalista a um nível global e contribuir para um reforço de proteção e tutela dos princípios constitucionais que integram o direito constitucional compartilhado.

4.2 O Povo constitucional no contexto global

Compreende-se a Constituição como o documento jurídico de maior hierarquia e parâmetro de legitimidade de todo o ordenamento jurídico interno, motivo pelo qual possui a função de resguardar direitos que encontram fundamento nos valores mais caros definidos pela sociedade em determinado momento histórico, os quais constituem, simultaneamente, um norte e um limite ao Poder Constituinte. Então, os elementos que compõem o mundo do *ser* devem conduzir a eterna construção do *dever-se*.

Essa lógica é facilmente compreendida no contexto de um Estado nacional com uma sociedade homogênea. Porém, como garantir que em uma sociedade plural e diversificada cada indivíduo se sinta representado e amparado por um mesmo documento jurídico?

De um modo geral, as teorias clássicas sobre o Poder Constituinte se assemelham no fato de não conceberem uma sociedade plural. Ao contrário, buscam atribuir a titularidade do poder constituinte à nação, como entidade abstrata homogênea.

Difundiou-se uma ideia de padronização dos valores, crenças e tradições da sociedade, porém desde a antiguidade clássica Aristóteles compreendeu com clareza que “a cidade não é constituída somente de numerosos seres humanos, mas é também composta de seres humanos especificamente diferentes. A cidade não é constituída de pessoas homogêneas(...)”⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ Peter Häberle afirma que: “Normas constitucionais são interpretáveis e carentes de interpretação. A interpretação da Constituição não é possível sem “olhar para a direita ou para a esquerda” e sobretudo “sem olhar por trás do texto constitucional. Em termos estruturais, o tipo da constituição comprometida com o Estado Constitucional é constituído por uma multiplicidade de determinados paradigmas “ao lado”, “acima” ou “abaixo” dos textos constitucionais” (PETER HÄBERLE, *Textos clássicos na vida das Constituições*, trad. Peter Naumann, Editora Saraiva, São Paulo, 2016, p. 112).

⁴⁵⁶ ARISTÓTELES, *Política*, trad. Mário da Gama Kury, Livro II, Capítulo I, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1985, p. 1261b.

Não bastassem as questões referentes à conflitualidade intrínseca da sociedade a nível nacional, somam-se as influências externas e os problemas sentidos a nível local, mas que extrapolam os limites nacionais e que reclamam, com urgência, mecanismos jurídicos que permitam a cooperação regional e/ou global para sua solução. O Povo constitucional está, inevitavelmente, inserido em um contexto mundial e as amarras dogmáticas não conseguem conter as múltiplas ingerências externas.

Paula Veiga sustenta que “a crise do *Estado*, bem como o fenómeno de supra-organização e o facto de o Estado Constitucional estar *em rede* têm, naturalmente, consequências e colocam *desafios* constitucionais ao modelo teórico-político que lhe subjaz. Além disso, podem criar nesse modelo (da democracia constitucional) novas realidades que necessitem ser reguladas (...) Este *direito em rede* pode levantar novos problemas do ponto de vista constitucional” sobretudo relacionados à cidadania⁴⁵⁷.

O Povo constitucional é ser compreendido como o limite da democracia⁴⁵⁸, porém no contexto global esse limite alargou-se. Esse é o ponto nevrálgico das correntes que defendem a constitucionalização a nível internacional e supraconstitucional, tendo em vista que estes processos não estão ancorados em uma sólida esfera pública discursiva, a ponto de satisfazer as exigências democráticas contemporâneas⁴⁵⁹.

Defende-se, portanto, não o surgimento de uma sociedade mundial capaz de, nesse momento da humanidade, subscrever de forma suficientemente democrática uma Constituição global. Porém, com o foco voltado à preservação da autonomia dos Estados, admite-se o desenvolvimento de uma instância discursiva judicial, por meio da qual o povo nacional, que se reconhece inserido em uma “aldeia global”, recebe (e emite) influências externas, as quais devem ser consideradas nos processos de autodeterminação da sociedade.

Através de um resgate histórico, Karl Popper relata que, no passado, o comércio marítimo propiciou o maior contato de algumas cidades com outras culturas. Como consequência desse choque cultural, os cidadãos daquelas localidades se tornaram mais

⁴⁵⁷ PAULA VEIGA, “Democracia Constitucional nos inícios do Século XXI – notas soltas” in Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, org. Maria Lúcia Amaral *et all*, Edições Almedina, Coimbra, 2016, p. 446.

⁴⁵⁸ MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 70.

⁴⁵⁹ Marcelo Neves sustenta que: “o problema relaciona-se também com a não existência de um povo constitucional ou um equivalente funcional no nível da sociedade mundial, isto é, com a ausência de uma instância que assegure o fechamento operativo do sistema político” (MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 97).

inclinados a rever e analisar de forma crítica suas tradições, normas e costumes, o que favorece a evolução da sociedade⁴⁶⁰.

Por sua vez, Habermas alerta que “quanto maior for a complexidade da sociedade e quanto mais se ampliar a perspectiva restringida etnocentricamente, tanto maior será a pluralização de formas de vida e a individualização de histórias de vida, as quais inibem as zonas de sobreposição ou convergência de convicções que se encontram na base do mundo da vida⁴⁶¹”.

Analisando o fenômeno sob uma nova perspectiva, Emerson Garcia revela que “De um modo tanto quanto paradoxal, apesar de a conflitualidade ser um padrão de oposição, não de convergência, ela não é necessariamente um fator de desagregação social. A divergência, em verdade, pode ser o primeiro passo para a convergência, sendo um fator de grande importância para o desenvolvimento social. Bobbio já observara, em relação ao costume, que sua gênese está nos conflitos sociais existentes em dada sociedade, que, pouco a pouco, possibilitam o surgimento de zonas de consenso⁴⁶²”.

Dessa forma, os fenômenos globalizantes alteram e expandem o substrato cultural e valorativo da sociedade nacional, ao mesmo tempo em que enriquecem o debate e funcionam como mola propulsora do desenvolvimento social.

Considerando a existência de tantas Constituições, tratados internacionais, declarações de direitos, o ser humano está hoje inserido em um contexto global, de modo que a injustiça, mesmo quando localizada, permeia todos os fios dessa rede de Constituições e vai de encontro à ideia de reforço à proteção dos Direitos humanos/fundamentais⁴⁶³.

⁴⁶⁰ KARL R. POPPER, *A Sociedade Aberta e os Seus Inimigos*, Primeiro Volume: O Fascínio de Platão, trad. Milton Amado, Ed. Itatiaia Limitada, Ed. da Universidade de São Paulo, Belo Horizonte, 1974.

⁴⁶¹ JÜRGEN HABERMAS, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, Vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 44.

⁴⁶² EMERSON GARCIA, “Conflitualidade Imanente e Resolutividade Construída: Perspectivas da Lei de Mediação sob as Lentes da Oralidade” in *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 63, jan./mar. [pgs. 55/70], Rio de Janeiro, 2017, p. 60.

⁴⁶³ Nesse sentido Amartya Sen alerta que: “Essas interdependências também incluem o impacto de um senso de injustiça num país sobre a vida e a liberdade em outros países. ‘A injustiça num lugar é uma ameaça à justiça em todos os lugares’, disse dr. Martin Luther King Jr. em abril de 1963, numa carta que enviou da prisão em Birmingham. A insatisfação gerada pela injustiça num país pode se alastrar rapidamente para outras terras: com efeito nossa “vizinhança” agora se estende por todo o mundo. Nosso envolvimento com os outros, por intermédio do comércio e dos meios de comunicação, é enorme no mundo contemporâneo, e nossos contatos globais, com relação a atividades literárias, artísticas e científicas, além disso, não nos permitem esperar que qualquer consideração adequada dos diversos interesses e preocupações se restrinja de maneira plausível aos cidadãos de determinado país, ignorando todos os demais.” (AMARTYA SEN, *A ideia de justiça*, trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes, Companhia das Letras, São Paulo, 2011, p. 327).

Nesse sentido, a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, estabelece que: “5. Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, nas mesmas condições e com igual ênfase⁴⁶⁴”.

Nesse ponto, cumpre frisar que a ideia de uma vontade geral da nação com viés apenas territorial é asfixiante para a sociedade global, com profundas desvantagens para a proteção dos direitos humanos. A vontade de uma maioria (Povo constituinte encarado de forma homogênea) passa por um processo de reflexão e questionamento em face dos projetos de vida individuais, considerando ainda avanços e retrocessos nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, de modo que somente por meio do procedimento discursivo é possível construir uma base normativa que considere o pluralismo das formas de vida coletivas⁴⁶⁵.

Corrobora-se com a corrente crítico-deliberativa, ou procedimentalista, quando se considera que a pluralidade deve ser compreendida em toda a sua profundidade, seja a nível individual, seja a nível comunitário. Portanto, as concepções valorativas não devem priorizar a vida coletiva em detrimento da vida individual e vice-versa, antes deve haver uma coordenação entre as autonomias pública e privada.

Nesse cenário de sociedades hipercomplexas e globalizadas, concorda-se com Habermas que não se admite mais que a identidade coletiva da sociedade seja estabelecida em razão da cultura, de tradições ou valores defendidos pela maioria, mas deve ser constantemente construída de forma reflexiva, com base na formação discursiva da opinião.

Sendo o Direito uma eterna busca pela concretização da justiça e uma forma de alcançar a cooperação entre os indivíduos de uma sociedade, agora alçada a nível global, partilha-se da opinião de que inexistente uma vontade coletiva que deva ser previamente considerada pelo Poder Constituinte, seja em sua atuação originária ou de reforma.

As especificidades de cada momento histórico revelam normas que possuem como base uma “consciência jurídica geral” acerca do que é justo, a qual consiste em um

⁴⁶⁴ DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>>.

⁴⁶⁵ Conforme Habermas: “No impulso do desenvolvimento, que eu interpreto como racionalização do mundo da vida, esse engate é rompido. As tradições culturais e os processos de socialização são os primeiros a caírem sob a pressão da reflexão, de tal modo que eles gradativamente passam a ser tema dos próprios atores. (...) A conduta pessoal de vida e a tradição cultural são transpostas cada vez mais para discursos de auto-entendimento. (...) A irrupção da reflexão em histórias de vida e tradições culturais promove o individualismo dos projetos de vida individuais e um pluralismo de formas de vida coletivas” (JÜRGEN HABERMAS, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, Vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 129/131).

processo evolutivo da humanidade. Mas, no cenário contemporâneo, o único *ethos* compartilhado que se admite é o respeito à dignidade da pessoa humana, considerada o elemento nuclear da consciência jurídica geral, e premissa necessária para se atingir a cooperação social, que deve nortear as teorias da justiça e teorias constitucionalistas.

Dessa forma, as tradições, a história, e a cultura, por integrarem a base fática da sociedade, devem ser objeto de constante reflexão e debate, a fim de que as normas que fundamentem preencham sempre o requisito do respeito à dignidade do ser humano. Não são, portanto, um critério de limitação da atuação do Poder Constituinte, ainda que possam – e devam – ser consideradas no processo interpretativo e de revelação da norma constitucional pelos diversos intérpretes da Constituição.

Michel Rosenfeld alerta que a democracia constitucional nas sociedades pluralistas suscita problemas relacionados ao reconhecimento, ao autogoverno e a autorrealização. Isso ocorre porque todos os indivíduos e grupos querem ser reconhecidos, querem ter o direito de participar do governo, bem como querem alcançar algum nível de autorrealização.

Portanto, defende que o que sustenta uma democracia constitucional é a existência de instituições e mecanismos que possibilitem uma medida de autogoverno que não viole os direitos consagrados, ponto que está intimamente relacionado aos elementos chave do constitucionalismo⁴⁶⁶.

Conforme Habermas, a liberdade comunicativa é pressuposto de uma autodeterminação organizada, concretizada por meio de instituições e práticas jurídicas⁴⁶⁷. Nesse ponto se faz necessário repensar as bases teóricas que descrevem a atuação do Poder Constituinte, em especial no momento de reforma da Constituição, a fim de que seja considerado o diálogo judicial como consequência do paradigma de Constituições dispostas em rede no cenário mundial.

A discussão judicial e o processo interpretativo levado a cabo pelas Cortes Constitucionais atende às novas exigências democráticas oriundas de um mundo globalizado, equilibram a tensa relação que existe entre as autonomias públicas e privadas, sem ferir de morte a soberania – já desgastada – dos Estados nacionais.

⁴⁶⁶ MICHEL ROSENFELD, *A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito*, v.7, n. 12, jan./jun, Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, 2004, p. 25/26.

⁴⁶⁷ JÜRGEN HABERMAS, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, Vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 54.

Portanto, adota-se a lógica discursiva da corrente crítico-deliberativa, de modo que o diálogo judicial deve integrar o procedimento constitucional discursivo como mecanismo de fundamentação e fortalecimento democrático, de modo que após esgotar-se a análise de diferentes pretensões de validade, por meio de uma vontade racional, resulta uma Constituição legítima que, representando um instrumento de coesão social, é capaz de integrar indivíduos de sociedades complexas e multiculturais, seja a nível interno, seja a nível externo, com base no respeito mútuo às diversas formas de vida.

4.3 Função de integração e cooperação social multinível da Constituição na sociedade global

De início, ressalta-se que em relação à possibilidade da emergência de uma Constituição Global, alheia aos ordenamentos jurídicos nacionais, entende-se que a ideia de um cosmopolitismo que bebe em águas kantianas é demasiado utópica frente aos impactos do capitalismo, alçado a nível global, nas relações internacionais. Por tal motivo, recusa-se a verificação da existência ou da possibilidade de uma constituição global⁴⁶⁸.

Portanto, corrobora-se com Maurício Ramires, de modo que “a integração global de que nos ocupamos, pois, não é a unificação das instituições sob uma ordem político-jurídica comum que pode ou não estar em curso, mas uma integração *discursiva ou comunicacional*”. O que se defende é a reconstrução da dogmática constitucionalista com base na “livre circulação de informações, ideias e de influências” e no “compartilhamento da gramática da ordem democrática, que se dá entre os países que optam por desenvolver e manter um Estado de direito democrático⁴⁶⁹”.

⁴⁶⁸ No mesmo sentido e, apoiando-se em Jorge Miranda, Maurício Ramires afirma que: “Assim, com Jorge Miranda, distinguimos o que seja uma crescente *generalização* do direito constitucional, com base em elementos comuns, de outra coisa, bem diferente, que é a ainda implausível alegação de existência de uma Constituição global, superior ou indiferente às ordens nacionais e à política. Nosso pressuposto, portanto, é que o Estado nacional ainda é uma realidade política presente e relevante no século XXI, assim como o são as Constituições e tribunais locais, sendo que os diálogos entre os juízes das diversas ordens jurídicas não chegam a afetar essa realidade” (MAURÍCIO RAMIRES, *Diálogo Judicial Internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 91/92).

⁴⁶⁹ MAURÍCIO RAMIRES, *Diálogo Judicial Internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 92).

No capítulo três desta pesquisa foram abordados os problemas alusivos ao transconstitucionalismo pluridimensional dos Direitos Humanos⁴⁷⁰, com especial enfoque nos problemas constitucionais que transpassam ordens jurídicas de diferentes hierarquias (interconstitucionalidade) e problemas constitucionais que atravessam ordens jurídicas constitucionais de igual nível hierárquico (diálogo judicial internacional).

Marcelo Neves, em sua obra destinada à análise do Transconstitucionalismo, relata que esse entrelaçamento de ordens não é sentido apenas no âmbito dos Tribunais, mas verifica-se também a ocorrência informal do intercâmbio de informações e condutas entre os órgãos legislativo e executivo de diferentes nações. Em que pese a não exclusividade judicial, o referido autor conclui que “a forma mais relevante de transversalidade entre ordens jurídicas é a que perpassa os juízes e tribunais, seja interjudicialmente ou não⁴⁷¹”.

A doutrina descreve, portanto, um incremento na prática de citação de julgamentos estrangeiros nas decisões de causas próprias, em especial no âmbito dos Tribunais Constitucionais, não se limitando a *obiter dictum*, mas também como elementos da *ratio decidendi*⁴⁷².

