

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A interação entre os espaços constitucionais nacionais e internacionais e seus impactos no sistema de fontes do direito: as lições da proteção cooperativa de direitos humanos e o caso da integração europeia

The interaction between national and international constitutional spaces and their impacts on the system of sources of law: the learning from the cooperative protection of human rights and the case of European integration

Diego Fernandes Guimarães

VOLUME 18 • N. 3 • 2021

INTERNATIONAL LAW AND DEGLOBALIZATION

Sumário

DOSSIÉ.....	14
EDITORIAL: INTERNATIONAL LAW AND DE-GLOBALIZATION	16
Ivette Esis, Jaime Tijmes e Juan Enrique Serrano	
EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA: ¿DE LA LIMITACIÓN A LA DES- GLOBALIZACIÓN?	19
Ivette Esis Villarroel e Yoselyn Bermúdez Abreu	
DESGLOBALIZAÇÃO, BREXIT E OS NOVOS ACORDOS ENTRE REINO UNIDO E UNIÃO EUROPEIA .	34
Angela Limongi Alvarenga Alves e Daniel Freire e Almeida	
FISCALIDAD Y DESGLOBALIZACIÓN EN UN MUNDO CRECIENTEMENTE UNILATERAL	53
Julio César Muñoz Pérez	
COVID, COVAX E O REFLUXO DA GOVERNANÇA GLOBAL	70
Salem Hikmat Nasser e Luiza Nogueira Papy	
THE INTERNATIONAL MONETARY FUND AND COVID-19: OLD AND NEW CHALLENGES OF A POST-WORLD WAR II INTERNATIONAL INSTITUTION	89
Virdzhiniya Petrova Georgieva	
ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS	110
RULE OF LAW IN THE INTERNATIONAL ARENA: THE IMPORTANCE OF PRACTICES OF LEGALITY .	112
Angela Jank Calixto	
THE WITHDRAWAL OF MEMBER-STATES FROM HUMAN RIGHTS COURTS: IS THE JUDICIALIZATION OF MEGA-POLITICS A NECESSARY CONDITION?.....	132
Mikelli Marzzini Lucas Alves Ribeiro e Ernani Rodrigues de Carvalho Neto	

PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E MUDANÇA CLIMÁTICA: UMA ANÁLISE DO ACORDO DE PARIS E DAS CONFERÊNCIAS DAS PARTES.....	150
Jamille Bergamaschine Mata Diz e Carolina Mendonça de Siqueira	
A INTERAÇÃO ENTRE OS ESPAÇOS CONSTITUCIONAIS NACIONAIS E INTERNACIONAIS E SEUS IMPACTOS NO SISTEMA DE FONTES DO DIREITO: AS LIÇÕES DA PROTEÇÃO COOPERATIVA DE DIREITOS HUMANOS E O CASO DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA	173
Diego Fernandes Guimarães	
WTO'S ENGAGEMENT WITH NATIONAL LAW: THREE ILLUSTRATIONS FROM INDIA	193
Ravindra Pratap	
GESTÃO MIGRATÓRIA E INTEGRAÇÃO REGIONAL: UMA ANÁLISE SOBRE A REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS IRREGULARES NA UNIÃO EUROPEIA À LUZ DO NOVO PACTO EUROPEU SOBRE MIGRAÇÃO E ASILO.....	212
João Mauricio Malta Cavalcante Filho e Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza	
THE AFRICAN REGIONAL HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS SYSTEM: 40 YEARS OF PROGRESS AND CHALLENGES.....	232
Juan Bautista Cartes Rodríguez	
THE USMCA SUNSET CLAUSE	258
Jaime Tijmes-Ihl e Yvonne Georgina Tovar Silva	
REFLEXÕES SOBRE A UNIVERSALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS A RESPEITO DA PROTEÇÃO ÀS MULHERES	273
Érica Rios de Carvalho	
A CRITICAL LEGAL ANALYSIS OF GENDER EQUALITY IN INTERNATIONAL TRADE AGREEMENTS...	287
Parul Shukla e Sheikh Sultan Aadil Huque	
FEMINICÍDIO, FEMICÍDIO E ÓDIO NA AGENDA: O ASSASSINATO DAS MULHERES NA AMÉRICA LATINA.....	309
Vinícius Ferreira Baptista	
LEGAL IDEOLOGY IN THE CONTEXT OF DEVELOPMENT OF THE LEGAL STATE AND FORMATION OF THE CIVIL SOCIETY IN UKRAINE	335
Rostyslav A. Kaliuzhnyj, Ivan L. Borodin, Viktoriya B. Cherevatiuk, Liudmyla A. Shapenko e Kseniia S. Tokarieva	

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO NO ENTREGUERRAS (1919-39): A INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS PROJETOS JURÍDICOS DE PAZ E MANEJO DOS POVOS NÃO SOBERANOS.....354

Hugo Luís Pena Ferreira

O CASO GOMES LUND (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) DEZ ANOS DEPOIS: DESAFIOS PARA O CUMPRIMENTO INTEGRAL PELO ESTADO BRASILEIRO372

João Gabriel Archegas, Felipe Klein Gussoli e Vivian Cristina Lima López Valle

DIÁLOGOS MUSEOLÓGICOS: O REGIME JURÍDICO BRASILEIRO E O CÓDIGO DE ÉTICA DO CONSELHO INTERNACIONAL DE MUSEUS390

Paula Gonçalves do Carmo, Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem

A interação entre os espaços constitucionais nacionais e internacionais e seus impactos no sistema de fontes do direito: as lições da proteção cooperativa de direitos humanos e o caso da integração europeia*

The interaction between national and international constitutional spaces and their impacts on the system of sources of law: the learning from the cooperative protection of human rights and the case of European integration

Diego Fernandes Guimarães**

Resumo

Este artigo trata dos efeitos do processo de abertura ao externo dos estados constitucionais, intensificado no pós-Segunda Guerra, sobre o sistema de fontes do Direito e o desafio que impõe à centralidade da constituição. Os objetivos constituem descrever e analisar, criticamente, algumas das fórmulas e mecanismos incidentes na relação entre ordenamentos nacionais e internacionais, na perspectiva dos direitos humanos fundamentais, por meio de uma abordagem dialética e de técnicas de pesquisa documental e bibliográfica. Constata-se que os sistemas internacionais de direitos humanos são incapazes de, legitimamente, garantir a unidade e a coerência dos sistemas jurídicos. As constituições nacionais, que se abrem ao externo, devem prever os mecanismos de articulação de ordenamentos jurídicos, e o exame do direito constitucional comparado permite apontar fórmulas que se enquadram na incorporação textual de normas internacionais (com status constitucional ou infraconstitucional) ou na incorporação mediante a técnica de aplicação preferencial ou, ainda, nas fórmulas de abertura interpretativa e/ou integrativa do direito nacional. Como a globalização política e jurídica é um fenômeno irreversível, embora de intensidade variável, conclui-se que os constituintes precisam concentrar-se na adoção e reformulação daqueles mecanismos, com vistas ao reforço da centralidade da constituição, conclusão reforçada pelo exame da experiência constitucional da integração europeia e os desafios que esta tem imposto aos pilares do estado constitucional naquele espaço.

Palavras-chaves: Estado constitucional; Centralidade da constituição; Globalização do direito constitucional; Direitos humanos; Interação entre ordenamentos jurídicos.

* Recebido em 20/10/2021
Aprovado em 16/12/2021

** Doutorando em Ciências Jurídicas (Universidade de Granada, Espanha), Mestre em Derechos Fundamentales en Perspectiva Nacional, Supranacional y Global (Universidade de Granada, Espanha). Professor (licenciado) do Centro Universitário Unifacisa, Campina Grande, Paraíba, Brasil. Juiz Federal, no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.
Email: dfguimaraes@gmail.com

Abstract

The present article deals with the effects of the process of opening to outside of constitutional states, intensified in the post-World War II period, on the system of sources of law and the challenge it imposes on the centrality of the constitution. Its objectives are to describe and critically analyze some of the formulas and mechanisms incident in the relationship between national and international orders, from the perspective of fundamental human rights, through a dialectical approach and documentary and bibliographical research techniques. The international human rights systems are unable to legitimately ensure the unity and coherence of legal systems. National constitutions, which are opened to outside, should provide mechanisms for the articulation of legal systems, and the review of comparative constitutional law allows us to point out formulas that fit either in the textual incorporation of international norms (with constitutional or infra-constitutional status), or in the incorporation through the technique of preferential application or, still, in the formulas of interpretative and/or integrative opening of national law. As political and legal globalization is an irreversible phenomenon, albeit of varying intensity, it can be concluded that constituents need to focus on adopting and reformulating those mechanisms, with a view to strengthening the centrality of the constitution, a conclusion reinforced by examining examining the constitutional experience of European integration and the challenges it has been imposing on the pillars of the constitutional state in that space.

Keywords: Constitutional state; Centrality of the constitution; Globalization of constitutional law; Human rights; Interaction between legal systems.

1 Introdução

A transição do estado legal para o estado constitucional de direito não significou, apenas, a transferência do centro do ordenamento jurídico, da lei para a constituição, mas uma mutação germinativa induzida pelo pluralismo¹, a partir da qual esta assume a posição de

fonte superior dotada de normatividade, estabelecendo as condições de validade do resto das fontes do direito e dos diversos ordenamentos jurídicos que coexistem no mesmo território. Mais ainda, a positivação constitucional de direitos fundamentais cumpre com as funções (liberais) de declarar e de assegurar uma posição jurídica, mas, ao mesmo tempo, promove o equilíbrio entre os poderes², já que o constituinte anuncia o direito, o legislador democrático (isto é, todas as autoridades com competência normativa) o concretiza, observando os requisitos formais e materiais previstos na constituição e que reforçam o consenso básico que a funda. A seu turno, a jurisdição constitucional intermedeia esta dinâmica como instância de fiscalização da atividade legislativa ativa, do choque com outros direitos ou princípios fundamentais e, inclusive, das situações de omissão inconstitucional.

Ao lado da possibilidade de controle do processo de concretização normativa da constituição por meio de Tribunal ou Corte Constitucional, ou ainda pela jurisdição ordinária nos sistemas de controle de constitucionalidade difusa, a normatividade e a supremacia da constituição também são garantidas pela previsão de instrumentos de tutela processual de direitos fundamentais perante aquelas primeiras instâncias.

