



EDNAN GALVÃO SANTOS

A SALVAGUARDA JURISDICCIONAL DA EFICÁCIA HORIZONTAL E VERTICAL DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS À LUZ DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Paradigma, Método e Teoria

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Constitucional, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho de 2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

EDNAN GALVÃO SANTOS

**A SALVAGUARDA JURISDICCIONAL DA EFICÁCIA HORIZONTAL E VERTICAL
DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS À LUZ DO
TRANSCONSTITUCIONALISMO**

Paradigma, Método e Teoria

The jurisdictional safeguard of horizontal and vertical effectiveness of human rights and fundamental rights in the light of transconstitutionalism: paradigm, method and theory

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º ciclo de Estudos em Direito, conducente ao grau de Mestre, na área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas – Menção em Direito Constitucional.

Orientador: Dr. Fernando Alves Correia

Coimbra, 2018

Dedicatória

No dia da minha partida para Portugal, meu Pai deu-me um abraço bastante emocionado, como se soubesse que seria a última vez. Aquele foi o nosso derradeiro abraço. No dia 27 de abril do ano passado cá estava eu, em Coimbra, organizando a mesa de estudos para continuar a redigir um artigo do Mestrado Científico, no átimo em que me telefonou o meu irmão para dar a pior notícia da minha vida.

Dedico esta dissertação ao Mestre da Lição. Ao ilustre Professor Edgar Santos Filho. Àquele que sempre honrou seus familiares e amigos e ofertou o maior amor do mundo.

Honestidade e humildade eram marcas de seu caráter. Tal qual Rousseau em sua obra “Emílio”, meu pai ensinou-me que ninguém é melhor do que ninguém: só devemos abaixar as nossas cabeças para ajudar alguém caído a reerguer-se do chão.

Batalhou para nos oportunizar estudos em colégios renomados, ocasião em que transmitiu um decisivo ensinamento: como primeiro ato na chegada à escola, eu e meu irmão tínhamos de cumprimentar o porteiro, eis que este não merecia menor prestígio que o diretor. Postura oposta tinham muitos de nossos colegas, que equiparavam o porteiro ao portão; coisificavam-no, reificavam-no, afinal, não receberam em casa a verdadeira educação – a educação que edifica; que torna o mundo um lugar melhor.

Meu pai incentivou a nossa irmandade, desde muito pequenos, também com as crianças mais humildes. E foi a melhor infância que alguém poderia ter. Tempos de ouro! Misturado à criançada, ele participava de todas as brincadeiras; jogava bola (todos de pés descalços ou, como dizia uma personagem de uma de suas histórias, “carne humana contra carne humana”), dominó, passeava de bicicleta (quantas expedições pelas estradas de terra do Recôncavo Baiano!), “pilotava” carrinhos de madeira, soltava fogos de artifício. E sempre contava as suas histórias, que eram as melhores. Ele foi mesmo o melhor de todos os amigos.

Esta foi uma dentre as inúmeras lições: somos todos iguais, independentemente de condição patrimonial ou grau de instrução. Todos merecem o máximo respeito. Aí está a gênese da nossa orientação ideológica, política e humanística para os princípios de solidariedade e isonomia material.

“Kantianamente” ético e cumpridor de compromissos e deveres, ensinou que, exordialmente, deve ser feito o necessário; em seguida, o possível. E só depois, quiçá, aquilo que parecer impossível.

Pai de família por excelência, nunca deixou faltar nada em casa. Sua vida foi devotada aos seus familiares. Em uma das viagens a serviço do Ministério da Agricultura, passou extenso período na Indonésia e lá compôs um verso no idioma local, que cantarolava para nós ao telefone: “Estou com saudade, quero voltar para casa”. A melodia não me sai da cabeça. Lembro com muito amor.

Homem de fé, dirigia-se, a cada conquista, à Sagrada Colina do Senhor do Bonfim da Bahia para agradecer. Ajoelhava-se para orar diariamente, na sala de casa, perante a imagem do Coração de Jesus Cristo, na iminência de sair para trabalhar. Fecho os olhos e posso ver nitidamente essa cena, repetida dia após dia.

Antes de iniciarmos as viagens de carro, dentre as quais eram memoráveis as destinadas ao Estado de Minas Gerais (minha terra natal e também da minha amada mãe, onde reside a quase totalidade da família), pedia que déssemo-nos as mãos (a dele na base, as nossas por cima) para um “grito de paz”. Ele dizia: “Vamos viajar?” Respondíamos: “vamos viajar!”. Ele prosseguia: “Com a ajuda de Deus!”. Nós completávamos: “Chegaremos lá!”. E, juntos, arrematávamos: “Unidos para sempre!”.

Um dia transmitirei essa tradição para os meus filhos e sei que meu irmão também o fará relativamente aos meus sobrinhos. Dói-me saber que nossos filhos não conhecerão aquele que seria o melhor avô do mundo, mas sei que ele sempre estará vivo através de seus ensinamentos.

Era uma dádiva sem igual passar tantas horas com ele naquelas viagens! Quantos ensinamentos do Grande Professor! E, assim, aprendi que o destino final não é o único a ser desfrutado. Reside no “estradar” um grande valor que não pode ser ignorado. A viagem é um fim em si mesmo.

Sei que nunca vou conhecer um Homem como Edgar. Um Homem de virtudes plúrimas, que deixou uma legião de fãs, admiradores, alunos, discípulos. Não obstante múltiplo, é também único, porque insubstituível. Ele me inspira a ser uma pessoa melhor a cada dia, mas jamais serei metade do Homem que ele foi. Também jamais serei metade do Professor que ele foi em sala de aula. É como mirar a linha do horizonte e caminhar em sua direção: não posso alcançá-la, eis que parece afastar-se de mim a cada passo que dou;

entrementes, ao tentar atingi-la, sigo avançando. É o horizonte que, mesmo inalcançável, faz-me progredir. Meu pai é o exemplo, o modelo, o horizonte: nele busco inspiração para evoluir como ser humano e como profissional.

Parafraseio Armando Nogueira para homenagear o meu pai:

“Tu, em vida, parecias tantos

E, no entanto, que encanto!

Eras um só, Edgar Santos!”

Post Scriptum. Um dia, se for da vontade do Senhor das Searas (ou, como meu pai preferia dizer, “com fé em Deus!”), reencontraremos-nos para um derradeiro grito de paz, de mãos dadas: “Vamos viajar? Vamos viajar! Com a ajuda de Deus! Chegaremos lá!”

Unidos para sempre.

Agradecimentos

Agradeço ao Professor Edgar Santos Filho (*in memoriam*): meu Pai, melhor amigo e principal incentivador de meu ingresso no Mestrado Científico em Direito da Universidade de Coimbra. À minha amada mãe, Professora Eni Galvão Santos. Ao meu irmão e grande companheiro de todas as horas, Professor Edgard Galvão Santos.

Registro o meu agradecimento aos meus Professores do Mestrado Científico – Sr^a Dr^a Suzana Tavares da Silva, Sr^o Dr^o Mário Reis Marques, Sr^a Dr^a Cláudia Cruz Santos e, em especial, ao meu Orientador e amigo, Sr^o Dr^o Professor Fernando Alves Correia –, a quem dirijo toda a minha gratidão pela sensibilidade demonstrada e pela ajuda a mim concedida no momento mais triste e difícil da minha vida.

RESUMO

A presente dissertação versa sobre a deliquescência do modelo estadual vestefaliano, marcado pela estrutura hierárquica kelseniana do direito estadualista, em razão do advento do transconstitucionalismo – um paradigma, uma teoria e um método para o Direito – e sobre a salvaguarda jurisdicional da eficácia horizontal e vertical dos direitos humanos e fundamentais nesse novo contexto. Conforme lição de Norberto Bobbio, o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, é o de protegê-los. Com fulcro nessa ideia é que elegemos a abordagem dos direitos humanos pelo prisma da salvaguarda jurisdicional. A partir de uma vasta pesquisa bibliográfica, realizamos um trabalho científico de jaez interdisciplinar, que transita por diferentes áreas do conhecimento, tais como a Filosofia e a Sociologia, não obstante correlacionadas à perspectiva jurídico-constitucional. Eis o problema enfrentado: faz sentido abordar, na atual conjuntura normativa multinível, a questão da proteção dos direitos humanos e fundamentais em termos de eficácia horizontal e eficácia vertical? O estudo do direito comparado, a análise doutrinária e o exame jurisprudencial demonstram a existência de manifestações transconstitucionais de tutela da eficácia dos direitos humanos e fundamentais no bojo de relações jurídicas entre particulares e de liames travados entre indivíduo e Estado, razão pela qual a referida clivagem permanece atual e relevante, enquanto via ou ferramenta teórica tendente a fornecer uma compreensão contextualizada do atual panorama global de salvaguarda desses direitos.

PALAVRAS-CHAVE

Transconstitucionalismo – Direitos Humanos – Direitos Fundamentais – Eficácia Horizontal – Eficácia Vertical.

ABSTRACT

The present scientific article deals with the deliquescence of the westphalian state model, marked by the hierarchical structure of state law defended by Hans Kelsen, because of the advent of transconstitutionalism - a paradigm, a theory and method for Law - and the jurisdictional safeguard of horizontal and vertical effectiveness of human rights and fundamental rights in this new context. According to the lesson of Norberto Bobbio, the serious problem of our time, with respect to the rights of man, is how to protect them. At the heart of this idea is that we choose the approach of human rights through the prism of the judicial safeguard. From a vast bibliographical research, we carry out a scientific interdisciplinary work, which transits through different areas of knowledge, mainly Law, Philosophy. Here is the problem: does it make sense to address, in the current multilevel normative environment, the question of the protection of human and fundamental rights in terms of horizontal effectiveness and vertical effectiveness? The study of comparative law, doctrinal analysis and jurisprudential examination demonstrate the existence of transconstitutional manifestations of protection of the effectiveness of human rights and fundamental rights within the framework of legal relationships between private individuals and of relationships between individual and State, which is why the said cleavage remains current and relevant, as a theoretical tool or tool intended to provide a contextualized understanding of the current global picture of safeguarding these rights.

KEYWORDS

Transconstitutionalism – Human Rights – Fundamental Rights - Horizontal Effectiveness – Vertical Effectiveness.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos.

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

STF – Supremo Tribunal Federal.

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

ÍNDICE

I.	Introdução.....	10
II.	Pressupostos de compreensão: considerações propedêuticas sobre os direitos humanos e fundamentais	
	2.1.A historicidade e a questão das gerações ou dimensões.....	17
	2.2. O problema do fundamento através de uma abordagem pragmático-democrática.....	25
	2.3. Camaleões normativos, paradoxos e metodologia fuzzy na problemática dos direitos fundamentais.....	43
III.	Transconstitucionalismo: natureza e manifestações.....	58
IV.	Eficácia horizontal e manifestações transconstitucionais de tutela jurisdicional.....	81
V.	Eficácia vertical e manifestações transconstitucionais de tutela jurisdicional.....	98
VI.	Conclusão.....	110
VII.	Referências.....	113

I. Introdução

Esta dissertação versa sobre a deliquescência do modelo estadual vestefaliano, marcado pela estrutura hierárquica kelseniana do direito estadualista, em razão do advento do transconstitucionalismo – um paradigma, uma teoria e um método para o Direito – e sobre a salvaguarda jurisdicional da eficácia horizontal e vertical dos direitos humanos e fundamentais nesse novo contexto. É dizer: propõe, como hipótese, a necessidade de tutela jurisdicional dos direitos humanos e fundamentais que incidem tanto nas relações entre particulares quanto nos liames entre estes e o Poder Público dentro dos parâmetros do transconstitucionalismo. Atine à seara da “justiça constitucional das liberdades” ou “*Grundrechtsgerichtsbarkeit*”, *i.e.*, à proteção jurisdicional nacional e supranacional dos direitos fundamentais¹. As proclamações nacionais e supranacionais dos direitos fundamentais “cessam de ser meras declamações filosóficas”² no átimo em que sua salvaguarda é confiada, em concreto, aos tribunais constitucionais nacionais e supranacionais.

Outrora imperava o modelo vestefaliano de constitucionalismo, pautado na “construção de um direito estadualista”³, *scilicet*, um paradigma no qual “ganha protagonismo o Estado vestefaliano marcado pelos princípios da soberania nacional e da autodeterminação; com ele a autoridade é inferida no princípio da territorialidade”⁴. Nesse modelo de racionalidade estatal, “o território é um fator de segurança, um espaço de jurisdição, um elemento constitutivo da ordem jurídica”, de modo que “a soberania e a legitimidade são edificadas sobre o território, não sendo este mais do que uma construção política; a comunidade internacional passa a ser constituída por uma pluralidade de soberanias unas e indivisíveis”⁵. Nesta linha, sustenta Zagrebelsky, a respeito do “*derecho del Estado (Staatsrecht, según la expresión alemana)*” que “*la soberania estatal era así el punto de partida y de retorno de este derecho, el criterio de sentido y orientación de todos sus elementos*”⁶.

1 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 62.

2 *Idem, ibidem*, p. 66.

3 REIS MARQUES, Mário. *Introdução ao Direito I: Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 36.

4 *Idem, ibidem*, p. 36-37.

5 *Idem, ibidem*, p. 37-39.

6 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil – Ley, Derechos, Justicia*. 9 ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 11.

Deparamo-nos hodiernamente com a transição do tradicional modelo constitucional vestefaliano para o modelo de transconstitucionalidade ou interconstitucionalidade: “*the constitution’s journey from a state-centred concept to a transnational project*”⁷. Este é contexto no qual deve inspirar-se o exercício da jurisdição: uma prática atenta aos “novos desafios de um direito constitucional que ultrapassou as fronteiras dos respectivos Estados e tornou-se diretamente relevante para outras ordens jurídicas, inclusive não estatais”⁸.

Nesta linha de intelecção, Mário Reis Marques aborda a “dissolução da pirâmide kelseniana pela abertura dos novos horizontes”: “só um modelo pluridimensional pode abarcar um direito em contínua aceleração e expansão”⁹. Enquanto o modelo tradicional vestefaliano era marcado pela clausura de uma juridicidade territorializada, o novo paradigma traz à tona, ao revés, “o esbatimento das fronteiras territoriais”¹⁰. Neste passo, o filósofo Jürgen Habermas identifica “a transição de um ordenamento baseado no Estado nacional para outro de cariz cosmopolita”¹¹.

A nova fenomenologia jurídica de que tratamos logra diferentes formulações teóricas entre os doutrinadores. José Joaquim Gomes Canotilho prefere a expressão “teoria da interconstitucionalidade” – em vez de “constitucionalismo multilateral” (*multilevel constitutionalism*), “constitucionalismo cooperativo e multidimensional”, “federalismo” ou “confederalismo constitucional” –, que tem por objeto o estudo das “relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”¹². Explica o autor que a ideia de interconstitucionalidade foi primeiramente avançada por Lucas Pires na obra “Introdução ao Direito Constitucional Europeu, de 1998”¹³. No mesmo sentido, Fernando Alves Correia preleciona que a teoria em baila foi desenvolvida pioneiramente por Lucas Pires e “está intimamente associada ao processo de construção da União Europeia”, definida como uma “articulação, interação e concertação entre Constituições nacionais e entre estas e a Constituição europeia”¹⁴. Eis a razão pela qual Marcelo Neves optou por desenvolver uma

7 DOBNER, Petra. *More Law, Less Democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism*. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Org.). “The Twilight of Constitutionalism?” Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 141-161, p. 141.

8 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, Introdução, p. XIX.

9 REIS MARQUES, Mário. *Op. cit.*, 2009, p. 48-49.

10 *Idem, ibidem*, p. 50.

11 HABERMAS, Jürgen. *Teoria Política*. Vol. IV. Trad. Lumir Nahodil. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 262.

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 266.

13 *Idem, ibidem*, p. 266.

14 CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 12.

teoria do transconstitucionalismo em detrimento da teoria da interconstitucionalidade: por centrar-se esta última na “relação da ordem jurídica da União Europeia com as ordens constitucionais dos seus Estados-Membros”¹⁵. Sem embargo, concordamos com Paulo Rangel quando este considera a obra de Gomes Canotilho “em muitos pontos tangente e secante ao pensamento que aqui apresenta Marcelo Neves”¹⁶.

João Carlos Loureiro defende a existência de “uma constituição mundial marcada pela pluriformidade, assumindo dimensões complementares e suplementares em relação às clássicas constituições nacionais”. Para o autor, “estamos perante um multiverso constitucional: a constituição mundial é uma constituição de constituições parciais; além disso, é uma constituição pluritextual, esboçando-se uma autêntica rede constitucional”¹⁷.

Maria Benedita Urbano reconhece que “o constitucionalismo nacional não escapou incólume ao fenómeno da globalização”, acabando por “transpor as fronteiras nacionais”. A autora acentua, com razão, a conexão entre o “constitucionalismo global” e os direitos fundamentais – relação que, aliás, expressa o cerne da presente dissertação –, como se verifica neste trecho: “poder-se-á falar num novo constitucionalismo que se estende para além das fronteiras nacionais, o constitucionalismo global, com o seu epicentro na Europa, e acentuadamente focado nos direitos fundamentais”¹⁸.

Paula Veiga adere ao denominado “constitucionalismo cosmopolita”, oriundo da “globalização económica, tecnológica, política”. Para a autora, insta refletirmos, nesse cenário, sobre “a existência de valores constitucionais hodiernos globais”, de fundamentação “supra-positiva, correspondendo, em parte, ao que podemos apelidar de um constitucionalismo auto-generativo”¹⁹.

15NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, Introdução, p. XIX.

16RANGEL, Paulo. *Transconstitucionalismo versus Interconstitucionalidade – Uma Leitura Crítica do Pensamento Transconstitucional de Marcelo Neves*. In: “Tribunal Constitucional – 35º Aniversário da Constituição de 1976”. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 151-174, p. 154.

17LOUREIRO, João Carlos. « Magna(s) carta(s), constitucionalismo(s) e justiça(s): entre história(s) e prospetiva(s) nos 800 anos da Magna Charta Libertatum» *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*. Vol. 1. AMARAL, Maria Lúcia (Org.). Coimbra: Almedina, 2016, p. 182.

18 Com espreque nas lições de Anne Peters, assinala Maria Benedita Urbano a distinção entre constitucionalismo global e constitucionalização global, nos seguintes termos: “o primeiro consubstancia uma agenda que identifica e advoga a aplicação de princípios constitucionais na esfera jurídica internacional. Em outras palavras e de forma simplista, trata-se da constitucionalização das relações internacionais e do direito que as regula, proporcionada pela desterritorialização jurídica, mas também política, a que se assiste no momento presente. Já a constitucionalização global traduz a emergência gradual de traços constitucionais no Direito Internacional”. Cf. URBANO, Maria Benedita. *Curso de Direito Constitucional – Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*. 2 ed. Coimbra: Almedina, p. 49.

19VEIGA, Paula. « Democracia Constitucional nos Inícios do Século XXI – notas soltas» *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*. Vol. 1. AMARAL, Maria Lúcia (Org.). Coimbra: Almedina, 2016, p. 445.

Ana Raquel Gonçalves Moniz fala em “vocação universal dos direitos” como consequência da associação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais. Segundo a autora, a universalidade dos direitos fundamentais corresponde à “ultrapassagem da concepção estatocêntrica do direito e afeiçoa-se às modernas tendências da globalização”²⁰.

Boaventura de Sousa Santos utiliza o termo “interlegalidade” para designar “a multiplicidade de estratos jurídicos e das combinações entre eles que caracterizam o mundo da vida (*Lebenswelt*)”²¹. *Data maxima venia*, entendemos que a terminologia pode ser problemática para exprimir com fidelidade a abrangente semântica desenvolvida pelo autor. “Legalidade”, a nosso sentir, é um termo restritivo, atribuível às leis, enquanto atos infraconstitucionais resultantes do exercício da atividade típica do Poder Legislativo. Por evidência, esse sentido atribuível ao termo não se harmoniza à amplitude do panorama esboçado pelo sociólogo português, que açambarca “o direito estatal oficial, o direito consuetudinário, o direito comunitário, local” e “o direito global”²². Nesta linha de intelecção, afirma Boaventura que “hoje, ao lado das ordens jurídicas locais e nacionais, estão a emergir ordens jurídicas supranacionais”²³. Seria mais adequado, a nosso sentir, o uso do termo “interjuridicidade” em vez de “interlegalidade”, pois a legalidade, que constitui uma das diversas fontes do direito, não expressa a totalidade do fenômeno jurídico.

É da lavra de Martin Loughlin a adoção da expressão “constitucionalização supranacional” (“*supranational constitutionalisation*”), para se referir à reconfiguração multinível promovida nas bases do constitucionalismo²⁴. Pernice, a seu turno, aborda o cenário do sistema normativo de níveis múltiplos sob a nomenclatura “constitucionalismo multinível”²⁵.

Em que pesem as relevantes formulações teóricas acima referidas, optamos por adotar como marco teórico a doutrina do transconstitucionalismo, desenvolvida por Marcelo Neves, que parte “da sólida noção de que a Constituição em seu sentido estritamente moderno vincula-se ao constitucionalismo que resultou das revoluções liberais dos fins do século XVIII

20 MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Os Direitos Fundamentais e a sua Circunstância – Crise e Vinculação Axiológica entre o Estado, a Sociedade e a Comunidade Global*. Coimbra: Coimbra University Press, 2017, p. 215.

21 SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado Heterogêneo e o Pluralismo Jurídico*. In: *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*. SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org.). Porto: Afrontamento, 2003, pp. 47-88, em especial p. 50.

22 *Idem, ibidem*, p. 50.

23 *Idem, ibidem*, p. 49.

24 LOUGHLIN, Martin. *What is Constitutionalisation?* In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Org.). “The Twilight of Constitutionalism?” Oxford: Oxford University Press, 2010, pp.47-69, p. 63-64.

25 PERNICE, Ingolf. *Fondements du Droit Constitutionnel Européen*. Paris: Pedone, 2004, p. 26.

na França e nos Estados Unidos e, de maneira atípica, da evolução político-jurídica britânica”²⁶. O autor identifica uma diversidade de dimensões, expressões ou manifestações transconstitucionais entre ordens jurídicas: entre direito internacional público e direito estatal; entre direito supranacional e direito estatal; entre ordens jurídicas estatais; entre ordens jurídicas estatais e transnacionais; entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extra-estatais; entre direito supranacional e direito internacional²⁷. Além dessas manifestações, verifica-se “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”²⁸.

Eis a via pela qual será abordada a tutela jurisdicional da eficácia dos direitos humanos e fundamentais em suas duas manifestações, *i.e.*, eficácia vertical e eficácia horizontal – ou, como prefere José Carlos Vieira de Andrade denominar esta segunda dimensão, “eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros” (*Drittwirkung der Grundrechte*), na linha da doutrina alemã, preponderante no estudo da matéria²⁹.

Conforme lição de Norberto Bobbio, o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los³⁰. Entendemos que nunca será despendendo perguntar pelos fundamentos dos direitos humanos – a preocupação com sua salvaguarda ganha força com o raciocínio axiológico –, mas concordamos que, uma vez proclamados tais direitos, cumpre efetivá-los.

26 NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, Introdução, p. XX. José Joaquim Gomes Canotilho classifica tal acepção de constitucionalismo como “histórico-descritiva” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 52). Acerca do conceito de constitucionalismo, cfr. LOUGHLIN, Martin. *Op. cit.*, 2010, p. 55-59. A respeito do constitucionalismo e suas inspirações, cfr. SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 65-72. Sobre a noção de “movimentos constitucionais”, cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, 2003, p. 51.

27 Cfr. NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, pp. 132-229.

28 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo: Breves Considerações com Especial Referência à Experiência Latino-Americana*, in “Boletim da Faculdade de Direito”, *STUDIA JURIDICA* 104, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho”, Vol. III, Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 615-652, em especial p. 616-630.

29 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. In: “Boletim do Ministério da Justiça”, nº 5. Lisboa: Procuradoria Geral da República, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 1983, p. 233. Explica Fernando Alves Correia que as decisões pioneiras foram proferidas em 1954 e 1957 pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão, mas o caso E. Lüth foi o “verdadeiro *leading case* da jurisprudência constitucional alemã sobre a problemática” (CORREIA, Fernando Alves. *Op. cit.*, 2016, p. 48). Eric Lüth, alegando violação ao seu direito constitucionalmente resguardado de liberdade de expressão, recorreu, perante o Tribunal Constitucional, da decisão do tribunal de grande instância de Hamburgo, que havia determinado o fim do boicote (liderado por Lüth, judeu que presidia o Clube de Imprensa) ao filme “Amada Mortal”, de 1951, o qual, a despeito de não ter conteúdo antisemita, foi dirigido por Veit Harlan, produtor dos principais filmes de propaganda nazista ao tempo do regime, como, v.g., “Jud Süß”. O Tribunal Constitucional acolheu a tese de Lüth para o fim de revogar a decisão *a quo*.

30 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

Partindo da clivagem entre direitos humanos e direitos fundamentais – “se os primeiros arrancam da própria natureza humana, os segundos serão os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” –, reconhece Mário Reis Marques “a importância do escrutínio dos meios jurisdicionais de proteção dos direitos fundamentais”³¹. Com fulcro nessa ideia é que elegemos a abordagem dos direitos humanos pelo prisma da salvaguarda jurisdicional. Cinge-se a pesquisa, pois, à proteção jurisdicional dos direitos. Trata-se, ademais, de estratégia metodológica de adequação do estudo ao imperativo de especificidade, daí que fugiria à exigência de congruência uma abordagem da tutela estatal genérica de direitos fundamentais, *i.e.*, que também incluísse a sua salvaguarda em sede de Poder Executivo e de Poder Legislativo.

Nesse diapasão, também seria demasiado abrangente – e, portanto, inviável – abordar toda a jurisprudência dos Tribunais, *i.e.*, todo o plexo de decisões dos Tribunais. Tal metódica inviabilizaria o *desideratum* da pesquisa ao torná-la superficial, porquanto reduziria esta ao mero casuísmo jurisprudencial em detrimento das abordagens teóricas e conceituais que consideramos de alta relevância. Esta é a razão pela qual optamos pela análise de decisões paradigmáticas sobre o tema em baila.

Isto posto, eis o problema a ser enfrentado: faz sentido abordar, na atual conjuntura normativa multinível (transconstitucionalismo), a questão da proteção dos direitos fundamentais em termos de eficácia horizontal e de eficácia vertical? Há quem entenda que estão, nesse novo contexto, “ultrapassadas as teses sobre eficácia horizontal e vertical”³². Pretendemos comprovar o contrário: reveste-se o tema de atualidade e especial relevância para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, como demonstram as análises doutrinárias e também jurisprudenciais realizadas ao longo desta pesquisa.

O presente estudo está estruturado em seis capítulos, levando-se em consideração a inclusão deste exórdio. O segundo capítulo possui jaez propedêutico e concerne à explanação de determinados pressupostos de compreensão a respeito dos direitos humanos e fundamentais. Está dividido em três tópicos, quais sejam: a historicidade e a questão das gerações ou dimensões dos direitos humanos e fundamentais; o problema do fundamento dos

31 REIS MARQUES, Mário. *Introdução ao Direito*. Vol. 1. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 237. Adverte o autor que o catálogo constitucional não consagra todos os direitos fundamentais, eis que há direitos fundamentais sem assento constitucional. Esse é o sentido da norma constante do art. 16º, nº 1 da Constituição portuguesa (*Idem, ibidem*, p. 238). Também a Constituição Federal brasileira prevê a cláusula de abertura, precisamente no art. 5º, § 2º.

32TAVARES DA SILVA, Suzana. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, p. 35.

direitos humanos através de uma abordagem pragmático-democrática; camaleões normativos, paradoxos e metodologia fuzzy na problemática dos direitos fundamentais. O terceiro capítulo é dedicado à conceituação do transconstitucionalismo, à definição de sua natureza – paradigma, método e teoria –, bem como às suas diferentes dimensões ou manifestações. Passamos a examinar, no quarto capítulo, o panorama das teorias doutrinárias sobre eficácia horizontal, seus reflexos no direito comparado e, ainda, as manifestações transconstitucionais de salvaguarda jurisdicional dos direitos humanos e fundamentais incidentes nas relações entre particulares. A quinta etapa é reservado, por sua vez, às expressões transconstitucionais de tutela jurisdicional no âmbito da eficácia vertical dos direitos humanos e fundamentais. O derradeiro capítulo tem cariz conclusivo, pelo que apresenta as considerações finais desta dissertação.

Não temos a pretensão de fornecer uma resposta definitiva e exauriente sobre as questões enfrentadas. Pretendemos, em verdade, fomentar o debate e oferecer à comunidade acadêmica um contributo para a compreensão dessas temáticas.

Por derradeiro, a título de justificação, não é de descorar que o tema escolhido contempla a ementa da menção em Direito Constitucional do Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Coimbra, na medida em que versa sobre direitos humanos, direitos fundamentais, jurisdição e internormatividade, questões amiúde abordadas e que lograram preponderante enfoque nas aulas ministradas durante o curso, com especial referência aos ensinamentos da Senhora Doutora Professora Suzana Tavares da Silva e ao Orientador desta dissertação, Senhor Doutor Professor Fernando Alves Correia, autor da obra “Justiça Constitucional”, que constitui inspiração, importante marco teórico e verdadeiro guia para a pesquisa que realizamos.

II. Pressupostos de compreensão: considerações propedêuticas sobre os direitos humanos e fundamentais

2.1 A historicidade e a questão das gerações ou dimensões

Inexiste distinção ontológica entre direitos humanos e direitos fundamentais³³. Referimo-nos simultaneamente, do ponto de vista substancial, a um direito humano e a um direito fundamental quando estamos diante do direito à vida, *exempli gratia*.

Para discerni-los – direitos humanos e direitos fundamentais – em congruência, sem incorrer em imprecisão terminológica ao aludir a estes ou aqueles outros, cabe ao investigador examinar o âmbito de previsão ou incidência dos respectivos direitos. Se a esfera de ocorrência dos direitos possui jaez internacional, *i.e.*, se a fonte que faz emaná-los escapa ao âmbito do ordenamento jurídico do Estado, têm lugar os “direitos humanos”. Quando, ao revés, o *locus* de abordagem desses direitos concerne à ordem constitucional interna de determinado Estado Constitucional de Direito, deve o pesquisador recorrer à terminologia “direitos fundamentais”. Preleciona Ingo Wolfgang Sarlet que para aplicar corretamente essas expressões aos direitos em análise, “há que referir – sob pena de correr-se o risco de gerar uma série de equívocos – se eles estão sendo analisados pelo prisma do direito internacional ou na sua dimensão constitucional positiva”³⁴.

No exemplo acima apresentado, o direito à vida deve ser encarado como direito humano se for objeto de análise, *v.g.*, o artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948. Se, diversamente, estiver em análise o artigo 24º da Constituição da República Portuguesa, *e.g.*, será terminologicamente preciso tratá-lo como direito fundamental³⁵.

33 Otfried Höffe destaca a pertinência da distinção conceitual, na medida em que os direitos humanos referem-se ao ser humano como tal, pelo simples fato de ser pessoa humana, ao passo que os direitos fundamentais concernem às pessoas como membros de um ente público e concreto. Admite o autor, porém, que são os mesmos direitos em diferentes estágios, de pré-positivação ou de positivação: são direitos humanos antes de serem reconhecidos e positivados nas Constituições, átimo em que, pré-positivados, integram uma espécie de moral jurídica universal, e passam a ser direitos fundamentais quando se convertem em elementos de direito positivo de uma determinada comunidade jurídica. HÖFFE, Otfried. *Derecho Intercultural*. Trad. Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000, pp.166-169. É neste sentido que falamos em inexistência de diferença ontológica.

34 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 32.

35 Em respeito a essa clivagem conceitual e terminológica, optamos por inserir no título desta dissertação as duas expressões – direitos humanos e direitos fundamentais –, pois a abordagem transconstitucional da fenomenologia jurídica percorre necessariamente o âmbito interno e também a dimensão internacional da ordem internormativa.

Neste sentido, Gomes Canotilho, aderindo à dicotomia esboçada, fala em “evolução dos direitos humanos para direitos fundamentais”, na acepção de “formalização e constitucionalização, como uma etapa de positivação”³⁶. Enquanto eram constitucionalizados, traduziam-se tais direitos apenas como direitos humanos. A fundamentalização, nesta perspectiva, demanda um processo de formalização, *i.e.*, de positivação dos direitos no no bojo dos diplomas normativos magnos dos ordenamentos jurídicos dos Estados.

Os direitos humanos e fundamentais são inexoravelmente marcados pela historicidade. Enquanto direitos históricos, nasceram em determinadas circunstâncias, de modo gradual, oriundos de lutas por novas liberdades “contra velhos poderes”. Não nasceram de uma vez, nem de uma vez por todas³⁷: constituem, pois, uma classe variável. Daí que “perguntar pela relação entre direito e a história”, aduz Ana Margarida Gaudêncio, “implica convocar dimensões continuamente mutáveis e de contornos profundamente contextualizados, como sejam a compreensão da racionalidade e o sentido da *praxis* numa comunidade concreta”³⁸.

Com fulcro na concepção de Castanheira Neves, argumenta Gaudêncio que “se o direito surge para dar resposta a um problema universal, o da coexistência/convivência humana, as soluções apresentadas para a resolução desse problema hão-de ser historicamente contingentes”. Consta-se, outrossim, que “o direito é condicionado pela evolução histórica e, simultaneamente, condiciona-a”³⁹.

Acompanhamos esse ponto de vista. Com efeito, o fenómeno jurídico não se põe passivamente como mero reflexo do fluxo histórico. Destarte, o condicionamento entre história e direito não possui um único sentido. Ou seja, a influência não sucede *ex uno latere*, mas dialeticamente, na forma de uma irremissível ação recíproca.

Ao abordar a perspectiva histórica dos direitos humanos, Mário Reis Marques explica que o seu advento remonta à Idade Moderna. Antes desse átimo, o que havia eram iluminações, mas não a sedimentação de sua gênese. Destarte, *verbi gratia*, na Grécia antiga já havia noções de dignidade e igualdade em obras de autores clássicos como Platão e Aristóteles, mas não “a consciência de que a pessoa é, por si só, portadora de valores e fins”.

36 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.104.

37 BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 2004, p. 5.

38 GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. « Do Historicismo Materialista à Historicidade da Sociedade Aberta: Poderá o Direito Ser Reflexo ou Instrumento da História? » *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Vol. 1: Filosofia, Teoria e Metodologia. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria (Org.). Coimbra: Almedina, 2008, p. 515.

39 *Idem, Ibidem*, p. 516-517.

Isso porque a concepção organicista marca tal período, haja vista caracterizar-se a felicidade grega pela dimensão pública, assente na Pólis, sem que houvesse “lugar para o germinar da liberdade”. Do mesmo modo, não é possível vislumbrar o nascimento dos direitos humanos por ocasião da antiga Roma, eis que “o direito romano, por sua vez, não reconhece a natureza universal do homem”; pesem embora as formulações de Cícero sobre direito natural universal, ideia de humanidade e sociedade do gênero humano, “o que não existe é a noção de direito subjetivo”. Também a Idade Média não marca o início da história dos direitos do homem, afinal, o que impera nesse período é a concepção teocêntrica, razão pela qual “o homem não é pensado como ser autônomo (*individu raisonable*)”. Com efeito, determinados diplomas medievais, como, *verbi gratia*, a Magna Charta de 1215, constituíam privilégios de determinados estamentos: “não resguardam todos os súditos, nem tão-pouco têm um caráter universal”⁴⁰.

Entendemos que não se justifica a tradicional tese jusnaturalista, que aposta na existência de uma ordenação jurídica natural imutável no tempo e no espaço. O jusnaturalismo clássico assume uma perspectiva ahistórica, de acordo com a qual “a existência do direito surgiria como necessidade ontológico-antropológica e sua essência seria inalterável ao longo do tempo; o problema do direito e a sua solução seriam universais e necessários”⁴¹. Impende refutar também “o jusnaturalismo histórico, mesmo o que pretenda considerar um direito natural de conteúdo variável, cuja historicidade não será senão a manifestação de um essencialismo ahistórico”⁴².

Com razão, expõe Mário Reis Marques que “o catálogo dos direitos humanos é uma realidade em permanente construção”⁴³, de cariz aberto e natureza evolutiva. Nesse diapasão, Norberto Bobbio explica que o elenco desses direitos se modificou e continua a se modificar com a mudança das condições históricas – *v.g.*, das necessidades e interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para sua realização, das transformações culturais e técnicas –, de modo que “direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas”; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes

40 REIS MARQUES, Mário. *Op. cit.*, 2012, pp. 205-208.

41 GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. *Op. Cit.*, 2008, p. 516.

42 *Idem, Ibidem*, p. 517.

43 REIS MARQUES, Mário. *Op. cit.*, 2012, p. 217.

declarações”⁴⁴. Reputamos congruente a ilação do autor italiano de que no porvir, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, as quais darão ensejo à positivação de direitos – com *status* de direitos fundamentais – que hoje não podemos conceber. A historicidade é característica inexorável dos direitos, razão pela qual não existem direitos humanos e fundamentais por natureza, pois “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”⁴⁵.

Consagra esse ponto de vista a existência de diferentes dimensões ou gerações de direitos humanos e fundamentais, as quais não suplantam umas às outras, mas coexistem e interligam-se. Na evolução histórica de reconhecimento ou proclamação dos direitos humanos e fundamentais, colocam-se os chamados direitos de defesa, fundados no valor da liberdade – daí serem nominados direitos de liberdade, liberdades de primeira geração ou direitos de base liberal –, como os primeiros a aparecerem. São os direitos de “primeira geração”, mas preferimos considera-los como direitos de primeira “dimensão”, por sermos adeptos da concepção dimensional, em detrimento da perspectiva geracional – tema que abordaremos no exórdio deste tópico.

Os direitos de primeira dimensão são vinculados em um modelo de Estado liberal, neutro, limitado a salvaguardar a segurança exterior do grupo ou a ordem interior do Estado e assumem como *desideratum* a criação de situações jurídicas oponíveis ao Poder Público, razão pela qual são também conhecidos como liberdades-resistência ou liberdades-barreira.