No cenário de uma sociedade globalizada, as decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais também foram profundamente afetadas. Muito além de uma característica dos veículos de informação, que noticiam de forma quase instantânea os julgados de maior repercussão internacional, as próprias cortes de julgamento dispõem de perfis nas redes sociais ou páginas oficiais na rede mundial de computadores, através dos quais realizam a divulgação das informações relativas ao Direito Constitucional daquele Estado específico, por meio de decisões, legislação, notícias e/ou doutrina.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal disponibiliza a sua página oficial nas versões em português, inglês e espanhol. Por seu turno, além de um informativo de jurisprudência semanal, ocorre a publicação de Boletins de Jurisprudência Internacional que, na descrição da própria Corte, “apresenta a compilação de julgados do Supremo Tribunal Federal, de Cortes Internacionais, de Supremas Cortes e de Cortes Constitucionais

⁴⁷⁰ “Essas situações complexas apontam para um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, no qual ocorre um transconstitucionalismo pluridimensional, que resulta da relevância simultânea de um mesmo problema jurídico-constitucional para uma diversidade de ordens jurídicas” (MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 235).

⁴⁷¹ MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 118).

⁴⁷² MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 167.

estrangeiras sobre um tema específico, de modo a facilitar a pesquisa e o conhecimento de casos no âmbito do direito constitucional comparado⁴⁷³”.

De maneira similar, as Cortes Constitucionais da Áustria e da Colômbia e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha⁴⁷⁴ disponibilizam versões de suas páginas oficiais na língua inglesa, com o objetivo de viabilizar o acesso às informações para um maior número de pessoas ao redor do mundo.

Dessa forma, verifica-se que as decisões dos principais Tribunais e Cortes Constitucionais de cada país estão a apenas um clique de distância das nossas mãos. Os advogados, membros do Ministério Público ou até as próprias partes de um processo podem ter acesso a teses já discutidas em outras nações e levá-las a análise e discussão judicial.

De igual forma, no decorrer dos julgamentos de seus processos, os Tribunais podem rapidamente verificar se questão semelhante já foi discutida em outras Cortes, bem como a repercussão gerada por algumas decisões ou teorias noutras sociedades.

Em relação ao Tribunal Constitucional Alemão, é possível reconhecer citações de conteúdos estrangeiros desde a década de 50. A título exemplificativo menciona-se o célebre caso *Lüth*⁴⁷⁵. Na referida decisão, de acentuada importância para a evolução dos direitos fundamentais, o Tribunal decidiu que a referida categoria de direitos era aplicável às relações entre particulares, ao passo que levantou a necessidade do juízo de ponderação no caso de colisão de valores, sedimentando construções teóricas importantes sobre a matéria.

No decorrer da fundamentação da decisão supra, o BVerfGE colacionou, em língua inglesa, a declaração de Benjamin Cardozo, *justice* da Suprema Corte dos EUA, que no julgamento do caso *Palko v. The State of Connecticut* (1937) definiu a liberdade de expressão como “*a matriz, condição indispensável de quase todas as outras formas de liberdade*”⁴⁷⁶.

O fundamento expresso no caso *Lüth*, ironicamente, também ultrapassou as fronteiras alemãs, tendo sido, provavelmente, uma das decisões alemãs mais reproduzidas por outras Cortes Constitucionais em todo o mundo. Von Dieter Grimm chegou a declarar que

⁴⁷³ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, disponível em <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaBoletim>>. Acesso em: 15/06/2019.

⁴⁷⁴ Corte Constitucional da Colômbia: <<http://english.corteconstitucional.gov.co>>; Tribunal Constitucional Federal da Alemanha: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Homepage/home_node.html> e Tribunal Constitucional da Áustria: <<https://www.vfgh.gv.at/index.en.html>>.

⁴⁷⁵ BVerfGE 7, 198.

⁴⁷⁶ *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937). No original: “*the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom*”.

parcela das construções jurídicas realizadas no célebre caso se tornaram “artigos constitucionais de exportação”⁴⁷⁷.

Outro exemplo relevante, e relativamente mais recente, diz respeito ao julgamento da constitucionalidade da “lei da parceria civil” (*Lebenspartnerschaftsgesetz*), por meio do qual o BVerfGE concluiu pela constitucionalidade do ato normativo que autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

No referido caso, apesar de não se ter empregado fundamento jurídico estrangeiro, a Corte expôs uma lista citando países em que a união homoafetiva já era juridicamente reconhecida. Portanto, a citação da experiência estrangeira fora realizada com caráter persuasivo, com vistas a reforçar a legitimidade da decisão nacional.

Após criteriosa análise da ocorrência de citações de julgados estrangeiros pelo BVerfGE, Basil Markesinis e Jörg Fedtke concluíram que nos primeiros anos de existência da Corte houve a utilização mais frequente das citações, mas a referida prática reduziu com o passar dos anos. Atribui-se ao fato da Corte ter consolidado uma jurisprudência própria, de modo que foi natural o fato de passassem a fundamentar as decisões em seus próprios precedentes⁴⁷⁸.

Brun-Otto Bryde, ex-juiz do Tribunal Constitucional Alemão, ao comentar o dado apresentado pelos autores supra, declarou que a Corte consulta manifestações de tribunais estrangeiros de forma extensiva até chegar a uma decisão conclusiva, em que pese raramente essa citação ocorrer formalmente. O resultado é, portanto, uma extensa lacuna entre as fontes citadas na decisão e aquelas que de fato influenciam os juízes⁴⁷⁹.

De forma diversa e vanguardista, o art. 24-1 da Carta dos Direitos e Liberdades (a qual desde 1982 integra a Constituição do Canadá) atribui explicitamente ao Poder Judiciário a função de garantidor dos direitos nela consagrados⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ DIETER GRIMM, “A Carreira de um Boicote” (Die Karriere eines Boykottaufrufs) in *Die Zeit*, n. 40, 27/09/2001. Disponível em < https://www.zeit.de/2001/40/Die_Karriere_eines_Boykottaufrufs/komplettansicht>. Acesso em: 10/06/2018.

⁴⁷⁸ BASIL MARKESINIS e JÖRG FEDTKE (Org.), *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, Routledge Cavendish, New York, 2006, p. 71/79.

⁴⁷⁹ No original: “The Court rarely cites scholarly opinions or others courts, much less so than other high courts in Germany. Nevertheless, it consults these sources extensively in reaching a decision. The result is a huge gap between the sources of the decision cited and those actually influencing the judges.” (BRUN-OTTO BRYDE, “The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue” in MARKESINIS, Basil e FEDTKE, Jörg (Org.), *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, Routledge Cavendish, New York, 2006, p. 297).

⁴⁸⁰ “24.- 1. Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.” (Constitution Act, 1982 - Canadian Charter of Rights and Freedoms).

Diante desse cenário, a Suprema Corte Canadense foi fortemente influenciada pelas manifestações jurisprudenciais norte-americanas em matéria constitucional, as quais serviram como indícios hermenêuticos no papel de interpretação da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*⁴⁸¹.

Mas, ultrapassado um período de intensa influência norte-americana, a Corte expandiu os seus horizontes interpretativos, tendo adotado uma postura mais receptiva aos precedentes de múltiplos sistemas constitucionais ao redor do mundo⁴⁸², de modo que as citações de materiais estrangeiros aumentaram “em frequência e diversidade⁴⁸³” no dia a dia da Suprema Corte Canadense.

A abertura normativa e interpretadora canadense é evidente e está rendendo bons frutos à experiência constitucional nacional. Aharon Barak, ex-juiz da Suprema Corte de Israel, declarou que “A Suprema Corte Canadense é particularmente notável pelo uso frequente e fecundo do direito comparado. Assim sendo, o Direito canadense serve como uma fonte de inspiração para muitos países ao redor do mundo⁴⁸⁴”.

Nesse mesmo contexto cita-se a Corte Constitucional da África do Sul, classificada por diversos autores como a Corte mais dedicada e envolvida na rede de diálogos constitucionais. Parcela da doutrina credita a abertura Sul-africana à influência que o Direito Internacional exerceu no país com vistas ao fim do *apartheid*, de tal forma que revelou-se natural a verificação da experiência estrangeira para a consolidação dos direitos fundamentais e da democracia⁴⁸⁵.

A prática possui, inclusive, fundamento constitucional. Nos termos do art. 39, n. 1, da Constituição Sul-africana, qualquer tribunal ao interpretar a Carta de Direitos, poderá

⁴⁸¹ Para Claire L’Heureux-Dubé, muito antes dos tribunais consolidarem uma extensa jurisprudência da Carta dos Direitos e Liberdades, os canadenses olhavam em direção ao sul, na busca de inspiração para o seu significado e interpretação. No original: “*Even before the courts developed extensive Charter jurisprudence, Canadians looked southward for inspiration on its meaning and interpretation.*” (CLAIRE L’HEUREUX-DUBÉ, “The importance of dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court”, *Tulsa Law Review*, vol. 34, Tulsa, 2013, p. 18).

⁴⁸² Como exemplo, cita-se os julgados: *Attorney General (Quebec) et al. v. Farrah* (1978) 2 S.C.R. 638; *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie et al.* (1980) 2 S.C.R. 228.

⁴⁸³ SARAH K. HARDING, “Comparative Reasoning and Judicial Review”, *Yale Journal of International Law*, n. 28, 2003, p. 411/412.

⁴⁸⁴ AHARON BARAK, “A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy”, *Harvard Law Review*, vol. 116, n. 1, Cambridge, 2002, p. 114. No original: “The Supreme Court of Canada is particularly noteworthy for its frequent and fruitful use of comparative law. As such, Canadian law serves as a source of inspiration for many countries around the world”.

⁴⁸⁵ Nesse sentido G. E. DEVENISH, *A Commentary on the South African Constitution*, Butterworth-Heinemann, Durban, 1998, p. 326; URSULA BENTELE, “Mining For Gold: The Constitutional Court Of South Africa's Experience With Comparative Constitutional Law”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 37, n. 2, Athens, 2009, p. 229 e MAURÍCIO RAMIRES, *Diálogo Judicial Internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 169.

considerar o direito estrangeiro para a promoção dos valores subjacentes a uma sociedade aberta e democrática, com base na dignidade humana, igualdade e liberdade⁴⁸⁶.

Aponta-se o caso *State v. Makwanyane* (1995), através do qual a pena de morte passou a ser considerada inconstitucional haja vista a sua incompatibilidade com os direitos humanos. A Corte empreendeu ampla pesquisa jurisprudencial dos tribunais estrangeiros, utilizando decisões da Zimbábue, Hungria, Canadá, Jamaica, Botsuana, Alemanha, Hong Kong, Índia, Estados Unidos, Tanzânia, Tribunal Europeu Direitos Humanos e o Comitê das Nações Unidas para os Direitos Humanos⁴⁸⁷.

As experiências do Canadá e da África do Sul nos permitem concluir que o maior engajamento na participação dessa rede de influências jurisprudenciais de países que não possuíam uma forte tradição constitucionalista permitiu com que adquirissem, progressivamente, maior influência irradiadora de seus julgamentos, assumindo posições de referência no cenário internacional.

Em relação à citação de jurisprudência estrangeira pela Suprema Corte norte-americana (USSC), a prática conta com opositores vorazes, sendo alvo de intensos debates acadêmicos, a ponto de ser considerada parte integrante das chamadas *culture wars* norte-americanas, levadas a cabo entre os conservadores e os progressistas⁴⁸⁸.

Aponta-se os casos *Printz v. United States* (1997)⁴⁸⁹; *Knight v. Florida* (1999)⁴⁹⁰ e *Foster v. Florida*⁴⁹¹ (2002), nos quais o *justice* Stephen Breyer invocou a experiência estrangeira em relação ao enfrentamento de problemas similares. Porém, os demais membros da Suprema Corte não adotaram uma postura aberta ao elemento jurídico estrangeiro.

Sucessivamente, no caso denominado *Atkins v. Virginia* (2002)⁴⁹², a Suprema Corte deliberou que a VIII Emenda Constitucional, que proíbe punições cruéis e incomuns,

⁴⁸⁶ "39 Interpretation of Bill of Rights

(1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum-

(a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;

(b) must consider international law; and

(c) may consider foreign law"

⁴⁸⁷ CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ, "The importance of dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court", *Tulsa Law Review*, vol. 34, Tulsa, 2013, p. 21/22.

⁴⁸⁸ Para Mark Tushnet "The political valence of the controversy of references to non-U.S. law strongly suggests that that controversy too is part of the culture wars." (MARK TUSHNET, "Referring to Foreign Law in Constitutional Interpretation: An Episode in the Culture Wars", *Baltimore Law Review*, vol. 35, Baltimore, 2006, p. 309).

⁴⁸⁹ 521 U.S. 898 (1997)

⁴⁹⁰ 528 U.S. 990 (1999)

⁴⁹¹ 537 U.S. 990 (2002)

⁴⁹² 536 U.S. 304 (2002)

vedava a pena de morte para infratores com deficiência mental. O julgamento deflagrou o debate acerca da validade das citações de jurisprudência externa, repercutindo, inclusive, na imprensa norte-americana.

O *justice* John Paul Stevens, no decorrer de seu voto, argumentou através da nota de rodapé nº 21, que “dentro da comunidade mundial, a imposição da pena de morte para crimes cometidos por infratores com retardo mental é esmagadoramente desaprovada⁴⁹³”. Referido comentário suscitou reações na Corte. O *justice* Antonin Scalia, em voto dissidente, declarou que as práticas da comunidade mundial são irrelevantes, cujas noções de justiça nem sempre são as do povo americano⁴⁹⁴.

Mas foram os casos *Gratz v. Bollinger* (2003)⁴⁹⁵, *Grutter v. Bollinger* (2003)⁴⁹⁶ e *Lawrence v. Texas* (2003)⁴⁹⁷ que inflamaram a controvérsia, tendo em vista o uso de elementos estrangeiros como indícios hermenêuticos para a tomada de decisão da USSC.

Os processos *Gratz v. Bollinger* e *Grutter v. Bollinger* se referiam ao emprego das ações afirmativas como política de admissão de alunos na Universidade de Michigan. No decorrer das discussões orais, a *justice* Ruth Bader Ginsburg advertiu que os Estados Unidos da América são parte integrante do mundo e que esse se trata de um problema global, indagando se deveriam considerar o que os juízes em outros lugares já disseram sobre o mesmo assunto⁴⁹⁸.

Noutra situação, caso *Lawrence v. Texas*, discutia-se a constitucionalidade de um dispositivo do Código Penal do Estado do Texas que criminalizava a atividade sexual entre pessoas do mesmo sexo. O *justice* Anthony Kennedy apresentou em seu voto a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁴⁹⁹, alegando que tal Corte recusou em três momentos a aplicação da jurisprudência norte-americana consolidada anteriormente no caso *Bowers v. Hardwick* (1986).

⁴⁹³ No original: “Moreover, within the world community, the imposition of the death penalty for crimes committed by mentally retarded offenders is overwhelmingly disapproved.”

⁴⁹⁴ No original: “Equally irrelevant are the practices of the “world community,” whose notions of justice are (thankfully) not always those of our people.”

⁴⁹⁵ 539 U.S. 244 (2003).

⁴⁹⁶ 539 U.S. 306 (2003).

⁴⁹⁷ 539 U.S. 558 (2003).

⁴⁹⁸ No original: “We’re part of a world, and this problem is a global problem. Other countries operating under the same equality norm have confronted it. Our neighbor to the north, Canada, has; the European Union, South Africa, and they have all approved this kind of, they call it positive discrimination. ... [T]hey have rejected what you recited as the ills that follow from this. Should we shut that from our view at all or should we consider what judges in other places have said on this subject?” (Transcrição do Argumento Oral 23, *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 - 2003).

⁴⁹⁹ Ao argumento de que se tratava de “values we share with a wider civilization”.

Em que pese a maioria da Corte aderir à posição de Anthony Kennedy, o *justice* Antonin Scalia apresentou voto dissidente através do qual aduziu que os direitos constitucionais não surgem porque as nações estrangeiras descriminalizam uma conduta, de forma que a discussão da Suprema Corte sobre as visões estrangeiras é insignificante e perigosa.

E em meio a esse cenário de acirrado debate, o caso *Roper v. Simmons* (2005)⁵⁰⁰ discutia a aplicação da pena de morte para crimes cometidos por infratores menores de 18 anos, em contraposição ao precedente *Stanford v. Kentucky* (1989).

O *justice* Anthony Kennedy emitiu o voto majoritário, através do qual apresentou o posicionamento de diversas nações estrangeiras e afirmou categoricamente que “a opinião da comunidade mundial, apesar de não controlar nosso resultado, fornece a confirmação respeitada e significativa para nossas próprias conclusões⁵⁰¹”.