É o caso do *recurso de amparo* espanhol, previsto no art. 53.2 da Constituição Espanhola (CE), assim como os semelhantes previstos no art. 93.4a da Lei Fundamental de Bonn, no reformado art. 191.2 da Constituição Federal da Suíça, no art. 43 da *Constitución de la Nación Argentina*, no art. 48 da *Constitución Política de la República de Costa Rica*, no art. 103 da *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* ou no art. 265 da *Constitución Política de la República de Guatemala*.

No Direito brasileiro em vigor, não há um instrumento equivalente³. Prevalece a dimensão subjetiva da proteção aos direitos fundamentais por meio das ações e recursos constitucionais perante a jurisdição e que po-

² BALAGUER CALLEJÓN, F. Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa: una perspectiva constitucional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 1, jan./jun. 2004.

³ AMARAL, Karina Almeida do. O recurso de amparo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e sua relação com a arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, ano 18, p. 13-35, 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29665.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2021.

¹ PINO, G. La certezza del diritto e lo Stato costituzionale. In: AP-OSTOLI, A.; GORLANI, M. (eds.). *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*. [s.l.] Scientifica, 2018. p. 109-125.

dem ser levados ao Supremo Tribunal Federal, originariamente ou em grau de recurso.

Desde uma reflexão restrita à lógica do Estado constitucional nacional, a jurisdição constitucional atua considerando como referência textual os dispositivos de sua própria constituição (ou seja, estes são sua base textual), no máximo cedendo espaço às categorias das normas interpostas ou do bloco de constitucionalidade, vistas na ótica da divisão interna de poder.

Entretanto, uma das características desse mesmo Estado constitucional, intensificada no pós-Segunda Guerra, é a progressiva abertura ao externo, quer seja incorporando experiências normativas de outros sistemas nacionais (fertilização mútua), quer seja globalizando valores e objetivos fundamentais. Para Peter Häberle, a constituição é o produto de influxos e experiências históricas de um Estado, porquanto integrada por valores, fatos e normas de outros, a ponto de se perceber que os constituintes estão em todo mundo em uma “intensa relação de produção e recepção dos conteúdos e experiências de outros sistemas constitucionais”⁴. Ao mesmo tempo, “os estados constitucionais já não existem para si, mas constituem uma comunidade universal aberta”⁵, o que se revela nas inter-relações mútuas em grande escala, na internacionalização de valores e objetivos e internalização de direitos humanos.

Por conseguinte, a matéria constitucional, na atualidade, encontra-se distribuída num espaço constitucional compartilhado: o nacional e o internacional, produzidos e legitimados por processos e valores políticos diferentes, o que impõe aos estados o desafio de desenvolver mecanismos de coordenação dos espaços normativos nacionais e internacionais, considerando-se a necessidade de unidade, coerência e plenitude dos seus sistemas jurídicos.

Como está sendo desenvolvida e “juridicamente vivida” esta coordenação de ordenamentos jurídicos constitui a pergunta-problema que justifica este estudo, cujos objetivos consistem em, precisamente, descrever e analisar, criticamente, algumas das fórmulas e mecanismos incidentes na relação entre ordenamentos nacionais e internacionais, na perspectiva dos direitos humanos fundamentais, por meio de uma abordagem

dialética e de técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

Para tanto, parte-se da hipótese de que, também, nos estados constitucionais globalizados, a centralidade da constituição é a característica que preserva e reforça o pluralismo de fontes de produção jurídica. Na sequência, são encaradas, criticamente, as equações elaboradas no ambiente internacional, as quais têm resultado insuficientes para garantir, legitimamente, a unidade e a coerência do ordenamento jurídico, assim como são expostas as diversas fórmulas nacionais, a fim de categorizá-las e preverem-se os respectivos reflexos jurídicos. Por fim, são expostos os mecanismos articulatórios adotados no âmbito da União Europeia e suas atuais problematizações práticas, a fim de corroborar a tese de que apenas a centralidade da constituição (aqui já pensada para o espaço europeu) logra, legitimamente, articular a pluralidade de ordenamentos jurídicos.

2 Os agentes e processos de cooperação internacional em matéria de direitos humanos

Não é nova a preocupação dos Estados e organismos internacionais com a possibilidade de conflito entre as disposições e normas de direito internacional e as internas dos Estados, adotando-se, tradicionalmente, uma postura protegida pelo princípio da boa-fé objetiva.

A *Convención de La Habana sobre Tratados de 1928* já previa que “ningún Estado puede eximirse de las obligaciones del Tratado o modificar sus estipulaciones sino con el acuerdo, pacíficamente obtenido, de los otros contratantes” (art. 10), expresamente referindo-se à Constituição dos estados partes para prever que “los tratados continuarán surtiendo sus efectos aun cuando llegue a modificarse la constitución interna de los Estados contratantes” (art. 11).

No *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (second phase)*⁶, a extinta Corte Permanente Internacional de Justiça considerou que as disposições de uma lei não podem prevalecer sobre as de um tratado vigente. Já a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados dispõe que “todo tratado em vigor obriga às partes e deve

⁴ BALAGUER CALLEJÓN, F. Un jurista europeo nacido en Alemania. *Anuario de Derecho Constitucional*, n. 9, p. 17-71, 1997. p. 43.

⁵ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. 2. ed. México: UNAM, 2016. p. 71.

⁶ CPJI. *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (second phase)*. DECEMBER 6th, 1930.

ser cumprido por elas de boa fé” (art. 26) e em seguida estabelece que “uma parte não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o descumprimento de um tratado” (art. 27).

Porém, o art. 11, *in fine*, da Convenção de Havana permite a adaptação dos tratados quando “a organização do Estado se alterar de maneira que a execução seja impossível, por divisão do território ou por outros motivos análogos” e, por sua vez, a Convenção de Viena de 1969 admite a nulidade do tratado quando presente a violação de uma disposição de seu direito interno concernente à competência para celebrar tratados, desde que “essa violação se manifeste e afete a uma norma de importância fundamental de seu direito interno” (art. 46.1), situações que evidentemente subordinam, ainda que, em parte, a eficácia e a validade de norma internacional a disposições da Constituição de um Estado membro.

Desse modo, seja pela legitimidade constitucional das autoridades aptas a firmar tratados internacionais, seja pela preservação das soberanias estatais ou, ainda, pela própria ausência de uma instância de poder global e a necessidade de tornar mais efetivas sua proteção supranacional, o Direito internacional - também no campo dos direitos humanos - tem evoluído desde o segundo Pós-Guerra mediante a instituição de sistemas que combinam um referencial normativo comum com instâncias supranacionais de fiscalização ou tutela, as quais se valem de técnicas de intensidade variável, que exprimem, basicamente, a “ampliação dos espaços jurídicos para além das fronteiras nacionais, já que os conflitos assim se estenderam”⁷.

O sistema de proteção de direitos humanos com pretensão universal é o instituído pela ONU, cujas bases textuais são as disposições da Carta das Nações Unidas, dos Pactos Internacionais de direitos civis e políticos (16.12.1966), e de direitos econômicos, sociais e culturais (19.12.1966), e dos muitos tratados ou convênios setoriais, de onde se deriva a constatação de que são diversos os atores de fiscalização no contexto da ONU⁸.

⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F. Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa: una perspectiva constitucional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 1, jan./jun. 2004.

⁸ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Los órganos de derechos humanos*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx> Acesso em: 08 jan. 2019.

Há instâncias baseadas na Carta das Nações Unidas, como o Conselho de Direitos Humanos (Resolução 5/1 de 18.06.2007) e o Alto Comissariado para os Direitos Humanos, com funções de secretariado. O Conselho de Direitos Humanos utiliza dos mecanismos de revisão periódica (*Universal Periodic Review Mechanism*, conforme os arts. 1-38, Res 5/1, 18.06.2007), dos procedimentos especiais (*Especial Procedures*, conforme os arts. 39 a 64 de la Res 5/1, 18.06.2007) e das denúncias (*Complaint Procedure*, conforme a los arts. 85 a 88, de la Res 5/1, 18.06.2007).

Mas também existem os órgãos criados por tratados (*treaty bodies*), com a especial incumbência de tutela e supervisão setorial de direitos humanos, como o Comitê de Direitos Humanos (Comitê DH-ONU), baseado no Pacto Internacional de direitos civis e políticos, o Comitê de Direitos econômicos, sociais e culturais (CDESC), baseado no Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais ou o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, fundado na Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial.

O art. 12.2 do Pacto Internacional de direitos civis e políticos, por exemplo, a partir de seu Protocolo facultativo, permite ao indivíduo que demande a proteção de um direito previsto ante uma violação estatal, desde que esgotados os recursos internos disponíveis e o submeta à consideração do Comitê respectivo mediante comunicação escrita. Se o Comitê decide a favor do denunciado, o Estado parte é convocado para remediar a violação mediante indenização, alteração da legislação e/ou liberação da pessoa detida⁹.

Por outro lado, o Protocolo Facultativo do Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais, de 2008, prevê um mecanismo facultativo de apresentação de comunicações interestatais (art. 10) e, também, facultativamente, um procedimento de investigação (art. 11) que pode finalizar com uma visita *in situ* e posterior apresentação de relatórios ao CDESC. Mas, também prevê um mecanismo de petição individual obrigatório (art. 2) para os Estados partes nesse Protocolo adicional, hipótese de certo modo surpreendente dado o “caráter não diretamente acionável em juízo de tais

⁹ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Los órganos de derechos humanos*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx> Acesso em: 08 jan. 2019.

direitos²¹⁰ em alguns ordenamentos nacionais, como o espanhol (art. 53.3, CE).

A Corte Internacional de Justiça, órgão judicial da ONU, não tem papel exceto secundário de proteção de direitos humanos, em especial porque sua jurisdição é facultativa (art. 36.2, ECIJ) e porque os indivíduos não são aceitos como parte nas demandas (art. 34.1, ECIJ), cujos interesses em disputa são essencialmente estatais.

O sistema de direitos humanos mantido pela ONU, portanto, tem um caráter marcadamente político, já que o nível de implicação de suas bases textuais e das decisões de seus órgãos de fiscalização sobre os Estados partes depende da efetividade de instrumentos tradicionais de direito internacional, de tal maneira que não é rara a rejeição de suas resoluções pelos órgãos estatais, mesmo diante de questões concretas, como se pôde notar na reação do Tribunal Constitucional espanhol ao proferir as SSTC 70/2002, 64, 65 e 66/2003, ocasiões nas quais criticou e deslegitimou a resolução do Comitê DH-ONU no assunto *Cesáreo Gómez Vázquez I*¹¹, situação um pouco diversa da que se observa no marco dos sistemas regionais europeu e americano.

