



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Suellen Martins Escariz

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E O
TRANSCONSTITUCIONALISMO**

A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E A SOCIEDADE GLOBALIZADA

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas – Menção em
Direito Constitucional, orientada pela Professora Doutora Ana Raquel Gonçalves
Moniz e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho de 2020



Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRANSCONSTITUCIONALISMO -
A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E A SOCIEDADE GLOBALIZADA

Suellen Martins Escariz

VOLUME 1

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas – Menção em Direito
Constitucional, orientada pela Senhora Professora Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz e
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho 2020

RESUMO

A evolução do Direito Constitucional encaminha o estudo das ciências jurídico-políticas para as adequações necessárias à sociedade globalizada. A proteção dos Direitos Fundamentais e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana encontra sua base nas constituições dos Estados Democráticos de Direito, como princípio estruturante e condicionante da existência destes. As relações entre ordenamentos jurídicos tornam-se mais constantes, e a busca por melhores soluções indica que a compreensão do Direito Constitucional deve seguir para o Transconstitucionalismo, em uma alusão à emancipação da lei constitucional em relação ao Estado e ao estabelecimento de um diálogo entre as diferentes estruturas jurídicas. A análise da teoria do Transconstitucionalismo permite conhecer sua proposta, os diferentes tipos, e também, as possíveis complicações e falhas em sua aplicação prática. A defesa da democracia e a preservação da soberania nacional se apresentam como a solução em conceitos antigos que permitem a melhor forma de conversação entre ordenamentos, e, principalmente corroboram a defesa e a promoção de Direitos Fundamentais para além do texto da lei. A defesa de Direitos Humanos e Fundamentais básicos não pode ser influenciável por diferentes culturas e ordenamentos, valores como a vida, liberdade, igualdade não são negociáveis, são absolutos. A tentativa de homogeneizar as definições de dignidade humana com estruturas estatais/extraestatais/internacionais/transnacionais que desrespeitem princípios básicos de democracia e dignidade torna o diálogo inviável. Faz-se necessário o esforço das entidades para a promoção dos Direitos Fundamentais, porém, ainda mais necessária a estrutura do Estado Democrático de Direito para a sua consecução. O presente trabalho surge da análise da importância dos Direitos Fundamentais, estabelece sua conexão ao Constitucionalismo e à estrutura do Estado Democrático de Direito, analisa as influências do Transconstitucionalismo, tanto em doutrina, como, principalmente, em jurisprudência e acontecimentos políticos reletvantes e, retoma conceitos básicos para estabelecer a ligação entre a sociedade globalizada e preservação da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Transconstitucionalismo, Dignidade da pessoa humana, Globalização, Estado de Direito.

ABSTRACT

The evolution of Constitutional Law leads the study of legal-political sciences to the necessary adaptations to globalized society. The protection of Fundamental Rights and, consequently, of the dignity of the human person, finds its basis in the constitutions of Democratic States of Law, as a structuring and conditioning principle of their existence. The relations between legal systems become more constant, and the search for better solutions indicates that the understanding of Constitutional Law must go to Transconstitutionalism, in an allusion to the emancipation of constitutional law in relation to the State and the establishment of a dialogue between different legal structures. The analysis of the theory of Transconstitutionalism allows to know its proposal, the different types, and also, the possible complications and flaws in its practical application. The defense of democracy and the preservation of national sovereignty are presented as the solution in old concepts that allow the best form of conversation between orders, and mainly corroborate the defense and promotion of Fundamental Rights beyond the text of the law. The defense of basic human and fundamental rights cannot be influenced by different cultures and orders, values such as life, freedom, equality are not negotiable, they are absolute. The attempt to homogenize definitions of human dignity with state / extra-state / international / transnational structures that disrespect basic principles of democracy and dignity makes dialogue unfeasible. It is necessary the efforts of the entities to promote Fundamental Rights, however, the structure of the Democratic Rule of Law is even more necessary for its achievement. The present work arises from the analysis of the importance of Fundamental Rights, establishes its connection to Constitutionalism and the structure of the Democratic State of Law, analyzes the influences of Transconstitutionalism, both in doctrine, and, mainly, in relevant jurisprudence and political events, and takes up concepts to establish the link between globalized society and the preservation of human dignity.

Keywords: Fundamental rights, Transconstitucionalism, dignity of human person, globalization, Democratic State of Law.

AGRADECIMENTOS

Em uma oportunidade de finalizar os estudos de Mestrado, em uma instituição histórica e viva, que atravessa séculos de excelência, primeiramente, agradeço ao Criador do universo, meu Deus, pela oportunidade de viver essa experiência, agradeço a Jesus Cristo por ter estado comigo em cada passo e decisão tomada, e por ter permitido que a Excelentíssima Professora Doutora Ana Raquel Moniz escolhesse ser minha orientadora, à Doutora agradeço o excelente e atencioso trabalho, não somente nas questões científicas, mas também pelas questões pessoais e sua cordial compreensão e paciência.

Agradeço ao meu marido Bruno Campinos, por seu apoio incondicional desde quando cursar esse mestrado ainda era um sonho, e principalmente, pela compreensão durante todo o processo. Agradeço aos meus pais Debora e Jesus Carlos Escariz, que mesmo à distância se fazem presentes em cada desafio, que sempre me ensinaram a importância dos estudos e de acreditar nos meus sonhos, o incentivo e apoio que nunca mediram esforços para mudar minha vida.

Agradeço aos demais doutores professores que auxiliaram nesta caminhada, assim como, aos queridos colegas que sempre se disponibilizaram em ajudar.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
DIREITOS FUNDAMENTAIS E O TRANSCONSTITUCIONALISMO	9
CAPÍTULO I - DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
1.1 – A relevância dos Direitos Fundamentais	10
1.2. Direitos Fundamentais no Estado de Direito	19
1.3. Direitos Fundamentais e o Constitucionalismo	20
1.3.1- Constitucionalismo Contemporâneo	22
1.3.2- Constitucionalismo atual/ Neoconstitucionalismo	24
CAPÍTULO II - DO TRANSCONSTITUCIONALISMO	26
2.1 – O conceito de Transconstitucionalismo	29
2-2. O Transconstitucionalismo e seus principais aspectos.	30
2.2.1 – A sociedade multicêntrica.....	34
2.2.2. Racionalidade transversal e acoplamento estrutural	35
2.2.3. Constituição transversal	37
2.2.4. Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas.....	39
2.2.4.1. Direito Internacional público e direito estatal.....	41
2.2.4.2. Direito supranacional e direito estatal	43
2.2.4.3. Ordens jurídicas estatais	44
2.2.4.4. Ordens jurídicas estatais e transnacionais.....	45
2.2.4.5. Ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais.....	46
2.2.4.6. Direito supranacional e direito internacional.....	50
2.2.5. Transconstitucionalismo e o sistema jurídico mundial de níveis múltiplos	50

2.3- Transcontitucionalismo – questões práticas.	52
2-4. Os Direitos Fundamentais, a proteção estatal e a sociedade globalizada.	62
2-5. Organizações Internacionais e a democracia.....	68
2-6. Direito à Autodeterminação dos povos como garantidor de uma sociedade global.....	71
CAPÍTULO III – TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	77
3.1 – A soberania nacional e a influência de Cortes Internacionais.	78
3.2 – A Justiça Constitucional e a proteção dos Direitos Fundamentais.	80
3.3- Reflexões acerca de julgamentos transconstitucionais.....	83
3.4 – Globalização do Direito Constitucional e a identidade cultural	85
CONCLUSÃO	89
BIBLIOGRAFIA	91
JURISPRUDÊNCIA.....	98

INTRODUÇÃO

O estudo do Direito Constitucional implica a compreensão da sociedade como um todo, a interligação das evoluções sociais que determinam os princípios estruturantes do Estado, e como todas essas definições afetam os cidadãos e os demais campos do Direito. O presente trabalho tem o intuito de abordar a percepção dos Direitos Fundamentais, compreender as principais mudanças recentes, seu verdadeiro significado e validade jurídica.

Assim como, compreender a direta ligação entre a proteção e promoção de Direitos e princípios fundamentais pelo Estado, a inserção destes em políticas públicas e ordenamento jurídico, e a preservação através da tutela jurisdicional. A inserção desta temática no âmbito do Direito Constitucional, permite associar a própria evolução deste campo no sentido de proteger e ampliar tais direitos.

Na sequência de abordagem das recentes mudanças ocorridas na interpretação do constitucionalismo, adentra-se à proposta do transconstitucionalismo, que consiste em promover um diálogo entre ordenamentos em diversificados níveis, sem imposição, mas incentivando uma união de compreensões.

A partir de onde é possível vislumbrar os pontos positivos e negativos da teoria que pode representar a próxima etapa do Direito Constitucional. A preocupação com a preservação da dignidade da pessoa humana, mesmo que no contexto de uma sociedade globalizada é o cerne da análise acerca do instituto.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E O TRANSCONSTITUCIONALISMO

A complexa tarefa de traduzir em palavras os conceitos jurídicos que, para além do ordenamento e das leis, estabelecem estruturas sociais para vivência digna e conjunta em sociedade, pode ser encarada como um grande desafio e também como missão social. A estrutura do Direito e a maneira como o discutimos são decisivas para o contexto social e a vida dos cidadãos, razão pela qual, a evolução das percepções e as consequentes mudanças que ocasionam ao âmbito jurídico devem ser encaradas com responsabilidade por aqueles que têm a honra de elaborar as orientações, as leis e as suas interpretações, especialmente no campo dos Direitos Fundamentais.

Longe de buscar maior relevância para determinada área de conhecimento, ou determinar um peso maior a tema específico, é necessário observar e compreender a relevância dos Direitos Fundamentais, e como o desenvolvimento e reconhecimento destes influenciam diretamente a sociedade e os ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito, e ainda, como a sociedade globalizada lida com os conflitos neste campo. Os direitos fundamentais são fruto da evolução da compreensão de que o ser humano deve estar no centro do ordenamento jurídico, no centro da proteção estatal. Um Estado de Direito somente é compreendido como tal quando respeita, protege e promove princípios estruturantes que garantem a vida e a dignidade da pessoa humana. O Estado de Direito consiste justamente no respeito ao ordenamento jurídico, caracterizado pelas leis e pelos princípios e direitos fundamentais. E a constituição desta estrutura jurídica se deve à relevância adquirida por estes. Resulta da necessidade de se garantir a existência condigna a todos os seres humanos, que são, por natureza, sujeitos de Direitos fundamentais.

Garante-se assim uma estrutura democrática, onde o Estado não pode se colocar em posição que fira o mínimo existencial de seus cidadãos, justamente para evitar que atrocidades, outrora cometidas, ganhem espaço. A ideia originária é profunda e extremamente relevante, e não pode ser esquecida, ainda em um contexto social de evolução do Direito Constitucional.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, faz-se necessário mencionar a compreensão social dos povos e nações e suas respectivas ordens jurídicas. A mudança entre

a reunião de pessoas em determinado território mais propício e da primordial busca pela sobrevivência ao mundo interligado e globalizado em tempo real, é possível tecer comentários acerca das motivações estruturais e das suas consequências jurídicas.

CAPÍTULO I - DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 – A relevância dos Direitos Fundamentais

Os Direitos Fundamentais podem ser encarados pelas perspectivas filosófica/jusnaturalista; estadual/constitucional; universalista/internacionalista. A perspectiva filosófica/jusnaturalista reflete a origem desta compreensão, o pensamento filosófico de compreender que existem direitos naturais que estão além do tempo e do espaço, e, portanto, são inerentes ao ser humano, por si só. Remonta-se aos estoicos a sua origem, uma vez que, defendiam ideias de igualdade e dignidade, e ganha mais força com o Cristianismo, em que se difundiu a ideia de que todo homem é imagem e semelhança de Deus, em igualdade e dignidade¹.

Através da razão e da fé, o homem saberia discernir entre o bem e o mal, e seria conhecedor da lei que governa o universo (direito natural atemporal). Esta concepção dá a base para o desenvolvimento dos Direitos Fundamentais, porém difere da concepção atual, quando, apesar de garantir direitos e possibilitar resistência contra as instituições e terceiros, não coloca o homem como sujeito principal. Foi necessário que se observasse o homem de forma autônoma frente à política e à ordem social. Nesta perspectiva natural, os direitos fundamentais são absolutos, imutáveis, atemporais, considerados como núcleo que deve se impor a qualquer ordem jurídica, pois, tais direitos existem antes do Estado e da sociedade, estão atrelados à moral e à cultura.

¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos - *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 15.

A perspectiva estadual/constitucional compreende os Direitos Fundamentais como direitos e liberdades concedidos por razões de humanidade, aplicações de princípios como igualdade e universalidade - diferentemente de determinações medievais, como a Carta Magna de 1215, que mais representava um comprometimento real a não violar a vida, propriedade e liberdade dos indivíduos – e por isso, encontram-se melhor exemplificados com o ‘direito dos ingleses’, com marcos como “Petition of rights” (1628); “Abolition of Star chamber” (1641); “Habeas Corpus Act” (1679); “Bill of rights” (1689). Tais direitos ganham força ao serem copiados nas colônias, resultam em Declarações de Direito dos Estados, e posteriormente na Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e ganha contornos ainda mais fortes com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789 – França)².

Os Direitos Fundamentais passam a ser compreendidos como individuais, e seu reconhecimento constitucional, assim como a separação de poderes, passam a ser decisivos para o reconhecimento de uma constituição estatal. Esta consagração constitucional dos Direitos Fundamentais é decisiva tanto para sua significação jurídica positiva, como também, cria a necessidade de garantia efetiva destes. O ser humano reconhecido como centro do ordenamento jurídico, não somente pela sua autonomia, mas também com base no sentido de justiça. O ser humano como sujeito com direito à dignidade, na garantia das condições mínimas, e igualdade para desenvolvimento das potencialidades individuais³.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como núcleo dos direitos fundamentais, o respeito ao ser humano em razão de direitos naturais intrínsecos a esta condição. Nas palavras do Doutor Jorge Miranda, são os “limites transcendentais do próprio poder constituinte material (originário) e como princípios axiológicos fundamentais”⁴.

Diante da amplitude dos temas a serem abordados, cumpre-se realizar uma análise dos acontecimentos prévios, atenta às mudanças mais recentes, observando elementos e conceitos que residem nas ideias e organizações políticas dos Estados no âmbito do

² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos - *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 21.

³ NOVAIS, Jorge Reis - *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 44.

⁴ MIRANDA, Jorge - *Manual de direito constitucional*. Vol. 4. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.15.

constitucionalismo moderno e atual. A análise de um ordenamento jurídico, a evolução da percepção social e jurídica de uma sociedade dificilmente é marcada por um ato ou acontecimento específico. Portanto, são conjuntos de fatores e momentos históricos que servem para mensurar o momento de transição e permitem determinar câmbios que resultaram em maiores repercussões e influência.

Quando da observação da evolução do Direito, compreende-se que este não se trata de ‘modelos evolucionistas’, e sim, ‘modelos evolutivos’, o que significa dizer que sua evolução não acontece em lógica de progresso, e sim, um desenvolvimento associado a diversos mecanismos de filtragem⁵.

De maneira que, determinar especificamente uma data ou um momento histórico específico para surgimento dos Direitos Fundamentais como são entendidos, é demasiado ousado e vazio, sendo necessária uma análise aos acontecimentos que confluíram para esta evolução. A compreensão acerca da dignidade de cada ser humano, outrora baseada na religião e na filosofia, conforme se observa da compreensão cristã (todo ser humano como imagem e semelhança de Deus) e da compreensão filosófica clássica, em que o homem é ser digno de liberdade e individualidade, ganha contornos mais científicos nos séculos XVII e XVIII com teorias como as de Thomas Hobbes e John Locke.

O valor primordial do homem é continuar a viver, crescer e se auto afirmar, baseado neste conceito, Hobbes defendeu a ideia de que o homem possui direitos naturais. Sua teoria consiste em diferenciar direito e lei, onde direito é visto como liberdade e a lei é vista como algema. Portanto, entende-se que o direito existe independentemente da lei, sendo esta, mais uma limitação daquele. E o conceito de direito natural se desenvolve a partir desta perspectiva. Locke aprimora esta compreensão, defendendo a ideia de que o ser humano, detentor de direitos naturais (vida, liberdade, propriedade), necessita de uma organização superior que produza a paz necessária para que seus direitos possam ser usufruídos. Portanto,

⁵ TEUBNER, GUNTHER - *O Direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Edição Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 99.

a estrutura do Estado deveria existir para garantir os direitos naturais, pré-existentes do indivíduo⁶.

O princípio da dignidade humana passa a ser compreendido como um valor universal, e portanto, uma obrigação universal, que deve ser aplicada como uma obrigação de respeito, garantia, proteção e promoção, sendo uma realidade indisponível, irrenunciável e inalienável, e caberá ao Estado dissolver os obstáculos e atingir sua máxima efetividade⁷.

É necessário ainda, garantir uma especial proteção àqueles que se encontram em situação mais precária e, muitas vezes desconhecem a real situação de lesão de Direitos Fundamentais em que se encontram, e ainda àqueles que conhecem de sua situação, mas desconhecem meios para reivindicar tais direitos⁸. Neste contexto, surge a ideologia de que o Estado deve ser estruturado de maneira a garantir os direitos naturais dos indivíduos. É interessante observar que a ideia de nação dá espaço ao que se entende por Estado de Direito, aquela formada por pessoas unidas em prol de um bem maior, dispostas a lutarem pelo bem comum, este um ente organizado em prol das pessoas, em busca de um bem-estar individual de cada cidadão⁹.

O ser humano e seu bem-estar como objetivo principal é um conceito que embora tenha surgido no campo da filosofia, ganhou imperatividade quando adentrou o campo jurídico. Marcos históricos reforçam tal compreensão, tais como os já citados, Virginia Bill of Rights (1776), que culminou com a Revolução Americana e a Constituição dos Estados

⁶ “The decision to guarantee human dignity by Art. 1, s.1 of the Basic Law (GG) had not only symbolic, but also immediate legal effect. This provision formed the basis of all fundamental rights and gave them a purpose. Human dignity was declared to be unantastbar (inviolable). This expression appears nowhere else in the Basic Law.⁷ In addition, human dignity not only had to be respected by the state, it should also be protected against attacks from third parties.” GRIMM, Dieter - *Constitutionalism: Past, present, future*. United Kingdom: Oxford University Press, 2016. p. 165.

⁷ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional português I – Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 37.

⁸ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional português I – Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 38.

⁹ “Desse modo, o conceito de direitos fundamentais somente adquiriu relevância e consistência – e seu prestígio cultural recente – com o advento da inovadora incorporação, em sua matriz, dos vastos seguimentos socioeconômicos destituídos de riqueza que, pela primeira vez na História, passaram a ser sujeitos de importantes prerrogativas e vantagens jurídicas no plano da vida em sociedade. Esse fato decisivo e inédito somente iria ocorrer a partir da segunda metade do século XIX, na experiência principalmente europeia.” DELGADO, Mauricio Godinho – “Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho.” *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 2 (2007) p. 12.

Unidos (1787) e a Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (1789), consequência da Revolução Francesa, cujo lema apregoava a defesa da liberdade, igualdade e fraternidade. As citadas declarações positivaram os direitos naturais e lhes concederam um caráter universal, estando, portanto, protegidos os direitos que são entendidos como inalienáveis, imprescritíveis e invioláveis¹⁰.

É possível observar que os direitos previstos nestas declarações são ainda reproduzidos em grande parte das Constituições contemporâneas. Inclusive, a principal preocupação destes ordenamentos jurídicos consiste em garantir, para além da imperatividade dos direitos naturais, o reconhecimento do princípio da igualdade, reforçado em seus textos enfáticos quanto à ideia de que todos os homens (ser humano) possuem direitos básicos que devem ser respeitados pelo Estado e por todos os cidadãos.

Assim, é possível observar a perspectiva universalista/internacionalista dos Direitos Fundamentais, que busca seu reconhecimento a nível mundial, tem seu despertar no período pós II Guerra Mundial, na tentativa de impedir que novos abusos e totalitarismos fossem cometidos, busca um reconhecimento universal, justamente na perspectiva de garantir a proteção igualitária a todo ser humano, independentemente do Estado em que esteja inserido¹¹.

A Carta das Nações Unidas (1945) se refere a direitos e garantias fundamentais no âmbito internacional e parte do princípio de que a ONU poderá intervir nos ordenamentos e

¹⁰ “The French Revolution resembled the American Revolution in that it overthrew the traditional state power by revolutionary means and established a new order on the basis of a written constitution that defined the legitimating conditions for political rule and both established and limited its power (...)Consequently, it was sufficient for the American Revolution to simply replace the political power and take measures to prevent its abuse, while in the French Revolution replacement of political power was merely the means to an overdue reform of the social order. The Revolution’s main objective was a transition to the principles of freedom and equality, which, contrary to the American experience, required a comprehensive restructuring of civil, criminal, and procedural law etc. (...) Their purpose was to serve as target benchmarks for the legislature in reforming ordinary law in conformity with these basic rights. This is exactly the objective function of basic rights. Only when the social order was reformed to achieve freedom and equality did it become possible in France to reduce basic rights to a defensive function, as was implicit in America from the start.” GRIMM, Dieter. *Constitutionalism – Past, present, future*. United Kingdom: Oxford University Press.,2016. p. 185-186.

¹¹ “O nazismo foi como um banho de água fria para o positivismo kelseniano, que até então era aceito pelos juristas de maior prestígio. (...) Foi diante desse “desencantamento” em torno da teoria pura que os juristas desenvolveram uma nova corrente jusfilosófica que está sendo chamada de pós-positivismo, que poderia muito bem ser chamada de positivismo ético, já que seu propósito principal é inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana.” MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 10-11.

condutas estatais desde que seja para ampliar e promover a proteção dos Direitos Fundamentais, que culminou na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Em sequência, tem-se a Convenção Europeia para a salvaguarda dos Direitos do Homem (1950); Carta Social Europeia (1961); Convenção Interamericana de Direitos do Homem (1969); Carta Africana dos Direitos Humanos e dos povos (1981)¹²; documentos internacionais celebrados no âmbito dos continentes.

Faz-se breve alusão ao continente asiático que, por conta de sua diversidade cultural e seus ordenamentos jurídicos peculiares – os quais, muitas vezes, destoam da compreensão que se tem dos Direitos Fundamentais, ainda em uma perspectiva naturalista – não dispõe de uma carta continental com o objetivo de promover e reforçar o comprometimento em proteção aos Direitos Fundamentais, inclusive, havendo deliberado desrespeito a estes em suas constituições¹³.

O lema da Revolução francesa traduz o desenvolvimento que a positivação dos Direitos Fundamentais alcançou. Liberdade, igualdade e fraternidade servem também para definir as três primeiras gerações/dimensões de positivação e constitucionalização de tais direitos. Quando se observa a ideia do contrato social e a necessidade de se constituir uma entidade organizada para gerir a vida em sociedade, depreende-se que o Estado seria a solução para pacificação da comunidade e, conseqüentemente, sua estrutura permitiria alcançar o bem-estar comum. Ocorre que, independentemente da forma em que o governo se estabeleça, seja ela monarquia ou república, observa-se que o Estado acaba por ser utilizado na perseguição de interesses obscuros e individuais de quem detém o poder. São poucos os casos em que a história conta situação diferente. Diante desta constatação, surgem as teorias que buscam delimitar o poder estatal, de maneira que este cumpra o seu mister e não estique suas mãos para alcançar assuntos que não sejam de sua responsabilidade/direito interferir, e principalmente, para garantir a fruição dos Direitos Fundamentais de seus cidadãos.