Mas, Antonin Scalia, em voto dissidente, manifestou-se no sentido de que a opinião do povo americano foi irrelevante para a decisão tomada naquele caso, enquanto o ponto de vista da comunidade internacional ocupou um lugar central para fundamentação.

Ao final, a maioria da USSC aderiu à utilização da jurisprudência estrangeira como indício interpretativo da Constituição norte-americana. Tal posicionamento passou a denominar-se de “doutrina Roper⁵⁰²”.

Um curioso dado relatado pela doutrina é que, em que pese a forte tradição constitucionalista norte-americana, a baixa disposição e o débil engajamento nessa rede de conversação entre Tribunais Constitucionais e Supranacionais está refletindo negativamente na influência irradiadora dos seus julgamentos e até mesmo no prestígio da USSC, tendo em vista o declínio das citações de julgados da Suprema Corte dos EUA por outras Cortes Constitucionais⁵⁰³.

No Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evidencia o uso de citações de material colombiano, espanhol, francês, português, mas a esmagadora maioria

⁵⁰⁰ 543 U.S. 551 (2005).

⁵⁰¹ No original: “The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions”.

⁵⁰² MAURÍCIO RAMIRES, *Diálogo Judicial Internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 126.

⁵⁰³ Nesse sentido cfr. URSULA BENTELE, “Mining For Gold: The Constitutional Court Of South Africa's Experience With Comparative Constitutional Law”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 37, n. 2, Athens, 2009, p. 230 e ALEXANDRE DOUGLAS Z. DE CARVALHO, Transconstitucionalismo ou cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo, in *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2015, p. 28.

encontrada é norte- americana e alemã⁵⁰⁴. Já em Portugal, em que pese serem encontradas citações de diferentes cortes, o predomínio das citações estrangeiras empreendidas pelo Tribunal Constitucional Português refere-se a julgados da Alemanha, Itália, Espanha e EUA⁵⁰⁵.

Interessante notar que apesar de Brasil e Portugal serem países com intensa ligação histórica, de possuírem alguns traços semelhanças em suas Constituições e compartilharem o mesmo idioma, são encontradas poucas citações recíprocas entre eles. Dessa forma, apesar de estarem engajados e abertos às influências jurisprudenciais estrangeiras, existe uma grande seletividade na escolha dos precedentes a serem utilizados.

O caso é ainda mais grave no Tribunal brasileiro, a ponto da doutrina apontar a ausência de integração entre os países da América Latina, os quais apresentam proximidade geográfica; compartilham idiosincrasias políticas e culturais sul-americanas e, ainda, estão inseridos em uma mesma ordem supranacional de direitos humanos, qual seja o Pacto de San José da Costa Rica⁵⁰⁶.

Do exposto, através da prática de citações cruzadas (*cross-citation*), ocorre a chamada fertilização cruzada (*cross-fertilization*) ou polinização cruzada (*cross-pollination*). O que inicialmente foi identificado como a recepção de ideias, valores e/ou teorias jurídicas adquiriu novos contornos e passou a ser caracterizado como um diálogo construtivo entre os tribunais constitucionais, os quais passaram a buscar apoio uns nos outros em busca de autoridade persuasiva⁵⁰⁷.

Neste ponto se faz importante reiterar que dadas as especificidades de uma sociedade pluralizada e global, a Constituição assume a função de integração e cooperação social multinível, acolhendo o pluralismo do ser humano em todas as suas facetas. Enquanto deve funcionar como elemento de integração entre cidadãos nacionais tão diversos, deve ainda desempenhar o papel de integração e cooperação social em escala global, para questões que extrapolam a capacidade dos Estados nacionais.

⁵⁰⁴ GUILHERME PEÑA DE MORAES, *Constitucionalismo Multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*, Atlas, São Paulo, 2015, p. 53.

⁵⁰⁵ Nesse sentido cfr. ROMANO ORRÚ, “Um olhar externo sobre a Jurisprudência Constitucional Portuguesa” in XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 481/514.

⁵⁰⁶ Virgílio Afonso da Silva afirmou que “um claro déficit na integração jurídica na América do Sul é uma grande ausência de diálogo constitucional transnacional entre tribunais, o que resulta em uma quase total ausência de migração de idéias constitucionais na região.” (VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul* in BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2012, p. 522-523).

⁵⁰⁷ CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ, “The importance of dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court”, *Tulsa Law Review*, vol. 34, Tulsa, 2013, p. 17

A existência desse diálogo e da rede de citações jurisprudenciais estrangeiras, consubstanciada na fertilização cruzada, se revela um mecanismo promissor para que a reestruturação da teoria do Poder Constituinte atenda às necessidades contemporâneas, alterando profundamente as teorias clássicas quanto ao momento constitucional; a titularidade e os limites do Poder Constituinte, bem como a redefinição do Povo constitucional⁵⁰⁸.

Em relação à prática judiciária, podem ser enumerados três fatores que propiciaram o desenrolar de um “solo fértil”. De início, aponta-se a influência da globalização dos meios de comunicação, de modo que a rápida evolução tecnológica foi responsável pela agilidade do acesso à informação e pela relativização das distâncias geográficas. O indivíduo torna-se global, de modo que a pluralidade agora deve ser considerada em um contexto macro.

O segundo fator é atribuído à reestruturação na teoria da norma, tendo em vista o novo status adquirido pelos princípios no ordenamento jurídico. De caráter supletivo e função de supressão de lacunas, os princípios adquiriram normatividade e foram constitucionalizados⁵⁰⁹. Dessa forma, com a introdução da moral no Direito, os valores que conformam uma sociedade reingressaram no mundo jurídico, com grande ênfase na Constituição nacional por meio dos princípios.

A inclusão constitucional dos princípios revelou uma revolução de juridicidade na esfera constitucionalista⁵¹⁰.

Friedrich Müller, com maior sofisticação teórica, enuncia as distinções entre a norma jurídica e o texto da norma, de tal forma que o texto consiste somente no ponto de partida para a construção da normatividade. Por conseguinte o dispositivo constitucional corresponde apenas a uma pretensão normativa, que decorre das idiossincrasias históricas e

⁵⁰⁸ Paulo Rangel assevera que: “Se o poder jurisdicional é exercido em nome do povo e da comunidade política, a formação dos magistrados inscreve-se no quadro dos problemas constitucionais fundamentais. Neste contexto, está fácil de se ver o relevo das redes de interconstitucionalidade: a troca de experiências e de dados, a partilha de conhecimentos, a interação entre os corpos profissionais. A ideia de interconstitucionalidade passa por uma constituição aberta com estas características ou com estas qualidades e, obviamente, é algo que transcende o ofício típico do jurista: é também um trabalho político e constitucional no sentido próprio do termo” (PAULO RANGEL, “Transconstitucionalismo versus Interconstitucionalidade: Uma leitura crítica do pensamento ‘Transconstitucional’ de Marcelo Neves” in TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 35º aniversário da Constituição de 1976, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 169/170).

⁵⁰⁹ Paulo Bonavides ensina que o caráter jurídico concedido aos princípios perpassa três fases cronológicas: o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo. “Os princípios baixaram primeiro das alturas montanhosas e metafísicas de suas primeiras formulações filosóficas para a planície normativa do Direito Civil. Transitando daí para as Constituições, noutro passo largo, subiram ao degrau mais alto da hierarquia normativa” (PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 24ª ed., Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 2009, p. 293).

⁵¹⁰ PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 24ª ed., Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 2009, p. 259.

axiológicas locais, masque se revela apto a impor limites à extensão da norma constitucional⁵¹¹.

Canotilho nos informa que Jean Boulanger, ainda no âmbito de uma doutrina positivista legicêntrica, apresentou um trabalho em que investigou com propriedade os princípios de Direito, ao final do qual concluiu que são “um indispensável elemento de *fecundação* da ordem jurídica positiva⁵¹²”.

De maneira similar, Domenico Farias, ao defender a normatividade dos princípios e característica da generalidade, adicionou a eles o aspecto da *fecundidade*, que é evidenciada através da função interpretativa e integrativa⁵¹³.

E a fertilização ou polinização cruzada é responsável por materializar e intensificar essa fecundidade, porquanto os princípios podem ser associados às *sementes* que transportam os valores de uma sociedade até a outra, ou outras, e podem ou não fecundar em solos (Constituições) cada vez mais distantes.

O terceiro fator determinante foi a expansão quantitativa e qualitativa sofrida pela justiça constitucional. A primeira, já tratada em capítulo anterior, pode ser traduzida no incremento exponencial do número de países “equipados” com uma justiça constitucional.

Já a expansão qualitativa está diretamente relacionada à reestruturação da teoria da norma. Considerando-se a tridimensionalidade jurídica, vislumbra-se o Direito como valor incorporado em norma, consubstanciado em determinada base fática⁵¹⁴, e esse valor apresenta-se mais intensamente por meio dos princípios⁵¹⁵. Ocorre que, em razão da sua natureza específica, os princípios prescindem da materialização formal no texto

⁵¹¹ Para Friedrich Müller: “o texto da norma não ‘contém’ a normatividade e a sua estrutura material completa. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro” (FRIEDRICH MÜLLER, *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, trad. Peter Naumann, Editora Síntese, Porto Alegre, 1999, p. 47). No mesmo sentido, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 1201/1202.

⁵¹² J. BOULANGER *apud* PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 24ª ed., Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 2009, p. 268.

⁵¹³ DOMENICO FARIAS *apud* PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 24ª ed., Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 2009, p. 274. Domenico Farias sustentou que: “A forma jurídica mais definida mediante a qual a fecundidade dos princípios se apresenta é, em primeiro lugar, a função interpretativa e integrativa. O recurso aos princípios se impõe ao jurista para orientar a interpretação das leis de teor obscuro ou para suprir-lhes o silêncio. Antes ainda das Cartas Constitucionais, ou, melhor, antes que, sob o influxo do jusnaturalismo iluminista, máximas jurídicas muito genéricas se difundissem nas codificações, o recurso aos princípios era já uma necessidade para interpretar e integrar as leis”.

⁵¹⁴ Segundo expõe Miguel Reale “é da integração do fato em valor que surge a norma”, desse modo a norma jurídica é a “forma positiva de qualificação axiológica do fato em dada conjuntura” (MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 59 e 95/98).

⁵¹⁵ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 7ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 276.

constitucional, de modo que concerne à justiça constitucional revelar a existência (e a delimitação) de princípios implícitos⁵¹⁶.

Do exposto, a normatividade constitucional esbarra nas dificuldades de amplitude e significado, encontrando como agravante os múltiplos intérpretes e aplicadores da Constituição. Ademais, os princípios demandam uma atuação concretizadora dos poderes do Estado. Nesse contexto, a justiça constitucional tem muito a contribuir na função de facilitadora desse diálogo.

No momento em que as normas jurídicas constitucionais deixaram de identificar-se e serem limitadas pelo texto escrito para serem reconhecidas como o produto da sua interpretação⁵¹⁷, ao passo que aos princípios também foi atribuída a função legitimadora do ordenamento jurídico, o dogma da soberania popular, identificado na teoria de democracia representativa, passou a ser relativizado.

Isso ocorre porque aos juízes, representantes do Estado não escolhidos democraticamente, foram reconhecidas as funções descobrir, delimitar, definição e atualizar do conteúdo das normas constitucionais, haja vista o caráter aberto da Constituição. Cumpre citar os princípios da proibição do retrocesso social e da proporcionalidade, os quais apesar de não serem expressamente previstos no corpo da Constituição Brasileira detêm *status* de norma constitucional.

E as influências recíprocas entre Tribunais Constitucionais espalhados ao redor do mundo apresentam como elemento fomentador essa “dificuldade normativa”, de modo que a fundamentação de uma decisão externa (ou superior) fornece elementos sobre as normas existentes em outros Estados, o seu conteúdo material e limites. Tais informações se revelam como indícios hermenêuticos⁵¹⁸ para a delimitação das normas constitucionais nacionais.

Nesse ponto, Ana Maria Guerra Martins alerta sobre a importância de evitar interpretações jurisprudenciais profundamente diversas entre Cortes diferentes, pois “a proteção e a tutela dos direitos fundamentais depende não só dos catálogos de direitos em si,

⁵¹⁶ JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 7ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 287.

⁵¹⁷ Nesse sentido, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 1201/1202; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Como ler a Constituição – Algumas Coordenadas” in JORGE MIRANDA et al (Org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III, Edições Almedina, Coimbra, 2010, p. 503/519 e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 7ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 314/315.

⁵¹⁸ MAURÍCIO RAMIRES, *Diálogo Judicial Internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 268.

mas também da interpretação e da aplicação que deles fazem os vários intervenientes, designadamente, os tribunais⁵¹⁹”.

Corroborar-se com Canotilho ao afirmar que os fins do Estado não são imutáveis, de modo que “se ontem a ‘conquista territorial’, a ‘colonização’, o ‘espaço vital’, o ‘interesse nacional’, a ‘razão de estado’ surgia sempre como categorias quase ontológicas, hoje os fins dos estados podem e devem ser os da construção de ‘Estados de direito democráticos, sociais e ambientais’, no plano interno, e Estados abertos e internacionalmente ‘amigos’, ‘cooperantes’ no plano externo”⁵²⁰.

Direitos constitucionais e/ou fundamentais não evoluem da “pura imaginação ou da reflexão especulativa⁵²¹” e a influência da doutrina, legislação ou jurisprudência estrangeira permite uma maior riqueza na leitura da diversidade que a realidade social produz, em especial para o incremento da proteção aos direitos humanos.

Uma rápida busca na legislação ou jurisprudência externa nos permite encontrar normas constitucionais que tratam de problemas similares aos existentes noutra sociedade, apenas formuladas em um ordenamento jurídico diverso. A simples existência de idêntica questão a ser resolvida já se revela como fundamento para invocar a análise estrangeira.

Por sua vez, as normas estrangeiras podem ingressar no mundo jurídico de um Estado como fato novo, seja através de uma mudança cultural ou comportamental da sociedade, seja através da atuação dos poderes do Estado. O fato é que elas podem alterar a relação dialética do direito e reclamarem uma nova norma, que pode ser similar à norma estrangeira ou assumir um terceiro modelo, adaptado à realidade nacional. As “sementes” externas são um estímulo, ou impulso, para a descoberta de novos modelos e novas teorias jurídicas para resolução de problemas passados, presentes e até futuros.

⁵¹⁹ ANA MARIA GUERRA MARTINS, “Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais – Do monólogo cauteloso ao diálogo construtivo” in Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Moura Ramos, vol. I, Almedina, Coimbra, 2016, p. 608.

⁵²⁰ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 1369. Em outra obra, Canotilho aduz que: “No fim das contas, o projecto emancipatório das constituições vai continuar num contexto outro e através de instrumentos regularivos diferentes. A lei dirigente cede lugar ao *contrato*, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças, aí, está de novo nos “quatro contratos globais”. Refemino-nos ao *contrato para as ‘necessidades globais’* – remover as desigualdades -, o *contrato cultural* – tolerância e diálogo de culturas -, *contrato democrático* – democracia como governo global -, e *contrato do planeta terra* – desenvolvimento sustentado” (J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 128).

⁵²¹ BRUCE ACKERMAN, *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*, vol. 4, tradução de Mauro Raposo de Mello, 1ª ed., Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 419.

Não obstante se faça necessário manter os olhos atentos aos malefícios da revolução tecnológica⁵²², é inegável que a globalização dos meios de comunicação contribui vigorosamente para a célere disseminação de valores e ideias entre a sociedade mundial, do mesmo modo que pode revelar-se grande aliada das Cortes Constitucionais no *múnus* de interpretar e atualizar a Constituição nacional, a fim de que ela consiga atingir as suas finalidades precípuas.

Como uma diretriz para a reconstrução da Teoria do Poder Constituinte é importante que seja considerada a prática do diálogo judicial internacional, e a rede de conversação que se formou em torno de questões que envolvem o direito constitucional compartilhado, como um mecanismo de integração nacional e integração externa das diversas nações ao redor do globo em torno de questões que envolvem preceitos constitucionais, com vistas ao atingimento de uma cooperação entre todos os seres humanos a nível global⁵²³.