Já no sistema europeu originado da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), se conjugavam três órgãos em torno de uma base ou referencial textual comum, a Comissão Europeia de Direitos Humanos com funções de investigação e conciliação, a Corte Europeia como órgão judicial de responsabilização dos Estados e o Conselho de Ministros, como órgão político de controle de responsabilidades. O simbolismo desse sistema residia em permitir que os Estados partes pudessem submeter-se à inspeção de instâncias internacionais independentes, postura contrária àquela que se defendia no bloco comunista que então se formava.

Desde o Protocolo n.º 11, adicional à CEDH, alterou-se o modelo de processamento, garantindo-se ao indivíduo vítima de violação a seus direitos humanos que apresente seu recurso diretamente ante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), tornado órgão judicial internacional permanente. As reclamações dos cidadãos serão conhecidas quando versarem sobre

¹⁰ JIMÉNEZ GARCÍA, F. La protección internacional de los derechos sociales y económicos. Avances recientes; técnicas de aplicación y propuestas de reforma constitucional. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 25, p. 29-59, 2015. p. 40.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comité de Derechos Humanos. *Cesario Gómez Vázquez v. Spain*, Comunicación No. 701/1996, U.N. Doc. CCPR/C/69/D/701/1996 (2000).

direitos humanos e se tenha esgotado a via dos recursos internos. Também se exige que a demanda seja dirigida contra Estados partes na CEDH, que seja proposta em até 06 meses desde a última decisão interna definitiva e que o demandante tenha sofrido um prejuízo importante¹². Apresentada a demanda (não mais com intermediação da Comissão), será examinada por um coletivo de três juízes (um dos quais nacional do Estado contra o qual se reclama) e o julgamento se dará por uma câmara integrada, normalmente, por 07 (sete) juízes¹³.

O TEDH é um ator decisivo no estabelecimento de *standards* básicos de direitos humanos e alcançou transcendência constitucional na integração da Europa, pelo menos, desde o Protocolo n.º 11¹⁴. Os Estados se comprometem a cumprir as sentenças definitivas do TEDH e a adoção de medidas necessárias, individuais ou coletivas, é supervisionada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Os Estados possuem uma margem de apreciação sobre os meios a serem empregados para remediar as violações detectadas e o dever jurídico reflete uma obrigação de resultado para o Estado.

No entanto, o sistema europeu não é totalmente indiferente aos ordenamentos nacionais, como se pode inferir da doutrina da margem de apreciação e do recente Protocolo 16 à CEDH.

De fato, a margem de apreciação é um campo de ação e interpretação dos direitos fundamentais deixados às autoridades soberanas e aos juízes nacionais. Implica, na verdade, um poder de deferência dos tribunais regionais aos estados, diante de circunstâncias nas quais não há nenhum tipo de consenso interestatal¹⁵, como se pôde verificar nos casos *Lawless*¹⁶, *Caso relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la enseñanza en Bélgica*¹⁷

¹² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *El recorrido de una demanda*. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Case_processing_SPA.pdf Acesso em: 5 jan. 2019.

¹³ MONTES FERNÁNDEZ, F. J. El Consejo de Europa. *Anuario jurídico y económico escorialense*, n. 47, p. 57-92, 2014.

¹⁴ GANTIER PÉREZ, R. J. *La efectiva aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Integración Europea) – Universidad de Valladolid, Espanha, 2016. Disponível em: <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/16851> Acesso em: 06 maio 2019.

¹⁵ DELGADO, F. R. Barbosa. *El margen nacional de apreciación en el Derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

¹⁶ STEDH, case of *Lawless v. Ireland* (No. 1). Sentencia de 15 de noviembre de 1960 (332/57).

¹⁷ STEDH, *Relating to certain aspects of the laws on the use of*

e *Handyside*¹⁸. Nesse último, e em relação à liberdade de expressão, o TEDH deixou expresso que “cada estado tem uma margem de apreciação na definição de quais medidas são proporcionais, já que não há um conceito europeu de moral” (trad. livre).

A margem de apreciação é idônea, inclusive, para o exame de questões criminais ou penais, como evidenciado nos casos *De Wilde, Ooms et Versyp c. Bélgica*¹⁹ e *Lingens c. Austria*²⁰.

Ainda no sistema da CEDH, seu Protocolo n.º 16 institucionalizou uma fórmula de diálogo entre as instâncias judiciais, consistente na possibilidade de que as cortes supremas de cada país possam solicitar “opiniões consultivas sobre questões de princípio relativas à interpretação ou à aplicação dos direitos e liberdades definidos na Convenção ou seus protocolos” (art. 1º) e, ainda que até o presente apenas Albânia, Andorra, Armênia, Bósnia e Herzegovina, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Lituânia, Luxemburgo, Holanda, San Marino, Eslováquia, Eslovênia e Ucrânia o tenham ratificado e incorporado, se apresenta como um mecanismo que articula os espaços constitucionais nacional e europeu, garantindo a construção dialogada de solução a um conflito. De todo modo, a opinião consultiva se realizará em vista de demandas ou ações em andamento perante o órgão de cúpula da jurisdição nacional (arts. 1.1 e 1.2) e não possuem caráter vinculante (art. 5), no que difere da questão prejudicial que se desenvolve no seio do direito da União Europeia, como adianta se exporá.

A seu turno, o sistema de tutela interamericano se assemelha ao sistema europeu anterior ao Protocolo n.º 14, pois nele não está admitida a capacidade postulatória aos indivíduos, grupos de indivíduos e ONGs (art. 44, CADH) diretamente perante a Corte IDH, situação que, sem dúvidas, é um inibidor de acesso à justiça²¹. Destarte, aqueles devem apresentar suas demandas perante a Comissão Interamericana, órgão que exerce dupla função, de órgão da OEA para os Estados que

apenas se vinculam à Carta da OEA e à Declaração Americana de Direitos e Deveres e de órgão da CADH, com relação aos Estados que já reconheceram a jurisdição contenciosa da Corte IDH.

A respeito da Corte IDH, sua decisão será definitiva e inapelável e os Estados partes na Convenção se comprometem a cumpri-la em todos os casos em que forem partes (arts. 67 e 68.1, CADH). Essa eficácia vinculante possui uma dimensão subjetiva, porque a decisão se impõe às partes do processo, e outra objetiva, isto é, eficácia de norma convencional interpretada (*res interpretata*), aplicável por todas as autoridades públicas dos Estados partes, tal como se afirmou na sentença do caso *La Cantuta c. Perú*²², em que a Corte IDH assinalou que se estava repisando o descumprimento, pelo estado peruano, da sentença do caso *Barrios Altos*, respectivamente à sua eficácia objetiva e geral.

Sobre o conteúdo das resoluções ou decisões da Corte IDH, a práxis demonstra que, além de medidas de reparação, vêm sendo manejadas outras formas de compensação individual e coletiva, como no caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*²³, em que se ordenou que se investigasse o fato relevante seguido da divulgação pública dos seus resultados, ou, no caso *Trujillo Oroza Vs. Bolívia*²⁴, em que se determinou que fosse “oficialmente dado o nome de José Carlos Trujillo Oroza a um centro educativo da cidade de Santa Cruz”.

Um importante ponto na articulação entre as instâncias internacional e nacionais se encontra no Parecer Consultivo n.º 07/1986, no qual a Corte IDH define que a CADH é norma autoaplicável e que a definição sobre a auto-aplicabilidade não é tema de direito interno. Em suas palavras:

y no podría ser de otra manera, ya que el sistema mismo de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo (Convención Americana, Preámbulo; El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva

languages in education in Belgium v. Belgium (merits).

¹⁸ STEDH. Asunto *Handyside c. United Kingdom* (5493/72) (HUDOC. Versión en español). Sentencia de 7 de diciembre de 1976.

¹⁹ STEDH, Asunto *De Wilde, Ooms et Versyp c. Bélgica*. Sentencia de 10 de marzo de 1972 (2832/66; 2835/66; 2899/66).

²⁰ STEDH. Asunto *Lingens c. Austria*. Sentencia de 8 de julio de 1986 (9815/82).

²¹ OLIVEIRA, C. L.; MAEOKA, E. A Corte Interamericana de Derechos Humanos e a promoção do acesso à justiça. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, p. 229-253, nov. 2009.

²² CIDH. Caso *La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

²³ CIDH. Caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, N.º 71.

²⁴ CIDH. Caso *Trujillo Oroza Vs. Bolívia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92.

OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 33)²⁵.

A prática jurisprudencial da Corte IDH já estipulou, inclusive, a revisão de legislação nacional pelos Estados, em clara prática de controle abstrato de convencionalidade, como no caso *Castillo Petruzzi vs. Perú*²⁶, em que a Corte IDH destacou que as garantias judiciais previstas na CADH são aplicáveis a situações de normalidade institucional, mas também durante os estados de exceção. Desse modo, as “disposiciones contenidas en la legislación de emergencia adoptada por el Estado para hacer frente al fenómeno del terrorismo, y en particular los Decretos-Leyes Nos. 25.475 y 25.659” eram incompatíveis com a Convenção, no particular, com o art. 2º da CADH, uma vez que não permitiam tornar efetivos os direitos convencionais (art. 2, CADH).

Outrossim, no caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, a Corte IDH já havia assinalado o dever de prevenir, investigar e penalizar toda violação de direitos humanos. Mas, no caso *Barrios Altos*²⁷, a Corte realçou que as leis de autoanistia eram incompatíveis com a CADH, porquanto significavam a exclusão antecipada da possibilidade de responsabilização por graves violações a direitos humanos.

A Comissão IDH também já efetuou esse controle de convencionalidade, relativamente a uma omissão normativa, no caso *Maria da Penha c. Brasil*²⁸, apenas arquivado quando o Brasil editou a legislação penal protetora de violência doméstica e familiar contra as mulheres, de acordo com as previsões da Convenção de Belém do Pará.