¹² Os anos citados se referem ao momento da criação dos respectivos documentos.

¹³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 29.

A dignidade humana pode ser considerada como fundamento último da existência e do exercício do Poder político, a busca pelo interesse público deve estar sempre submetida à proteção da dignidade humana. São princípios estruturantes do Estado, o respeito à dignidade humana e a garantia e defesa da proteção à vida, consistente em quatro postulados: inviolabilidade da vida humana¹⁴; livre desenvolvimento da personalidade; ciência e tecnologia ao serviço do ser humano; solidariedade¹⁵.

A primeira geração/dimensão dos Direitos fundamentais, portanto, está relacionada à liberdade. Direitos civis e políticos que objetivam resguardar os indivíduos de um Estado interventor e limitador, positivam em seu texto a proteção à integridade do ser humano (nas esferas física, psíquica e moral), coibindo práticas arbitrárias do Estado que possam feri-la. É possível citar o direito à vida, propriedade privada, segurança, liberdade de expressão e de crença, direito a voto e a ocupar cargos públicos.

A segunda geração/dimensão dos Direitos fundamentais é caracterizada pela ideia de igualdade. No contexto de pós-Segunda Guerra Mundial, com populações devastadas e a dignidade humana terrivelmente violada, os direitos relativos ao bem-estar social, econômico e cultural ganham destaque, uma vez que defasados pelo período precedente. O Estado que até então deveria se abster, passa a ser visto como solucionador das calamidades, provedor e promotor da dignidade humana e da igualdade entre os indivíduos.

É a ligação jurídica entre cidadãos e Estado que Georg Jellinek¹⁶ classifica como '*status positivo/civitatis*', onde os cidadãos podem exigir do Estado uma atuação que proporcione o cumprimento de seus direitos fundamentais. Os de segunda

¹⁴ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional português I – Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 40. “A inviolabilidade, traduzindo uma proibição de qualquer forma de violação, refere-se à toda vida humana, antes ou depois do nascimento, desde o seu primeiro instante, coincidente da concepção, até ao seu derradeiro momento: a vida humana nunca poderá ser arbitrariamente violada (...) obrigatoriedade de incriminação de todas as condutas reveladoras de privação arbitrária da vida humana e cria também uma proibição de descriminalizar tais condutas ou de as sujeitar a regra de prescrição. (...) A inviolabilidade da vida humana, conduzindo a uma postura metodológica de interpretação e aplicação das normas à luz da sua máxima efetividade, faz emergir o princípio *in dubio pro vitae* (...) impondo sempre a solução que se mostre mais favorável, generosa ou ampliativa à salvaguarda e garantia da vida humana”.

¹⁵ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional português I – Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 40.

¹⁶ JELLINEK, Georg - *Teoría general del Estado*. Tradução de Fernando de los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 46-47.

geração/dimensão, portanto, estão relacionados à saúde, trabalho, educação, associação, e buscam além da garantia da vida, que ela seja digna.

A terceira geração/dimensão dos Direitos Fundamentais está associada à ideia de fraternidade, são voltados para a humanidade como um todo. Direitos difusos e direitos coletivos constituem esta categoria, o destinatário é o gênero humano, aqueles relacionados a destinatários indeterminados, estes os destinatários são determináveis e estão ligados por alguma circunstância de fato. São exemplos: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito à comunicação, direito à autodeterminação dos povos.

Na doutrina portuguesa, podemos citar as quatro camadas principais de Direitos Fundamentais, como compreendidas: camada dos direitos liberais; camada dos direitos de participação política; camada de direitos sociais; camada dos direitos ecológicos. Quando da observação mais atenta destas classificações, resta evidente que traduzem os princípios básicos de liberdade, igualdade/democracia, fraternidade/solidariedade nacional, fraternidade/solidariedade internacional.

O caminhar da doutrina nesta temática faz notório que o desenvolvimento tecnológico produz novas situações, e no entender de determinados autores, haveria novas camadas de Direitos Fundamentais a serem protegidas. Porém, defende-se a ideia de que, ainda que em um contexto de novas realidades tecnológicas e globais, os direitos fundamentais continuam a ser os mesmos. E é possível defender que para melhor preservação e maior alcance de promoção dos verdadeiros direitos fundamentais, é necessário compreender que a ampliação deste rol pode se tornar prejudicial para a sua efetiva proteção^{17, 18}.

¹⁷ NABAIS, José Casalta - *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 105-106.

¹⁸ “Necessidade de purificação e de diferenciação dos direitos fundamentais. Pois bem, urge atualmente purificar o domínio dos direitos fundamentais, o que implica tanto a sua autocontenção face aos actuais entusiasmos de panjusfundamentalização como um maior sentido do concreto e do real, de modo a que os direitos fundamentais se centrem efetivamente na pessoa de carne e osso e não num seu qualquer estereótipo. Ou, o que é a mesma coisa, depois de uma tão perlongada luta pela quantidade, impõe-se agora sobretudo um efetivo combate pela qualidade jusfundamental dos direitos.” NABAIS, José Casalta - *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 119.

É possível observar da doutrina italiana algumas considerações que acrescentam à compreensão acerca dos Direitos Fundamentais. Sendo estes os direitos subjetivos a que fazem jus todo ser que possua status de pessoa/cidadão/pessoa capaz de agir. Tais direitos prescindem de circunstâncias de fato, o que significa dizer que independentemente de sua previsão em leis ou constituições, previstos na norma positivada ou não, qual seja o seu estado em circunstâncias diversas, eles existem e os fatos não interferem em seu significado¹⁹.

Afirma-se que são fundamentais os direitos que possuem um caráter universal, e assim, são tutelados a liberdade pessoal, liberdade de pensamento, os direitos políticos e sociais. Em uma definição ideologicamente neutra, onde não prevaleça a violação a estes, assim como não sejam enquadrados em tais categorias alguns direitos superficiais. Por esta razão, a definição dos Direitos Fundamentais pertence ao estudo da teoria geral do Direito, reconhecidamente como a base da igualdade jurídica²⁰.

E, uma vez que tais direitos não ficam restritos a determinado ordenamento jurídico, é a lógica sua evolução para uma compreensão supranacional. As convenções internacionais trazem limites externos e formam uma base normativa internacional, que na impossibilidade de estabelecer garantias para tais direitos, tem atuação reduzida. E, justamente, por conta desta limitação das entidades internacionais quanto às garantias de tais direitos, que o Estado continua a ser o bom garantidor da efetiva proteção²¹.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Brasil: Tradução por Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 9.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Brasil: Tradução por Livraria do Advogado Editor, 2011. p. 11.

²¹ A compreensão universal dos Direitos Fundamentais é bastante interessante e amplia seu reconhecimento à maior número de indivíduos, porém, para efetiva aplicação prática e o estabelecimento de políticas públicas que tornem realidade prática, os Direitos Fundamentais necessitam de uma estrutura estatal democrática, que reconheça, promova e proteja as garantias que esses direitos constituem. Diferentemente do que aponta a obra de Ferrajoli, onde aduz que: “essa antinomia entre igualdade e cidadania, entre universalismo dos direitos e seus limites estatais, não poderá ser resolvida, pelo seu caráter sempre mais insustentável e explosivo, senão com a superação da cidadania, pela definitiva desnacionalização dos direitos fundamentais e a correlativa desestatização das nacionalidades.” FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Brasil: Tradução por Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 33.

1.2. Direitos Fundamentais no Estado de Direito

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) foi adotada pela Organização das Nações Unidas e estabelece um sistema de princípios fundamentais para a preservação da vida humana com dignidade. A sua relevância consiste em que este sistema tenha sido aceito expressamente pelas nações, sendo uma forma de confirmação de que a humanidade partilha de determinados valores comuns e que estes agora encontram-se protegidos pelo ordenamento jurídico internacionalmente²².

Diante de um cenário de atrocidades ocorridas no período da Segunda Guerra Mundial, justificadas pela letra da lei, percebe-se o império do positivismo. Urge a necessidade de se reconhecer uma organização estatal que não esteja apenas vinculada à lei, mas também a princípios e direitos fundamentais que prevaleçam quando em conflito com aquela. O Estado Democrático de Direito, no período pós-positivista, garante força imperativa a direitos fundamentais, aliás, estes direitos são considerados como os princípios estruturantes, e seu respeito, proteção e promoção constituem o mister desta estrutura estatal. E, caso atue de maneira adversa, a conduta estatal é tida como inconstitucional²³.

A dignidade da pessoa humana surge como fundamento, auxiliar hermenêutico, conteúdo essencial de cada direito, fonte de novos direitos fundamentais, e por si só também um direito, assim como, é reconhecida como o limite que condiciona materialmente os demais direitos²⁴. Para todas as funções que desempenha, esse princípio estruturante do Estado de Direito precisa de uma definição adequada e, compreende-se um verdadeiro desafio tal estabelecimento, tendo em vista a ampla complexidade envolvida.

²² “Depois do nascimento da ONU, e graças à aprovação de cartas e convenções internacionais sobre direitos humanos, esses direitos não são mais “fundamentais” somente no interior dos Estados em cujas constituições são formulados, mas são direitos supraestatais, aos quais os Estados são vinculados e subordinados também no nível do Direito Internacional; não mais direitos de cidadania, mas direitos das pessoas independentemente das suas diferentes cidadanias.” FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Brasil: Tradução por Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 30.

²³ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 31.

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 29.

A ideia de dignidade pode ter diversos significados tendo em vista o contexto social em que inserida. Portanto, deve-se estabelecer uma limitação do conceito, dentro de um espectro que respeite o *'pluralismo razoável'*, ou seja, aquele mínimo conteúdo comum, caracterizado pela ideia de igualdade entre as pessoas e a liberdade física e de pensamento de todas elas, conseqüentemente, estando fora desta ideia básica de dignidade quem pretenda estabelecer diferenciação entre pessoas por quaisquer critérios que sejam²⁵. O reconhecimento deste princípio se faz de maneira mais efetiva, quando da análise dos casos concretos, é possível constatar a sua violação. A dignidade humana é violada quando não respeitada a sua condição intrínseca de ser humano, as condições mínimas para desenvolvimento de sua autonomia e a capacidade de ser sujeito da própria vida²⁶.

Os Estados Democráticos de Direito possuem por característica a divisão dos três poderes, no sistema de 'freios e contrapesos', e dentro deste aspecto, o respeito aos limites de atuação de cada poder e o dever de fiscalização mútua, e, principalmente, o respeito aos princípios estruturantes deste Estado deve ser uma constante. O objetivo é coibir violações aos direitos dos cidadãos, os direitos fundamentais como limite do atuar estatal e objetivo a ser alcançado. É um modelo de Estado regido pelo primado da Constituição, pela submissão do atuar estatal ao princípio da legalidade, divisão dos poderes e proteção dos direitos dos cidadãos através de um poder judiciário independente²⁷.

1.3. Direitos Fundamentais e o Constitucionalismo

A compreensão dos Direitos Fundamentais no Estado de Direito está naturalmente atrelada ao estudo do Direito Constitucional e suas diferentes características no decorrer da evolução histórica deste campo. O constitucionalismo pode ser compreendido como a

²⁵ NOVAIS, Jorge Reis - *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 37.

²⁶ SANCHÍS, Luís Prieto - *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 124.

²⁷ MORAIS, Carlos Blanco de - *Curso de Direito Constitucional – Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 109.

evolução e ampliação da compreensão dos Direitos Fundamentais²⁸. A Constituição retrata a estrutura do Estado, na concepção de Luhmann como acoplamento estrutural que conecta o Direito e a Política, a razão transversal que estabelece diálogo entre os campos de estudo que estabelece a estrutura organizacional do Estado e seus limites legais de atuação em cada poder, legitima o Direito e estabiliza a política.

A Constituição seja escrita ou não escrita, acaba por definir os parâmetros a serem observados pelo Poder Legislativo na elaboração das leis, na atuação do Poder Judiciário em sua interpretação ao caso concreto e nas ações de constitucionalidade, e ainda, no atuar do Poder Executivo dentro dos limites da legalidade e do respeito aos princípios fundamentais.

Além de seu papel político e legal, existe também uma função social na ideia de Constituição, que é transmitir e certificar as concepções de determinado povo sobre as condições que sejam consideradas fundamentais para a respectiva existência coletiva²⁹, e esse mister é o mais fortemente associado à interpretação dos Direitos Fundamentais, uma vez que esclarece a compreensão de dignidade dentro da sociedade em questão. O estabelecimento de uma constituição está diretamente relacionado ao direito de autodeterminação dos povos. A Carta das Nações Unidas (1945), estabelece o direito à autodeterminação dos povos, baseado no princípio da igualdade e na ideia de garantir relações pacíficas entre as nações, onde cada Nação/Estado tenha o direito de se constituir e se estruturar de acordo com suas leis, costumes, princípios e soberania, e assim a coexistência com outros ganha limites necessários para preservação da paz.

Em uma alusão aos direitos individuais de igualdade, o Estado ao possuir o direito de se autodeterminar, torna a sua inserção no âmbito internacional segura, uma vez que respeitados seu território, cultura e ordenamento jurídico. Especificamente quanto aos Estados Democráticos de Direito, existe grande relevância no tocante à proteção de Direitos Fundamentais e o respeito a estes, que não podem ser lesados.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Brasil: Tradução por Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 30.

²⁹ 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: Almedina, 2017. p. 14.

A compreensão do Constitucionalismo e sua interligação com a defesa de Direitos Fundamentais, no presente estudo, estará focada nas etapas contemporânea e atual daquele, até o surgimento do Transconstitucionalismo e as novas demandas sociais que o mundo globalizado exige dos operadores do Direito. Quanto ao período precedente, faz-se breve alusão quanto ao ‘Constitucionalismo antigo’ erradicado no período do povo hebreu e das cidades gregas, consistente em que as leis dos homens seriam orientações divinas; ‘constitucionalismo medieval’ surge com a Carta Magna (1215), por característica a limitação do poder monárquico; ‘constitucionalismo moderno’ representado pelas Revoluções Francesa e Americana, prática de clareza, publicidade e segurança jurídica.

1.3.1- Constitucionalismo Contemporâneo

O Constitucionalismo é caracterizado pela teoria que defende um governo limitado para garantir os direitos estruturantes da organização político-social, o que significa dizer que esta teoria busca implementar limites palpáveis ao atuar do Estado, de maneira que este respeite sua estrutura política e jurídica. E quanto ao Constitucionalismo contemporâneo, por sua vez, acrescentam-se os fins garantísticos³⁰. A Constituição moderna é compreendida como um conjunto sistematizado de normas solenes que limitam o poder e garantem os direitos dos cidadãos³¹. A ruptura com o Estado absolutista nos movimentos do século XVIII teve por consequência importantes alterações nas constituições.

É possível citar como características deste momento histórico, uma constituição que tem supremacia política e jurídica, disciplina a estrutura estatal com mais detalhes e dispõe sobre ordem social, econômica e territorial do Estado. Costuma-se atribuir ao Estado, cinco

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes - *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 51.

³¹ MORAIS, Carlos Blanco de - *Curso de Direito Constitucional*. Tomo II. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 77.

elementos essenciais: povo; território; governo independente e autônomo; finalidade; capacidade de manter relações com os demais Estados.

O constitucionalismo é percebido como a união da racionalização do esquema político com a experimentação deste, concluindo que a *ratio* abstrata é realizável, e a Constituição é a forma indispensável da racionalização política³². É importante perceber que a construção do constitucionalismo moderno esteve associada ao interesse do liberalismo econômico, onde a certeza do direito era essencial para o desenvolvimento das liberdades, sejam elas econômicas, civis ou sociais. O momento histórico que caracteriza o início do constitucionalismo contemporâneo é o período pós-Segunda Guerra Mundial com a derrota do nazismo, de onde se concluiu que o princípio da legalidade foi capaz de coibir abusos da jurisdição e da administração pública, porém, em questões de violações às liberdades individuais, perpetradas tanto pela legislação quanto pelos órgãos de decisão estatais, era necessário estabelecer um limite além do texto legal³³.

A base do constitucionalismo moderno é garantir os direitos individuais frente ao poder estatal. De maneira que, estabelecidos os limites legais, a atuação dos particulares esteja protegida tanto na relação civil (horizontal), quanto em relação ao Estado (vertical). Essa proteção encontra-se também atrelada à ideia de soberania e sua legitimidade.

O movimento constitucionalista levanta a discussão acerca da legitimidade de quem exerce a soberania. Uma vez que o modelo anterior se encontra ultrapassado, a soberania para estabelecer a constituição e as regras de estrutura do Estado deixa de ser vista no monarca, e passa a estar atrelada à ideia de nação. Portanto, a Nação é que exerce a soberania, deixa de estar atribuída a uma pessoa para ser de todos os cidadãos através de um Estado Democrático de Direito. A titularidade da soberania à Nação, seu exercício aos representantes. A legitimação destes representantes, por sua vez, acaba por estar atrelada ao Princípio da Representatividade. A nação, formada pelos cidadãos, escolhe seus representantes que exercem a soberania em seu nome.

³² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 109.

³³ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Brasil: Tradução por Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 44.

A constituição deixa de ser apenas reguladora da lei, e, passa a ser também realizadora dos direitos, especialmente dos direitos fundamentais³⁴. A constituição contemporânea possui características referenciais: texto escrito e positivado, lei superior às demais, separação dos poderes, garantia e cumprimento dos direitos fundamentais³⁵. Em sucedâneo, encontram-se os movimentos sociais que exigiram a positivação de Direitos Sociais, e por conseguinte, um Estado provedor e garantidor destes. O que, obviamente, acarretou a crise do Estado Social, tendo em vista a impossibilidade lógica de realização de tantos direitos em igualdade a tantos cidadãos. De onde passa-se a compreensão do Constitucionalismo atual.

1.3.2- Constitucionalismo atual/ Neoconstitucionalismo^{36 37}

O neoconstitucionalismo surge de uma necessidade de reformular o conceito de constituição, de maneira a inibir o atuar estatal que ferisse a dignidade humana, a paz e a justiça social³⁸. O neoconstitucionalismo intensifica a necessidade de proteção e difusão dos direitos fundamentais, onde o principal objetivo é fazer cumprir a constituição, e até mesmo a constitucionalização do Direito. Resta evidente a preocupação em preservar os direitos fundamentais e sociais em um contexto de maior liberdade para os particulares e menor intervenção estatal³⁹. O Estado de Direito viria a representar a vontade comum racional e prosseguir o bem comum e o interesse geral.

³⁴ BENTO, Milan M. *Positivismo Jurídico e Neoconstitucionalismo. Postulados e Diferenças*. Florianópolis/Brasil: Empório do Direito, 2015. p. 60.

³⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Tomo II. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 49.

³⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003. p.26.

³⁷ SASTRE ARIZA, Santiago. *La ciencia jurídica ante el constitucionalismo*. In: Neoconstitucionalismo. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 239.

³⁸ Vale a referência a um chamado “Novo constitucionalismo democrático latino-americano” que representa um Estado multicultural, exemplificado nas constituições da Bolívia e do Equador, que enfatizam a diversidade cultural e a identidade. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. – São Paulo/Brasil: Saraiva Educação, 2018. p. 87.

³⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Tomo II. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 131-133.

A ideia de um Estado provedor perde forças, justamente pela incapacidade que a entidade possui de gerir os recursos que é capaz de captar, e mais, por estar envolvido em setores e possuir competências que fogem ao seu principal mister, qual seja, preservar a lei e o bem-estar comum. Uma coisa é perceber que em questões de livre mercado e prestações de serviços, mais vale ao Estado conceder as privatizações aos particulares que no próprio desenrolar da economia hão de progredir e melhor fornecer o serviço com o melhor custo, tendo em vista, a concorrência. O que não se pode negar ao Estado é sua capacidade (direito e, principalmente, obrigação) de regular e fazer cumprir seu ordenamento jurídico, utilizar-se de sua soberania para, através da democracia, preservar a estrutura da nação e os direitos fundamentais de seus cidadãos.

É possível observar que a situação em que os Estados se encontram é de hesitação quanto a pontos basilares, quanto à devolução das funções prestacionais à iniciativa privada e à continuidade de um intervencionismo específico e algo mais relevante para o presente trabalho, a abdicação de sua função social para estruturas públicas e privadas que possuam representatividade⁴⁰.

A ideia de que as esperanças e seguranças de realização dos direitos estavam todas depositadas no Estado e a sua conseqüente inabilidade para cumprir tamanha responsabilidade, pode causar distorções entre a função do Estado e a ideia de nação, e o seu direito à autodeterminação. Abre-se espaço para uma ideia de que instituições internacionais, sem legitimidade política e democrática possam exercer a função de proteger e garantir direitos fundamentais. Ainda pior, admitir que essas entidades possuem melhor discernimento quanto às questões internas dos Estados.

Direitos fundamentais, numa concepção de globalismo podem perder na essência e na verdadeira capacidade de proteção de um povo que não elegeu tais representantes. De onde é possível perceber a necessidade de um comando democraticamente eleito e que exerça representatividade aos cidadãos. E, por mais que a sociedade mundial esteja interligada, dificilmente entidades internacionais serão capazes de exercer tal função. É

⁴⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Tomo II. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 139.

possível compreender a importância do Estado Constitucional (Estado de Direito Democrático) e perceber a necessidade de que este seja formado por uma ordem jurídica e uma ordem de domínio com a legitimação do povo. Portanto, o poder do Estado deve ser organizado e exercido de acordo com os princípios democráticos. Neste contexto de sociedades e ordenamentos jurídicos interligados, surge o transconstitucionalismo, que, conforme se poderá observar, pode representar uma ameaça (apresentada como solução) à proteção dos direitos fundamentais.

CAPÍTULO II - DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

O transconstitucionalismo é compreendido como uma evolução do constitucionalismo. Os movimentos que culminam com a ideia do transconstitucionalismo, preocupam no tocante aos direitos fundamentais, haja vista que o transconstitucionalismo defende um diálogo entre diversos ordenamentos jurídicos e como justificativa utilizam-se da globalização e das constantes questões na complexa comunidade global interligada.

Neste contexto de internacionalização, os Estados perdem sua força, inclusive abdicam de parte de sua soberania em prol do todo. O que pode ter por consequência, uma base de direitos fundamentais que desrespeite valores mínimos daquele Estado⁴¹. A teoria consiste em transportar o constitucionalismo aos padrões culturais e jurídicos de uma comunidade mundial, completamente interligada⁴².

Interessante observar que nesse contexto, a autodeterminação pessoal é aceitável e defensável, e a ideia de autodeterminação dos povos, a ideia de defesa de uma nação ameaçada é vista como insustentável no mover da globalização. Cada vez mais as teorias focam em objetivos individuais e na centralização da realização individual como objetivo principal da sociedade.

⁴¹ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional português I – Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 124-125.

⁴² JOERGES, Christian; SAND, Ingher-Johanne; TEUBNER, Gunther. *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oregon: Oxford and Portland, 2004. p. 345.