Inseridos em concepções utilitaristas, paternalistas ou parasitárias, contentavam-se esses direitos, originariamente, somente com a sua conformação jurídica, formal, ligada ao princípio da igualdade perante a lei – acepção oposta à de isonomia material ou substancial –, bastante para dar azo à autodeterminação individual ou ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Eis que os direitos em baila, por essa via de interpretação, são alcunhados de “liberdades-possibilidades” ou “liberdades-virtualidades”. Açambarcam as competências negativas para Leviatã, proscurendo-o de imiscuir-se na seara individual juridicamente protegida, como também as posições jurídicas subjetivas, assentes na *facultas* de concretizar o conteúdo dessas situações – liberdade positiva – e na faculdade de exigir omissões ou ações dos poderes públicos – liberdade negativa. Mais do que faculdades, revestem-se essas posições jurídicas de verdadeiros poderes conferidos à volição individual

44 BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 2004, p. 18.

45 *Idem, Ibidem*, p. 18.

contra os desarranjos da máquina estatal – tal a noção de eficácia vertical dos direitos fundamentais, que será abordada em capítulo próprio. Estas situações jurídicas subjetivas constituem a dimensão jurídico-subjetiva dos direitos humanos e fundamentais, ao passo que aquelas competências estatais negativas, descritivas de sua obrigação de contenção, exprimem a dimensão jurídico-objetiva dos direitos humanos e fundamentais. Segundo José Adércio Leite Sampaio, “situam-se nesse rol, dentre outros, a liberdade de religião, a liberdade pessoal, de associação, de reunião, de imprensa e o direito de propriedade”⁴⁶.

A latere esses direitos vocacionados à garantia da dimensão de liberdade individual contra os abusos do Estado, revela a historicidade o aparecimento de pretensões conectadas à esfera da justiça social, consubstanciadas em proclamações de direitos asseguradores de prestações estatais tendentes à consecução do ideal de bem-estar social – *Welfare state*. Fundam-se os direitos de segunda dimensão – ou, para aqueles que adotam a acepção geracional – “direitos de segunda geração” no princípio de isonomia material e na ideia segundo a qual não bastam as garantias estatais mínimas do Estado estritamente policialesco, referentes à defesa das fronteiras e à segurança interna de seu povo; deve o Estado, para além disso, transcender a posição negativa e prover as necessidades dos indivíduos na dimensão da socialidade, de modo a amparar especialmente os indivíduos hipossuficientes e vulneráveis.

O traço peculiar dessa dimensão de direitos é o seu cariz positivo, pois não versam sobre a imposição de óbices à ilegítima ingerência estatal na seara de liberdade individual e sim de buscar o bem-estar pela via da atuação do Estado. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet os direitos de segunda dimensão foram consagrados em um número significativo de Constituições durante o século XX, especialmente no segundo pós-guerra, mas já haviam sido contemplados, embrionária e isoladamente, nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor). Caracterizam-se, “ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc.”⁴⁷.

A terceira dimensão de direitos abrange, *v.g.*, os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. O estrato jurídico em comento é plasmado pelos chamados direitos de fraternidade ou de solidariedade, vinculados

46Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 674.

47 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2009, p. 47.

à noção de direitos de titularidade coletiva e difusa, eis que possuem como destinatário ou titular “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”⁴⁸.

Paulo Bonavides avança para além da concepção tripartida e considera a existência de outros dois estratos autônomos de direitos humanos e fundamentais. A quarta dimensão, assim, caracterizar-se-ia pela derradeira fase de institucionalização do Estado Social e seria composta pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. A quinta dimensão, a seu turno, seria formada pelo direito à paz, considerado axioma da democracia participativa e supremo direito da humanidade⁴⁹.

Reis Marques é partidário da concepção geracional quadripartida. A primeira geração, cuja proclamação remonta ao século XVIII, é a dos direitos-atributos ou direitos-liberdades, que impõem ao Estado um dever de abstenção. A segunda geração atine aos direitos de expressão democrática (direitos de participação política, de sufrágio, de associação). A terceira geração, pautada no ideário social-democrata e socialista e nos valores da solidariedade e da justiça social, concerne aos direitos sociais, econômicos e culturais, que “visam assim criar condições aos indivíduos para que possam vir a ser protagonistas do seu futuro”. Subdivide-se a quarta geração em quatro aspectos: “os direitos do ambiente e da proteção do meio natural, o direito ao desenvolvimento, o direito ao respeito do patrimônio comum da humanidade e o direito à paz”⁵⁰.

Guy Haarscher esboça um panorama diverso no tocante às gerações dos direitos humanos. Reúne na primeira geração os direitos que Reis Marques distribui entre a primeira e a segunda gerações e insere na segunda geração aqueles direitos que este inclui na terceira geração (direitos sociais, econômicos e culturais); na terceira geração, consecutivamente, Guy Haarscher considera os direitos que Reis Marques liga à quarta geração.

A respeito da última geração, Haarscher faz uma forte crítica, considerando tais direitos (v.g. direito à paz, a um meio ambiente protegido, ao desenvolvimento) “extremamente vagos” e sintomáticos da “banalização dos direitos do homem”⁵¹. Não concordamos com este autor, por entendermos que esses direitos constituem verdadeiros direitos humanos, eis que correspondem a necessidades vitais da pessoa humana. Conforme

48 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 523

49 *Idem, Ibidem*, p. 524-526.

50 REIS MARQUES, Mário. *Op. Cit.*, 2012, p. 218-220.

51 HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos Direitos do Homem*. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, pp. 50-55.

preleciona Reis Marques, os direitos de quarta geração são verdadeiros direitos humanos, pois correspondem à “indispensabilidade da satisfação de necessidades vitais”, devendo ser rejeitada, por consectário, a tese de que tais direitos se revelam como “falsos direitos do homem”⁵².

Por derradeiro, impende abordarmos uma questão terminológica sobre a concepção geracional dos direitos humanos. Em que pese a adesão tradicional à expressão “gerações” dos direitos humanos, parcela da doutrina⁵³ prefere abordar as diferentes categorias que

52 REIS MARQUES, Mário. *Op. Cit.*, p. 222. Acerca da tutela do meio ambiente como questão vital, atinente à solidariedade intrageracional e também intergeracional, cuja preocupação considera “uma atitude em ascensão na hierarquia das preocupações da existência humana convivente”, assinala Maria da Glória Garcia que “o apelo que as concretas situações de escassez de água e de degradação da biodiversidade convocam enquanto sustentação da vida futura é, por si só, razão de agir presente da forma mais abrangente e eticamente estruturada possível. Uma tal acção tende a radicar-se, de um lado, em grandes princípios jurídicos aceites pelos Estados em Tratados e Conferências Internacionais – a Conferência do Rio (1992) consagrou o princípio do desenvolvimento sustentável e a Convenção de Aarhus, que entrou em vigor em 30 de novembro de 2001, consagrou internacionalmente o princípio de participação pública em matéria ambiental, bem como o direito de acesso à informação ambiental – art. 4º” (GARCIA, Maria da Glória. *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 384). Sobre o papel da ética e do direito, a interação entre pessoa humana e natureza, bem como a conciliação entre o desenvolvimento social e a tutela ambiental, radicada na noção de desenvolvimento sustentável, acresce Garcia: “afirmar que o ambiente é uma construção social significa consciencializar que a compreensão e o controlo da questão ecológica exige mais do que um olhar o mundo em redor. Exige transformação. E, para essa transformação, a ética e o direito revelam-se de importâncias decisiva, conformando políticas públicas transversais em que as acções humanitárias têm especial realce. Sem esquecer que há milhares de anos que o ambiente vem sendo transformado pelo homem, para seu gozo ou utilidade, e está agora carente de transformação em razão de outra intencionalidade: a harmonia do homem com a natureza, uma harmonia que passa pela sincronia entre o desenvolvimento social e a sustentabilidade do ambiente. Na Agenda 21, aprovada pela Conferência do Rio (1992) por 49 países, é reconhecido como primeiro princípio o direito dos homens a uma vida sadia e produtiva em harmonia com a natureza (*Idem, Ibidem*, p. 385)”. Na lição de Axel Gosseries, quando estimamos que uma determinada espécie ou a biodiversidade em geral tem de ser preservada no interesse das gerações futuras, impende discernir a este propósito três tipos de políticas. A primeira é a a proteção do ambiente, que visa assegurar a manutenção de condições ambientais físico-químicas compatíveis com a saúde humana. Por outras palavras, o ambiente tem de estar o menos poluído possível. A segunda diz com a conservação da natureza, a fim de que sejam protegidos os espaços virgens sem qualquer marca humana. A terceira objetiva a preservação da biodiversidade. A visão antropocêntrica estrita nega à biodiversidade um valor outro para além do instrumental. Não se ignora, porém, a existência de outra corrente de pensamento sobre a temática, de jaez não-antropocêntrico, que vislumbra na biodiversidade um valor em si, não instrumental. Para Gosseries, não se trata de renunciar ao ponto de vista do homem, mas de “admitir a possibilidade de nós, seres humanos, quando elaboramos a nossa lista de valores, reconhecermos aos seres vivos não humanos, ou a alguns deles, um valor intrínseco maior ou menor”. Cf. GOSSERIES, Axel. *Pensar a Justiça entre as Gerações*. Trad. Joana Cabral. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 182-192

53 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, 1997, p. 525. Cf. GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais: Análise de sua Concretização Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 57. Cf. SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do Sistema Geracional ao Sistema Unitário – Uma Proposta de Compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 39. Conforme preleciona Ingo Wolfgang Sarlet, o debate doutrinário entre partidários da concepção geracional e defensores da tese dimensional tange essencialmente à questão terminológica, não tanto no que diz com o conteúdo dos respectivos naipes ou famílias de direitos humanos e fundamentais. Explica o autor: “em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo sido sua trajetória inicial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas,

integram o rol heterogêneo desses direitos através da nomenclatura “dimensões”, que julgamos preferível.

Paira sobre a concepção geracional uma imprecisão terminológica, eis que o termo pode dar azo ao entendimento de justaposição ou gradativa substituição de uma geração por outra ao longo do tempo. Como é cediço, essa compreensão não condiz com a realidade da fenomenologia jurídica, marcada pela convivência, cumulação ou complementaridade dos diferentes estratos de direitos humanos gradualmente reconhecidos no transcorrer da experiência histórica. Assiste razão à concepção dimensional, a nosso sentir, por seu rigor terminológico e aptidão para exprimir fidedignamente o processo de cumulação e expansão histórica dos direitos humanos.

cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 45-46).

2.2 O problema do fundamento através de uma abordagem pragmático-democrática

Entende Norberto Bobbio que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada por quarenta e oito Estados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, como inspiração e orientação no processo de desenvolvimento de toda a comunidade internacional enquanto comunidade não apenas de Estados, mas também de indivíduos livres e iguais. A Declaração pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores (*i.e.*, somente depois de sua proclamação é que podemos ter a convicção de que a humanidade partilha alguns valores comuns “e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores” enquanto conjunto axiológico construído intersubjetivamente pelo universo dos homens), infirmando, assim, a desconfiança dos velhos jusnaturalistas a respeito do consenso geral como fundamento do direito, “já que esse consenso era difícil de comprovar”⁵⁴.

A lição de Norberto Bobbio é reforçada por Jürgen Habermas. Afirma o filósofo alemão que os direitos humanos, a partir da referida Declaração, “constituem a única base de legitimação reconhecida por todos para a política da comunidade internacional”, afinal, “quase todos os Estados adotaram a Carta dos Direitos Humanos das Nações Unidas”⁵⁵.

Mário Reis Marques, por sua vez, entende que “no nosso tempo, caracterizado pelo irromper das identidades e pela conseqüente crise do caráter universal dos direitos do homem, impõe-se uma aproximação antropológica a estes direitos”. Propõe o autor um pluralismo antropológico para “pensar, em termos globais, o homem dos direitos” e para explicar “a ausência de uma rigorosa tipificação dos direitos”. Destarte, convivem a antropologia individualista (“marcada pela afirmação das dimensões de autenticidade e de autonomia da pessoa”), a antropologia relacional (caracterizada pela “interdependência social”, vincada “na relação com os outros, no estar-com-os-outros”) e a antropologia situacional (“concerne ao homem concreto e situado que manifesta diferentes necessidades, exigências, interesses e aspirações, consoante o estado de vida em que se encontra”)⁵⁶.

Não obstante a inexistência de uma rigorosa tipificação dos direitos – referida linhas atrás –, concordamos com Mário Reis Marques quanto à premissa de que há um conjunto

54 BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 2004, p. 26-28.

55 HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, 2015, p. 262.

56 REIS MARQUES. *Op. cit.*, 2012, p. 226-227.

axiológico que fundamenta os direitos humanos. Afastamo-nos, no particular, do entendimento de Norberto Bobbio segundo o qual é despidendo, hodiernamente, examinar os fundamentos de tais direitos. A otimização da salvaguarda dos direitos humanos passa pela lembrança de seus fundamentos. Nesse diapasão, Mário Reis Marques aduz que “dada a constante violação dos direitos, não se afigura suficiente assumir uma posição exclusivamente pragmática”; e conclui: “cumpre, pois, colocar a problemática da fundamentação dos direitos humanos”⁵⁷.

Se tomarmos por base o conceito filosófico de “pragmatismo”, tal qual sustentado pelos cultores da escola doutrinária assim denominada⁵⁸, podemos concluir que o enfrentamento da problemática da fundamentação dos direitos humanos não implica necessariamente uma postura antipragmática. Trazemos a lume algumas considerações centrais sobre o conceito *sub examine* como comprovação para a nossa assertiva. É o que passamos a expor.

Há quem defina o pragmatismo como corrente teórica que equipara verdade e utilidade. Convergem Stebbing⁵⁹ e Bochenski⁶⁰ no particular. Entendemos que tal definição não seja a mais adequada, não tanto por enfatizar um postulado que preferimos atrelar a outra corrente teórica – não à toa chamada de “utilitarismo”, do qual são partidários Jeremy

57 *Idem, ibidem*, p. 228.

58 A respeito da gênese do Pragmatismo, explica Pogrebinski: “James tornou o pragmatismo uma teoria mundialmente conhecida a partir de uma conferência que realizou em 1899 na Universidade da Califórnia, em Berkeley. Esta conferência resultou em uma publicação (*Philosophical Conceptions and Practical Results*), posteriormente reeditada em várias coletâneas de sua obra. A importância desta conferência, assim como da publicação que dela resultou, é que, além de divulgar definitivamente o pragmatismo, é nela que James primeiramente atribuiu a fonte de suas ideias a Peirce, identificando-o como pai do pragmatismo. Peirce, naquele momento, era um pensador praticamente desconhecido e encontrava dificuldades tanto para publicar seus trabalhos quanto para lecionar. James, ao contrário, era um professor internacionalmente renomado e naquele momento recolhia os louros pela publicação de seu famoso *The Principles of Psychology* (1890). Sem dúvida, foi James o responsável por tornar tanto o pragmatismo como seu amigo Peirce conhecidos” (POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 18).

59 Aduz a filósofa britânica: “*The pragmatist first identifies truth with its consequences, then selects one of these, utility, and substitutes one for the other*” (STEBBING, Susan. *Pragmatism and French voluntarism, with especial reference to the notion of truth in the development of French philosophy from Maine de Biran to Professor Bergson*. Cambridge: University Press, 1914, p. 140).

60 Eis o entendimento do referido autor: “Do ponto de vista da teoria do conhecimento, o pragmatismo consiste essencialmente em negar o conhecimento contemplativo, puramente teórico, e em reduzir o verdadeiro ao útil. Mas estes princípios são defendidos em graus diversos pelos pragmatistas. Enquanto a tendência mais radical professa ser verdadeira toda proposição que conduza a um êxito individual, a mais moderada propugna ser verdadeiro o que pode ser verificado pelos fatos objetivos. Mas a utilidade, o valor, o êxito, são considerados diretamente como o critério único e, em geral, como a essência da verdade. Só variam os matizes desta utilidade” (BOCHENSKI, Józef Maria. *A Filosofia Contemporânea Ocidental*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: EDUSP, 1975, p. 118).

Bentham e John Stuart Mill⁶¹ – mas por restringir sobremaneira a sua caracterização, ignorando dimensões fundamentais do pragmatismo. Admitimos, porém, que aquela conceituação se aproxima do postulado pragmatista conhecido como “consequencialismo”.

No tocante à conceituação da escola teórica em comento, adotamos o entendimento segundo o qual não há um único e homogêneo pragmatismo, mas sim múltiplos pragmatismos, não obstante seja possível vislumbrar nesse “pragmatismo multifário” um núcleo comum, sintetizado em três postulados principais: o antifundacionalismo, o consequencialismo e o contextualismo⁶². Analisemos sinteticamente a semântica de tais máximas.

O primeiro postulado é o antifundacionalismo, que consiste na “permanente rejeição de quaisquer espécies de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, entes transcendentais, dogmas, entre outros tipos de fundações possíveis ao pensamento”. Trata-se, pois, de negar que a postura epistemológica seja pautada em fundações absolutas, estáticas, perpétuas, imutáveis⁶³. É de Dewey a lição segundo a qual nenhum modo de ação pode configurar-se em certeza absoluta. A ação pode, quando muito, prover uma proteção, uma estabilidade, mas nunca uma garantia; o fazer está sempre sujeito ao perigo, ao risco da frustração: quando os sujeitos começaram a refletir filosoficamente, lhes pareceu deveras arriscado deixar o lugar dos valores à mercê dos atos cujos resultados não são nunca erros⁶⁴.

O pensamento teórico contemporâneo descortina a oposição teórica à tradição filosófica fundacional⁶⁵. A respeito de Wittgenstein e sua proposta de suplantação do modelo

61 Para uma abordagem ampla sobre a corrente utilitarista, cf. STÖRIG, Hans Joachim. *História Geral da Filosofia*, Trad. Volney Berkenbrock. 2 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p. 414 e ss.

62 Pogrebinschi preconiza que esse entendimento foi assumido pioneiramente por Arthur Lovejoy, em “*The Thirteen Pragmatism*”, publicado em 1908 no *Journal of Philosophy and Scientific Methods* (POGREBINSCHI, Thamy. *Op. cit.*, 2005, p. 20).

63 POGREBINSCHI, Thamy. *Op. cit.*, 2005, p. 26.

64 DEWEY, John. «Philosophy’s search for Immutable», *The Essential Dewey*, volume I: Pragmatism, Education, Democracy. Ed. Larry Hickman e Thomas Alexander. Bloomington: Indiana University Press, 1998..

65 “O que tem de ver-se num contexto mais amplo, como afirma Edgar Morin: ‘Ao mesmo tempo que edifica uma vertiginosa Torre de Babel dos conhecimentos, o nosso século [o séc. XX] efectua um mergulho ainda mais vertiginoso na crise dos fundamentos do conhecimento. A crise começou na filosofia. Ao mesmo tempo que permanecia plural nos seus problemas e nas suas concepções, a filosofia dos tempos modernos foi animada por uma dialéctica que remetia reciprocamente a busca de um fundamento certo para o conhecimento, e o perpétuo regresso do espectro da incerteza. O acontecimento chave do séc. XIX foi, nesta dialéctica, a entrada em crise da ideia de fundamento. Depois que a crítica kantiana retirou ao entendimento a possibilidade de alcançar as coisas em si, Nietzsche anunciou, de maneira mais que radical, a inelutabilidade do niilismo; no séc. XX Heidegger pôs em causa o fundamento dos fundamentos, a natureza do ser, e a sua interrogação consagrou-se à problemática de um fundamento sem fundo. A filosofia contemporânea dedica-se doravante menos à construção de sistemas sobre fundamentos seguros do que à desconstrução generalizada e à radicalidade de um questionamento

pautado em fundamentos absolutos, afirma Castanheira Neves: “o último Wittgenstein, das *Philosophische Untersuchungen*, havia revelado que o pensamento não é de uma significação única ou redutível a um só e decisivo sentido de inteligibilidade, que nele se diferenciam antes múltiplos e entre si autônomos jogos de linguagem”⁶⁶. Conseqüentemente, Castanheira Neves proclama “o abandono da filosofia do fundamento ou da viabilidade filosófica de um fundamento último – colapso mesmo da intenção a um fundamento como pressuposto referente indisponível”⁶⁷, em concerto com Gianni Vattimo, segundo o qual a tarefa do pensamento já não é, como outrora afirmava a modernidade, remontar ao fundamento, pois não existe um *Grund*, não existe uma verdade última, mas somente aberturas históricas de um *Selbst*⁶⁸.

O segundo postulado é o consequencialismo, que significa o exame dos efeitos de uma assertiva: o pragmatista diz que como toda proposição é uma hipótese que se refere a uma investigação a ser ainda realizada, sua verdade depende de sua carreira, de sua história⁶⁹. A atitude consequencialista expressa a precaução de olhar para o porvir e a permanente submissão à apuração dos prováveis resultados de uma empreitada. É dizer: o real significado de uma proposição, bem como o seu alcance e a sua verossimilhança somente podem ser conhecidos a partir do teste de seus efeitos.

A ênfase nos fatos da experiência quotidiana – na concretude da vida, no âmbito social, no papel da comunidade, na ideia de adaptação – caracteriza o terceiro postulado do pragmatismo, *i.e.*, o contextualismo. Pode ser descrita a atitude contextualista como observação e adequação da investigação aos fatos que constituem a experiência. Assegura-se, destarte, a conexão entre o esforço gnosiológico e o mundo da vida. Com efeito, a observância do postulado em análise evita graves problemas metodológicos, na medida em que providencia a realização de investigações a partir dos contextos específicos que permeiam o universo dos objetos estudados, ressaltando a conexão entre as premissas da proposta

relativizando todo o conhecimento’. Depois, também para uma certa orientação do pensamento pós-moderno, que igualmente se reivindica em Nietzsche, e novamente de Heidegger e dos desenvolvimentos posteriores da hermenêutica” (CASTANHEIRA NEVES, António. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia – Tópicos Para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 16-17).

66 CASTANHEIRA NEVES, António. *Op. Cit.*, 2003, p. 17.

67 *Idem, Ibidem*, p. 17.

68 VATTIMO, Gianni. *O Fim da Modernidade: Nihilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-Moderna*. Trad. Maria de Fátima Boavida. Lisboa: Presença, 1987, p. 139. Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *Op. Cit.*, 2003, p. 16-17.

69 “A proposição se tornará ou será feita verdadeira (ou falsa) no processo de satisfazer ou frustrar sua própria proposta” (DEWEY, John. «The Problem of Truth», *The Essential Dewey*, volume II: Ethics, Logic, Psychology. Ed. Larry Hickman e Thomas Alexander. Bloomington: Indiana University Press, 1998, p. 114).

epistemológica e a parcela de realidade social que propulsionou as respectivas ideias. Neste passo, podemos delimitar o contexto que envolve o objeto de uma investigação como material primário imediato da reflexão gnosiológica⁷⁰.

Justifica-se a análise semântica de tais máximas, eis que delas não se afasta a proposta epistemológica da presente dissertação. Por imperativo antifundacionalista, a teoria transconstitucional descortina o panorama multinível do direito em escala global tal qual ela se apresenta na realidade fáctica, sem pautar-se em abstrações, dados *a priori* ou verdades absolutas. É de perfil contextualista a demarcação do transconstitucionalismo como paradigma, pelo que identificamos a transformação da fenomenologia jurídica em nível conjuntural. Ajusta-se, ademais, a metodologia transconstitucional ao postulado do consequencialismo, de modo que o seu *modus operandi* passa pelo sopesamento em torno dos reais efeitos das decisões jurídicas, como veremos no terceiro capítulo desta dissertação.

Opõe-se Susan Stebbing à doutrina do pragmatismo, muito embora reconheça a sua vocação democrática: “*nevertheless, there can, I think, be not the least doubt that Pragmatism is penetrated through and through with the democratic spirit*”⁷¹. Ocorre que a aceção que Stebbing atribui ao “espírito democrático” é pejorativa⁷², circunstância que nos causa estranheza, sobretudo pela semântica comumente conferida ao significante, seja no plano epistemológico – v.g. nas obras de Filosofia Política, Teoria Geral do Estado, Ciência

70 É o que faz John Dewey: “Em qualquer período existe um corpo de crenças, bem como instituições e práticas associadas a elas. Nestas crenças estão implícitas vastas interpretações da vida e do mundo. Estas interpretações possuem consequências, frequentemente de profunda importância. Em seu uso corrente, todavia, as implicações de origem, natureza e consequências não são examinadas e formuladas. Estas crenças e as práticas a elas associadas expressam atitudes e respostas que operaram sob condições de pressão direta e, muitas vezes, acidental. Elas constituem, conforme me parece, o material primário imediato de reflexão filosófica. O objetivo desta última é criticar este material, clarificá-lo, organizá-lo, testar sua coerência interna e tornar explícitas as suas consequências” (DEWEY, John. «Context and Thought», *The Essential Dewey*, volume I: Pragmatism, Education, Democracy. Ed. Larry Hickman e Thomas Alexander. Bloomington: Indiana University Press, 1998).
71 STEBBING, Susan. *Op. Cit.*, 1914, p. 8.

72 É o que podemos inferir através da seguinte passagem: “*The philosophy of the present age, no less than its politics, is characterized by the prevailing spirit of democracy, hence by a hatred of authority, a passion for equality ad, finally, by a tendence to bring all questions in the last resort do the arbitrament of force. The basis of democracy is the recognition of the worth of man as man, irrespective of social status, work or capacity. A government is worthy of obedience and respect only if it embody the choice of the people; there are none so low nor ignorant that they should denied a voice in the government of their country. The will of the majority must be made to prevail, by force if necessary. In the other words, the struggle for existence must be admitted in so far as all who survive are to be accounted equally fit but is to be condemned in so far as it involves the elimination of the unfit. This contradiction wich lies at the heart of democracy is curiously repeated and illustrated in pragmatic philosophy (...). It is, however, as a theory of truth that Pragmatism will be mainly considered in the following study, for it is around the question of the nature of truth that the battle between pragmatism and absolutism is waged, and it is as supplying a criterion of truth that the pragmatist claims novelty for his doctrine. The criterion that he offers seems to be essentially an outcome of the democratic principle to submit every question to the ‘poll of the people’ and to cut the knot of every difficulty by the ‘counting of heads’ – or hearts!*” (STEBBING, Susan. *Op. Cit.*, 1914, p. 1-8).

Política, Direito Constitucional –, seja no linguajar ordinário dos utentes. A partir dessa inquietação, propomo-nos a enfrentar três questões: I- É adequada a caracterização do pragmatismo como concepção democrática? II- Em que sentido deve o pragmatismo ser relacionado ao espírito democrático? III- O pragmatismo propõe uma justificação epistemológica para a democracia?

A nosso sentir, Susan Stebbing está correta ao caracterizar o pragmatismo como uma filosofia democrática. De facto, o pragmatismo possui um carácter inclusivo e “não aristocrático” que o diferencia de outras orientações filosóficas. Além disso, a democracia é um dos temas de maior interesse entre os adeptos dessa corrente. Entendemos que deva ser rechaçada a aceção pejorativa que a mencionada autora atribui à democracia. Não concebemos a democracia como “ódio de autoridade”, “arbitrariedade da força”, “vontade da maioria que deve prevalecer pela força”, “desconsideração dos inaptos”, ou mera “contagem de cabeças”. Ao revés, concerne o princípio democrático, tal qual interpretamo-lo, aos conceitos de bem comum, salvaguarda dos direitos fundamentais de todos – inclusive das minorias –, prevalência do debate público, da liberdade de expressão, da argumentação e repúdio à arbitrariedade da força.

Adotamos, pois, uma aceção laudatória, positiva de democracia, oposta à concepção pejorativa – e, *data venia*, equivocada – defendida pela filosofia intelectualista e aristocrática de Susan Stebbing. Constitui-se o pragmatismo como uma doutrina democrática e, por isso, deve ser levado a sério. Propõe uma postura *diesseitig* (deste mundo), não intelectualista, inclusiva, acessível, plural e prudente perante o universo gnosiológico.

Uma vez situado o pragmatismo como uma filosofia democrática, passamos a enfrentar a derradeira questão formulada: qual é a justificação epistemológica para a democracia proposta pelo pragmatismo? Trazemos a lume o pensamento de John Dewey, que se tornou mundialmente famoso como “o filósofo da democracia” e cujos trabalhos – voltados aos campos da filosofia, da lógica, da psicologia, da política e da educação – “levaram o pragmatismo para todos os cantos do planeta e atingiram até mesmo aqueles que jamais leriam filosofia por outras vias que não as aplicações de tal tipo de saber”⁷³.

Anda bem John Dewey na assertiva de que “uma democracia é mais do que uma forma de governo; é, principalmente, uma forma de vida associada, de experiência conjunta e

73 GHIRALDELLI JR. O que é pragmatismo. São Paulo, Brasiliense, 2007.

mutuamente comunicada”⁷⁴. Essa especial “forma de vida associada” resultou da confluência de diversos fatores situados historicamente – tais como o avanço científico, o desenvolvimento do comércio e as intercomunicações –, razão pela qual a “ampliação da área dos interesses compartilhados e a libertação de maior diversidade de capacidades pessoais que caracterizam a democracia não são, naturalmente, resultado de deliberação e de esforços conscientes”⁷⁵.

Nesse diapasão, democracia significa, em Dewey, “experiência conjunta comunicada”. Reforçando a comunicação como *conditio sine qua non* para a concretização do bem comum e para a própria caracterização de uma sociedade como democrática, explica Dewey que “o isolamento tende a gerar, no interior do grupo, a rigidez e a institucionalização formal da vida, e os ideais estáticos e egoístas”⁷⁶, pois “a experiência de cada uma das partes perde em significação quando não existe o livre entrelaçamento das várias atividades da vida”⁷⁷. À sociedade democrática opõe-se a sociedade despoticamente governada, na qual “não há grande número de interesses comuns; não há livre reciprocidade do dar e receber entre os membros de um grupo social; o estímulo e a reação mostram-se muito unilaterais”⁷⁸.

Outrossim, não se coaduna com a sociedade democrática e sua busca pelo bem comum a possibilidade de déspotas benevolentes intervirem em todas as situações em que há males sociais, a pretexto de os corrigirem. O bem-estar social só pode ser promovido através de meios que propulsionem o interesse ativo e concreto dos beneficiários. A experiência histórica vivida por diferentes nações demonstra como a noção tradicional do super-homem – do grande líder, do herói que deve mostrar o caminho – resulta mal na prática. Tem razão Dewey ao asseverar que “demora tempo a despertar os espíritos da apatia e da letargia, a levá-los a pensar por si, a participar na elaboração de planos, a tomar parte na sua execução”. E arremata: “sem uma colaboração ativa tanto na criação de objetivos como na sua execução, não há possibilidade de se alcançar o bem comum”⁷⁹.

Segundo Hilary Putnam, reside na obra de John Dewey um bom exemplo de como o pragmatismo americano evitou tanto as ilusões da metafísica como as ilusões do ceticismo. A vasta produção deste pragmatista denunciou uma preocupação com o significado e o futuro da

74 DEWEY, John. *Democracia e educação: introdução à filosofia da educação*. Trad. Godofredo Rangel e Anísio Teixeira. 3 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959, p. 93.

75 *Idem, Ibidem*, p. 94.

76 *Idem, Ibidem*, p. 92.

77 *Idem, Ibidem*, p. 90.

78 *Idem, Ibidem*, p. 90.

79 DEWEY, John. *Op. Cit.*, 1998.

democracia⁸⁰. Putnam explica que existe na obra de Dewey uma justificação epistemológica de democracia: “a democracia não é apenas uma forma de vida social entre outras formas de vida viáveis; é o pré-requisito para a aplicação integral da inteligência na solução de problemas sociais”⁸¹.

Para o Professor de Harvard, extrai-se da obra de Dewey a ilação segundo a qual a necessidade de contarmos com instituições democráticas tão fundamentais – tais como a liberdade de pensamento e a liberdade de expressão – configura-se como consequência dos requisitos do método científico em geral: a livre circulação de informação e a liberdade de apresentar e criticar hipóteses. Assevera, ainda, que os privilégios produzem distorções cognitivas: uma parte considerável daquilo que é considerado o egoísmo inerente da humanidade é produto de uma distribuição não equitativa do poder⁸².

É evidente que as circunstâncias materiais do mundo da vida possuem ingerência impactante sobre as possibilidades existenciais do sujeito, de modo a tolherem as suas capacidades e mesmo moldarem a sua natureza – ressaltemos que o pragmatismo não crê em essências imutáveis e ontologias absolutas. Também Edgar Morin refuta a tese da natureza estática e previamente concebida da pessoa humana – “paradigma inexistente de Pascal, paraíso perdido de Rousseau, a ideia da natureza humana ainda havia de perder o núcleo, tornar-se protoplasma informe quando se adquiriu consciência da evolução histórica e da diversidade das civilizações” – e proclama a sua maleabilidade: “se os homens são tão diferentes no espaço e no tempo, se se transformam de acordo com as sociedades, nesse caso a natureza humana não passa de uma matéria-prima maleável que só adquire forma por influência da cultura ou da história”. E conclui: “esvaziada por todos os lados de virtudes, de riqueza, de dinamismo, a natureza humana surge como um resíduo amorfo, inerte, monótono – aquilo de que o homem se desfez, e não aquilo que o constitui”⁸³.

Não podemos infirmar a assertiva segundo a qual a desigualdade social constitui fator limitador da nossa natureza e da nossa capacidade, razão pela qual o alcance da liberdade individual requer a gradual equalização das condições sociais de existência, destacando-se os

80 PUTNAM, Hilary. *Renovar a Filosofia*. Trad. Ana André. Lisboa: Instituto Piaget, 1992, p. 249.

81 *Idem, ibidem*, p. 249.

82 *Idem, ibidem*, p. 260.

83 MORIN, Edgar. *O Paraíso Perdido: A Natureza Humana*. 3 ed. Trad. Hermano Neves. Lisboa: Mem Martins-Publicações Europa-América. 1973, p. 3.

postulados da isonomia material⁸⁴ e da justiça distributiva⁸⁵, o que passa necessariamente pelo provimento de direitos econômicos, sociais e culturais. Entendemos, com fulcro nessa premissa, que a maior amplitude na efetivação de direitos fundamentais de primeira dimensão está intimamente conectada à efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Não há como viabilizar o exercício dos primeiros sem assegurar minimamente estes últimos. É na ambiência da socialidade, e não em um espaço de abstração, que se exercem as liberdades individuais.

Com efeito, John Dewey enfatiza a dimensão social da vida humana, assente na luta por um mundo melhor, por uma sociedade melhor e pela libertação do potencial humano⁸⁶. Nesta busca pela efetivação do bem comum, a democracia, entendida como experiência conjunta comunicada (forma de vida associada, de experiência conjunta e mutuamente comunicada) se justifica filosoficamente, por constituir um pré-requisito para a aplicação integral da inteligência à solução de problemas sociais.

Baluartes do pragmatismo e, portanto, negador da tese do apriorismo ontológico – de acordo com o qual conhecemos a nossa natureza e as nossas capacidades como dados prontos e acabados –, Dewey entende que o valor universal da democracia pode e deve ser defendido racionalmente, mas os elementos utilizados nessa defesa não podem ser previamente circunscritos, *i.e.*, não conhecemos previamente e de uma vez por todas os nossos interesses e necessidades e nem sabemos aquilo de que somos capazes enquanto não participarmos efetivamente e intersubjetivamente como utentes da linguagem política. Corolário dessa concepção é a constatação de que não pode haver uma resposta definitiva para a questão de saber como devemos viver na pólis, razão pela qual devemos permanecer abertos a uma maior discussão e experimentação; é precisamente por isso que a democracia é necessária⁸⁷.

Portanto, a postura pragmática sugere que as situações fáticas porvindouras não podem ser antecipadas com rigor e certeza – diferentemente da filosofia iluminista, que caiu na ilusão

84 A conhecida dicotomia isonomia formal *versus* isonomia material é didaticamente explicada por Vieira de Andrade, para quem a primeira é “abstracta, niveladora e uniformizadora”, ao passo que a última “exige a consideração da realidade social concreta em que as pessoas se movem e, conseqüentemente, a diversidade de tratamento e de estatuto daqueles que pelas suas qualidades específicas ou pela sua situação no processo social, precisam de uma protecção diferente, necessária e adequada à sua igual dignidade de pessoas, incluindo a possibilidade ou o dever estadual de discriminação positiva”. Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. «O Papel do Estado na Sociedade e na Socialidade» *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*. Vol. 1. AMARAL, Maria Lúcia (Org.). Coimbra: Almedina, 2016, pp. 247-248.

85 Conforme preleciona Vieira de Andrade, “de facto, num contexto complexo em que são visíveis e previsíveis oscilações entre ciclos de crescimento e ciclos de recessão económica, torna-se indispensável assegurar uma justiça distributiva” (*Idem, ibidem*, p. 251).

86 PUTNAM, Hilary. *Op. Cit.*, 1992, p. 270.

87 *Idem, ibidem*, p. 261.

da perfeita “eficiência e previsibilidade do mecanismo racional –, de modo que os desafios da democracia no mundo da vida serão sempre inesperados, incógnitos, contingentes. A própria noção de democracia está em permanente revisão, sendo crucial o contínuo esforço de todos no sentido de reforçar a experiência democrática a cada novo desafio que apareça. Durante o permanente processo de construção e revisão do sentido democrático – antecipamos o que afirmaremos logo a seguir – é essencial a participação (ou, ao menos, a sua oportunização) de todos os utentes da coisa pública⁸⁸.

De acordo com Putnam, não pretende Dewey contar com especialistas, ao proclamar a aplicação do método científico para a resolução dos problemas sociais, eis que, no atual estado das coisas, eles simplesmente não conseguem resolvê-los. Por serem pertencentes à elite, acostumaram-se a dizer aos outros o que devem fazer, mas dessa heteronomia não emana a real providência: “a solução para os problemas sociais, argumenta Dewey, exige, não que digamos às outras pessoas o que devem fazer, mas que soltemos as suas energias a fim de elas serem capazes de agir por si”⁸⁹.

Interpretamos essa ideia sustentada por Dewey como um reforço ao perfil não aristocrático de sua filosofia pragmatista. Concordamos com a premissa de que deliberações unilaterais e exclusivistas em assuntos de interesse coletivo não expressam um panorama de cunho democrático. Contudo, os especialistas de que fala Dewey não podem, em um cenário essencialmente democrático, ser excluídos do debate público. Com efeito, também são os integrantes das elites, como quaisquer outros, utentes da coisa pública. É dizer: mais do que excluir os *experts* do debate público, impende permitir que todos – especialistas ou não, elitistas ou não –, participem da reflexão e da discussão em torno dos problemas sociais, objetivando a consecução do bem comum. Democracia é inclusão, não exclusão; integração, não desagregação. Nisto reside, a nosso sentir, o cerne da racionalidade democrática.