Na Europa, é conhecida a tensão entre a constituição nacional e o ambiente normativo europeu, seja da União Europeia, seja do Conselho da Europa que tem como fruto a CEDH e a sentida resistência de alguns Estados e seus tribunais ou cortes constitucionais em abdicar do controle de constitucionalidade de normas

europeias. Porém, no contexto americano, se alcançou o ápice dessa tensão no *Caso Olmedo Bustos “La última tentación de Cristo” vs. Chile*²⁹, no qual o art. 19.12 da Constituição do Chile e o Decreto-ley n.º 649, que permitiam a prática de censura prévia, foram declarados anticonvencionais por violação aos arts. 2 e 1.1 da CADH.

Essa análise sobre os sistemas universal e regionais de direitos humanos que, como dito antes, integra a realidade constitucional dos Estados partes põe em xeque, em maior ou menor medida, o sistema de fontes do direito dos estados constitucionais porque, separadamente, esses sistemas são capazes de ignorar a centralidade da constituição no ordenamento jurídico e alguns dos importantes ingredientes que a transformaram na constituição do pluralismo (a democracia constitucional, a inevitabilidade do conflito e a Constituição como veículos de consenso).

Diferentemente dos espaços nacionais, não há naqueles um sistema autônomo de concretização dos direitos previstos no CEDH e no CADH mediante ações normativas e administrativas próprias, já que a atuação jurisdicional do TEDH ou da Corte IDH é a única prevista e, assim, não existe uma integração entre o constituinte, o legislador e a jurisdição. Suas atuações possuem uma faceta positiva, refletida na maior independência de sua atuação jurisdicional, mas também uma faceta negativa, porque significa uma intervenção fragmentária e não sistemática nos ordenamentos internos³⁰.

Ademais, é perfeitamente possível que o mesmo direito fundamental esteja protegido no ordenamento nacional, no referente textual regional (CEDH ou CADH) e nos pactos ou tratados assinados no âmbito da ONU, de tal maneira que se pode visualizar um conflito ou uma convergência na aplicação ou na interpretação daquele direito, o que, inclusive, suscita o desenvolvimento da categoria processual da litispendência internacional.

Por todo o exposto, parece insuficiente examinar as bases textuais e os atores do espaço constitucional supranacional a fim de encontrar a resposta às fórmulas de solução para os conflitos entre ordenamentos e, conseqüentemente, é equivocado atribuir-lhe primazia.

²⁵ CIDH. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

²⁶ CIDH. Caso Castillo Petruzzi vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, N.º 52.

²⁷ CIDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, N.º 75.

²⁸ SANTOS, C. Macdowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista internacional de Direitos Humanos*, ano 4, n. 7, p. 27-57, 2007.

²⁹ CIDH. Caso Olmedo Bustos “La última tentación de Cristo” vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, N.º 73.

³⁰ BALAGUER CALLEJÓN, F. Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa: una perspectiva constitucional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 1, jan./jun. 2004.

Primeiro, porque estes ignoram, em maior ou menor medida, os ordenamentos nacionais, seus valores e suas particulares construções históricas. Segundo, porque a atividade de controle se encontra distribuída entre vários atores, órgãos de tutela ou órgãos e jurisdições nacionais e internacionais, disputando-se sobre o poder da última palavra, com base na responsabilidade internacional (e boa-fé objetiva) ou na soberania dos poderes constituídos. Terceiro, porque realmente são os Estados constitucionais que, ao consentir integrarem-se ao espaço supranacional, devem prever os mecanismos que assegurem a unidade, a coerência e a plenitude de seus ordenamentos jurídicos (inclusive quando absorvente de planos supranacionais) e, sendo o caso, a persistência dos elementos de integridade do Estado constitucional que devam ser protegidos. Desse modo, é importante destacar algumas das fórmulas nacionais de articulação dos ordenamentos e de condições estruturais de diálogo entre os órgãos jurisdicionais ou quase-judiciais.

3 Fórmulas nacionais de articulação entre os espaços constitucionais nacionais e internacionais

Inicialmente, chama a atenção o art. 91.3 da Constituição dos Países Baixos, que admite a incorporação de tratados a um nível constitucional prescrevendo um requisito formal adicional, ao prever que

quando um tratado contiver estipulações que derroguem a Constituição ou que imponham a necessidade de tal derrogação, se requererá para a sua adoção pelas Câmaras uma maioria de ao menos dos terços do número de votos emitidos³¹.

O art. 54 da vigente Constituição Francesa³² articula a incorporação de tratados com seu modelo de controle preventivo de constitucionalidade ao definir que, se o Conselho Constitucional declara que um compromisso internacional contém uma cláusula contrária à Constituição, a autorização para ratificar ou aprovar o referido compromisso internacional somente poderá outorgar-se mediante reforma da Constituição. Já o seu art. 55

admite a incorporação dos tratados com autoridade superior às leis.

Ainda sem tratar especificamente sobre tratados de direitos humanos, a Constituição da Polônia, em seu capítulo III, denominado “fontes do direito”, apresenta a solução para um possível conflito de fontes em seu art. 91³³, ao prever que, se não se puder conciliar um tratado ratificado com as leis, o primeiro gozará de preferência, enquanto que a Lei Fundamental alemã dispõe, em seu art. 25³⁴, que “as normas gerais de Direito Internacional Público constituem parte integrante do Direito Federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres aos habitantes do território nacional”. Já o art. 28³⁵ da Constituição da República da Grécia estabelece que o “tratado regularmente incorporado formará parte do direito grego interno e terá valor superior às disposições legais contrárias”.

No que se refere à absorção de disposições sobre direitos humanos, e, desde a reforma Constitucional de 1994, a *Constitución de la Nación Argentina*³⁶, em seu art. 75.22, após prever que “tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, confere-lhes explícito nível constitucional imediato à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, à Declaração Universal dos Direitos humanos, à Convenção Americana de Direitos Humanos, ao Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais e ao Pacto Internacional de Direitos civis e políticos e ao seu Protocolo facultativo, abrindo espaço para que outros tratados e convenções sobre direitos humanos, se aprovados pelo quórum de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara do Congresso, gozem de hierarquia constitucional. Sobre a eficácia de todos eles, indica que tais tratados “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

³³ POLAND. [Constitution (1997)]. *The Constitution of the Republic of Poland*. Disponível em: <https://www.senat.gov.pl/en/about-the-senate/konstytucja/> Acesso em: 12 maio 2019.

³⁴ GERMANY. [Constitution (1949)]. *Basic Law for the Federal Republic of Germany*. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html Acesso em: 12 maio 2019.

³⁵ GREECE. [Constitution (1975)]. *The Constitution of Greece (as revised by the parliamentary resolution of May 27th 2008 of the VIIIth Revisionary Parliament)*. Disponível em: <https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/> Acesso em: 12 maio 2019.

³⁶ ARGENTINA. [Constitución (1994)]. *Constitucion de la Nación Argentina*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> Acesso em: 12 maio 2019.

³¹ NETHERLAND. [Constitution (2008)]. *The Constitution of the Kingdom of the Netherlands*. Disponível em: <https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>. Acesso em: 12 maio 2019.

³² FRANCE. [Constitution (1958)]. *Constitution de la République Française*. Disponível em: <https://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp> Acesso em: 12 maio 2019.

A Constituição do Paraguai³⁷, no seu art. 137, reafirma a supremacia constitucional, outorgando hierarquia inferior aos tratados, convenções e acordos internacionais aprovados ou ratificados, independentemente de seu conteúdo. Porém, curiosamente, contempla uma ressalva superior em relação a tratados internacionais de direitos humanos, os quais “não podem ser denunciados senão pelos procedimentos que regem para a emenda desta Constituição”.

Na Espanha, em virtude do art. 96, CE, os tratados de direitos humanos validamente celebrados (assim como os demais) integram o ordenamento jurídico interno, sendo suas normas de aplicação direta. No entanto, conforme decisão do Tribunal Constitucional na STC 140/2018³⁸, não há relação hierárquica entre os tratados e as normas internas, porque estas são articuladas de forma competencial, de modo que o conflito se soluciona pela aplicação preferencial (chamada de *regla de desplazamiento* pela Corte) da norma do tratado.

Além dessas formas textuais de incorporação de normas internacionais de direitos humanos ao ordenamento nacional, são também constatáveis as fórmulas de abertura interpretativa ou integrativa.

Antes, porém, a reformada Constituição Suíça³⁹ — embora tenha efetuado um significativo esforço no desenvolvimento da pluralidade de ordenamentos internos em favor dos seus Cantões e no detalhamento dos assuntos de política externa, bem como prevendo a não vulnerabilidade das normas imperativas de direito internacional (art. 191) nos seus processos de reforma constitucional, o seu compromisso com uma ordem jurídica justa (art. 2.4) e a competência das jurisdições comuns e constitucionais para aplicar o direito internacional (arts. 189 e 191) — não previu uma cláusula de abertura especial em favor de tratados internacionais de direitos humanos.

Assim como a Constituição Francesa, a italiana não contém uma disposição expressa de abertura interpretativa em favor de tratados de direitos humanos, embora

a *Corte Costituzionale* da Itália, desde 2007, tenha entendido que as normas da CEDH são normas interpostas, vinculantes para o legislador quando não o faça diferente a própria Constituição e, assim, formam parte do parâmetro a ser considerado na revisão constitucional da legislação interna⁴⁰.

Mas, sem dúvidas, as expressões mais significativas da tentativa interna de articular hermeneuticamente os espaços constitucionais em torno aos direitos humanos estão nas Constituições espanhola e portuguesa.

O art. 10.2, CE dota de conteúdo internacional, por via interpretativa e integradora, os direitos e liberdades constitucionais que menciona. Não significa que haja uma incorporação formal ao texto constitucional dos direitos previstos na DUDH e nos demais tratados, tampouco que estes sejam parâmetros de validade para os direitos positivados. O que determina o art. 10.2, CE é que aquelas normas internacionais sejam utilizadas na definição do conteúdo, sentido e alcance dos direitos positivados. *Ipsis litteris*:

las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España

O Tribunal Constitucional espanhol o denominou “mandato constitucional” de interpretação (STC 5/1985⁴¹), afirmando, noutra assentada, que:

[...] esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo

³⁷ PARAGUAY. [Constitución (1992)]. *Constitución Nacional de la República del Paraguay*. Disponível em: <https://www.bacn.gov.py/constitucion-nacional-de-la-republica-del-paraguay> Acesso em: 12 maio 2019.

³⁸ ESPANHA. STC 140/2018, de 20 de diciembre (BOE núm. 22, de 25 de enero de 2019).