É um constante paradoxo em que se defende a interligação dos países e estabelecimento de estruturas sociais que substituam o Estado, ao mesmo tempo em que continuam a reportar a novas entidades as mesmas expectativas outrora depositadas no Estado. Pois, se uma estrutura regional de poder não é capaz de respeitar a pluralidade social e de interesses em um contexto mais local, quanto mais diversas estruturas (sem representatividade, uma vez que seus dirigentes não foram escolhidos democraticamente) e com objetivos escusos o fará.

A ideia do transconstitucionalismo não é de todo reprovável, principalmente quando se tratam de direitos alienáveis, direitos que podem ser transacionados. O que não ocorre quando se estão em jogo os Direitos Fundamentais. A conquista destes direitos foi cara para a humanidade, não pode ser negociada com estruturas sociais que não a respeitem. Como dito anteriormente, não há diálogo com sistemas sociais e ordenamentos jurídicos que não respeitem o mínimo básico da dignidade humana. De onde é possível defender que tem melhor adesão, a teoria do Doutor Canotilho, que nomeia “teoria da interconstitucionalidade” este diálogo multinível entre ordenamentos e direitos constitucionais.

A Resolução 1514, de 1960, das Nações Unidas, afirma que uma subjugação/dominação/exploração estrangeira constitui uma negação dos direitos fundamentais do homem. O Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos e no Pacto sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, aduz, logo no primeiro artigo de cada, que todos os povos têm o direito à sua autodeterminação, e condiciona o alcance de seu desenvolvimento económico, social e cultural ao exercício de tal direito ⁴³⁴⁴.

⁴³ NAÇÕES UNIDAS. *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples Adopted by General Assembly resolution 1514 (XV) of 14 December 1960*. Disponível em: << <http://www.un.org/en/decolonization/declaration.shtml> >> Acesso em: 11 fevereiro 2019.

⁴⁴ NAÇÕES UNIDAS. *PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS*. 1966. Disponível em: << http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_civis_e_politicos.pdf >> Acesso em: 11 fevereiro 2019. *PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS*. Disponível em: << http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_economicos.pdf >> Acesso em: 11 fevereiro 2019.

As ameaças durante a história foram variadas, uma dominação opressora, uma invasão em situação de guerra, conquista de território e escravidão do povo local, são inúmeros casos e contextos, e a ideia de uma proteção legal, e mais, uma proteção baseada em um princípio que seja internacional, confere uma maior segurança de que tais cenários não voltem a se repetir, é o que se busca através da previsão de um direito à soberania nacional.

Esta introdução se deve a preocupação que o conceito do Transconstitucionalismo pode atrair. No sentido de que é possível conciliar esse diálogo de ordenamentos sem que haja uma diminuição da liberdade e soberania estatal, na preservação da liberdade dos respectivos cidadãos, desde que o limite quanto ao respeito aos Direitos Fundamentais seja preservado. Mark Tushnet caminha pela evolução a um Direito Constitucional nacional globalizado, e não uma constituição global, e tal ponto de vista é bastante interessante, manter esta direção contribui para um melhor desenvolvimento da teoria do transconstitucionalismo⁴⁵.

A proposta do transconstitucionalismo consiste em uma convocação de controle acerca dos conteúdos das normas que esteja baseada em Direitos Humanos/Fundamentais, e este ponto é interessante e válido, ocorre que a teoria ultrapassa essa ideia de proteção quando atribui enorme relatividade à compreensão de tais direitos, estabelecendo diferenciação quanto à preservação de Direitos Humanos basilares e nucleares a depender da sociedade em que inserida a questão constitucional. Em uma mesma linha de raciocínio pretende encaminhar o constitucionalismo para além das fronteiras do Estado, uma vez que problemas constitucionais exigem um entrelaçamento de ordens jurídicas, porém, com a justificativa de proteção, pode abrir espaço para uma depreciação e descaracterização do que se entende por Direitos Humanos/Fundamentais.

⁴⁵ “I refer to convergence and (sometimes) harmonization, but not to uniformity. The processes I describe may induce nations to converge on the statement of constitutional principles on high or intermediate levels of abstraction or on some quite specific details, and even convergence on the most abstract level can be important and consequential. But so too are differences in detail, which means that globalization does not entail uniformity.” TUSHNET, Mark. *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*. Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper No. 09-06. 2008. Disponível em: << https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766 >> Acesso em: 13 maio 2020.

Quanto à contribuição do transconstitucionalismo para a proteção dos Direitos Fundamentais, é possível enaltecer a preocupação em se manter tais direitos como uma espécie de critério de constitucionalidade de todos os ordenamentos e até mesmo entidades de poder para além do Estado, encaminhando a compreensão destes como forma de inserção social também, em que se atribui maior relevância à proteção de direitos e princípios estruturantes do que à formação política do Estado. Esse critério de interpretação corrobora para ampliar a proteção, porém, há que se ressaltar que a estrutura estatal e as definições de Direitos Humanos básicos não podem ser descartadas ou diminuídas a ponto de serem permitidas atrocidades e violações aos Direitos Fundamentais. Ainda em um critério em que Direitos Fundamentais estejam acima de ordenamentos jurídicos, em que haja diálogo entre diferentes percepções, o que contribui para uma ampla visão acerca de diferentes compreensões e possa resultar em uma maior abrangência da proteção, o Estado se caracteriza como entidade mais atuante e cuja estrutura pressupõe a proteção dos Direitos Fundamentais defendidos pela sociedade ali representada democraticamente.

2.1 – O conceito de Transconstitucionalismo

A teoria do Transconstitucionalismo surge em contexto de globalização em que o comércio e as relações internacionais são travados em tempo real. De fato, o mundo sempre esteve interconectado, sempre houve o comércio internacional, inclusive tendo sido esta a motivação para expansões marítimas no século XVI.

Ocorre que, com o advento da tecnologia e da facilidade dos meios de comunicação, essa ligação internacional se torna mais intensa, e, conseqüentemente, os conflitos judiciais e até mesmo, os conflitos entre ordens jurídicas se tornam mais comuns. E, como maneira a possibilitar uma nova ordem mundial, surge a teoria do transconstitucionalismo que consiste em um diálogo entre ordenamentos jurídicos, onde um não prevaleça sobre o outro, mas antes, haja uma ponderação entre eles, buscando-se a conversação de ordens e princípios.

O Dr. Marcelo Neves conceitua o transconstitucionalismo como:

“O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução (...) o transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou ultima ratio. (...) Aponta, antes, para a necessidade de construção de pontes de transição, da promoção de conversações constitucionais, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas.”⁴⁶

2-2. O Transconstitucionalismo e seus principais aspectos.

A concepção do Transconstitucionalismo é possível com a união de doutrinas e com o observar atento das jurisprudências. Mark Tushnet afirma que a globalização do Direito Constitucional é inevitável, e corrobora com argumentos de que as nações irão gradualmente abandonar o autoritarismo com este ramo do Direito, na intenção de se globalizar o Direito Constitucional doméstico. Sua teoria segue aduzindo que as nações podem concordar em harmonizar o próprio ordenamento jurídico, ainda que não seja provável uma unificação⁴⁷.

Anne-Marie Slaughter acredita em uma rede de contato entre juízes das Cortes Constitucionais de diferentes países, onde seja possível discutir e compartilhar as melhores soluções para questões comuns⁴⁸. David S. Law compreende que a ligação entre globalização e direitos constitucionais/fundamentais é mais uma questão de mercado, onde as nações procuram ser atrativas para investimentos, tanto de capital monetário quanto de

⁴⁶ NEVES, Marcelo - *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. XXII – XXIV.

⁴⁷ TUSHNET, Mark. “*The Inevitable Globalization of Constitutional Law*”. 2008. Disponível em: << https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766>> Acesso em: 11 fevereiro 2020.

⁴⁸ SLAUGHTER, Anne-Marie Apud in. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 27.

capital humano, e dentre os benefícios que podem oferecer encontra-se a garantia dos Direitos Fundamentais⁴⁹.

Neste ponto, volta-se a questionar acerca dos países autoritários que em seu ordenamento não constam como princípios/regras a proteção dos Direitos Fundamentais de seus cidadãos ou estrangeiros que ali residam/invistam. A intenção de se manter um tribunal internacional imparcial para julgar tais questões parece bastante coerente na teoria, porém, de difícil realização prática, uma vez que o autoritarismo de tais governos não cede ao cumprimento de sanções externas.

Acaba-se por voltar ao mesmo, os países que protegem os direitos fundamentais já possuem todo o ordenamento jurídico preparado para combater eventuais violações. A ideia de Cortes internacionais surge no campo de países que desrespeitam tais direitos, e uma vez que não respeitam a liberdade de seus próprios cidadãos, obviamente não respeitarão decisões de uma Corte Internacional que busque intervir em sua autoridade.

Em uma analogia, os países democráticos e protetores dos Direitos Fundamentais acabam por ser punidos, por suas pequenas falhas, enquanto que os países autoritários continuam a fazer o que querem sem sofrer sanções internacionais. Uma vertente importante, que pode conseguir a mudança em tais países, é o mercado econômico. Pelo interesse financeiro, é mais provável que tais países façam concessões e respeitem direitos fundamentais em seus territórios⁵⁰.

O alinhamento do Direito Constitucional em uma sociedade globalizada deve priorizar a proteção dos Direitos Fundamentais. A busca por ordenamentos jurídicos com estruturas bastantes similares, alterações estruturais políticas nos Estados, dentre outras referências, são pontos até mesmo irrelevantes e desnecessários, uma vez que criam maior resistência da parte dos Estados (pois, podem representar a perda da soberania nacional)⁵¹.

⁴⁹ LAW, David S. “*GLOBALIZATION AND THE FUTURE OF CONSTITUTIONAL RIGHTS*” 2008. Disponível em: << https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=975914 >> Acesso em: 11 fevereiro 2020.

⁵⁰ LAW, David S. “*GLOBALIZATION AND THE FUTURE OF CONSTITUTIONAL RIGHTS*” 2008. Disponível em: << https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=975914 >> Acesso em: 11 fevereiro 2020.

⁵¹ TUSHNET, Mark. “*The Inevitable Globalization of Constitutional Law*”. 2008. Disponível em: << https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766>> Acesso em: 11 fevereiro 2020.

É preciso levar-se em consideração tal raciocínio e priorizar o que é, de fato, importante. A vida e a dignidade humana e sua proteção em um contexto social global.

Uma crítica que se faz, com exceção aos Direitos Fundamentais básicos, aqueles cujo núcleo está diretamente ligado à vida humana e sua dignidade, os demais direitos constitucionais sociais devem se preencher de acordo com o Estado. A preocupação internacional deve-se ater a questões de extrema relevância. A constante pressão para que os Estados Unidos se adequem aos ordenamentos jurídicos de outras nações, por exemplo, é infundada, e parte de um ponto onde teóricos defendem a unificação do Direito Constitucional doméstico⁵². Porém, a verdadeira necessidade é de uma proteção real e prática de Direitos e Garantias constitucionais, e não de alinhamento de ordenamentos e estruturas jurídicas.

O Constitucionalismo Multinível é uma espécie de novo contrato social supranacional, Marcelo Neves faz um paralelo entre a evolução jurídica e social que culminou com o reconhecimento da necessidade do surgimento de um Estado Constitucional, à conseqüente evolução do Constitucionalismo e, faz referência a uma impossibilidade de resolução de questões constitucionais insuscetíveis de serem tratadas por uma única ordem jurídica estatal do respectivo território, tendo em vista as relações transversais entre ordenamentos jurídicos em torno de problemas constitucionais comuns⁵³.

E a partir de tal raciocínio, desenvolve a teoria do transconstitucionalismo, com o conceito de que neste ponto atual, a ideia do Direito Constitucional passa a ser dissociada do Estado, tendo em vista as diferentes ordens jurídicas envolvidas diretamente nos problemas constitucionais básicos.

A teoria de Marcelo Neves passa por considerar a Constituição do Estado não só como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, conforme Luhmann⁵⁴, mas também como um mecanismo da racionalidade transversal entre política e Direito. Neste

⁵² TUSHNET, Mark. *"The Inevitable Globalization of Constitutional Law"*. 2008. Disponível em: << https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766>> Acesso em: 11 fevereiro 2020.

⁵³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. XXI.

⁵⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 31.

campo, é possível observar a concepção de constituições internacionais, globais, supranacionais e, também, transnacionais.

É possível afirmar que o foco da referida obra é compreender a possibilidade de diálogo e coexistência entre diferentes ordens jurídicas, sejam elas estatais ou não, observando-as em um sistema mundial de níveis múltiplos com hierarquias entrelaçadas. Ainda que se faça alusão a um transconstitucionalismo pluridimensional dos Direitos Humanos, parece existir uma sobreposição em relação a este, em prol de um sistema constitucional mundial e homogêneo, com pontes de transição e conversações constitucionais.

Vida humana é vida humana em qualquer cultura. Liberdade é liberdade em qualquer cultura. Igualdade entre pessoas é igualdade entre pessoas. Os princípios estruturantes não mudam. A percepção do que é absoluto e do que é relativo faz toda a diferença na proteção dos Direitos Fundamentais em uma sociedade global. É desta ideia que parte o raciocínio de que não são os países democráticos que devem fazer concessões neste campo temático, e sim, aqueles que desrespeitam princípios básicos, devem ficar sujeitos a intervenções e orientações para alcançarem o status adequado de proteção a tais direitos.

Quando questões como a liberdade da mulher em território de um Estado democrático chega ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a liberdade que aquele país lhe permite deve prevalecer. Quando excessivos elementos culturais de outras nações são custeados por Estados Democráticos, faz-se notória a mais clara ocupação de território em desrespeito ao Estado que recebe estrangeiros.

Há que se notar que no momento em que a questão está relacionada à vida, à dignidade e à liberdade, e qualquer outro núcleo absoluto de Direito Fundamental, não se pode fazer concessões ou ponderações acerca de cultura. E neste ponto, se estabelece a crítica ao transconstitucionalismo e sua tendência a permitir o que não se pode aceitar, como veremos no decorrer desta análise.

2.2.1 – A sociedade multicêntrica

O constitucionalismo esteve ligado às transformações estruturais que propiciaram o surgimento da sociedade moderna, e, neste processo, emergiram pretensões de autonomia nas diferentes esferas sociais, o que cria uma pluralidade de autodescrições da sociedade⁵⁵. A compreensão deste fenômeno faz com que Marcelo Neves entenda que não existe mais um ponto privilegiado para descrever e observar a sociedade, estando todos os sistemas com a própria razão e em busca de que ela seja reconhecida como universal.

O relativismo é evidente e perigoso, tendo em que vista que teorias sociais e filosofias acerca da vida podem e devem ser múltiplas, devem proporcionar desenvolvimento aos indivíduos e novos caminhos para o bem estar. Ocorre que tal fato não deve subtrair autoridade do Direito e da política, de outra maneira, a instabilidade social se torna incontrolável.

Não se está a defender uma limitação de liberdades, pelo contrário, o objetivo da crítica é justamente a necessidade de um ordenamento jurídico que garanta um mínimo de segurança aos indivíduos. E ainda que o campo jurídico acompanhe a evolução do campo social, um relativismo exacerbado pode acarretar uma defasagem na proteção dos Direitos Fundamentais.

Parece estar implícita uma tentativa de desacreditar todas as instituições que até o período histórico anterior lutaram pela preservação dos Direitos Fundamentais, pela preservação da vida e dignidade humana. Atribuir desilusões aos sistemas políticos, ao direito, à economia, à família e à igreja não retira a necessidade do ser humano de buscar respostas em todos esses campos.

Por outro lado, defender uma homogeneidade na compreensão de tais vertentes sociais é também negar as diferenças que existem de uma cultura a outra. Afinal, são as diferenças que criam as identidades, respeitá-las é também garantir o direito à liberdade do indivíduo. Uma “nova ordem mundial” é vista como solução inevitável para tais questões, e

⁵⁵ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 23.

neste ponto, não se refere a políticas internacionais, mas sim, a própria política interna dos Estados (vistos como impedimento para a progressão desta nova ordem) a se adequarem e estabelecerem redes de cooperação e administração de conflitos.

Gunther Teubner aduz que todos os outros campos ultrapassaram a política e ainda que o Direito e a Política residam na figura do Estado Nacional, a globalização vem para cortar esse vínculo⁵⁶. E deste raciocínio chega-se à conclusão de que o Direito deve se dissociar da política de âmbito estatal, de maneira a melhor atender aos anseios dessa sociedade multicêntrica.

Respeitosamente, é possível discordar deste pressuposto teórico. A sociedade multicêntrica precisa também de limites quando Direitos Fundamentais são o campo temático. A concepção de ‘constituições civis’ é perfeitamente aplicável para evolução social e melhor desenvolvimento das atividades internacionais, porém, é necessário haver a figura do Estado e a figura do Direito Constitucional que proporcione e proteja direitos inegociáveis.

Existe uma tentativa de menosprezar as funções do Estado, desacreditando-o por suas falhas em campos onde não precisa e não deve atuar. Porém, quando o ponto é a proteção dos Direitos Fundamentais, estes são pré-existentes àquele. E ainda que existam falhas no atuar estatal, a proteção que este tem o dever constitucional de prestar, é o caminho mais indicado para preservação e promoção dos Direitos Fundamentais.

2.2.2. Racionalidade transversal e acoplamento estrutural

O conceito de acoplamento estrutural é um mecanismo que possibilita vínculos de aprendizado e influência recíproca entre esferas sociais. Quando estruturais, estes vínculos permitem a interinfluência entre diversos campos sociais de maneira estável, duradoura e

⁵⁶ TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments – Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press. 2012. p. 13.

concentrada, sem que nenhum desses sistemas perca sua autonomia. Luhmann apresenta os seguintes exemplos: universidade é o acoplamento entre educação e ciência; galerias de arte são acoplamentos da economia com a arte; atestado médico acoplamento entre medicina e economia; e como já citado anteriormente, a Constituição é o acoplamento entre a política e o Direito⁵⁷.

Existe assim uma relação de independência e dependência entre os sistemas, onde a estrutura de um sistema passa a ser indispensável para reprodução do outro e vice-versa. De maneira que, os raciocínios obtidos em um sistema, possam ser utilizados em outro, criando-se um mecanismo estrutural que permite o intercâmbio entre racionalidades diversas.

É necessário apresentar o conceito de “razão transversal” desenvolvido por Wolfgang Welsch. A razão transversal, portanto, é compreendida como um status de razão, de fazer transições. Uma razão que não se impõe, antes é vista como o entrelaçamento das linguagens particulares de cada campo heterogêneo e serve de “ponte de transição”⁵⁸.

No campo normativo, esta narrativa caminha para uma razão transversal com a justiça e no entendimento de não haver acordo acerca do conteúdo, não se chega a um consenso, e sim à articulação de dissensos basais. O que se propõe é um jogo em que concordam em discordar, e assim, busca-se prevalecer ao máximo os pontos em dissenso com a finalidade de manter a pluralidade do todo em um contexto social complexamente heterogêneo. A crítica de Marcelo Neves encontra-se justamente no fato de que não haverá uma metanarrativa em posição supraordenada, e sim, que haverá racionalidades transversais parciais, que servirão de relação construtiva entre as racionalidades particulares em confronto.

A falha da teoria se dá quando ocorre a corrupção sistêmica, bloqueios recíprocos das autonomias dos sistemas envolvidos. Segundo Luhmann, a corrupção sistêmica é o problema moral da sociedade mundial contemporânea. A moral, portanto, seria capaz de denunciar sabotagens aos sistemas e respectivos códigos. De maneira a preservá-los. Assim, é possível que ocorra também a imposição de uma racionalidade sobre outra.

⁵⁷ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 35-37.

⁵⁸ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 39.

É possível ainda tecer uma crítica quanto a definição de moral, que neste contexto, ganha o peso do relativismo e seria definida de acordo com a pluralidade de perspectivas de observação e descrição da sociedade, o que também pode permitir falhas ao sistema, de maneira a provocar demasiada instabilidade social quanto ao que de fato busca o bem comum ou não.

2.2.3. Constituição transversal

Todo o exposto no tópico anterior serve de base para a teoria do transconstitucionalismo. E segue-se compreendendo seu ponto de vista acerca da constituição transversal. A Constituição na posição de acoplamento estrutural entre política e direito é responsável pela complementariedade e tensão, exclui a subordinação de um sistema pelo outro e cria uma relação horizontal entre eles.

A constituição é, pelo sistema político, a vontade do povo, a administração pública e a política. Afirma-se que o processo da democracia é a dimensão política da constituição. Enquanto que, do ponto de vista do Direito, a Constituição é a instância mais abrangente e permeia os âmbitos de validade (material, temporal, pessoal e territorial), e assim, é capaz de perpassar transversalmente todo o sistema jurídico e trazer-lhe consistência⁵⁹.

O vínculo é feito de uma Constituição jurídica como o processo de estruturação de normas e uma Constituição política como processo de tomada de decisão coletivamente vinculante. A ideia de justiça como racionalidade jurídica está atrelada à adequação social do direito, porém, há que se ressaltar que em uma sociedade complexa com falta de valores e de moral, pode condicionar o Direito a interesses de particularidades⁶⁰.

Nesta compreensão, é possível afirmar que o povo é representado para expor a vontade política de determinada nação, se o povo constitucional é questionado ou os

⁵⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p.59.

⁶⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 71.

procedimentos são deturpados, a democracia inexistente ou encontra-se em crise, então, ganha relevância as eleições democráticas, como forma de neutralizar os interesses particulares.

Marcelo Neves afirma que o povo constitucional fecha o sistema e a esfera pública abre esse sistema para os diferentes campos de interesse, com valores, interesses, expectativas e discursos que exercem influência na tomada de decisão e execução de decisões políticas do Estado. Defende, assim, que o sistema político esteja estruturado de maneira a manter-se e ao mesmo tempo absorver os dissensos da esfera pública, promovendo e possibilitando tal diálogo.

Neste ponto, torna-se importante estabelecer uma crítica consistente na necessidade de se estabelecer limites à influência da esfera pública e a importância de um Estado que respeita toda a coletividade, mas também, impõe determinados limites em questões fundamentais. O ponto principal na compreensão da ‘constituição transversal’ é o equilíbrio que esta deve proporcionar entre o direito e a política, como o princípio da igualdade vai se relacionar com a democracia, de maneira a prevalecer a decisão do povo, da maioria e ainda haver respeito às minorias e igualdade entre todos.

Parte-se então para a ideia de que a constituição é a “ponte de transição” entre política e direito e desenvolve a racionalidade transversal para evitar que um sistema domine o outro, e atuem através de um compartilhamento de experiências. Eventualmente, podem ocorrer falhas, onde um sistema se sobreponha ao outro. A corrupção sistêmica pode ocorrer quando um dos três poderes pretenda atuar além de seu limite, e até mesmo além de sua função primordial, fenômenos como a politização e a juridificação⁶¹. E com base nas falhas deste acoplamento, surge a defesa de constituições transversais além do Estado.