O espírito democrático passa necessariamente pela consideração e inclusão do outro. Neste passo, argumenta Paula Veiga: “como bem afirma Karl-Heinz Ladeur, a democracia baseia-se numa vontade de institucionalização de uma ordem sob determinados valores e princípios, isto é, uma democracia de inspiração rousseuniana, baseada na ideia de uma vontade livre para todos, referindo-se, portanto, também ao outro”⁹⁰.

88 Em uma sociedade verdadeiramente republicana e democrática, todos são titulares da *res publicae*.

89 *Idem, ibidem*, p. 272.

90 VEIGA, Paula. *Op. Cit.*, 2016, p. 445.

A partir das reflexões sobre o cerne do pensamento pragmatista chegamos à conclusão de que os seus postulados são perfeitamente harmonizáveis à busca pela fundamentação jurídica de direitos. A imersão fundacional rechaçada pelos pragmáticos atine a dados *a priori*, a dogmas necessariamente irrefutáveis, aprioristicamente tomados como verdades absolutas, conceitualmente prévios e desconectados de qualquer experiência. A nosso sentir, uma fundamentação desse naipe pode ser atribuída ao discurso antipositivista, quando recorre a fundamentos como volição divina ou natureza do homem⁹¹ ou das coisas⁹². *Id est*, um “absoluto dogmático, a exprimir-se numa axiologia material na intencionalidade normativa”⁹³, ou uma “intencionalidade fundamentante, e que era um ontológico-metafísico ou onto-antropológico essencialismo ahistórico – a implicada natureza, o *ordo rerum*, fosse ela a da ordem cósmica ou da Criação ou simplesmente a implicada pela natureza do homem”⁹⁴. Tal

91 Acerca da ilusão jusnaturalista em atribuir à natureza humana o fundamento absoluto dos direitos humanos, explica Bobbio que “essa ilusão foi comum durante séculos aos jusnaturalistas, que supunham ter colocado certos direitos (mas nem sempre os mesmos) acima da possibilidade de qualquer refutação, derivando-os diretamente da natureza do homem. Mas a natureza do homem revelou-se muito frágil como fundamento absoluto de direitos irresistíveis. Não é o caso de repetir as infinitas críticas dirigidas à doutrina dos direitos naturais, nem demonstrar mais uma vez o caráter capcioso dos argumentos empregados para provar o seu valor absoluto. Bastará recordar que muitos direitos, até mesmo os mais diversos entre si, até mesmo os menos fundamentais – fundamentais somente na opinião de quem os defendia – foram subordinados à generosa e complacente natureza do homem. Para dar um exemplo: ardeu por muito tempo entre os jusnaturalistas a disputa acerca de qual das três soluções possíveis quanto à sucessão dos bens (o retorno à comunidade, a transmissão familiar de pai para filho ou a livre disposição pelo proprietário) era a mais natural e, portanto, devia ser preferida num sistema que aceitava como justo tudo o que se fundava na natureza. Podiam disputar por muito tempo: com efeito, todas as três soluções eram perfeitamente compatíveis com a natureza do homem, conforme se considere este último como membro de uma comunidade (da qual, em última instância, sua vida depende), como pai de família (voltado por instinto natural para a continuação da espécie) ou como pessoa livre e autônoma (única responsável pelas próprias ações e pelos próprios bens)”. Cfr. BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, 2003, p. 2004.

92 A convocação à natureza das coisas ressurgiu com duas finalidades. A primeira, de cunho filosófico-jurídico, consistia em depositar nessa fonte, mais do que no direito natural, o fundamento radical ontológico e a validade da ordem jurídica. A segunda, de perfil dogmático, vislumbra na própria natureza das coisas uma fonte jurígena, ou seja, um critério material para providências jurídicas. Com o recurso à natureza das coisas, portanto, almejava-se suplantar a corrente positivista do direito, pela invocação “a um fundamento ontológico-jurídico que, enquanto tal, se revelaria metapositivo e se imporia indisponível à legislação e a qualquer voluntarista decisão jurídica – tal como através do direito natural, no seu sentido clássico, também através da natureza das coisas se queria igualmente pensar o ser como fundamento do dever-ser – só que (e é já o segundo modo) não convocando, como naquele direito natural, um ser, se não necessariamente geral-abstracto, pelo menos de uma intencional universalidade supra-real e nesse sentido ideal, metafísico ou utópico, e sim um ser concretamente ordenado quer em pré-formas essenciais da realidade humana, quer em termos mundanal e socialmente típico-concretos ou institucionalmente específicos, quer segundo estruturas categorialmente fundamentais. As coisas cuja natureza assim se intencionava revelariam já em si, no seu modo de ser concreto, um sentido normativo (teleológico-normativo) que, nesse seu específico sentido ontológico de projecção normativa, se impunha como indisponivelmente vinculante – as coisas manifestariam em si, na sua natureza, a sua própria *nomos* (e o seu próprio *telos*)” (CASTANHEIRA NEVES, António. *Op. Cit.*, 2003, p. 39).

93 *Idem, Ibidem*, p. 41.

94 *Idem, Ibidem*, p. 42.

perspectiva é antípoda do antifundacionalismo e, portanto, há de ser caracterizada como antipragmática.

A colocação da problemática do fundamento dos direitos humanos, porém, pode ser dinamizada através de um ponto de vista histórico – como, aliás, requer a atitude pragmática. Afinal, defendemos o posicionamento segundo o qual o direito não pode ser encarado senão como experiência⁹⁵, *id est*, como construção intersubjetiva historicamente situada e disto não escapa o questionamento pelo fundamento de direitos. Logramos neste ponto a aquiescência de Castanheira Neves, quando afirma: “sobretudo no universo prático, onde mais avultam as dimensões radicais da historicidade e das irreduzíveis mediações humanas; neste universo só haveria, quanto muito, a possibilidade de sentidos autonomamente constituídos pela intersubjetividade e esta só poderia pretender a racionalidade de um jogo de convencional ou institucionalizado encontro procedimental, fosse discursivo, fosse funcional”⁹⁶. Tem razão Miguel Reale, ademais, ao defender que o jurista, qualquer que seja a sua formação filosófica, deve situar a experiência jurídica “num campo de realidade necessariamente circunscrito”⁹⁷.

A rejeição ao fundacionalismo e ao seu apego aos fundamentos de cariz ontológico-apriorístico não implica a negação de toda e qualquer modalidade de fundamentação. Castanheira Neves, nessa toada, faz a seguinte indagação: “com o que vai dito ficou excluído em absoluto qualquer fundamento e um qualquer fundamentar ou só um certo, e tradicional sentido de fundamento e de fundamentar?” Recorre, em seguida, ao pensamento de Heidegger para embasar sua reflexão: “aliás, de um dos próprios corifeus mais invocados da crise do fundamento não se pode colher a lição de que abandonar o fundamento em si (no sentido estreito de prova de proposições ôntico-teoréticas) não significa renunciar ao problema do fundamento e de fundamentar enquanto problema ou possibilitação da questão do porquê em geral, questão que convoca o transcender do *Dasein* que se chama liberdade e em termo de ter de se vir a reconhecer afinal que a liberdade é o fundamento do fundamento?”⁹⁸.

95 Coube a Miguel Reale confeccionar um primoroso estudo acerca da problemática da “experiência jurídica”. Ao justificar a sua empreitada, explica o autor que o termo “nunca deixou de ser empregado por juristas de todas as orientações e países, o que poderia ser maliciosamente explicado como desamor ao rigor da linguagem ou pela paradoxal e subjacente influência de um conceito recebido inadvertidamente como de sentido pacificamente determinado, às vezes no instante mesmo em que se proclamava a inutilidade de dedicar-lhe um instante sequer de atenção”. E conclui: “Bastaria esse fato singular do persistente uso do termo para exigir-se a retomada do discurso que com ele se confunde” (REALE, Miguel. *O Direito como Experiência – Introdução à Epistemologia Jurídica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, pp 2).

96 CASTANHEIRA NEVES, António. *Op. Cit.*, 2003, p. 17.

97 REALE, Miguel, *Op. Cit.*, pp 2-3.

98 CASTANHEIRA NEVES, António. *Op. Cit.*, 2003, p. 17.

Aproxima-se desse posicionamento a linha de raciocínio de Norberto Bobbio, para quem a busca pelo fundamento absoluto é “a ilusão de que – de tanto acumular e elaborar razões e argumentos – terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recursar a própria adesão”⁹⁹. Para o autor, “essa ilusão já não é possível hoje; toda busca do fundamento absoluto é, por sua vez, infundada”¹⁰⁰. Quatro são, em sua ótica, os óbices à tese fundacionalista: a vagueza¹⁰¹, a historicidade¹⁰², a heterogeneidade¹⁰³ e a antinomia¹⁰⁴ dos direitos humanos. Neste passo, Bobbio reconhece a crise dos fundamentos –

99 BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, 2004, p. 16. O autor critica enfaticamente a tese do fundamento absoluto e o compara ao poder absoluto, nos seguintes termos “o fundamento irresistível no mundo de nossas ideias, do mesmo modo como o poder absoluto é o poder irresistível (que se pense em Hobbes) no mundo de nossas ações. Diante do fundamento irresistível, a mente se dobra necessariamente, tal como o faz a vontade diante do poder irresistível”. O fundamento absoluto, define o autor, é aquele que “não pode mais ser questionado, assim como o poder último deve ser obedecido sem questionamentos. Quem resiste ao primeiro se põe fora da comunidade das pessoas racionais, assim como quem se rebela contra o segundo se põe fora da comunidade das pessoas justas ou boas” (*Idem, ibidem*, p. 16).

100 *Idem, ibidem*, p. 17.

101 Bobbio entende que a própria nomenclatura “direitos do homem” é deveras vaga. Reside aí um problema de natureza semântica. Consta que não faz sentido cogitar sobre o fundamento absoluto de direitos dos quais é impossível dar uma noção precisa. Cf. *Idem, ibidem*, p. 17.

102 A historicidade dos direitos humanos já foi objeto de nossa análise neste capítulo. Apregoa Bobbio que é inconcebível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos, ou seja, a direitos variáveis no decurso do tempo. Cf. *Idem, ibidem*, p. 18.

103 “Além de mal definível e variável, a classe dos direitos do homem é também heterogênea”, afirma Bobbio. Isso significa que entre os direitos humanos “há direitos com estatutos muito diversos entre si”; por exemplo, “entre os direitos compreendidos na própria Declaração, há pretensões muito diversas entre si e, o que é pior, até mesmo incompatíveis. Portanto, as razões que valem para sustentar umas não valem para sustentar outras”. A conclusão do autor é a de que “não se deveria falar de fundamento, mas de fundamentos dos direitos do homem, de diversos fundamentos conforme o direito cujas boas razões se deseja defender”. Cf. *Idem, ibidem*, p. 19.

104 Preleciona Bobbio que “dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis”. De acordo com o autor, a fundamentação de cariz absolutista, muita vez, acaba por amparar posições conservadoras em matéria de direitos humanos: “historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade: a oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras” (*Idem, ibidem*, p. 21-22). Como Bobbio aborda a questão da antinomia entre direitos fundamentais, cumpre recordar a conhecida diferença entre regras e princípios veiculadores de direitos fundamentais, proposta por Robert Alexy. Para o autor, o gênero norma possui como espécies a regra e o princípio, os quais se diferenciam qualitativamente, *i.e.*, quanto à respectiva estrutura normativa. Os princípios são mandamentos de otimização, caracterizados por serem satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também jurídicas. As regras, por sua vez, são normas que sempre são satisfeitas ou não satisfeitas e, como contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, deve-se, na hipótese de a regra valer, fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Sustenta Alexy que “a diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras”. Enquanto “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”, se dois princípios colidem, por sua vez, “um dos princípios terá de ceder”. Esclarece o autor: “isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro

“deve-se reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outro fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu” – e propõe a busca pelos “fundamentos possíveis”, em vez de fundamentos absolutos dos direitos humanos: “nossa tarefa, hoje, é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado –, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis”¹⁰⁵.

É de índole nitidamente contextualista a concepção sugerida por Bobbio quando trata da busca pelos fundamentos possíveis dos direitos humanos. Segundo o autor, tal empreendimento, para lograr êxito e relevância histórica, há de considerar todo o contexto no qual se inserem as possibilidades de realização desses direitos: “essa busca dos fundamentos possíveis – empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso – não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado”. Conclui o teórico italiano que o problema em baila “não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios”¹⁰⁶. Trata-se de uma visão consentânea com o contextualismo, que é um dos postulados do pragmatismo metodológico ao qual nos referimos anteriormente neste tópico.

A salvaguarda da dignidade humana como fundamento dos direitos humanos, v.g., não decorre de um apriorismo solipsista, mas de uma constatação de jaez histórico e intersubjetivo. O direito é, antes, uma construção comunitária, não um dado transcendental *a priori*. Apresenta-se como *erfindung*, não como *ursprung*¹⁰⁷. Portanto, se optarmos por aplicar a terminologia de Norberto Bobbio à qual nos referimos anteriormente, a dignidade humana é um “fundamento possível”, mas não absoluto, dos direitos humanos.

sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência”. E arremata: “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. Alexy. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 90-94.

105 BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 2004, p. 23.

106 *Idem, ibidem*, p. 23-24.

107 Utilizamos aqui a dicotomia *erfindung* – *ursprung* (invenção – origem *ex nihilo*), que Foucault desenvolve a partir de sua interpretação acerca do pensamento de Nietzsche. Cf. FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3 ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 14-15.

Neste passo, Luís Roberto Barroso propõe a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial – preocupação que, aliás, se adequa perfeitamente à metodologia transconstitucional que defendemos nesta dissertação – e leciona que “como valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais”¹⁰⁸. Em postura nitidamente pragmática – através da dimensão do antifundacionalismo, que rejeita dogmas e verdades absolutas –, Barroso nega a tese do absolutismo da dignidade humana, malgrado reconheça que esse princípio haverá de prevalecer na maioria dos casos concretos, em razão de sua magnitude jurídico-constitucional e de seu *status* de valor fundamental: “na Alemanha, a visão dominante concebe a dignidade como um valor absoluto, que prevalece em qualquer circunstância. Essa posição tem sido pertinentemente questionada ao longo dos anos. Como regra geral, no direito não há espaço para absolutos. Embora seja razoável afirmar que a dignidade humana normalmente deve prevalecer, existem situações inevitáveis em que ela terá de ceder, ao menos parcialmente”¹⁰⁹.

Destaquemos, neste ponto, o fato de que as regras gerais podem comportar exceções: *exceptio firmat regulam*. Adotamos a posição – e aqui concordamos com Luís Roberto Barroso – de que no direito, como regra geral, não há normas e direitos absolutos. Consideramos inconcebível, porém – no que tange, antes, ao plano de validade, mais do que na dimensão da faticidade –, a admissibilidade de restrições a dois direitos humanos: o direito de não ser escravizado e o direito de não ser torturado. Aquiescemos, por isso, com a seguinte sustentação de Norberto Bobbio: “entre os direitos humanos, como já se observou várias vezes, há direitos com estatutos muito diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). Esses direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais. Porém, até entre os chamados direitos fundamentais, os que não são suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinada categoria de pessoas, são bem poucos: em outras palavras, são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em

108 BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo – A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 64.

109 *Idem, Ibidem*, p. 63-64.

concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção”¹¹⁰. A nosso sentir, é cristalina e irrefutável a assertiva segundo a qual o direito de não ser escravizado e o direito de não ser torturado não comportam legítimas restrições. Trata-se de constatação *in re ipsa*, que dispensa maiores justificativas – como, aliás, salienta o próprio Bobbio: “não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas: o reconhecimento do direito de não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos; o reconhecimento do direito de não ser torturado implica a supressão do direito de torturar. Nesses casos, a escolha parece fácil; e é evidente que ficaríamos maravilhados se alguém nos pedisse para justificar tal escolha (consideramos evidente em moral o que não necessita ser justificado)”¹¹¹. Com efeito, as lamentáveis experiências históricas da escravização e da tortura em caráter institucional justificam a ressalva que fizemos acima sobre a dimensão da faticidade: não obstante sua ocorrência se verifique historicamente (faticidade), nunca admitiremos a legitimidade dessas práticas desumanas.

Barroso justifica o seu posicionamento – negação do caráter absoluto da dignidade humana – por via de um exemplo de restrição ao exercício da dignidade da pessoa humana: “um exemplo evidente de uma dessas situações ocorre quando alguém é condenado à prisão após um procedimento condizente com o devido processo legal; neste caso, um componente importante da dignidade dessa pessoa – representado por sua liberdade de ir e vir – é restringido”¹¹². E conclui: “esta hipótese ilustra, de maneira clara, que um aspecto da dignidade de uma pessoa pode ser sacrificado em benefício de algum outro valor. A dignidade humana, portanto, é um valor fundamental, mas não deve ser tomada como absoluta”¹¹³.

Além de revestir-se com o *status* de valor fundante de todo sistema jurídico que se pretenda democrático e de lograr força normativa resolutiva de *cases* concretos, a dignidade da pessoa humana desempenha relevante função hermenêutica no átimo em que auxilia a compreensão humanística do sistema jurídico. Essa máxima fixa a pessoa humana como *telos* central da ordem jurídica e proscree o seu tratamento, por quem quer que seja, como instrumento para finalidades que não ela própria. É dizer: a pessoa humana não pode ser instrumentalizada, reificada, coisificada, e sim salvaguardada como finalidade em si mesma.

110 BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, 2004, p. 19-20.

111 *Idem, Ibidem*, p. 20.

112 BARROSO, Luís Roberto *Op. Cit.*, 2013, p. 64.

113 *Idem, Ibidem*, p. 64.

Depreende-se da fixação teleológica da dignidade humana como máxima central do ordenamento jurídico que os demais princípios e regras do sistema terão seus conteúdos normativos interpretados à luz de sua magnitude. Trata-se, neste ponto, do emprego do método sistemático de hermenêutica constitucional, que parte da premissa segundo a qual a ordem jurídica encerra um sistema de normas, um todo orgânico, de modo que a compreensão de um elemento parcial – *i.e.*, uma norma individualmente considerada – há de ser construída em dialogicidade com outros elementos do mesmo sistema normativo. Em que pese a sua importância no âmbito interno de interpretação normativa, revela-se insuficiente o recurso a esse método para a solução de problemas jurídicos transconstitucionais, uma vez que estes requerem a dinamização de fontes normativas que extrapolam a seara constitucional do Estado. Abordaremos esmiuçadamente essa temática no capítulo terceiro desta dissertação.

Rui Moura Ramos, ao examinar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, recorre ao *telos* da dignidade humana para interpretar o alcance desses direitos. Destarte, o autor afirma, acertadamente, que “os titulares destes direitos deverão ser todos aqueles cujos direitos fundamentais (como tal reconhecidos pela Carta) possam ser postos em causa pelo desenvolvimento das competências e actuação da União. Serão sobretudo os indivíduos, independentemente de no presente estado de evolução do ordenamento comunitário lhes ser ou não reconhecida a cidadania da União”¹¹⁴. Eis a passagem na qual Moura Ramos explicita a *ratio* de sua coerente argumentação: “enquanto direitos fundamentais, na verdade, baseados na dignidade inerente a todo o ser humano, eles não poderão pois constituir um exclusivo das pessoas singulares possuidoras de um tal estatuto”¹¹⁵.

Nesta linha de intelecção, a investigação em torno dos fundamentos dos direitos não deve escapar à postura pragmática¹¹⁶ e fenomenológica. Com efeito, a “redução

114 MOURA RAMOS, Rui Manuel. « A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Alguns Aspectos », *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 54.

115 *Idem, Ibidem*, p. 54. Em que pese o referido posicionamento, Rui Moura Ramos faz uma ressalva, arguindo que essa orientação geral “não significa que da Carta não devam constar também, como acontece de resto já hoje nos artigos 18º a 21º do Tratado da Comunidade Europeia, direitos que apenas são reconhecidos a um círculo mais restrito de pessoas – que poderá ser constituído na essência pelos titulares da cidadania da União, ainda que este conceito possa ver o seu âmbito pessoal de aplicação delimitado noutros e mais alargados termos. Ou que nela se não incluam igualmente outros direitos de que sejam titulares pessoas colectivas de direito privado ou público (como por exemplo o direito de acesso à justiça) e a que, nos termos da noção acima evocada, não corresponda a caracterização de direitos fundamentais. No limite, poderiam aqui considerar-se os direitos de todas as pessoas jurídicas (incluindo até os próprios Estados – vide o artigo 6º, nº 3, do Tratado da União), susceptíveis de ser postos em causa pelas actuações da União)” (*Idem, ibidem*, pp. 54-55). São exceções que confirmam a regra: *exceptio confirmat regulam*.

116 De acordo com William James, o pragmatismo não tem dogmas, não tem doutrinas, só tem um método: uma atitude de orientação, é nisto que o método pragmatista implica (JAMES, William. «What Pragmatism Means»,

fenomenológica” propicia a compreensão da realidade tal qual ela é apresentada ao sujeito, o que permite discernir entre o que é dado na experiência e o que são ficções da imaginação. Destarte, devemos “colocar entre parênteses” a problemática da fundamentação, encarando-a rigorosamente como experiência do mundo da vida e abstando-nos de elucubrações teóricas de cariz apriorístico. Com essa postura, excluimos (ou “abstemo-nos” – do grego “*epoché*”) dos critérios abstratos de fundamentação apresentados pelas diversas teorias jusnaturalistas¹¹⁷.

Concluimos este tópico com a lição de Mário Reis Marques: se por “fundamento” podemos entender “o que justifica, o que dá valor aos valores, garantindo a sua validade”, então o fundamento dos direitos humanos reside precisamente “num conjunto de valores extraídos da ideia de dignidade humana e das condições existenciais da sua realização”. O que eleva a pessoa humana a *prius* de toda a ordem jurídica é o ser e não o ter. Essa é a noção de dignidade da pessoa humana: “a ideia de que só o homem é o vértice e o centro de tudo o que existe”, “como o valor supremo e o fundamento último, indisponível e intangível, do ordenamento jurídico”. Com efeito, a dignidade pressupõe a liberdade, a qual se apresenta como “valor referencial a partir do qual são definidos todos os outros valores”. Destarte, “os valores da igualdade, da solidariedade e da segurança encontram o seu derradeiro objectivo intencional na realização da liberdade humana”¹¹⁸.

Pragmatism and Other Writing. Ed. Bruce Wilshire. Nova Iorque, The Library of America, 1987, p. 28-29).

117 Para um estudo detalhado sobre as bases do pensamento fenomenológico, cf. CERBONE, David. *Fenomenologia*. Trad. Caesar Souza. Petrópolis: Vozes, 2012.

118 REIS MARQUES, Mário. *Op. Cit.*, 2012, p. 230-236.

2.3 Camaleões normativos, paradoxos e metodologia fuzzy na problemática dos direitos fundamentais

A atribuição pejorativa do termo “fuzzismo” – “fuzzy” é uma palavra inglesa que significa vago, confuso, nebuloso, difuso, incerto, indefinido, inexato, impreciso, indeterminado – ou da expressão “metodologia fuzzy” ao trabalho dos juristas exprime a ideia de que “eles não sabem do que estão a falar, quando abordam os complexos problemas dos direitos económicos, sociais e culturais”. Canotilho¹¹⁹ reconhece a carga metodológica da vagueza, impressionismo e indeterminação que acometem a teoria descritiva desse peculiar estrato de direitos.

Constata José Joaquim Gomes Canotilho, isto posto, a ocorrência de uma verdadeira difusão do discurso sobre os direitos fundamentais – genericamente considerados, malgrado seja atribuído maior enfoque aos direitos de segunda geração ou dimensão – para campos teóricos das ciências sociais estranhos à típica dogmática jurídico-constitucional. Tal migração gnosiológica, em que pese o refinamento doutrinário que confere à temática, amiúde acaba por afastar de sua sede própria o tratamento de questões concretas atinentes àqueles direitos.

Neste passo, Gomes Canotilho adverte-nos para o fato de que os direitos fundamentais – em especial, os direitos fundamentais económicos, sociais e culturais – têm sido deslocados da dogmática jurídico-constitucional para as teorias da justiça, as teorias sociais críticas, as teorias da fundamentação, as teorias da argumentação e as teorias económicas do direito, tais como as elaboradas por “Rawls na *Theory of Justice*, ou no mais recente livro *Political Liberalism*”, “por R. Alexy e modelarmente desenvolvida na *Theorie der Grundrechte*”, e nas “propostas avançadas por J. Habermas na recente obra *Faktizität und Geltung*”¹²⁰. Pese

119 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, 2008, p. 99.

120 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, 2008, pp. 98-99. A esse respeito, discorre Marcelo Neves: “já em meados da década de 1970, Hart apontava para a transformação da teoria do direito e da filosofia política anglo-saxônica no sentido de negar o utilitarismo e a tese positivista da separação entre moral e direito, destacando as teorias da justiça de John Rawls e Robert Nozick como pontos de partida dessa mudança e a teoria dos princípios de Ronald Dworkin como pioneira dessa reviravolta no âmbito jurídico. Essa reorientação não se limitou ao mundo anglo-saxônico, tendo repercussão também nos sistemas jurídicos de tradição eurocontinental. Destaca-se na Alemanha o envolvimento de Jürgen Habermas com a filosofia jurídica e a teoria do direito e da Constituição, passando, por assim dizer, a tomar o direito a sério, diferentemente dos seus predecessores na Escola de Frankfurt, Adorno e Horkheimer. É neste contexto abrangente de transformação que se desenvolveram os modelos principiologistas de Ronald Dworkin e Robert Alexy, com ampla recepção internacional. A diferença entre princípios e regras jurídicas, tal como proposta por estes autores, poderá ser mais bem compreendida se considerarmos os seus análogos no âmbito da filosofia ou da moral” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules – Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, pp. 43-44). Acerca da teoria da justiça de

embora a “inquestionável sofisticação científico-conceitual” oriunda da deslocação da retórica a respeito dos direitos fundamentais para outros planos teóricos, deriva dessa migração discursiva uma “capitulação-resignação do seu regime garantístico e protectivo a nível jurídico-constitucional”.

Não obstante a objeção oposta à Teoria dos Direitos Fundamentais desenvolvida por Robert Alexy, parece-nos que o autor alemão almejou, precisamente na referida obra, versar sobre os direitos fundamentais através de uma perspectiva alinhada à dogmática jurídico-

Rawls, interpreta Marcelo Neves que esse modelo implica a defesa do pluralismo, razão pela qual se mostra sensível às diversidades de valores da sociedade moderna, os quais devem ser tratados imparcialmente pelos procedimentos estatais em um contexto democrático de direito. Cf. *Idem, Ibidem*, pp. 44-45. Trazemos à baila a formulação dos princípios de justiça segundo John Rawls: *The conception of justice which I want to consider has two principles associated with it (...). First, each person participating in a practice, or affected by it, has an equal right to the most extensive liberty compatible with a like liberty for all; and second, inequalities are arbitrary unless it is reasonable to expect that they will work out to everyone's advantage, and provided that the positions and offices to which they attach, or from which they may be gained, are open to all. These principles express justice as a complex of three ideas: liberty, equality, and reward for services contributing to the common good* (RAWLS, John. «Justice as Reciprocity», *John Rawls: Collected Papers*. Ed. Samuel Freeman. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 193. Já sobre a obra de Jürgen Habermas, compreende Marcelo Neves que o filósofo alemão reconstrói, no âmbito da teoria da ação comunicativa e da teoria do discurso, o modelo de desenvolvimento ontogenético do indivíduo, tal como formulado por Piaget e desenvolvido posteriormente por Kohlberg, transportando-o para a seara da evolução filogenética da sociedade. Habermas fala de uma moral desinstitucionalizada no nível pós-convencional. Cf. NEVES, Marcelo. *Op. Cit.*, 2013, p. 47-48. Eis a passagem do filósofo alemão que aborda tais aspectos de sua teoria: “*The form of modern law is to be explained, rather, in terms of the posttraditional structures of moral consciousness that it embodies. The positivization, legalization, and formalization of law mean that the validity of law can no longer feed off the taken-for-granted authority of moral traditions but requires an autonomous foundation, that is, a foundation that is not only relative to given ends. Moral consciousness can satisfy such a requirement only at the postconventional level. It is here that there first emerges the idea that legal norms are in principle open to criticism and need of justification; the distinction between norms and principles of action; the concept of producing norms according to principles; the notion of rational agreement on normatively binding rules (as well as that of a compact that first makes contractual relations possible); the insight into the connection between the universality and justifiability of legal norms; the concept of the abstract legal subject's general competency; that of the law-giving power of subjectivity; and so forth. These posttraditional basic concepts of law and morality are first developed and systematized in modern natural law theories. The model of justifying legal norms is an uncoerced agreement, arrived at by those affected, in the role of contractual partners who are in principle free and equal. However the conceptions of justification look in detail, what is important is that an autonomous grounding, independent of tradition, is required - in Webber's terms, that validity based on traditional consensus is replaced by validity based on rational consensus. The separation of morality and legality effected in modern law brings with it the problem that the domain of legality as a whole stands in need of practical justification. The sphere of law, which is independent of the sphere of morality but at the same time demands the readiness of legal subjects to obey the law, must be complemented by a morality grounded on principles. The particular accomplishment of the positivization of the legal order consists in displacing problems of justification, that is, in relieving the technical administration of the law of such problems over broad expanses - but not in doing away with them. Precisely the posttraditional structure of legal consciousness sharpens the problem of justification into a question of principle that is shifted to the foundations but not thereby made to disappear. The catalog of basic rights contained in bourgeois constitutions, insofar as they are formally set down, together with the principle of sovereignty of the people, which ties the competence to make law to the understanding of democratic will-formation, are expressions of this justification that has become structurally necessary. Rational natural law, in its different versions from Lock and Hobbes through Rousseau and Kant to Hegel, can be understood as a theoretical framework for attempts to ground legally organized constitutions for state and society” (Habermas, Jürgen. *The Theory of Communicative Action - Reason and The Rationalization of Society* .vol. 1. Trad. Thomas McCarthy. Londres: Heinemann, 1984, p. 260-263).*

constitucional. Tanto é assim que Alexy situa expressamente como referencial de seu estudo a Constituição do Estado alemão: “a análise a ser aqui desenvolvida diz respeito a uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã; ela é, em primeiro lugar, uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã; em segundo lugar, uma teoria jurídica; e, por fim, uma teoria geral”¹²¹. Em seguida, o autor explica o real significado de uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã, que se propõe a desenvolver, diferenciando-a de teorias concernentes a outras propostas epistemológicas, tais as teorias histórico-jurídicas, as teorias filosófico-jurídicas, bem como as teorias sobre direitos fundamentais de outras Constituições: “uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria acerca de determinados direitos fundamentais positivos vigentes. Isso a diferencia tanto de teorias sobre direitos fundamentais que tenham vigido no passado (teorias histórico-jurídicas), como de teorias sobre direitos fundamentais *per se* (teorias filosófico-jurídicas), como de teorias sobre direitos fundamentais que não os da Constituição alemã – por exemplo, teorias sobre direitos fundamentais de outros países ou teorias sobre direitos fundamentais dos Estados federados alemães”¹²².

Robert Alexy evidencia que a sua teoria sobre direitos fundamentais, enquanto teoria do direito positivo de um determinado ordenamento jurídico, traduz-se em teoria verdadeiramente dogmática. Para comprovar sua alegação, o teórico alemão adentra ao plano semântico do termo para significá-lo com precisão. Em sua visão, o dogmático é o jurídico em sentido próprio e estrito – daí sua inclinação para a tarefa prática da ciência jurídica – e se

121 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 31.

122 *Idem*, *Ibidem*, p. 32.

perfaz através da conexão entre as seguintes dimensões: analítica¹²³, empírica¹²⁴ e normativa¹²⁵. Traduz-se o caráter prático da ciência do direito como princípio unificador, integrador e multidimensional, de modo que a combinação dessas três dimensões encerra *conditio sine qua non* à racionalidade da ciência jurídica como ciência prática: “para se obter uma resposta a uma questão sobre o que deve ser juridicamente, é necessário conhecer o direito positivo. O conhecimento do direito positivo válido é tarefa da dimensão empírica. Nos casos mais problemáticos, o material normativo que pode ser obtido por meio da dimensão empírica não é suficiente para fundamentar um juízo concreto de dever-ser. Isso

123 “A dimensão analítica diz respeito à dissecação sistemático-conceitual do direito vigente. O espectro de tal dimensão estende-se desde a análise de conceitos elementares (por exemplo, do conceito de norma, de direito subjetivo, de liberdade e de igualdade), passando por construções jurídicas (por exemplo, pela relação entre o suporte fático dos direitos fundamentais e suas restrições e pelo efeito perante terceiros), até o exame da estrutura do sistema jurídico (por exemplo, da assim chamada irradiação dos direitos fundamentais) e da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais (por exemplo, do sopesamento)” (*Idem, Ibidem*, p. 32-33).

124 A dimensão empírica da dogmática jurídica pode ser compreendida a partir de dois pontos de vista: primeiro, em relação à cognição do direito positivo válido e, segundo em relação à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica, por exemplo, no âmbito de argumentos consequencialista” (*Idem, Ibidem*, p. 34). Sobre este último exemplo, qual seja o da argumentação de cunho consequencialista, já abordamos neste capítulo o seu significado. Com efeito, o consequencialismo pode ser compreendido como uma das dimensões do conceito multifário de pragmatismo. Portanto, uma argumentação de natureza consequencialista será, inexoravelmente, uma argumentação pragmática. Uma das manifestações mais relevantes de aplicação do consequencialismo pragmático às decisões jurídicas reside na análise econômica do direito, tema que enfrentaremos no capítulo terceiro desta dissertação. Ainda sobre a dimensão empírica da dogmática jurídica, afirma Alexy: “aquele que toma como objeto da dimensão empírica a cognição do direito positivo válido tem que pressupor conceitos amplos e polifacetados de direito e de validade. A dimensão empírica não se esgota com a descrição do direito nas leis, pois inclui também a descrição e o prognóstico da práxis jurisprudencial, ou seja, não só o direito legislado, mas também direito jurisprudencial. Além disso, também a efetividade do direito é objeto da dimensão empírica, ao menos na medida em que tal efetividade for condição para a validade do direito, legislado ou jurisprudencial” (*Idem, Ibidem*, p. 34). O enfoque na análise jurisprudencial marca a nossa proposta de pesquisa e, por consectário, o conteúdo da presente dissertação. Seria inócuo e incompleto, a nosso sentir, desenvolvermos uma abordagem puramente legiferante sobre a eficácia dos direitos fundamentais em um cenário transconstitucional. Eis a razão pela qual optamos por centrar os nossos estudos na proteção jurisprudencial desses direitos, haja vista estar o exercício da atividade dos juízes e tribunais mais relacionado à efetividade de direitos e à vivência concreta da experiência jurídica do que o está a previsão abstrata da normatividade positiva. Essa é a mesma opinião de Robert Alexy, que enfatiza a maior relevância da análise jurisprudencial – no caso das pesquisas do autor alemão, avulta a importância da atuação do Tribunal Constitucional Federal –, como se pode verificar na seguinte passagem: “devido à abertura de suas normas, a simples cognição do direito legislado não oferece muita coisa. Mesmo aqueles que defendem um conceito positivista de direito e de validade – seja como jurista, ao escrever um comentário aos direitos fundamentais, seja como advogado, ao assessorar um cliente em questões de direitos fundamentais, seja como juiz constitucional, ao fundamentar uma decisão – não podem renunciar à cognição e ao manuseio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal” (*Idem, ibidem*, p. 34-35).

125 “A terceira dimensão, a dimensão normativa, avança para além do simples estabelecimento daquilo que, na dimensão empírica, pode ser elevado à condição de direito positivo válido, e diz respeito à elucidação e à crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial. A questão central, nessa dimensão, é, a partir do direito positivo válido, determinar qual a decisão correta em um caso concreto. Em todos os casos polêmicos a resposta a essa questão implica valorações de quem a responde. A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado. Isso faz com que a dogmática jurídica seja confrontada com o problema da possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor” (*Idem, Ibidem*, p. 35-36).

leva à necessidade de juízos de valor adicionais e, com isso, à dimensão normativa. Clareza conceitual, ausência de contradição e coerência são pressupostos da racionalidade de todas as ciências. Os inúmeros problemas sistemático-conceituais dos direitos fundamentais demonstram o importante papel da dimensão analítica no âmbito de uma ciência prática dos direitos fundamentais que pretenda cumprir sua tarefa de maneira racional”¹²⁶.

Gomes Canotilho aduz que não basta argumentar e convencer; antes, é “necessário alicerçar juridicamente – e não apenas como imperativo moral! – o estatuto jurídico-constitucional dos direitos econômicos, sociais e culturais”¹²⁷. Recorre ao conceito de “camaleões normativos”¹²⁸ para referir-se à indeterminação normativa dos direitos sociais enquanto sistema jurídico aberto a conteúdos normativos imanentes e transcendentais, que dá azo a “um discurso político-constitucional baseado em programas concretizadores de princípios sectores e de directivas políticas”.

Aduz-se, ademais, que existe, hodiernamente, um sentimento difuso de que a dinamização dos direitos sociais passa por uma “des-introversão”¹²⁹ do esquema jurídico da relação de prestação: são cidadãos que contribuem – os contribuintes –, não o Estado, e outros cidadãos que recebem – os beneficiários. Se, por um lado, no discurso sobre os direitos

126 *Idem, Ibidem*, p. 37-38. De acordo com o autor alemão, é variável o sopesamento das três dimensões que informam a dogmática jurídica, de maneira que variam os pesos dados a cada uma delas no transcorrer da história: “na história da ciência do direito e, mais ainda, na história das teorias sobre a Ciência do Direito, os pesos dados a cada uma das três dimensões variam. A transição da jurisprudência dos conceitos para a jurisprudência dos valores, passando pela jurisprudência dos interesses, é um claro exemplo disso. O que, em cada caso, é considerado como jurídico em sentido estrito e próprio depende de como seja definido o relacionamento entre as três dimensões. Para se determinar essa relação é necessário um ponto de vista abrangente. A natureza da Ciência do Direito como uma disciplina prática é um ponto de vista desse tipo. A Ciência do Direito, na forma como levada a cabo hoje, é em primeira instância, uma disciplina prática, porque a pergunta central, em um caso real ou hipotético, diz respeito ao que deve ser. Na Ciência do Direito essa questão é formulada a partir de uma perspectiva que corresponde à perspectiva do juiz. Isso não significa que a Ciência do Direito não possa abranger outras perspectivas, nem que a sempre diga respeito diretamente à solução de casos concretos, mas somente que a perspectiva do juiz é a perspectiva típica da Ciência do Direito e que os enunciados e teorias desenvolvidos a partir dela, mesmo quando abstratos, referem-se sempre à fundamentação de juízos concretos de dever-ser” (*Idem, Ibidem*, p. 37).