4.4 Controvérsias e dificuldades dogmáticas

Considerando as funções de integração multinível do constitucionalismo, a consolidação de uma rede de conversação judicial representa a manifestação do Poder Constituinte, em duas diferentes vertentes. A primeira possui uma face interna, na medida em que busca encontrar um fator de integração entre os nacionais, enquanto a outra é externa, com vistas à cooperação e ao incremento da proteção dos direitos humanos em nível global. Mas ambas se fundem no âmbito da prática judiciária e revelam uma linha tênue, por vezes imperceptível, entre elas.

⁵²² Paulo Otero nos revela que: “Ora, um tal processo de comunicação à escala mundial, trazendo a informação para dentro da casa de cada um e, por esta via, formando as mentalidades, pode revelar-se o verdadeiro cavalo de Tróia da democracia do século XXI: sem mecanismos para controlar ou impedir a recepção da informação proveniente das modernas redes de telecomunicações da sociedade de informação, cada Estado pode bem encontrar-se na situação de contemplar a penetração de modelos corrosivos da sua identidade cultural e da mentalidade dos seus homens de amanhã” (PAULO OTERO, *Instituições políticas e constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 650).

⁵²³ No mesmo sentido, Paulo Rangel defende que: “No contexto de uma constituição *compreendida* numa renovada teoria da constituição como um documento estruturalmente aberto, com esta permeabilidade, com esta plasticidade de ser escrita e não escrita, conhecendo alguma ambiguidade dentro de si própria, invocar a Constituição americana, ou a Carta dos Direitos Fundamentais, ou uma sentença do Supremo Tribunal Federal brasileiro, é perfeitamente legítimo, faz parte da integração – de uma integração à Smend – do sistema constitucional enquanto tal” (PAULO CASTRO RANGEL, “Transconstitucionalismo *versus* interconstitucionalidade: Uma leitura crítica do pensamento “Transconstitucional” de Marcelo Neves” *in* Tribunal Constitucional – 35º aniversário da Constituição de 1975, Vol. I, 1ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p.168)

Ocorre que a referida prática não está passando incólume no mundo jurídico. Não obstante alguns países não expressarem maiores preocupações sobre a temática, alguns até estimularem a pesquisa a julgamentos estrangeiros em suas Cortes Constitucionais, noutros apresentou-se um caloroso debate.

Em um primeiro contato, o fenômeno pode parecer demasiado simples, assemelhando-se a uma prática de direito comparado. Porém, a matéria suscita a análise de profundos temas relacionados ao constitucionalismo e a teoria do Poder Constituinte, em especial o enfraquecimento da soberania estatal, a atuação contramajoritária da jurisdição constitucional, titularidade e atuação do Poder Constituinte, a democracia representativa e a concretização dos princípios constitucionais.

É incontroverso o fato de que os Estados sempre receberam ou promoveram influências uns sobre os outros. Não havia diálogo, mas o eco de suas “vozes” sempre foi “ouvido”. Inúmeros são os exemplos em que o Direito de um país ultrapassou as fronteiras, os continentes e oceanos, tendo ingressado em ordenamentos jurídicos estrangeiros, seja por meio de doutrinas, da importação de legislação ou mesmo de normas constitucionais⁵²⁴.

Porém, também é incontroverso o fato de que grande parcela dessas influências não provocou tanta polêmica no universo jurídico. Credita-se ao fato de que fração desta “importação” de conteúdo estrangeiro atravessava o filtro democrático dos parlamentos nacionais.

Realizada uma análise acerca das opiniões favoráveis e contrárias ao diálogo judicial e ao uso de citações jurisprudenciais estrangeiras, foi possível extrair que o ponto nevrálgico por trás de todo o debate é a atuação contramajoritária da justiça constitucional. Trata-se, portanto, de um problema antigo com novas feições, haja vista apresentar como pano de fundo uma sociedade hiperconectada.

De um modo geral, as controvérsias que envolvem o controle de constitucionalidade costumam questionar a sua legitimidade democrática. O processo de aprovação de leis ou emendas constitucionais é, em regra, realizado no âmbito dos parlamentos, os quais são compostos de representantes escolhidos democraticamente pelos nacionais de um Estado, após o cumprimento de uma série de discussões e formalidades.

⁵²⁴ Como exemplo, a Constituição Brasileira de 1988 teve uma forte influência da Constituição Portuguesa de 1976.

Todavia, no momento do controle de constitucionalidade, um Tribunal tem a competência para deixar de aplicar leis aprovadas democraticamente ao argumento da sua inconstitucionalidade. Em tal caso, a atuação do Poder Judiciário está indo de encontro a vontade da maioria, noutras palavras, sua atividade é classificada como contramajoritária⁵²⁵.

Retomando a discussão iniciada por Alexander Bickel, Jeremy Waldron aduz que a conflitualidade é uma característica inerente à sociedade, motivo pelo qual compete a ela deliberar sobre as questões mais sensíveis sobre os direitos, sobretudo aquelas com maior peso moral, por meio das instituições legislativas democráticas. Desta maneira, no momento em que uma maioria de juízes decide acerca de questões fundamentais sobre as quais recai uma profunda divergência na sociedade, critérios importantes de legitimidade política deixariam de ser atendidos⁵²⁶.

Como já tratado em capítulos anteriores, o positivismo legicêntrico converteu o Direito em um simples repositório da vontade popular e transformou um cálculo de proporção matemática no mecanismo aferidor de juridicidade. Reitera-se que a maioria deve ser encarada como um critério de decisão, não como um critério de verdade⁵²⁷ ou mesmo de justiça⁵²⁸.

Nos artigos 21 e 29, alínea 2, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 estipulou que a democracia é o único regime político compatível com a observância dos direitos humanos. Por esse motivo, firmou-se a ideia de que a democracia deve ser entendida em uma realidade constitucional fundada no valor da dignidade da pessoa humana, especialmente como mecanismo de defesa dos direitos fundamentais.

Mas é no âmbito de uma sociedade globalizada que a democracia apresenta novas e profundas exigências que surgem com o incremento do pluralismo social, de modo que se exige uma atuação estatal direcionada à garantia do regime democrático e à concretização dos direitos fundamentais.

A atuação do Poder Judiciário como intérprete e guardião da Constituição tem como objetivo readequar o equilíbrio do processo democrático e preservar os valores

⁵²⁵ Alexander Bickel empregou a expressão “dificuldade contramajoritária” (*counter-majoritarian difficulty*) para adjetivar a atividade de revisão judicial (ALEXANDER M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, The Bobbs-Merrill Company, Indianápolis, 1962, p. 16/23).

⁵²⁶ JEREMY WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, vol. 115, n. 6, 2006, p. 1346/1406.

⁵²⁷ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 624/629.

⁵²⁸ JOHN RAWLS, *Uma teoria da justiça*, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, 1ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1997, p. 395.

constitucionais, de forma a garantir que o pluralismo seja sempre compreendido em função do ser humano⁵²⁹. Nesse contexto, a democracia revelar a sua potência, atingindo o apogeu com a finalidade de reestabelecer o equilíbrio político-social.

Os elementos constantes nas decisões estrangeiras atuam como evidências hermenêuticas que devem ser consideradas pelo julgador em sua função de interpretar a Constituição nacional, com o intuito de garantir a máxima efetivação dos direitos e garantias fundamentais, mesmo que contrários à vontade da maioria. Fundamentando-se na pessoa humana, considerada a razão última do Direito⁵³⁰, a atuação das Cortes Constitucionais é plenamente democrática.

Mas além da questão contramajoritária, são apontados outros argumentos contrários ao diálogo judicial. Em síntese, aponta-se: diferenças sociais, culturais e legais entre as nações que dialogam, compreendidas na consciência histórica e cultural nacional; o possível enfraquecimento da soberania estatal, tendo em vista que o Estado absorveria um Direito oriundo de decisões políticas estrangeiras e, por fim, obstáculos metodológicos na prática da citação de jurisprudência alienígena, considerando o risco de arbitrariedade judicial e manipulação da decisão.

Cumprе ressaltar que, ao tratar da proteção multinível dos direitos fundamentais, Ana Maria Guerra Martins ressaltа que a multiplicação de catálogos de direitos fundamentais pode gerar um cenário de incerteza e insegurança, culminando, ainda, no nivelamento desses direitos pelo *standard* mínimo exigível de proteção⁵³¹.

Com o intuito de contestar os argumentos contrários, são apresentadas as seguintes alegações: a existência do diálogo transjudicial com base na tradição constitucional comum; a capacidade de autodeterminação dos Estados e, por fim, o dever de fundamentação das decisões judiciais.

A tradição constitucionalista comum verifica-se na existência de um vocabulário jurídico com significados e valores, os quais são compartilhados por diferentes Estados por meio de seus ordenamentos jurídicos. Ocorre que o conteúdo material de muitos conceitos

⁵²⁹ PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*, vol. I, Edições Almedina, Coimbra, 2010, p. 56.

⁵³⁰ Nesse sentido MIGUEL REALE, *Pluralismo e Liberdade*, 1ª ed., Saraiva, São Paulo, 1963, p. 74/80; e EMERSON GARCIA, *Interpretação Constitucional: A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional*, Editora Atlas, São Paulo, 2015, p. 357/364.

⁵³¹ ANA MARIA GUERRA MARTINS, “Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais – Do monólogo cauteloso ao diálogo construtivo” in *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Moura Ramos*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2016, p. 606.

comuns é definido e/ou ampliado através dos casos concretos, o que em regra é realizado pela justiça constitucional.

Logo, a atuação do Poder Constituinte nunca está pronta e acabada com a simples edição do texto escrito de uma Constituição. Ele se revela cotidianamente na interpretação, revelação, ampliação ou restrição do conteúdo das normas constitucionais.

A fertilização cruzada é uma prática que possui suas raízes na da tradição comum do constitucionalismo moderno, na medida em que esta tradição é o instrumento facilitador dessa rede de conversação jurisprudencial entre nações, o qual se apresenta como o mecanismo que buscar equalizar o problema de legitimidade democrática da justiça constitucional.

Faz-se necessário compreender que no mundo globalizado revela-se impossível a adoção de uma postura neutra ou de rejeição das Cortes Constitucionais no que tange ao relacionamento com a jurisprudência estrangeira, haja vista que as ideias presente na sociedade são aceleradamente propagadas e penetram em nações cada vez mais distantes. Tendo em vista uma maior aproximação das sociedades ao redor do globo, é possível verificar um maior compartilhamento global de ideias, valores, ideologias, teorias e crenças.

Em consequência, é uma tendência natural que problemas jurídicos similares sejam apresentados em Tribunais diversos ao redor do globo, de forma que é salutar conhecer como aqueles problemas foram enfrentados em outras nações. Através de um criterioso trabalho hermenêutico, os juízes, que também sofrem essa influência globalizante, buscariam determinar o conteúdo das normas constitucionais, sempre com um olhar atento às idiosincrasias nacionais.

Em relação ao argumento de mitigação da soberania estatal expõe-se que decisão sobre a utilização, ou não, dos fundamentos de uma decisão estrangeira compete ao órgão ao qual a Constituição do Estado atribuiu a competência para exercer a jurisdição constitucional. Por esse motivo, o diálogo judicial deve ser reconhecido como um exercício da própria capacidade de autodeterminação do Estado, em especial uma forma de exercício da soberania⁵³².

Salienta-se que o Estado não apresenta qualquer vinculação às decisões proferidas por Tribunais estrangeiros. A bem da verdade, o que existe é uma autoridade persuasiva, os

⁵³² AUSTEN PARRISH, “Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court’s Use of Foreign Law”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2007, n. 2, Champaign, 2007, p. 660/661.

fundamentos apresentados por outras nações em matérias semelhantes se apresentam como indícios hermenêuticos a serem utilizados no processo de interpretação (em especial de atualização) da Constituição nacional.

Após a realização de estudo Tribunal Constitucional da África do Sul, uma Corte fortemente engajada no diálogo judicial internacional, concluiu-se que apesar de ser considerado o direito estrangeiro em múltiplas decisões, a Corte não atribui autoridade vinculante às decisões externas. O juiz realiza uma verificação dos fundamentos expostos no julgado, mas possui a liberdade de decidir se aquele argumento apresenta ou não compatibilidade com a Constituição Sul-africana⁵³³.

Por seu turno, menciona-se como um terceiro obstáculo a metodologia empregada no âmbito do diálogo judicial, que carrega consigo a possibilidade de manipulação da decisão ou de arbitrariedade judicial.

Existem os casos em que a jurisprudência estrangeira poderia ser utilizada com caráter persuasivo, porém sem a transparência devida, invertendo a ordem da tomada de decisão dos julgadores. Em tal caso, objetivando alcançar um resultado específico, as Cortes decidem e depois realizam uma pesquisa na jurisprudência de Tribunais estrangeiros, com o fito de expor julgados que reforcem o posicionamento inicialmente adotado⁵³⁴.

A questão levantada diz respeito ao procedimento adotado pelo Tribunal no momento da tomada de decisão, bem como quando da escolha do material estrangeiro a ser citado. Há quem defenda que a ausência de uma pesquisa neutra entre as diversas nações, isenta de interesses e preconceitos, cede espaço a uma verdadeira “cata de cerejas” (*cherry picking*)⁵³⁵.

Ernest Young, ao analisar o caso *Roper v. Simmons* (2005), declarou que a Suprema Corte dos Estados Unidos empreendeu uma verdadeira “contagem de narizes” (*nose counting*), na medida em que a análise comparada relacionava-se à quantidade de Estados que

⁵³³ URSULA BENTELE, “Mining For Gold: The Constitutional Court Of South Africa's Experience With Comparative Constitutional Law”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 37, n. 2, Athens, 2009, p. 235/236.

⁵³⁴ ERNESTO J. SANCHEZ, “A Case against Judicial Internationalism”, *Connecticut Law Review*, n. 38, Hartford, 2005, p. 185/ss.

⁵³⁵ Trata-se de um termo pejorativo que demonstra um processo de escolha subjetivo, tendencialmente inclinado para reforçar uma decisão predeterminada, ignorando as posições contrárias.

adotavam aquele entendimento específico, colocando em segundo plano os fundamentos que levaram a decisão final⁵³⁶.

A *nose counting* consiste em simples operação matemática que tem como objetivo fundamentar uma decisão com o exemplo da maioria. Mas a história da humanidade nos ensina claramente que a maioria não é sinônimo de validade.

Além do já exposto, dentre as questões metodológicas, inclui-se também o risco de seletividade no juízo de escolha dos Tribunais e nações com os quais dialogar. Poderiam ser apontados critérios razoáveis a serem utilizados para escolha das Cortes a serem pesquisadas? Questões políticas e econômicas exerceriam alguma influência nessa escolha? São questões legítimas e que podem gerar graves consequências sociais, políticas e até econômicas no cenário mundial⁵³⁷.

Alguns obstáculos metodológicos podem ser contestados através de argumentos que defendem a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, assim como o dever de transparência e publicidade dos atos judiciais.

Compete ao Tribunal informar expressamente a influência ou a utilização de material estrangeiro para a fundamentação da decisão proferida. Seja um julgador singular, uma Corte Constitucional ou mesmo um Tribunal Supraconstitucional, todos estão submetidos ao dever de fundamentar suas decisões judiciais, matéria já constitucionalizada na grande maioria dos Estados democráticos, tendo em vista a finalidade de reduzir a subjetividade inerente ao ato de interpretar, especialmente em um cenário de textura normativa aberta⁵³⁸.

Dessa forma, a transparência e o uso, crítico e contextualizado, de decisões estrangeiras legitima o diálogo judicial internacional e possibilita aos cidadãos o controle dos atos judiciais, atenuando os riscos de arbitrariedade judicial e manipulação das decisões⁵³⁹. Ademais, é papel da dogmática constitucional construir uma metodologia que garanta o

⁵³⁶ ERNEST A. YOUNG, “Foreign Law and the Denominator Problem”, *Harvard Law Review*, n. 119, Cambridge, Cambridge, 2005, p. 150/151.

⁵³⁷ RUIEMBERG NUNES PEREIRA, “Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional”, *Revista de Direito Internacional*, UniCEUB, vol. 9, n. 4, Brasília, 2012, p. 169/199. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/Ruitemberg.pdf>>. Acesso em 22/06/2020.

⁵³⁸ LÊNIO LUIZ STRECK, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, 3ª ed., Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 371/413.

⁵³⁹ AUSTEN PARRISH, “Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court’s Use of Foreign Law”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2007, n. 2, Champaign, 2007, p. 674/678.

modelo de interlocução como forma de incidência da jurisprudência constitucional estrangeira na justiça constitucional interna, com a finalidade de afastar algumas atitudes negativas verificadas, tais como a “cata de cerejas” e decisões arbitrárias.