A ideia de uma constituição mundial torna-se utópica quando da análise de uma ‘ponte de transição’ entre política e direito em âmbito internacional. Tendo em vista, inclusive que, a base do direito internacional clássico é a soberania de cada Estado, qualquer documento/legislação que busque fazer o papel de uma constituição mundial estará fadado ao fracasso, uma vez que se torna demasiadamente complexo conjugar a democracia e a igualdade fora de uma organização central de sistema político territorialmente fragmentado.

⁶¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 76.

Para Teubner a emancipação do direito perante o Estado ocorre com o surgimento de ordens jurídicas plurais que são resultado de acoplamentos estruturais de sistemas mundiais autônomos, e assim, defende que deve ser enfatizada a “pluralidade heterárquica de ordens jurídicas, o que chama de “autoprodução operativa/autopoiese do direito” . Passa também pela ideia de constituições civis entre estes diferentes campos da sociedade, o que não encontra a concordância desta tese, uma vez que o conceito de ‘constituição’ segue à sua definição clássica e parâmetros estatais.

2.2.4. Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas

O transconstitucionalismo faz referência a um acoplamento incidente dentro de um mesmo sistema social, o direito. Enquanto as ideias de ‘constituições civis’ e ‘constituições transversais’ fazem alusão a um acoplamento de diferentes sistemas, o transconstitucionalismo trabalha com diferentes ordens jurídicas sujeitas ao “lícito/ilícito”, porém, com critérios diferenciados.

É possível observar essas ordens jurídicas que diferem em: operações (atos jurídicos); estruturas (normas jurídicas); processos (procedimentos jurídicos) e reflexão da identidade (dogmática jurídicas). Não estando tais ordens restritas a âmbitos territoriais diferentes, mas também em níveis (estatal, supranacional e internacional) e funções (transnacionais, desvinculadas do direito estatal)⁶².

Observa-se, entretanto, que os entrelaçamentos destas ordens jurídicas ocorrem cada vez mais com maior independência da intermediação política, e é possível vislumbrar que as “pontes de transição” entre ordens jurídicas desenvolvem-se nos tribunais, denominadas de “conversações”, ocorrem de maneira internacional, supranacional ou transnacional, quando decisões de outras cortes são levadas em consideração, onde tais cortes citam-se não somente como precedente, mas como “autoridade persuasiva”.

⁶² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 116.

Existem ainda as interações entre o legislativo e executivo de países diferentes, que também propiciam este diálogo. O que se ressalta, quanto ao transconstitucionalismo, é a questão de que para além de um entrelaçamento jurídico, ocorre uma “conversação constitucional”, não havendo hierarquia entre as ordens e sim, uma incorporação recíproca de conteúdos que gera uma releitura de sentido à luz da ordem receptora⁶³.

O desenvolver da teoria do ‘transconstitucionalismo’ insiste na ideia de impor um fim ao constitucionalismo clássico (delimitado por um território estatal) e convergir para um constitucionalismo global. De maneira que, o entrelaçamento das ordens jurídicas sirva ao objetivo de estabelecer soluções para questões constitucionais comuns, e assim, encontrar melhores soluções aos problemas de direitos fundamentais/humanos⁶⁴.

Neste ponto, faz-se necessária a discordância. A origem do constitucionalismo está justamente atrelada à necessidade de garantia de direitos fundamentais e limitação do poder do Estado. A base de sustentação da proteção da dignidade humana é a própria legitimação estatal, onde, o Estado que desrespeite aquela não pode ser considerado democrático ou Estado de Direito.

É visível a relevância das conversações constitucionais, o entrelaçamento de ordens jurídicas para melhor compreensão das questões sociais, desde que tal ordem também respeite a dignidade humana. Porém, descredibilizar a estrutura do Estado de Direito e a importância de sua Constituição como garantidora de Direitos Fundamentais, soa demasiado extremista. E até mesmo arriscado.

Faz-se mister compreender que a relevância das influências estrangeiras e do diálogo constitucional global não podem ferir princípios estruturantes do Estado, pois, quando se abre espaço para tal, os demais princípios estruturantes também correm risco de violação.

Marcelos Neves define que: “O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos são submetidas ao tratamento

⁶³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 118.

⁶⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 120.

jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a “conversação” constitucional é indispensável”⁶⁵.

Um ponto bastante positivo da teoria é que pressupõe, para o perfeito desenvolvimento do transconstitucionalismo, ordens jurídicas que possuam princípios e regras que considerem os problemas básicos do constitucionalismo. Diante de ordens jurídicas que desrespeitam direitos fundamentais e a limitação dos poderes do Estado, o transconstitucionalismo terá uma atuação limitada, buscando exercer influência para transformar as ordens anticonstitucionais.

Em relação às ordens arcaicas, a teoria de Marcelo Neves defende concessões e tolerância, do que também é necessário discordar. Tanto em um caso como em outro, há que se buscar a preservação dos direitos fundamentais e da dignidade humana. Talvez possa se ponderar a forma de atuação, porém, uma vez desrespeitados princípios e direitos fundamentais/humanos, o diálogo constitucional se torna inviável⁶⁶. E assim, devem prevalecer a garantia dos direitos já conquistados e protegidos. Com o intuito de estabelecer uma dogmática, seguem-se as seguintes classificações.

2.2.4.1. Direito Internacional público e direito estatal

Em um cenário global, onde cada vez mais problemas jurídico-constitucionais interessam a diversas ordens envolvidas, e os tribunais convocados a prestar solução não tenham exatamente regras de competência, o entrelaçamento das ordens fica evidente.

Prevalecer unilateralmente a ordem internacional para além de ferir os princípios de autodeterminação e igualdade soberana, mas também, pelo fato de que a ausência de autoinstitucionalização constitucional no âmbito estatal representa a falta de uma racionalidade jurídica necessária ao transconstitucionalismo. Por outro lado, não é possível

⁶⁵ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 129.

⁶⁶ “La tolerancia es considerada simplemente una característica de la democracia (...) en favor de un equilibrio necesario que asegure la convivencia en un marco de justicia sin abusos.” GUTIÉRREZ DEL MORAL, María Jesús; CAÑIVANO SALVADOR, Miguel Ángel. *El Estado Frente a la Libertad de religión: Jurisprudencia Constitucional Española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Barcelona: Atelier, 2003. p. 119.

visualizar uma ordem constitucional interna que desconsidere o plano internacional, especialmente em temáticas ‘jus cogens’.

O equilíbrio entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional público é o caminho para o entrelaçamento destes dois campos através do transconstitucionalismo. Ainda que se defenda a não prevalência de um campo ou de outro, é necessário que prevaleça a proteção aos direitos fundamentais.

Há que se ficar atento a possíveis resistências de determinados países a determinações internacionais, pode estar atrelada a medidas contidas nas entrelinhas dos Tratados, por essa razão, é importante que o Direito Internacional também disponha de textos protetivos de Direitos Fundamentais que respeitem a autodeterminação das nações.

Neste ponto, vale citar o exemplo da Alemanha, que considera as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos como meios auxiliares de interpretação para conteúdo e amplitude dos direitos fundamentais, desde que não levem à redução ou limitação da proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição⁶⁷.

Para além do modelo de influência do TEDH no âmbito dos países signatários da CEDH, vale trazer o caso *Lawrence v. Texas*, onde a Corte americana citou a decisão do TEDH para embasar sua decisão⁶⁸⁶⁹.

⁶⁷ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009 p. 140.

⁶⁸ UNITED STATES. U.S. SUPREME COURT. *Lawrence vs. Texas*. Disponível em: <<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.pdf>>> Acesso em: 24 março 2020. “And, to the extent Bowers relied on values shared with a wider civilization, the case’s reasoning and holding have been rejected by the European Court of Human Rights, and that other nations have taken action consistent with an affirmation of the protected right of homosexual adults to engage in intimate, consensual conduct. There has been no showing that in this country the governmental interest in circumscribing personal choice is somehow more legitimate or urgent.”

⁶⁹ ESKRIDGE JUNIOR, William. “United States: *Lawrence v. Texas* and the imperative of comparative constitutionalism”. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 2, 3, 2004, pp. 555–560. Disponível em: <<<https://academic.oup.com/icon/article/2/3/555/789244>>> Acesso em: 07 julho 2020.

2.2.4.2. Direito supranacional e direito estatal

O exemplo de supranacionalismo encontra-se na União Europeia, onde existe a organização supranacional à qual se vinculam os Estados assinantes de seu tratado de fundação, suas decisões vinculam estes Estados e seus respectivos cidadãos. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias reproduz a primazia de que há uma vinculação direta do tratado comunitário com os povos europeus, e tal primazia não é confrontada, é apenas relativizada pelos Tribunais Constitucionais dos Estados, podendo vir a ser desconsiderada quando em conflito com o Direito Constitucional estatal.

Mais uma vez o Tribunal Constitucional alemão se torna exemplo quando pondera decisões supranacionais e prioriza o direito constitucional estatal. É interessante observar que a crítica feita por Marcelo Neves reverbera em torno de decisões alemãs que consideraram determinações supranacionais e que optaram por seguir seu direito interno. Ora, há que se perceber que houve um diálogo entre tais ordens, e não a simples aplicação da ordem nacional. Neste caso, prevalecer a ordem interna não é bem visto, mas uma imposição unilateral da ordem supranacional seria.

De onde é possível observar que a linha entre diálogo e imposição unilateral é tênue. A atual jurisprudência francesa na temática é bastante interessante quando faz referência à “identidade constitucional” da França, ou seja, as diretivas e decisões da Comunidade Europeia que de alguma forma violem esta identidade, serão objeto de análise pelo Conselho Constitucional⁷⁰.

Chega-se à conclusão de que tanto o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias quanto os Tribunais Constitucionais estatais devem ponderar os respectivos posicionamentos e decisões para convergir em diálogo constitucional, é necessária a empatia quanto aos pontos de vista diversos para haver o desenvolvimento do transconstitucionalismo neste âmbito.

⁷⁰ FRANCE. CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *DÉCISION N° 2006-540 DC*, de 27/07/2006. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540DC.htm> > Acesso em: 29 fevereiro 2020.

2.2.4.3. Ordens jurídicas estatais

Entre as Cortes Estatais é cada vez mais frequente a “conversação” ocorrer através de citações recíprocas, como já visto anteriormente. Para além disto, e do fato de que decisões de um Estado podem influenciar a vida de outros cidadãos e de outros Estados, o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais representa a utilização de decisões estrangeiras como *ratio decidendi*.

É a representação de que existe uma capacidade de atuação reflexiva das Cortes nacionais, tanto no sentido de manter a autoconsistência constitucional quanto no sentido de abrir espaço para um aprendizado com outras cortes. Um exemplo emblemático é o julgamento *Harvard College v. Canada*⁷¹, onde o Tribunal de Apelação Canadense utilizou-se de um julgado da Suprema Corte Americana e atribuiu-lhe autoridade persuasiva (*Diamond, Commissioner of Patents and Trademarks v. Chakrabarty*⁷²).

O caso referia-se ao pedido de patente de um rato suscetível ao câncer, em primeira instância foi decidido que seria possível obter patente sobre o processo genético, mas não sobre o rato. O Tribunal de Apelação canadense reverteu a decisão, utilizando-se a decisão americana (invenções biotecnológicas são patenteáveis). A discussão na Suprema Corte canadense iniciou-se quanto ao que é possível ser considerado invenção humana, considerando que “the current Act does not clearly indicate that higher life forms are patentable”. No seguimento da decisão, faz alusão a diversos países e respectivas decisões quanto a mesma temática, e acaba por reformar a decisão do Tribunal de Apelação, porém, o ponto principal é que tanto votos favoráveis como votos contrários, fizeram referência à decisão americana.

E a complexidade do transconstitucionalismo adequado é justamente esta, considerar e debater decisões similares de outras Cortes e Estados, porém manter os parâmetros

⁷¹ CANADA. *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)* n° 28155, julg. 05/12/2002 [2002]. Disponível em: < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2019/index.do> > Acesso em: 29 fevereiro 2020.

⁷² UNITED STATES OF AMERICA. *Diamond, Commissioner of Patents and Trademarks v. Chakrabarty*. Disponível em: < <http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep447/usrep447303/usrep447303.pdf> > Acesso em: 29 fevereiro 2020.

decisórios internos, justamente para haver diálogo e não imposições. Evidentemente, aqui se fala de questões passíveis de diálogo, aquelas que estão distantes de estabelecer violação à dignidade humana.

A Constituição da África do Sul traz em seu texto a possibilidade de tal conversação: “Interpretation of Bill of Rights 39. (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or fórum (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law.”⁷³. Slaughter defende que um verdadeiro diálogo entre órgãos judicantes a nível mundial acontece quando as entidades estão comprometidas a resolver litígios, interpretando e aplicando o Direito da melhor maneira que lhes seja possível, um sistema jurídico global estabelecido por cortes nacionais que trabalham conjuntamente⁷⁴.

2.2.4.4. Ordens jurídicas estatais e transnacionais

As ordens transnacionais são caracterizadas por atores ou organizações privados ou quase públicos, são instituições criadas por Estados e entidades que atuam globalmente, como empresas multinacionais e organizações não governamentais, que desenvolvem uma lógica sistêmica própria, mas continuam sujeitas às regulações jurídicas, o campo de atuação, portanto, exige um direito transnacional.

Neste ponto, o transconstitucionalismo tem a função de abordar as questões constitucionais envolvidas. Pois, ainda que estas entidades busquem um atuar autônomo, firmando-se na força dos respectivos sistemas sociais (economia, esporte, internet, artes, entre outras), ainda necessitam respeitar as ordens estatais.

Exemplo clássico é a *lex mercatoria*, um sistema autônomo que regula o comércio internacional, uma tentativa de unificar a legislação internacional neste campo, que

⁷³ SOUTH AFRICA. *The Constitution of the Republic of South Africa (1996)*. Disponível em: < <https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/SACConstitution-web-eng.pdf> > Acesso em: 29 fevereiro 2020.

⁷⁴ SLAUGHTER Apud NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 186.

concomitantemente procura preservar os demais sistemas envolvidos e a soberania dos Estados. É formada por regras e costumes internacionais, é um direito comumente adotado em arbitragens internacionais. Diante desta autorregulação, as decisões quanto aos conflitos são definidas por arbitragem. E, no momento em que tais decisões adentram aos ordenamentos jurídicos nacionais e produzem seus efeitos, ou até mesmo quando as partes envolvidas recorrem ao Judiciário de algum dos Estados envolvidos, é necessário estabelecer um diálogo entre o Direito Estatal e a ordem jurídica transnacional.

Desta forma, casos que envolvam a *lex mercatoria* e a ordem estatal em questões constitucionais relevantes exigem um atuar do transconstitucionalismo, tendo em vista que cada ordem se visualiza com auto-fundamentação. Portanto, além de um diálogo transjudicial, faz-se uma “conversação” transconstitucional.

Outro bom exemplo é a *lex sportiva*, que regula o sistema desportivo mundial e tem assumido um alto grau de autonomia através das associações esportivas transnacionais. Defende a proibição de que os atletas busquem a jurisdição estatal, porém, por estarem relacionadas questões constitucionais (como liberdade contratual e profissional), os Estados devem atuar de maneira a preservar os Direitos Fundamentais dos atletas⁷⁵. Os tribunais arbitrais esportivos seguem com decisões de conflitos, onde têm assumido uma, cada vez maior, autonomia perante o direito estatal.

Tendo em vista a diversidade de ordens transnacionais, é natural que os entrelaçamentos não aconteçam de forma isolada. Em sua grande maioria, apresentam até mesmo um caráter informal, perpassam diversas ordens jurídicas e encontram-se ligadas ao transconstitucionalismo em níveis múltiplos entrelaçados.

2.2.4.5. Ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais

Neste ponto, estabelece-se a maior crítica à teoria do ‘transconstitucionalismo’. As ordens locais extraestatais são caracterizadas por ordens nativas e arcaicas, que em sua

⁷⁵ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 197.

grande maioria diferem do modelo constitucional do Estado Democrático de Direito em que se encontram inseridas territorialmente.

Marcelo Neves defende que uma ‘imposição unilateral’ de Direitos Humanos é contrária ao transconstitucionalismo, pois, medidas nesse sentido podem ter consequências destrutivas aos membros de comunidades nativas. Ora bem, ao se fazer uma breve reflexão quanto à evolução dos Direitos Fundamentais, é possível observar que foram necessários anos de adaptação e evolução da sociedade para perceber a importância da proteção da vida e da dignidade humana e a consequente assunção de tais institutos a bens jurídicos protegidos pela estrutura do Estado. De maneira que, compreende-se que no decorrer da história, por diversas vezes, o ser humano colocou-se a si próprio e a outros em situações violadoras de Direitos Humanos/Fundamentais e que a evolução desta compreensão permitiu a proteção e promoção de tais direitos. É natural entender que tais violações e incompreensões continuem a ocorrer, e não podem ser permitidas.

A violação aos Direitos Fundamentais, à dignidade humana, qualquer ato que resulte em degradação da vida e da dignidade humana não pode assumir relevância positiva. Quaisquer que sejam estas violações e desrespeitos à dignidade humana devem ser criminalizados pelo Estado. Ainda que haja dúvida no caso concreto, deve ser aplicado o princípio *‘in dubio pro dignitate’*, pois, a dignidade humana é dotada de valor absoluto⁷⁶.

Assim sendo, aduzir que a “imposição de direitos humanos” a uma comunidade gera prejuízos a esta é quase como que um subjugamento prévio, como dizer que a sociedade ocidental tem direito a evoluir e proteger seus membros e que as comunidades nativas devem ficar sujeitas à própria sorte e a hábitos que podem levar ao seu fim. Atribuir a percepção cultural destas comunidades a práticas que violam Direitos Humanos/Fundamentais é para além de preconceito, um limitar sociocultural de indivíduos que pertencem a um determinado Estado com obrigação de proteger e promover os direitos fundamentais de seus cidadãos.

⁷⁶ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional português I – Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina. 2010. p. 39.

Neste sentido, é interessante observar a Constituição peruana que reconhece a autonomia das comunidades indígenas em suas organizações, com a ressalva de que não violem direitos fundamentais da pessoa humana: “Artículo 89. - Comunidades Campesinas y Nativas Las Comunidades Campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas (...) Artículo 149.- Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.”⁷⁷

A proteção que os bens jurídicos recebem para preservar as bases e princípios estruturantes do Estado tem a função de preservar a vida e a dignidade humana, portanto, sopesar abuso sexual e cultura soa demasiado ofensivo a questões constitucionais delicadas. A sociedade ocidental também enfrenta problemas relacionados à cultura do estupro, a incessante luta pela proteção dos direitos da criança e do adolescente, é extremamente perverso não estender tal luta e a consequente proteção a comunidades nativas⁷⁸.

No Brasil, existem casos ainda mais absurdos e estarrecedores. Como o direito consuetudinário dos Suruahá, tribo indígena localizada no estado brasileiro do Amazonas. Para a tribo Suruahá é obrigatório o homicídio dos recém-nascidos que apresentem alguma

⁷⁷ PERU. *CONSTITUICION POLITICA DEL PERU DE 1993*. Disponível em: < https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion_1993.pdf > Acesso em: 02 março 2020.

⁷⁸ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 220.

deficiência física ou de saúde, em geral (observe-se a semelhança com o regime ocidental alemão da década de 1930, fortemente condenado por toda a comunidade ocidental). E além desta, a comunidade indígena Yawanawá, territorialmente localizada no estado brasileiro do Acre, em que existe ordem consuetudinária que determina o assassinato de um dos recém-nascidos, caso sejam gêmeos.

Neste contexto, o estudo de Marcelo Neves surpreende com eufemismo para abordagem de tais questões, onde aduz que em tais casos constituem-se ‘conflitos praticamente insolúveis entre direito de autonomia cultural e direito à vida’. Ora, a ponderação de direitos e princípios fundamentais parece estar a falhar, quando cultura e vida são colocadas em um mesmo patamar. Ainda mais, tendo em vista que a submissão de qualquer adulto a tal cultura já seria passível de uma proteção veemente do Estado, quanto mais de uma criança exposta a tal prática sem poder de decisão⁷⁹.

Em Audiência Pública realizada no Brasil, em 2007, para discussão acerca da criação de uma legislação que protegesse os indivíduos de tais comunidades contra atos culturais que violam a vida humana e sua dignidade, a antropóloga Rita Laura Segato defendeu que a proteção absoluta ao direito à vida pode ocasionar o genocídio cultural das comunidades indígenas. Estariam essas comunidades milenares adstritas a uma cultura consistente apenas na violação da vida humana? É fortemente provável que não, portanto, defender que a proteção absoluta da vida em tais comunidades fere as respectivas culturas é menosprezar tanto a vida deste povo individualmente, como sua cultura em geral.

A antropóloga perde-se ainda ao definir que a percepção sobre a vida é diferente da percepção cristã. Ora, o que a lei defende não é percepção religiosa. E, para além disso, usou dados acerca do número de suicídios na comunidade indígena para defender sua tese. Pois bem, a cada dia é mais evidente o aumento do número de suicídios na cultura ocidental cristã e nada tem a ver com a definição de ‘vida’ para os indivíduos, e sim, tem a ver com o fato de que existe um verdadeiro absinto na comunidade global e as pessoas precisam da

⁷⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda. 2009. p. 222.

proteção à vida e a conseqüente orientação para sua conservação com a devida proteção aos direitos fundamentais e dignidade⁸⁰.

De maneira geral, o presente estudo defende o respeito à cultura e ao processo de adaptação necessário, porém, não se admite a violação à vida e à dignidade humana, não se admite ponderação de tais direitos com quaisquer outros. Enquanto as demais questões constitucionais possam ser desenvolvidas de maneira mais lenta e com maior conversação constitucional, não se entende ser o caso dos citados institutos.

2.2.4.6. Direito supranacional e direito internacional

Neste ponto, questões constitucionais que geralmente fazem parte da competência dos Estados, passam a atribuídas a entidades supraestatais e interestatais, especialmente nas temáticas de direitos humanos e fundamentais. Como exemplos é possível citar: Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e a ordem normativa da União Europeia; questões jurídicas entre a Organização Mundial do Comércio e a União Europeia.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos vincula, em regra, os Estados Nacionais, porém, por decisão do TEDH decidiu-se que a União Europeia também deveria cumprir a determinação legal imposta pela CEDH de estabelecer eleições livres para cargos legislativos. Abre-se assim espaço para um transconstitucionalismo que amplia direitos fundamentais entre a ordem supranacional e internacional.

2.2.5. Transconstitucionalismo e o sistema jurídico mundial de níveis múltiplos

Além dos exemplos aqui citados, é possível perceber que existem entrelaçamentos com ordens de mesma espécie ou tipos diversos, evidenciando-se um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, em que o transconstitucionalismo ocorre de forma

⁸⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 225.

pluridimensional, resultado de um mesmo problema jurídico-constitucional para diferentes ordens jurídicas⁸¹.

Esta concepção está atrelada a uma pluralidade de ordens diferentes quanto à forma, modelo de autocompreensão e modos de concretização, e onde, através dos entrelaçamentos, nenhuma ordem pode apresentar-se como a *ultima ratio*. E por tal razão, é chamado um sistema multicêntrico, em que as relações entre as ordens são heterárquicas. Existe sempre a preocupação quanto à possibilidade de uma dessas ordens se fechar perante outra, o transconstitucionalismo tem por função viabilizar as “pontes de transição” entre as ordens.