127 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, 2008, p. 98.

128 Esclarece Gomes Canotilho: “A expressão não é nossa. Foi utilizada pelo conhecido constitucionalista alemão J. Isensee, há mais de quinze anos” (*Idem, ibidem*, p. 98).

129 Preconiza Gomes Canotilho: “A problemática dos direitos sociais transporta também o peso de uma construção da sociedade excessivamente introvertida. Com efeito, os direitos econômicos, sociais e culturais concebem-se, na esteira da intersecção socialista/keynesiana, como direitos a prestações cujo titular passivo é o Estado que, por sua vez, impõe o pagamento autoritário e coactivo dos impostos destinados a satisfazer as demandadas prestações dos cidadãos” (*Idem, ibidem*, p. 101). Em seguida, o autor lista os traços do que considera uma “introversão estatal na socialidade”: “os direitos sociais implicam o dever de o estado fornecer as prestações correlativas ao objeto destes direitos; os direitos sociais postulam esquemas de unilateralidade: o Estado garante e paga determinadas prestações a alguns cidadãos; os direitos sociais eliminam a reciprocidade, ou seja, o esquema de troca entre os cidadãos que pagam e os cidadãos que recebem, pois a mediação estatal dissolve, na burocracia prestacional, a visibilidade dos actores e a eventual reciprocidade da troca” (*Idem, ibidem*, p. 101).

sociais a relação prestacional tem sido escondida sob a forma de um unilateral dever de socialidade do Estado, por outro, entende-se que é tempo de “bater nos textos normativos consagradores de direitos sociais e descobrir os contornos da reciprocidade concreta e do balanceamento ad hoc” desses direitos: “cidadãos de carne e osso (e não um número de contribuinte) querem saber porque pagam e quem é o rosto humano visível (e não o ‘beneficiário digitalizado’) beneficiário das prestações”¹³⁰.

Gomes Canotilho aborda, outrossim, o que considera “paradoxos” que “obscurecem” a reabilitação jurídico-constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais. O autor apresenta esses paradoxos no seguinte esquema: discurso duplo e dúplice em torno dos direitos econômicos, sociais e culturais; proposição interpretativa de aproximação absolutista; dependência legal dos direitos constitucionais sociais.

O primeiro deles tange diretamente à temática central desta dissertação, que é o transconstitucionalismo, por versar sobre as “relações entre o constitucionalismo global e o constitucionalismo nacional”. Em que pese a adesão, por um significativo número de Estados, ao Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e à Carta Social Europeia – circunstância sintomática de um certo consenso sobre a “bondade” desses diplomas –, quer a doutrina a autonomia do direito internacional relativamente aos princípios diretivos da política econômica, social e cultural. Aí reside o que Canotilho denomina “discurso duplo e dúplice”, sendo este o primeiro paradoxo: “bondade fora das fronteiras, maldade dentro das fronteiras constitucionais internas”, de maneira que, no plano interno, “quase se poderia dizer” que tais direitos “regressam ao leito universalístico, mas transpositivo, dos direitos humanos, abandonando o acolhimento jurídico-positivo dos direitos fundamentais”¹³¹.

O segundo paradoxo “consiste em confiar na simples interpretação de normas consagradoras de direitos sociais para, através do procedimento hermenêutico de atribuição de significado a enunciados linguístico-normativos, deduzir a efectividade dos mesmos direitos”, de maneira a produzir “efeitos contrários aos pretendidos”. Canotilho exemplifica essa circunstância: “dizer que o direito a ter casa e o direito a ter e estar na universidade são dimensões do mínimo social postulado pela dignidade da pessoa humana, e derivar o direito à habitação da interpretação do preceito constitucional garantidor deste direito, só pode ter

130 *Idem, ibidem*, p. 102.

131 *Idem, ibidem*, p. 103-104.

como consequência a capitulação da validade das normas constitucionais perante a facticidade económico-social”¹³².

A nosso sentir, aproxima-se Gomes Canotilho, nessa passagem, de uma compreensão “ontológica” da experiência constitucional. Aqui não utilizamos o termo na acepção de essencialismo antipragmático da qual nos valem no tópico 2.2 deste capítulo. Valemo-nos do sentido proposto por Karl Löwenstein, quando destaca as dimensões da efetividade e da facticidade como critério norteador de sua tipologia constitucional¹³³. É também de cariz ontológico a perspectiva adotada por Marcelo Neves em seu estudo sobre o fenómeno da “constitucionalização simbólica”¹³⁴.

Preferimos denominar o fenómeno atinente ao segundo paradoxo de “interpretação ilusória” ou “não contextualista”, por enfatizar elementos linguísticos relacionados ao texto normativo – dimensão endossistêmica – e ignorar as possibilidades fáticas de realização das normas veiculadoras de direitos sociais. Trata-se de uma postura antipragmática, no sentido que conceituamos no primeiro capítulo, que se afasta do postulado contextualista. Erra o hermenauta por enfatizar o texto e menoscar o contexto. Com efeito, a hermenêutica

132 *Idem, ibidem*, p. 104.

133A dimensão da concretização ou da realização constitucional na vida social é enfatizada por Karl Löwenstein. O autor leva em consideração a observância das normas constitucionais pelos seus destinatários e pelos detentores do poder para formular a sua tipologia. Importa, antes, a clivagem Constituição normativa *versus* Constituição nominal. A primeira expressa a simbiose entre os planos deontico e ontico, entre previsão normativa e concretização fática. Mostra-se como uma Constituição efetivamente “*vivida por destinatários y detentores del poder*” em um “*ambiente nacional favorable*”, “una democracia constitucional plenamente articulada”. A segunda, sua antípoda, carece de efetividade ou eficácia social. Essa noção se aproxima, em nossa opinião, do que Gomes Canotilho nomeou “capitulação da validade das normas constitucionais perante a facticidade económico-social”. É nesse sentido que o constitucionalista de Munique opta por definir a sua classificação como “classificação ontológica”, partindo da premissa de que “*una Constitución escrita no funciona por si misma*”, de modo que “*una vez que haya sido adoptada por el pueblo, sino que una Constitución es lo que los detentores y destinatários del poder hacen de ella em la práctica*”. Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 217.

134 Marcelo Neves descreve, no mencionado estudo, cenários caracterizados pela hipertrofia da função simbólica das normas constitucionais, em detrimento de sua função deontico-concretizadora. Trata-se, também aqui, de capitulação da validade das normas constitucionais perante a facticidade social. Por centrar-se no problema da inefetividade ou ineficácia social das normas, reputamos ontológica, outrossim, a vocação dessa teoria. A normatização “álibi” consiste em criar a imagem de um Estado que responde deonticamente aos problemas sociais reais, inobstante as respectivas relações sociais não sejam efetivamente alcançadas pelos efeitos previstos pelo diploma normativo. Reside aí uma ilusão que acaba por imunizar o sistema político contra alternativas meta-estatais de solução. Adverte Marcelo Neves que o emprego exacerbado da normatização “álibi” conduz “à descrença no próprio sistema jurídico”. Uma segunda modalidade de hipertrofia da função simbólica da norma constitucional atine ao adiamento da solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios. Abrandando-se um conflito político interno por via de uma normatização “aparentemente progressista”, transferindo-se, assim, “para um futuro indeterminado a solução do conflito social subjacente”. Há, ainda, normatização simbólica primariamente destinada à confirmação de valores sociais, *i.e.*, “um caso de política simbólica por gestos de diferenciação, os quais apontam para a glorificação ou degradação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade”. Cf. NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 34-42.

constitucional – e aqui falamos da metódica jurídica normativo-estruturante¹³⁵ – orienta o intérprete a compreender a normatividade como fenômeno complexo, que comporta duas dimensões, quais sejam o texto normativo e o ambiente ou pedaço de realidade social a ele subjacente – e que ele apenas parcialmente contempla. Como o texto normativo é apenas a “ponta do iceberg”, na conhecida expressão de Müller¹³⁶, cabe ao hermeneuta mergulhar na ambiência que o cerca a fim de compreender integralmente o conteúdo da norma constitucional. A compreensão totalizante da norma engloba, assim, o programa normativo e o domínio normativo. O exemplo fornecido por Gomes Canotilho reflete verdadeiro abismo constitucional, sintomático da perda de efetividade ou eficácia social da Constituição e característico do déficit deontico-concretizador de suas previsões normativas – sobretudo das normas veiculares de direitos de segunda dimensão.

O derradeiro paradoxo reside na dependência legal dos direitos constitucionais sociais, os quais “mais não são do que pretensões legalmente reguladas”. O legislador tem uma completa liberdade de conformação, daí que, a rigor e na prática, não existem direitos sociais sem a intervenção constitutiva da lei – “o legislador determina o que é um direito social, mas ele não está vinculado a direitos sociais”. Não há que se falar em aplicabilidade imediata de direitos econômicos, sociais e culturais. Para Canotilho, “os resultados desta dependência legal dos direitos sociais não deixarão de ser desconsoladores”¹³⁷.

Ao analisar o quadro dos direitos fundamentais na Constituição portuguesa – portanto, em uma perspectiva jurídico-positiva, tipicamente dogmática dos direitos fundamentais, Vieira de Andrade propõe o que chama de “concepção realista e solidária dos direitos

135 Vejamos a lição de Gomes Canotilho: “Os postulados básicos da metódica normativo-estruturante são os seguintes: (1) a metódica jurídica tem como tarefa investigar as várias funções de realização do direito constitucional (legislação, administração, jurisdição); (2) e para captar a transformação das normas a concretizar numa decisão prática (a metódica pretende-se ligada à resolução de problemas práticos); (3) a metódica deve preocupar-se com a estrutura da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; (4) elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da não identidade entre norma e texto normativo; (5) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); (6) mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um domínio normativo, isto é, um pedaço de realidade social que o programa normativo só parcialmente contempla; (7) conseqüentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1213).

136O método normativo-estruturante foi investigado por Müller em *Juristische Methodik*, pp. 144 e ss.; e *Strukturierende Rechtslehre*, Berlim, 1984, pp. 225 e ss. Cf. *Idem, ibidem*, p. 1213.

137 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, 2008, p. 105.

fundamentais sociais”, vincada em quatro pilares dogmáticos (refere-se aos direitos sociais na sua dimensão de direitos a prestações materiais do Estado, que requerem a alocação de bens escassos, “no pressuposto de que a Constituição não determina o conteúdo dessas prestações e deixa à decisão política do legislador ordinário e do Governo a respectiva concretização”, excluindo-se os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e os casos excepcionais dos direitos a prestações sociais específicas de conteúdo constitucionalmente determinado). Para o autor, as perspectivas porvindouras do Estado Social demandam a releitura de conceitos básicos da socialidade e de direitos fundamentais sociais no atual contexto de incerteza e de escassez, diante das mutações sociais e políticas “num horizonte que vai provavelmente abranger as próximas décadas do século XXI”¹³⁸.

Em primeiro lugar, apresenta-se como regra absoluta a garantia do mínimo para uma existência condigna¹³⁹ para todos os cidadãos e residentes, consectário que é da matriz jusfundamental da dignidade humana no quadro do Estado Social. Não se afigura como finalidade ou standard programático – não obstante faça irradiar uma dimensão positiva, “posto que normativamente mais fraca, na medida em que dela decorre uma imposição ao Estado (ao legislador e ao Governo) do dever de combate activo à pobreza e à exclusão social –, e sim como “limite extremo, abaixo do qual haverá um déficit inconstitucional de proteção”. Daí que não deve incidir, nessa seara, a reserva do possível como condição de realização dos direitos sociais¹⁴⁰.

138 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op. Cit., 2016, p. 245-246.

139A respeito do direito ao mínimo existencial, importa trazermos à baila a conceituação esboçada por Ricardo Lobo Torres. Entende o autor que “não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procura-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão. Só os direitos da pessoa humana, referidos a sua existência em condições dignas, compõem o mínimo existencial. Assim, ficam fora do âmbito do mínimo existencial os direitos das empresas ou das pessoas jurídicas, ao contrário do que acontece com os direitos fundamentais em geral. O direito à existência deve ser entendido no sentido que lhe dá a filosofia, ou seja, como direito ancorado no ser-aí (Da-sein) ou no ser-no-mundo (in-der-Welt-sein). Integra a estrutura de correspondências de pessoas ou coisas, em que afinal consiste o ordenamento jurídico. Não se confunde com o direito à vida, que tem duração continuada entre o nascimento e a morte e extensão maior que o de existência, que é situacional e não raro transitória. A Corte Constitucional da Alemanha define o mínimo existencial como o que é necessário à existência digna (*ein menschenwürdiges Dasein notwendig sei*)”. Refere-se o autor, ademais, à dupla face do mínimo existencial, na medida em que “aparece como direito subjetivo e também como norma objetiva; compreende os direitos fundamentais originários (direitos de liberdade) e os direitos fundamentais sociais, todos em sua expressão essencial, mínima e irredutível; do ponto de vista da efetividade apresenta a duplicidade do status negativus e do status positivus libertatis (LOBO TORRES, Ricardo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 37-38).

140 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op. Cit., 2016, p. 246.

Em segundo lugar, impõe-se a releitura das noções de igualdade e de universalidade, para um retorno às coisas mesmas, devendo ser interpretados como direitos de todos, na medida em que careçam de proteção, e “não como direitos de todos, numa visão igualitarista”. É dizer, um regresso às origens dos direitos sociais, que nasceram “como direitos das pessoas carenciadas de proteção”, ou seja, enquanto instrumentos de tutela da “dignidade humana das pessoas concretas em todas as situações de vulnerabilidade”¹⁴¹. Propõe-se, destarte, a superação do igualitarismo ideológico, “enquanto imperativo de gratuidade da prestação universal de apoios, de cuidados e de serviços públicos, e do conseqüente dogma do financiamento total da socialidade por impostos”¹⁴². Justifica-se, ao revés, “a admissibilidade de contribuições, de propinas, de taxas moderadoras e de co-pagamentos por parte dos que podem contribuir ou pagar, sobretudo quando se trate da prestação institucionalizada de serviços que não sejam acessíveis a todos ou de que nem todos sejam, ou sejam igualmente beneficiários”¹⁴³.

Aquiescemos veementemente com esse posicionamento. A título de exemplificação, podemos recordar do sistema brasileiro de gratuidade integral na concessão do serviço educacional por universidades públicas – custeadas por impostos –, mesmo para os beneficiários oriundos de altas classes sociais. Somos da opinião de que os beneficiários com suficiente poder aquisitivo deveriam ser taxados (no sistema tributário brasileiro, a taxa é a exação ou tributo que incide sobre a concessão de serviços específicos e divisíveis, o que se adequaria perfeitamente à hipótese de serviços educacionais), como sucede nas universidades públicas portuguesas, reservando-se a gratuidade para aqueles menos favorecidos.

Vieira de Andrade não põe em xeque a titularidade (potencial) e sim o exercício (real) dos direitos às prestações estatais, tendo em vista uma distribuição mais equitativa dos recursos comuns. Sugere a identificação da situação de carência de proteção estatal como “núcleo essencial dos direitos sociais a prestações”, ensejando a concessão de “benefícios especiais (desigualdades)”. Legitima-se, pois, a outorga de subsídios, “a que nem todos tenham direito – como, por exemplo, o abono de família ou o subsídio de desemprego –, ou a que nem todos tenham direito em condições de estrita igualdade –, as prestações sociais a cargo da comunidade podem estar sujeitas a uma condição de recurso, variar de intensidade em função das necessidades ou carências, ou ser associadas à imposição de obrigações”¹⁴⁴.

141 *Idem, ibidem*, p. 247.

142 *Idem, ibidem*, p. 248.

143 *Idem, ibidem*, p. 248.

144 *Idem, ibidem*, p. 248.

Em terceiro lugar, exsurge a cooperação do Estado com o setor social e com o setor privado como uma necessidade de articulação, “de forma inteligente e adequada” das “prestações públicas e privadas – para a melhor e mais eficiente realização dos direitos sociais. Promove-se, assim, “um duplo equilíbrio: entre o Estado e a Sociedade, entre a justiça social e o mercado”; não se trata, esclarece Vieira de Andrade, “de privatizar parcialmente uma tarefa originária ou tradicional do Estado, mas de encontrar um equilíbrio adequado e eficiente para uma parceria antiga e natural das sociedades livres”¹⁴⁵.

O derradeiro pilar dogmático de sua concepção realista e solidária dos direitos fundamentais sociais reside na construção de um “entendimento razoável e desideologizado da força normativa dos direitos sociais a prestações – seja quanto à sua submissão a uma reserva do possível, seja quanto a uma alegada proibição do retrocesso. A maximização possível do grau de realização dos direitos como critério constitucional dirigido ao legislador – princípio da otimização dos direitos fundamentais – há de ser “responsável e não pode ignorar a escassez dos bens disponíveis, as dificuldades financeiras do Estado e os limites constitucionais da sua autoridade”, *i.e.*, “a realização prática dos direitos sociais está sujeita a condições de sustentabilidade, sobretudo financeira, mas também social”.

Impende, por isso, efetuarmos uma releitura do tradicional postulado da proibição do retrocesso – dê-se que o grau de concretização dos direitos sociais determinado por lei seja diminuído por via legislativa: “há-se admitir-se, assim, em período de crise, a reversibilidade das prestações sociais, um retrocesso condicionado, que se torna indispensável, mesmo fora e para além dos momentos de perturbação mais agudos, sempre que seja impraticável ou insustentável a manutenção do nível das prestações sociais por ausência de crescimento econômico e escassez de recursos próprios disponíveis”¹⁴⁶.

Insta trazermos à baila, no limite, uma passagem que expressa a anuência de Gomes Canotilho quanto ao posicionamento acima externado: “o rígido princípio da não reversibilidade ou, em formulação marcadamente ideológica, o princípio da evolução reacionária, pressupunha um progresso, uma direção e uma meta emancipatória, unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizamos noutros trabalhos”¹⁴⁷. Quanto à reserva do possível, ademais, Gomes Canotilho faz a seguinte reflexão: “reserva do possível significa a total

145 *Idem, ibidem*, p. 249.

146 *Idem, ibidem*, p. 251.

147 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, 2008, p. 111.

desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados; significa a tendência para zero da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais; significa gradualidade com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais; significa insindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais. Há uma dose de verdade em todas essas afirmações, mas ao mesmo tempo, torna-se imperioso relativizá-las. Parece inequívoco que a realização dos direitos económicos, sociais e culturais se caracterize: 1) pela gradualidade da realização; 2) pela dependência financeira relativamente ao orçamento do Estado; 3) pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização destes direitos; 4) pela insusceptibilidade de controlo jurisdicional dos programas político-legislativos, a não ser quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais, ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis”¹⁴⁸.

Harmonizam-se as reflexões ora colacionadas a respeito dos direitos fundamentais à linha de pensamento que adotamos. Façamos, porém, duas ponderações.

A primeira ponderação atine ao fuzzysmo que envolve o trabalho dos juristas em temas de considerável heterogeneidade e complexidade, como é o caso dos direitos sociais. Entendemos que essa circunstância não deve ser ensejar o fechamento epistemológico da ciência do direito. Como, aliás, sustentamos ao longo desta dissertação – com maior ênfase no capítulo terceiro –, a metodologia transconstitucional, que informa o atual estado da técnica na ciência do direito, requer a aproximação epistemológica de outros saberes, a fim de construir um conhecimento prudente a respeito de temas de alta complexidade, como sucede na temática dos direitos fundamentais. Vemos com bons olhos, por exemplo, o auxílio do instituto do *amicus curiae*, quando se mostra prestativo a orientar o jurista em questões que, não obstante extrapolem a sua matriz gnosiológica, revelem-se oportunas ou necessárias para a tomada de decisões jurídicas responsáveis, plurais, democráticas, holísticas em matéria de direitos fundamentais. Com efeito, uma vez reconhecida, pelo jurista, a máxima socrática de que é impossível a cognição sobre todas as coisas, impende assumir a postura humilde – e, antes, estratégica, sábia – de socorrer-se de outros sistemas epistemológicos para lograr a mais abrangente possível compreensão do objeto investigado.

148 *Idem, Ibidem*, p. 107.

Reconhecemos a importância, v.g., da análise econômica do direito – tema esmiuçado no capítulo subsequente – como auxílio ao jurista na tomada de decisões consequentes em assuntos como os direitos de segunda dimensão, que se caracterizam como direitos com custos. A luz da lógica econômica pode ser, em muitos *cases*, obsequiosa para a percepção mais instruída da realidade fática.

Nesse diapasão, Gomes Canotilho reconhece os limites do conhecimento jurídico dogmático estrito, se isoladamente considerado: “assim, por exemplo, quando insistem nas fórmulas emancipatórias do direito ao emprego ou ao trabalho, ultrapassarão os juristas as metanarrativas da modernidade sobre a libertação do sujeito histórico? Ao abordarmos o direito à universidade, teremos nós, constitucionalistas, alguma ideia sobre a estrutura da procura de trabalho e bolsa de emprego? Ao insistirmos nos novos direitos sociais de minorias populacionais, como, por exemplo, dos indivíduos seropositivos (isto é, doentes com SIDA), saberemos que cada indivíduo gasta nos dois últimos anos terminais da doença o equivalente a um apartamento de duas assoalhadas? Ao proclamarmos o indeclinável direito à segurança social, teremos nós as noções mínimas sobre regimes pessimísticos e sobre distribuição do financiamento por várias gerações?”¹⁴⁹.

Somos da opinião de que existem conexões tangíveis entre as diferentes igualhas de saberes e elas devem ser estimuladas pelo hermenauta que pretenda acessar os diferentes contornos que informam os direitos fundamentais. Em igual linha de intelecção, Alexy reconhece à dogmática constitucional a utilidade de promover o diálogo com os diferentes naipes de teorias sobre os direitos fundamentais, tais as teorias histórico-jurídicas, as teorias de direito comparado e as teorias filosófico-jurídicas, as quais “podem desempenhar um significativo papel para a interpretação dos direitos fundamentais da Constituição”¹⁵⁰.

149 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, 2008, p. 99-100.

150 ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, 2008, p. 32. Alexy desenvolve explicitamente uma teoria dogmática sobre os direitos fundamentais positivos da Constituição alemã. Contudo, o autor não ignora a importância de relacionar a abordagem dogmática às diferentes concepções teóricas suscetíveis de manejo. Reconhece nessa postura uma inegável utilidade para a interpretação dos direitos fundamentais. *In verbis*: “Diferenciar tais teorias não significa que não haja relações entre elas. Teorias histórico-jurídicas, no âmbito da interpretação histórica, e teorias de direitos fundamentais de outros países, no âmbito da interpretação comparada, podem desempenhar um significativo papel para a interpretação dos direitos fundamentais da Constituição alemã. Uma relação com tais teorias filosófico-jurídicas decorre do fato de que estas se ocupam, entre outras coisas, das estruturas possíveis e necessárias dos direitos fundamentais, isto é, de uma teoria geral sobre sua forma. Dizer que determinados direitos fundamentais são válidos significa dizer que as estruturas necessárias e algumas das estruturas possíveis foram realizadas. Portanto, uma teoria sobre determinados direitos fundamentais em vigor pode, de um lado, beneficiar-se dos conhecimentos jurídico-filosóficos e, de outro, contribuir com a Filosofia do Direito por meio da análise de seu material. Exatamente para compreender tais conexões é que se faz necessário diferenciar os elementos que se conectam” (*Idem, Ibidem*, p. 32).

A segunda ponderação concerne à necessidade de ampliação do horizonte da abordagem dogmática em matéria de direitos fundamentais. Entendemos que impende, no atual paradigma, olharmos para o regime garantístico e protetivo não somente a nível jurídico-constitucional, mas, sobretudo, a nível transconstitucional – sendo esta a proposta da presente dissertação.

Destarte, a abordagem completa dos direitos fundamentais em âmbito europeu, *verbi gratia*, não pode cingir-se à dogmática constitucional, devendo avançar para a visualização do catálogo previsto pela Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, a qual logra caráter vinculativo, como atesta Rui Moura Ramos: “destinando-se a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais a reforçar a proteção destes direitos no quadro da União Europeia, parece indicado que a sua natureza jurídica deva ser a de um instrumento vinculativo, que ultrapasse ou ao menos precise o standard de proteção dos direitos fundamentais neste momento existente no âmbito da União”¹⁵¹.

Portanto, defendemos que os direitos fundamentais demandam, no atual paradigma transconstitucional, um exame holístico, mais amplo do que o proposto pela dogmática constitucional considerada *per se*. A investigação dessa temática, especialmente em razão de sua vocação transconstitucional, deve passar por irradiações normativas outras.

Paula Veiga vislumbra, no atual cenário do “constitucionalismo cosmopolita”, a incidência de valores constitucionais globais: “ao lado do universal e intemporal valor da dignidade da pessoa humana e dos valores da justiça, da solidariedade, da paz e da auto-determinação, emergiram outros, como os valores do pluralismo, da coexistência, da equidade intergeracional, da inclusividade e da tolerância”¹⁵², de modo que “o direito constitucional em tempos de Estado aberto implica novos princípios e direitos”¹⁵³. Veiga expõe um exemplo de direito fundamental “que é, também, um direito humano” cuja abordagem ganha contornos peculiares quando focado como “direito em rede”. Trata-se do direito à cidadania: “no Estado aberto, a cidadania é um direito que deve ser olhado de modo especial, na medida em

151 MOURA RAMOS, Rui Manuel. « A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Alguns Aspectos», *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 53. Esclarece o autor que não se trata de uma criação ex nihilo de um quadro protetivo desses direitos, eis que “a União dispõe desde há muito de um sistema de tutela destes direitos, progressivamente desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e hoje cristalizado no artigo 6º, nº 2, do Tratado, e que vincula ao respeito dos direitos fundamentais tais como os garante a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais de direito comunitário” (*Idem, Ibidem*, p. 53).

152 VEIGA, Paula. Op. Cit., 2016, p. 445.

153 *Idem, Ibidem*, p. 446.

que ela se torna num *status* jurídico que pode articular o direito constitucional com outros palcos e criar novos princípios de humanidade”. E conclui: “nas sociedades de imigração temos, quiçá, que alterar normas e princípios que contendem com a participação e representação de estrangeiros, nomeadamente a participação política de estrangeiros em sentido amplo, a participação político-partidária de estrangeiros, a representação política de estrangeiros nos parlamentos nacionais, ou mesmo a representação política de interesses migrantes”¹⁵⁴.

Essa conjuntura não implica, no entanto, a desconsideração do catálogo constitucional, pois este ainda se conserva como referencial normativo em um cenário multinível. Destarte, a previsão de direitos fundamentais em um catálogo comunitário europeu não suplanta a positivação constitucional dos Estados-membros. Neste sentido, afirma corretamente Gomes Canotilho que “a carta europeia de direitos fundamentais não substitui nem pode substituir as constituições dos Estados-membros. É aplicável às instituições da União, aos seus órgãos e respectivos actos, mas não impõe obrigações aos Estados-membros fora do âmbito e finalidades das demais normas primárias da Comunidade”¹⁵⁵.

Apresentados estes pressupostos de compreensão concernentes aos direitos humanos e fundamentais, importa adentrarmos na temática específica do transconstitucionalismo. É o que passamos a expor no tópico subsequente, atinente à conceituação e ao exame de sua natureza.

154 *Idem, Ibidem*, p. 446.

155 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. «Compreensão Jurídico-Política da Carta», *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 14.

III. Transconstitucionalismo: natureza e manifestações

Antes da exposição das manifestações do transconstitucionalismo, insta, desde logo, questionarmos a sua natureza. Trata-se, afinal, de um novo paradigma? Ou de uma metodologia do direito? Alinha-se, ademais, à noção de teoria? É o que passamos a examinar.

Subsiste, em sede de ciências sociais gerais e aplicadas – onde se insere a ciência jurídica –, uma verdadeira hipertrofia ou excessiva utilização do conceito de “paradigma”. Por apelo ao rigor metodológico, não caberá a este estudo realizar um estudo pormenorizado das diversas acepções atribuíveis ao termo¹⁵⁶. Destarte, optamos por selecionar uma certa acepção, a qual reputamos congruente, que o define como “uma estrutura do pensamento, suficientemente ampla e profunda para no seu seio emergirem e se desenvolverem orientações teóricas e metodológicas diversas”¹⁵⁷. A nosso sentir, o transconstitucionalismo pode ser perfeitamente enquadrado na referida definição, traduzindo-se como verdadeiro paradigma. Constitui novo paradigma tendente a transformar o modo de pensar e de manejar os diversos ramos ou subsistemas da ciência do Direito. Enseja, com seu papel transformador, o desenvolvimento de diversas orientações teóricas e metodológicas diversas.

Nesta linha de intelecção, trazemos à baila a lição de Mário Reis Marques. Ao analisar a transição do modelo de “ordenamento em pirâmide” para “as representações em rede”, afirma o autor: “estamos, pois, perante uma verdadeira mudança de paradigma”. E arremata: “a porosidade das fronteiras políticas, econômicas, financeiras e jurídicas põe em causa os cânones tradicionais, tais como eles foram desenhados e desenvolvidos”¹⁵⁸.

O paradigma transconstitucional marca o advento de uma nova conjuntura jurídica, não apenas nas searas do Direito Internacional e do Direito Constitucional, onde ele germinou, mas, de igual modo, nas relações jurídicas entre particulares, que também sofrem seu impacto. Assim como o fenômeno da constitucionalização do Direito fez irromper a irradiação da eficácia constitucional¹⁵⁹ para todos os ramos do ordenamento jurídico estatal, o novo paradigma de que falamos, doravante, dá vazão à filtragem transconstitucional dos mais

156 Para uma análise detalhada do conceito de paradigma, cfr. KUHN, Thomas Samuel. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5 ed. São Paulo: Perspectiva S.A, 1997, p. 13 e ss.

157 AGRA, Cândido da. *A Epistémè das Ciências Criminais – Exercício Empírico-Teórico*, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias I”. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 547.

158 REIS MARQUES, Mário. *Op. cit.*, 2009, p. 50-51.

159 Sobre a força normativa da Constituição, cfr. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 24.

diversos naipes de relações jurídicas. Em concerto, preleciona Boaventura de Sousa Santos que essa “hibridação jurídica” não se realiza apenas ao nível estrutural, ou macro, das relações entre as diferentes ordens jurídicas, mas também “ao nível micro”, “das vivências, experiências e representações jurídicas dos cidadãos e grupos sociais”¹⁶⁰. Na mesma linha, Mário Reis Marques explica o fenômeno da “desnacionalização do direito civil”, que pode ser traduzido como “perda de centralidade do Código civil por força da penetração na ordem interna e nas jurisdições civis quer do direito comunitário, quer dos Direitos do Homem”¹⁶¹.

A tese da transição paradigmática de um modelo de constitucionalismo vestefaliano para o panorama normativo multinível não implica a desconsideração do Estado como fonte legítima do Direito e da Constituição como fonte suprema do ordenamento jurídico interno. Refutamos veementemente a tese de David Friedman, que considera o Estado ilegítimo, inútil e desnecessário: “*the special characteristic that distinguishes governments from other agencies of coercion, such as ordinary criminal gangs, is that most people accept government coercion as normal and proper*”¹⁶². Incorre em contradição, ao afirmar a ilegitimidade estatal e, logo em seguida, adjetivá-lo de legítimo; *i.e.*, sustenta que o traço distintivo entre o Estado e outras “agências” reside na legitimidade do primeiro: “*the same act that is regarded as coercive when done by a private individual seems legitimate if done by an agent of the government*”¹⁶³. Defende, ademais, que “*private arrangements could take over the most fundamental government functions – police, courts and national defense*”¹⁶⁴. Trata-se de uma visão anarquista (como, aliás, o próprio autor admite¹⁶⁵ e utópica com a qual não aquiescemos e que não pode ser levada a sério.

A análise histórica, a observação do contexto atual e o exame prospectivo do panorama mundial demonstram que o Estado é uma *conditio sine qua non* para a vida social, especialmente naquelas funções mais essenciais – cuja transferência integral ao setor privado é utopicamente defendida por Friedman. Harmoniza-se ao nosso entendimento a lição de

160 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. cit.*, 2003, p. 49. Para o autor, a própria “personalidade jurídica concreta dos cidadãos e grupos sociais” torna-se “cada vez mais composta e híbrida, incorporando em si diferentes representações” (*Idem, ibidem*, p. 49).

161 Ao analisar especificamente a atual realidade jurídica europeia, o autor expõe que “o juiz deve dar primazia ao direito comunitário sobre o direito civil e submeter este à conformidade com os Direitos do Homem, os direitos da Convenção europeia” (REIS MARQUES, Mário. *Op. cit.*, 2009, p. 50).

162 FRIEDMAN, David. *The Machinery of Freedom – Guide to a Radical Capitalism*. Nova Iorque: Harper & Row, 1973, p. 152-153.

163 *Idem, ibidem*, p. 153.

164 *Idem, ibidem*, p. 151.

165 *I described myself as an anarchist and asserted that government has no legitimate functions*” (*Idem, ibidem*, p. 151).

Jorge Miranda de que o Estado é essencial para a salvaguarda de direitos fundamentais, afinal, “não há direitos fundamentais sem Estado; a observação histórica comprova-o”¹⁶⁶.

Pese embora a importância decisiva do Estado como partícipe central no processo de produção do Direito, os novos tempos não mais admitem o fechamento autopoietico do sistema jurídico. Com efeito, soluções normativas passam a ser encontradas também em fontes de irradiação do direito que vão além da ordem estatal.

No atual paradigma, advertimos, a Constituição não é uma panaceia donde possam ser encontradas todas as soluções para os problemas jurídicos que se apresentem. Rechaçamos, pois, a perspectiva de Ronald Dworkin, que situa na Constituição a fonte de todas as respostas para questões jurídicas e até morais: “*the Constitution fuses legal and moral issues, by making the validity of a law depends on the answer to complex moral problems, like the problem of whether a particular statute respects the inherent equality of all men*”¹⁶⁷. Trata-se de uma concepção da qual nos afastamos, amiúde defendida pelos cultores do denominado “Neoconstitucionalismo”. Assim como sucede em Países da Europa continental (em especial, Alemanha, Itália, Espanha), a doutrina do neoconstitucionalismo é bastante difundida – não sem conhecidas objeções –, *mutatis mutandis*, nos Países da América Latina e também nos Estados Unidos da América (como se verifica, v.g., referida na obra de Ronald Dworkin). A inexistência de uma doutrina homogênea, assente na variação terminológica e mesmo divergência conceitual quanto às premissas divulgadas, levou Miguel Carbonell a formular a noção plural de neoconstitucionalismos. Afirma o autor que se trata “no de uno, sino de varios neoconstitucionalismos”¹⁶⁸.

Do mesmo modo, a vocação dialógica e pluralista do paradigma transconstitucional não se coaduna com o absolutismo jurisdicional em sede de hermenêutica constitucional. Recordamos, neste ponto, as lições de Peter Häberle, para quem a interpretação constitucional não é função adstrita a um único órgão, mas sim incumbência de toda a sociedade aberta de

166 MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*. Lisboa: Edição do Autor, 1999, p. 12. Acresce o autor: “somente há direitos fundamentais quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem” (*Idem, ibidem*, p. 17).

167 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, p. 185).

168 CARBONELL, Miguel. «Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo», *Neoconstitucionalismo (s)*, CARBONELL, Miguel (Org.). 4 ed. Editorial Trotta: Madrid, p. 9.

intérpretes que vivenciam a Constituição, pois quem vive a norma acaba por interpretá-la ou co-interpretá-la: “*wer die Norm lebt, interpretiert sie auch (mit)*”¹⁶⁹.

Um modelo hermenêutico-constitucional operacionalmente fechado dá azo aos riscos do ilegítimo ativismo judicial¹⁷⁰ e minimiza o plexo de atribuições constitucionalmente atribuídas ao Poder Legislativo; por consectário, fragiliza a harmonia entre os Poderes do Estado. Concordamos com Carl Schmitt quanto aos riscos de um “Estado Judicialista” (*Justizstaat* ou *Jurisdiktionsstaat*), caracterizado pela submissão de toda a vida política ao controle dos tribunais judiciais¹⁷¹. Não concordamos, porém, com as objeções do autor ao controle judicial de constitucionalidade, mui menos com a confiança no Presidente do Reich como guardião da Constituição para exercer um poder neutro, mediador, regulador e tutelar (“*neutralen, vermittelnden, regulierenden und bewahrenden Gewalt*”)¹⁷². A experiência histórica nazista demonstrou os equívocos de Schmitt neste aspecto.

Devemos refletir se ainda vivenciamos a “era dos direitos”, na expressão de Norberto Bobbio¹⁷³, ou se seria mais congruente falarmos em “era da política”¹⁷⁴, eis que se tornam

169 Cfr. HÄBERLE, Peter. *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten - Ein Beitrag zur pluralistischen und prozessualen Verfassungsinterpretation*. Berlim: Duncker & Humblot, 1978, pp. 155-181.

170 Propomos para o referido termo a acepção de prática jurisdicional que extrapola os limites da competência constitucionalmente conferida.

171 SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. 4 ed. Berlim: Duncker und Humblot, 1996, p. 22.

172 Cfr. *Idem, ibidem*, p. 132-140.

173 BOBBIO, Norberto. *L'Età Dei Diritti*. Turim: Einaudi, 1990, pp. 1-252. No mesmo sentido, crê Ronald Dworkin no domínio da “linguagem dos direitos”: “*The language of rights now dominates political debate...*” (DWORKIN, *Op. Cit.*, p. 184).