Por sua vez, em relação ao possível conflito de interpretações jurisprudenciais, corrobora-se com Ana Maria Guerra Martins, de modo que a articulação entre os diferentes órgãos jurisdicionais, nos diversos ordenamentos jurídicos, “não assenta num princípio hierárquico, mas sim num princípio pluralista de cooperação, a procura de soluções que, pelo menos, se não se contradigam”. Para tanto, esses diálogos judiciais entre Constituições dispostas em rede devem pautar-se na cooperação leal e na confiança mútua entre os diversos órgãos jurisdicionais⁵⁴⁰.

O que se verifica é que a citação de decisões estrangeiras representa um mecanismo para conferir legitimidade à decisão nacional. Se um Tribunal apresenta fundamentos empregados em um ordenamento jurídico diverso com o propósito de reforçar a legitimidade de uma decisão nacional, de forma indireta admite-se que existe certa similaridade entre as duas ordens jurídicas. E esta semelhança é intensa a ponto de promover uma comunicação através da influência recíproca entre os juristas das respectivas nações.

Essa semelhança é inicialmente identificada como a semântica político-jurídica comum na tradição jurídica ocidental. Porém, com o incremento da conexão da sociedade mundial, essa similaridade pode ser verificada nos diversos aspectos da sociedade, sejam questões econômicas, políticas, sociais ou culturais, incluindo, ainda, certa semelhança dentre as possíveis diversidades nacionais⁵⁴¹.

Pierre Lévy defende que com o estímulo dos meios de comunicação digitais estamos vivendo em uma civilização mundializada e nos tornamos, novamente, nômades⁵⁴², porque “mexer-se não é mais deslocar-se de um ponto a outro da superfície terrestre, mas atravessar universos de problemas, mundos vividos, paisagens dos sentidos. Essas derivas nas

⁵⁴⁰ ANA MARIA GUERRA MARTINS, “Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais – Do monólogo cauteloso ao diálogo construtivo” in Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Moura Ramos, vol. I, Almedina, Coimbra, 2016, p. 600.

⁵⁴¹ É possível identificar certa semelhança nos embates sociais e ideológicos existentes nos diferentes Estados ao redor do mundo: liberais e conservadores; direita, centro e esquerda; extremistas religiosos; movimentos feministas; movimentos antirracistas, dentre outros.

⁵⁴² “O espaço do novo nomadismo não é o território geográfico, nem o das instituições ou o dos Estados, mas um espaço invisível de conhecimentos, saberes, potências de pensamento em que brotam e se transformam qualidades do ser, maneiras de constituir sociedade. Não os organogramas do poder, nem as fronteiras das disciplinas, tampouco as estatísticas dos comerciantes, mas o espaço qualitativo, dinâmico, vivo da humanidade em vias de se auto-inventar, produzindo seu mundo” (PIERRE LÉVY, *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*, 5ª ed., Edições Loyola, São Paulo, 2007, p. 15).

texturas da humanidade podem recortar as trajetórias balizadas dos circuitos de comunicação e de transporte, mas as navegações transversais, heterogêneas dos novos nômades exploram outro espaço. Somos imigrantes da subjetividade. O nomadismo desta época refere-se principalmente à transformação contínua e rápida das paisagens científica, técnica, econômica, profissional, mental⁵⁴³”.

Mas, de forma diversa do que aconteceu no período neolítico, a humanidade tem agora a possibilidade de pensar coletivamente sobre as transformações que estamos vivendo e, assim, influenciá-las. No contexto do *ciberespaço* e da liberdade de expressão que ele possibilita, Lévy destaca a importância da inteligência coletiva como o resultado das inteligências distribuídas por todo o globo, as quais devem ser valorizadas e coordenadas por meio de tecnologias digitais da informação, sem qualquer preconceito, valorizando a diversidade das qualidades humanas e reconhecendo a importância dessa diversidade para a evolução da humanidade⁵⁴⁴.

Do exposto, a busca por indícios hermenêuticos a serem utilizados na função de interpretar a Constituição nacional, bem como a comunicação estabelecida entre Cortes Constitucionais dos diversos Estados, seja em forma de diálogo ou de monólogo, representa um meio de reconhecer uma inteligência coletiva judicial a nível global, apresentando como finalidade o aprendizado ou a consolidação de novas teorias, novas leituras e conhecimentos sobre conceitos político-jurídicos mundialmente compartilhados, direcionados à garantia do regime democrático e ao fortalecimento e concretização dos direitos humanos.

4.5 Reações ao constitucionalismo no contexto global: O retorno ou renascer dos nacionalismos

Se por um lado os fenômenos globalizantes são responsáveis por conectar pessoas em todo o mundo, evidenciando o pluralismo das sociedades a nível global, por outro lado assiste-se ao retorno ou renascimento dos nacionalismos⁵⁴⁵. É notório o pendor nacionalista dos governos de Donald Trump nos Estados Unidos da América, de Jair Bolsonaro no Brasil,

⁵⁴³ PIERRE LÉVY, *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*, 5ª ed., Edições Loyola, São Paulo, 2007, p. 13/14.

⁵⁴⁴ PIERRE LÉVY, *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*, 5ª ed., Edições Loyola, São Paulo, 2007, p. 28/32.

⁵⁴⁵ ANTHONY GIDDENS, *O mundo na era da globalização*, trad. Saul Barata, 6ª ed., Editorial Presença, Lisboa, 2006, p. 24.

bem como a presença desse movimento na Europa, seja através da ascensão de partidos conservadores, da saída do Reino Unido da União Europeia ou de movimentos separatistas como os observados na Catalunha e na Escócia⁵⁴⁶.

O nacionalismo apresenta diversos graus e pode estar associado a questões religiosas, protecionismo econômico, movimento imperialista, ideologias de supremacia racial ou mesmo instituir um sentimento de xenofobia na população ao argumento de uma superioridade nacional. Mas, o que justifica o retorno dos nacionalismos no momento da história em que a humanidade se encontra mais conectada?

Anthony Giddens entende que o fenômeno é uma consequência que tem como causa o enfraquecimento do Estado-nacional, e explica que: “a globalização é a razão que leva ao reaparecimento das identidades culturais em diversas partes do mundo. Se perguntarmos, por exemplo, porque é que os Escoceses pretendem mais independência no quadro do Reino Unido, ou a razão da existência de um poderoso movimento separatista no Quebec, a resposta não pode ser encontrada apenas nas respectivas histórias culturais. Os nacionalismos locais florescem como resposta às tendências globalizantes, porque os velhos Estados-nações estão a ficar mais fracos”.

Ao passo em que se assiste a um cenário de miscigenação cultural, a ponto de se perderem tradições e características culturais de um Estado-nação, também afloram movimentos de resistência local, como uma tentativa de conter o domínio e a influência estrangeira sobre seu território de origem. Seria uma espécie de lei da ação e reação aplicada às relações humanas. Nesse contexto, Zygmund Bauman afirmou que “a globalização tanto divide como une; divide enquanto une⁵⁴⁷”.

Em que pese a reação observada em algumas nações e, sem entrar no mérito da legitimidade de tais movimentos, o que é possível concluir é que os problemas que atravessam diferentes ordenamentos jurídicos reclamam uma solução interestadual, ou mesmo global, revelando a impossibilidade de serem solucionados em um único território nacional.

Ademais, quando a questão envolver temas de direitos humanos/fundamentais não há legalismo ou fundamento que justifique centrar a perspectiva de análise apenas em

⁵⁴⁶ JOANA LOPES, “Ressurgimento dos Nacionalismos na Europa?” in OBSERVARE 3rd International Conference-Beyond Borders: people, spaces, ideas, Fundação Gul-benkian, Observare e Universidade Autónoma de Lisboa, 2017. Disponível em: <https://observare.autonoma.pt/conference/images/congresso_2017/Acta_IIICongresso_JoanaLopes.pdf>. Acesso em: 13 de julho de 2020.

⁵⁴⁷ ZYGMUND BAUMAN, *Globalização: As consequências humanas*, trad. Marcus Penchel, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1999, p. 7.

Constituições e legislações nacionais, tendo em vista que o que pretende resguardar é a pessoa humana⁵⁴⁸.

A fome e a miséria; a falta de saneamento básico e água potável; guerras e a crise de refugiados são apenas alguns exemplos de problemas reais e desumanos que ainda assolam a humanidade em pleno século XXI, sem contar com novos dilemas tais como igualdade de gênero, terrorismo, questões ambientais e desenvolvimento sustentável.

A emergência de questões que ultrapassam os interesses nacionais é de tamanha importância para a comunidade mundial que a Organização das Nações Unidas estabeleceu 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável Globais, através dos quais reconheceu que: “A disseminação da informação e das tecnologias da comunicação e interconectividade global tem um grande potencial para acelerar o progresso humano, para eliminar o fosso digital e para o desenvolvimento de sociedades do conhecimento, assim como a inovação científica e tecnológica em áreas tão diversas como medicina e energia⁵⁴⁹”.

É razoável que a teoria do Poder Constituinte e, conseqüentemente, as Constituições nacionais se mantenham intocáveis ou que utilizem “a disseminação da informação e das tecnologias da comunicação e interconectividade global” para conferir uma maior proteção à pessoa humana?

Ainda que se trate de um documento elaborado por e para um povo⁵⁵⁰ localizado em uma nação específica, por efeito dos fenômenos globalizantes, diversos problemas atravessam fronteiras e afetam diversos ordenamentos concomitantemente, suscitando uma solução conjunta. Ademais, o conteúdo material de uma Constituição nacional é capaz de influenciar cidadãos e operadores do direito de qualquer parte do globo.

⁵⁴⁸ Corroborar-se com Filipe Francisco ao afirmar que: “Ora, conquanto pensamos que legalismos e imperialismos positivistas forjam-se de poderoso risco face às garantias fundamentais, não desvalorizamos a importância e função da lei e justamente por isso, pensamos que seu primado, principalmente quando nos referimos a problemas da humanidade em nível global, não deve reger-se da perspectiva do Estado ante a legislação, mas da pessoa humana ante ao Estado”. (FILIPE FRANCISCO, “A Necessidade de Humanização do Direito Internacional: Da Trajetória de Soberanias a um Estado Constitucional Cooperativo Radicado em Valores Universais da Pessoa Humana” in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5, nº 6, Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019, p. 867)

⁵⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU, “Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. Consultado em: 19/07/2020.

⁵⁵⁰ Na lição de Luís Pereira Coutinho: “A autoridade da Constituição é imputada ao facto de a mesma provir de um Povo (Povo-com-P-maiúsculo) que, a nível originário, projecta a sua Vontade constituinte, vinculando tanto a geração presente como as gerações futuras, tanto as maiorias como as minorias” (LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A Autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 272)

No panorama mundial contemporâneo não existe a possibilidade de nenhum país democrático manter-se isolado, ausente de influências, sejam elas sociais, políticas, econômicas ou mesmo jurídicas dos outros Estados. A imagem de uma nação democrática hermeticamente fechada, talvez, seja mais ilusória que o ideal de uma pretensa Constituição global.

Nesse cenário, conclui-se ser ineficaz cerrar os olhos para essa realidade ou mesmo reagir a uma influência inevitável. E a inevitabilidade é notória quando se verificam que os modelos de utilização de jurisprudência estrangeira descritos neste trabalho como “repulsa” e “unilateralismo” não existem na prática⁵⁵¹.

Tal assertiva pode ser extraída por meio da análise da conduta do Conselho Constitucional Francês e do Tribunal Constitucional Alemão. Ainda que por diferentes motivos, ambos os órgãos sofrem uma inevitável influência da jurisprudência constitucional estrangeira, mesmo que seja informal e não se verifique explicitamente em seus julgados.

Nesse sentido, Anne-Marie Slaughter alerta que o diálogo judicial não é facilmente identificado, isso porque, em virtude do orgulho pessoal ou mesmo nacional, alguns juízes adotam uma linha de raciocínio como própria. Porém, entrevistas com os servidores de tribunais estrangeiros, acrescido a uma cuidadosa leitura nas entrelinhas das decisões, evidenciam que existe a adoção de opiniões estrangeiras mesmo que não seja atribuída a fonte de origem⁵⁵².

A adoção de uma postura neutra, ou mesmo de rejeição, por parte dos Tribunais Constitucionais é impossível no contexto de um mundo globalizado. Os juízes, enquanto componentes da “aldeia global”, não conseguem manter uma blindagem nacional, de modo que o processo interpretativo, inevitavelmente, acaba por considerar elementos e indícios hermenêuticos externos.

No processo de interpretação, os enunciados linguísticos que integram o texto constitucional necessitam ser considerados. A dimensão fática integra-se à dimensão

⁵⁵¹ Reiteram-se os modelos de submissão, repulsa, decorativo, unilateralismo e interlocução delineados por André Ramos Tavares.

⁵⁵² É o que afirma Anne-Marie Slaughter “Pure cross-fertilization through transjudicial communication is likely to be very difficult to track. If the listening court genuinely seeks only ideas or inspiration from a foreign court, it has no incentive to credit the source of those ideas in its opinion. On the contrary, personal and national pride would seem to give a judge every incentive to adopt a line of reasoning as her own. Considerable anecdotal evidence, gleaned from confidential interviews with law clerks of foreign courts and from careful reading between the lines, demonstrates that courts draw on the opinions of foreign courts without attribution” (ANNE-MARIE SLAUGHTER, “A Typology of Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, vol. 29, n. 99, Richmond, 1994, p. 118).

axiológica da sociedade, para que, partindo de um texto escrito constitucional⁵⁵³, seja construída uma norma jurídica constitucional, que busca direcionar comportamentos com o fito de materializar os valores sociais. É na conjugação das três dimensões da experiência jurídica que verifica o Direito Constitucional, o qual também é atingido pelos efeitos da mutação dos valores e fatos sociais.

Ocorre que as ideias, teorias, ideologias e os valores atravessam as fronteiras e se infiltram em Estados cada vez mais distantes. Consequentemente, as sociedades se aproximam e acabam por compartilhar valores e elementos constitucionais⁵⁵⁴. Por tal motivo é comum que os Tribunais se deparem com questões jurídicas similares, de forma que é positivo compreender como as demais nações enfrentaram, ou estão enfrentando, tais problemas; quais fundamentos jurídicos foram suscitados nos debates, bem como quais consequências repercutiram na sociedade.

Ademais, com fundamento em uma “herança cultural e jurídica comum europeia, mas também na partilha de valores e de princípios por parte de toda a Humanidade e na consequente visão universalista dos direitos humanos⁵⁵⁵” é fundamental que haja uma atuação coordenada entre todos os ordenamentos jurídicos nacionais e supranacionais que se mostrem engajados nessa rede de diálogos judiciais, com a finalidade de evitar contradições entre as interpretações referentes às conceitos jurídicos compartilhados, bem como o nivelamento pelo *standard* mínimo, culminando na fragilidade e no enfraquecimento da proteção aos direitos humanos/fundamentais.

Considerando que a emergência de uma unidade político-constitucional a nível global levanta sérias e profundas questões democráticas, o diálogo judicial se apresenta como um mecanismo que ameniza os referidos obstáculos, mantém a soberania dos Estados nacionais e fortalece a proteção dos direitos humanos. Partindo do direito nacional e, com o auxílio de elementos estrangeiros encontrados, os julgadores elaboram um intenso trabalho hermenêutico, no intuito de extrair o verdadeiro sentido das normas constitucionais, sem desconsiderar as particularidades nacionais.

⁵⁵³ Ou referindo-se abstratamente a ele, no caso dos princípios constitucionais.

⁵⁵⁴ Claire L’Heureux-Dubé anuncia a existência de valores compartilhados entre o Canadá os EUA, fato que comprova a relevância da abordagem comparativa, ao afirmar “as a neighbouring country, with values similar in some ways to our own, America’s statutes and jurisprudence have played a prominent role in this comparison of foreign approaches” (CLAIRE L’HEUREUX-DUBÉ, “The importance of dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court”, *Tulsa Law Review*, vol. 34, Tulsa, 2013, p. 19).

⁵⁵⁵ ANA MARIA GUERRA MARTINS, “Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais – Do monólogo cauteloso ao diálogo construtivo” in *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Moura Ramos*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2016, p. 607.