³⁹ SWITZERLAND. [Constitution (1999)]. *Federal Constitution of the Swiss Confederation*. Disponível em: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en>. Acesso em: 15 ago. 2021.

⁴⁰ GANTIER PÉREZ, R. J. *La efectiva aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Integración Europea) – Universidad de Valladolid, Espanha, 2016. Disponível em: <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/16851> Acesso em: 06 maio 2019.

⁴¹ ESPANHA. STC 5/1985, de 23 de enero (BOE núm. 37, de 12 de fevereiro de 1985).

segundo del título I de nuestra Constitución (STC 36/1991⁴²).

No campo do controle de constitucionalidade, o art. 10.2, CE significa que o parâmetro de constitucionalidade invocado (isto é, qualquer dos direitos ou liberdades abrangidos) é que terá seu sentido e alcance definido pelo direito internacional dos direitos humanos, sem que se possa cogitar de converter-se nem o tratado nem o próprio dispositivo (pelo menos na atual fase da doutrina do Tribunal Constitucional) em parâmetro autônomo em face da norma nacional⁴³.

O direito infraconstitucional espanhol também prevê a possibilidade de revisão de sentença judicial definitiva por força de uma resolução do TEDH, como se extrai do art. 954 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (modificada pela *Ley 41/2015*) e recorda Jiménez García que, para o Tribunal Constitucional, a sentença do TEDH condenatória por violação ao direito humano certifica a violação dos correspondentes direitos previstos no ordenamento interno, já que o “conteúdo daqueles constitui também parte destes”⁴⁴.

A propósito desse último tema, Enrique Guillén López frisa que o art. 5bis da *Ley Orgánica 06/1985* foi atualizado pela *Ley orgánica 7/2015* para permitir recurso de revisão contra sentença definitiva proferida pelo Tribunal Supremo, quando o TEDH tiver declarado que esta violou algum dos direitos do CEDH. Para o autor, esta faculdade revisória não constitui um efeito jurídico interno de uma decisão externa, mas verdadeira manifestação de uma realidade constitucional que não mais se limita ao nacional, do qual faz parte a CEDH e o seu Tribunal. Logo, partindo da consideração de que o TEDH é um órgão de natureza jurisdicional que maneja conteúdos normativos constitucionais, o autor afirma que, por força do princípio da tutela judicial efetiva (art. 24, CE), é compulsória a execução de suas decisões. Afirma o autor:

[...] en definitiva, salvo que no consideremos órgano judicial al TEDH, es constitucionalmente imperativo establecer un sistema que haga posible la ejecución de sus sentencias por constituir parte del

⁴² ESPANHA. STC 36/1991, de 14 de febrero (BOE núm. 66 de 18 de março de 1991).

⁴³ ESPANHA. STC 38/2011, de 28 de marzo (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011).

⁴⁴ JIMÉNEZ GARCÍA, F. La protección internacional de los derechos sociales y económicos. Avances recientes; técnicas de aplicación y propuestas de reforma constitucional. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 25, p. 29-59, 2015.

derecho que el titular del derecho a la tutela judicial efectiva tiene⁴⁵.

De outra banda, o art. 16, ap.2 da Constituição Portuguesa de 1976 dispõe que “os preceitos Constitucionais e legais relativos a direitos fundamentais deverão ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”, atribuindo-lhe, assim, não somente uma função hermenêutica como no direito espanhol, mas também integradora para os casos de lacuna detectada no texto constitucional⁴⁶, tal como deixou evidente o Tribunal Constitucional português na sua Sentença n.º 06/84⁴⁷, ao identificar no ordenamento constitucional um direito genérico de personalidade. Inclusive, na Sentença 222/1990, fundamento 04, afirmou o mesmo Tribunal que não apenas a DUDH serve como parâmetro de controle de constitucionalidade de atos e normas internos, mas também a CEDH, embora sobre esta questão ainda haja resistências doutrinárias⁴⁸.

O texto da Constituição Portuguesa influenciou a montagem de Constituições de nações ex-colônias. O art. 17.3 da Constituição de Cabo Verde prevê que “as normas constitucionais e legais relativas a direitos fundamentais devem ser interpretadas e integradas em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Já o art. 26.2 da Constituição de Angola é mais amplo, ao dispor que

Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Carta Africana dos Direitos do homem e dos Povos e os tratados internacionais sobre a matéria, ratificados pela República de Angola.

No âmbito ibero-americano, se destaca a disposição final quarta da Constituição do Peru, estabelecendo que:

las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de con-

⁴⁵ GUILLÉN LÓPEZ, E. Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una perspectiva de derecho constitucional europeo. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 42, p. 335-370, 2018. p. 364.

⁴⁶ GOUVEIA, J. Bacelar. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 139, p. 261-281, jul./set. 1998.

⁴⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Lisboa, 2ª Secção, Cons. Magalhães Godinho, Acórdão n.º 6/84, Processo n.º 42/83, de 18 de janeiro de 1984.

⁴⁸ MIRANDA, Jorge. A recepção da declaração universal dos direitos do homem pela Constituição Portuguesa: um fenómeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 199, p. 1-20, 1995.

formidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Por sua vez, o art. 13.IV da Constituição da Bolívia, sem destacar a DUDH, afirma que “Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

A observação destas diversas fórmulas nacionais de articulação entre os espaços internacionais e nacionais, e seus diversos contextos culturais e etapas textuais, permite formular algumas conclusões.

Em primeiro lugar, considerando as fórmulas de incorporação de tratados internacionais ao ordenamento jurídico interno, as Constituições mantêm-se numa posição central, isto é, conservam-se como o instrumento de definição dos requisitos formais e materiais para a adoção de normas internacionais (aqui qualificadas pela sua fonte) de direitos humanos, incorporando-as a um nível constitucional ou infraconstitucional, ou autorizando sua aplicação preferente e/ou, ainda, outorgando-lhes funções de interpretação ou integração do próprio direito constitucional.

Em segundo lugar, quando a constituição outorga às normas internacionais o nível constitucional, obviamente as transforma em parâmetro de validade para as demais normas do ordenamento, com aptidão para afetar-lhes a validade e a eficácia, mas sem dúvidas garantindo-se a unidade e a coerência do ordenamento jurídico, subordinando-se, apenas, a possíveis mecanismos de controle de constitucionalidade de normas originárias ou reformadas, se acaso existentes. Já quando se lhes outorga a posição de supralegalidade, serão normas internacionais subordinadas ao controle de constitucionalidade e, conjuntamente, servem como parâmetro para todas as demais, mesmo quando organizadas de maneira competencial, por exemplo, no caso de um estado federal, no qual convivem poderes normativos nacional e estaduais, já que também esses últimos estarão vinculados às normas internacionais de nível supralegal, salvo se a própria constituição o previsse de forma diversa, afinal as normas supralegais terão uma força de lei superior às demais normas com força de lei. No caso das fórmulas de abertura interpretativa, os direitos fundamentais de status constitucional passam a ter o seu conteúdo jurídico definido a partir da interação com os

tratados internacionais e as interpretações que os atores internacionais lhes atribuem.

Em terceiro lugar, é tradicional a compreensão de que existem compromissos internacionais que estão acompanhados da vinculação automática às decisões e *standards* estabelecidos por seus atores internacionais, enquanto que outros exigem para isto um compromisso adicional. Logo, é uma obviedade (embora necessária) dizer que quando um Estado Constitucional se abre para o externo e incorpora expressamente normas internacionais de direitos humanos que houvesse firmado ou às quais houver aderido, se presume que também se vinculará às decisões e *standards* estabelecidos por seus atores internacionais (*res interpretata*), salvo quando não o houver aceitado.

Por fim, do último se deriva a constatação de que também da constituição se devem extrair a possibilidade e as condições estruturais dos diálogos entre as instâncias jurisdicionais (ou quase-judiciais) internas e externas de proteção aos direitos fundamentais. Conquanto perfeitamente possíveis as comunicações transjudiciais informais e os processos de fertilização mútua entre todas as instâncias, porque inerentes a um Estado constitucional aberto para o externo, o certo é que na medida em que incorpore o Estado normas externas e/ou se lhes outorgue uma função interpretativa ou integrativa do direito constitucional, conviverão atores diversos e sobre bases textuais e contextos socioculturais diversos, capazes de encontrar soluções opostas que podem comprometer a própria integridade da constituição.

4 O caso singular (e problemático) da União Europeia e suas fórmulas de interação de ordenamentos

Finalmente, é significativo examinar, mesmo que brevemente, os desafios que o processo de integração europeia representam ao modelo de Estado constitucional e, conseqüentemente, ao seu sistema de fontes do Direito, o que se faz de forma individualizada uma vez que esse processo não se adequa, simplesmente, ao modelo de cooperação internacional ressaltado quando do exame dos sistemas universal e regional de direitos humanos.

O processo de integração europeia se desenvolveu a partir de transferências de competências soberanas a instâncias supranacionais cujas ações são naturalmente estatais, na medida em que atinam às decisões básicas da sociedade organizada, de vieses político, cultural, social e jurídico. Então, a União Europeia, ainda que não seja Estado, está já “dotada de sinais de estatalidade”⁴⁹, pois exerce competências desse tipo, por meio de instituições próprias e garantidas por instrumentos jurídicos vinculantes, com base num território delimitado e dotado de moeda própria. Ademais, lhe é reconhecida personalidade jurídica internacional e se identifica uma união de Estados para além dos objetivos econômicos comuns. O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) a explicou como “una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado”⁵⁰.

As normas e decisões tomadas pelas instâncias europeias, assim como o direito primário, desde o decidido nas sentenças *Van Gend en Loos*⁵¹ y *Costa/ENEL*⁵², têm a garantia de incidência sobre o espaço nacional⁵³ graças aos princípios de primazia e efeito direto. Pelo primeiro, se assume a posição preferente (ou suspensiva) da norma europeia diante da norma nacional que, se contrária, deve deixar de ser aplicada. Já o princípio de efeito direto significa que as normas europeias são diretamente aplicáveis e eficazes nas relações jurídicas de que tratam e, obedecidas algumas condições, podem ser invocadas diretamente perante os órgãos judiciais nacionais. Ambos os princípios atuam sobre a eficácia das normas nacionais, que não dispõem de potencialidade normativa perante as fontes europeias.

⁴⁹ BALAGUER CALLEJÓN, F. Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacional y de la globalización. In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel *et al.* *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. v. 1. p. 197-211. p. 206.