174 Sobre a “reinvenção da política”, cf. BECK, Ulrich. *The Reinvention of Politics: Rethinking Modernity in the Global Social Order*. Cambridge: Polity Press, 1997, p. 132 ss. Triepel já advogava a tese da redescoberta do sentido político que existe de modo inerente ao Direito Público como um todo: “*El Derecho público no tiene absolutamente otro objeto que lo político. El profesor de Derecho público no puede, por tanto, renunciar a analizar los fenómenos o intenciones políticas con criterios jurídico-públicos*” (TRIEPEL, Heinrich. *Derecho Público y Política*. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1974, p. 42). E arremata: “*Si llamamos ‘politico’ - esto es, con todo, un nuevo significado del cambiante vocablo - a todo aquello que se refiera a los fines del Estado o a su delimitación respecto de los fines individuales, resulta claro que una total comprensión de las normas del Derecho público es absolutamente imposible sin la inclusión de lo político*” (*Idem, ibidem*, p. 53). Paradoxalmente, ao abordar o seu conceito de “pós-democracia” como crise de igualitarismo e de trivialização do processo democrático, Colin Crouch vislumbra o fenômeno da “antipolítica”, traduzido na postura de aversão dos cidadãos em razão, *verbi gratia*, dos escândalos de corrupção, do desperdício do Erário e do seu indevido aproveitamento por interesses privados. Cf. CROUCH, Colin. *Post-democracy*. Cambridge: Polity Press, 2004. A pós-democracia de que trata Crouch não significa, porém, uma não-democracia; assim como a sociedade pós-industrial continua a usar os produtos da indústria, a sociedade pós-democrática ainda convive com as instituições democráticas, muito embora elas sejam cada vez mais manejadas por elites econômicas em detrimento da arena democrática: “*no one can say that contemporary western societies are anti-democratic, like de world’s many dictatorships. Elections, free debate, the rule of law all function; but somehow the dynamism of the political system is moving elsewhere - just as industry still exists in a post-industrial society, but most of the dynamism has gone to the services sectors. Hence, we are marching on the road towards post-democracy (...). The elsewhere to wich I saw our politics moving were the small circles of overlapping business lobbyists and a politico-economic elite*” (CROUCH, Colin. «*The March Towards Post-Democracy, Ten Years On*», *The Political Quarterly*, Vol. 87, nº 1. The Political Quarterly Publishing: Oxford, 2015, p. 71). A percepção de que o

cada vez mais anacrônicos os discursos destemperados de proliferação de direitos fundamentais – panjusfundamentalização – e de crença na força normativa da Constituição como fonte única e remediadora de todos os males juridicamente relevantes. Harmonizam-se à atual conjuntura, na contramão da retórica neoconstitucionalista, a delimitação do Direito Constitucional ao que lhe é inerente e essencial¹⁷⁵, a blindagem da função típica do Poder Legislativo contra a violação à separação dos poderes¹⁷⁶ e a percepção de que as questões jurídicas complexas devem ser manejadas à luz do paradigma da internormatividade. É tempo de hipostasiarmos a aspiração de Triepel¹⁷⁷ que, ciente da influência marcante de autores como Gerber, Albrecht, Laband e Kelsen – os quais trataram de “*depurar la ciencia del derecho público de todo lo político*”¹⁷⁸ – sustentou a necessidade de revitalizar o elemento político inerente ao direito constitucional e ao direito público como um todo.

discurso jurídico deve recuperar o sentido político não deve ser confundida com politicagem ou facciosismo, prática nociva ao princípio do estado de direito e às conquistas do constitucionalismo. Neste sentido, concordamos com Paul Kahn quando aduz que “*the enemy of constitutionalism is found in this convergence of political epithets: interest, faction, class. All gain their meaning from the opposition to the public good, which is delineated by reason and affirmed by the will of the sovereign*” (KAHN, Paul. Comparative Constitutionalism in a New Key. In: *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Yale Law Journal. 101(8): 2677-705. New Haven: The Yale Law Journal Company, 2004, p. 2705). Ao abordar o tema da integração europeia, entende Paula Veiga que na entrada da segunda década do Século XXI, “a União Europeia seguiu a via da politização, sem que tenha havido verdadeiramente uma democratização”. Para a autora, a União teve “várias dificuldades em integrar também a dimensão social do projecto (que apela à solidariedade e redistribuição)” e “apresentou soluções tecnocráticas no lugar de soluções políticas”. Em linha de peroração, argui que “a resposta natural à globalização, que foi a integração supranacional, entrou em crise. Em crise política, mas, também, numa crise econômica”, de modo que “hodiernamente, temos os especuladores financeiros e os cidadãos a serem marginalizados e anestesiados pela conversa repetitiva de austeridade, principalmente a questão da estabilidade econômico-financeira” (VEIGA, Paula. *Op. Cit.*, 2016, p. 444).

175 Suzana Tavares da Silva aborda a necessidade de repensarmos o Direito Constitucional para fins de retorno ao que é essencial. Propõe “mais Constituição para o Estado mais desregulado e menos Constituição para a sociedade hiperregulada” (TAVARES DA SILVA, Suzana. *Controlo da Constitucionalidade – 40 anos depois. Olhar o Constitucionalismo Português nos 40 Anos da Constituição de 1976*. In: www.ij.fd.uc.pt. Coimbra: Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra, 2016, p. 20). Carl Schmitt, a seu turno, defendia a acepção política de Constituição, *scilicet*, uma concepção enxuta do Direito Constitucional como decisão política fundamental, restrito ao conteúdo politicamente relevante. Isso não significa, porém, que a Constituição seja hábil a solucionar todas as questões políticas. Ao revés, delimitar o conteúdo essencialmente constitucional significa reconhecer os limites do Direito Constitucional e admitir que, muita vez, o texto constitucional não resolve o problema. Não concordamos com Schmitt, porém, quando este não situa a separação de poderes e o rol de direitos fundamentais como integrantes do conteúdo político essencial da Constituição. Cf. SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 8 ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1993, pp. 37-41, 125-128, 219-220.

176 José Casalta Nabais, ao abordar o tema da sustentabilidade financeira do Estado, defende a reabilitação do poder parlamentar face às despesas, a fim de que possa implementar as reformas legislativas necessárias ao enfrentamento da crise econômica. Cfr. CASALTA NABAIS, José. «Da Sustentabilidade do Estado Fiscal», *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. CASALTA NABAIS, José; TAVARES DA SILVA, Suzana (Coord.) Coimbra: Almedina, 2011, p. 34-35.

177 “*Esperemos que la próxima generación de nuestros publicistas, mas en contacto con la vida que la última, se dirigirá con especial energía a colocar las normas del Derecho público en la más íntima relación con las fuerzas políticas que las crean y las configuran* (TRIEPEL, Heinrich, *Op. cit.*, p. 51-52).

178 *Idem, ibidem*, p. 37.

Maria Lúcia Amaral, em passagem em que analisa a conexão entre direito e política no contexto da comunidade europeia, caracteriza Portugal como uma República – uma comunidade política autodeterminada – “que aceitou ser parte de uma outra comunidade mais vasta; as autoridades desta outra comunidade mais vasta emitem normas que valem e vigoram entre nós como se fossem *law of the land*, e *higher law of the land*”. A autora formula a seguinte indagação: “qual o fundamento que pode vir a ter esse valor e essa vigência? Perguntando por outras palavras: por que razão obedecemos nós ao direito comunitário?”. Situa-se a resposta fornecida pela autora, com exatidão, à perspectiva que estamos a abordar, concernente à era da política: “para explicar a nossa própria obediência ao direito da União precisamos de encontrar fundamentos que se situem fora do discurso jurídico, que descreve apenas o sistema de relações entre direito comunitário e direito interno”. E conclui: “a razão que explica a existência de um tal sistema – e que explica a nossa adesão a ele – é uma razão política¹⁷⁹”.

Já definido como paradigma, o transconstitucionalismo enseja orientações metodológicas e teóricas consentâneas com a sua natureza. Portanto, faz todo sentido falarmos em transconstitucionalismo como método do direito e como teoria do direito.

A metodologia¹⁸⁰ transconstitucional orienta o jurista a manejar a interpretação e aplicação das normas jurídicas e dos precedentes judiciais de modo dialógico. Para além da constatação de que o Direito constitui um sistema – circunstância que deslegitima a interpretação “em tiras” –, o método transconstitucional, se congruentemente adotado, consubstancia a conversação não apenas *intra*, mas, sobretudo, intersistêmica. Diante dessa nova metodologia, tornam-se insuficientes propostas como o “diálogo das fontes”, de Erik Jayme e mesmo o “método sistemático” de hermenêutica constitucional. Restringem-se tais construções ao paradigma jurídico vestefaliano, razão pela qual são insuficientes para a solução de problemas transconstitucionais. Não reputamos obsoletas, porquanto essas construções metodológicas são, ainda, rendosas, mormente em situações de menor complexidade e sem conexão interconstitucional. Sem embargo, não solucionam questões transconstitucionais. Daí não falarmos em anacronismo e sim em insuficiência.

179AMARAL, Maria Lúcia. *A Forma da República – Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 397-398.

180 “Antes do que autoridade, o transconstitucionalismo precisa de método” (NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 277). Na mesma linha de intelecção, Suzana Tavares da Silva afirmar concordar inteiramente com concepção de Marcelo Neves de que o grande desafio do séc. XXI é a construção de uma nova metodologia. Cfr. SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, p. 156.

Com efeito, Erik Jayme aborda exclusivamente o diálogo entre as fontes normativas de um mesmo sistema jurídico estatal. O autor lança mão do conceito de “coerência derivada ou restaurada” do sistema jurídico (*cohérence dérivée ou restaurée*)¹⁸¹ e aposta em um modelo aberto e flexível, pretensamente funcional e eficiente, viabilizador da aplicação conjunta de diferentes fontes legislativas ao mesmo caso concreto, em detrimento de um modelo antinômico hierárquico não-dialógico. Em que pese seu elogiável caráter dialógico, a teoria não transcende o âmbito endossistêmico do ordenamento estatal, razão pela qual, mesmo se transportada para questões de relevo constitucional, não se mostra hábil a fornecer respostas satisfatórias para problemas transconstitucionais, que exigem vocação para o diálogo multinível.

A mesma insuficiência podemos identificar no âmbito do método sistemático de interpretação constitucional, eis que orienta o intérprete à visualização de um ordenamento jurídico estatal como universo de compreensão, *i.e.*, como único dado de cognição. O método transconstitucional, de inspiração holística e cosmopolita, impõe que o hermeneuta vá além e encontre a solução no diálogo entre normas e julgados de toda uma rede normativa interconstitucional e não somente na conversação entre fontes de uma única ordenação estatal. Da concatenação das diferentes razões normativas decorre que a construção das soluções decisórias rege-se pelo imperativo de alteridade. Impende levar a sério as razões do *alter* e rechaçar a eleição de um modelo supremo, na medida em que uma postura tal obstaculizaria a transversalidade racional que é própria do método transconstitucional.

São aspectos fulcrais do método em baila a dupla contingência e a contenção. Passemos a analisar, doravante, o significado dessas duas máximas ou dimensões metodológicas.

Coube a Talcott Parsons conceber “*the element of ‘double contingency’ involved in the interaction process*”¹⁸². Parsons começa com o ator monádico e procura estabelecer uma transição conceitual do ato unitário para o nexos de ação, visualizando a interação elementar como constituída das ações – introduzidas independentemente, para começar – de dois atores. O ponto de partida para essa análise é a orientação de ação singular concebida como resultante de decisões contingentes entre alternativas. Uma orientação de valor dá expressão ao fato de que os valores correspondentes definem uma preferência por uma ou outra das

181 Cfr. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. In: “*Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye II*”. Haia: Kluwer, 1995, p. 36, 60 e 251.

182 PARSONS, Talcott. *The Social System*. Londres: Routledge, 1991, p. 6. Cfr. *Idem, ibidem*, pp. 22-23, 30-31 e 374.

alternativas dadas. Como a força reguladora dos valores culturais não nega a contingência dessas decisões, toda interação entre dois atores que entram numa relação ocorre sob a condição de dupla contingência. Isso é tratado como um fato que gera um problema: torna as requisições de pedidos funcionalmente necessárias. Na construção lógica da interação, a dupla contingência da livre escolha pelo *ego* e *alter* é anterior aos mecanismos de ordenação que coordenam as ações. No nível analítico do ato de unidade, os padrões de valor são atribuídos a atores individuais como algo subjetivo de maneira que eles precisam ser harmonizados intersubjetivamente. Destina-se o elemento de orientação para o valor apenas a excluir a postulação de processos contingentes de fixação de finalidades e a evitar qualquer retratação da autonomia para definir fins em favor de uma assimilação racionalista ou positivista das orientações de ação para os determinantes da situação de ação¹⁸³.

Jürgen Habermas entende que Parsons se agarrou ao núcleo do conceito utilitário de ação, interpretando a liberdade de decisão do ator como uma escolha entre meios alternativos para determinados fins, por achar, talvez, que poderia resgatar o voluntarismo apenas por conceber a liberdade de decisão como uma contingente liberdade de escolha – *Willkür* – na linguagem do idealismo alemão¹⁸⁴. Essa visão está em contraste com a ideia de um sistema cultural de valores que é intersubjetivamente compartilhado desde o início, na ótica de Habermas. Eis a crítica dirigida à formulação de Parsons – ou, nos termos de Habermas – “este é precisamente o problema na construção da teoria: como Parsons deveria conectar o conceito monádico da ação com o conceito intersubjetivo de ordem que ele tomou emprestado de Durkheim?”. Propõe o autor que o problema poderia ser resolvido se Parsons fizesse as

183 Cf. HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action - The Critique of Functionalist Reason*. Vol. 2. Trad. Thomas McCarthy. Cambridge, Polity Press, 1987, p. 214. Eis a análise levada a efeito por Jürgen Habermas: “Parsons begins with the monadic actor and seeks to establish a conceptual transition from the unit act to the nexus of action by viewing elementary interaction as made up of the actions - introduced independently, to begin with - of two actors. The point of departure for this analysis is the singular action orientation conceived of as resulting from contingent decisions between alternatives. A value orientation gives expression to the fact that the corresponding values set a preference for one or the other of the given alternatives. Since the regulative force of cultural values does not negate the contingency of these decisions, every interaction between two actors entering into a relation takes place under the condition of ‘double contingency’. This is treated as a fact that generates a problem: it makes ordering accomplishments functionally necessary. In the logical construction of interaction, the double contingency of free choice by ego and alter is prior to the ordering mechanisms that coordinate actions. At the analytical level of the unit act, value standards are attributed to individual actors as something subjective; thus they need to be intersubjectively harmonized. The element of value orientation is meant only to exclude the postulation of contingent processes of setting ends and to prevent any retraction of the autonomy to set ends in favor of a rationalistic or positivistic assimilation of action orientations to determinants of the action situation”.

184 Cfr. *Idem, ibidem*, p. 214. “Parsons held on to the core of the utilitarian concept of action, interpreting the actor’s freedom of decision as a choice between alternative means for given ends. Perhaps he felt he could rescue voluntarism only by conceiving freedom of decision as a contingent freedom of choice”.

realizações interpretativas dos participantes na interação, o que torna o consenso possível, central para o conceito de ordem social. Processos dependentes de linguagem para alcançar a compreensão ocorrem no contexto de uma tradição intersubjetivamente compartilhada, especialmente de valores aceitos em comum. O contexto ao qual um texto se refere pode servir aqui como um modelo para o que estabelece a ordem. Nesse modelo, o problema de coordenar a ação proposta pela relação duplamente contingente entre atores capazes de decisões seria resolvido por uma orientação para as reivindicações de validade das normas destinadas ao reconhecimento intersubjetivo¹⁸⁵.

Niklas Luhmann lança mão do conceito de dupla contingência para aplicá-lo à sua teoria dos sistemas sociais. O mundo da vida apresenta ao homem a possibilidade de interagir com uma multiplicidade de experiências, daí caracterizar-se pela complexidade – *i.e.*, o fato de que as possibilidades existentes superam as realizadas – e contingência, definida como “perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”¹⁸⁶. A interação com o outro no mundo social transfigura a contingência simples em dupla contingência. Insere-se o *alter* no campo de percepção do *ego* como *alter ego*: os outros homens constituem “fontes eu-idênticas de experimentação”¹⁸⁷. Somente como *alter ego* é que o *ego* pode captar como próprias as perspectivas de *alter*: “reconhecer e absorver as expectativas de um outro como minhas próprias só é possível se reconheço o outro como um outro eu”¹⁸⁸.

185 “This view stands in contrast to the idea of a cultural system of values that is intersubjectively shared from the start. And this is precisely the problem in theory construction: how should Parsons connect the monadic concept of action with the intersubjective concept of order he borrowed from Durkheim? The problem could be solved if he made the interpretive accomplishments of participants in interaction, which make consensus possible, central to the concept of social order. As shown above, language-dependent processes of reaching understanding take place against the background of an intersubjectively shared tradition, especially of values accepted in common. The context to which a text refers might serve here as a model for what establishes order. On this model the problem of coordinating action posed by the doubly contingent relation between actors capable of decisions would be solved by an orientation to the validity claims of norms intended for intersubjective recognition” (*Idem, ibidem*, p. 214-215). Para Habermas, posições positivas e negativas sobre reivindicações de validade normativa não provêm de uma liberdade de escolha contingente, mas de convicções morais e práticas; estão sujeitos, pelo menos implicitamente, à força obrigatória de boas razões. Para o filósofo, se começarmos, como faz Parsons, definindo decisões orientadoras de ação como o produto das escolhas privadas (*Willkür*) de atores solitários, não temos nenhum mecanismo que possa explicar como os sistemas de ação são construídos a partir de unidades de ação. *In verbis*: Yes/no positions on normative validity claims do not spring from a contingent freedom of choice but from moral-practical convictions; they are subject, at least implicitly, to the binding force of good reasons. If we begin, as Parsons does, by setting out action-orienting decisions as the product of the private choices (*Willkür*) of solitary actors, we have no mechanism that could explain how action systems get constructed out of action units (*Idem, ibidem*, p. 215).

186 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45-46.

187 *Idem, ibidem*, p. 46.

188 *Idem, ibidem*, p. 47.

A dimensão da alteridade é desenvolvida, ademais, pela filosofia existencialista de Jean-Paul Sartre, que se opõe ao subjetivismo solipsista de Descartes para sustentar que através do *cogito* o homem não descobre somente a si próprio, mas também os outros como condição de sua existência: “*l’homme qui s’atteint directement par le cogito découvre aussi tous les autres, et il les découvre comme la condition de son existence*”. O homem não pode ser nada a não ser que os outros o reconheçam como tal. Neste sentido, o *alter* é *conditio sine qua non* para a existência do *ego* enquanto tal. Descortina-se um mundo chamado intersubjetividade e é nesta morada que o sujeito decidirá o que é e o que são os outros (“*découvrons-nous tout de suite un monde que nous appellerons l’intersubjectivité, et c’est dans ce monde que l’homme décide ce qu’il est et ce que sont les autres*”), afinal, a existência precede a essência. A própria noção de verdade só faz sentido do ponto de vista intersubjetivo, pois para obter uma verdade qualquer sobre mim mesmo, é necessário que eu passe pelo outro: “*pour obtenir une vérité quelconque sur moi, il faut que je passe par l’autre*”¹⁸⁹.

Assim como Edgar Morin – conforme delineamos no primeiro capítulo desta dissertação –, Jean-Paul Sartre refuta a tese ontológica de que a natureza humana possui uma essência enquanto dado *a priori* por entender que a existência é um *prius* e a essência, um *posterius*. E o que ele quer dizer com tal assertiva? Precisamente que o homem existe, se encontra, surge no mundo e se define *a posteriori*: “*Qu’est-ce que signifie ici que l’existence précède l’essence? Cela signifie que l’homme existe d’abord, se rencontre, surgit dans le monde, et qu’il se définit après*”¹⁹⁰. É, portanto, impossível encontrar em cada homem uma essência universal que seria a natureza humana¹⁹¹. Sem embargo, o filósofo existencialista admite certa universalidade do homem, que não é dada, e sim perpetuamente construída: eu construo o universal escolhendo-me e compreendendo o projeto de qualquer outro homem, de qualquer época que seja (“*je construis l’universel en me choisissant; je le construis en comprenant le projet de tout autre homme, de quelque époque qu’il soit*”). É dizer: todo projeto é compreensível para qualquer homem e nisto reside a sua universalidade. Por conseguinte, qualquer projeto, por mais individual que seja, possui um valor universal, de modo que, *verbi gratia*, o projeto de um chinês, de um indiano ou de um africano pode ser

189 SARTRE, Jean-Paul. *L’Existentialisme est un Humanisme*. Paris: Nagel, 1970, p. 10.

190 *Idem, ibidem*, p. 3.

191 *Idem, ibidem*, p. 10.

compreendido por um europeu, o qual pode lançar-se da mesma maneira e nele refazer aquele projeto¹⁹².

Destaca-se, ademais, a doutrina de Emmanuel Levinas como relevante marco teórico para o estudo da alteridade. O filósofo refuta a primazia do subjetivismo – a soberania do “Mesmo” – e deposita no “Outro” a sua conhecida ideia de infinito: o infinito é o “absolutamente Outro”. O foco de sua filosofia reside no pensado, *i.e.*, no “Outro” e não no sujeito pensante, *i.e.*, no “Mesmo”. A relação do “Mesmo” com o infinito – totalidade, exterioridade –, concerne à relação com o “Outro”, de modo que a transcendência representa a passagem em direção ao “Outro”, a uma realidade distinta da ipseidade¹⁹³.

O primeiro aspecto do método – dupla contingência –, portanto, concerne à observação recíproca entre *ego* e *alter* em interação e carrega em si a questão do reconhecimento, *i.e.*, a mútua consideração entre os dois polos¹⁹⁴, correspondentes aos sistemas jurídicos parciais no bojo da diferenciação interna do sistema jurídico.

O segundo aspecto – a contenção – está intrinsecamente correlacionado ao primeiro enquanto antípoda da racionalidade excludente. Não se harmoniza o método transconstitucional com a maximização da racionalidade sistêmica em detrimento de outras. Neste sentido, a autocontenção de um sistema jurídico parcial importa a sua abertura para a interação e a “disposição de procurar as descobertas normativas dos outros”¹⁹⁵.

Propomos uma interface entre a metodologia transconstitucional e a hermenêutica diatópica de Boaventura de Sousa Santos, que é corolário do “universalismo negativo”, *i.e.*, da convicção da impossibilidade da completude cultural. Se todas as culturas são incompletas, é curial que sejam enriquecidas pelo diálogo com outras culturas, mediante um “cruzamento de motivações convergentes”¹⁹⁶. Essa concepção hermenêutica caracteriza a “razão cosmopolita”, um modelo de racionalidade tendente a suplantar a “razão indolente” e suas

192 *Idem, ibidem*, p. 10.

193 Cfr. LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*. Trad. José Pinto Ribeiro, Lisboa: Edições 70, 1988, p. 29, 49 e 66, e também LEVINAS, Emmanuel. *Descobrimo a existência com Husserl e Heidegger*. Trad. Fernanda Oliveira, Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 209.

194 Marcelo Neves explica que a questão da dupla contingência não se resume à interação entre pessoas, porquanto *ego* e *alter* também podem remeter a sistemas sociais, como é o caso do sistema jurídico e seus sistemas parciais. Cfr. NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 270.

195 NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 275. Na mesma linha, cfr. WALDRON, Jeremy. *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*. In: “Harvard Law Review”. Vol. 119. Cambridge: The Harvard Law Review Association, 2005, pp. 129-147.

196 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Sociologia das Ausências e uma Sociologia das Emergências*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). “Conhecimento Prudente para uma Vida Decente: Um Discurso sobre as Ciências Revisitado” Porto: Afrontamento, 2003, pp. 735-775, em especial p. 760-761.

quatro formas ou manifestações: razão impotente, razão arrogante, razão metonímica, razão proléptica.

A “razão impotente” é inerte por pressupor que necessidades exógenas não são de sua alçada. “Arrogante” é a razão que se enxerga como incondicionalmente livre e, portanto, “livre da necessidade de demonstrar a sua própria liberdade”. Denomina-se “razão metonímica” a que “se reivindica como a única forma de racionalidade”. Por sua vez, a “razão proléptica” não reflete acerca do porvir, por julgar-se onisciente a seu respeito “e o concebe como uma superação linear, automática e infinita do presente”¹⁹⁷.

Segundo Boaventura de Sousa Santos, a “razão indolente” – termo que afirma ter recepcionado de Gottfried Wilhelm Leibniz – concerne ao conhecimento filosófico e científico hegemônico (do qual o romantismo e o marxismo são “exceções parciais” e alternativas insuficientes para superá-la), produzido no Ocidente nos últimos duzentos anos, no contexto da consolidação do Estado Liberal, das revoluções industriais e do desenvolvimento capitalista, bem como do colonialismo e imperialismo. Para o sociólogo português, o traço peculiar da concepção ocidental de racionalidade é o fato de “contrair o presente” e “expandir o futuro”, motivo pelo qual sugere uma racionalidade cosmopolita que permita “expandir o presente”, mediante uma “sociologia das ausências”, e “contrair o futuro”, por via de uma “sociologia das emergências”¹⁹⁸.

A nosso sentir, aproximam-se os conceitos de razão cosmopolita e hermenêutica diatópica do conceito de “razão transversal”, ao qual recorre¹⁹⁹ a doutrina do transconstitucionalismo. Eis uma racionalidade regida pela lógica de não-imposição, *i.e.*, uma razão não outorgada, não impositiva, senão construtiva de “pontes de transição entre heterogêneos”²⁰⁰. A racionalidade transversal não impõe decretos; antes, entrelaça, conecta.

Nesse diapasão, a partir das noções de “*ductilidade constitucional*” e de “*derecho dúctil*”, Zagrebelsky sustenta que os novos tempos exigem o desenvolvimento de uma “dogmática jurídica fluida ou líquida”, hábil a adaptar-se à complexidade e heterogeneidade que caracterizam o domínio social contemporâneo (“*las sociedades pluralistas actuales*”) e

197 *Idem, ibidem*, p. 737.

198 *Idem, ibidem*, p. 737-738.

199 Marcelo Neves informa que, para fundamentar sua tese sobre o transconstitucionalismo, adotou o conceito de razão transversal proposto por Wolfgang Welsch. Cfr. NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 38.

200 *Idem, ibidem*, p. 39. O conceito é aplicado nos seguintes termos: “em que medidas ordens jurídicas podem tratar conjuntamente de problemas constitucionais de maneira transversalmente racional, ou seja, sem atuar de forma destrutiva ou bloqueante em relação a outras ordens jurídicas envolvidas na questão ou a si mesmas?” (*Idem, ibidem*, Introdução, p. XXIV).

demandam uma visão aberta da Constituição e do Estado: “*una plenitud de vida colectiva que exige actitudes moderadas (una aurea medietas), pero positivas y constructivas*”. O autor, destarte, vale-se da lição de Peter Häberle para defender um “modo de pensar possibilista” (*Möglichkeitsdenken*), *i.e.*, um “*pensamento pluralista de las alternativas*” (*pluralistisches Alternativendenken*). Essa atitude mental possibilista “*representa para el pensamiento lo que la concordancia práctica representa para la acción*”²⁰¹.

A metodologia transconstitucional parte da premissa de que o direito constitucional não pode ser fonte autossuficiente para o enfrentamento de problemas sociais estruturais ou de alta complexidade. Propõe o diálogo não apenas entre as fontes normativas exógenas e endógenas do Direito, mas também entre este e outras áreas do saber científico. Torna-se, por isso, impensável a aplicação prática de uma Teoria Pura do Direito diante das limitações da ciência do direito e de sua vocação interdisciplinar. Impende, cada vez mais, a adoção de uma postura dialógica, gnosiologicamente aberta, para a construção de pontes de comunicação com outras áreas do saber – ou, em outros termos, outros sistemas sociais parciais. Circunstância que não se confunde com a imposição de interações de perfil alopoiético, o que significaria a ruptura ou desaparecimento do sistema jurídico enquanto tal.

O diálogo entre o sistema jurídico e o sistema econômico proposto pela doutrina da análise econômica do direito, *verbi gratia*, alinha-se à metodologia transconstitucional. Trata-se, a nosso sentir, de um pragmatismo jurídico de tipo econômico – delineamos o significado do pragmatismo teórico no capítulo primeiro desta dissertação –, *i.e.*, de uma perspectiva que interpreta as normas jurídicas e o sistema jurídico com ênfase em seus efeitos econômicos. A preocupação com as consequências ou efeitos práticos da experiência jurídica – consequencialismo²⁰² – revela o jaez pragmático dessa corrente de pensamento cujo advento remonta à década de sessenta, a partir dos trabalhos de Ronald Coase e Guido Calabresi²⁰³, não obstante a sua sistematização teórica tenha ocorrido na década subsequente, através dos esforços de Richard Posner²⁰⁴.

201 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, 2009, pp. 11-20.

202 Cf. capítulo I desta dissertação.

203 Joaquim Bisbal afirma que “*Calabresi es uno de los fundadores de la corriente de pensamiento jurídico denominada análisis económico del Derecho*” e que “*la historia intelectual del análisis económico del Derecho arranca de un artículo de R. H. Coase, The Problem of Social Cost, publicado en The Journal of Law & Economics en 1960*” (BISBAL, Joaquim. «Prólogo», *El Coste de Los Accidentes – Análisis Económico y Jurídico de La Responsabilidad Civil*. CALABRESI, Guido. Trad. Joaquim Bisbal. Barcelona: Editorial Ariel, 1984, p. 11).

204 Segundo Pedro Mercado Pacheco, “*en el desarrollo del análisis económico del derecho como disciplina autónoma se produce un punto de inflexión en los años setenta, más concretamente en 1973, cuando Richard Posner publica el manual titulado Economic Analysis of Law*” (PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis*

A análise econômica do direito toma o sistema jurídico como objeto de estudo a partir do ponto de vista econômico, o que significa, em primeiro lugar, que a interpretação e evolução de uma norma se realizem pelos pressupostos da teoria econômica e, em segundo lugar, que uma racionalidade de tipo econômico deva produzir “*una reformulación del derecho acorde con ese modelo de racionalidad*”²⁰⁵. Nesse diapasão, a doutrina em comento almeja inserir na centralidade do raciocínio jurídico questões como a eficiência do direito, o custo dos institutos na persecução de seus fins e as consequências econômicas das decisões jurídicas.

A inexorável porosidade entre o sistema econômico e o sistema jurídico – *i.e.*, a constatação de que decisões econômicas podem afetar institutos jurídicos no plano da nomogênese ou criar situações de vantagem juridicamente relevantes²⁰⁶, assim como decisões jurídicas influenciam o domínio econômico – retrata a abertura gnosiológica e sistêmica preconizada pela metodologia aqui defendida. Aí reside o grande mérito da doutrina da análise econômica do direito: explicitar os pontos de contato entre os dois sistemas.

Entendemos ser curial a adoção do método interdisciplinar para um diálogo entre os dois campos, de modo a viabilizar a eficiência econômica, mas sem suplantar a essência da racionalidade jurídica, do contrário restaria comprometida a própria autonomia do sistema jurídico. Rechaçamos a compreensão de Pedro Mercado Pacheco segundo a qual constitui a análise econômica do direito um “*estudio interdisciplinar y, como tal, un ataque a la idea de autonomía de la propia ciencia jurídica*”²⁰⁷. O autor defende o reconhecimento da eficiência econômica como fundamento e norma fundamental de todo o sistema jurídico: “*ello transforma y reformula la función del derecho, constituyendo al sistema jurídico en instrumento que produce y reproduce una racionalidad material de tipo económico*”²⁰⁸. Não concordamos com essa compreensão radical da análise econômica do direito, mui menos com a assertiva de que a interdisciplinaridade implica um ataque à autonomia. Acreditamos na possibilidade de diálogo entre os sistemas sem comprometer a estrutura de diferenciação, de

Económico del Derecho – Una Reconstrucción Teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 30).

205 *Idem, ibidem*, p. 34.

206 Ao analisar os determinantes da nomogênese e da seleção de normas eficientes, Lewis Kornhauser preconiza que forças sociais escapam ao controle dos órgãos de criação do direito e dirigem o processo de edição de normas mais eficientes do que as adotadas anteriormente (KORNHAUSER, Lewis. «L’analyse Economique du Droit», *Revue de Synthèse*. Cachan: Lavoisier, 1985, p. 329). Destarte, *verbi gratia*, uma adversa conjuntura econômica acaba por determinar medidas de austeridade no campo do direito.

207 *Op. Cit.*, p. 33.

208 *Idem*, p. 37.

modo a evitar a alopoiese²⁰⁹ do sistema jurídico. Isto é, defendemos a construção de pontes de comunicação entre os dois sistemas sociais e rechaçamos a pretensão de colonização do jurídico pelo econômico. Aquiescemos, assim, com Vieira de Andrade quando afirma que o critério econômico-financeiro não pode ser manejado de modo absoluto e totalizando, sob pena de restarem comprometidas outras dimensões relevantes da vida social e da ordem constitucional: “os custos dos direitos sociais – como, aliás, de todos os serviços sociais – não podem ser avaliados apenas do ponto de vista financeiro e económico, mas num quadro político geral, tendo em conta, designadamente, os custos sociais e também outras dimensões (de segurança, ambiental, cultural)”²¹⁰.

A comunicação é elemento essencial de um sistema autopoietico, enquanto fator de abertura para o diálogo com os demais sistemas sociais, sem comprometer sua própria diferenciação no ambiente. Conforme preleciona Niklas Luhmann, “*social systems use communications as their particular mode of autopoietic reproduction*”²¹¹.

A “jurisprudência da crise”²¹² levada a efeito pelo Tribunal Constitucional Português é emblemática para exemplificarmos a perspectiva que estamos a sustentar, por comprovar, a um só tempo, a inviabilidade de reverter ou amenizar a situação de crise econômica sem o auxílio da racionalidade econômica no âmbito da tomada de decisões políticas²¹³ e jurídicas e a insuficiência do direito interno para encontrar respostas jurídicas a problemas transconstitucionais. A nomenclatura tange a um conjunto de decisões prolatadas pelo Tribunal Constitucional português na apreciação, em sede de fiscalização abstrata de

209 Sobre os conceitos de autopoiese e alopoiese, oriundos da Biologia de Maturana e Varela e aplicados à teoria dos sistemas sociais de Luhmann, cfr. NEVES, Marcelo. «De la Autopoiesis a la Alopoiesis del Derecho», *Doxa*, n. 19. Alicante: Universidad de Alicante, 1996, pp. 403-420. “Maturana e Varela não impediram a transposição dos esquemas autopoietico para o direito através da mão sofisticada de Luhmann” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, 2008, p. 100). Entende Castanheira Neves que “a tese de índole autopoietica do sistema jurídico não é recusável enquanto se pretenda assim afirmar a autonomia (a identidade jurídica excludente de decisivas determinações não jurídicas, políticas, sociológicas, econômicas, etc.) e a auto-referência constitutiva (os problemas jurídicos resolvem-se só juridicamente numa auto-reconstituição dos seus elementos jurídicos através das possibilidades oferecidas por outros mobilizáveis elementos jurídicos) do sistema jurídico” (CASTANHEIRA NEVES, António. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia – Tópicos Para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 55-56).

210VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Op. Cit.*, 2016, p. 251.

211LUHMANN, Niklas. «The Autopoiesis of Social Systems», *Sociocybernetic Paradoxes: Observation, Control and Evolution of Self-Steering Systems*. Londres: Sage, 1986. p. 174.

212 Acerca do conceito de crise, cfr. BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *State of Crisis*. Cambridge: Polity Press, 2014, p. 11 ss.

213 Sobre o diálogo entre política e economia e a tomada de decisões políticas através da racionalidade econômica, cfr. BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent – Logical Foundations of Constitutional Democracy*. 2 ed. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1967, p. 43 ss. E também: BUCHANAN, James. *Constitutional Economics*. Londres: Basil Blackwell, 1991, p. VII ss.

constitucionalidade, das medidas legislativas de austeridade levadas a efeito pelo governo na vigência do Programa de Assistência Econômica e Financeira. Este programa adveio de um acordo entre Portugal, a União Europeia e o Fundo Monetário Internacional como providência para o enfrentamento da crise econômica mundial, e pautado na consolidação orçamental, estabilidade do sistema financeiro e transformação estrutural da economia, com vistas à restauração da confiança dos mercados financeiros internacionais e a efetivação do crescimento econômico sustentável²¹⁴.

A conformação normativa – em forma de medidas de austeridade – realizada no plano interno à luz de regras oriundas das searas supranacional (União Europeia) e transnacional (Fundo Monetário Internacional)²¹⁵ é sintomática de um novo paradigma que suplanta o modelo de constitucionalismo vestefaliano. Com efeito, as alterações legislativas de adequação aos parâmetros da União Europeia refletem, em especial, a assunção de um compromisso comunitário.

Cientes da distinção que existe entre direito internacional (v.g., normas da ONU) e direito supranacional (por excelência, a ordem da União Europeia), propomos, entretentes, uma interface entre esse *status* de adequação da normatividade interna ante o direito comunitário e a categoria que Triepel denomina “direito interno internacionalmente ordenado”. Refere-se o autor a um “*droit interne qui est internationalement important*”, que se subdivide em “*droit conforme au droit international*” e “*droit contraire au droit*

214Direitos sociais são direitos com custos, razão pela qual insta repensarmos o papel do Estado quanto à sua gestão, especialmente em conjunturas econômicas de crise. Nesse diapasão, José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva sustentam a proposta de construção de uma nova socialidade para dinamização da economia, fundada em três pilares ou dimensões: a redução da despesa, a reformulação das áreas de intervenção e o refinanciamento. O primeiro pilar liga-se diretamente à necessidade de adoção de medidas de austeridade em um contexto de crise. Cfr. TAVARES DA SILVA, Suzana. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2 ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, p. 209. Refere-se José Casalta Nabais à demanda de “renegociação do contrato social”. O autor compreende a sustentabilidade financeira como instrumento de um equilíbrio global nos domínios econômicos, ecológico e social. Cfr. CASALTA NABAIS, José. «Da Sustentabilidade do Estado Fiscal», *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. CASALTA NABAIS, José; TAVARES DA SILVA, Suzana (Coord.) Coimbra: Almedina, 2011, p. 24.

215 A respeito do relacionamento entre as ordens jurídicas estatais e as ordens jurídicas transnacionais, como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e a Organização Mundial de Comércio, preconiza Dieter Grimm que o setor globalizado da economia depende de um direito transnacional, que, por sua vez, nenhum legislador pode preparar (GRIMM, Dieter. «Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung», “*Kontinuität und Wandel: Festschrift für Peter Badura zum siebzigen Geburtstag*”. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, p. 161). A esse respeito, expõe Zygmunt Bauman que, neste cenário, decisões são tomadas por poderes estabelecidos que, supranacionais por sua natureza, não são instados a observar leis e regulamentos locais, estando livres de limitações de conveniência política (BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Op. Cit.* 2014, p. 26).

internacional”. O primeiro é bifurcado em “*droit autorisé par le droit international*” e em “*droit ordonné par le droit international*”,²¹⁶ sendo esta última categoria a que nos interessa.

Trata-se de uma aproximação, uma analogia (interface), e não de uma identidade, na medida em que a clivagem desenvolvida pelo jurista alemão atine à relação entre o ordenamento interno e a ordem jurídica internacional e não à internormatividade supraestatal que caracteriza o elo entre a ordem da União Europeia e as ordenações dos respectivos Estados-Membros. Com efeito, entendemos ser possível tal aproximação, haja vista a correspondência entre a semântica conferida pelo autor e o cenário internormativo que ora analisamos.