Nesta classificação, é possível que a legislação supranacional entre em conflito com a legislação internacional e assim, uma corte nacional decida a respectiva aplicação de acordo com a Constituição. Um exemplo interessante desta classificação é a questão da Al-Qaeda, uma ordem transnacional, que é observada pelos Estados Unidos (Estado) e pela OTAN (entidade internacional), como uma ordem ‘antijurídica’ autora do atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, considerado antes um ataque militar do que uma ação criminosa. É possível observar os múltiplos níveis jurídicos envolvidos na questão.

Esta “ordem transnacional”, por sua vez, possui diversos problemas em questões de direitos fundamentais, limitação do poder, limites à soberania territorial e quanto às jurisdições internacionais, o que impede o desenvolvimento do ‘transconstitucionalismo’ neste cenário. O objetivo é que as fontes transnacionais se tornem uma forma de testar a compreensão das tradições nacionais e a interpretação destas. Um “modelo de articulação” que realize um entrelaçamento transversal em que as pontes de transição são estabelecidas em nível constitucional e no campo dos Direitos Humanos/Fundamentais.

⁸¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 236.

2.3- Transconstitucionalismo – questões práticas.

A ideia defendida é a de que em um mundo globalizado, não cabe a cada Estado a temática dos Direitos Fundamentais/Direitos Humanos, e sim, a uma Ordem Internacional que proteja o ser humano além de fronteiras e ordenamentos jurídicos diferentes.

A crítica a este raciocínio se desencadeia baseada em questões práticas. Primeiro, coloca-se em foco a real necessidade de perceber o mundo interligado e conectado como algo novo, como uma característica da contemporaneidade, quando a história demonstra que o comércio mundial e as relações internacionais são travadas há séculos e em intenso fluxo. A este argumento se pode atribuir a velocidade das comunicações e deslocamentos que intensificam e, literalmente, aceleram essas conexões, entretanto, em tempo algum se defendeu uma diluição das soberanias nacionais em prol de um ordenamento mundial, como se vê.

Pelo contrário, o momento pós Segunda Guerra mundial foi de reforçar a autodeterminação dos povos, onde garantir as soberanias estatais e o respeito aos territórios e ordenamentos jurídicos garantiria também o desenrolar pacífico das relações internacionais. E o que se tem é a constante tentativa de reduzir tal soberania em prol de um discurso único mundial.

A defesa de ordenamentos nacionais e culturas que respeitam direitos fundamentais não pode ser diminuída por um discurso globalista, tendo em vista os avanços já alcançados. Em relação à estrutura de soberania nacional, um país que possui costumes e cultura forte de proteção a direitos fundamentais deve se posicionar em busca de proteção a estes, na maneira como entendidos. E ainda que haja ponderação entre direitos e princípios, núcleos essenciais devem ser preservados para além de qualquer discurso global⁸².

⁸² OTERO, Paulo. *Direito Constitucional português I – Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 71. “É na tradição religiosa judaico-cristã que, fazendo de cada ser humano imagem e semelhança de Deus, se alicerça o fundamento último da liberdade e da dignidade de cada pessoa: as normas constitucionais que consagram o respeito e a garantia da dignidade e da liberdade humanas limitam-se a acolher uma ordem de valores culturalmente identificativa de um “espírito comum” ou de uma “consciência jurídica geral” existente numa coletividade fundada historicamente em tais valores religiosos. (...) Radica numa tradição religiosa que, sendo elemento integrante do conceito de nação, expressa uma vontade democrática e constituinte da

utilização de crucifixos em escolas públicas supostamente feria o direito à igualdade e à liberdade de expressão.

O tribunal italiano também determinou decisão favorável à manutenção dos crucifixos na escola, no sentido de que tal questionamento não seria uma questão constitucional, havendo decreto de 1924 que determinava a utilização de crucifixos. E mais, a decisão do Supremo Tribunal Administrativo italiano, trouxe ainda uma interpretação secularizada do símbolo ‘crucifixo’, alegando ser este uma forma de trazer os valores, princípios de valorização das pessoas, tolerância e respeito mútuo⁸⁷.

O caso chegou ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e contou com a participação de outros países que também apresentaram pareceres em relação ao requerimento de Lautsi, muitos apresentando argumentos no sentido de compreender a simples manutenção dos crucifixos na parede como uma afronta, um verdadeiro desrespeito à liberdade religiosa e ao princípio da igualdade. E o TEDH apresentou a decisão no sentido de não reconhecer qualquer violação aos dispositivos legais italianos e, portanto, entendendo pela manutenção dos crucifixos nas escolas públicas, respeitando assim a cultura majoritária e até mesmo a legislação ainda em vigor no país⁸⁸.

⁸⁷ “On that point it found in particular that in Italy the crucifix symbolised the religious origin of values (tolerance, mutual respect, valorisation of the person, affirmation of one's rights, consideration for one's freedom, the autonomy of one's moral conscience vis-à-vis authority, human solidarity and the refusal of any form of discrimination) which characterised Italian civilisation. In that sense, when displayed in classrooms, the crucifix could fulfil – even in a “secular” perspective distinct from the religious perspective to which it specifically referred – a highly educational symbolic function, irrespective of the religion professed by the pupils. The Consiglio di Stato held that the crucifix had to be seen as a symbol capable of reflecting the remarkable sources of the above-mentioned values, the values which defined secularism in the State's present legal order.” In: TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *CASE OF LAUTSI AND OTHERS v. ITALY*. Disponível em: <<
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22lautsi%22%2C%22display%22:%5B%22%22document%22%2C%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-104040%22%5D%7D> >>
Acesso em: 31 janeiro 2019.

⁸⁸ In the first place, the Court observes that the only question before it concerns the compatibility, in the light of the circumstances of the case, of the presence of crucifixes in Italian State-school classrooms with the requirements of Article 2 of Protocol No. 1 and Article 9 of the Convention. Thus it is not required in this case to examine the question of the presence of crucifixes in places other than State schools. Nor is it for the Court to rule on the compatibility of the presence of crucifixes in State-school classrooms with the principle of secularism as enshrined in Italian law.⁵⁸ Secondly, the Court emphasises that the supporters of secularism are able to lay claim to views attaining the “level of cogency, seriousness, cohesion and importance” required for them to be considered “convictions” within the meaning of Articles 9 of the Convention and 2 of Protocol No. 1 (see *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, 25 February 1982, § 36, Series A no. 48). More precisely, their views must be regarded as “philosophical convictions”, within the meaning of the second sentence of

Uma análise do caso traz a compreensão de que em muitos cenários jurídicos a ideia de preservar uma cultura (seja religiosa ou não) é interpretado como desrespeito à liberdade religiosa⁸⁹. O que gera uma incoerência grotesca. A simples disposição de um símbolo cultural em local público não intenciona obrigar ou oprimir quem discorde da representatividade e significado de tal objeto a concordar com seus princípios. No caso citado, a dúvida se resolve ainda mais facilmente, haja vista o ordenamento jurídico apresentar legislação compatível. Porém, em casos menos óbvios, é necessário compreender que a democracia, mesmo que possua a obrigação de proteger a todos igualmente, tende a pautar suas decisões e posicionamentos baseada no princípio da maioria.

Para além disto, é perfeitamente compreensível que a formação dos Estados Democráticos de Direito passa por processos e evoluções, como as já referidas no presente trabalho, que culminam na formação e proteção de princípios estruturantes. O símbolo religioso tem estrita correlação com a evolução daquela nação, quanto a seus costumes e, principalmente, quanto aos princípios éticos a serem defendidos e preservados naquele Estado. Razão pela qual, compreende-se a interpretação dada pelo julgamento do TEDH.

O segundo julgado a ser apresentado diz respeito ao caso S.A.S. contra a França, em que uma jovem francesa, praticante da religião islâmica, requer o direito de utilizar a vestimenta compatível com sua crença, que se refere ao niqab e à burqa (vestimentas mulçumanas que cobrem todo o corpo, deixando visíveis apenas os olhos), pois, uma lei francesa de 2010 havia proibido o uso de vestimentas que cobrissem todo o rosto da pessoa, com a alegação de que infringe os direitos e liberdades individuais, afetando a igualdade dos gêneros e a dignidade da pessoa humana.

Enquanto o Estado francês estava em busca da preservação da dignidade e da liberdade das mulheres, para haver uma proibição legal ao uso de tais vestimentas, buscando

Article 2 of Protocol No. 1, given that they are worthy of “respect 'in a democratic society'”, are not incompatible with human dignity and do not conflict with the fundamental right of the child to education.”

⁸⁹ A third complication lies in the fact that in human rights jurisprudence, as in political life, it is often considered appropriate that individual rights give way to public goals such as the protection of safety, morals, economic well-being, or health. BURKE, Abbey. “Is the Whole Point of Human Rights Their Universal Character? A, B & C v Ireland and SAS v France” *The London School of Economics and Political Science*, 3. London: 2018. p. 49. Disponível em: << http://eprints.lse.ac.uk/88099/1/Burke_2018.pdf >> Acesso em: 06 julho 2020.

incentivar uma inserção em um contexto de liberdade, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas se manifesta no sentido de que garantir o uso de vestimentas que cobrem todo o rosto (e que, na grande maioria das vezes, são impostas a essas mulheres que nascem ou aderem à cultura muçulmana) estava atrelado à liberdade de religião⁹⁰.

Assim, percebe-se nitidamente o acolhimento de povos subjugados e a tentativa do país europeu de proporcionar uma liberdade, de incluir essas mulheres em uma realidade de dignidade da pessoa humana, na cultura europeia e no sistema jurídico europeu protetor dos Direitos Humanos. Atribuir as práticas de desigualdade de gênero perpetradas por culturas não democráticas e que subjugam a mulher - e o uso de vestimenta específica é até uma questão simples se comparada a tudo que essas mulheres vivem - a uma definição de “liberdade religiosa” é, em realidade, ignorar direitos fundamentais/ humanos, ignorar as práticas que são incentivadas nos países originários de tal cultura.

Abrir espaço para práticas totalitárias, preconceituosas e de desigualdade de gêneros em território europeu, é ferir a estrutura de Estado, a autodeterminação desses povos que lutaram por séculos pelo reconhecimento de Direitos Fundamentais. E permitir que tais práticas ganhem território, literalmente, e suas consequências podem ser devastadoras a longo prazo, como, por exemplo, chegar o tempo em que uma cultura de desrespeito a Direitos Fundamentais esteja tão inserida no território que os cidadãos dos países europeus também sejam submetidos a ela.

⁹⁰ “This seems, on the face of it, persuasive. Liberals do of course believe in gender equality and wish to enable, promote and safeguard it, which entails a commitment to preventing unfair discrimination against women, providing legal protection against coercive behavior by men, and ensuring that women are well-informed about their rights. But liberals do not believe that equal outcomes are to be imposed. If a woman freely chooses to occupy the domestic sphere, or to be deferent and obedient to her husband, then that is no concern of the liberal state. And similarly, if a woman freely chooses to habitually cover her face in public, even though this may disadvantage her in various ways as compared to men, the liberal state has no right to intervene on the grounds of preserving gender equality. There, are, however, two important factors which the ECHR did not consider. One is the question of how free such a choice really is. The woman who makes it defends it, naturally enough: but to what extent was her choice the result of cultural pressure? (And how much cultural pressure is acceptable?) In short, how can we be sure that what is claimed to be a personal choice is not really an adaptive preference – that is to say, the acceptance of a sub-optimal option because the other options appear even worse? This may not be an insuperable objection, but it needs to be considered. (...) The second factor is the extent to which one woman’s personal choice may impact on the choices of others. If some burqa-wearing is coerced (we lack clear empirical evidence of this, but if it were occurring), then the willing burqa-wearers might unwittingly be facilitating this coercion. This also is a question deserving of consideration.” ROBSHAW, Brandon. “Should a Liberal State Ban the Burqa?” *PhD thesis The Open University*. Disponível em: << <https://core.ac.uk/reader/237022545> >> Acesso em: 06 julho 2020.

No julgamento citado, foi apresentada lei da Bélgica que também determinava a proibição do uso de vestimenta que cobrisse todo o rosto, e a Corte Constitucional belga também entendeu pela compatibilidade da lei com as liberdades e direitos individuais. Uma vez que não se trata de aspectos culturais locais e sim, estabelece a implementação de um ordenamento extraestatal e estrangeiro que fere princípios básicos como a igualdade e a liberdade, que por sua vez comprometem a dignidade humana. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, também em uma votação de 15-2, afirmou o entendimento de que a lei francesa não viola as Convenções internacionais, e, portanto, permanece a determinação de proibição do uso de vestimenta que cubra todo o rosto, em território francês.

Percebe-se nestes dois julgados apresentados, um posicionamento do Tribunal em preservar a cultura local. E fica evidente também, que em nenhum dos casos houve qualquer desrespeito ou atitude racista ou xenófoba, havendo apenas decisão no sentido de preservar a autodeterminação dos povos dos respectivos Estados, e mais especificamente as liberdades individuais e os elementos que formam estes Estados.

Desta forma, criou-se um inconsciente coletivo de que as decisões internacionais iriam respeitar os ordenamentos internos, respeitando as soberanias e unificando a proteção dos Direitos Fundamentais/Humanos. Segue-se a isto, a crítica ao Constitucionalismo, numa intenção de defender que a estrutura jurídica e a soberania estatal são institutos ultrapassados, porém a experiência prática descontrói a previsão.

Ademais, cumpre trazer à discussão, recente decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, acerca de um referendo realizado na Suíça, em 2009. Na obra da Professora Doutora Paula Veiga, “Entre véus e minaretes – um (possível) diálogo multicultural”⁹¹, foi apresentado o julgado HAFID QUARDIRI vs. SUISSE, em que se trouxe o referendo realizado, no qual se questionava à população suíça acerca da construção de mais um minaret (um tipo de torre construída nas, ou perto das, mesquitas mulçumanas)⁹².

⁹¹ VEIGA, Paula. “Entre véus e minaretes – um (possível) diálogo multicultural” – *Boletim de Ciências Económicas. Vol. LVII. Tomo III*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2014.

⁹² “As Muslim communities face pressure to assimilate or risk alienation from European communities, the vote represents the greater clash between European and Swiss claims of prioritizing nationalism over religious identity, and the protection of minority rights to religious practice and symbolism (...) as well as the degree of acceptance and protection that minority populations can expect to receive in the future.” RONIS, Jenny Elayne. “*The Minaret as Political Missile: Infringement of Minority Religious Rights after the Swiss Prohibition of*

O referendo popular deixou evidente a vontade do povo suíço pela não construção de mais um símbolo árabe em seu território. O resultado foi a alteração de artigo da Constituição suíça com proibição expressa de construção de minaretes. A opinião pública, e o Conselho da Europa se pronunciaram contra a decisão suíça, porém, seus defensores argumentavam a dizer que muito mais do que um símbolo religioso, um minarete representa dominação, poder e conquista. Posteriormente, já em 2018, o assunto foi objeto de um novo caso no Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a decisão do referendo e a alteração da Constituição suíça foram consideradas racistas e, portanto, o Estado suíço foi condenado ao pagamento de multa por ter atuado dentro de seu direito de autodeterminação.

Restou evidente que no entendimento do povo suíço a excessiva construção de elementos de uma outra cultura⁹³, a qual não respeita direitos humanos, por exemplo, tem caráter de conquista de território. E ainda que soe estranho falar de uma questão como essa, em tempos atuais, há que se falar e ressaltar que, uma vez compreendido o significado de autodeterminação dos povos e que este é um direito inegociável e atemporal, a decisão dos cidadãos suíços deveria ter sido respeitada, não cabendo a qualquer entidade, outro Estado, ou ainda cidadãos estrangeiros interferirem no funcionamento e na Constituição da Suíça.

Esse é o grande temor na interpretação do instituto do Transconstitucionalismo, onde, no discurso de garantir direitos fundamentais a todos e uma interpretação homogênea destes, sejam prejudicados cidadãos de países onde tais direitos existem e são defendidos de fato, em busca de preservação de culturas que desconsideram a vida e a dignidade humana como prioridades.

Minarets on Mosques". 2010. Disponível em: << https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1617675 >> Acesso em: 06 julho 2020. Interessante também ponderar quando países islâmicos abriam seu território para construções e práticas de outras religiões e culturas.

⁹³ "de que los minaretes constituyen símbolos de una reivindicación islámica de poder político-religioso (...) En primer lugar, porque tras la aprobación de la nueva norma constitucional, las personas musulmanas pueden seguir practicando su religión con total libertad en Suiza, mientras que lo que se prohíbe es simplemente la erección de un símbolo político de alcance no religioso, sino urbanístico." RUIZ VIEYTEZA, Eduardo J. "Democracia directa y religión: Problemas derivados de la decisión suiza de prohibir los minaretes". *Revista de Derecho Político*. N.º 87, mayo-agosto 2013, págs. 253-288. Disponível em: << <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/12773/11902> >> Acesso em: 07 julho 2020.

Na ilustre obra “Os Direitos Fundamentais e sua circunstância: crise e vinculação axiológica entre o Estado, a sociedade e a Comunidade Global” da Professora Doutora Ana Raquel Moniz, é apresentado esse panorama: “O momento em que nos encontramos propicia um miradouro privilegiado para uma perspetivação dos direitos a partir da circunstância, com o duplo propósito de apreender o sentido dos direitos e de os mobilizar para salvar a circunstância.”⁹⁴

O passado só é passado em uma perspectiva cronológica, uma análise atemporal da história nos faz compreender que as marcas deixadas por acontecimentos vultuosos ainda reverberam suas consequências no presente, e muito provavelmente no futuro. Há os que denominam dívida histórica, o que pode parecer uma expressão pesada, onde é possível encontrar-se melhor definida como fatos históricos que permeiam a constituição de uma nação, e também constituem uma espécie de responsabilidade geracional que permite compreender ser necessário um comprometimento com as gerações passadas, uma perseverança para proteção de valores e estruturas de Direitos fundamentais conquistados, e também uma responsabilidade pelas lutas enfrentadas, pela construção cultural, territorial e jurídica das nações. Muitas das nações e Estados constituídos no presente, foram subjulgados e escravizados no passado, e as consequências traumáticas de tais fatos não se desvanecem na consciência coletiva nacional, como parece se dissolver nas consciências individuais daqueles que olvidam a história.

É natural que ao se deparar com pequenas e sutis manifestações do que a história conta ter sido elemento de execução de domínio estrangeiro, haja resistência. E é interessante observar que nos casos narrados, não se trata de uma resistência ao indivíduo proveniente de outro Estado/cultura/nação, e sim, uma resistência a elementos que remetem a já vivenciada dominação externa dentro de um território soberano. Patrícia Jerónimo critica os julgados do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem quando estes permitem margem de apreciação dos Estados para questões de liberdade religiosa⁹⁵, sob o argumento de que tais julgados

⁹⁴ 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: Almedina, 2017. p. 12.

⁹⁵ JERÓNIMO, Patrícia. “Símbolos e símbolos – o véu islâmico e o crucifixo na jurisprudência recente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.” *Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*. Tomo LIX. Nº 321. Janeiro/Março 2010. Braga. p. 499.

ferem a liberdade individual de crença e religião⁹⁶. Ocorre que em nenhum dos casos foi proibida a esses indivíduos a profissão de sua fé, não foi proibida a permanência dos indivíduos nos Estados citados, o que certamente teria acontecido caso se tratasse de um Estado não democrático. A liberdade individual continua a existir, só há uma tentativa de proteção de elementos culturais e históricos, e principalmente da estrutura protetora de Direitos Humanos e Fundamentais, consistente na preservação da vida, da dignidade e da igualdade de todo ser humano.

A representatividade do uso do véu por mulheres em ambientes escolares e acadêmicos, parece ferir um direito individual, um simples ato de manifestação de fé⁹⁷. Porém, tal ato não possui pequena representatividade, muito pelo contrário, esconde uma cultura e um ordenamento jurídico baseado na religião – que por mais que nos países ocidentais exista esse distanciamento Estado x religião, não é o caso da cultura em questão – um ordenamento jurídico que permite graves violações de Direitos Fundamentais, e de fato, qualquer símbolo relacionado a ele, sofrerá resistência. E mais uma vez, note-se que não há impedimento para a profissão de fé, não há impedimento para que o praticante de tal religião viva e frequente qualquer ambiente e usufrua dos serviços públicos dos países em que inseridos, trata-se apenas de não aceitação de simbologias que podem representar dominação de território por práticas e leis que destoam dos princípios estruturantes daquele Estado.

Para além do tempo e das circunstâncias, apesar de diferenças sociais e culturais e das temáticas levantadas com avanços tecnológicos, o Direito e o Constitucionalismo devem se voltar ao verdadeiro significado dos institutos que aborda, é necessário foco na

⁹⁶ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Encontros e desencontros entre a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a Jurisprudência Nacional*. Ano: 148º N°: 4014. Janeiro e Fevereiro de 2019. p. 178. “O diálogo interjudicial nunca decorre de forma fácil, sem resistências nem fricções. A perda de soberania judicial que a orientação por critérios interpretativos advindos de um órgão externo e a sujeição a uma posterior apreciação controladora deste órgão sempre representa, as diferentes linguagens e estratégias de fundamentação, a dificuldade em consciencializar rigorosamente o alcance das especificidades “técnicas” de cada sistema, a eventual não coincidência de “sensibilidades”, no que respeita à valoração de bens em colisão, por fatores até de índole cultural, tudo contribui para criar dificuldades a uma articulação e integração harmónicas dos níveis diferenciados de regulação e de jurisdição.”

⁹⁷ JERÓNIMO, Patrícia. “Símbolos e símbolos – o véu islâmico e o crucifixo na jurisprudência recente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.” *Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*. Tomo LIX. N° 321. Janeiro/Março 2010. Braga. p. 509-510.

interpretação axiológica dos Direitos Fundamentais, para que a dignidade da pessoa humana permaneça como núcleo essencial da proteção constitucional⁹⁸.

É possível ainda vislumbrar que a pós-modernidade vivencia uma perda de referentes culturais históricos, o que permite um desenvolvimento e possibilidade de coexistência de múltiplas orientações, com base em tolerância e alteridade⁹⁹. Em um contexto no qual inexistente uma referência estável, o multiculturalismo caracterizado pelo pluralismo e relativismos necessita de um valor, ou ainda um princípio/imperativo categórico que permita uma comunicação intercultural jurídica que respeite as diferentes possibilidades, sem sacrificar direitos reconhecidos. De onde surge a dúvida quanto à natureza desta possível solução, cabe ao direito conciliar uma homogeneização da multiplicidade social, e assim, garantir um critério de valoração. Abstendo-se de uma influência subjetiva, o direito pode ser a garantia da coexistência multicultural deste tempo.

Em uma perspectiva cultural da modernidade, é possível compreender que para a existência de um diálogo intercultural, é necessário adequar a concepção da identidade e autonomia, evitando uma tentativa de construção de uma cultura universal e aprimorando a conversação entre as já estabelecidas¹⁰⁰. E, principalmente, compreender que antes de se

⁹⁸ 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: Almedina, 2017. p. 15.