⁵⁰ TJUE, *Les Verts*, Asunto 294/1983, Sentencia de 23 de abril de 1986.

⁵¹ TJUE, *Van Gend and Loos*, Asunto 26/62, Sentencia de 5 de febrero de 1963.

⁵² TJUE, *Costa Enel*, Asunto 6/64, Sentencia de 15 de julio de 1964.

⁵³ AGUILAR CALAHORRO, A. La primacía del derecho europeo y su invocación frente a los estados: una reflexión sobre la constitucionalización de Europa. *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, n. 1, p. 7-72, 2012. p. 7-72.

Na sentença *Simmenthal*⁵⁴, o TJUE reconheceu que o juiz nacional é também juiz comunitário, ou seja, que lhe caberia deixar de aplicar a legislação interna incompatível sem ter de se reportar ou reenviar a questão ao seu Tribunal constitucional, uma vez que o exame da interpretação da validade não deveria ficar a cargo de um tribunal local, ou sem ter que esperar a ação do legislador estatal. De seu lado, na sentença *Foto-Frost*, a Corte decide que “os órgãos judiciais nacionais não são competentes para declarar por si próprios a invalidade de atos das instâncias comunitárias”⁵⁵, o que equivale a estabelecer o TJUE como detentor da última palavra, ainda que o faça com referência ao direito primário europeu.

Exatamente porque o processo de integração mistura um sistema de tomada de decisão valendo-se de técnicas de direito internacional juridicamente asseguradas por meio dos princípios de primazia e efeito direto⁵⁶, é preciso o diagnóstico de Weiler, no sentido de que a União Europeia mantém traços de uma confederação no plano político e de uma federação no plano jurídico. Em suas palavras: “from the political, but not legal, point of view the Community is in fact a confederation”⁵⁷.

O Tribunal de Justiça da União Europeia é a instância jurisdicional garantidora do respeito à integridade do direito europeu, responsável pelo controle de sua aplicação pelas instituições europeias e pelos Estados membros e os particulares, além da interpretação e o desenvolvimento do direito da EU (arts, 259 e ss. do TFUE). Além do recurso por descumprimento do tratado (arts. 258-259, TFUE) e dos recursos de anulação e por omissão (arts. 263-265, TFUE), o TJUE é dotado de um notável instrumento de garantia de integridade do direito europeu, que é a questão prejudicial.

Prevista no art. 267 do TFUE e regulada no Estatuto do TJUE, a questão prejudicial é um incidente processual promovido desde um litígio principal em curso na jurisdição nacional, que interpõe perante o TJUE uma consulta acerca da interpretação ou da validade do

⁵⁴ TJUE, *Simmenthal*, Asunto C-106/77, Sentencia de 9 de marzo de 1978.

⁵⁵ TJUE, *Foto-Frost*, Asunto C-314/85, Sentencia de 22 de octubre de 1987.

⁵⁶ PORRAS RAMÍREZ, José María. El reto constitucional de la Unión Europea en un contexto de crisis económica y financiera. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 21, jun./jun. 2014.

⁵⁷ WEILER, J. H. H. The transformation of Europe. *The Yale Law Journal*, v. 100, n. 8, p. 2405-2472, 1991. p. 2472.

direito comum, com o fim de facilitar a sua aplicação uniforme. Difere da opinião consultiva a que se fez referência antes, quando da análise do Protocolo 16 ao CEDH, já que a questão prejudicial é acionada por qualquer juízo e a decisão do TJUE deve ser observada pela jurisdição nacional como fundamento para a solução do caso concreto.

Cuida-se de uma ferramenta de colaboração processual jurisdicional, de maneira que somente pode ser interposta por órgãos judiciais assim considerados pelo ordenamento nacional, aos quais cabe definir o objeto das questões entregues⁵⁸. O TJUE já assentou que não atua como substituto das jurisdições nacionais, porquanto sua competência é limitada a “proporcionar os elementos de interpretação que permita apreciar”⁵⁹ a compatibilidade entre as medidas ajuizadas e o direito europeu.

De modo geral, serão objeto da questão prejudicial as fontes do direito comunitário e, para o caso da questão prejudicial de validade, o direito comunitário primário obviamente não será objeto, mas parâmetro de controle. Lado outro, o TJUE, como regra, estará obrigado a pronunciar-se⁶⁰, enquanto o órgão judicial nacional apenas interporá obrigatoriamente⁶¹ a questão prejudicial quando se tratar o caso de possível sentença irrecurável.

São notáveis, portanto, alguns problemas que o processo de integração europeia inflige ao modelo de Estado constitucional. Ainda não está antecipadamente resolvido o possível conflito entre a norma ou decisão europeia e a constituição do Estado membro. Conquanto o princípio de primazia tenha como efeito a suspensão da norma nacional, não se pode simplesmente admitir que o faça sem limites relativamente às normas de nível constitucional, sem considerar como esse conflito estaria regulado pela Constituição nacional, como aliás parece pretender que fosse a doutrina do TJUE (*Sentencia Internationale Handelsgesellschaft*⁶²).

Efetivamente, alguns ingredientes do Estado constitucional vêm sendo raptados pelo processo de integração, uma vez que as normas e decisões europeias são editadas no espaço europeu, o que equivale a dizer que vêm sendo editadas num ambiente onde não atua o pluralismo político e territorial infraestatal, onde não há um espaço político democrático configurado de forma pluralista⁶³ e carente de uma firme comunidade política europeia⁶⁴, o que simplesmente impede a função (liberal) de controle de poder. Outrossim, tal como antevisto por Balaguer⁶⁵, os conflitos internos de natureza política e social, sobretudo quando afetados pela atuação das instâncias europeias, não são canalizados pela constituição, tampouco são tratados pelo espaço europeu que os considera problemas nacionais em choque com Europa, sendo assim sufocados. Em suas palavras,

la formulación del modelo de integración europea seguido hasta ahora ha conducido a inutilizar las funciones de la Constitución nacional sobre un ámbito muy amplio de ejercicio del poder público. Por un lado, el control del poder y la garantía de los derechos constitucionales, que se ven dificultados [...]. Por otro lado, la canalización de los conflictos internos, que se ve imposibilitada por el propio modelo de integración [...].⁶⁶

Esse panorama, perfeitamente operativo ao longo dos anos, tem se mostrado ainda mais evidente desde que estourou a crise econômica na Europa, pois com o objetivo de recuperar a estabilidade financeira e solucionar tensões no mercado, com influência sobre a produção e circulação de produtos e serviços, a União Europeia passou a adotar instrumentos, provisórios ou permanentes, de controle das atividades econômicas e das atuações dos Estados-membros, até com o uso de técnicas de limitação de dívidas e do déficit públicos, como se viu com o Pacto de Estabilidade e Crescimento.

Se é certo que, no processo de integração da Europa, os conflitos sociais e políticos internos são tratados

⁵⁸ TJUE, *Sentencia Belgian Electronic Sorting Technology*. Asunto C-657/11. Sentencia de 11 de julio de 2013.

⁵⁹ TJUE, *Sentencia Valsts*. Asunto C-527/11. Sentencia de 14 de marzo de 2013.

⁶⁰ TJUE, *Sentencia Melloni*. Asunto C-399/11. Sentencia de 26.02.2013.

⁶¹ TJUE. *Sentencia Da Costa en Schaake NV y otros*. Asuntos acumulados 28,29 y 30/62. Sentencia de 27 de marzo de 1963.

⁶² TJUE, *Sentencia Internationale Handelsgesellschaft*, Asunto C-11/70, Sentencia de 17 de diciembre de 1970.

⁶³ BALAGUER CALLEJÓN, F. Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 7, jan./jun. 2007.

⁶⁴ BALAGUER CALLEJÓN, F. Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 7, jan./jun. 2007.

⁶⁵ BALAGUER CALLEJÓN, F. Crisis económica y crisis constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98, p. 91-107, maio/ago. 2013.

⁶⁶ BALAGUER CALLEJÓN, F. Crisis económica y crisis constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98, p. 91-107, maio/ago. 2013. p. 102.

e decididos como problemas nacionais frente a Europa, durante a crise, esse embate foi simplesmente negado, ignorado no processo decisório dos órgãos europeus⁶⁷, escancarando ao cidadão (nacional) a incapacidade das estruturas constitucionais internas em solucionar ou oferecer-lhes respostas.

O espaço dos direitos políticos dos cidadãos também foi afetado na crise, pois, em definitivo, a tomada de decisão por órgãos da EU esteve baseada, sempre, em critérios de austeridade e garantidas pelo princípio da primazia, mas, à parte dos processos políticos internos, os quais não participaram decisoriamente, senão pelo contrário, foram minimizados em suas ideias e prioridades. Por acaso, a democracia se apresentou como um produto — não mais um processo — de natureza econômica⁶⁸, de modo que as decisões se impunham, também, independentemente dos resultados dos processos eleitorais internos e da possibilidade de que os eleitos oferecessem respostas alternativas numa economia social de mercado.

De qualquer modo, dois passos rumo à constitucionalização do espaço europeu foram efetivamente dados. O primeiro é o Tratado de Lisboa, cujos aspectos positivos foram adequadamente identificados por P. Häberle⁶⁹, dentre os quais a confirmação dos valores e objetivos da União, a disposição de novas fórmulas institucionais, como a regra da dupla maioria, a eleição para o Presidente do Conselho Europeu e a personalidade jurídica da EU, o reforço competencial dado ao Parlamento Europeu e aos controles dos parlamentos nacionais em matéria de subsidiariedade, o regime de cooperação reforçada, a regulação das competências da EU e a vinculação jurídica da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

Aliás, esta última é precisamente o segundo passo que se pode atribuir em direção à constitucionalização do sistema jurídico europeu. De fato, a base formal atual de proteção supranacional de direitos na União Europeia é a CDFUE, a qual, posto que não seja formalmente um tratado, foi dotada do seu mesmo valor jurídico

(art. 6, TUE). Até então, o reconhecimento e a tutela de direitos fundamentais no espaço europeu eram, basicamente, fruto do trabalho pretoriano do Tribunal de Justiça da União Europeia, ao considerar que lhe competiria aquela tutela já que o respeito a aqueles direitos era um princípio geral do ordenamento da União⁷⁰.