Neste passo, se uma regra de direito interno é “internacionalmente ordenada”, nos termos de Triepel, quando sua criação, ou sua manutenção, resulte de obrigação internacional do Estado, propomos a substituição da adjetivação “internacional” por “comunitária” ou “supranacional” e assim perfazemos a interface com precisão conceitual e terminológica. Portanto, podemos considerar “comunitariamente ou supranacionalmente ordenadas” as alterações legislativas efetivadas na ordem interna de Portugal como reflexo de seu compromisso com a ordenação da União Europeia.

Prelecionam Ana Maria Guerra Martins e Miguel Prata Roque²¹⁷ que o Tribunal Constitucional considerou a metódica normativa multinível, ao tratar da vinculação internormativa de Portugal ao cumprimento do Pacto de Estabilidade e Crescimento e também das implicações decorrentes do Programa de Assistência Económico-Financeira celebrado com a Comissão Europeia, o BCE e o Fundo Monetário Internacional, especialmente nos Acórdãos nº 396/2011 (reduções remuneratórias aplicáveis aos funcionários públicos), nº 353/2012 (suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de natal na LOE2012), nº 187/2013 (suspensão do pagamento do subsídio de férias – na LO2013) e nº 413/2014 e nº 574/2014. Além destes julgados, compõem a “jurisprudência da crise” os acórdãos nº 474/2013 (despedimento de funcionários públicos); nº602/2013 (alterações do Código de Trabalho para eliminação de feriados e relação entre fontes de regulação); nº 794/2013 (aumento para 40 horas semanais do horário de trabalho dos trabalhadores em funções

216 TRIEPEL, Heinrich. «Les Rapports Entre Le Droit Interne et Le Droit International», “*Recueil Des Cours – Académie de Droit International de la Haye*”. Tome 1 de La Collection. Hachette: Paris, 1925, p. 106-107.

217 MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. «A tutela multinível dos direitos fundamentais. A posição do Tribunal Constitucional português», “*Revista da Esmape*”. V. 19, n. 40. Recife: EJUD-TJPE, 2014, p. 35 ss.

públicas); nº 862/2013 (convergência das pensões da Caixa Geral das Aposentações com o regime geral de segurança social).

Adequou-se, outrossim, a *ratio decidendi* amiúde exposta pelo Tribunal Constitucional português à abertura para a interdisciplinaridade informada pela metódica transconstitucional ao esmiuçar conceitos típicos da racionalidade econômica. É o caso do conceito de “estado de necessidade econômico-financeiro”, que instrui, *verbi gratia*, o Acórdão nº 396/2011²¹⁸, em concerto com a lógica da análise econômica do direito, que abordamos alhures.

Por fim, passamos a abordar a dimensão teórica do transconstitucionalismo. Uma vez definida a teoria como proposta ou construção que tem por desiderato a descrição da realidade²¹⁹, assiste razão ao enquadramento do transconstitucionalismo como uma teoria do direito. Nesse diapasão, a teoria transconstitucional tem o escopo de descortinar o cenário hodierno do direito, marcado por uma complexidade sem precedentes e pelo entrelaçamento multinível das questões e dos problemas jurídicos transversais.

Reputamos a descrição da fenomenologia jurídica fornecida pela teoria transconstitucional mais realista e completa relativamente à teoria do pluralismo jurídico. Isso porque os cultores do pluralismo jurídico desenvolveram descrições adstritas à seara endógena da coexistência de ordens jurídicas locais, infra-estatais, com o direito positivo do Estado²²⁰. Ao revés, a teoria transconstitucional açambarca a dimensão exógena da hibridação jurídica.

218 Conforme preleciona Suzana Tavares da Silva, o fato de o legislador constituinte não prever explicitamente o instituto em comento e nem remeter para o legislador ordinário a sua consagração não prejudica o seu reconhecimento na prática se reconduzirmos a um princípio geral de direito prévio à formulação legislativa. É dizer: quando o Estado se enquadra em situação de escassez de recursos financeiros que põe em xeque sua capacidade de honrar as obrigações, caracteriza-se a iminência de *default*, *i.e.*, uma situação anormal de perigo iminente e real, provocado por circunstâncias externas excepcionais, sendo estes os pressupostos para a declaração do estado de necessidade. Cfr. TAVARES DA SILVA, Suzana. «Sustentabilidade e Solidariedade em Tempos de Crise», *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 69-70. Sobre o mesmo tema, cfr. LEAL, Gabriel Prado. «Exceção Económica e Governo de Crise nas Democracias», *Idem*, p. 94 ss. Em sentido diverso, entende Cristina Queiroz (*Op. cit.*, p. 13) que o fundamento em baila não poderia incidir em caso de crise econômica, eis que o direito de necessidade previsto no art. 19º da Constituição portuguesa atine a outros pressupostos que não aquele (estado de guerra, estado de sítio e estado de emergência). Entende a autora que a crise reside, ainda, em um quadro de normalidade constitucional. Não concordamos com esse entendimento. Para nós, *a contrario sensu*, a grave crise econômico-financeira reflete uma situação de anormalidade suscetível de ser caracterizada como de estado de necessidade de jaez econômico, em concerto com a doutrina da análise econômica do direito.

219 Cfr. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 235.

220 Neste sentido, cfr. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. cit.*, 2003, p. 48-49, que transcendeu a tradição doutrinária do pluralismo jurídico, ao contemplar a dimensão global da hibridação jurídica.

Concluimos que o transconstitucionalismo logra multifacetada semântica. Não revela cariz monolítico, razão pela qual pode ser compreendido enquanto novo paradigma, teoria e método jurídicos. Passemos, neste âmbito, à explanação das diversas manifestações transconstitucionais, consoante sistematização proporcionada pela teoria transconstitucional que constitui marco epistemológico desta dissertação.

A dimensão teórica do transconstitucionalismo bifurca a análise²²¹ de seu objeto em “transconstitucionalismo entre ordens jurídicas” e “transconstitucionalismo em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos. No primeiro grupo inserem-se: transconstitucionalismo entre direito internacional público e direito estatal; transconstitucionalismo entre direito supranacional e direito estatal; transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais; transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e transnacionais; transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extra-estatais; transconstitucionalismo entre direito supranacional e direito internacional. No segundo grupo, a seu turno, verifica-se uma clivagem entre transconstitucionalismo multiangular entre ordens da mesma espécie e ordens de tipos diversos; e transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos²²².

221 Eis o esquema de análise proposto por Marcelo Neves, adotado como marco teórico do presente estudo. Cfr. NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2012, p. 616-633. E também NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 115-270. Jorge Miranda, que adere à teoria do transconstitucionalismo, apresenta o seguinte quadro: transconstitucionalismo a nível externo; transconstitucionalismo a nível interno; e transconstitucionalismo a nível interno por efeito de fatores externos. Inserem-se no primeiro agrupamento: direito constitucional dos direitos fundamentais e direito internacional dos direitos do homem (e direito internacional do trabalho ou do ambiente); e as relações entre direito da União Europeia e Constituições dos Estados-membros. No segundo grupo o autor lista: recepção por uma Constituição de normas e institutos de Constituições anteriores; convívio entre a Constituição de Estado federal e Constituições de Estados federados; regime constitucional de minorias e de comunidades indígenas; direito constitucional de territórios com relação específica ou associação com outros (e.g., Macau entre 1976 e 1999, Porto Rico, Bermudas, Ilhas Anglo-Normandas). A análise do último bloco atine às heteroconstituições e aos limites heterônomos do poder constituinte (MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 128-129). Refere-se a nomenclatura “heteroconstituição” à Constituição de um Estado que tenha sido criada ou decretada por outro Estado ou por uma organização internacional. É o caso, e.g., das Constituições do Canadá, Nova Zelândia e Austrália (íntegram a Commonwealth), aprovadas pelo parlamento britânico. Sobre a heteroconstituição e sua antípoda, “autoconstituição” ou “homoconstituição”, cfr. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 35. E também cfr. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 49. A respeito dos limites heterônomos do poder constituinte, cfr. MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, 2016, p. 153, que os divide em limites heterônomos de direito internacional (derivam da conexão com outras ordens jurídicas) – que podem ter caráter geral, quais sejam os princípios do *ius cogens*, ou caráter especial, os quais decorrem de obrigações pactuadas entre dois ou mais Estados ou perante a comunidade internacional em seu conjunto – e limites heterônomos de direito interno (típicos da forma de estado federal), que subsistem reciprocamente entre poder constituinte federal e poderes constituintes dos estados federados.

222 NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2012, p. 616-633.

Para fixarmos o exato entendimento do marco teórico da presente dissertação, faremos, doravante, a explanação dos conceitos e exemplos das referidas manifestações do transconstitucionalismo. Começemos pelas aparições do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas. Afigura-se como primeira expressão o transconstitucionalismo entre direito internacional público e direito estatal. Caracteriza-se pela coexistência de tribunais para a solução de problemas jurídico-constitucionais de interesse para as ordens internacionais e estatais envolvidas. São exemplos as relações entre o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e os Tribunais Constitucionais estatais europeus e as relações entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Tribunais constitucionais dos Estados americanos que integram a OEA²²³.

A segunda expressão do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas reside nas relações entre direito supranacional e direito estatal. Fernando Alves Correia²²⁴ entende que são exemplos as relações entre o direito da União Europeia e o direito dos Estados-Membros, bem como as relações entre o direito da Comunidade Andina e os direitos dos respectivos Estados-Membros. Sem embargo, sustentam Langer²²⁵ e Grimm²²⁶ que a União Europeia é o único exemplo amoldado ao conceito de organização supranacional. Explica Marcelo Neves que faz sentido a posição destes autores se adotarmos uma semântica restrita de supranacionalidade, que açambarque exclusivamente a organização que detenha atribuições legislativas, administrativas e jurisdicionais com força vinculante direta não apenas para os Estados-membros, mas também para os cidadãos²²⁷. Em que pese o desenvolvimento de supranacionalidade *lato sensu* no âmbito da comunidade andina e da Corte Centro-Americana

223 A Organização dos Estados Americanos (*Organization of American States*) é uma organização internacional regional dentro das Nações Unidas, sediada em Washington-EUA, fundada em 30 de Abril de 1948 (três anos após o advento da ONU) mediante a assinatura da Carta da OEA. Atualmente há trinta e cinco Estados-membros. Dentre outras obrigações, comprometem-se os membros à observância do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos – celebrada em 22 de novembro de 1969 em São José da Costa Rica - e formado pela Comissão (CIDH) e pela Corte, órgão judicial que tem por função precípua a salvaguarda da CADH.

224 CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 15.

225 Em sua obra sobre noções básicas de uma ordem econômica internacional. LANGER, Stefan. *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung*. Munique: Beck, 1995, p. 50, *apud* NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2012, p. 621.

226 O autor afirma que uma Constituição é a base jurídica de um Estado, enquanto a instituição supranacional tem por base jurídica o tratado internacional, porém a configuração da União Europeia parece infirmar essa classificação: “*though nobody regards it as a State, there is much talk of its constitution*” (GRIMM, Dieter. *Does Europe Need a Constitution?* In: “*European Law Journal*”, Vol. 1, nº 3, Oxford, Blackwell Publishers, 1995, pp. 282- 302, cit. p. 282.).

227 Cfr. NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2012, p. 621.

de Justiça, limitam-se as experiências, em ambos os casos, à dimensão da competência judicial²²⁸.

O transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais, por sua vez, concerne à conversação constitucional viabilizada pela referência a disposições normativas, decisões judiciais e construções doutrinárias alienígenas. Em um primeiro momento, Marcelo Neves, em sua conceituação, menciona apenas as “referências recíprocas a decisões de tribunais de outros Estados”²²⁹. Em seguida, porém, o autor amplia o âmbito da conversação constitucional, para incluir a referência a dispositivos e doutrinas²³⁰, acepção que nos parece mais congruente e completa para a descrição do fenômeno.

A quarta manifestação, considerada por Marcelo Neves “uma das dimensões mais instigantes”²³¹, atine ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e transnacionais, entendidas estas últimas como ordenações normativas advindas de “atores ou organizações privados ou quase públicos”²³². A nosso sentir, *data venia*, a dimensão em comento não é tão instigante quanto as demais expressões do transconstitucionalismo, que refletem maior ênfase nos direitos fundamentais. Logra especial relevo, *v.g.*, a quinta dimensão (transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extra-estatais), por tratar de problemas complexos que envolvem a salvaguarda dos direitos fundamentais e sua correlação com o multiculturalismo.

O transconstitucionalismo em comento sucede nas searas da *lex mercatoria*²³³, da *lex sportiva*²³⁴ e da *lex digitalis*²³⁵. Destacamos, dentre as referidas áreas de ocorrência, a *lex mercatoria*. Em passagem que concorda com o panorama transconstitucional aqui defendido, Boaventura de Sousa Santos sustenta que “a *lex mercatoria* está hoje bem florescente na economia mundial, regulando as trocas comerciais com grande autonomia relativamente aos Estados-Nação”²³⁶. O autor considera o “direito da troca” (que define como “o direito do espaço do mercado, os costumes do comércio, as regras e padrões normativos que regulam as

228 *Idem, ibidem*, p. 621.

229 *Idem, ibidem*, p. 621. No mesmo sentido, CORREIA, Fernando Alves. *Op. Cit.*, 2016, p. 15.

230 Cfr. NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2012, p. 622.

231 NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2012, p. 623.

232 NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2012, p. 623.

233 *Exempli gratia*, relações entre tribunais portugueses e o Sistema de Consultas e de Resoluções de Litígios no âmbito da OMC (CORREIA, Fernando Alves. *Op. cit.*, 2016, p. 16).

234 É o caso, *verbi gratia*, das relações entre o Tribunal Arbitral do Desporto português e *The Court of Arbitration for Sport* (*Idem, ibidem*, p. 15).

235 NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2012, p. 623.

236 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência*. Vol. 1. Porto: Afrontamento, 2000, p. 276.

trocas comerciais”) uma das seis particularmente relevantes ordens jurídicas em circulação na sociedade²³⁷.

Versa o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extra-estatais sobre entrelaçamento especialmente complexo, por envolver a incidência de direitos fundamentais em contextos de multiculturalidade. O contraste entre a normatividade jurídica estatal e o modelo cultural de coletividades nativas exprime uma verdadeira tensão ou choque de culturas que coabitam o território estatal. Impõe-se, nesta seara transconstitucional, recusar o modelo metonímico de racionalidade que, essencialmente parcial e limitado, padece de uma visão míope da totalidade multicultural. *Verbi gratia*, a experiência latino-americana é abundante em manifestações do transconstitucionalismo em baila, como sucede nas questões que envolvem direitos fundamentais em interface com as peculiaridades normativas das comunidades indígenas²³⁸.

Arrematamos o primeiro grupo de manifestações transconstitucionais com a análise do transconstitucionalismo entre direito supranacional e direito internacional. Trata-se, precipuamente, da conexão entre direitos humanos salvaguardados internacionalmente e direitos fundamentais protegidos supranacionalmente. É o caso do enlace entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a ordem normativa da União Europeia, e também da relação entre esta e a Organização Mundial do Comércio²³⁹.

Quanto ao segundo grupo, destacamos, em primeiro lugar, a dimensão do “transconstitucionalismo multiangular entre ordens da mesma espécie e ordens de tipos diversos”, do qual são manifestações, *v.g.*, o caso da proibição determinada pela União Europeia de carnes oriundas de animais que sofreram tratamento hormonal nos Estados Unidos – envolvendo estes, a OMC e a União Europeia –, a questão da autonomia do País Basco (atine às ordens internacional, estatal e local ou regional), o enlace entre o Tribunal de Justiça da União Europeia, o direito estatal e a ordem jurídica transnacional dos esportes (*v.g.*, casos Bosman e Kolpak) e a importação de pneumáticos utilizados pelo Brasil, que conecta as ordens brasileira, paraguaia, uruguaia, além do direito do Mercosul e a OMC²⁴⁰. Marcelo Neves adverte que, quando se refere ao “sistema mundial de níveis múltiplos”, isso não significa um modelo hierárquico piramidal, nem uma divisão de trabalho entre as respectivas

237 *Idem, ibidem*, p. 269 e 276.

238 NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 217. Para um estudo detalhado destas questões, cfr. *Idem, ibidem*, p. 216-229.

239 *Idem, ibidem*, p. 230.

240 NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 238-246.

ordens, mui menos uma pluralidade de Constituições complementares²⁴¹. Explica o autor que com a expressão quer referir-se à existência de uma pluralidade de ordens entrelaçadas de modo que “nenhuma das ordens pode apresentar-se legitimamente como detentora da *ultima ratio* discursiva”²⁴².

Cumprido, ainda no segundo grupo de manifestações do fenômeno, tratar do transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, pautado na premissa de que “os direitos humanos pretendem valer para o sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, ou seja, para qualquer ordem jurídica existente na sociedade mundial”²⁴³. Exemplo de manifestação deste transconstitucionalismo é o caso da proteção da propriedade intelectual, que envolve as ordens nacional, internacional e transnacional, como sucedeu em *Hazel Tau vs. Glaxo and Boehringer*²⁴⁴.

Encerramos, assim, o tópico reservado à conceituação, natureza e manifestações do transconstitucionalismo. Passamos, doravante, ao exame da eficácia horizontal dos direitos humanos e fundamentais à luz do transconstitucionalismo no âmbito da atuação jurisdicional.

241 Eis a principal divergência entre Marcelo Neves e Pernice: enquanto este aposta na conexão escalonada de Constituições complementares (PERNICE, Ingolf. *Artikel 24 – Übertragung und Einschränkung von Hoheitsrechten*. In: DREIER, Horst (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*. 2 ed. Tübingen: Mohrs, 2006, pp.501-31, cit. p. 511 *apud* NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 236), aquele pretende afastar-se “dessa tendência de sempre identificar a existência de uma nova Constituição quando surge uma ordem, instituição ou organização jurídica na sociedade contemporânea” (NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, Introdução, p. XX).

242 *Idem, ibidem*, p. 235-237.

243 *Idem, ibidem*, p. 253.

244 *Idem, ibidem*, p. 266. Para o exame de outros exemplos, cfr. *Idem, ibidem*, p. 257-269.

IV. Eficácia horizontal e manifestações transconstitucionais de tutela jurisdicional

Pese embora a diversidade de obras sobre eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sobre transconstitucionalismo – as quais recepcionamos como importantes marcos teóricos – não encontramos, em nossas pesquisas, estudos sistematizados acerca da conexão entre os dois assuntos. Eis uma circunstância que confere um *status* de inovação à nossa pesquisa. Passamos, a abordar a referida interface, como humilde, mas esforçado, contributo à comunidade jurídica. Almejamos comprovar, neste tópico, que não estão ultrapassadas as teses sobre a eficácia horizontal dos direitos humanos e fundamentais. Reveste-se o tema de relevância e atualidade no novo paradigma transconstitucional.

O postulado da eficácia irradiante dos direitos fundamentais e o clamor hermenêutico por sua máxima efetividade, corolários do processo de constitucionalização do sistema jurídico, impõem o reconhecimento de sua salvaguarda não somente nas relações jurídicas travadas entre indivíduo e Estado, mas também no âmbito dos vínculos entre particulares. Faltaria coerência sistêmica se a ordenação proclamasse, por um lado, a máxima efetividade desses direitos e, por outro, lhes recusasse proteção em todo o plexo de relações jurídicas de cariz privado.

Convivem, neste passo, eficácia vertical e eficácia horizontal²⁴⁵ dos direitos fundamentais. A primeira concerne à incidência destes em sede de relações jurídicas caracterizadas pela presença, em polos opostos, de indivíduo e Poder Público. A segunda atine à irradiação de efeitos de direitos fundamentais em elos travados unicamente por particulares. Funda-se a terminologia na discrepância estrutural existente entre esses dois naipes de relações. Como consectário do princípio da supremacia do interesse público, do qual o Estado é guardião, reveste-se o enlace entre este e o particular de uma determinada desigualdade jurídica. Não se encontram em situação de igualdade o Poder Público e o indivíduo, daí a estrutura vertical da relação. Arquiteta-se horizontalmente, ao revés, o liame entre particulares.

Recentemente, parte da doutrina passou a recorrer ao conceito de “eficácia diagonal”, de referência à incidência de direitos fundamentais em relações nas quais as partes, não

245 Para uma análise terminológica e uma abordagem dos outros termos utilizados pela doutrina (“eficácia entre terceiros”, “eficácia externa”, “eficácia dos direitos fundamentais frente a particulares”, “eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas”, “validade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”, “aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas”, “vinculação dos particulares ou das entidades privadas aos direitos fundamentais”, “privatização dos direitos humanos”), cfr. SARMENTO, Daniel, op. cit., 2010, p. 8-9.

obstante particulares, não se encontram em status de igualdade, como, v.g., o liame entre empregado e empregador. A respeito da origem dessa ideia, afirma Sergio Gamonal Contreras que “*la idea de una eficacia diagonal ha sido sugerida por la profesora Pamela Prado, em su tesis de Magister en derecho, titulada ‘Reparación del daño moral ocasionado por el empleador al trabajador, durante la vigencia del contrato de trabajo’, Universidad de Chile, 2005, p. 92, donde cita una sentencia española de 25 de septiembre de 2001, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que hace referencia a la eficacia diagonal*”²⁴⁶.

A tese transcendeu a esfera doutrinária para lograr guarida jurisprudencial. Com efeito, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro, em Acórdão proferido em Agosto de 2016²⁴⁷ recepcionou a noção de eficácia diagonal.

Sem embargo, não acolhemos a noção de eficácia diagonal como categoria autônoma. Destarte, optamos por utilizar indistintamente o conceito de eficácia horizontal – por concernir a uma acepção já consolidada na doutrina – para descrever a incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares, *i.e.*, relações jurídicas materiais sem a presença do Estado em um de seus polos, semântica que açambarca tanto as relações tipicamente horizontais quanto as relações “diagonais”.

O *telos* da doutrina da eficácia horizontal não reside na imposição de deveres exorbitantes aos particulares e a conseqüente violação do núcleo essencial da autonomia privada²⁴⁸. Seria também sistemicamente incongruente castigar o cerne de direitos fundamentais a pretexto de garantir a eficácia do sistema de proteção desta mesma categoria jurídica. Eis a razão pela qual não é equiparável o modo de incidência desses direitos em face do indivíduo e do hipersuficiente Poder Público²⁴⁹. Deve haver, pois, uma certa assimetria no status do comprometimento de um e do outro quanto à garantia dos direitos fundamentais²⁵⁰.

246GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Procedimiento de Tutela y Eficacia Diagonal de los Derechos Fundamentales*. Revista Laboral Chilena: Santiago, 2009, p. 4.

247BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão no Recurso de Revista nº TST-RR -1882-80.2010.5.02.0061. Relator Ministro Vieira de Mello Filho. DJ 03.08.2016, disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br>).

248 Sobre o núcleo irredutível da autonomia pessoal, cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, 2003, p. 1293.

249 Cfr. BILBAO UBILLO, Juan Maria. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 278, que destaca a diferença ontológica entre indivíduo e Estado.

250 Em concerto com esse posicionamento, cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). “A Constituição Concretizada”. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, pp. 107-163, p. 117. Na mesma linha de intelecção, advoga Daniel Sarmento: “não seria correto simplesmente

Explica Fernando Alves Correia – para quem este é “um dos temas mais nobres da dogmática jurídica dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos”²⁵¹ – que há uma diversidade de teorias sobre a temática: as que rejeitam a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas (v.g. E. Forsthoff, na Alemanha, e a *State Action Doctrine*, nos Estados Unidos da América); a teoria dualista da eficácia mediata ou indireta (G. Dürig); a doutrina monista da eficácia imediata (Carl Nipperdey e Peter Ipsen); e as “doutrinas portadoras de um conglomerado de construções teóricas diferenciadoras ou de teorias alternativas”. Neste último grupo estão inseridas a teoria dos deveres de proteção ou de tutela estatal perante terceiros (Canaris), a teoria da responsabilidade pública decorrente do monopólio estatal da autoridade (J. Schwabe) e a metódica da diferenciação ou das soluções diferenciadas (J. J. Gomes Canotilho)²⁵².

A corrente negativa, que tem Mangoldt e Forsthoff como principais partidários, tiveram origem na Alemanha, com fulcro na perspectiva do liberalismo clássico, na literalidade do texto constitucional alemão (o art. 1.3 trata somente da vinculação do Estado e o art. 9.3 admite apenas a eficácia horizontal da liberdade de associação sindical) e no postulado da autonomia individual²⁵³. Essa concepção sofreu arrefecimento após reiteradas decisões do Tribunal Constitucional Federal na década de 1950, o que não se verificou nos Estados Unidos da América, onde conserva primazia²⁵⁴ o axioma da vinculação quase²⁵⁵ exclusiva do Poder Público aos direitos fundamentais. Nada obstante, a jurisprudência estadunidense passou a realizar temperamentos na adoção da doutrina da *state action* por via da *public function theory*²⁵⁶, que admite a vinculação dos particulares sempre que estes desenvolvam atividades de perfil tipicamente estatal, como sucedeu em *Marsh v. Alabama*, julgado em 1946 (invalidade da proibição da pregação de religiosos “testemunhas de Jeová”

transplantar o particular para a posição de sujeito passivo do direito fundamental, equiparando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, pois o indivíduo, diversamente do Estado, é titular de direitos fundamentais” (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 223).

251 CORREIA, Fernando Alves. *Op. cit.*, 2016, p. 46.

252 CORREIA, Fernando Alves. *Op. Cit.*, 2016, p. 48-52.

253 SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, 2010, p. 226.

254 Em que pese o predomínio da *state action doctrine*, parcela da doutrina critica os seus pressupostos. Cfr. KAIRYS, David. *The Politics of Law*. Nova Iorque, Pantheon Books, 1982, p. 151. GARVEY, John; ALENIKOFF, Alexander. *Modern Constitutional Theory: A Reader*. St. Paul: West Group, 1999, pp. 793-800. NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald. *American Constitutional Law*. 5 ed. St. Paul: West Publishing. Co., 1995, pp. 507-509.

255 A exceção promana da 13ª Emenda, que proíbe a escravidão.

256 A doutrina constata um caráter errático na aplicação da teoria pela Suprema Corte; verifica, ademais, uma tendência restritiva na sua adoção, desde a década de 1970 (*Idem, ibidem*, p. 230).

na propriedade de empresa privada detentora de uma *private owned town*), na declaração de invalidade da recusa de filiação de negros por partidos políticos, na nulidade da negativa de acesso de negros a parques privados abertos ao público (*Evans v. Newton*) e na vinculação de advogado privado à não-discriminação no exercício do direito de recusa de jurados (*Edmonson v. Leesville Concrete Co. Inc.*)²⁵⁷. A teoria da *state action* foi recepcionada pela Suprema Corte canadense no caso *Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltda.* e na África do Sul, no *case Du Plessis v. De Klerk*, por ocasião da vigência da Constituição provisória, após a derrocada do *apartheid* (entretanto, a Constituição definitiva, vigente a partir de 1997, prevê a vinculação direta dos particulares)²⁵⁸.

A teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta (*Mittelbare Drittwirkung*) adveio das lições de Günter Dürig, datadas de 1956 (“*Grundrechte und Zivilrechtsprechung*”), e constitui-se como concepção dominante na doutrina²⁵⁹ e nos âmbitos do Tribunal Constitucional²⁶⁰ e do Supremo Tribunal Federal da Alemanha²⁶¹. Também predomina na Áustria²⁶². De acordo com esta aceção, os direitos fundamentais não incidem diretamente nas relações privadas como direitos subjetivos extraídos do diploma constitucional sem o intermédio do legislador privado. Cabe a este realizar, à luz dos valores constitucionais, a regulação dessa incidência; ao Judiciário cumpre colmatar as cláusulas legislativas indeterminadas, bem como efetivar o controle de constitucionalidade das normas privadas violadoras dos direitos fundamentais. Em casos excepcionais²⁶³, admite-se a aplicação direta dos direitos fundamentais pelo Judiciário.

Oriunda da obra de Hans Carl Nipperdey, no exórdio da década de 1950, e continuada por Walter Leisner e por Zippelius, a teoria da eficácia imediata não logrou êxito na Alemanha (a despeito de sua adoção, em alguns casos – v.g. em 1957 e em 1989 –, pelo

257 *Idem, ibidem*, p. 226-229.

258 *Idem, ibidem*, p. 235.

259 Eis a posição de Konrad Hesse, e.g. Cfr. HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995, pp. 60-61.

260 Destacam-se as decisões nos paradigmáticos *cases* Lüth e Blinkfüer (SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, 2010, p. 238).

261 *Verbi gratia*, em processo datado de 1972, o Tribunal anulou a cláusula contratual de divórcio pela qual o ex-cônjuge se obrigava a viver em cidade distinta da que habitava a sua ex-esposa, o que violaria a cláusula geral de bons costumes e o direito fundamental à liberdade de circulação e residência (*Idem, ibidem*, p. 243).

262 ABRANTES, José João Nunes. *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 47. Aproxima-se dessa teoria também a jurisprudência francesa, embora não haja uma concepção sedimentada (SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, 2010, p. 245).

263 Hipóteses de “lacuna do ordenamento privado, e de inexistência de cláusula geral ou de conceito indeterminado que possa ser preenchido em harmonia com os valores constitucionais” (SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, 2010, p. 241-242).

Tribunal Federal do Trabalho)²⁶⁴, sendo majoritária na Espanha²⁶⁵, na Itália²⁶⁶, na Argentina²⁶⁷ e no Brasil²⁶⁸. Quanto a Portugal, preleciona Fernando Alves Correia que o Tribunal Constitucional “reconhece a eficácia vinculativa direta”, o que se comprova mediante “um breve percurso pela jurisprudência constitucional portuguesa”²⁶⁹. Destarte, o autor cita o Acórdão nº 198/85 e o Acórdão nº 185/2003 para embasar sua conclusão²⁷⁰. Entende Daniel Sarmento que “é invidiosa”, diante da literalidade do nº 1 do art. 18, a assunção da eficácia direta pela Constituição da República²⁷¹, pese embora a divergência doutrinária²⁷². Ao revés, Vieira de Andrade preconiza que o preceituado naquele dispositivo não basta para a resolução

264 *Idem, ibidem*, p. 245-246.

265 Pese embora o silêncio do texto constitucional, é maciça a adoção pela doutrina. Quanto à jurisprudência, vislumbra-se uma inclinação para o acolhimento da teoria em algumas decisões, como no julgamento STC 18/1984 e em um recurso de amparo julgado em 1993 (*Idem, ibidem*, p. 247-249).

266 A Corte Constitucional italiana acolheu a teoria da eficácia imediata, sendo emblemáticas a sentença nº 122/1970 e a sentença nº 202/1991. Não é outro o posicionamento da doutrina, destacando-se os ensinamentos de Vezio Crisafulli, Alessandro Pace e Pietro Perlingieri. Cfr. *Idem, ibidem*, p. 254-255. PACE, Alessandro. *Problematica delle Libertà Costituzionali.*, Parte Generale. 2 ed. Padova: Cedam, 1990, pp. 20-21. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional.* Trad. Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11.

267 A Corte Suprema reconhece a teoria em comento, tendo sido pioneira a decisão do caso Samuel Kot, proferida em 1958. Cfr. BILBAO UBILLO, Juan Maria. *Op. cit.*, 1997, p. 325.

268 A tese da eficácia direta prevalece tanto na jurisprudência (v.g. STF, RE nº 158215-4/RS, RE nº 161.243-6/DF, RE 251.445-GO, RE nº 251.445-GO; STJ, HC nº 12.547-DF) – geralmente com espeque no art. 5º, V e X –, quanto na doutrina. Cfr. SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, 2010, p. 289-297. STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais.* São Paulo: Malheiros, p. 295. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 159.

269 CORREIA, Fernando Alves. *Op. cit.*, 2016, p. 52.

270 *Idem, ibidem*, p. 53. Em sentido oposto, Daniel Sarmento afirma que o Tribunal ainda não firmou uma posição conclusiva “sobre a forma e a extensão da vinculação”, “não tendo decidido em favor ou contra qualquer das correntes doutrinárias” (SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, 2010, p. 254). No mesmo sentido, Gomes Canotilho: “o Tribunal Constitucional ainda não se pronunciou claramente sobre o sentido da eficácia dos direitos, liberdades e garantias nas relações jurídicas privadas” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op cit.*, 2003, p. 1292).

271 SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, 2010, p. 249.

272 Ana Prata (Cfr. PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada.* Coimbra: Almedina, 1982, p. 137) e José João Nunes Abrantes (Cfr. ABRANTES, José João Nunes. *Op. cit.*, 1990, pp. 94-113) aderem à tese da eficácia imediata, em oposição a Lucas Pires (Cfr. PIRES, Francisco Lucas. *Uma Constituição para Portugal.* Coimbra: Almedina, 1975, pp. 89-90) e Motta Pinto (Cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil.* 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 72-80), partidários da teoria da eficácia indireta. Vieira de Andrade adotou posição intermediária: opera-se a eficácia imediata nas relações entre particulares e os “poderes privados”, *i.e.*, em liames caracterizados pela manifesta desigualdade de poder entre as partes (eis a situação “diagonal”, que abordamos linhas atrás no presente tópico), quando uma delas estiver submetida a uma situação de sujeição em relação à outra (há situações em que se faz necessária o sopesamento entre as pretensões, afinal, também titularizam direitos fundamentais as entidades privadas detentoras de poder social), enquanto nas relações privadas típicas (sem assimetria de poder), a eficácia seria indireta, de modo que, *in casu*, os direitos fundamentais não valeriam como direitos subjetivos, senão como valores concretizáveis pelo legislador ordinário que influenciariam a interpretação judicial das normas de Direito Privado, mormente no que tange às cláusulas gerais e aos conceitos jurídicos indeterminados. Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* 5 ed. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 245-254.

do problema: “se é certo que aí se afirma claramente que os preceitos constitucionais vinculam as entidades privadas, não se diz em que termos se processa essa vinculação”²⁷³.

Para a teoria dos deveres de proteção, sustentada por Claus-Wilhelm Canaris, Joseph Isensee, Stefan Oeter e Klaus Stern, que pode ser considerada “uma variação da teoria da eficácia indireta”, os direitos fundamentais não vinculam diretamente os sujeitos privados, mas apenas o Estado, o qual se obriga à “proibição de intervenção” (dever de abster-se de violar direitos fundamentais) e ao “imperativo de tutela” (dever de salvaguardar os particulares contra atos lesivos perpetrados por outrem)²⁷⁴. Conforme preleciona Daniel Sarmento, “em uma importante decisão proferida em 1990, o Tribunal Constitucional alemão utilizou-se explicitamente da teoria dos deveres estatais de proteção”²⁷⁵.

Desenvolvida em 1971 na Alemanha por Jürgen Schwabe, a “teoria da convergência estatista”²⁷⁶ ou teoria da responsabilidade pública decorrente do monopólio estatal da autoridade propõe que toda e qualquer violação a direito fundamental praticada por particular é imputável ao Estado, seja porque não a proibiu legislativamente, seja porque não a impediu, por via administrativa ou jurisdicional. Entende Thiago Sombra que “são extremamente semelhantes” a teoria em comento e a doutrina americana da *state action*²⁷⁷. Em sentido contrário, advoga Daniel Sarmento que a teoria estadunidense “praticamente retira qualquer eficácia dos direitos humanos nas relações interprivadas”, ao passo que a doutrina de Schwabe enseja “resultados práticos bastante favoráveis à aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, embora valendo-se do artifício de imputação do comportamento do particular ao Estado”.

Por fim, trazemos a lume a teoria da “metódica da diferenciação ou das soluções diferenciadas”, defendida por Gomes Canotilho. Sua concepção parte da premissa da “multifuncionalidade ou pluralidade de funções dos direitos fundamentais”²⁷⁸. Esse perfil multifuncional não se coaduna, segundo esta visão, com “clássica reducionista dicotomia existente entre eficácia imediata e eficácia mediata”²⁷⁹. Propõe, assim, “a construção de

273 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Op. cit.*, 2016, p. 241-241.

274 SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, 2010, p. 259.

275 BverGE 81, 242 (1990). Cfr. *Idem, ibidem*, p. 261.

276 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 2000, p. 133.

277 SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004, p. 191.

278 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, 2003, p. 1289.

279 CORREIA, Fernando Alves. *Op. cit.*, 2016, p. 52.

soluções diferenciadas e adequadas, consoante o referente de direito fundamental que estiver em causa no caso concreto”²⁸⁰.

Uma vez analisado o panorama das concepções doutrinárias acerca da eficácia horizontal bem como seus reflexos no direito comparado, trazemos à baila a conexão, anunciada no exórdio do presente tópico, entre aquela temática e o transconstitucionalismo. Eis o que passamos a expor, a partir das manifestações transconstitucionais de salvaguarda jurisdicional da eficácia horizontal dos direitos humanos e fundamentais.

A prática da conversação entre os Tribunais constitui manifestação típica do transconstitucionalismo, uma vez que este implica a questão permanente da dupla contingência. Fenômeno consuetudinário da multiplicidade de ordens jurídicas, o diálogo entre as diversas Cortes em escala global – v.g. entre o Tribunal Constitucional de um determinado Estado soberano e um Tribunal supranacional, como o Tribunal de Justiça da União Europeia – tem o mérito de viabilizar a cooperação entre os julgadores e a ampliação do horizonte hermenêutico na construção de soluções dialogadas para problemas comuns.

Como informa a lógica da dupla contingência, duas são as possibilidades – convergência e divergência – que se apresentam no entrelaçamento entre Cortes característico do cenário transconstitucional. Começemos pelo exercício convergente do *judicial dialogue* -, i.e., a referência, por um Tribunal, a julgados de Cortes alienígenas para a fundamentação de suas decisões, precisamente em sede de salvaguarda, por Tribunais Constitucionais, de direitos fundamentais nas relações particulares. Optamos por analisar decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional português sobre a temática.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 201.819-8, valeu-se do *judicial dialogue* para fundamentar sua decisão. O *case* versava sobre a exclusão do sócio Arthur Rodrigues Villarinho do quadro de uma sociedade civil sem fins lucrativos e sem natureza estatal, denominada União Brasileira de Compositores, a qual recorreu de provimento *a quo* que determinava a reintegração daquele. O Tribunal negou provimento ao recurso por entender que a exclusão do sócio “sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório ou do devido processo constitucional” onerou o recorrido, que restou “impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras”. Trata-se de um caso emblemático na jurisprudência brasileira, porquanto retrata o reconhecimento, pela jurisdição constitucional, da eficácia horizontal de direitos fundamentais, quais sejam as

280 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op cit.*, 2003, p. 1289. Para uma leitura pormenorizada de todos os aspectos da metódica em tela, cfr. *Idem, ibidem*, pp. 1289-1295.

garantias constitucionais do devido processo legal, bem como a “própria liberdade de exercício profissional do sócio”²⁸¹.