Rejeita-se, portanto, um modelo de submissão, por meio do qual o Tribunal age como uma esponja apenas absorvendo os fundamentos estrangeiros. É por essa razão que o diálogo judicial deve ser formal, de modo que a influência estrangeira encontre-se exposta no julgado, apresentando uma fundamentação e contextualizando a sua utilização no cenário nacional. Por meio de uma conduta transparente das Cortes é possível existir um efetivo controle popular e dos demais poderes constitucionalmente instituídos.

Nesse sentido, faz-se necessária a instituição de uma metodologia própria que assegure o modelo de interlocução no procedimento formal de análise e citação de jurisprudência constitucional externa pela justiça constitucional interna⁵⁵⁶.

A instituição de uma rede mundial de diálogos judiciais, externado de forma transparente, crítica e contextualizada, representa um mecanismo de reforço democrático no processo constitucional e de fomento à proteção e respeito à dignidade da pessoa humana.

Para tanto, devem ser combatidas as anomalias ou desvios de condutas verificadas em alguns Tribunais, tais como a seletividade na escolha das fontes de influência e a adoção dos modelos de submissão e decorativo no modelo de relacionamento entre o Tribunal Constitucional e a jurisprudência estrangeira.

O modelo de submissão fragiliza a soberania do país, bem como da própria identidade constitucional⁵⁵⁷, o que pode culminar na transfiguração do ordenamento jurídico nacional, o qual acaba por tornar-se uma cópia daquele a que se submete. Por sua vez, o modelo decorativo possibilita a ocorrência de julgamentos arbitrários, pondo em risco a própria legitimidade da atuação judicial.

Do exposto, a dogmática constitucional deve buscar uma metodologia própria para a condução dos diálogos judiciais nessa rede de conversação constitucional, com base no modelo de interlocução, de modo que sejam minimizados os movimentos

⁵⁵⁶ Parrish já alertou que o grande impasse não se refere à influência do direito estrangeiro, mas a sua utilização de forma inadequada ou superficial. No original: “The problem is not that foreign law is used, but rather that it is used inadequately or superficially” (AUSTEN PARRISH, “Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court’s Use of Foreign Law”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2007, n. 2, Champaign, 2007, p. 657).

⁵⁵⁷ Frisa-se a existência da cláusula da identidade constitucional constante no Artigo 4º, nº 2 do Tratado da União Europeia, *in verbis*: “2. A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respetiva **identidade nacional**, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro” (grifo nosso).

nacionalistas e que se utilize a globalização no processo de consolidação de uma forte democracia constitucional, conservando a soberania e identidade dos Estados nacionais⁵⁵⁸.

⁵⁵⁸ Frisa-se que, no âmbito Europeu, Ana Maria Guerra relata que: “Apesar de já existir um diálogo informal entre os tribunais nacionais, incluindo os constitucionais, e o TEDH, o sistema da CEDH parece ambicionar mais e, como tal, está em marcha a entrada em vigor de um mecanismo institucionalizado de diálogo entre o TEDH e os tribunais nacionais superiores, o qual está previsto no Protocolo nº 16. Pretendeu-se, por esta via, reforçar e fortalecer a interação entre o TEDH e os tribunais nacionais com o objetivo de alcançar uma maior eficácia da proteção dos direitos fundamentais” (ANA MARIA GUERRA MARTINS, “Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais – Do monólogo cauteloso ao diálogo construtivo” in Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Moura Ramos, vol. I, Almedina, Coimbra, 2016, p. 624).

CONCLUSÃO

Ante de ingressar no tema da pesquisa propriamente dito, empreendeu-se um resgate histórico e multidisciplinar no intuito de compreender melhor o conceito e a finalidade do Direito, bem como identificar as bases sob as quais foram consolidadas as teorias jurídicas da atualidade.

Considerando a limitação biológica das relações sociais em confronto com a necessidade humana de viver em sociedade e o constante alargamento das comunidades, se faz necessária a criação de crenças compartilhadas, as quais permitem a cooperação em grande escala dos indivíduos e a superação dos limites biológicos sociais.

Do exposto, conclui-se que a justiça é um sentimento coletivo que aflora a partir dos conflitos provenientes das relações humanas e que permite a inserção de obrigações morais no seio de uma comunidade, com o objetivo de se restaurar a segurança e estabilidade nas relações e alcançar a cooperação social.

A partir da concepção de justiça de uma sociedade as regras jurídicas passam a ser traçadas ou revisitadas. Considerada uma realidade abstrata que existe na consciência subjetiva de uma grande quantidade indivíduos de uma comunidade, a justiça e, consequentemente, o direito são fenômenos sociais intersubjetivos.

E é em virtude da sua característica intersubjetiva que a densificação do conceito de justiça é um produto a ser constantemente construído ao longo da história como fruto das experiências humanas, sendo considerada imutável somente sua finalidade de manutenção das relações sociais humanas estáveis para atingir a cooperação em larga escala, bem como preservação da integridade humana, através das normas jurídicas.

Nesse intento, o Direito deve ser compreendido por meio das suas três dimensões, de tal forma que o fato, o valor e a norma assumem uma relação necessariamente dialética, dinâmica e mutável. São as idiossincrasias de cada momento histórico que revelam normas baseadas na consciência jurídica geral acerca do que é justo.

A essência do Direito como legado romano é a sua caracterização como uma força (*vis*) que objetiva realizar a justiça, evitando retrocessos por meio da cientificidade do conhecimento jurídico e promovendo a pacificação e a cooperação social, através do contínuo processo de desenvolvimento e aperfeiçoamento social.

Por sua vez, a base ideológica pautada na consciência jurídica geral fundamenta o Direito, permitindo aos juristas extrair o seu conteúdo e validade. Frisa-se que, no atual momento histórico, o paradigma e a intenção axiológica superior do Direito é a pessoa humana.

Em seguida se buscou explicar o pensamento de Thomas Kuhn aplicado no contexto das ciências sociais, segundo o qual o desenvolvimento natural da ciência ocorre por meio das revoluções e, conseqüentemente, da transição sucessiva de um paradigma a outro. Dessa forma, identificou-se o constitucionalismo como um momento de ruptura, por meio do qual houve a substituição do paradigma do absolutismo para o paradigma constitucional, através da adoção dos ideais liberais.

Como consequência, foram desenhados novos conceitos e teorias jurídicas que incorporavam os referidos valores e objetivavam sustentar a nova ordem jurídica instalada. Como resultado desse processo observou-se a consolidação de uma semântica político-jurídica comum na tradição jurídica ocidental, que resultou na semelhança estrutural das Constituições vigentes em diversas nações ao redor do mundo.

A existência de paralelismos significativos entre as normas constitucionais de diferentes nações, escritas ou não, evidencia a existência de uma tradição comum do constitucionalismo moderno.

Por sua vez, se buscou identificar as raízes da coluna vertebral desse direito constitucional compartilhado no pensamento jurídico ocidental, definido como um conteúdo mínimo a ser adotado quando da concepção da Constituição, qual seja: separação dos poderes, democracia e a proteção à dignidade da pessoa humana.

Ocorre que considerando a mutabilidade do conhecimento jurídico, muitos dos conceitos tradicionalmente surgidos com o movimento constitucionalista foram modificados, seja em virtude de uma mudança na base fática e valorativa da sociedade, seja em razão de terem sido continuamente testados, refutados e atualizados.

Os conceitos oriundos da tradição constitucional liberal encontraram novos desafios em meio a uma sociedade plural, diversificada e global. Nesse contexto encontra relevo a relevância jurídica positiva da tradição constitucional comum, de modo que a transversalidade de direitos, teorias e conceitos jurídicos possibilitou o surgimento de uma influência mútua e multinível no processo evolutivo do conhecimento jurídico, seja global ou comunitário, consistindo em importante mecanismo de aprendizado por meio das experiências

externas, com vistas a assegurar à máxima proteção dos direitos fundamentais e a difusão e consolidação de práticas democráticas.

Apresentadas as premissas utilizadas no presente trabalho, o capítulo seguinte buscou analisar as grandes vertentes doutrinárias da teoria do Poder Constituinte. As teorias foram classificadas em dois grandes grupos, quais sejam clássicas e teorias modernas, ao passo que o segundo grupo foi classificado em três subgrupos, adotando como critério de análise o pluralismo das formas de vida.

As teorias clássicas sobre o Poder Constituinte se assemelham no fato de não considerarem o pluralismo das sociedades, fato tão evidente na atualidade, mas obscuro no passado. Portanto, de modo geral, admitem a possibilidade de padronização dos valores, crenças e tradições da sociedade e atribuem a titularidade do Poder Constituinte à nação, como entidade abstrata homogênea.

Conclui-se, portanto, pela superação das doutrinas clássicas, em que pese a influência que ainda exercem no pensamento jurídico e a importância retrospectiva, de modo que o reconhecimento da diversidade social suscita o reconhecimento das individualidades, seja na relação Estado-indivíduo, Estado-Estado, indivíduo-indivíduo ou até mesmo Estado estrangeiro-indivíduo, recaindo sobre as bases teóricas e fundantes da teoria do Poder Constituinte.

Já as teorias modernas são aquelas que reconhecem e consideram na teoria do Poder Constituinte as diversas facetas valorativas existentes nas sociedades modernas de caráter plural, de modo que o grande desafio que se apresenta ao mundo jurídico, em especial ao Direito Constitucional, é descobrir qual o melhor procedimento para encontrar um conceito adequado de justiça.

Considerando a conflitualidade inerente às sociedades pluralistas, três vertentes da filosofia política se destacam no estudo da teoria da justiça e, consequentemente, do constitucionalismo, são elas: o liberalismo, o comunitarismo e os críticos-deliberativos ou procedimentalistas. Cada vertente vislumbra o pluralismo sob uma ótica distinta, quer do ponto de vista individual ou coletivo, porém todas defendem os paradigmas da sociedade democrática liberal.

Na concepção da vertente liberal o pluralismo é apreciado como uma variedade de perspectivas individuais acerca da vida, ou seja, coexistem indivíduos com convicções particulares acerca de temas relacionados à vida em sociedade. Tal corrente considera que as

vontades individuais devem ser respeitadas a nível constitucional, conferindo um menor espaço de atuação ao Estado.

Por sua vez, a vertente comunitarista vislumbra o pluralismo não a nível individual, mas a nível comunitário, identificando a coexistência de diferentes identidades culturais, étnicas, sociais, religiosas, sem que haja a preponderância de uma em relação à outra. Portanto, a autonomia privada dá espaço ao maior protagonismo da autonomia pública, de modo que o *ethos* compartilhado pela comunidade se apresenta como limite à atuação do Poder Constituinte.

Por fim, a vertente crítico-deliberativa, ou procedimentalista, compreende que a pluralidade deve ser considerada por meio da conjugação dos atores singulares e coletivos, coordenados de forma funcional, apresentando como maior expoente Jürgen Habermas e sua Teoria Discursiva do Direito e da Democracia.

O referido autor alega que o equilíbrio entre a autonomia pública e privada reside no procedimento constitucional discursivo como mecanismo de fundamentação e fortalecimento democrático, através da escolha do melhor argumento para se extrair uma vontade racional. A Constituição representa então o elo capaz de promover a integração e a identidade coletiva dos indivíduos nas sociedades atuais, em virtude da rede formada pelas comunicações jurídicas.

As normas definidoras de direito e os princípios de justiça são estabelecidos com fundamento em uma razão comunicativa e na capacidade de construção dialógica, por meio da qual os autores se reconhecem também como destinatários do direito. Dessa forma, os titulares do Poder Constituinte serão todos àqueles atingidos pela norma constitucional, os quais podem ser identificados individual ou coletivamente.

Sucessivamente, no capítulo terceiro da pesquisa, objetivou-se identificar, segundo as concepções doutrinárias, os problemas e desafios que a realidade constitucional enfrenta no âmbito de uma sociedade globalizada.

De início, se fez necessário apresentar uma densificação do conceito de globalização, de modo que se optou pela utilização da expressão no sentido de integração global como um processo amplo, intensificado pelo avanço tecnológico, o qual apresenta ramificações nos planos econômico-financeiro, político, cultural, jurídico, ambiental, religioso, dentre outros, os quais podem ocorrer em velocidades diferentes, paralelamente ou serem causa ou consequência uns dos outros.

Como alternativa de solução aos dilemas constitucionais da sociedade contemporânea a nível global, Marcelo Neves apresenta o conceito de transconstitucionalismo para tratar de questões que atravessam concomitantemente diversos tipos de ordens jurídicas, estatais ou não, o qual se apresenta como gênero que comporta diversas espécies: transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, que compreende relações entre ordens constitucionais e anticonstitucionais e o transconstitucionalismo entre uma pluralidade de ordens jurídicas em um sistema mundial de níveis múltiplos, caracterizado por hierarquias entrelaçadas.

Dada a extensão e a complexidade do referido tema, o referido capítulo limitou-se a analisar os casos de transconstitucionalismo inseridos em um sistema jurídico mundial de múltiplos níveis, os quais apresentam frequentemente problemas relacionados aos "direitos fundamentais" ou "direitos humanos".

Por sua vez, foram delineados os problemas referentes ao transconstitucionalismo pluridimensional dos Direitos Humanos, com especial enfoque nos problemas constitucionais que atravessam ordens jurídicas de hierarquias diversas (interconstitucionalidade) e problemas constitucionais que atravessam ordens jurídicas constitucionais de igual nível hierárquico (diálogo judicial internacional).

Tratando especificamente da União Europeia, e orientado pelas obras de Peter Häberle, Lucas Pires expressa que o novo desafio da doutrina é traçar uma teoria da interconstitucionalidade. Nesse desiderato, Gomes Canotilho desenvolve a referida teoria, a qual busca enfrentar o problema da justaposição de Constituições e Poderes Constituintes em um mesmo espaço político, ocupando-se da relação existente entre a ordem jurídica da União Europeia e as ordens constitucionais dos seus Estados-membros.

Já o diálogo judicial internacional consiste na observação fática de que diferentes Tribunais Constitucionais ao redor do mundo promovem citações de decisões de tribunais estrangeiros no julgamento de casos levados à sua apreciação. Não se limitando a simples citação informativa, algumas Cortes colacionam jurisprudências externas nos fundamentos de seus julgados.

Um fenômeno que iniciou através da projeção irradiadora unilateral norte-americana converteu-se no incremento das relações recíprocas dos outros tribunais ao redor do planeta, dando origem a uma rede de conversação internacional, por meio da qual as

Cortes quais passaram a buscar apoio uns nos outros em busca de autoridade persuasiva ou na busca de indícios hermenêuticos para a interpretação da Constituição local.

Sucessivamente, procedeu-se a análise dos problemas oriundos de uma economia globalizada, de modo que regras de origem não estatais, que surgem informalmente no âmbito das relações empresariais, dos blocos econômicos ou da interpenetração dos sistemas financeiros desafiam as normas de origem estatais. Ademais, a competência para tomada de decisões políticas e jurídicas foi informalmente deslocada para o âmbito de instituições que não são possuem legitimidade constitucional e democrática para emití-las.

Por fim, os governos, acompanhando essa normatização externa, que na maioria dos casos conflita com as suas normas constitucionais, passaram a adotar medidas que excedem as diretrizes e os limites traçados pela Constituição. Em meio a tantas transformações, verifica-se que a globalização econômica está acelerando o processo de degeneração das bases teóricas das teorias do Poder Constituinte que utilizam como alicerce o dogma da soberania popular no contexto do Estado nacional.

Por fim, demonstra-se que os mecanismos de participação democrática do processo de tomada de decisão política e constitucional se encontram ultrapassados e já não respondem mais aos anseios sociais. A evolução tecnológica e o fortalecimento das mídias sociais permitiram uma ampla e imediata conexão entre os indivíduos de uma sociedade. Todavia, na prática, quando mal utilizadas, as mídias sociais também podem trazer sérios problemas para a concretização da democracia, tornando-se um perigoso instrumento para a proliferação dos extremismos.

O fechamento em bolhas de informação promove uma repressão da diversidade social e torna as pessoas mais rígidas e inflexíveis em suas opiniões. Por sua vez, a divulgação imediata e o amplo potencial de propagação de notícias falsas – as *fake news* – revelam sérias consequências políticas e sociais.

Conscientes de toda a problemática que circunda o constitucionalismo no século XXI, em especial a manifestação do Poder Constituinte, é possível concluir que apesar de ainda encontrar no Estado o seu referencial típico de elaboração jurídica e de teorização científica, a Constituição deixou de ser um fenômeno de matriz puramente estadual e reclama uma nova teoria que acompanhe as alterações da sociedade, tendo em vista as exigências de limitação dos poderes políticos e assecuração de direitos ainda serem identificadas como necessidades da sociedade global.