⁹⁹ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade – Fundamentos e Condições de Possibilidade da Projeção Jurídica de uma (Re)Construção Normativamente Substancial da Exigência de Tolerância*. Coimbra. 2012. Nesta obra, a autora discorre acerca das possíveis compreensões e enquadramentos jurídicos da ‘tolerância’, apresenta substanciais definições do termo e aplicações práticas, assim como, ampla deliberação filosófica do instituto, entre as quais se destaca: Ulrich Beck e seu conceito de ‘constitucionalismo reflexivo’ europeu, em que é possível abrir-se ao diálogo constitucional com equilíbrio (sem arrogância ou auto sacrifício), na busca de um realismo cosmopolita, aberto à determinada diversidade, sem olvidar as raízes.– p. 94; e John Rawls que busca ter a tolerância como pilar essencial para uma convivência pacífica entre povos de origens e convicções político-culturais distintas. Buscando, porém, um conjunto de valores essenciais, sem os quais a convivência pacífica se tornaria impossível. – p. 174.

¹⁰⁰ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade – Fundamentos e Condições de Possibilidade da Projeção Jurídica de uma (Re)Construção Normativamente Substancial da Exigência de Tolerância*. Coimbra. 2012. p. 103. “Se, no limite, o caráter humano do homem resulta prejudicado em nome da submissão a uma matriz cultural que o tolhe enquanto ser racional e autodeterminado, o diálogo ficará comprometido, havendo um longo caminho a percorrer, no amplo espaço que medeia entre o início da diferença e aquele limite, e muitas respostas localizadas poderão surgir a partir do eixo tolerância/reconhecimento recíproco/tradução. Num mundo cada vez mais complexo, mais globalizado, o respeito por si próprio poderá constituir uma fronteira, em ambos os sentidos, negativo e positivo. A implicar, em cada civilização, diferentes conteúdos, não sobreponíveis. Obstando mesmo a equívoca pretensão de sobreposição a qualquer diálogo.”

buscar uma ‘elasticidade infinita’ dos Direitos Humanos/ Fundamentais, deve haver uma preocupação quanto ao estabelecimento de um núcleo duro destes, com potencialidade de caracterizar uma valoração universal básica¹⁰¹.

2-4. Os Direitos Fundamentais, a proteção estatal e a sociedade globalizada.

O contexto é de interligação mundial em tempo real. Estados, culturas, cidadãos, comércio, opiniões, ordenamentos jurídicos se encontram com auxílio das tecnologias em plena velocidade. Ainda que exista a compreensão de que os acontecimentos se dão em um espaço abstrato, é possível vislumbrar o desenrolar das ações em territórios. E mesmo em um cenário onde ocorre uma crise quanto à percepção e à função do Estado, este continua a ser uma entidade de enorme relevância para a preservação dos Direitos fundamentais.

A transnacionalização das instituições políticas é encarada com naturalidade e caminho necessário em um mundo globalizado, mas não pode ser esquecido o fato de que tais instituições não possuem representatividade democrática, e que, ainda que os Estados manifestem adesão a estas, a população que fica sujeita às respectivas decisões, não elegeu aqueles representantes.

A crise estatal pode ser interpretada e receber a restrição quanto ao âmbito de atuação estatal, o reposicionamento do Estado não significa que haja falha em suas responsabilidades e deveres essenciais. O transferir de atividades que podem e devem ser melhor executadas pelos particulares não importa em desfigurar o Estado da figura de garantidor do respeito, proteção e promoção dos Direitos Fundamentais.

A defesa de uma cultura global se torna complicada quando analisados assuntos mais sensíveis e que influenciam a vida em seu significado básico. Apesar de existir um estado comum de coisas e hábitos superficiais, questões mais profundas e valores essenciais da vida

¹⁰¹ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade – Fundamentos e Condições de Possibilidade da Projeção Jurídica de uma (Re)Construção Normativamente Substancial da Exigência de Tolerância*. Coimbra. 2012 p. 111.

estão enraizados em aspectos culturais de décadas e séculos. Ainda onde existe a defesa de relativismos, existem também certezas e limites.

A conversação mundial entre culturas deve ocorrer e, de fato, é inevitável. A conversação dos direitos e ordenamentos jurídicos é enriquecedora e pode, muitas vezes, clarificar compreensões, de maneira a preservar os núcleos de direitos humanos e fundamentais. É, até mesmo, necessária para a consecução de desenvolvimento econômico e crescimento da qualidade de vida da população. Porém, é sempre necessário ter-se a consciência de que determinadas temáticas possuem relevância que transpassa a ideia de uma cultura global, que persiste, justamente, por haver respeito à dignidade e à vida humana.

A compreensão acerca do papel do Estado se torna maleável a interesses dispersos. A formação estatal remonta à necessidade de proteção de seus nacionais, a preservação de sua autodeterminação remonta à necessidade de estabelecer relações com outros Estados. A defesa da redução de soberania estatal não atende aos anseios dos cidadãos, seja por falta de legitimidade, seja por falta de compatibilidade de interesses defendidos. A preservação da soberania estatal fica atrelada ao bom desenrolar das relações internacionais, e do contentamento democrático de seus cidadãos, conforme bem observado na excelentíssima obra citada, em referendo realizado no Reino Unido e a decisão de saída da União Europeia¹⁰².

Em realidade, não se está a menosprezar o papel da União Europeia, ou muito menos a limitar possibilidades de diálogos e mediações entre os Estados, porém, busca-se antes de tudo a preservação da soberania nacional, o respeito ao próprio ordenamento jurídico e cultura local, como meio necessário para destravar relações entre os países, facilitar o comércio e até mesmo a inserção de imigrantes/refugiados. O cidadão comum compreende que a certeza de preservação da autoridade estatal e da estrutura social, como se tem, são facilitadores para recepção de cidadãos oriundos de outras nações e Estados e, isto deve ser considerado nas políticas públicas em tempos de grande fluxo migratório e recepção de refugiados.

¹⁰² 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: Almedina, 2017. p. 42.

A ideia de que para incluir é necessário haver respeito às diferenças e, não simplesmente defender que para incluir é necessário homogeneizar a sociedade. Compreender as diferenças e garantir os direitos fundamentais já conquistados e protegidos é um caminho mais racional para aproximar diferentes culturas, assim foi, assim continua a ser.

O reconhecimento de uma política internacional preparada para funcionar na sociedade global não diminui, necessariamente, a importância do Estado neste mister. Pelo contrário, ainda na questão de entidades internacionais que possam demonstrar um maior poder de influência e nas multinacionais que exercem atividades ao redor do mundo, a proteção de direitos fundamentais estará garantida no território de um Estado presente, ainda que exista diálogo, é necessário haver uma espécie de certeza de que limites não podem ser ultrapassados.

Atribuir questões relacionadas a direitos fundamentais com resoluções baseadas apenas em responsabilidade civil não pode ser tolerável. Tais direitos podem ser atingidos e feridos por entidades além do Estado e a proteção horizontal também se faz necessária. Para manter sua função primordial, o Estado deve tirar as mãos de onde não tem capacidade e operacionalidade para estar. A justiça geracional se aplica para o futuro e também ao passado. O Direito das gerações passadas a ver o futuro preservado, é tanto da geração que viveu e lutou por eles, como da geração atual que usufrui, e deve ser da geração que virá¹⁰³.

Assumir que a crise estatal é suficiente para lhe tirar a responsabilidade pela garantia da preservação dos Direitos Fundamentais é demasiado arriscado. Pois, uma normatividade extra estatal neste campo traz consigo uma liberdade ampla, que se encaixa perfeitamente em questões relacionadas a direitos disponíveis, porém, não o faz em questões essenciais, tendo em vista que o Estado de Direito está vinculado a respeitar sua própria legitimação na proteção de Direitos Fundamentais¹⁰⁴.

¹⁰³ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional português I – Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 70 “No âmbito das concepções democráticas, a ideia de nação, apelando à determinação da alma ou do espírito de uma coletividade, fazendo de cada pessoa portadora de “genes” constitutivos e identificativos dessa vontade intemporal da coletividade, fundada numa História comum e num desígnio ou projeto futuro, comporta em si projeção pluralista e democrática”.

¹⁰⁴ 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: Almedina, 2017. p. 33.

Interessante reforçar esta função, tendo em vista que no contexto de globalização, as maiores ameaças à preservação de tais Direitos encontram-se nos agentes extra estatais, e o enfraquecimento do poder estatal representa uma ainda maior responsabilidade em preservar o cumprimento de seus princípios elementares¹⁰⁵.

O caminhar dos acontecimentos destina-se ao estabelecimento de uma ordem mundial integrada, uma espécie de governo global que une as principais cabeças da política internacional, sejam representados pelos Estados ou pelas potências econômicas, pode-se dizer inevitável, e em princípio, prosperará. O que cada Estado deve estar atento é quanto à necessidade de preservação de seus cidadãos, a tentativa de atender aos anseios de quem elegeu estes representantes e a preservação de elementos inegociáveis.

Outra temática que merece ser abordada neste contexto social é a multiplicação de direitos que recebem a definição de fundamentais, sem necessariamente o serem. Parte disso se deve ao fato de que a população está o tempo todo em alerta e sente-se ameaçada por diversas questões que, sequer, fazem parte da realidade da maioria das pessoas e ao mesmo tempo impede que a comunidade perceba quando verdadeiros direitos fundamentais são lesados.

A preocupação com questões genéticas, por exemplo, que permite manipulações com embriões, que permite o descarte da vida através de aborto, sem qualquer justificativa plausível, questões intrínsecas à vida e ao bem comum parecem estar nos bastidores dos temas em discussão, enquanto que questões como direito à informação ganham maior destaque nos meios de comunicação.

Longe de defender que não exista relevância nos direitos reconhecidos, porém, faz-se necessário especial atenção ao que constitui a base da vida, o que constitui a formação da estrutura social e da identidade de um país. Questões estruturais atreladas a direitos fundamentais que influenciam a verdadeira liberdade.

¹⁰⁵ 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: Almedina, 2017. p.38.

Conforme descreveu Häberle, a prevenção de riscos, utilizada de maneira constante e para numerosas situações, gera um inconsciente coletivo de que o sistema é insuficiente¹⁰⁶. De maneira que, as estruturas sociais, incluídas e com maior destaque às questões políticas relacionadas ao Estado (como o entendemos), parecem perder a função que desempenharam ao longo das décadas. Como se, as estruturas estabelecidas no pós-Segunda Guerra, ou seja, as estruturas do Estado e da família ocidental perdessem o significado e a função diante de um cenário de instabilidade. Cenário criado justamente por teorias que descredibilizaram as funções essenciais destes institutos.

A questão principal está no relativismo de valores e a crise da compreensão dos direitos fundamentais, quando dissociada da ideia de relação entre o homem e o Estado. Percebe-se uma tentativa de inculcar uma teoria sob a qual não há estrita relação entre a pertença ao Estado e a capacidade de estar inserido nesta sociedade global. Como se os princípios e direitos fossem universais para além da nacionalidade do indivíduo. Ocorre que a sociedade globalizada também é composta por Estados que não se encontram estruturados pelos princípios e direitos fundamentais. Portanto, a ideia de um ‘Estado de Direito mundial’ só encontra raiz e possibilidade de prosperar se respeitar as estruturas dos Estados Democráticos de Direito já existentes.

A dificuldade em unir a preservação da segurança e das liberdades é o grande dilema da função estatal. Garantir a preservação da segurança e da estrutura de Direitos Fundamentais de um Estado, apesar de ter se tornado como um grande desafio, vislumbra-se possível quando respeitados os princípios estruturantes dos Estados democráticos. Uma premissa que soa demasiadamente simples, pode se tornar a solução para a preservação das liberdades individuais e o respeito aos Direitos efetivamente fundamentais.

O conceito de ‘interesse público’ primário, aquele que deve ser perseguido pelo Estado, até mesmo para concretização da dignidade da pessoa humana (segurança, justiça e bem-estar) sofre com o panorama de múltiplos níveis políticos e normativos. Portanto, conclui-se que em uma sociedade global, os interesses de cidadãos de um Estado deixam de

¹⁰⁶ 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: Almedina, 2017. p. 46.

ser prioridade em prol do todo¹⁰⁷, o que na prática acaba por gerar uma tentativa de homogeneidade de interesses públicos e poucos deles, de fato, protegidos.

Para além do ‘interesse público’ secundário, caracterizado pela instrumentalidade e concretização na atuação estatal na prossecução dos interesses primários, esse atuar deve ser pautado pela transparência, respeito às garantias fundamentais com razoabilidade e juridicidade. E este não é o ponto de discussão, este é o ponto que se compreende igual e necessário para todos os níveis.

A ideia de interesse público primário é que merece o foco quando no contexto global. Seria possível afirmar que existem variados interesses públicos de acordo com as diferentes sociedades? E ainda, é possível defender núcleos rígidos que prevaleçam em qualquer ambiente social tão somente pela proteção da dignidade humana?

A imposição dos Direitos Humanos reconhecidos pelos Estados Democráticos não pode ser vista como desrespeito a liberdades, principalmente, quando se tratar de tal aplicação dentro do território de um Estado soberano. Uma vez que os Direitos Fundamentais precedem à Democracia, e esta, só se faz possível quando em respeito a tais direitos, é evidente concluir-se que em um mundo globalizado a preservação da Democracia e dos Direitos Fundamentais deve estar à frente de diálogos entre ordenamentos.

A proteção da democracia e consequentemente dos Direitos Fundamentais deve ser realizada e defendida primeiramente pelos representantes políticos através de órgãos democraticamente legitimados¹⁰⁸. Apesar de parecer simples e, talvez, óbvia, tal afirmação merece especial atenção em contextos de representantes não legitimados, que representam cidadãos que não os escolheram e defendem ideias as quais esses povos não compartilham, e estabelecem diálogo e concessões em temas inegociáveis. Em conflitos tais, é possível sobressair a relevância dos Tribunais que procedem à adequação constitucional das questões cotidianas. Uma força que traciona ocorrências delicadas aos termos das Constituições democráticas e protege a população.

¹⁰⁷ 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: Almedina, 2017. p. 57.

¹⁰⁸ 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: Almedina, 2017.p. 67.

E neste momento, inevitável concluir que a significação dos Direitos Fundamentais são a base decisiva para a respectiva aplicação, defesa e promoção. E somente com o correto estabelecimento de sua intencionalidade predicativa será possível atingir este mister¹⁰⁹. E a definição deste tema está diretamente ligada ao diálogo entre a individualidade e a relação com o outro, primeiramente em um contexto de direitos e deveres do indivíduo e, posteriormente, em relação a uma cultura e um Estado e sua inserção em uma sociedade globalizada.

Interessante perceber a ideia de que para a preservação de Direitos Fundamentais é necessário respeito ao Direito de cada indivíduo, e atenção aos deveres de cada um desses indivíduos. Assim também deve ser transportada esta premissa para o contexto de relações entre Estados, onde cada um continue a ter a sua autodeterminação e assim, possa melhor desenvolver suas relações internacionais, seja diretamente com outros Estados, seja no contexto de palco (território) para encontro de cidadãos de origens diversas.

A dignidade humana, pedra angular dos Direitos Fundamentais, é fundamento, legitimação e limite da atuação do poder público, conformam-se como base da estrutura constitucional nos Estados Democráticos de Direitos. E ainda que possa haver diversidade axiológica em conceitua-la, é primordial preservar-se sempre um núcleo intangível, absoluto.

2-5. Organizações Internacionais e a democracia

A Constituição de um Estado é seu pacto político legitimado juridicamente, como se estrutura, o que protege, a formalização do contrato social com seus cidadãos. Em Estados Democráticos, é o compromisso de respeito aos Direitos Fundamentais e defesa da Dignidade Humana. A democracia só pode ter lugar em um sistema jurídico organizado, em que o poder social se transforme em poder político e administrativo. Atrelada à participação democrática, encontra-se o direito à autodeterminação, que para além de representar uma

¹⁰⁹ 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: Almedina, 2017. p. 68.

intenção de fim do colonialismo, também está atrelado à ideia de legitimação de autoridade e soberania política¹¹⁰.

Nas palavras da Professora Doutora Ana Raquel Moniz: “por um lado, o reconhecimento de um dever negativo de não atuar de forma incompatível com a ordem de valores constitucionalmente consagrada; por outro lado, a assunção de um dever positivo de promover a concretização dos valores acolhidos; e, por último, a necessidade de referir todos os estratos da ordem infraconstitucional aos valores que o predicam.”¹¹¹ Longe de buscar legitimação apenas na Constituição, tão somente, busca-se legitimar a proteção aos Direitos Fundamentais consolidados dentro de um Estado, mesmo quando em diálogo com culturas e ordenamentos jurídicos distintos.

Em um contexto em que se busca uma certa independência dos Direitos Fundamentais, onde estes se encontrem acima das Constituições e ordenamentos, é demasiado volátil buscar proteção a algo sem as devidas definições, aqui corre-se o risco de não proteger o que é essencial. Em razão deste raciocínio, as constituições devem ser usadas como definição para proteção do que realmente tem valor intrínseco, e jamais para limitar a proteção de tais direitos, ainda para definir a autodeterminação de uma nação e os princípios e direitos que esta não pode abdicar.

Daí a importância de uma leitura moral da Constituição, conforme defende Dworkin, em respeito à moral, à decência política e à justiça. O conceito de ‘integridade constitucional’ é interessante por corroborar a unidade de sentido constitucional, em que compreende a interpretação da Constituição de acordo com a realização de juízos normativos compatíveis com a justiça e o bem comum de determinada sociedade¹¹². A compreensão desta abordagem filosófica é extremamente relevante no contexto de globalização. Os direitos compreendidos como “proclamações éticas” compreendem o conceito de que existem valores que se

¹¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1317.

¹¹¹ 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: Almedina, 2017. p. 78.

¹¹² 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: Almedina, 2017. p. 89.

impõem a qualquer formação social, outro ponto extremamente relevante quando da temática do transconstitucionalismo.

A Organização das Nações Unidas possui diversas pastas e trabalha diversas temáticas. Em sua Carta, 1945, a defesa da autodeterminação dos povos como chave para a celebração da paz e da convivência pacífica entre os Estados. Em 2020, a Comissão da ONU para Direitos Fundamentais/Humanos inclui países como: Venezuela, Afeganistão e Paquistão, que, não estão a cumprir o que se pode chamar de ‘democracia’ ou ‘Estado de Direito’¹¹³.

Entra-se no mérito acerca da efetiva influência que entidades internacionais podem/devem exercer em um Estado soberano. Até que ponto coadunar ilimitadamente com uma sociedade globalizada pode acarretar uma implosão jurídico-normativa e, conseqüentemente, graves violações aos Direitos Fundamentais sejam permitidas em nome de um discurso alinhado com as políticas internacionais¹¹⁴.

Outro ponto a que se deve estar atento é a origem de formação de tais entidades. Sejam elas de caráter público ou privado, é nítida a falta de participação democrática em sua formação. Como exemplos é possível citar: ONU, União Europeia, Comissão Europeia, Mercosul, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Tribunal de Direitos Humanos Europeu, Lex Mercatoria, Multinacionais, Estados antidemocráticos.

Identifica-se uma importância de tais entidades em um cenário internacional, reconhece-se a relevância de seus posicionamentos e decisões, porém, acima destas deve prevalecer a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais arduamente conquistados, positivados além da letra da lei, garantidos como uma teia vital pelas Constituições nacionais de Estados Democráticos, onde a proteção condiciona a existência do próprio Estado. Valores inegociáveis não podem ser transacionados como valores relativos.

Luhmann, nas palavras de Marcelo Neves: “Estado de Direito e Direitos Fundamentais sem democracia não encontram nenhuma garantia de realização, pois todo

¹¹³ UNITED NATIONS – HUMAN RIGHTS COUNCIL. Disponível em: << <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/CurrentMembers.aspx> >> Acesso em: 08 fevereiro 2020.

¹¹⁴ TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragmentes – Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 21.

modelo de exclusão política põe em xeque os princípios jurídicos da legalidade e da igualdade, inerentes, respectivamente, ao Estado de direito e aos direitos fundamentais”¹¹⁵.

2-6. Direito à Autodeterminação dos povos como garantidor de uma sociedade global.

Os Direitos Fundamentais são consequência da percepção dos Direitos Naturais. Os Direitos Naturais, por sua vez, são caracterizados pela pré-existência. É possível entender, portanto, que existem Direitos básicos inerentes ao ser humano, simplesmente por ser humano. Independentemente de ordenamento jurídico, cultura, território, ideologias. A origem da proteção à dignidade humana é prévia a qualquer conceito ou contexto cultural.

Esta premissa é um fato que não se altera, ainda que posta em um mundo globalizado, que parece exigir um atuar protetivo homogêneo e até mesmo uma união de ordenamentos e Estados. Deste entendimento, compreende-se a dignidade humana como base que deve ser protegida. É possível afirmar que existem valores básicos atrelados à condição humana, percebidos por núcleos absolutos.

Este raciocínio pode parecer óbvio, e muitos autores que o defendem são capazes de os relativizar em busca de uma ordem mundial que respeite diferentes culturas. É importante que se entenda, primeiramente, que não se questiona a necessidade de haver diálogo entre culturas, está-se simplesmente, ressaltando a importância de proteger valores pré-existentes. E que tal proteção não pode ser vista como intolerância, pois, muito pelo contrário, é necessário que se compreenda que uma cultura que respeita e é tolerante para com as demais e que busca proteger o ser humano (independentemente de sua origem) não pode ser categorizada como ‘imperialismo de direitos humanos’. Nas palavras de Doutora Ana Raquel Moniz:

“Todavia, e por um lado, mesmo as correntes mais pessimistas admitem a existência de um conteúdo mínimo universalizante

¹¹⁵ LUHMANN Apud NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 58.

reconduzível à dignidade humana, defendendo algumas que o reconhecimento de uma ética compartilhada por todos os cidadãos constitui uma condição de possibilidade do fortalecimento da sociedade civil, havendo-se os direitos humanos transformado numa espécie de “língua franca” na ética das relações jurídicas internacionais e sendo os mesmos concebidos com um verdadeiro «motor da constitucionalização».¹¹⁶

Neste contexto, é possível observar como que para determinados casos é possível impor determinadas questões em determinados territórios e como é considerado imperialismo uma “imposição” dentro do próprio território. Veja-se o seguinte exemplo: a União Europeia lança suas diretivas e atribui responsabilidade aos países signatários que façam concessões em questões culturais importantes. É possível citar a atuação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso já citado no presente trabalho, “CASE OF GRA STIFTUNG GEGEN RASSISMUS UND ANTISEMITISMUS v. SWITZERLAND”¹¹⁷.

Entretanto, quando um destes países sente sua soberania ameaçada, e a possível perda de comando dentro de seu próprio território, a interpretação já passa a ser outra e este torna-se o “intolerante”. Receber estrangeiros, dialogar com outros ordenamentos não significa abrir mão de sua própria identidade, seu território e sua cultura. Enquanto tais questões estiverem sob risco, a resistência e a dificuldade em se criar uma sociedade efetivamente global vai existir.

O Direito Internacional, costuma atribuir ao Estado, cinco elementos essenciais: povo; território; governo independente e autônomo; finalidade; capacidade de manter relações com os demais Estados. Vale destacar que “povo” é formado pelos nacionais do Estado, diferentemente de população que são todos os que vivem no território, ainda que tenha recebido críticas, vale trazer essa definição no sentido de abordar que o direito à autodeterminação é do povo.