Verifica-se no relatório do Ministro Gilmar Ferreira Mendes referência a decisões prolatadas por Cortes estrangeiras acerca da temática da eficácia horizontal. Menciona decisão do Tribunal Superior do Trabalho alemão em favor da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como três decisões do *Bundesverfassungsgericht* – Tribunal Constitucional Federal alemão: os paradigmáticos casos Lüth, Blinkfuer e Walraff. Reporta-se, ademais, à decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso X e Y vs. Países Baixos, na qual a Corte proclama que os Estados convenientes estão obrigados à “adoção de medidas destinadas a assegurar o respeito à vida privada, mesmo na esfera das relações dos indivíduos entre si”²⁸². O julgamento em análise vai além. Fundamenta-se não apenas em jurisprudência comparada, mas também em disposições constitucionais estrangeiras, quais sejam o art. 1 da Lei Fundamental de Bonn (“os direitos humanos configuram o fundamento de toda a sociedade”), o art. 18, I da Constituição portuguesa e o art. 35 da Constituição da Suíça.

O segundo *case* diz respeito ao Acórdão n. 544/2014 do Tribunal Constitucional Português, que julgou a colisão entre direitos fundamentais no âmbito privado (eficácia horizontal de direitos fundamentais) – a liberdade de organização empresarial e o direito à liberdade religiosa. Demonstrou o Tribunal estar afinado com o transconstitucionalismo, haja vista a referência, em sede de fundamentação (*ratio decidendi*) do referido Acórdão, a diversas decisões proferidas por outras Cortes – nacionais e internacionais -, caracterizando o *judicial dialogue*, com destaque para os Acórdãos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos nos casos “X v. Reino Unido”, “Tuomo Konttinen v. Finlândia”, “Associação Litúrgica Judaica Cha`are Shalom ve Tsedek v. França” e “Francesco Sessa v. Itália”.

Com efeito, o atual cenário jurídico exige a postura dialógica do julgador na construção de solução para problemas constitucionais em sede de direitos fundamentais. Conforme expõe Fernando Alves Correia, logra especial relevo, neste contexto de normatividade multinível, o diálogo judicial, que se traduz na abordagem, “sobretudo pelos tribunais constitucionais” e pelos tribunais supremos dos Estados”, de um plexo de precedentes jurisprudenciais oriundos “de tribunais de outros Estados, de tribunais

281 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 201.819-8. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ. 27.10..2006. Disponível em redir.stf.jus.br

282 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Processo n. 8978/80. Pres. R. Ryssdal, Reg. Marc-André Eissen. Decisão em 26.03.1985, disponível em [http:// hudoc.echr.coe.int](http://hudoc.echr.coe.int).

supranacionais ou de tribunais internacionais, como fundamento confirmativo ou coadjuvante de suas decisões”²⁸³.

Nesse diapasão, a Corte lusitana realizou uma fundamentação alinhada à metodologia transconstitucional de modo que, seguindo a lógica da racionalidade transversal, construiu uma verdadeira ponte de transição entre heterogêneos. Isso porque, como bem analisaram Ana Maria Guerra Martins e Miguel Prata Roque²⁸⁴, o Tribunal procedeu “a uma análise exaustiva das inúmeras fontes internacionais e europeias da liberdade religiosa, robustecendo o conceito normativo nacional com as experiências decorrentes dessa consagração internacional”. O que se harmoniza, ademais, à já referida hermenêutica diatópica, segundo a qual uma cultura nacional nunca está pronta e completa de modo que não possa enriquecer-se com as experiências advindas de outras matrizes.

A análise da atuação dos Tribunais supranacionais é uma *conditio sine qua non* para o estudo da internormatividade. Outrossim, a conexão entre a Constituição estatal com os textos normativos supranacionais encerra dimensão essencial para a própria compreensão da justiça constitucional. Neste sentido, Fernando Alves Correia preconiza que, para uma adequada abordagem da justiça constitucional estatal, impõe-se, como “dados incontornáveis”, o exame da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, bem como a interação entre o texto constitucional interno e os “textos constitucionais europeus”, quais sejam a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Declaração Europeia dos Direitos do Homem²⁸⁵. Eis o que passamos a enfrentar. Começamos a análise pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos para, em seguida, examinarmos a questão no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como salientamos *retro*, a convergência não se apresenta como única possibilidade no horizonte transconstitucional. Por vezes, dirigem-se as Cortes para o mesmo ponto de compreensão. Noutros casos, porém, frustra-se o desejável concerto hermenêutico e tem lugar a divergência jurisprudencial. Neste sentido, explica Boaventura de Sousa Santos que as relações entre os diferentes espaços-tempo do direito (local, nacional e global) são amiúde “tensas e conflituais”²⁸⁶.

283 CORREIA, Fernando Alves. *Op. cit.*, 2016, p. 17.

284 MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. *A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais: A Posição do Tribunal Constitucional Português*. Conferência Trilateral dos Tribunais Espanhol, Italiano e Português: Santiago de Compostela, 2014, p. 51.

285 CORREIA, Fernando Alves. *Op. cit.*, 2016, p. 20.

286 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. Cit.*, 2003, p. 49. Para o autor, as tensões “tendem a aumentar à medida que se multiplicam e aprofundam as articulações entre as diferentes ordens jurídicas” (*Idem, ibidem*, p. 49).

O choque de interpretações sobre questões jurídicas não se apresenta como obstáculo intransponível; antes, é inerente à própria natureza da Ciência Jurídica. Também não surge como novidade do transconstitucionalismo, por constituir realidade imanente também aos sistemas jurídicos nacionais. Onde reside, então, o problema? Qual preocupação norteia a colisão entre perspectivas judiciais no contexto transconstitucional? Precisamente em “como solucionar essas disputas sem a imposição *top down* na relação entre ordens”²⁸⁷.

O *case* Carolina de Mônaco, relativo ao processo nº 59320/00, decidido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em 24 de setembro de 2004, configura típica tutela da eficácia horizontal de direitos fundamentais à luz do transconstitucionalismo, precisamente em sua expressão de “transconstitucionalismo entre ordens jurídicas”, conforme quadro classificatório pormenorizado alhures. Diz respeito à relação entre um Tribunal Constitucional – o alemão – e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, caracterizando transconstitucionalismo entre direito internacional público e direito estatal, assente na incidência de um problema jurídico-constitucional de interesse para as duas ordens jurídicas conviventes.

A pretensão da princesa Carolina de Mônaco teve lugar quando revistas alemãs publicaram fotos suas, em diferentes edições. Para ela (particular), a conduta dessas revistas (entidades privadas) violava seu direito fundamental à vida privada. Ajuizou ação em Hamburgo buscando a tutela de seu direito fundamental perante aqueles particulares, a fim de que a jurisdição determinasse a proibição de novas publicações. É dizer, buscando a eficácia horizontal de seu direito. Não logrando êxito em algumas instâncias, achou por bem levar o caso até o Tribunal Constitucional alemão²⁸⁸, que discerniu as fotos em diferentes grupos, conforme as circunstâncias de cada uma, e decidiu que “apenas a publicação de fotografias com os filhos violava direitos de personalidade”²⁸⁹ e, relativamente às demais fotografias, que é dispensável a aquiescência para a publicação “quando estão em causa pessoas que integram o domínio da história contemporânea”²⁹⁰. Inconformada em razão do não acolhimento *in totum* de sua pretensão, ajuizou ação²⁹¹ perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, alegando violação de seu direito à privacidade, garantido pelo art. 8º da Convenção Europeia

Sobre a colisão entre soluções jurisdicionais no contexto multinível, cfr. SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, 2010, p. 102ss.

287 NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 118.

288 BVerfGE 101, 361.

289 SILVA, Suzana Tavares da. *Op. cit.*, 2014, p. 124.

290 *Idem, ibidem*, p. 124.

291 Caroline von Hannover v. Germany, nº 59320/2000.

de Direitos Humanos, na ordem interna. A Corte acolheu sua pretensão e condenou o Estado alemão. Fundamentou na circunstância de que, mesmo se fosse a princesa considerada pessoa pública – para a Corte o simples fato de alguém pertencer à família real não a torna uma pessoa pública²⁹² –, uma vez desprovidas as fotos de interesse público, então restou violado o direito à privacidade.

O caso em comento demonstra a complexidade das questões transconstitucionais, especialmente quando deparamo-nos com o controle supranacional da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Exsurge, nesta seara, a problemática axiológica. É dizer, vem à tona a possibilidade de contraste entre a identidade cultural estatal e a *erfindung* de uma parametricidade comunitária. No que tange à referida identidade axiológica do Estado, insta recordar que o método científico-espiritual²⁹³ de hermenêutica constitucional viabiliza a captação, pelo intérprete, de um conteúdo valorativo último, *id est*, de valores essenciais ou princípios fundantes de determinado ordenamento constitucional. Por consectário, cabe ao Tribunal Constitucional, enquanto intérprete guardião da Constituição, salvaguardar tal cerne constitucional. Torna-se, pois, guardião de uma identidade constitucional, que é inexoravelmente correlata – dêis que não tenha vez o indesejado fenômeno do abismo constitucional (é dizer, a discrepância entre o diploma constitucional e a realidade social subjacente) – à identidade cultural da respectiva comunidade nacional. É possível, por isso, verificar²⁹⁴ com nitidez a linha de atuação de um Tribunal Constitucional que tenha perfil comprometido com aquela identidade. O exercício jurisdicional nestes moldes tem maior aptidão para produzir respostas constitucionalmente adequadas do ponto de vista nacional²⁹⁵. Entrementes, quando confrontadas as ordens jurídicas com problemas comuns de natureza jurídico-constitucional, é *conditio sine qua non* para a adequação transconstitucional a reconstrução permanente da identidade constitucional²⁹⁶ como corolário do imperativo de alteridade.

292 SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, 2010, p. 108.

293 Cfr. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. cit.*, 2015, p. 191.

294 A doutrina desempenha papel de mais alta relevância ao acompanhar de perto a linha de atuação dos Tribunais e analisar sua maior ou menor conformidade com os respectivos modelos culturais. Suzana Tavares da Silva, v.g., verifica, em matéria de colisão entre liberdade de imprensa e reserva da vida privada, verifica que o modelo francês promove a proteção da vida privada, ao contrário do inglês, que privilegia a liberdade de imprensa, ao passo que o alemão adota linha de atuação eclética (SILVA, Suzana Tavares da. *Op. cit.*, 2014, p. 124-125).

295 É curial que um tribunal constitucional leve em consideração a identidade da respectiva ordem jurídica nacional, sob pena de vê-la diluída como sistema sem diferença em seu ambiente. Neste sentido, cfr. NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 272. Sobre o tema da identidade do sujeito constitucional, cfr. ROSENFELD, Michel. *The Identity of the Constitutional Subject*. Londres, Routledge, 2010.

296 Cfr. NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 272.

É por isso que, ao examinar decisão proferida pelo Tribunal estatal, cabe à jurisdição supranacional considerar a questão identitária, mas não em termos absolutos enquanto constructo pétreo²⁹⁷, e sim *in fieri*, a fim de encontrar uma solução proporcional, razoável, ponderada e pautada na lógica racional transversal e dialógica do método transconstitucional, que rejeita modelos hierárquicos *ex uno latere*. Considerar a alteridade identitária não significa torná-la um dogma absoluto que feche a via dialógica ante a própria razão comunitária supranacional.

A colisão de interpretações jurisprudenciais é uma possibilidade inerente ao contexto transconstitucional que não deslegitima a atuação da jurisdição supranacional nem mesmo quando infirma o juízo nacional *a quo*, desde que adote uma linha coerente de fundamentação pautada na lógica da ponderação. Do mesmo modo que rechaçamos a imposição unilateral supranacional, é temível a redução do problema ao dogma da supremacia nacional para questões identitárias. Com efeito, mesmo nessas questões, onde os tribunais nacionais são, *a priori*, mais prestímanos, sempre há o risco de fazerem agonizar direitos fundamentais de um indivíduo em nome de uma razão organicista. Por conseguinte, não concordamos com Suzana Tavares da Silva quando reputa inexorável e aprioristicamente deficiente a atuação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – que a autora considera um “controlo superior e sem referente cultural” – na “apreciação de questões que envolvem dimensões concretizadoras da cultura um controlo superior e sem referente cultural”²⁹⁸. Essa posição acaba por fossilizar o modelo de decisão em uma única via, o que contraria a lógica racional transversal do transconstitucionalismo e denota uma racionalidade metonímica, que se afirma “uma razão exaustiva, exclusiva e completa” e “não só tem uma compreensão limitada do mundo, como tem uma compreensão limitada de si própria”²⁹⁹. Com efeito, a doutrina da margem da apreciação nacional não impõe ao tribunal supranacional um ato vinculado confirmador da orientação nacional *a quo*; antes, significa uma possibilidade que pode ou não ser observada como *ratio decidendi* pelo tribunal *ad quem*.

Nesse diapasão, Marcelo Neves adverte para o fato de que “o método do transconstitucionalismo não pode ser reduzido ao modelo de identidade de uma ordem jurídica determinada”³⁰⁰. Em concerto, Boaventura de Sousa Santos preconiza que a

297 O transconstitucionalismo demanda um método que não se concentre em uma identidade cega. Cfr. NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 272.

298 SILVA, Suzana Tavares da. *Op. cit.*, 2014, p. 125).

299 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. Cit*, 2003, p. 740.

300 NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 270.

identidade de cada uma das ordenações jurídicas inseridas no complexo contexto mundial das hibridações jurídicas “perde a sua pureza e sua autonomia, passando a ser determinável apenas por referência à constelação jurídica de que faz parte”³⁰¹.

A aplicação dessa metodologia, não obstante a sua complexidade, mostra-se hábil a prevenir o lesto intérprete contra o risco do “fundamentalismo autopoietico e arbitrário”³⁰². Esse fundamentalismo, que encerra em si um solipsismo, estará presente sempre que seja ignorada a dimensão do *alter* mediante a eleição dogmática de uma única via unilateral de decisão, seja ela a da supremacia incontestável do nacionalismo identitário, seja, *a contrario sensu*, a da superioridade hierárquica do revisionismo supranacional. Alteridade é a palavra de ordem. Soluções dialogadas são o caminho adequado segundo a metodologia transconstitucional, alicerçada nas dimensões da dupla contingência e contenção e capaz de promover ao *ego* “a chance de absorver as perspectivas dos outros”, ou de utilizá-las no lugar das suas próprias percepções, “de ver através dos olhos dos outros”, de deixar que relatem algo e, deste modo, experimentar a ampliação de seu horizonte³⁰³.

Não compartilhamos, portanto, da descrença na possibilidade de salvaguarda da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pela jurisdição supranacional. Entendemos que, uma vez aplicada corretamente a metodologia do direito em rede, não há razão para desconfiar da ponderação de direitos no contexto das relações jurídicas horizontais, mesmo quando se tratar de um juízo subsequente ao efetuado pelo tribunal nacional³⁰⁴. Outrossim, não assiste razão, a nosso sentir, à alegação de que isso significa “um resultado desastroso o *empowerment* de um poder estadual não democrático como é o caso do poder judicial”³⁰⁵.

Cumprе discernir entre o ativismo judicial exorbitante³⁰⁶ e o empoderamento equilibrado de um poder tipicamente encarregado de proteger direitos fundamentais em litígio. Este é louvável; aquele, condenável. Revela-se curial a expansão da jurisdição constitucional³⁰⁷ e também da jurisdição supranacional quando isso signifique a criação

301 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. cit.*, p. 49.

302 Expressão utilizada por SILVA, Suzana Tavares da. *Op. cit.*, 2014, p. 125.

303 Cfr. LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 1983, p. 47.

304 Em sentido diverso, cfr. SILVA, Suzana Tavares da. *Op. cit.*, 2014, p. 123-125.

305 SILVA, Suzana Tavares da. *Op. cit.*, 2014, p. 125.

306 Entendemos que o ativismo judicial conduz à violação da separação dos poderes. Sobre o tema, cfr. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 113ss.

307 Sobre o significado da jurisdição constitucional no processo político, sustenta Cardoso da Costa: “a existência de um órgão jurisdicional especialmente encarregado da defesa jurídica da Constituição, e para isso especialmente constituído e vocacionado, representa sem dúvida um elemento institucional do maior significado e importância, em ordem a garantir o funcionamento constitucional do Estado, que é como quem diz, o correcto e regular desenvolvimento do processo político. Tem-se aqui em vista o processo político em sentido estrito (e os respectivos pressupostos), o qual se traduz no conjunto de procedimentos dos órgãos do Estado e dos respectivos

legítima, democrática, consentida, realizada à luz do *due process of law*, de meios assecuratórios de direitos fundamentais. Uma vez reconhecida a força normativa da Constituição e das cartas de direitos humanos, urge instrumentalizar suficientemente seus guardiões, desde que, por evidência, não seja afrontada a harmonia entre os três poderes, pois o desequilíbrio entre os poderes implica abalo ao princípio democrático.

Parece inegável, e neste ponto concordamos com Mauro Cappelletti, que a expansão da justiça constitucional nacional e supranacional tenha sido causada, dentre outros motivos, pela “crise de desconfiança no estado leviatã, e em particular pela orgia de leis, que constitui típico produto desse estado”³⁰⁸. Sustenta o autor italiano que ao tempo da supremacia dos parlamentos nacionais – fundada na “confiança da sapiência das maiorias parlamentares” – não eram reputadas necessárias uma *lex superior* e declarações de direitos com força vinculativa para o legislador. Nada obstante, aquela confiança “está hoje fortemente abalada, e não sem sérias justificações, conforme demonstrou a trágica história de países como a Alemanha e a Itália, em que se viu como os parlamentos bem podem ser capturados e submetidos pelos regimes opressivos”. Destarte, catálogos de direitos fundamentais, nacionais e supranacionais, tornaram-se especialmente necessários no átimo em que “os povos sentiram que certas normas e princípios, exprimindo valores fundamentais e irrenunciáveis, podiam ser ameaçados, e de fato se encontravam ameaçados, pelos próprios poderes legislativos”³⁰⁹. Em concerto, destaca Koopmans: “*the post-war rediscovery of the importance of human rights, the international protection of these rights, particular by means of the 1950 European*

titulares, conexiões entre si através de um sistema de competências e adoptados de harmonia com este sistema, tendentes à formação e determinação da vontade política e à tomada das conseqüentes decisões políticas. Assegurar que este processo decora numa essencial fidelidade à Constituição – quer dizer, com observância dos princípios fundamentais do sistema constitucional (em especial, da regra de equilíbrio político expressa no correspondente esquema de divisão de poderes) e com respeito pelas exigências jurídico-materiais básicas bem como pelos objetivos programáticos da lei fundamental – eis, como é sabido, o fundamental desígnio da jurisdição constitucional” (CARDOSO DA COSTA, José Manuel. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 98). John Hart Ely, a seu turno, apresenta a sua concepção de Constituição como garantia do devido processo político: “*My claim is only that the original Constitution was principally, indeed I would say overwhelmingly, dedicated to concerns of process and structure and not to the identification and preservation of specific substantive values*” (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 92). Explica o autor que “*contrary to the characterization of the Constitution as an enduring but involving statement to general values is that in fact the selection and accommodation of substantive values is left almost entirely to the political process and instead the document is overwhelmingly concerned, on the one hand, with procedural fairness in the resolution of individual dispute (process writ small), and on the other, with ensuring broad participation in the processes and distributions of government*” (*Idem, Ibidem*, p. 87).

308CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.* 1999, p. 65.

309*Idem, ibidem*, p. 65-66.

Convention, and the public's awareness of their significance, put new limitations on legislative activity"³¹⁰.

Reputamos, outrossim, equivocada a caracterização do poder judiciário como “poder estadual não democrático”. Trata-se de confusão conceitual decorrente da inexata compreensão do sentido de “democracia”. Uma vez que a eletividade é apenas um dos traços configuradores da representatividade política, que não encerra integralmente o plexo conceitual de “democracia”, estamos convictos de que a proteção de direitos fundamentais e o exercício regular de competências constitucionalmente estabelecidas traduzem com maior fidelidade o cerne semântico do princípio democrático. Em vista disso, reconhecemos a natureza essencialmente democrática do poder judiciário.

Como já salientamos, é crível o congruente exercício da jurisdição supranacional, nos moldes transconstitucionais, em sede de proteção da eficácia horizontal de direitos fundamentais. Prova disto é que, em novo *case*³¹¹ envolvendo fotografias da princesa Carolina de Mônaco, o tribunal adotou posicionamento diverso daqueloutro – julgou que os tribunais alemães não violaram o direito à privacidade dos príncipes ao considerarem legítima a publicação de uma fotografia realizada durante seu passeio de esquí nas férias em St. Moritz enquanto o pai, príncipe Rainier, estava doente em Mônaco (com espreque no interesse público a respeito da foto, que ilustrava texto publicado sobre a saúde do príncipe) –, o que revela sua aptidão para o sopesamento, caso a caso, das pretensões envolvidas. Contrastam-se a lógica da eleição de um modelo absoluto de decisão e a lógica transconstitucional como pontos antipodais. Parece caminhar para esta última a atuação ponderada do TEDH.

Nesta linha de intelecção, explica Daniel Sarmiento que é de natureza processual o maior obstáculo à eficácia horizontal no plano da jurisdição supranacional, contudo “a orientação da doutrina e da jurisprudência da Corte Europeia vem se delineando no sentido do reconhecimento desta eficácia, através da doutrina das obrigações positivas do Estado”³¹². Na mesma linha de intelecção, Helène Pauliat e Virginie Saint-James sustentam que “uma pessoa privada pode responsabilizar o Estado por uma violação da Convenção que emane de pessoa privada”³¹³. Por conseguinte, o TEDH, em *cases* como *Young, James & Webster v. Reino Unido, X e Y v. Países Baixos* e *Plattform Ärzte für das Leben v. Áustria*, “através do

310 KOOPMANS, Thijmen. *Legislature and Judiciary: Present Trends* In: CAPPELLETTI, Mauro (Org.). “New Perspectives for a Common Law of Europe”. Leiden: Sijthoff, 1978, pp. 309-337, em especial p. 313.

311 Caroline von Hannover e Ernst August von Hannover v. Germany, n°40660/08 e 60641/08.

312 SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2010, p. 270.

313 PAULIAT, Hélène; SAINT-JAMES, Virginie. *L'effet Horizontal de la CEDH*. In: MARGUÉNAUD, Jean-Pierre (Org.). “CEDH et Droit Privé”. Paris: La Documentation Française, 2001, pp. 75-100, p. 93-94.

reconhecimento das obrigações positivas do Estado na proteção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, permitiu que tais direitos se projetassem na esfera das relações privadas”³¹⁴.

Passemos a examinar, por fim, a questão no âmbito do sistema americano de proteção dos direitos humanos. A partir da interpretação sistemática do art. 1º do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) – que prevê, “de forma cristalina, o dever do Estado não apenas de abster-se de violentar os direitos que consagra, mas também o de protegê-los de agressões provenientes de terceiros” –, do art. 6º (proibição de escravidão e servidão) e do art. 14º (direito de retificação ou resposta) – dois dispositivos cuja incidência no âmbito privado é evidente –, do art. 19 (explícita referência à eficácia horizontal dos direitos da criança: proteção “por parte da família, da sociedade”) e do art. 32.1 (segundo o qual “toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade”), é inegável a conexão entre o tema da eficácia horizontal e o sistema americano em análise³¹⁵.

Partilhamos da posição de Daniel Sarmiento segundo a qual “apesar da dificuldade processual da sua tutela no âmbito da jurisdição internacional” – a qual deriva da impossibilidade de figurarem no polo passivo entidades privadas perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos³¹⁶ ou nos feitos julgados pela Corte –, “a eficácia do Pacto de San José nas relações privadas é inequívoca”³¹⁷. Eis o panorama que ficou delineado no julgamento do *case Velásquez Rodríguez*³¹⁸, acerca da temática do dever estatal de proteger os cidadãos contra violações de direitos fundamentais oriundas de outros particulares: um ato lesivo de direitos humanos que não tenha sido praticado por autoridade pública, por tratar-se de ação atribuível a pessoa privada “pode gerar a responsabilidade internacional do Estado, não pelo ato em si, mas pela falta da devida diligência em prevenir a violação”³¹⁹.

Exemplo ilustrativo desse cenário é o caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde v. Brasil*, julgado em 20 de Outubro de 2016³²⁰, no qual o Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por ter permitido violações (prática de trabalho

314 SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2010, p. 270-271.

315 SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2010, p. 272.

316 Parcela considerável dos processos perante a Comissão Interamericana que envolvem o Brasil concernem justamente a violações de direitos humanos perpetradas por particulares, sobretudo em situações de violência doméstica contra a mulher, discriminação racial privada e conflitos fundiários rurais. Cfr. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 253-283.

317 SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2010, p. 272-273.

318 O caso, julgado em 29 de Janeiro de 1989, envolvia o desaparecimento do cidadão hondurenho.

319 *Idem, ibidem*, p. 273-274.

320 Texto integral da decisão disponível em www.corteidh.or.cr.

escravo moderno e tráfico de pessoas) a direitos da pessoa humana consagrados pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no âmbito de uma entidade privada (Fazenda Brasil Verde, situada no Estado do Pará). A responsabilização inclui a reparação por danos materiais e a compensação por danos morais em prol de cada um dos trabalhadores vitimados.

Portanto, podemos concluir que, a despeito dos referidos obstáculos jurídico-processuais, é visível na jurisdição internacional dos direitos humanos a projeção na seara privada da eficácia dos direitos fundamentais previstos nos tratados e convenções internacionais³²¹. Em concerto com o nosso posicionamento, preconiza Mário Reis Marques que “os Estados são cada vez mais pressionados, na base do conceito de obrigações positivas, a assegurarem os Direitos do Homem nas relações jurídicas privadas”. E arremata: “no actual contexto, o juiz civil é confrontado com um horizonte em expansão”; “não existe agora um mundo à margem da ordem jurídica nacional”; “cada vez mais, os direitos provenientes do exterior dominam a ordem jurídica privada”³²².

321 Cfr. RAMOS, André Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 247-255. SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, 2010, p. 274.

322 REIS MARQUES, Mário. *Op. cit.*, 2009, p. 50.

V. Eficácia vertical e manifestações transconstitucionais de tutela jurisdicional

Passemos, nesta etapa, à abordagem da eficácia vertical dos direitos humanos e fundamentais à luz do transconstitucionalismo. Por eficácia vertical devemos entender a incidência dos direitos protetivos da pessoa humana em sua relação com o Poder Público. Encontramos uma formulação clássica de eficácia vertical em uma passagem da obra filosófica de Jean Ladrière, *in verbis: selon la première conception, l'individu doit être protégé contre les intrusions abusives de l'État*³²³.

A fenomenologia da eficácia vertical dos direitos fundamentais baseia-se na premissa segundo a qual a supremacia do interesse público não autoriza a violação, pelo Estado, de direitos titularizados pelo particular. Também o Poder Público está submetido à observância do ordenamento jurídico. Não se trata de preconizar a releitura do princípio da supremacia do interesse público, mas de admitir que a própria semântica ou conteúdo deontológico dessa norma carrega, como *conditio sine qua non*, a exigência de respeito ao núcleo essencial do indivíduo. *Id est*: se não for garantida a eficácia vertical protetiva de direitos, então já não há interesse público. Noutros termos: não há interesse público em abalar ilegitimamente direitos fundamentais dos particulares.

É conhecida na doutrina italiana a clivagem entre interesse primário do Estado ou interesse público propriamente dito – *id est*, o bem-estar geral da sociedade, o bem comum – e interesses secundários do Estado, que se ligam unicamente aos proveitos da máquina administrativa enquanto tal. Funda-se esta segunda dimensão, segundo a doutrina italiana, na premissa de que o Estado é também uma pessoa jurídica e, como tal, “existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito”. Não obstante esteja encarregado da suprema atribuição de perseguir interesses públicos (interesses primários do Estado), pode ter o Estado, como entidade personificada que é, interesses que lhe são particulares. Segundo Renato Alessi³²⁴, o Estado – enquanto mera subjetivação de interesses, à moda de qualquer sujeito de direito – poderia ter interesse em remunerar seus

323 LADRIÈRE, Jean. *L'Éthique Dans L'Univers de la Rationalité*. Québec: Artel, 1997, p. 245. O filósofo aborda na referida passagem uma concepção liberal centrada na afirmação dos direitos de defesa do indivíduo contra a ingerência abusiva do Poder estatal. Sem embargo, o plexo de direitos humanos e fundamentais, reconhecidos respectivamente em diplomas internacionais e constitucionais, transcende a exigência de cumprimento do dever de abstenção por parte do Estado. Açambarca, ademais, prestações positivas estatais para efetivação de direitos.

324 ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. 3 ed. Milão: Giuffrè, 1960, p. 197.

servidores mediante ínfimos valores, à beira da estrita subsistência, ou em tributar os contribuintes por via de exações desmesuradas.

Nos exemplos fornecidos por Renato Alessi, é fácil perceber que estão desgarrados aqueles interesses secundários dos interesses primários, daí que juridicamente não se revestem de validade. Conclui-se que só terão validade jurídica ou legitimidade constitucional os interesses secundários que coincidam com os primários. Ausente a intersecção, é também ausente a validade e, nesta hipótese, os interesses secundários conflitantes não poderão ser buscados pelo Estado.

Para utilizarmos a conceituação da referida doutrina italiana, restará descaracterizado o interesse público primário no átimo em que o Poder Público desrespeitar direitos fundamentais. Ao perpetrar a violação, o guardião desse interesse deixa de cumprir o seu papel. Eis a verdadeira semântica da “supremacia do interesse público”, a qual prescinde de releitura.

Trazemos à baila casos judiciais com conexão transconstitucional que envolvem a alegação de violação de direito fundamental oriunda de conduta praticada pelo Poder Público. Os *cases* pesquisados transitam por diferentes dimensões do transconstitucionalismo.

Sob a égide do transconstitucionalismo entre direito internacional público e direito estatal, destacamos, em primeiro lugar, a relação entre o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e as ordens constitucionais dos respectivos Estados a ele vinculados. Conforme preleciona Marcelo Neves³²⁵, enquanto a jurisprudência alemã tem invocado o art. 53 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos³²⁶ e “não se mostra disposto a se submeter, sem nenhuma restrição, às orientações do TEDH”, o Tribunal Constitucional da Áustria, em orientação diversa, posicionou-se pela imediata aplicação das normas da CEDH no âmbito interno. De acordo com o autor, essa postura é expressão da maior abertura da Corte austríaca em face do direito internacional público em geral e remonta à Constituição de 1920, “fortemente influenciada pelo internacionalismo de Hans Kelsen”³²⁷. Também a orientação do Tribunal suíço é mais favorável ao direito internacional do que sucede na jurisprudência alemã. Já o Tribunal Constitucional português, segundo aduz Marcelo Neves³²⁸, adota posição

325 NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 139-140.

326 “Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte”.

327 NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 141.

328 *Idem, ibidem*, p. 140. Neste sentido, cfr. BARRETO, Irineu Cabral. *Les effets de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur l’ordre juridique et judiciaire portugais*. In: *Liber Amicorum*

intermediária; muito embora defenda que as questões constitucionais se resolvem à luz das normas e princípios constitucionais, estabeleceu, em decisão de 12/10/1999³²⁹, que a jurisprudência do TEDH contribui diretamente para determinar a convicção jurídica dos direitos fundamentais previstos na Constituição portuguesa e tem esforços para adaptar-se a essa jurisprudência.

Já a posição do Conselho Constitucional francês demonstra “uma certa abertura para uma conversação construtiva” com o TEDH. Na decisão nº 2004-505 DC, datada de 2004, aquele Tribunal recorreu, como *ratio decidendi*, à decisão do *case* Leyla Sahin v. Turquia, prolatada pelo TEDH, na qual o art. 9º da Convenção foi interpretado no sentido de permitir uma margem de apreciação (*marge nationale d’appréciation*) para a disciplina da liberdade religiosa. A partir desse entendimento, a Corte francesa passou a entender que os Estados são livres para proscreever ou permitir as alunas islâmicas quanto ao uso de véu³³⁰.

No caso Goodwin v. United Kingdom, o Acórdão de 11/07/2002 entendeu que o Reino Unido violava a Convenção Europeia de Direitos Humanos por não levar em conta a mudança de sexo. Trata-se de caso emblemático e que representa uma mudança na jurisprudência do Tribunal. Até então o TEDH entendia que os Estados tinham a liberdade de disciplinar livremente o status dos transexuais, *i.e.*, de dizer se eles continuariam a ser classificados como homens ou mulheres e todos os consectários desse reconhecimento, como, *v.g.*, possibilidade ou não de casar, de pedir pensão *et cetera*³³¹.

Também caracteriza transconstitucionalismo entre direito internacional público e direito estatal a referência a precedente da Suprema Corte do Canadá (caso Rodriguez) em decisum proferido pelo Tribunal Europeia de Direitos Humanos (*case Pretty v. United Kingdom*). O referido precedente versava sobre a recusa, pelo Tribunal canadense, do direito ao suicídio assistido. O caso julgado pelo TEDH apresentou similaridade, por envolver “uma mulher que estava paralisada e sofrendo de uma doença degenerativa incurável, cujo marido teve negado um requerimento de imunidade de persecução penal” para ajudá-la a cometer suicídio³³².

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, trazemos à baila a análise de três *cases* que também refletem o tratamento jurisdicional da eficácia vertical desses

Luzius Wildhaber: Humans Rights – Strasbourg Views/Droit de l’homme – Regards de Strasbourg. Kehl/Estrasburgo/Arlington, VA: Engel, 2007, pp. 83 ss.

329 Acórdão nº 533/1999.

330 NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 142.

331 *Idem, ibidem*, p. 143.

332 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2013, p. 36.

direitos à luz do transconstitucionalismo entre direito internacional público e direito estatal. O primeiro deles concerne à colisão entre o art. 7º, nº 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que proíbe a prisão civil do depositário infiel, e o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que permite a prisão³³³. A partir do julgamento do RE 466.343/SP, do RE 349.703/RS e do HC 87.585/TO, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, quando não aprovados nos termos procedimentais do art. 5º, § 3º da Constituição Federal, possuem *status* supralegal, mas infraconstitucional. Tal entendimento representa uma evolução em sede de proteção de direitos humanos, vez que permite o controle de convencionalidade das leis ordinárias que violem direitos constantes de tratado ou convenção internacional, *i.e.*, a declaração da invalidade de uma norma veiculada por lei ordinária com fulcro na força supralegal da norma internacional. Neste sentido, Marcelo Neves entende que a manutenção da orientação anteriormente dominante na tradição jurídica brasileira – a concepção de que os atos internacionais ratificados têm força de lei ordinária, independentemente de seu conteúdo – significaria “um conflito insuperável entre o STF e o CIDH” e uma ruptura do “diálogo constitucional com a CIDH em torno de uma compreensão dos direitos humanos e dos direitos fundamentais”. Sem embargo, com o novo entendimento da Corte máxima brasileira, verificou-se “o esforço com vista à formação de uma racionalidade transversal, que se mostra suportável para ambas as ordens jurídicas envolvidas”³³⁴.

O segundo *case* a envolver o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é o *Yatama vs. Nicarágua*, concernente à participação democrática de membros da comunidade indígena, filiados ao partido Yatama, cuja candidatura à eleição municipal de 5 de novembro de 2000 foi proibida pela decisão do Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua. Em decisão da mais alta relevância para a salvaguarda da eficácia vertical de direitos violados pelo Poder Público,

333 Nem sempre a previsão de norma internacional é mais favorável aos direitos humanos que a disposição normativa interna. Exemplo disso é a colisão entre o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que prevê a prisão perpétua em seu art. 77, nº 1, alínea “b”, e a Constituição brasileira, que proíbe a pena de tal naípe em seu art. 5º, inciso XLVII, alínea “b”. Em que pese a previsão do art. 5º, § 4º da Constituição, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (“o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”), deriva da norma do art. 60, § 4º, inciso IV, que a vedação de penas de caráter perpétuo, porque cláusula pétrea, não pode ser abolida. Solução intermediária, embora não integralmente compatível com o Estatuto de Roma, mas suportável pelo Tribunal Penal Internacional “em uma posição construtiva e disposta ao aprendizado”, reside na exigência, pelo Estado brasileiro, de uma condição específica para a extradição (“embora, a rigor, não se trate de extradição, na hipótese de um tribunal internacional, pois o conceito de extradição se refere à relação entre Estados”) do suposto criminoso a ser processado ou do criminoso já condenado pelo TPI: “ele só será entregue se a prisão perpétua for comutada em uma pena de, no máximo, trinta anos”. Esta é uma “tendência na jurisdição brasileira”, com esboço no entendimento de que a prisão perpétua viola os direitos fundamentais (NEVES, Marcelo, 2009, p. 147-148).

334 *Idem, ibidem*, p. 146.

a CIDH concluiu pela violação dos direitos humanos previstos pela Convenção Americana e condenou o Estado da Nicarágua à indenização por danos materiais e imateriais e, ainda, determinou a reforma da respectiva lei eleitoral, para viabilizar a participação dos membros das comunidades indígenas e étnicas nos processos eleitorais de forma efetiva e tomando em conta suas tradições, usos e costumes³³⁵.

O terceiro caso que merece menção, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, é o *case* Crianças de Rua v. Guatemala de 1999. Em seu julgamento, a Corte firmou o entendimento de que o direito fundamental à vida deve ser garantido pelo Poder Público (eficácia vertical) e inclui não apenas o direito de cada ser humano não ser privado de sua vida arbitrariamente, mas também o direito de que ele não seja impedido de ter acesso às condições que garantam uma existência digna³³⁶.