Conquanto desde o Tratado de Amsterdam já se tinha incluído o respeito aos direitos fundamentais previstos na CEDH e aos resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados membros como princípios gerais do direito comunitário a ser observado na atuação do TJUE, se mantinha a situação de anomia fundamental que deformava o exercício dos poderes políticos no ambiente europeu⁷¹, já que o TJUE concentrava as atividades de proclamação do direito que servirá como base normativa ao conflito, a partir de fontes externas (CEDH e tradições constitucionais comuns), de aplicação e solução do caso concreto, sem qualquer interação com o legislador democrático, o que o situava como uma instância quase-constituente⁷².

Sem dúvidas, a CDFUE permitirá, ao mesmo tempo, a interação dos agentes nos espaços constitucionais, nacionais e europeus, e a construção de uma identidade europeia que tenha como epicentro os direitos fundamentais e, a partir de um referente textual próprio, mesmo que com abertura aos sistemas constitucionais nacionais e às normas da CEDH, o TJUE poderá realizar um controle dos direitos primário e secundário com respeito aos direitos fundamentais.

Mas, também, a CDFUE é uma nova ferramenta normativa a ser combinada nas relações entre os espaços constitucionais nacional e europeu, cujos conflitos têm efeitos (problemáticos) ainda em construção.

A CDFUE se aplica a todas as situações reguladas pelo direito da União no âmbito da própria UE, tal como se expôs no caso *Google Spain*⁷³, em que o TJUE enfrentou questão prejudicial de validade da Directiva 95/46 em face da CDFUE e sua interpretação (histó-

⁶⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F. Crisis económica y crisis constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98, p. 91-107, maio/ago. 2013.

⁶⁸ BALAGUER CALLEJÓN, F. Una interpretación constitucional de la crisis económica. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, v. 10, n. 19, jan./jun. 2013.

⁶⁹ HÄBERLE, Peter. El Tratado de Reforma de Lisboa de 2007. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 9, 2008.

⁷⁰ TJUE, Sentencia Stauder/Stadt Ulm, Asunto C-29/69, Sentencia de 12.11.1969.

⁷¹ BALAGUER CALLEJÓN, F. Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 7, jan./jun. 2007.

⁷² BALAGUER CALLEJÓN, F. Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 7, jan./jun. 2007.

⁷³ TJUE, Sentencia Google Spain. Asunto C-131/12. Sentencia de 13 de mayo de 2014.

rico-evolutiva) em razão do avanço tecnológico surgidos após o início de sua vigência. Mas, também, as disposições da CDFUE se dirigem aos Estados membros quando aplicarem o Direito da União (art. 51.1, CDFUE), servindo como parâmetro de sua validade e permitindo seu posterior desenvolvimento normativo e administrativo.

A esse respeito, é relevante a análise da STJUE *Akerberg Fransson*⁷⁴, de onde se pode extrair que: a) as disposições da CDFUE são dirigidas aos Estados membros unicamente quando aplicarem o Direito da União (art. 51.1, CDFUE); b) por consequência, e porque a CDFUE não amplia as competências da EU, o TJUE não poderá apreciar uma normativa nacional em face da CDFUE, quando aquela não se insira no marco do Direito da União; c) ainda que os direitos reconhecidos na CEDH sejam princípios gerais do Direito da União (art. 6.3, TUE), como a UE não aderiu à CEDH, o TJUE não tem competência para funcionar como órgão de tutela da CEDH, de tal maneira que os Estados partes da CEDH se submetem à jurisdição do TEDH em seus atos nacionais, mas não naqueles que aplicam direito europeu, havendo, então, um espaço vazio de controle, da mesma forma no que tange ao direito primário e derivado da própria União Europeia.

Um bom exemplo das dinâmicas concretas entre os espaços constitucionais são as sentenças *Melloni*, proferidas pelo TJUE e pelo Tribunal Constitucional espanhol (TC). No caso *Melloni*⁷⁵, inicialmente em curso no TC, fez-se uso da questão prejudicial obrigatória, na qual o TJUE teve de se pronunciar sobre a compatibilidade entre um ato de direito europeu (ordem de detenção e entrega) com a CDFUE e sobre a possibilidade de aplicação da Constituição Espanhola, a qual abrigaria um standard de proteção mais intenso e que, assim, deveria ser preferencial conforme o art. 53 da CDFUE. Ao interpor a questão prejudicial perante o TJUE, este considerou⁷⁶ que a adoção da CDFUE não significaria a erosão do catálogo constitucional de direitos fundamentais dos Estados membros, o qual conservaria o seu valor normativo. Entretanto, a aplicação da norma constitucional nacional, de proteção mais ampla, repre-

sentaria um obstáculo à eficácia do direito da União, de modo que não deveria prevalecer, sob pena de afetação à primazia e efetividade do direito da UE. O TC chegou a aventar a possibilidade de integrar o direito europeu ao parâmetro de constitucionalidade quando da formulação da questão prejudicial⁷⁷, mas retomou a doutrina do art. 10.2, CE como abertura interpretativa aos tratados internacionais de direitos humanos, no julgamento final do litígio⁷⁸.

Outra interessante interação entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e tribunais nacionais se deu nos casos *Taricco I e II*, inclusive com a participação da Corte Constitucional Italiana.

Na sentença *Taricco*⁷⁹, se examinava a compatibilidade de norma nacional sobre prescrição penal (os arts. 160 e 161 do Código Penal italiano) diante do art. 325 do TFUE:

A União e os Estados membros combaterão a fraude e toda atividade ilegal que afete os interesses financeiros da União, mediante medidas adotadas em virtude do disposto no presente artigo, as quais deverão ter um efeito dissuasório e ser capazes de oferecer uma proteção eficaz nos Estados membros e nas instituições, órgãos e organismos da União.

Tendo o TJUE considerado que a norma europeia imporá uma obrigação de resultado em virtude da qual os ordenamentos jurídicos dos Estados membros deveriam estabelecer, qualquer que fosse a técnica utilizada, medidas efetivas de combate à fraude fiscal do IVA, de tal maneira que a norma nacional sobre prescrição penal não deveria ser aplicada.

Por meio de sua *Ordinanza* 24/2017, a Corte Constitucional italiana submeteu nova questão prejudicial ao TJUE, agregando ao debate a referência ao art. 25 da Constituição Italiana e adotando, como eixo central⁸⁰ de sua tese, a necessidade de salvaguardar a identidade constitucional italiana e a possível adoção da teoria dos contra-limites, isto é, a observação dos princípios supremos da ordem constitucional italiana e dos direitos

⁷⁴ TJUE, Sentencia Akerberg Fransson, Asunto C-617/2010, Sentencia de 26.02.2013.

⁷⁵ STC 26/2014, de 13 de febrero (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014).

⁷⁶ TJUE, Sentencia Melloni. Asunto C-399/11, Sentencia de 26.02.2013.

⁷⁷ ATC 86/2011, de 09 de junio (BOE núm. 158, de 04 de julio de 2011).

⁷⁸ STC 26/2014, de 13 de febrero (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014).

⁷⁹ TJUE, Sentencia Taricco, Asunto C-105/14, Sentencia de 8.09.2015.

⁸⁰ GARCÍA ORTIZ, A. Diálogo y conflicto entre tribunales a propósito de los derechos fundamentales en la Unión Europea: novedades con ocasión de la saga Taricco. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 30, 2018.

inalienáveis da pessoa como uma condição para que o Direito da União se aplicasse.

No *Taricco II*⁸¹, o TJUE admite que a aplicação da primazia e da efetividade do direito europeu seja excepcionada quando obstaculizasse os direitos fundamentais, os princípios superiores do ordenamento constitucional e a identidade nacional do Estado membro, estabelecendo alguns critérios e standards que, entretanto, não foram adotados pela Corte italiana em sua sentença 115/2018, tal como descrito por Garcia Ortiz⁸².

Ressalte-se, ainda, e numa direção oposta, a reação do Tribunal Constitucional da República Checa, de 31 de janeiro de 2012, o qual

declarou *ultra vires* um ato jurídico de uma instituição europeia, ao considerar que a prévia sentença do TJUE (de 22 de junho de 2011, processo C-399/09, Landtová) excedera as competências transferidas para a União Europeia em virtude das previsões do artigo 10.º da Constituição Checa⁸³.

Todos esses exemplos demonstram que o caminho de reposicionamento da Constituição como fonte central dos ordenamentos jurídicos que convivem em um mesmo território está em (re)elaboração permanente na Europa e que, dada a intensidade da integração social, econômica, cultural e jurídica, dificilmente será alcançada por fórmulas simples de incorporação, recepção ou diálogos nacionalistas. A manutenção dos postulados do estado constitucional no espaço europeu certamente desembocará na combinação de fórmulas nacionais dentro de uma complexa reestruturação constitucional material e formal daquele espaço, certamente por meio de um modelo federativo capaz de legitimar o processo integratório.

5 Considerações finais

No Estado constitucional, a constituição assume a posição de fonte superior e, dotada de normatividade, estabelece as condições de validade do resto das fontes

do direito e dos diversos ordenamentos jurídicos que coexistem no mesmo território. O pluralismo é o valor essencial desse modelo de estado, o que reverbera a pluralidade de ordenamentos, de fontes de produção do direito, de instâncias de solução de conflitos e de métodos de interpretação das disposições normativas, sobrelegitimado pelo poder constituinte.

Como expressão desse pluralismo, os estados constitucionais estão abertos ao externo, quer seja pela fertilização cruzada, quer seja pela globalização de valores e normas, inclusive de conteúdo constitucional, o que suscita a problemática da convivência harmônica e coerente de ordenamentos e normas de origem e base de legitimação diversas.

Com efeito, as normas internacionais de conteúdo constitucional, ressaltadas as definidoras de direitos humanos fundamentais, não estão legitimadas pela força irradiante do poder constituinte, mas pela boa-fé objetiva e pela responsabilidade internacional.

Uma primeira análise sobre os sistemas universal e regionais de direitos humanos permite constatar que tais sistemas são incapazes de garantir a centralidade da constituição como fonte superior do ordenamento jurídico nacional. Em torno das disposições normativas dos tratados, não há a interação conformadora entre constituinte, o parlamento e a jurisdição constitucional, mas apenas uma instância assemelhada a esta última. Ademais, a profusão de instâncias internacionais, cada qual com o seu tratado ou conjunto de tratados, possui a aptidão para gerar conflitos interpretativos e aplicativos, entre si e com a instância nacional.