¹¹⁶ 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: Almedina, 2017. p. 102.

¹¹⁷ TRIBUNAL EUROPEU DE DREITOS DO HOMEM. *CASE OF GRA STIFTUNG GEGEN RASSISMUS UND ANTISEMITISMUS v. SWITZERLAND*. Disponível em: <<

Assim como a diferenciação entre Estado e nação, sendo o Estado, como já visto, uma entidade, uma pessoa jurídica de Direito Público formada em um determinado território, o conjunto de poderes políticos; e, Nação, por sua vez, se entende como um agrupamento de pessoas com origem comum, que possuem ligação por questões históricas e culturais.

O surgimento do conceito de Direito à autodeterminação dos povos acontece, inclusive, nessa definição de Estado, na ideia de preservação de seus elementos. No início, definido como um princípio jurídico, e posteriormente adquirindo status de Direito, ao constar de diversos tratados internacionais, com obrigatoriedade para os Estados assinantes, o Direito à autodeterminação dos povos é classificado na categoria de Direitos Humanos, tendo em vista ter amplitude em toda a coletividade¹¹⁸.

Conforme explicita Anna Moltchanova, o direito à autodeterminação do povo é entendido também como um direito moral, definido pela habilidade de exercer uma autodeterminação de acordo com a vida cotidiana interna e a necessidade inerente de exercer a autodeterminação para manter a constituição daquele povo¹¹⁹. E ainda, na interpretação de Akehurst, que define o direito de autodeterminação dos povos como o direito que tem o povo que habita em um território a decidir o estatuto jurídico e político desse território¹²⁰.

Faz-se notório que nos estudos das relações internacionais, e na sua coligação ao Direito, existe grande cautela quando da abordagem de uma intervenção humanitária, por exemplo. Empreendem-se grandes debates e questionamentos quanto ao limite a que agentes externos aos Estados devem ficar restritos, ainda que com a intenção de estabelecer melhores padrões de aplicação dos Direitos Humanos.

A Carta das Nações Unidas, cujo objetivo principal foi o de estabelecer parâmetros para o desenvolvimento de relações entre países de maneira pacífica e segura, estabelece que a Organização das Nações Unidas está baseada no princípio de igualdade soberana de todos

¹¹⁸ ARY, Thalita Carneiro. “As perspectivas contemporâneas acerca do princípio da autodeterminação dos povos.” *Revista Jurídica da Uni7*. Disponível em: << <https://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/231> >> Acesso em: 01 fevereiro 2020

¹¹⁹ MOLTCHANOVA, Anna. *National Self-determination and Justice in Multinational States*. Minnesota: Springer, 2011, p. 95.

¹²⁰ AKEHURST, Michael Burton. *Introducción al derecho internacional*, versión española y notas de Manuel Medina Ortega, 2ª ed., Madrid: Alianza Editorial, 1994, p. 249.

os seus membros, assim como uma grande proteção ao território, à integridade e a independência política de cada nação, em igualdade de direitos e autodeterminação dos povos¹²¹.

Existe o entendimento de que em caso de violação aos Direitos Fundamentais/Humanos, poderá ser permitida a intervenção humanitária, por consequência do reconhecimento da soberania individual e os direitos de cada cidadão de um Estado que não os protege. Neste contexto, entidades internacionais podem utilizar-se dos meios adequados para estabelecer um novo padrão de respeito a direitos internacionalmente reconhecidos como fundamentais¹²².

Há que ressaltar ainda, em um contexto de graves violações a Direitos Humanos, muitos critérios devem ser respeitados, e em muitos desses casos, a intervenção humanitária não chega a ser concretizada. Tamanha a relevância da soberania nacional para um contexto internacional e de relações pacíficas entre países. Quanto mais deve ser respeitada esta soberania em outras circunstâncias. De onde parte uma interpretação de que a soberania nacional deve ser respeitada, mesmo em um contexto de confluência de conceitos e direitos, mesmo em um contexto de sociedade multicêntrica e globalizada.

A doutrina da não-intervenção sempre teve por objetivos principais: prevenção de conflito e dominação, assim como, a preservação da autonomia e da independência política dos Estados, que acabam por estar interligados com os valores do Estado e os valores dos Direitos Humanos¹²³. De onde é possível concluir que nos Estados em que houver respeito a Direitos Fundamentais/Humanos, principalmente os que compõem seu núcleo essencial, não há cabimento legal para intervenções externas.

¹²¹ “Artigo 2. 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros. (...) Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos”

¹²² SLAUGHTER, ANNE-MARIE. *International Law and international relations*. London. Martinus Nihhoff Publishers. 2001. p. 56

¹²³ SLAUGHTER, ANNE-MARIE. *International Law and international relations*. London: Martinus Nihhoff Publishers. 2001. p. 59.

O caso *HANDYSIDE v. THE UNITED KINGDOM*¹²⁴, é um exemplo de quando o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu pela compreensão de que os Estados estavam mais aptos a aplicar os Direitos garantidos pela Convenção (entre eles: segurança nacional ou segurança pública, a saúde e moral). Vale ressaltar que o citado julgado remonta ao ano de 1976, evidentemente esta compreensão demonstra ter sofrido alterações, não por acaso, o Reino Unido oficialmente retirou-se da União Europeia¹²⁵, conforme decisão de seus cidadãos em referendo realizado em 2016¹²⁶.

O discurso inflamado do líder político britânico Nigel Farage no momento da consolidação da saída do Reino Unido da União Europeia ressalta os pontos aqui apresentados. Como representante da maioria do povo britânico (votantes pelo Brexit), aduz que o Reino Unido assinou por um acordo de mercado comum e não para criação de nova bandeira, hino e constituição, numa clara alusão ao fato de que no estabelecimento de acordos entre os Estados, não existe, necessariamente, a intenção de se criar um novo Estado, e que a soberania de cada país deve ser preservada. Vale ressaltar o seguinte trecho do discurso: “What do we want from European Union? If we want trade, friendship, cooperation, reciprocity, we don’t need a European Commission, we don’t need a European Court. We don’t need these institutions and all this power (...) UK loves Europe, we just hate European Union. This Project is undemocratic and gives people power without accountability (...) and we look forward in the future to working with you as a sovereign nation”¹²⁷.

A análise do discurso nos permite concluir que enquanto as instituições europeias, responsáveis por agregar o bloco, preservaram a soberania dos Estados em suas decisões, houve crescimento e maior confiança na instituição. Porém, quando este cenário muda e na prática o que se tem é uma redução da soberania nacional, os próprios cidadãos decidem pela saída do bloco.

¹²⁴ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: << [¹²⁵ PORTUGAL. PORTAL DIPLOMÁTICO. Disponível em: <<](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57499%22]}>> Acesso em: 24 junho 2020.</p></div><div data-bbox=)

¹²⁶ UNITED KINGDOM. Disponível em: <<

¹²⁷ Disponível em: <<

Na persecução de uma sociedade global, tais dados devem ser considerados. Ainda mais na temática da defesa e preservação dos Direitos Fundamentais. Neste caso, lembrar posicionamentos mais antigos, pode ser a garantia de continuidade da União (e não só a Europeia). Permitir que os Estados definam seus ordenamentos, respeitado o núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, pode representar a possibilidade de diálogo entre tais ordenamentos e o efetivo respeito a cada cultura, mas acima destas, o efetivo respeito à dignidade humana.

Neste ponto resta evidente que a preservação do Direito à autodeterminação dos povos corrobora não somente para uma sociedade globalizada e pacífica, mas também para o estabelecimento do transconstitucionalismo, de maneira que não seja o diálogo entre ordenamentos uma imposição internacional, assim estaria a ser ferida a soberania nacional, mas, seja um incentivo para maior amplitude na proteção de Direitos Fundamentais, respeitando-se os elementos formadores de cada Estado, e apresentando-se diferentes pontos de vista e bases jurídicas para melhor persecução dos princípios estruturantes de tais Estados. Compreendendo a possibilidade de intervenção humanitária para casos extremos de verdadeiras violações à dignidade humana, e não para questões internas, que podem e devem ser decididas pelos Tribunais Constitucionais nacionais.

É possível que ocorra uma forte semelhança entre os institutos. E, de fato, ambos caminham em um mesmo sentido. Porém, há que se ter em mente que o conceito e as implicações do Transconstitucionalismo possuem uma maior amplitude quando em comparação ao ‘diálogo judicial global’. Compreende-se também um caráter mais impositivo daquele, enquanto este parte de uma premissa de conversação entre cortes judiciais (relações internacionais das instituições judiciárias – redes formais e informais de debates, troca de saber e experiências). O transconstitucionalismo apresenta uma linha de raciocínio em que está compreendido como uma evolução do Direito Constitucional, um encaminhamento a uma ordem jurídico-constitucional integrada¹²⁸, portanto, não fica restrito às Cortes de Justiça – apesar de ser onde se encontram seus maiores exemplos de

¹²⁸ 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: Almedina, 2017. p. 239.

aplicação prática – procura incutir uma referência na estrutura do estudo e aplicação do Direito Constitucional e influenciar para além dos três poderes, a própria estrutura estatal.

CAPÍTULO III – TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em regra, os Tribunais possuem a função de se pronunciar após a realização de um ato, na verificação de sua constitucionalidade/inconstitucionalidade¹²⁹. Ainda que em uma primeira abordagem pareça que a Administração atua em certa vantagem, pela discricionariedade na prática de determinados atos, é interessante observar que a palavra final fica por conta dos Tribunais Constitucionais, que garantem a adequação da atuação estatal com os princípios e normas da Constituição. Outro ponto importante a ser abordado é a ideia do ‘administrative constitutionalism’, o atuar da Administração Pública sob os comandos dos princípios constitucionais. E aos textos constitucionais cabe definir as premissas que tornam o Estado de Direito, democrático e social.

A Teoria dos Três Poderes é caracterizada pela repartição das competências do Estado, onde cada Poder é responsável por desenvolver sua função principal e também por limitar e contrabalancear os outros Poderes. Devem atuar de forma independente e harmônica, de maneira a priorizar o interesse público e evitar que interesses pessoais sejam o foco das atuações estatais.

No presente estudo, está-se mais atento à função do Poder Judiciário na efetivação e proteção dos Direitos Fundamentais, especialmente quando políticas públicas e alterações legislativas (a atuação dos demais Poderes) possam ferir tais Direitos. Evidentemente, como já abordado, a sociedade encontra-se em efetiva ligação global, e a interferência de outros ordenamentos e princípios ‘*ius cogens*’ são constantes nas decisões dos Tribunais, sejam eles nacionais/transnacionais ou internacionais. Ressalte-se, portanto, a importância dos Tribunais Constitucionais dos Estados na preservação dos Direitos Fundamentais/Humanos em seu território e o atuar internacional e sua influência.

¹²⁹ 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: Almedina, 2017. p. 126.

A existência de uma Constituição e a sua posição, conforme a teoria de Kelsen, devem ter por consequência um sistema de proteção. A Justiça Constitucional é considerada um mecanismo desta proteção, nas palavras da Professora Doutora Ana Raquel Moniz: “como a realização da Constituição pelos tribunais, enquanto mobilizam as normas constitucionais para a resolução de questões jurídico-constitucionais.”¹³⁰.

Evidente que a utilização desta proteção deve estar condicionada a situação que, realmente, interfira nos princípios e regras constitucionais, que seja relevante o suficiente para exigir o uso de tal mecanismo. Racionalidade jurídica e necessidade política são palavras-chave neste processo, conforme Cappelletti, o controle realizado pela Justiça Constitucional contribui para sobrevivência da liberdade nas sociedades modernas¹³¹.

É possível citar os exemplos alemão, austríaco, espanhol e suíço, ordenamentos onde há a previsão de uma ação específica para proteção dos Direitos Fundamentais. Porém, na grande maioria dos ordenamentos jurídicos, esta proteção acontece através do controle da constitucionalidade, assim como em Portugal. Seja este controle concreto, abstrato ou até mesmo pela omissão do Poder Público, seu objetivo principal é garantir a constitucionalidade do ordenamento e o respeito aos Direitos Fundamentais¹³².

3.1 – A soberania nacional e a influência de Cortes Internacionais.

Neste ponto faz-se uma análise da relação entre a ordem internacional e a ordem estatal no caso do Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é resultado da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Os países signatários da Convenção, submetem-se às decisões da Corte.

¹³⁰ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Os Direitos Fundamentais e a sua Circunstância: Crise e Vinculação Axiológica entre o Estado, a Sociedade e a Comunidade Global*. Almedina. Coimbra. 2017. p. 141.

¹³¹ CAPPELLETTI Apud 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: Almedina, 2017. p. 143.

¹³² NABAIS, José Cassalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora. 2007. p. 10-11.

Vale trazer um interessante caso em que houve perfeito diálogo entre a determinação da Corte e a interpretação do Supremo Tribunal Federal (Tribunal Constitucional do Brasil), onde é possível observar que a orientação internacional foi seguida, sem ofender a soberania nacional.

A Constituição brasileira prevê que tratados sobre direitos humanos, que forem aprovados com o quórum necessário para emenda constitucional, ganham força de norma constitucional. Porém, quando carecer de tal aprovação, terão força de norma supralegal (acima das leis comuns, porém, inferiores à Constituição), conforme julgado de 2008¹³³.

No caso específico, o Pacto San José da Costa Rica previa a proibição de prisão civil para depositário infiel, o que a Constituição brasileira previa como possibilidade. A decisão fundamentou-se na interpretação de que a Constituição brasileira previa a prisão, permitindo liberdade aos legisladores para estabelecê-la ou não. E uma vez que o Brasil assinou o tratado de San José, este passa a ter caráter de norma infraconstitucional que limita a possibilidade de prisão civil, excluindo a do depositário infiel. De maneira que, sem ferir a Constituição e a soberania do Brasil, o respectivo tribunal constitucional decidiu por colocar em prática determinação internacional que ampliava Direito Fundamental à liberdade.

Em Portugal, é possível observar uma europeização da soberania, tendo em vista a aderência à União Europeia, ainda que tenha sido de natureza voluntária, ocasiona um vínculo com o Direito da União Europeia e suas respectivas alterações, sem uma manifestação de anuência específica e, por fim, exige que o Estado esteja proibido de atuar contrariamente às determinações da União Europeia.

A incumbência de garantir ainda alguma soberania constitucional a Portugal fica com o Poder Judiciário, que pode se valer da cláusula de salvaguarda de soberania, e exercer o controle quanto ao Direito da União Europeia quando o houverem de aplicar, ressaltando que a garantia de soberania nacional é o cerne da Constituição de 1976¹³⁴.

¹³³ BRASIL. STF. RE 466.343/SP. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 19 março 2020.

¹³⁴ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional português I – Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 137.

3.2 – A Justiça Constitucional e a proteção dos Direitos Fundamentais.

Por todo o exposto, é notória a ligação entre a Constituição e os Direitos Fundamentais, entendendo-os como organismos que se coadunam, que se entrelaçam e condicionam a existência de um Estado Democrático de Direito. Este existe através de seus princípios estruturantes, materializados na letra da Constituição, que deve respeitar, proteger e promover os Direitos Fundamentais.

Conseqüentemente, a concepção de uma Justiça Constitucional estará por efetivar a proteção dos Direitos Fundamentais, quando por algum ato/lei/fato, o complexo de princípios e regras constitucionais seja ferido. No referido acoplamento estrutural entre direito e política, os Tribunais Constitucionais têm papel fundamental, de maneira a fiscalizar a legitimidade no atuar de ambos os lados e serve para a realização da racionalidade transversal nos casos constitucionais¹³⁵. Assim como realizam a justiça constitucional através das respectivas normas e resolvem as questões jurídico-constitucionais. E esta análise não se encontra restrita à letra da lei, e sim, se preocupa com princípios constitucionais, especialmente na temática dos Direitos Fundamentais¹³⁶.

Ademais, é possível afirmar que a Justiça Constitucional tem ainda a função de entranhar os Direitos Fundamentais na vida jurídica cotidiana, de maneira que qualquer violação a Direito Fundamental possa ser encaminhada ao Tribunal competente, ainda que não haja uma ação diretamente ao Tribunal Constitucional, é importante que este acesso seja permitido, tanto em casos de violação por parte do Estado, quanto em relação a particulares.

O princípio da unidade do sistema jurídico tem importante papel em justificar a atuação de interpretação das normas de acordo com os princípios estruturantes do Estado de Direito, em resumo ‘princípio da dignidade humana’, e a aplicação das leis infraconstitucionais de acordo com os Direitos Humanos. Não somente em uma visão subjetivista, mas também no sentido de compreender a função objetiva da

¹³⁵ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 77.

¹³⁶ 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: Almedina, 2017. p. 142.

multifuncionalidade interpretativa dos Direitos Fundamentais e toda a identidade axiológica da Constituição. O princípio da efetividade visa proteger o cumprimento, de fato, destes Direitos Fundamentais, exige soluções que protejam os fundamentos além das normas, prevalência do bem jurídico superior e a garantia do núcleo essencial do Direito.

Para além dos princípios citados, o atuar jurisdicional deve estar atento a pilares como: ‘interpretação conforme’; ‘proporcionalidade’; ‘concordância prática’. Quanto à ‘interpretação conforme’ fica-se atento à sua dimensão de interpretação conforme os direitos fundamentais, em que o intérprete se encontra atrelado à interpretação que confira maior efetividade a tais direitos. E pode ser utilizada, inclusive, em normas que não digam respeito diretamente a direitos fundamentais, mas que sobre eles exerçam influência indireta.

A proporcionalidade define limites para a aplicação prática dos direitos e princípios consagrados, sopesando os benefícios e os custos envolvidos, sempre na tentativa de garantir a máxima proteção possível. Ressaltando-se as medidas que por si só destoam completamente da estrutura do Estado de Direito e por tal, não podem sequer ser objeto de ponderação pela proporcionalidade.

O princípio da concordância prática é mais utilizado quando o conflito ocorre entre duas temáticas constitucionais. E neste caso, o ponto ideal é garantir o máximo de preservação de todos os Direitos Fundamentais envolvidos, de maneira que nenhum seja sacrificado completamente. E aqui, vale trazer o encontro do ordenamento jurídico ocidental com as culturas nativas, obviamente que instruir para a cessação de hábitos que ferem Direitos Fundamentais não irá corromper o Direito à cultura, pode ainda garantir a preservação da comunidade.

De maneira que, a interpretação dos tribunais deve priorizar o sentido que traga efetividade às normas de proteção aos Direitos Fundamentais, cuidando de observar as possíveis consequências das decisões, sem, contudo, permitir que fatores extrajurídicos exerçam influência indevida. Inclusive, devendo haver especial atenção quando da violação dos Direitos Fundamentais em relações privadas.

Neste ponto, vale considerar a indisponibilidade dos Direitos Fundamentais, que devem ser protegidos até mesmo em casos nos quais o próprio indivíduo decida por negociá-los, de onde derivam jurisprudências que protegem a dignidade humana como valor objetivo

do ordenamento jurídico¹³⁷. Confere-se a determinados Direitos Fundamentais a representatividade da dignidade humana, não podendo o cidadão deles dispor livremente, como forma de preservar princípios basilares do ordenamento jurídico.

A definição de quais sejam estes núcleos essenciais tende a ser discutida, tendo em vista existir grande pluralidade axiológica em uma sociedade multicêntrica, porém, há que se entender que a compreensão de diferentes interpretações, não permite o relativismo de valores básicos e essenciais à vida e dignidade humana. O enfoque neste ponto pode parecer exaustivo, mas é decisivo em questões político-jurídicas essenciais. Pois, diferenças culturais devem ser consideradas em questões em que o diálogo constitucional seja aplicável, e, quando estiver em voga direito fundamental básico (vida, dignidade, liberdade), a própria evolução da compreensão humana não pode ser desprezada e caracterizada como ‘imperialismo dos direitos humanos’, e sim, como o instinto de preservação da espécie traduzido em ordenamento jurídico protetivo e garantidor de direitos arduamente conquistados. De outra maneira, estar-se-ia diante de um ‘imperialismo de desrespeito aos direitos fundamentais/humanos’, o que, diante de fatos históricos inquestionáveis, resta demonstrado não ser defensável ou adequado.

E mais uma vez, é interessante notar que neste cenário global interligado, existem diversas fontes de proteção a esses direitos, diversas formas de tutela jurisdicional. Defende-se a interligação dos diferentes tribunais e ordenamentos jurídicos para resolução de problemas comuns. Mas, vale a reflexão acerca do momento geopolítico atual. Uma pandemia assola todos os continentes do globo e as decisões políticas consistem em ‘isolamento social’ e ‘fechamento de fronteiras’. De maneira que estudos, procedimentos médicos, até mesmo alguns profissionais são compartilhados entre as nações, a troca de informação acerca de métodos para resolver esse problema comum é instantânea, o exemplo e modo de ação dos primeiros países contaminados serve para decisões e medidas a serem adotadas para outros países, porém, a unidade nacional se torna mais forte.

¹³⁷ FRANCE. ARRÊT DU 27 OCTOBRE 1995, COMMUNE DE MORSANG-SUR-ORGE (ARRÊT DIT DU LANCER DE NAIN). Disponível em: <<<https://mafr.fr/en/article/conseil-detat-15/>>> Acesso em: 17 março 2020.

Com este exemplo trágico, pode-se obter o comportamento para o ideal funcionamento do transconstitucionalismo. Uma troca de conhecimentos, de decisões e medidas tomadas nos diferentes países, o diálogo entre as atuações dos profissionais envolvidos, a mútua cooperação das nações que dispõem de maiores possibilidades (estruturais e científicas), a finalidade comum de preservar a vida humana e sua dignidade como ponto de encontro de medidas públicas internacionais, porém, que foram tomadas internamente, cada nação em acordo com as outras, respeitando reciprocamente às respectivas soberanias.

É necessário, pois, haver um equilíbrio entre as determinações internacionais e a efetiva aplicação em territórios nacionais. Os tribunais são vistos como protagonistas neste contexto global, integram diferentes ordens jurídicas (sejam eles nacionais, supranacionais ou internacionais) permitindo o desenvolvimento de um sistema de princípios comuns, especialmente no caso dos Direitos Fundamentais¹³⁸.

A ideia de um *global judicial review* ganha força ao revelar a necessidade de se estabelecer uma base comum que conjugue a proteção oferecida pelo direito transnacional, pelas constituições e pelos tribunais constitucionais dos Estados. O objetivo é garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais e não a sobreposição de uma instância sobre outra.

3.3- Reflexões acerca de julgamentos transconstitucionais

A compreensão do transconstitucionalismo quando da atuação dos tribunais Constitucionais é a de um efetivo diálogo entre ordenamentos, nunca de uma imposição. Buscar argumentos e fundamentos em outras cortes de justiça, sejam elas nacionais ou internacionais, demonstra uma enorme evolução jurídica e deve haver verdadeiro incentivo a tal, seja para considerar tais decisões como referência ou mesmo como razão de decidir, o ponto crucial nesta prática fica em relação a ampliação da tutela ao Direito Fundamental.

¹³⁸ 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: Almedina, 2017. p. 233.