Acerca do transconstitucionalismo entre direito supranacional e direito estatal, expomos o cenário da internormatividade europeia. A esse respeito, entende Marcelo Neves que “antes de tratar-se de uma Constituição da União Europeia, cabe falar de um transconstitucionalismo europeu como transversalidade de ordens jurídicas em face de problemas jurídico-constitucionais comuns”³³⁷. Convergem, neste ponto, Marcelo Neves e Gomes Canotilho. Também o constitucionalista português não vislumbra o advento de uma Constituição europeia ou de um Estado europeu por via da carta comunitária de direitos fundamentais, como se depreende da seguinte passagem: “a incorporação de uma carta de direitos fundamentais não significa que ele transporte uma qualquer ideia de constituição europeia e de Estado europeu. Como se sabe, a ideia de fundamentalização de direitos não pressupõe a criação formal de uma constituição e a existência de um Estado”. Adverte o autor que “a carta de direitos fundamentais não é, pois, o Título I de uma futura constituição europeia. A sua elaboração não emana de um poder constituinte europeu radicado num povo europeu ou nos povos dos estados membros da comunidade. As tradicionais formas e procedimentos constituintes do *We, the People* ou *We, the People of the states* estão aqui fora de causa”. Gomes Canotilho rechaça, pois, a concepção amiúde sugerida no plano jurisdicional: “os Tratados da Comunidade Europeia não constituem uma verdadeira carta constitucional da União Europeia, não obstante existirem sugestões nesse sentido na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades. Conclui Canotilho que a inexistência

335 *Idem, ibidem*, p. 147.

336 BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, 2013, p. 32.

337 NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 155-156.

de um Estado europeu é consectário lógico da inexistência de uma constituição europeia: “se não existe uma constituição europeia, também não existirá um Estado europeu. A carta europeia dos direitos fundamentais é uma carta vinculativa dos órgãos legislativos, executivos e jurisdicionais da União Europeia e não uma constituição juridicamente constitutiva e conformadora de um hipotético Estado europeu”³³⁸.

Uma vez que a referida carta de direitos não logra *status* de constituição europeia, como asseveram Marcelo Neves e José Joaquim Gomes Canotilho, façamos uma reflexão teleológica a respeito do advento desse catálogo dinamizador de direitos fundamentais no âmbito da União Europeia. Quais seriam, portanto, as finalidades de sua positivação? Respondemos à indagação com espeque nos ensinamentos de Gomes Canotilho, para quem “a elaboração de uma carta europeia de direitos fundamentais pretende recortar um conjunto de direitos juridicamente vinculativos das instituições da União Europeia”. Aduz o autor que o primeiro objetivo repousa na “positivação de direitos através da sua incorporação jurídica no ordenamento da União”, enquanto o segundo desiderato consiste na atribuição do status de *fundamental rights* aos direitos positivados, conferindo-lhes, com isto, “uma hierarquia materialmente superior no quadro das fontes de direito da União Europeia”³³⁹.

A partir de uma reflexão teleológica sobre a carta europeia de direitos fundamentais, conclui Gomes Canotilho que os dois objetivos de sua criação – acima referidos – significam a fundamentalização formal e material dos direitos fundamentais no âmbito da comunidade europeia. O autor explica a semântica desses dois fenômenos: “fundamentalização formal porque as normas da carta deverão ser incluídas no tratado e aí colocadas no grau hierarquicamente superior da ordem jurídica e comunitária”. Essa circunstância rechaça de imediato “a ideia de uma carta-declaração anteposta no Tratado da Comunidade, mas sem valor formal juridicamente vinculativo”. A fundamentalização material, a seu turno, “sugere que estes direitos são constitutivos das estruturas básicas da Comunidade e da União europeias”. E arremata: “além de serem uma legitimação política e moral de uma estrutura político-organizatória, elas crismam a Europa Comunitária como uma comunidade de valores e de princípios juridicamente normatizados numa carta de direitos fundamentais”³⁴⁰.

Como expressão do transconstitucionalismo entre direito supranacional e direito estatal, destacamos o caso Stefano Melloni – Proc. C-399/11, decisão de 26 de fevereiro de

338 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, 2001, p. 14.

339 *Idem, Ibidem*, p. 13.

340 *Idem, Ibidem*, p. 13.

2013 —, cidadão italiano que foi detido na Espanha, onde se decidiu pela extradição à Itália. Após ser concedida a liberdade após pagamento de caução, Melloni fugiu, razão pela qual não chegou a ser entregue às autoridades italianas. Na Itália, o réu foi condenado, sem ter estado presente no julgamento, à pena de dez anos de prisão, tendo sido emitido pelo Procurador-Geral da República o mandado de detenção europeu. Detido pela polícia espanhola, o *Juzgado Central de Instrucción* remeteu o mandado de detenção à Câmara Penal da Audiência Nacional, a qual decidiu entregar o réu às autoridades italianas. Inconformado, Melloni interpôs recurso de amparo para o Tribunal Constitucional, alegando violação do direito a um processo equitativo. A Corte espanhola optou pelo reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia, caracterizando-se relação de *jaez* transconstitucional entre Cortes supranacional e estatal. A Corte supranacional europeia, em sua resposta, afirmou que o artigo 53º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deve ser interpretado no sentido de proibir a um Estado-membro que subordine a entrega de uma pessoa condenada sem ter estado presente no julgamento à condição de a condenação poder ser revista no Estado-Membro de emissão, “a fim de evitar uma violação do direito a um processo equitativo e dos direitos de defesa garantidos pela sua Constituição”³⁴¹.

No que tange ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais merece registro a salvaguarda, pela Corte Constitucional sul-africana, da eficácia vertical do direito à vida, que proíbe que o Poder Público, através da pena de morte, viole esse direito fundamental. Destaca-se, pois, o caso *State v. Makwanyane*, no qual a Corte Constitucional declarou inconstitucional a pena de morte, em decisão marcada pela referência, a título de *ratio decidendi*, a decisões prolatadas por Cortes de outros Estados soberanos, *verbi gratia*, decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos (além de decisões da Corte da Califórnia e da Corte d Massachusetts), da Suprema Corte do Canadá, do Tribunal Constitucional alemão, da Suprema Corte indiana, do Tribunal constitucional húngaro, do Tribunal de Apelação da Tanzânia. Essa postura transconstitucional que marca a atuação do Tribunal sul-africano tem espeque no art. 39, nº 1, alíneas “b” e “c”, da Constituição da África do Sul, cuja norma dispõe que qualquer tribunal sul-africano, ao interpretar a declaração constitucional de direitos, deve considerar o direito internacional e pode considerar também o direito estrangeiro.

341 TAVARES DA SILVA, Suzana. *Op. cit.*, 2014, p. 143-145.

Ainda na seara do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais, podemos destacar o caso *Kindler v. Canadá*, no qual a Suprema Corte do Canadá fundou sua decisão – a respeito da extradição de um réu estadunidense que poderia ser condenado à morte – nos atos de abolição de pena capital realizados por diversos Países, como França, Austrália, Nova Zelândia, Hungria, Romênia, Reino Unido e a Antiga Tchecoslováquia. Em *R. v. Morgentaler*, o Tribunal canadense fundou sua decisão de revogar normas do Código Penal autorizadas do aborto em precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Tribunal Constitucional alemão³⁴².

A respeito do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e transnacionais, Marcelo Neves aborda a proteção do direito fundamental à igualdade pelo mais alto tribunal transnacional do direito esportivo, o Tribunal Arbitral do Esporte. Neste sentido, o autor – após explanar decisão arbitral de 19 de dezembro de 2006 na qual o TAS confirmou a decisão da União Ciclista Internacional que condenou um ciclista por uso de *doping* – preconiza que o ponto mais relevante, para fins de exame do transconstitucionalismo entre ordem estatal e ordem esportiva transnacional reside no recurso ao princípio da isonomia³⁴³. Na mesma linha, sustenta Eric Loquin que o *decisum* do Tribunal Arbitral do Esporte tem o mérito de submeter todos os atletas a um tratamento igualitário, “velando para que certas federações nacionais não mostrem passividade” diante das transgressões perpetradas por seus desportistas nacionais³⁴⁴.

Sob a égide do transconstitucionalismo entre direito supranacional e direito internacional o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos salvaguardou o direito da reclamante de participar das eleições livres e secretas para o órgão legislativo, no caso *Matthews v. United Kingdom*. Este *case* versou sobre a exclusão dos eleitores de Gibraltar por normas reguladoras da eleição do Parlamento Europeu. O Ato Concernente à Eleição dos Representantes do Parlamento Europeu por Sufrágio Universal Direto, de 20 de setembro de 1976, diploma adicional ao tratado de fundação da União Europeia, foi controlado à luz do art. 3º do Protocolo Adicional nº 1 à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Verifica-se, destarte, que embora a União Europeia não pertença formalmente a sistema da Convenção Europeia de

342 BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, 2013, p. 35-36.

343 NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 197-200.

344 LOQUIN, Eric. *Tribunal Arbitral du Sport: 2 Chronique des Sentences Arbitrales*. In: *Journal du Droit International Clunet*, nº 1. Paris: Lexis Nexis/Juris Classeur, 2008, p. 241 (*apud* NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 2000).

Direitos Humanos, que só admite o ingresso de Estados, a jurisprudência do TEDH tem afirmado a sua própria competência para controlar atos e normas comunitárias³⁴⁵.

Trazemos a lume, ainda, a tutela jurisdicional da eficácia vertical dos direitos humanos e fundamentais em conformidade com o transconstitucionalismo em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos. Bifurcamos o exame em transconstitucionalismo multiangular entre ordens de tipos diversos e transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos.

No campo do transconstitucionalismo multiangular entre ordens de tipos diversos, merece menção a já citada Decisão nº 2004-505 DC, na qual o direito supranacional (projeto da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia) foi interpretado conforme norma de direito internacional (art. 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos) por um órgão de controle de constitucionalidade de um Estado nacional (Conselho Constitucional da França) para afirmar a peculiaridade de um princípio do direito constitucional estatal, *i.e.*, o princípio da laicidade da República Francesa. O Conselho Constitucional invocou precedente do TEDH segundo o qual a liberdade religiosa dá azo a uma certa margem de discricção aos Estados signatários da Convenção.

Podemos acrescer, ainda, como exemplo de transconstitucionalismo multiangular, a apreciação, pelo Tribunal Constitucional português, das medidas legislativas que o Estado português adotou para conformação de sua ordem interna aos parâmetros do Programa de Assistência Econômica e Financeira, o qual adveio de um acordo entre Portugal, a União Europeia e o Fundo Monetário Internacional. Trata-se da “jurisprudência da crise”, à qual referimo-nos alhures.

Diferentemente do que se deu no Acórdão nº 396/2011, já referido alhures, nos Acórdãos nº 494 e 862/2013, o Tribunal Constitucional de Portugal entendeu que restou violado o princípio da proteção da confiança. No primeiro, o Tribunal declarou inconstitucional a eliminação da salvaguarda de aplicação das causas de cessação da relação de emprego público a trabalhadores com vínculo de nomeação definitiva. No segundo Acórdão, por sua vez, a Corte declarou inconstitucional, por violação da proteção da confiança, a norma que previa uma redução em cerca de 10% das pensões pagas pela Caixa Geral de Aposentações. Demonstrou o Tribunal uma menor tolerância relativamente à liberdade de conformação do legislador. Estes dois *cases* exemplificam a incidência de

345 NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2009, p. 230.

direitos fundamentais que amparam o indivíduo em sua relação jurídica com a Administração Pública³⁴⁶. Mesmo em situação de crise econômica e de execução de medidas de austeridade, são inválidas as ingerências que atinjam o núcleo essencial de direitos fundamentais da pessoa humana.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional português, há violação do princípio da proteção da confiança – ínsito à cláusula do estado democrático de direito prevista pelo art. 2º da Constituição – quando: a conduta estatal tenha causado expectativas legítimas (justificadas e fundadas em boas razões) de continuidade nos particulares (nos termos do Acórdão nº 187/2003, “afecção de expectativas em sentido desfavorável” geradora de uma “mutação da ordem jurídica”, não prevista razoavelmente pelos administrados); tenham os administrados realizado planos de vida com base nessas expectativas; ausência de razões de interesse público que justifiquem, por ponderação, a descontinuidade da conduta geradora das expectativas (ou, nos termos do Acórdão nº 187/2003, inobservância, no caso concreto, da “necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevalentes”); eis o conteúdo deontológico do princípio da proporcionalidade, “explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no nº 2 do artigo 18º da Constituição”³⁴⁷. Merece destaque o fundamento da proteção da confiança pelo fato de que a sua análise esteve presente em todos os Acórdãos da jurisprudência da crise³⁴⁸. Como já explicamos alhures, o Tribunal entendeu, no emblemático Acórdão nº 396/2011, que não restou violado o princípio da

346 Optamos por inserir esses exemplos neste capítulo diante da presença do Estado em um dos polos da relação jurídica. Entrementes, é compreensível o entendimento segundo o qual os peculiares contornos que informam o vínculo laboral diretamente celebrado entre Estado e indivíduo dão azo à sua categorização como eficácia horizontal. Por essa via interpretativa, reconhece-se que, não obstante a presença do Poder Público no liame em baila, este não está a atuar efetivamente com *status* de potestade inerente ao titular da supremacia do interesse público e sim como empregador contratante. Para quem adere à categoria autônoma conhecida como “eficácia diagonal”, de que tratamos alhures, torna-se simples a questão, sendo esse um exemplo *sui generis* – mais diagonal do que vertical ou horizontal.

347 Acórdãos nº 303/90 (vencimentos de ex-regentes escolares), nº 786/96 (alterações ao Estatuto dos Militares das Forças Armadas), nº 141/2002 (fixação de limites de vencimentos a funcionários em funções em órgãos de soberania), nos quais foram consideradas inconstitucionais as respectivas reduções salariais, nº 396/2011, nº 353/2012, nº 187/2013, nº 413/2014 (concernentes ao Orçamento do Estado para, 2011, 2012, 2013 e 2014, respectivamente. Neste sentido, QUEIROZ, Cristina. *O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais*, Coimbra: Coimbra Editora: 2014, p. 28.

348 O princípio da isonomia também logrou destacada reflexão. *Verbi gratia*, no Acórdão nº 396/2011, chegou a Corte ao entendimento de que não havia violação ao princípio de igualdade. Argumentou o Tribunal que “quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos”. Tal circunstância, de acordo com o julgado, justificaria o sacrifício adicional exigido àquela categoria. Acresça-se que nos restantes casos de apreciação de idêntica norma constante dos Orçamentos do Estado para 2012, 2013 e 2014 a medida da redução salarial no quantitativo da retribuição da função pública não foi declarada em conformidade com a Constituição. Cfr. QUEIROZ, Cristina. Op. Cit., p. 45.

proteção da confiança por ponderar que, não obstante o reconhecimento de que estava presente o requisito da existência de expectativas, a medida *sub examine* (redução remuneratória entre 3,5% e 10% prevista no Orçamento de Estado para 2011 para trabalhadores do setor público com remunerações superiores a 1.500 euros) ajustava-se à “estratégia global delineada a nível europeu” e que as reduções remuneratórias não expressavam uma afetação desproporcionada de uma posição de confiança.

Por derradeiro, em sede de transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, “cabe observar o diálogo transconstitucional existente entre supremos tribunais ou cortes constitucionais, que invocam precedentes jurisprudenciais não apenas de outras cortes estrangeiras, mas também de tribunais internacionais”³⁴⁹. Esse complexo diálogo esteve presente no já citado caso *State v. Makwanyane*, no qual o Tribunal Constitucional da África do Sul invocou não apenas decisões prolatadas por outros Tribunais Constitucionais, mas também precedentes do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. O mesmo sucedeu no âmbito da Corte do Zimbábue, quando determinou que a punição corporal de adultos é cruel e que a aplicação da pena corporal a menores é inconstitucional. Valendo-se de igual pluralidade de precedentes – dentre os quais o *case* Irlanda v. Reino Unido, julgado pelo TEDH em 1978 –, a Alta Corte de Justiça de Israel proibiu determinados métodos de interrogatório perpetrados pela Agência Interna de Segurança, por serem violadores de direitos humanos. O mesmo sucedeu em sede de *ratio decidendi* da decisão do British Privy Council, que atuou como Tribunal Constitucional da Jamaica quando comutou a pena de morte de um jamaicano em prisão perpétua³⁵⁰.

A latere a referida invocação de normas e precedentes, por Tribunais nacionais, de outras ordens jurídicas – especialmente estrangeiras e internacionais –, destacam-se, ainda no terreno do transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, “casos em que decisões de tribunais cortam transversalmente ordens jurídicas diversas em matéria de direitos fundamentais e direitos humanos, com força vinculante”³⁵¹. Logra relevância, neste ponto, o *decisum* da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos *Yakye Axa v. Paraguai* e *Sawhoyamaxa v. Paraguai*, que versavam sobre o direito de propriedade sobre territórios das respectivas comunidades indígenas. A Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou, em primeiro plano, a noção cultural de “propriedade ancestral” sedimentada historicamente

³⁴⁹ *Idem, ibidem*, 2009, p. 257.

³⁵⁰ *Idem, ibidem*, 2009, p. 261-262.

³⁵¹ *Idem, ibidem*, 2009, p. 264.

nas tradições das comunidades indígenas Yakyé Axa e Sawhoyamaxa, em detrimento do conceito técnico-jurídico de propriedade privada constante da ordem constitucional paraguaia. Destarte, a Corte argumentou favoravelmente aos direitos de cunho local extra-estatal, para salvaguardar direitos humanos proclamados no âmbito internacional.

VI- Conclusão

A concepção jurídica típica da teoria política liberal positivista dos séculos XIX e XX, assente na “equação entre nação, Estado e direito”, apresenta jaez demasiado restritivo, por reconhecer unicamente o espaço-tempo nacional e desconsiderar a anatomia hodierna do direito, constituída por “três espaços-tempo – o local, o nacional e o global”³⁵². Aquele paradigma, alicerce da teoria do constitucionalismo em moldes vestefalianos, não mais subsiste³⁵³. Sua insuficiência impõe a transição para o paradigma transconstitucional ou interconstitucional (*transfer of constitutional thinking from the state to the postnational constellation*³⁵⁴), de cariz holístico e não-metonímico, guiado por um modelo transversal, diatópico e cosmopolita de racionalidade. Nesse novo “mundo de hibridações jurídicas”, no qual “não escapa o próprio direito nacional estatal” são porosas as fronteiras entre as diversas ordenações jurídicas em rede³⁵⁵.

Nesse diapasão, explica Mário Reis Marques que o modelo kelseniano do direito, que se funda na concepção de uma “*Grundnorm* clausuradora da juridicidade”, “não consegue mais represar” a totalidade da experiência jurídica. O autor adverte que essa concepção anacrônica ainda se faz “presente na mente do muito significativo conjunto dos juristas positivistas”. Sem embargo, “o paradigma piramidal tende a transformar-se num verdadeiro obstáculo epistemológico no sentido bachelardiano, isto é, num bloqueio (contra-pensamento) do pensamento ao pensamento, numa resistência a uma concepção do direito que responda às necessidades do presente”³⁵⁶.

A doutrina do transconstitucionalismo não é imune a críticas. Respeitamos o posicionamento da doutrina que afirma não subscrever “inteiramente esta visão” pelo fato de que “hoje a imbricação é global, e por isso mais complexa, não permitindo arrumar o fenômeno em relações bipolares como as apresentadas”³⁵⁷. Sem embargo, *data maxima venia*, não conferimos aquiescência à opinião crítica em tela. Em primeiro lugar, por entendermos que o modelo transconstitucional não oferece uma perspectiva estanque ou enclausurada em

352 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. Cit.*, 2003, p. 49-50.

353 Uma via de compreensão possível, segundo Petra Dobner, tem sido a ampliação do conceito de constitucionalismo para a noção de constitucionalização global: “*one answer to this problem has been to extend the concept of constitutionalism to the global arena and to promote the idea of a global constitutionalisation*” (DOBNER, Petra. *Op. cit.*, 2010, p. 141).

354 DOBNER, Petra. *Op. cit.* 2010, p. 141.

355 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. cit.*, p. 49.

356 REIS MARQUES, Mário. *Op. cit.*, 2009, p. 48-49.

357 SILVA, Suzana Tavares da. *Op. cit.*, 2014, p. 156.

relações bipolares da fenomenologia internormativa. Não é um simples modelo parcial de relações bilaterais paralelas ou de “relações bipolares”, eis que contempla o cenário multinível. Em diferentes passagens de sua obra, Marcelo Neves – principal marco teórico da perspectiva em baila – adverte que os entrelaçamentos transconstitucionais “dificilmente se apresentam de forma isolada”³⁵⁸. Com efeito, a teoria contempla, como dimensão essencial do seu objeto, o chamado “transconstitucionalismo em um sistema mundial de níveis múltiplos”. Tal fenômeno atine ao transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos bem como ao transconstitucionalismo multiangular entre ordens. Nesse diapasão, esclarece o autor que “em regra, o transconstitucionalismo tende ao envolvimento de mais de duas ordens jurídicas”, *i.e.*, a sua compleição expressa um “sistema jurídico mundial de níveis múltiplos”. Eis o que Neves denomina “transconstitucionalismo pluridimensional”³⁵⁹, fenômeno corolário da relevância de um problema jurídico-constitucional não para duas ordens isoladamente consideradas, em tiras, mas para uma diversidade de ordens jurídicas interconectadas.

Também não concordamos com a alegação de que o transconstitucionalismo não encontra critérios de decisão para litígios³⁶⁰. Algures explicamos que o transconstitucionalismo apresenta natureza multifacetada e constitui verdadeiro método de interpretação e de aplicação do direito. Fornece, portanto, uma metodologia eficiente para a construção de soluções dialógicas e plurais para os litígios jurídicos que surgem no atual contexto global.

Como salientamos ao longo desta pesquisa, além de teoria e método do direito, o transconstitucionalismo constitui um novo paradigma do direito constitucional, com reflexos inexoráveis para os demais subsistemas jurídicos. Eis o que podemos denominar filtragem transconstitucional. É dizer, não apenas as normas constitucionais, mas todas as normas do ordenamento jurídico logram aptidão para uma reinterpretação transversal, *i.e.*, para uma hermenêutica interconstitucional, cuja parametricidade vai além do modelo vestefaliano intrassistêmico.

Impende superarmos o paradigma do “provincianismo constitucional” e seu modelo fechado de interpretação e aplicação do direito, alheio ao contexto extra-estatal e bloqueador de soluções dialógicas e internormativamente situadas. Neste sentido, Ackerman denuncia o “provincianismo constitucional”, caracterizado por um isolamento da Constituição em relação

358 NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2012, p. 624. No mesmo sentido, *idem, ibidem*, p. 630.

359 NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, 2012, p. 630.

360 Cfr. SILVA, Suzana Tavares da. *Sustentabilidade Política e Pós-democracia: Um Roteiro*. Programa de Doutorado em Direito Público da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2016, p. 13.

ao contexto exógeno (v.g. aos princípios consagrados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos), que a faz padecer de um alheamento ante a própria comunidade e dá margem a soluções inconstitucionais à luz da conjuntura constitucional globalizada³⁶¹. Essa concepção provinciana – de perfil solipsista, em-si-mesmodo – padece de anacronismo e é, por isso, insuficiente para fornecer respostas jurídicas adequadas.

Concluimos o presente estudo com a resposta ao problema delineado alhures, em sede de considerações exordiais: ainda faz sentido abordar, na atual conjuntura normativa multinível, a questão da proteção dos direitos fundamentais em termos de eficácia horizontal e eficácia vertical? Impõe-se, a nosso sentir, uma resposta afirmativa. Conforme pormenorizado ao longo desta dissertação, o estudo doutrinário e o exame jurisprudencial demonstram a existência de manifestações transconstitucionais de tutela da eficácia dos direitos fundamentais no bojo de relações jurídicas travadas tanto entre particulares quanto entre indivíduo e Estado, razão pela qual a clivagem entre eficácia horizontal e eficácia vertical, além de lograr atualidade, afigura-se especialmente relevante, enquanto via ou ferramenta teórica tendente a fornecer uma compreensão congruente – atenta às peculiaridades de cada naipe de relação jurídica – e contextualizada do atual panorama global de salvaguarda dos direitos fundamentais. É dizer: não está, no atual estágio de cariz internormativo que marca a fenomenologia jurídica, superada a tradicional distinção entre eficácia horizontal e eficácia vertical dos direitos humanos e fundamentais.

Não temos – cumpre reiterar - a pretensão de consolidar uma resposta definitiva e exauriente. Almejamos com este estudo, ao revés, ofertar um contributo à comunidade acadêmica e, assim, fomentar o debate em torno das questões aqui suscitadas. Se nosso esforço puder lograr tal êxito, damo-nos por satisfeitos.

361 Cfr. ACKERMAN, Bruce. *La Política del Diálogo Liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 47ss. Para um estudo acerca das inconstitucionalidades advindas da própria ordem constitucional segundo o parâmetro endógeno (princípios fundamentais da própria ordem constitucional): violação da Constituição escrita (“inconstitucionalidade de normais constitucionais ilegais”, “inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição”, “inconstitucionalidades de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior”, “inconstitucionalidade resultante da mudança de natureza de normas constitucionais”, “inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado na lei constitucional”) e violação de direito constitucional não escrito (“inconstitucionalidade por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição”, “inconstitucionalidade por infração de direito constitucional consuetudinário”), cfr. BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977, p. 49-67. Sem embargo, o autor faz uma abordagem de caráter exógeno no tocante à “inconstitucionalidade por infração de direito supralegal não positivado” (*Idem, ibidem*, p. 67-68).

VII. REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João Nunes. *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

ACKERMAN, Bruce. *La Política del Diálogo Liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999.

AGRA, Cândido da. «A Epistémè das Ciências Criminais – Exercício Empírico-Teórico», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. 3 ed. Milão: Giuffrè, 1960.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Maria Lúcia. *A Forma da República – Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.

BARRETO, Irineu Cabral. «Les effets de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur l’ordre juridique et judiciaire portugais», *Liber Amicorum Luzius Wildhaber: Humans Rights – Strasbourg Views/Droit de l’homme – Regards de Strasbourg*. Kehl/Estrasburgo/Arlington, VA: Engel, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo – A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *State of Crisis*. Cambridge: Polity Press, 2014.

BECK, Ulrich. *The Reinvention of Politics: Rethinking Modernity in the Global Social Order*. Cambridge: Polity Press, 1997.

BILBAO UBILLO, Juan Maria. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BISBAL, Joaquim. «Prólogo», *El Coste de Los Accidentes – Análisis Económico y Jurídico de La Responsabilidad Civil*. CALABRESI, Guido. Trad. Joaquim Bisbal. Barcelona: Editorial Ariel, 1984.

BOBBIO, Norberto. *L’Età Dei Diritti*. Turim: Einaudi, 1990.

_____. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOCHENSKI, Józef Maria. *A Filosofia Contemporânea Ocidental*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: EDUSP, 1975.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão no Recurso de Revista nº TST-RR -1882-80.2010.5.02.0061. Relator Ministro Vieira de Mello Filho. DJ 03.08.2016, disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 201.819-8. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ. 27.10.2006, disponível em redir.stf.jus.br.

BUCHANAN, James. *Constitutional Economics*. Londres: Basil Blackwell, 1991

BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent – Logical Foundations of Constitutional Democracy*. 2 ed. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1967.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. «Compreensão Jurídico-Política da Carta», *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Brançosos e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARBONELL, Miguel. «Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo», *Neoconstitucionalismo(s)*, CARBONELL, Miguel (Org). 4 ed. Editorial Trotta: Madrid, 2009.

CARDOSO DA COSTA, José Manuel. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CASALTA NABAIS, José. «Da Sustentabilidade do Estado Fiscal», *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. CASALTA NABAIS, José; TAVARES DA SILVA, Suzana (Coord.) Coimbra: Almedina, 2011.

CASTANHEIRA NEVES, António. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia – Tópicos Para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CERBONE, David. *Fenomenologia*. Trad. Caesar Souza. Petrópolis: Vozes, 2012.

CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016.

CROUCH, Colin. *Post-democracy*. Cambridge: Polity Press, 2004.

_____. «The March Towards Post-Democracy, Ten Years On», *The Political Quarterly*, Vol. 87, nº 1. The Political Quarterly Publishing: Oxford, 2015.

DEWEY, John. *Democracia e educação: introdução à filosofia da educação*. Trad. Godofredo Rangel e Anísio Teixeira. 3 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959.

_____. «The Problem of Truth», *The Essential Dewey*, volume I: Pragmatism, Education, Democracy. Ed. Larry Hickman e Thomas Alexander. Bloomington: Indiana University Press, 1998.

_____. «Context and Thought», *The Essential Dewey*, volume I: Pragmatism, Education, Democracy. Ed. Larry Hickman e Thomas Alexander. Bloomington: Indiana University Press, 1998.

_____. «The Problem of Truth», *The Essential Dewey*, volume II: Ethics, Logic, Psychology. Ed. Larry Hickman e Thomas Alexander. Bloomington: Indiana University Press, 1998.

DOBNER, Petra. «More Law, Less Democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism», *The Twilight of Constitutionalism?* DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Org.). Oxford: Oxford University Press, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3 ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

FRIEDMAN, David. *The Machinery of Freedom – Guide to a Radical Capitalism*. Nova Iorque: Harper & Row, 1973.

GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais: Análise de sua Concretização Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003.

GARCIA, Maria da Glória. *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2015.

GARVEY, John; ALEINIKOFF, Alexander. *Modern Constitutional Theory: A Reader*. St. Paul: West Group, 1999.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Procedimiento de Tutela y Eficacia Diagonal de los Derechos Fundamentales*. Revista Laboral Chilena: Santiago, 2009.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. « Do Historicismo Materialista à Historicidade da Sociedade Aberta: Poderá o Direito Ser Reflexo ou Instrumento da História? » *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Vol. 1: Filosofia, Teoria e Metodologia. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria (Org.). Coimbra: Almedina, 2008.

GOSSERIES, Axel. *Pensar a Justiça entre as Gerações*. Trad. Joana Cabral. Coimbra: Almedina, 2015.

GRIMM, Dieter. «Does Europe Need a Constitution?», *European Law Journal*, Vol. 1, nº 3, Oxford, Blackwell Publishers, 1995.

_____. «Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung», “*Kontinuität und Wandel: Festschrift für Peter Badura zum siebzigen Geburtstag*”. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten - Ein Beitrag zur pluralistischen und prozessualen Verfassungsinterpretation*. Berlin: Duncker & Humblot, 1978.

HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action - Reason and The Rationalization of Society* .vol. 1. Trad. Thomas McCarthy. Londres: Heinemann, 1984.

_____. *The Theory of Communicative Action - The Critique of Functionalist Reason*. Vol. 2. Trad. Thomas McCarthy. Cambridge, Polity Press, 1987.

_____. *Teoria Política*. Vol. IV. Trad. Lumir Nahodil. Lisboa: Edições 70, 2015.

HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos Direitos do Homem*. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

HÖFFE, Otfried. *Derecho Intercultural*. Trad. Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

JAMES, William. «What Pragmatism Means», *Pragmatism and Other Writings*. Ed. Bruce Wilshire. Nova Iorque, The Library of America, 1987.

JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. In: "Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye II". Haia: Kluwer, 1995.

KAHN, Paul. «Comparative Constitutionalism in a New Key», *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Yale Law Journal. 101(8): 2677-705. New Haven: The Yale Law Journal Company, 2004.

KAIRYS, David. *The Politics of Law*. Nova Iorque, Pantheon Books, 1982.

KOOPMANS, Thijmen. «Legislature and Judiciary: Present Trends», *New Perspectives for a Common Law of Europe*. CAPPELLETTI, Mauro (Org.). Leiden: Sijthoff, 1978, pp. 309-337).

KORNHAUSER, Lewis. «L'analyse Economique du Droit», *Revue de Synthèse*. Cachan: Lavoisier, 1985.

KUHN, Thomas Samuel. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5 ed. São Paulo: Perspectiva S.A, 1997.

LADRIÈRE, Jean. *L'Éthique Dans L'Univers de la Rationalité*. Québec: Artel, 1997.

LEAL, Gabriel Prado. «Exceção Económica e Governo de Crise nas Democracias», *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, Coimbra: Almedina, 2011.

LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*. Trad. José Pinto Ribeiro, Lisboa: Edições 70, 1988.

_____. *Descobrimo a existência com Husserl e Heidegger*. Trad. Fernanda Oliveira, Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

LOBO TORRES, Ricardo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LÖEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LOQUIN, Eric. «Tribunal Arbitral du Sport: 2 Chronique des Sentences Arbitrales», *Journal du Droit International Clunet*, nº 1. Paris: Lexis Nexis/Juris Classeur, 2008.

LOUREIRO, João Carlos. «Magna(s) carta(s), constitucionalismo(s) e justiça(s): entre história(s) e perspectiva(s) nos 800 anos da Magna Charta Libertatum» *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*. Vol. 1. AMARAL, Maria Lúcia (Org.). Coimbra: Almedina, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. «The Autopoiesis of Social Systems», *Sociocybernetic Paradoxes: Observation, Control and Evolution of Self-Steering Systems*. Londres: Sage, 1986.

MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. *A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais: A Posição do Tribunal Constitucional Português*. Conferência Trilateral dos Tribunais Espanhol, Italiano e Português: Santiago de Compostela, 2014.

_____. «A tutela multinível dos direitos fundamentais. A posição do Tribunal Constitucional português», “*Revista da Esmape*”. V. 19, n. 40. Recife: EJUD-TJPE, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*. Lisboa: Edição do Autor, 1999

_____. *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Os Direitos Fundamentais e a sua Circunstância – Crise e Vinculação Axiológica entre o Estado, a Sociedade e a Comunidade Global*. Coimbra: Coimbra University Press, 2017.

MORIN, Edgar. *O Paraíso Perdido: A Natureza Humana*. 3 ed. Trad. Hermano Neves. Lisboa: Mem Martins-Publicações Europa-América. 1973.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

MOURA RAMOS, Rui Manuel. « A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Alguns Aspectos», *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

NEVES, Marcelo. «De la Autopoiesis a la Alopoiesis del Derecho», *Doxa*, n. 19. Alicante: Universidad de Alicante, 1996.

_____. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. «Transconstitucionalismo: Breves Considerações com Especial Referência à Experiência Latino-Americana», *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Juridica 104* –

Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Vol. III, Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald. *American Constitutional Law*. 5 ed. St. Paul: West Publishing. Co., 1995.

PACE, Alessandro. *Problematica delle Libertà Costituzionali – Parte Generale*. 2 ed. Padova: Cedam, 1990.

PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho – Una Reconstrucción Teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PARSONS, Talcott. *The Social System*. Londres: Routledge, 1991.

PAULIAT, Hélène; SAINT-JAMES, Virginie. «L’effet Horizontal de la CEDH», *CEDH et Droit Privé*. MARGUÉNAUD, Jean-Pierre (Org.). Paris: La Documentation Française, 2001.

GHIRALDELLI JR., Paulo. *O que é pragmatismo*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERNICE, Ingolf. *Fondements du Droit Constitutionnel Européen*. Paris: Pedone, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIRES, Francisco Lucas. *Uma Constituição para Portugal*. Coimbra: Almedina, 1975.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

PUTNAM, Hilary. *Renovar a Filosofia*. Trad. Ana André. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

RAMOS, André Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RANGEL, Paulo. «Transconstitucionalismo versus Interconstitucionalidade – Uma Leitura Crítica do Pensamento Transconstitucional de Marcelo Neves», *Tribunal Constitucional – 35º Aniversário da Constituição de 1976*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

RAWLS, John. «Justice as Reciprocity», *John Rawls: Collected Papers*. Ed. Samuel Freeman. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

REALE, Miguel. *O Direito como Experiência – Introdução à Epistemologia Jurídica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

REIS MARQUES, Mário. *Introdução ao Direito I: Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Introdução ao Direito*. Vol. 1. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ROSENFELD, Michel. *The Identity of the Constitutional Subject*. Londres, Routledge, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência*. Vol. 1. Porto: Afrontamento, 2000.

_____. «Para uma Sociologia das Ausências e uma Sociologia das Emergências», *Conhecimento Prudente para uma Vida Decente: Um Discurso sobre as Ciências Revisitado*. SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). Porto: Afrontamento, 2003.

_____. «O Estado Heterogêneo e o Pluralismo Jurídico», *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*. SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org.). Porto: Afrontamento, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. «Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais», *A Constituição Concretizada*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARTRE, Jean-Paul. *L'Existentialisme est un Humanisme*. Paris: Nagel, 1970.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do Sistema Geracional ao Sistema Unitário – Uma Proposta de Compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 8 ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1993.

_____. *Der Hüter der Verfassung*. 4 ed. Berlim: Duncker und Humblot, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.

STEBBING, Susan. *Pragmatism and French voluntarism, with especial reference to the notion of truth in the development of French philosophy from Maine de Biran to Professor Bergson*. Cambridge: University Press, 1914.

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros.

STÖRIG, Hans Joachim. *História Geral da Filosofia*. Trad. Volney Berkenbrock. 2 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

TAVARES DA SILVA, Suzana. «Sustentabilidade e Solidariedade em Tempos de Crise», *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, Coimbra: Almedina, 2011.

_____. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2 ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

_____. *Sustentabilidade Política e Pós-democracia: Um Roteiro*. Programa de Doutoramento em Direito Público da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2016.

_____. *Controlo da Constitucionalidade – 40 anos depois. Olhar o Constitucionalismo Português nos 40 Anos da Constituição de 1976*. In: www.ij.fd.uc.pt. Coimbra: Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra, 2016.

TRIEPEL, Heinrich. «Les Rapports Entre Le Droit Interne et Le Droit International», “*Recueil Des Cours – Académie de Droit International de la Haye*”. Tome 1 de La Collection. Hachette: Paris, 1925.

_____. *Derecho Público y Política*. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1974.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Processo n. 8978/80. Pres. R. Ryssdal, Reg. Marc-André Eissen. Decisão em 26.03.1985, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int>.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de Direito Constitucional – Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*. 2 ed. Coimbra: Almedina.

VATTIMO, Gianni. *O Fim da Modernidade: Nihilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-Moderna*. Trad. Maria de Fátima Boavida. Lisboa: Presença, 1987.

VEIGA, Paula. «Democracia Constitucional nos inícios do Século XXI – notas soltas» *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*. Vol. 1. AMARAL, Maria Lúcia (Org.). Coimbra: Almedina, 2016.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. «O Papel do Estado na Sociedade e na Socialidade» *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*. Vol. 1. AMARAL, Maria Lúcia (Org.). Coimbra: Almedina, 2016.

_____. «Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares», *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 5. Lisboa: Procuradoria Geral da República, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 1983.

WALDRON, Jeremy. «Foreign Law and the Modern Ius Gentium», *Harvard Law Review*. Vol. 119. Cambridge: The Harvard Law Review Association, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil – Ley, Derechos, Justicia*. 9 ed. Madrid: Trotta, 2009.