Considerando que as teorias do Poder Constituinte que gravitam em torno do Estado nacional e de um Povo homogêneo não mais se mostram hábeis a explicar o fenômeno constituinte na contemporaneidade, é possível concluir que estamos vivendo um momento de exaustão paradigmática na seara constitucional. Isso porque a realidade demonstra um desatendimento às expectativas teóricas da dogmática jurídica, em especial dos conceitos traçados em torno da Teoria do Poder Constituinte.

No âmbito de uma sociedade pluralizada e global, a Constituição é chamada a cumprir três finalidades específicas: (i) limitação do poder; (ii) assecuração de direitos, verificando-se uma hierarquia existente em favor dos direitos fundamentais/humanos; (iii) Função de integração e cooperação social multinível: função de integração e cooperação social interna e função de integração e cooperação social em escala global, para questões que extrapolam a capacidade dos Estados nacionais.

Portanto, a Constituição adquire novas funções em uma dupla dimensão, quais sejam a de integrar uma sociedade diversa e plural por meio da decisão constituinte do Povo através de sistema aberto com múltiplos intérpretes, bem como funcionar como mecanismo de integração internacional, permitindo então a cooperação social a nível nacional e a nível global, atingindo, ao final, a máxima proteção à dignidade da pessoa humana.

A reformulação da teoria do Poder Constituinte, com o objetivo de atender aos anseios de um novo tempo, precisa adotar como diretrizes, especialmente, as ideias de abertura normativa e abertura interpretativa, conscientes de que a sociedade global reclama uma nova construção para a dogmática jurídica: o paradigma das Constituições em rede.

Assiste-se a um período de redescoberta das complexidades, sejam elas sociais ou jurídicas. E, para atender a emergente complexidade sócio-jurídica, defende-se a existência de uma rede dialógica integrada de Constituições e catálogos de direitos humanos, as quais compartilham uma semântica constitucionalista comum oriunda da tradição jurídica ocidental, em um quadro de fundo global, que as contextualiza historicamente no mundo.

A predisposição das Constituições e catálogos de direitos fundamentais do ser humanos em rede apresenta uma disposição de forma horizontal e descentralizada, e permite que, por meio dos seus órgãos judiciários, elas dialoguem em diversos níveis, seja entre jurisdições nacionais, seja entre tribunais nacionais e supranacionais ou internacionais. O diálogo permite a abertura e permeabilidade dos ordenamentos jurídicos às interpretações que garantem a máxima proteção aos direitos humanos.

Se na atualidade o fundamento suprapositivo do Direito reside na proteção à dignidade da pessoa humana, o diálogo judicial revela-se importante mecanismo de atualização conjunta dos elementos constitucionais que buscam resguardar o referido valor.

As Constituições em rede são, portanto, múltiplos pontos constitucionais que dialogam em posição de igualdade, apresentando como limite o *ius cogens*, considerado um Direito qualificado ou superior, que é também o produto desse diálogo/processo. São partes independentes, mas que atendendo às mudanças da sociedade e as necessidades de cooperação global se influenciam reciprocamente.

Defende-se, portanto, não o surgimento de uma sociedade mundial capaz de, nesse momento da humanidade, subscrever de forma suficientemente democrática uma Constituição global. Porém, com o foco voltado à preservação da autonomia dos Estados, admite-se o desenvolvimento de uma instância discursiva judicial, por meio da qual o povo nacional, que se reconhece inserido em uma “aldeia global”, recebe (e emite) influências externas, as quais devem ser consideradas nos processos de autodeterminação da sociedade. Por meio do procedimento discursivo é possível construir uma base normativa que considere o pluralismo das formas de vida coletivas.

Nesse cenário de sociedades hipercomplexas e globalizadas, concorda-se com Habermas que não se admite mais que a identidade coletiva da sociedade seja estabelecida em razão da cultura, de tradições ou valores defendidos pela maioria, mas deve ser constantemente construída de forma reflexiva, com base na formação discursiva da opinião.

Nesse ponto se faz necessário repensar as bases teóricas que descrevem a atuação do Poder Constituinte, em especial no momento de reforma da Constituição, a fim de que seja considerado o diálogo judicial como consequência do paradigma de Constituições dispostas em rede no cenário mundial.

A discussão judicial e o processo interpretativo levado a cabo pelas Cortes Constitucionais atende às novas exigências democráticas, equilibram a tensa relação que existe entre as autonomias públicas e privadas, sem ferir de morte a soberania – já desgastada - dos Estados nacionais.

Neste ponto se faz importante reiterar que dadas as especificidades de uma sociedade plural e global, a Constituição assume a função de integração e cooperação social multinível, acolhendo o pluralismo do ser humano em todas as suas facetas. Enquanto deve funcionar como elemento de integração entre cidadãos nacionais tão diversos, deve ainda

desempenhar o papel de integração e cooperação social em escala global, para questões que extrapolam a capacidade dos Estados nacionais.

Portanto, adota-se a lógica discursiva da corrente crítico-deliberativa, de modo que o diálogo judicial deve integrar o procedimento constitucional discursivo como mecanismo de fundamentação e fortalecimento democrático, de modo que após esgotar-se a análise de diferentes pretensões de validade, por meio de uma vontade racional, resulta uma Constituição legítima que, representando um instrumento de coesão social, é capaz de integrar indivíduos de sociedades complexas e multiculturais, seja a nível interno, seja a nível externo, com base no respeito mútuo às diversas formas de vida.

Cumprido frisar que ao passo em que se assiste a um cenário de miscigenação cultural, a ponto de se mesclarem tradições e características culturais de diferentes nações, também afloram movimentos de resistência local, como uma tentativa de conter o domínio e a influência estrangeira sobre seu território de origem.

Como uma diretriz para a reconstrução da Teoria do Poder Constituinte é importante que seja considerada a prática do diálogo judicial internacional, e a rede de conversação que se formou em torno de questões que envolvem o direito constitucional compartilhado, como um mecanismo de integração nacional e integração externa das diversas nações ao redor do globo em torno de questões que envolvem preceitos constitucionais, com vistas ao atingimento de uma cooperação entre todos os seres humanos a nível global.

Por sua vez, a prática revela-se um mecanismo promissor para que a reestruturação da teoria do Poder Constituinte atenda às necessidades contemporâneas, alterando profundamente as teorias clássicas quanto ao momento constitucional; a titularidade e os limites do Poder Constituinte, bem como a redefinição do Povo constitucional.

A busca por indícios hermenêuticos a serem utilizados na função de interpretar a Constituição nacional, bem como a comunicação estabelecida entre Cortes Constitucionais dos diversos Estados, seja em forma de diálogo ou de monólogo, representa um meio de reconhecer uma inteligência coletiva judicial a nível global, apresentando como finalidade o aprendizado ou a consolidação de novas teorias, novas leituras e conhecimentos sobre conceitos político-jurídicos mundialmente compartilhados, direcionados à garantia do regime democrático e ao fortalecimento e concretização dos direitos humanos.

Busca-se, assim, adaptar a ideia constitucionalista a uma sociedade marcada pelo paradigma global e contribuir para um reforço de proteção e tutela dos princípios

constitucionais que integram o direito constitucional compartilhado. Nesse sentido, a dogmática constitucional deve buscar uma metodologia própria para a condução dos diálogos judiciais nessa rede de conversação constitucional, com base no modelo de interlocução, de modo que sejam minimizados os movimentos nacionalistas e que se utilize a globalização no processo de consolidação de uma forte democracia constitucional, conservando a soberania e identidade dos Estados nacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce, *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*, vol. 4, tradução de Mauro Raposo de Mello, 1ª ed., Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006.

ACKERMAN, Bruce, “The rise of world Constitutionalism” in *Virginia Law Review*, n. 83, Charlottesville, 1997, [pgs. 771/797].

ALEXANDRINO, José de Melo, “Como ler a Constituição – Algumas Coordenadas” in JORGE MIRANDA et all (Org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III, Edições Almedina, Coimbra, 2010, [pgs. 503/519].

ALEXANDRINO, José de Melo, “Perfil constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções” in *Estudos em Honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, [pgs. 481/511].

ALLARD, Julie e GARAPON, Antoine, *Les juges dans la Mondialisation: La Nouvelle Révolution du Droit*, La république des Idées, Paris, 2005.

ALMEIDA, Francisco A. de M. L. F. de, *Os crimes contra a Humanidade no actual Direito Internacional Penal*, Almedina, Coimbra, 2009.

ALTHUSSER, Louis, *Montesquieu, a Política e a História*, Editora Presença, Lisboa, 1972.

ANDRADE, J. C. Vieira de, “O papel do Estado na Sociedade e na Socialidade” in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Maria Lúcia Amaral et all (Org.), Edições Almedina, Coimbra, 2016.

AZARA, Antonio e EULA, Ernesto, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IX, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1957.

AQUINO, Tomás de, *Suma de Teologia*, I, 4ª ed., trad. José Martorell Capó, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2001.

AQUINO, Tomás de, *Suma de Teologia*, II, 2ª ed., trad. Ángel Martínez Casado et all, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1989.

AMARAL, Diogo Freitas do, *História do Pensamento Político Ocidental*, Edições Almedina, Coimbra, 2012.

AMARAL, Diogo Freitas do, “Três conceitos de <Constituição> em Aristóteles” in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, org. José Lebre de Freitas at all, vol. IV, Edições Almedina, Coimbra, 2011.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, Editora Nova Cultural, São Paulo, 1991, E-Book, ISBN 85-13-00214-3 ISBN 85-13-00232-1.

ARISTÓTELES, *Política*, trad. Mário da Gama Kury, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1985.

BARAK, Aharon, “A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy” in Harvard Law Review, vol. 116, n. 1, Cambridge, 2002, [pgs. 19/163].

BARROSO, Luís Roberto, *A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, trad. Humberto Laport de Mello, 3ª reimpressão, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014.

BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2015.

BARROSO, Luís Roberto, “A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo” in Temas de direito constitucional, tomo I, 2ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2002.

BAUMAN, Zygmund, *Globalização: As conseqüências humanas*, trad. Marcus Penchel, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1999.

BENTELE, Ursula, “Mining For Gold: The Constitutional Court Of South Africa's Experience With Comparative Constitutional Law” in Georgia Journal of International and Comparative Law, vol. 37, n. 2, Athens, 2009, [pgs. 219/265].

BESTER, Gisele Maria, “a concepção de Constituição de Hermann Heller - integração normativa e sociológica e sua possível contribuição à teoria da interpretação constitucional” in Revista da Faculdade de Direito da UFMG, vol. n. 36, Belo Horizonte, 1999.

BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, The Bobbs-Merrill Company, Indianápolis, 1962.

BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, compiladas por Nello Morra, trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, Editora Ícone, São Paulo, 1995.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 24ª ed., Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 2009.

BONAVIDES, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 8ª ed., Editora Malheiros, São Paulo, 2007.

BONAVIDES, Paulo, “O direito constitucional e o momento político” in *Revista de Informação Legislativa*, vol. 21, n. 81, Senado Federal do Brasil, Brasília, 1984, [pgs. p. 217-230].

BRYDE, Brun-Otto, “The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue” in MARKESINIS, Basil e FEDTKE, Jörg (Org.), *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, Routledge Cavendish, New York, 2006, [pgs. 295/308].

BURDEAU, Georges, *A Democracia*, trad. Paulo António dos Anjos, 3ª ed., Publicações Europa-América, Sintra, 1975.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro e FREIRE, André Luiz, *ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP, Teoria Geral e Filosofia do Direito*, tomo I (recurso eletrônico), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/ronald-dworkin---teorico-do-direito_58fc0dfe9466.pdf>. Acesso em: 21/03/2020.

CAMPILONGO, Celso Fernandes, “Teoria do Direito e Globalização Econômica” in SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (Orgs.), *Direito Global*, Editora Max Limonad, São Paulo, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes, “Incomensurabilidade dos discursos ou hierarquias entrelaçadas nos sistemas jurídicos multinível” in *Católica Law Review*, vol. I, nº 1, jan. 2017, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, [pgs. 35/54].

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

CARPENTIER, Elice, *La utilización de la Jurisprudencia Constitucional Extranjera por el Consejo Constitucional Francés*, Estudios Constitucionales, ano 7, n. 2, Santiago, 2009.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado, “Crise do Direito e Ensino Jurídico” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Síntese Editora, vol. 17, 1999; [pgs. 71/76].

CARVALHO, Alexandre Douglas Z. de, “Transconstitucionalismo ou cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo” in *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2015, [pgs. 10/37].

CASTELLS, Manuel, *A Sociedade em Rede*, vol. I, 8ª ed., trad. Roneide Venancio Majer (com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt), Editora Paz e Terra, São Paulo, 1999.

CHOUDHRY, Sujit, “Migration as a new metaphor in comparative constitutional law” in CHOUDHRY, Sujit, *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, New York, 2006, [pgs. 1/36].

CÍCERO, *De legibus*, trad. C. W. Keyes, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1952.

CÍCERO, *Tratado da República*, Livro I, 25, trad. Francisco de Oliveira, Círculo de Leitores e Tema e Debates, Lisboa, 2008.

CITTADINO, Gisele, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 7ª ed., Saraiva, 2010.

CORDEIRO, António Meneses, “Das fontes de Direito e da Lei: a História presente” in *Direito e Justiça: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva*, vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A Autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da Validade do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, 1984.

DEVENISH, G. E., *A Commentary on the South African Constitution*, Butterworth-Heinemann, Durban, 1998.

DOMINGO, Rafael, *Auctoritas*, Ariel, Barcelona, 1999.

D’ORS, Alvaro, *Escritos vários sobre el derecho em crisis*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1973.

DUNBAR, Robin, *How Many Friends Does One Person Need?: Dunbar’s Number and Other Evolutionary Quirks*, Faber and Faber, London, 2010.

DUNBAR, Robin, *Neocortex size as a constraint on group size in primates*, Journal of Human Evolution, Elsevier BV, Volume 22, Issue 6, June, 1992.

DUNBAR, Robin *at all*, “The social whirl” in *Evolutionary psychology: A beginner’s guide: Human behaviour, evolution and the mind*, Oxford, Oneworld, 2007.

DUTRA, Deo Campos e OLIVEIRA, Eduardo, “Ciberdemocracia: a internet como agora digital” in *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 6, n. 11, Editora Unijuí, Ijuí, 2018, [pgs. 134/166].

DWORKIN, Ronald, *Uma questão de princípio*, trad. Luís Carlos Borges, Martins Fontes, São Paulo, 2000.

FARIA, José Eduardo, *O Direito na Economia Globalizada*, 1ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2004.

FERNANDES, Adalberto Campos, “A crise e as escolhas políticas em saúde” in FERREIRA, Eduardo Paz (Org.), *Troika Ano II: uma avaliação de 66 cidadãos*, Edições 70, Lisboa, 2013, [pgs. 17/24].

FIGUEIREDO, Candido de, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2ª ed., 1913. Disponível em: < <http://dicionario-aberto.net/dict.pdf>>. Acesso em: 05.09.2019.

FILIPPE FRANCISCO, “A Necessidade de Humanização do Direito Internacional: Da Trajetória de Soberanias a um Estado Constitucional Cooperativo Radicado em Valores Universais da Pessoa Humana” in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5, nº 6, Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019, [pgs. 859/902].

FOLLONE, Renata Aparecida, *Globalização & Cidadania: Uma nova visão e seus reflexos jurídicos-constitucionais*, Editora Boreal, Birigui/São Paulo, 2015.

GARCIA, Emerson, “Conflitualidade Imanente e Resolutividade Construída: Perspectivas da Lei de Mediação sob as Lentes da Oralidade” in *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 63, jan./mar., Rio de Janeiro, 2017, [págs. 55/70].

GARCIA, Emerson, *Interpretação Constitucional: A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional*, Editora Atlas, São Paulo, 2015.

GARCIA, Maria da Glória, “A Constituição e a construção da democracia” in MIRANDA, JORGE (org.), *Perspectivas Constitucionais*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

GIDDENS, Anthony, *O mundo na era da globalização*, trad. Saul Barata, 6ª ed., Editorial Presença, Lisboa, 2006.

GRIMM, Dieter, “A Carreira de um Boicote” (Die Karriere eines Boykottaufrufs) in *Die Zeit*, n. 40, 27/09/2001. Disponível em < https://www.zeit.de/2001/40/Die_Karriere_eines_Boykottaufrufs/komplettansicht>. Acesso em: 10/06/2019.