Quando, por exemplo, o Tribunal Constitucional da África do Sul utiliza-se da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, para de acordo com a nova Constituição sul-africana, declarar a inconstitucionalidade da pena de morte. Assim como, quando o Tribunal Constitucional da Jamaica comuta pena de morte em prisão perpétua, também baseando-se em decisão do TEDH, resta demonstrado a importância que os tribunais constitucionais desempenham tanto na questão do desenvolvimento do transconstitucionalismo, quanto principalmente na evolução da proteção dos Direitos Fundamentais¹³⁹.

É possível, portanto, observar que o diálogo multinível é uma ferramenta da sociedade atual para intensificar a proteção e a compreensão acerca dos Direitos Fundamentais. Na era das influências, cumpre definir que ao ser influenciado positivamente por outro ordenamento, é possível ampliar as proteções dispensadas pelo Estado, sem ferir sua soberania.

Um caso ainda mais profundo de desenvolvimento do transconstitucionalismo é o julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do Direito à propriedade de comunidade indígena: *Yake Axa vs. Paraguai*¹⁴⁰. A Corte Interamericana de Direitos

¹³⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009. p. 262.

¹⁴⁰ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: << <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/357a11f7d371f11c8a840b78dde6d3e7.pdf> >> Acesso em: 20 março 2020. “Considerando que o presente caso trata dos direitos dos membros de uma comunidade indígena, a Corte considera oportuno recordar que, de acordo com os artigos 24 (Igualdade perante a Lei) e 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) da Convenção Americana, os Estados devem garantir, em condições de igualdade, o pleno exercício e gozo dos direitos destas pessoas que estão sujeitas à sua jurisdição. Entretanto, há de se ressaltar que para garantir efetivamente estes direitos, ao interpretar e aplicar sua normativa interna, os Estados devem levar em consideração as características próprias que diferenciam os membros dos povos indígenas da população em geral e que conformam sua identidade cultural. O mesmo raciocínio deve aplicar a Corte, como, com efeito, fará no presente caso, para apreciar o alcance e o conteúdo dos artigos da Convenção Americana, cuja violação a Comissão e os representantes imputam ao Estado. (...) A Comissão e os representantes alegam, como ponto fundamental, a ineficácia dos procedimentos estabelecidos na legislação do Paraguai para responder às reclamações de território ancestral e fazer efetivo o direito de propriedade dos membros da Comunidade indígena Yake Axa, apesar das múltiplas gestões por ela iniciadas a partir do ano de 1993. Os representantes acrescentam que os recursos interpostos a fim de assegurar a subsistência diária das supostas vítimas, através de seus métodos tradicionais de caça, pesca e coleta, foram ineficazes. Por sua vez, o Estado indica, basicamente, que cumpriu suas obrigações constitucionais e legais para garantir e facilitar aos membros da Comunidade o acesso aos mecanismos administrativos no processo de reivindicação de seu direito à propriedade comunitária da terra, mas suas instituições administrativas encontraram dificuldades para responder efetivamente ao reclamo dos membros da Comunidade indígena devido à complexidade do caso. (...) Esta norma internacional, em consonância com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana, obriga o Estado a oferecer um recurso eficaz, com as garantias do devido processo, aos membros das comunidades indígenas que lhes permita realizar as reivindicações de terras ancestrais, como garantia de seu direito à propriedade comunal.

Humanos decidiu pela ineficácia das medidas adotadas pelo Estado do Paraguai, em que não proporcionou meio adequado para o exercício do Direito à propriedade da comunidade indígena, e também, não supriu meios necessários para o razoável andamento processual administrativo. Considerou a definição de propriedade de acordo com a cultura e ordenamento da comunidade nativa e impôs condenação ao Paraguai.

Este caso é emblemático tendo em vista que demonstrou vastos exemplos de questões culturais internas (procedimentos e celebrações da comunidade), assim como demonstrou haver uma ordem hierárquica, de certa forma política, para convivência da comunidade, demonstrou o compromisso que a própria Constituição paraguaia assume em garantir meios para o exercício dos direitos fundamentais pelos membros da comunidade nativa e, merece maior destaque a maneira como realizou o acoplamento entre o conceito de propriedade da comunidade e o conceito atribuído pelo ordenamento jurídico paraguaio e estabeleceu decisão que efetivasse direitos fundamentais, sem ferir direitos fundamentais vitais.

Resta evidente a possibilidade de se estabelecer diálogo e aprendizagem mútua, sem sacrifícios de Direitos inegociáveis, evidencia ainda que tais comunidades possuem uma cultura demasiadamente rica para ser considerada morta, tão somente pela implementação da proteção à vida e à dignidade humana.

3.4 – Globalização do Direito Constitucional e a identidade cultural

As discussões quanto à interpretação acerca do momento histórico em que inserida a evolução do Direito Constitucional, e as respectivas nomenclaturas que buscam definir e limitar alcance e compreensão, intentam estabelecer conceitos que melhor possam traduzir as intenções dos juristas, legisladores e até mesmo constituintes dos Estados, buscam, assim também, garantir a preservação dos avanços já alcançados, reforçar as proteções e promover novos meios jurídicos para alcançar maior liberdade individual e conseqüentemente maior significação jurídica à dignidade da pessoa humana. Em todo este contexto abordado no presente estudo, resta ainda estabelecer espaço para uma delimitação quanto à resistência da

identidade cultural de cada nação e a preservação do respectivo Direito Constitucional em um espaço amplo de globalização.

Compreender a existência de uma ciência jurídica que comporta a formação do Direito Constitucional, em que se parte do desenvolvimento da lei e de um Estado agora limitado pela sua própria constituição, que para além de definir regras básicas, define também toda a estrutura do Estado, assim como, seus princípios fundamentais e estruturantes. A esta compreensão está atrelada a definição do Constitucionalismo, ao mesmo tempo em que limita o atuar estatal, estabelece normas básicas para o prosseguimento e desenvolvimento do Estado. A partir de onde se segue para a nomenclatura de Direito Constitucional para o campo de estudo relativo às teorias das Constituições, para abordagem jurídico-social em cada época e a respectiva evolução desta área específica de estudo.

Corrobora-se ainda a ideia de que pode haver certa dúvida acerca da representação do estudo do Direito Constitucional comparado e a ideia de um Direito Constitucional globalizado. Ora, se é possível perceber a influência social no desenvolver das ciências jurídicas, é fato que o Direito Constitucional recebe contribuições da realidade social globalizada em que inserido neste estágio de evolução, não à toa que o presente estudo busca compreender a melhor maneira de encarar a sincronia entre esta sociedade global – que busca uma coexistência cada vez mais homogênea, todavia, não alcançada – e a identidade cultural de cada Estado/Nação na compreensão destes processos. Compreende-se, portanto, haver já há muito, um estudo que relaciona as diferentes compreensões jurídicas de diferentes ordenamentos, e assim, pode-se encarar o estudo comparado do Direito como o próprio título refere, um estudo mais teórico voltado a comparar o Direito Constitucional neste e naquele Estado, suas especificidades e definições, conceitos e maneira de estabelecer as respectivas constituições, para melhor compreensão desta ciência.

Assim que não é possível confundir o estudo comparado do Direito, com seu caráter mais teórico, com a possibilidade de um Direito Constitucional globalizado, desenvolvido em teorias como a do transconstitucionalismo, que pode até mesmo ser compreendida como a representação prática de um estudo comparativo, como se a compreensão do direito Constitucional comparado, este teórico e de caráter mais elucidativo, atravessasse um mar

de globalização e alcançasse uma aplicação prática, caracterizada pela interligação de ordenamentos, de diálogos judiciais nos mais diversos âmbitos e segmentos, em uma compreensão mútua prática e a tentativa de estabelecer proteções maiores e mais abrangentes em um território mundial, não mais preso às fronteiras nacionais.

E então, é possível que se questione acerca da incolumidade da força nacional e da soberania de cada Estado. Estaria em jogo, portanto, uma certa concessão de soberania em troca de uma maior efetividade de proteção a Direitos Fundamentais, e neste ponto, ainda que exista um reconhecimento acerca da necessária evolução e do necessário diálogo entre os ordenamentos, em que de fato não exista uma imposição, mas, um verdadeiro diálogo em prol de uma maior liberdade e maior defesa de direitos, há que se considerar que, ainda em um contexto social globalizado, a soberania e as definições dos Estado se fazem necessárias. Seja por questões de identidade cultural ou unidade nacional, existe ainda – não se podendo especificar por quanto mais tempo – uma necessidade de estar atrelado à estrutura estatal, a estar relacionado ao ordenamento jurídico nacional, não à toa que países como Alemanha e Estados Unidos persistem em resistir a uma maior influência internacional em seus ordenamentos jurídicos.

Estabelecer apenas duas vertentes como as teorias particularistas – que defendem um maior conservadorismo e limitação intraestatal – e as teorias universalistas - que defendem uma completa integração entre os países, sem limites territoriais, e um princípio de autodeterminação coletiva – é demasiadamente simplório, a interligação de ordenamentos não pode ser completamente restrita, muito menos completamente aberta. Limites são necessários, e por mais lugar comum que possa parecer, é necessário construir um caminho de equilíbrio entre as vertentes, de outra forma, os sistemas podem sucumbir diante das mudanças sociais que os acompanham.

Vislumbrar uma democracia cosmopolita, enquanto ocorrem debates acerca da possibilidade de implementação de um governo global, não pode se tornar uma utopia, em que todas as diferenças culturais e até mesmo questões jurídicas dos diferentes ordenamentos desaparecem em prol do bem comum e da defesa dos direitos humanos. A maneira adequada para implementar uma ampla proteção aos direitos fundamentais é respeitar as soberanias

estatais, e a partir de então, desenvolver os mecanismos necessários para interação e aprendizado recíproco.

De maneira que se compreende haver, e em muitos casos ser valorizada, a perspectiva da identidade nacional, e tal fato não impede a conversação com outras identidades, aliás, é possível defender que este seja o caminho mais indicado na evolução do Direito Constitucional. Um maior respeito à soberania nacional, pode acarretar em menor resistência para diálogos globalizados do Direito. E, conseqüentemente, a segurança proporcionada por esse respeito à “individualidade” de cada Estado irá contribuir para uma maior apreciação além das respectivas fronteiras e uma maior absorção de novas interpretações e compreensões, sem que seja necessário sacrificar a identidade cultural daqueles que intentam ampliar a promoção e proteção dos Direitos Fundamentais.

CONCLUSÃO

Em diversos cenários e contextos sociais e políticos, encontra-se presente a necessidade de acompanhamento e atualização do Direito. Na figura de ‘ponte de transição’ o Direito é capaz de proteger princípios fundamentais e estruturar o Estado politicamente. De maneira a garantir a organização social e o desenvolvimento das relações e atividades.

No presente estudo foi possível vislumbrar a importância do Direito Constitucional como o precursor da defesa dos Direitos Fundamentais e Humanos e a extensão desta compreensão para além da relação Estado-cidadão, alcançando também as relações privadas. E no desenrolar de relações em uma sociedade multicêntrica, na interligação de ordenamentos jurídicos para solução de questões constitucionais comuns, surge a teoria do transconstitucionalismo.

Compreendido como uma evolução do Direito Constitucional, o transconstitucionalismo nasce de um contexto global amplamente conectado, em que, regularmente, questões constitucionais atravessam a realidade de diferentes ordenamentos e desafiam aos operadores do Direito a encontrar soluções que melhor protejam os Direitos envolvidos, e através da ponderação, busca equilibrar os valores e princípios de diferentes vertentes sociais, assim como, as constituições nacionais, em tempos nos quais a defesa da soberania nacional é vista como contrária ao discurso mais correto.

No presente estudo, defende-se que somente com a proteção da soberania nacional e da Constituição de cada Estado, será possível estabelecer um verdadeiro diálogo constitucional. Pela experiência prática, é possível observar que uma vez respeitado o Direito à autodeterminação dos povos, o que significa dizer que em contexto onde o território, soberania, cultura e povo de um Estado estejam protegidos pela evolução da preservação dos Direitos Fundamentais, haverá maior espaço e confiança para buscar e considerar as influências externas.

O ponto principal para a efetividade e realização do transconstitucionalismo consiste em garantir que não haverá retrocesso em temáticas sensíveis, o excessivo relativismo deve cessar quando se trate da vida e da dignidade humana. Apresentadas as diferentes formas de

consolidação do transconstitucionalismo, foram feitas análises sob a perspectiva da tutela estatal sobre os Direitos Fundamentais/Humanos, abordados os contextos sociais e políticos da atualidade, assim como, apresentada alguma jurisprudência exemplificativa do ponto de vista defendido. Faz-se uma crítica à abordagem de Marcelo Neves acerca do diálogo constitucional com as ordens nativas, onde existem semelhança em algumas práticas indígenas e princípios defendidos pelo nazismo (que era uma ordem ocidental, porém, que violou gravemente os direitos humanos), em uma alusão ao fato de que não importa ser uma questão cultural ou de ordenamento jurídico, o desrespeito aos direitos humanos não deve prevalecer, e entende-se que tais pontos tenham sido tratados com eufemismo pelo autor.

Existe a importância de um diálogo estrutural no âmbito do Direito Constitucional em um contexto global, é de se ressaltar os tipos e as implicações da teoria do transconstitucionalismo, e também necessário tecer críticas. Compreendendo que o transconstitucionalismo ao mesmo tempo em que procura ampliar a proteção dos direitos fundamentais, ampliando os direitos inseridos nesta categoria, pode também ampliar demasiadamente o relativismo quanto a esses e abrir espaço para violações. Defende-se a evolução do Direito Constitucional, resguardadas a proteção de valores e núcleos essenciais de Direitos que são caros à humanidade. Defende-se a interligação e mútua cooperação de ordenamentos jurídicos, porém, antes de tudo, defende-se a vida e a dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

- AKEHURST, Michael Burton. *Introducción al derecho internacional*, versión española y notas de Manuel Medina Ortega, 2ª ed., Madrid: Alianza Editorial, 1994;

- ARLETTAZ, Fernando, “Las sentencias Lautsi en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, REDUR - REDUR. *Revista electrónica de derecho Universidad de La Rioja* 10 (2012), 27-44 10, Logroño: 2012 Disponível em: file:///C:/Users/escar/Downloads/Dialnet-LasSentenciasLautsiEnElContextoDeLaJurisprudenciaD-4104505.pdf;

- ARY, Thalita Carneiro. “As perspectivas contemporâneas acerca do princípio da autodeterminação dos povos.” *Revista Jurídica da Uni7*. Disponível em: << <https://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/231> >> Acesso em: 01 fevereiro 2020;

- BENTO, Milan M. *Positivismo Jurídico e Neoconstitucionalismo. Postulados e Diferenças*. Florianópolis/Brasil: Empório do Direito, 2015;

- BURKE, Abbey. “Is the Whole Point of Human Rights Their Universal Character? A, B & C v Ireland and SAS v France” *The London School of Economics and Political Science*, 3. London: 2018. p. 49. Disponível em: << http://eprints.lse.ac.uk/88099/1/Burke_2018.pdf >> Acesso em: 06 julho 2020.

- CANOTILHO, J.J. Gomes - *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2010;

- CAPPELLETTI Apud 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: Almedina, 2017;

- DELGADO, Mauricio Godinho – “Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho.” *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 2 (2007);

- ESKRIDGE JUNIOR, William. “United States: Lawrence v. Texas and the imperative of comparative constitutionalism”. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 2, 3, 2004, pp. 555–560. Disponível em: << <https://academic.oup.com/icon/article/2/3/555/789244> >> Acesso em: 07 julho 2020.

- FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Brasil: Tradução por Livraria do Advogado Editora, 2011;

- GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juricidade – Fundamentos e Condições de Possibilidade da Projeção Jurídica de uma (Re)Construção Normativamente Substancial da Exigência de Tolerância*. Coimbra. 2012;

- GRIMM, Dieter - *Constitutionalism: Past, present, future*. United Kingdom: Oxford University Press, 2016;

- GUTIÉRREZ DEL MORAL, María Jesús; CAÑIVANO SALVADOR, Miguel Ángel. *El Estado Frente a la Libertad de religión: Jurisprudencia Constitucional Española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Barcelona: Atelier, 2003;

- JELLINEK, Georg - *Teoría general del Estado*. Tradução de Fernando de los Rios. México: Fundo de Cultura Económica, 2000;

- JERÓNIMO, Patrícia. “Símbolos e símbolos – o véu islâmico e o crucifixo na jurisprudência recente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.” *Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*. Tomo LIX. Nº 321. Braga. Janeiro/Março 2010;

- JOERGES, Christian; SAND, Ingher-Johanne; TEUBNER, Gunther. *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oregon: Oxford and Portland, 2004;

- LAW, David S. “*GLOBALIZATION AND THE FUTURE OF CONSTITUTIONAL RIGHTS*” 2008. Disponível em: <<
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=975914 >> Acesso em: 11 fevereiro 2020;

- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. – São Paulo/Brasil: Saraiva Educação, 2018;

- LUHMANN Apud NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009;

- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008;

- MIRANDA, Jorge - *Manual de direito constitucional*. Vol. 4. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012;

- MOLTCHANOVA, Anna. *National Self-determination and Justice in Multinational States*. Minnesota: Springer, 2011;

- 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: Almedina, 2017;

- MORAIS, Carlos Blanco de - *Curso de Direito Constitucional – Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014;

- NABAIS, José Casalta - *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007;

- NAÇÕES UNIDAS. *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples Adopted by General Assembly resolution 1514 (XV) of 14 December 1960*. Disponível em: << <http://www.un.org/en/decolonization/declaration.shtml> >> Acesso em: 11 fevereiro 2019;

- NAÇÕES UNIDAS. *PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS*. 1966. Disponível em: << http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_civis_e_politicos.pdf >> Acesso em: 11 fevereiro 2019. *PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS*. Disponível em: << http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_economicos.pdf >> Acesso em: 11 fevereiro 2019;

- NEVES, Marcelo - *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009;

- NOVAIS, Jorge Reis - *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019;
- OTERO, Paulo. *Direito Constitucional português I – Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010;
- PERU. *CONSTITUICION POLITICA DEL PERU DE 1993*. Disponível em: < https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion_1993.pdf > Acesso em: 02 março 2020;
- PORTUGAL. PORTAL DIPLOMÁTICO. Disponível em: << <https://www.portaldiplomatico.mne.gov.pt/politica-externa/brexit> >> Acesso em: 02 fevereiro 2020.
- RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Encontros e desencontros entre a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a Jurisprudência Nacional*. Ano: 148º Nº: 4014. Janeiro e Fevereiro de 2019;
- ROBSHAW, Brandon. “Should a Liberal State Ban the Burqa?” *PhD thesis The Open University*. Disponível em: << <https://core.ac.uk/reader/237022545> >> Acesso em: 06 julho 2020;
- RONIS, Jenny Elayne. “*The Minaret as Political Missile: Infringement of Minority Religious Rights after the Swiss Prohibition of Minarets on Mosques*”. 2010. Disponível em: << https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1617675 >> Acesso em: 06 julho 2020;

- RUÍZ VIEYTEZA, Eduardo J. “Democracia directa y religión: Problemas derivados de la decisión suiza de prohibir los minaretes”. *Revista de Derecho Político*. N.º 87, mayo-agosto 2013, págs. 253-288. Disponível em: << <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/12773/11902> >> Acesso em: 07 julho 2020.

- SANCHÍS, Luís Prieto - *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003;

- SASTRE ARIZA, Santiago. *La ciencia jurídica ante el constitucionalismo*. In: *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2003;

- SLAUGHTER, Anne-Marie Apud in. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2009;

- SLAUGHTER, ANNE-MARIE. *International Law and international relations*. London. Martinus Nihhoff Publishers. 2001;

- SOUTH AFRICA. *The Constitution of the Republic of South Africa (1996)*. Disponível em: < <https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/SACConstitution-web-eng.pdf> > Acesso em: 29 fevereiro 2020;

- TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragmentes – Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press. 2012;

- TEUBNER, Gunther - *O Direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Edição Fundação Calouste Gulbenkian, 1989;

- TUSHNET, Mark. *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*. Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper No. 09-06. 2008. Disponível em: << https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766 >> Acesso em: 13 maio 2020.

- VEIGA, Paula. “*Entre véus e minaretes – um (possível) diálogo multicultural*” – Boletim de Ciências Económicas. Vol. LVII. Tomo III. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2014;

- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos - *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2012;

- UNITED KINGDOM. Disponível em: << <https://www.gov.uk/government/topical-events/eu-referendum> >> Acesso em: 02 fevereiro 2020;

- UNITED NATIONS – *HUMAN RIGHTS COUNCIL*. Disponível em: << <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/CurrentMembers.aspx> >> Acesso em: 08 fevereiro 2020.

JURISPRUDÊNCIA

- BRASIL. *CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA*. Disponível em: <<
<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/357a11f7d371f11c840b78dde6d3e7.pdf> >> Acesso em: 20 março 2020;

- CANADA. *Havard College v. Canada (Commissioner of Patents) n° 28155*, julg. 05/12/2002 [2002]. Disponível em: < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2019/index.do> > Acesso em: 29 fevereiro 2020;

- FRANCE. ARRÊT DU 27 OCTOBRE 1995, *COMMUNE DE MORSANG-SUR-ORGE (ARRÊT DIT DU LANCER DE NAIN)*. Disponível em: <<<https://mafr.fr/en/article/conseil-detat-15/>>> Acesso em: 17 março 2020;

- FRANCE. *CONSEIL CONSTITUTIONNEL, DÉCISION N° 2006-540 DC*, de 27/07/2006. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540DC.htm> > Acesso em: 29 fevereiro 2020;

- TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *CASE OF LAUTSI AND OTHERS v. ITALY*. Disponível em: <<
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22lautsi%22\],%22display%22:\[2\],%22tabview%22:\[%22document%22\],%22languageisocode%22:\[%22ENG%22\],%22itemid%22:\[%22001-104040%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22lautsi%22],%22display%22:[2],%22tabview%22:[%22document%22],%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22itemid%22:[%22001-104040%22]}) >> Acesso em: 30 janeiro 2019.

- TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *CASE OF S.A.S. vs. FRANCE*. Disponível em: <<
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22SAS%20FRANCE%22\],%22display](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22SAS%20FRANCE%22],%22display)

%22:[2],%22tabview%22:[%22document%22],%22languageisocode%22:[%22ENG%22],
%22itemid%22:[%22001-145466%22]}>> Acesso em: 30 janeiro 2019.

- TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *CASE OF GRA STIFTUNG GEGEN RASSISMUS UND ANTISEMITISMUS v. SWITZERLAND*. Disponível em: <<
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-179882%22%5D%7D>>> Acesso em: 30
janeiro 2019;

- TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <<
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57499%22%5D%7D>>> Acesso em: 24
junho 2020;

- UNITED STATES OF AMERICA. *Diamond, Commissioner of Patents and Trademarks v. Chakrabarty*. Disponível em: <
<http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep447/usrep447303/usrep447303.pdf>> Acesso em: 29
fevereiro 2020;

- UNITED STATES. U.S. SUPREME COURT. *Lawrence vs. Texas*. Disponível em:
<<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.pdf>>> Acesso em: 24 março
2020;