GROSSI, Paolo, “A formação do jurista e a exigência de um hodierno ‘repensamento’ epistemológico”, trad. Ricardo Marcelo Fonseca in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 40, Curitiba, 2004, [pgs. 5/25].

GROSSI, Paolo, *O Direito entre Poder e Ordenamento*, trad. Arno Dal Ri Júnior, Del Rey, Belo Horizonte, 2010.

GROSSI, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

GROSSI, Paolo, *Primeira lição sobre Direito*, trad. Ricardo Marcelo Fonseca, Forense, Rio de Janeiro, 2005.

GROTIUS, Hugo, *O Direito da Guerra e da Paz (De Jure Belli ac Pacis)*, vol. I, trad. Ciro Mioranza, Ed. Unijuí, Ijuí, 2004.

HÄBERLE, Peter, *Estado Constitucional Cooperativo*, trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk, Renovar, Rio de Janeiro, 2007.

HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.

HÄBERLE, Peter, *Textos clássicos na vida das Constituições*, trad. Peter Naumann, Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, Vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, vol. II, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen, *Era das Transições*, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen, *Para a reconstrução do materialismo histórico*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Editora Brasiliense, São Paulo, 1983.

HALBERSTAM, Daniel, “Local, global and plural constitutionalism: Europe meets the world” in DE BURCA, Grainne e WEILER, Joseph H. H. (Org.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

HARDING, Sarah K., “Comparative Reasoning and Judicial Review” in *Yale Journal of International Law*, n. 28, 2003, [pgs. 409/464].

HARARI, Yuval Noah, *Sapiens: Uma breve história da humanidade*, trad. Janaína Marcoantonio, 46 ed., L&PM Editores, Porto Alegre, 2019.

HART, H. L. A., *O Conceito de Direito*, trad. A. Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007.

HELLER, Hermann, *Teoria do Estado*, trad. Lycurgo Gomes da Motta, Editora Mestre Jou, São Paulo, 1968.

HESSE, Konrad, *Temas fundamentais do direito constitucional*, Trad. por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho, Saraiva, São Paulo, 2009.

HOMEM, António Pedro Barbas, “O debate da justiça: Estudos sobre a crise da justiça em Portugal” in HOMEM, António Pedro Barbas *et all* (Org.), Vislis Editores, Lisboa, 2001.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, 1ª ed., Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa A/C Ltda, Editora Objetiva Ltda, Rio de Janeiro, 2009.

HUME, David, *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*, trad. José Oscar de Almeida Marques, Editora Universidade Estadual Paulista- UNESP, São Paulo, 2004.

JASPER, Karl, *The Origin and Goal of History*, trad. Michael Bullock, 3ª ed., Yale University Press, New Haven, 1953.

JOAS, Hans, “O comunitarismo: uma perspectiva alemã” in SOUZA, Jessé. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*, Universidade de Brasília, Brasília, 2001.

KANT, Immanuel, *A Metafísica dos Costumes*, trad. Edson Bini, Edipro, São Paulo, 2003.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, 6ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2003.

KRUEGER, Paul, *Codex Iustinianus – Corpus Iuris Civilis*, vol. II, Berlim, Weidmann, 1906.

KRUEGER, Paul; MOMMSEN, Theodor (Eds.); *Institvtiones*, Tomo I, 6ª ed., Berlim, Weidmann, 1912.

KRUEGER, Paul; MOMMSEN, Theodor (Eds.); *Digesta - Corpus Iuris Civilis*, vol. I, Berlim, Weidmann, 1911.

KUHN, Thomas, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 5ª ed., Editora Perspectiva, São Paulo, 1998.

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

LARMORE, Charles, *Patterns of moral complexity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987.

LARMORE, Charles, *The Autonomy of Morality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008

LARMORE, Charles, *The morals of modernity (Modern European Philosophy)*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

LECHNER, Norbert, “Los nuevos perfiles de la política. Un bosquejo” in *Revista Nueva Sociedad*, n. 180-181, Julio/Octubre, Buenos Aires, 2002, [pgs. 263/279].

LÉVY, Pierre, *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*, 5ª ed., Edições Loyola, São Paulo, 2007.

LINCOLN, Abraham, *Discurso de Gettysburg*, 1863, disponível em: <<http://www.loc.gov/exhibits/gettysburg-address/ext/trans-hay-draft.html>> , acesso em 10/01/2020.

L’HEUREUX-DUBÉ, Claire, “The importance of dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court” in *Tulsa Law Review*, vol. 34, Tulsa, 2013, [pgs. 15/40].

LOCKE, John, *O Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, Editora Vozes, Petrópolis, 1994.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Editorial Ariel, Barcelona, 1982.

LOPES, Joana, “Ressurgimento dos Nacionalismos na Europa?” in OBSERVARE 3rd International Conference-Beyond Borders: people, spaces, ideas, Fundação Gul-benkian, Observare e Universidade Autónoma de Lisboa, 2017. Disponível em: <https://observare.autonoma.pt/conference/images/congresso_2017/Acta_IIICongresso_JoanaLopes.pdf>. Acesso em: 13 de julho de 2020.

LUHMANN, Niklas, *Sociologia do Direito*, vol. I, trad. Gustavo Bayer, Edições Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1983.

LUHMANN, Niklas, *Sociologia do Direito*, vol. II, trad. Gustavo Bayer, Edições Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1985.

MARKESINIS, Basil e FEDTKE, Jörg (Org.), *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, Routledge Cavendish, New York, 2006.

MARTINS, Ana Maria Guerra, *Manual de Direito da União Europeia*, Edições Almedina, 2ª ed., Coimbra, 2018.

MARTINS, Ana Maria Guerra, “Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais – Do monólogo cauteloso ao diálogo construtivo” in Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Moura Ramos, vol. I, Almedina, Coimbra, 2016, [pgs. 599/635].

MAYOS, Gonçal, *Macrofilosofia de la globalización y del pensamiento único: Un macroanálisis para el ‘empoderamiento’*, Editorial Académica Española, Barcelona, 2012.

MCLUHAN, Herbert Marshall, *A galáxia de Gutenberg. A formação do homem tipográfico*, trad. Leônidas G. de Carvalho e Anísio Teixeira, Cia. Editora Nacional – Editora da USP, São Paulo, 1972.

MEDEIROS, Rui, *A Constituição portuguesa num contexto global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015.

MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed., Saraiva, São Paulo, 2014.

MIRANDA, Jorge, *A Revolução de 25 de abril e o Direito Constitucional*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n. 242, Lisboa, 1975.

MIRANDA, Jorge, “Democracia e Constituição” in *O Direito*, Ano 149º, I, Almedina, Coimbra, 2017, [p. 9/32].

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 7ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

MONCADA, Luís Cabral de, “Do Valor e Sentido da Democracia” in Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 12, Coimbra, 1930-1931.

MONCADA, Luís Cabral de, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. I, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1955.

MONTESQUIEU, *O Espíritos das Leis*, 2ª ed., trad. Cristina Murachco, Martins Fontes, São Paulo, 2000.

MORAES, Guilherme Peña de, *Constitucionalismo Multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*, Atlas, São Paulo, 2015.

MORAIS, Carlos Blanco de, *Curso de Direito Constitucional: As Funções do Estado e o Poder Legislativo no Ordenamento Português*, tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de, *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, Tomo II, vol. 2, 1ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

MOUNK, Yascha, *O povo contra a democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la?*, trad. Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg, 1ª ed., Companhia das Letras, São Paulo, 2019.

MÜLLER, Friedrich, “A Limitação das possibilidades de atuação do Estado-Nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência”, trad. Peter Naumann in BONAVIDES, Paulo et all (Org.), *Constituição e Democracia:*

Estudos em Homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho, Malheiros Editores, São Paulo, 2006.

MÜLLER, Friedrich, *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, trad. Peter Naumann, Editora Síntese, Porto Alegre, 1999.

NADER, Paulo, *Filosofia do Direito*, 21ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2012.

NEVES, Castanheira, “Fontes de Direito” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LVIII, Coimbra, 1982.

NEVES, Castanheira, “O papel do jurista no nosso tempo” in *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

NEVES, Marcelo, *A Constitucionalização Simbólica*, 3ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2011.

NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

ORRÚ, Romano, “Um olhar externo sobre a Jurisprudência Constitucional Portuguesa” in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

OTERO, Paulo, *Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*, vol. I, Edições Almedina, Coimbra, 2010.

OTERO, Paulo, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007.

OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003.

OTERO, Paulo, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, vol. I, tomo I, Pedro Ferreira Artes Gráficas, Lisboa, 1998.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes, “Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional” in *Revista de Direito Internacional*, UniCEUB,

vol. 9, n. 4, Brasília, 2012, [pgs.169/199]. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/Ruitemberg.pdf>>. Acesso em 22/06/2020.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *¿Cibercidadani@ o ciudadani@.com?*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5º ed., Tecnos, Madrid, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “La deconstrucción de la ley en el constitucionalismo global” in PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, La Ley Actualidad, Madrid, 2011, [pgs. 105/134].

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*, trad. Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos” in *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 2, UNICEUB, Brasília, 2014, [pgs. 8/46].

PERNICE, Ingolf, “E-Democracy, the Global Citizen, and Multilevel Constitutionalism” in PRINS, Corien *et al* (Org.), *Digital Democracy in a Globalized World*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, [pgs. 27/52].

PARRISH, Austen, “Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court’s Use of Foreign Law” in *University of Illinois Law Review*, vol. 2007, n. 2, Champaign, 2007, [pgs. 637/680].

PIÇARRA, Nuno, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989.

PIRES, Francisco Lucas, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu: seu sentido, problemas e limites*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997.

PLATÃO, *A República*, trad. Sampaio Marinho, Publicações Europa-América, Mem Martins, 1975.

POPPER, Karl R., *A Sociedade Aberta e os Seus Inimigos*, Primeiro Volume: O Fascínio de Platão, trad. Milton Amado, Ed. Itatiaia Limitada, Ed. da Universidade de São Paulo, Belo Horizonte, 1974.

POPPER, Karl R., *Conjecturas e Refutações*, trad. Sérgio Bath, 5ª ed., Editora Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

QUEIROZ, CRISTINA, *Direito Constitucional Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra Editora, 2011.

RAMIRES, Maurício, *Diálogo Judicial Internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.

RAMOS, André de Carvalho, *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, 4ª ed., Saraiva, 2014.

RANGEL, Paulo Castro, “Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade: Uma leitura crítica do pensamento “Transconstitucional” de Marcelo Neves” in *Tribunal Constitucional – 35º aniversário da Constituição de 1975*, Vol. I, 1ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, 1ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1997.

REALE, Miguel, *Estudos de filosofia e ciência do direito*, Saraiva, São Paulo, 1978.

REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 1982.

REALE, Miguel, *O Direito como experiência*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1992.

REALE, Miguel, *Pluralismo e Liberdade*, 1ª ed., Saraiva, São Paulo, 1963.

REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010.

RODRIGUES, Jorge Nascimento e DEVEZAS, Tessaleno, *Portugal: O Pioneiro da Globalização*, 1ª ed., Edições Centro Atlântico, Vila Nova de Famalicão, 2007.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo, *Poder Constituinte Supranacional: Esse Novo Personagem*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2000.

ROSENFELD, Michel, *A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito*, v.7, n. 12, jan./jun, Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *O Contrato Social*, trad. de Antônio de Pádua Danesi, 3ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1996.

SANCHEZ, Ernesto J., “A Case against Judicial Internationalism” in *Connecticut Law Review*, n. 38, Hartford, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, vol. I, Edições Afrontamento, Porto, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa, “O Estado, as Relações Salariais e o Bem-Estar Social na Semiperiferia: O Caso Português” in SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.), *Portugal: Um Retrato Singular*, Edições Afrontamento, Porto, 1993, [pgs. 15/56].

SANTOS, Boaventura de Sousa, *O Discurso e o Poder: Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro”, Coimbra, 1980.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*, 5ª ed., Cortez, São Paulo, 1999.

SARAMAGO, José, *Da justiça à democracia passando pelo sino*, encerramento do II Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2002, disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u29003.shtml>>. Acesso em 08/03/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 8ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010.

SCHMITT, Carl, *Teoria de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1927.

SEN, Amartya, *A ideia de justiça*, trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes, Companhia das Letras, São Paulo, 2011.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph, *O que é o Terceiro Estado?*, trad. Teresa Meneses, Círculo de Leitores, 2009.

SILVA, Nuno José Espinosa Gomes da, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, 5ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011.

SILVA, José Afonso da, *Poder Constituinte e Poder Popular: Estudos sobre a Constituição*, Malheiros Editores, São Paulo, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da, “Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul” in BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Org.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2012.

SILVEIRA, Alessandra, “Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial” in SOLSONA, Gonçal Mayos *at all* (Org.), *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*, Vol. I, 1ª ed., Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado-LAECC, Uberlândia, 2015.

SLAUGHTER, Anne-marie, “A Typology of Transjudicial Communication” in *University of Richmond Law Review*, vol. 29, n. 99, Richmond, 1994, [pgs. 99/137].

SOARES, Rogério Ehrhardt, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Atlântida Editora, Coimbra, 1969.

SOARES, Rogério Ehrhardt, “O conceito ocidental de Constituição” in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 119, n. 3743, Coimbra, 1986.

SOARES FILHO, José, *Elementos da Ordem Jurídica Internacional e Comunitária: Enfoque dos direitos sociais e trabalhistas no plano supranacional e em face da globalização da economia*, Juruá Editora, Curitiba, 2003.

SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Direito Constitucional: Introdução à teoria da Constituição*, Livraria Cruz, Braga, 1979.

SPECTOR, Horacio, “Constitutional Transplants and the Mutation Effect” in *Chicago-Kent Law Review*, v. 83, Chicago, 2008, [pgs. 129/145].

STRECK, Lênio Luiz, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, 3ª ed., Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari, “A administração pública na era do Direito global” in SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (Orgs.), *Direito Global*, Editora Max Limonad, São Paulo, 1999.

SUNSTEIN, Cass, “As mídias sociais são boas ou ruins para a democracia?”, trad. por Adriana Guimarães in *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v.15, n.27, São Paulo, jul/2018, [pgs. 85/92].

SUNSTEIN, Cass, *Republic.com 2.0*, Princeton University Press, New Jersey, 2007.

TAVARES, André Ramos, *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2012.

TEBBE, Nelson e TSAI, Robert L., “Constitutional Borrowing” in *Michigan Law Review*, vol. 108, Ann Arbor, 2010, [pgs. 459/552].

TITO LÍVIO, *Historia de Roma desde su Fundación*, 3,34,6, trad. José Antonio Villar Vidal, Editorial Gredos, Madrid, 1997.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *Da Democracia na América*, trad. de Carlos Correia Monteiro de Oliveira, Principia, Cascais, 2001.

TUCÍDIDES, *História da Guerra do Peloponeso*, Livro II, trad. Mário da Gama Kury, 4ª ed., Editora Universidade de Brasília, Brasília, 2001.

TUSHNET, Mark, “Referring to Foreign Law in Constitutional Interpretation: An Episode in the Culture Wars” in *Baltimore Law Review*, vol. 35, Baltimore, 2006, [pgs. 299/312].

TUSHNET, Mark, “The Inevitable Globalisation of Constitutional Law” in *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, 2009, [pgs. 985/1006].

VEIGA, Paula, “Democracia Constitucional nos inícios do Século XXI – notas soltas” in AMARAL, Maria Lúcia *et all* (Org.), *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Edições Almedina, Coimbra, 2016, [pgs. 443/446].

VENTURA, Raul, *Manual de Direito Romano*, vol. I, tomo I, Coimbra Editora, Lisboa, 1964.

VIEIRA, Oscar Vilhena, “Realinhamento Constitucional” in SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (Orgs.), *Direito Global*, Editora Max Limonad, São Paulo, 1999.

VIOLA, Francesco, *Derecho de Gentes Antigo e Contemporáneo*, Trad. Isabel Trujillo, Persona y Derecho, n. 41, 2004.

YOUNG, Ernest A., “Foreign Law and the Denominator Problem” in Harvard Law Review, n. 119, Cambridge, Cambridge, 2005, [pgs. 148/167].

WALDRON, Jeremy, “The Core of the Case against Judicial Review” in Yale Law Journal, vol. 115, n. 6, 2006, [pgs. 1346/1406].