A lógica impõe que, se é a Constituição que permite a sua abertura ao externo, ela própria deve prever os mecanismos que assegurem a unidade, a coerência e a plenitude dos diversos ordenamentos que convivem, e se cruzam, no âmbito do mesmo território.

Nesse sentido, a investigação sobre as constituições nacionais permite o enquadramento das fórmulas nacionais de articulação em: a) incorporação textual de normas constitucionais internacionais ao ordenamento nacional, em nível constitucional ou infraconstitucional (ou em ambos os níveis, a depender de critérios procedimentais ou de conteúdo); b) incorporação mediante a técnica de aplicação preferencial; c) fórmulas de abertura interpretativa e/ou integrativa do direito nacional.

⁸¹ TJUE, Sentencia *Taricco II*, Asunto C-42/17, Sentencia de 5.12.2015.

⁸² GARCÍA ORTIZ, A. Diálogo y conflicto entre tribunales a propósito de los derechos fundamentales en la Unión Europea: novedades con ocasión de la saga *Taricco*. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 30, 2018.

⁸³ BALAGUER CALLEJÓN, F. A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu. *EU Law Journal*, v. 3, n. 1, p. 10-24, jan. 2017.

Obviamente, também, da constituição, deve-se extrair, direta ou indiretamente, a possibilidade e as condições estruturais para os diálogos entre as instâncias jurisdicionais ou quase-judiciais internas e supranacionais.

Se o fenômeno da globalização política e jurídica é irreversível — e, com variações de intensidade no tempo e no espaço, assim tem se apresentado — os constituintes devem centrar seus esforços, antecipadamente, no reforço da centralidade da constituição como fonte superior. O breve olhar sobre a experiência da União Europeia, dada a profundidade de sua integração política, econômica e jurídica, permite antever — e, assim, evitar ou minimizar — os impactos que aquele fenômeno pode provocar sobre a segurança jurídica, a democracia pluralista e a centralidade da constituição.

Referências

- AGUILAR CALAHORRO, A. La primacía del derecho europeo y su invocación frente a los estados: una reflexión sobre la constitucionalización de Europa. *Revista electrónica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, n. 1, p. 7-72, 2012.
- AMARAL, Karina Almeida do. O recurso de amparo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e sua relação com a arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, ano 18, p. 13-35, 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29665.pdf> Acesso em: 01 ago. 2021.
- ARGENTINA. [Constitución (1994)]. *Constitucion de la Nacion Argentina*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> Acesso em: 12 maio 2019.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu. *EU Law Journal*, v. 3, n. 1, p. 10-24, jan. 2017.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacional y de la globalización. In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel *et al.* *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. v. 1. p. 197-211.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. Crisis económica y crisis constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98, p. 91-107, maio/ago. 2013.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 7, jan./jun. 2007.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa: una perspectiva constitucional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 1, jan./jun. 2004.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. Un jurista europeo nacido en Alemania. *Anuario de Derecho Constitucional*, n. 9, p. 17-71, 1997.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. Una interpretación constitucional de la crisis económica. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, v. 10, n. 19, jan./jun. 2013.
- CIDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, Nº 75.
- CIDH. Caso Castillo Petruzzi vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, Nº 52.
- CIDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
- CIDH. Caso Olmedo Bustos “La última tentación de Cristo” vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, Nº 73.
- CIDH. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, Nº 71.
- CIDH. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92.
- CIDH. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (second phase). DECEMBER 6th, 1930.
- DELGADO, F. R. Barbosa. *El margen nacional de apreciación en el Derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

- ESPAÑA. ATC 86/2011, de 09 de junio (BOE núm. 158, de 04 de julho de 2011).
- ESPAÑA. STC 26/2014, de 13 de febrero (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014).
- ESPAÑA. STC 26/2014, de 13 de febrero (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014).
- ESPAÑA. STC 140/2018, de 20 de diciembre (BOE núm. 22, de 25 de enero de 2019).
- ESPAÑA. STC 36/1991, de 14 de febrero (BOE núm. 66 de 18 de março de 1991).
- ESPAÑA. STC 38/2011, de 28 de marzo (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011).
- ESPAÑA. STC 5/1985, de 23 de enero (BOE núm. 37, de 12 de fevereiro de 1985).
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *El recorrido de una demanda*. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Case_processing_SPA.pdf Acesso em: 5 jan. 2019.
- MONTES FERNÁNDEZ, F. J. El Consejo de Europa. *Anuario jurídico y económico escurialense*, n. 47, p. 57-92, 2014.
- FRANCE. [Constitution (1958)]. *Constitution de la République Française*. Disponível em: <https://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp> Acesso em: 12 maio 2019.
- GANTIER PÉREZ, R. J. *La efectiva aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Integración Europea) – Universidad de Valladolid, Espanha, 2016. Disponível em: <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/16851> Acesso em: 06 maio 2019.
- GARCÍA ORTIZ, A. Diálogo y conflicto entre tribunales a propósito de los derechos fundamentales en la Unión Europea: novedades con ocasión de la saga Taricco. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 30, 2018.
- GERMANY. [Constitution (1949)]. *Basic Law for the Federal Republic of Germany*. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html Acesso em: 12 maio 2019.
- GOUVEIA, J. Bacelar. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 139, p. 261-281, jul./set. 1998.
- GREECE. [Constitution (1975)]. *The Constitution of Greece (as revised by the parliamentary resolution of May 27th 2008 of the VIIIth Revisionary Parliament)*. Disponível em: <https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/> Acesso em: 12 maio 2019.
- GUILLÉN LÓPEZ, E. Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una perspectiva de derecho constitucional europeo. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 42, p. 335-370, 2018.
- HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. 2. ed. México: UNAM, 2016.
- HÄBERLE, Peter. El Tratado de Reforma de Lisboa de 2007. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 9, 2008.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F. La protección internacional de los derechos sociales y económicos. Avances recientes; técnicas de aplicación y propuestas de reforma constitucional. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 25, p. 29-59, 2015.
- MIRANDA, Jorge. A recepção da declaração universal dos direitos do homem pela Constituição Portuguesa: um fenómeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 199, p. 1-20, 1995.
- NETHERLAND. [Constitution (2008)]. *The Constitution of the Kingdom of the Netherlands*. Disponível em: <https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>. Acesso em: 12 maio 2019.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Los órganos de derechos humanos*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx> Acesso em: 08 jan. 2019.
- OLIVEIRA, C. L.; MAEOKA, E. A Corte Interamericana de Derechos Humanos e a promoção do acesso à justiça. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, p. 229-253, nov. 2009.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Derechos Humanos. Cesario Gómez Vázquez v. Spain, Comunicación No. 701/1996, U.N. Doc. CCPR/C/69/D/701/1996 (2000).
- PARAGUAY. [Constitución (1992)]. *Constitución Nacional de la República del Paraguay*. Disponível em: <https://www.bacn.gov.py/constitucion-nacional-de-la-republica-del-paraguay> Acesso em: 12 maio 2019.

- PINO, G. La certezza del diritto e lo Stato costituzionale. In: APOSTOLI, A.; GORLANI, M. (eds.). *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*. [s.l.] Scientifica, 2018. p. 109–125.
- POLAND. [Constitution (1997)]. *The Constitution of the Republic of Poland*. Disponível em: <https://www.senat.gov.pl/en/about-the-senate/konstytucja/> Acesso em: 12 maio 2019.
- PORRAS RAMÍREZ, José María. El reto constitucional de la Unión Europea en un contexto de crisis económica y financiera. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 21, jun./jun. 2014.
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional Lisboa, 2ª Secção, Cons. Magalhães Godinho, Acórdão nº 6/84, Processo nº 42/83, de 18 de Janeiro de 1984.
- SANTOS, C. Macdowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista internacional de Direitos Humanos*, ano 4, n. 7, p. 27-57, 2007.
- STEDH, Asunto De Wilde, Ooms et Versyp c. Bélgica. Sentencia de 10 de marzo de 1972 (2832/66; 2835/66; 2899/66).
- STEDH, Case of Lawless v. Ireland (No. 1). Sentencia de 15 de noviembre de 1960 (332/57)
- STEDH, Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium (merits).
- STEDH. Asunto Handyside c. United Kingdom (5493/72) (HUDOC. Versión en español). Sentencia de 7 de diciembre de 1976.
- STEDH. Asunto Lingens c. Austria. Sentencia de 8 de julio de 1986 (9815/82).
- SWITZERLAND. [Constitution (1999)]. *Federal Constitution of the Swiss Confederation*. Disponível em: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en>. Acesso em: 15 ago. 2021.
- TJUE, Costa Enel, Asunto 6/64, Sentencia de 15 de julio de 1964.
- TJUE, Foto-Frost, Asunto C-314/85, Sentencia de 22 de octubre de 1987.
- TJUE, Les Verts, Asunto 294/1983, Sentencia de 23 de abril de 1986.
- TJUE, Sentencia Akerberg Fransson, Asunto C-617/2010, Sentencia de 26.02.2013.
- TJUE, Sentencia Belgian Electronic Sorting Technology. Asunto C-657/11. Sentencia de 11 de julio de 2013.
- TJUE, Sentencia Google Spain. Asunto C-131/12. Sentencia de 13 de mayo de 2014.
- TJUE, Sentencia Internationale Habelsgesellschaft, Asunto C-11/70, Sentencia de 17 de diciembre de 1970.
- TJUE, Sentencia Melloni. Asunto C-399/11, Sentencia de 26.02.2013.
- TJUE, Sentencia Melloni. Asunto C-399/11. Sentencia de 26.02.2013.
- TJUE, Sentencia Stauder/Stadt Ulm, Asunto C-29/69, Sentencia de 12,11.1969.
- TJUE, Sentencia Taricco II , Asunto C-42/17, Sentencia de 5.12.2015.
- TJUE, Sentencia Taricco, Asunto C-105/14, Sentencia de 8.09.2015.
- TJUE, Sentencia Valsts. Asunto C-527/11. Sentencia de 14 de marzo de 2013.
- TJUE, Simmenthal, Asunto C-106/77, Sentencia de 9 de marzo de 1978.
- TJUE, Van Gend and Loos, Asunto 26/62, Sentencia de 5 de febrero de 1963.
- TJUE. Sentencia Da Costa en Schaake NV y otros. Asuntos acumulados 28,29 y 30/62. Sentencia de 27 de marzo de 1963.
- WEILER, J. H. H. The transformation of Europe. *The Yale Law Journal*, v. 100, n. 8, p. 2405-2472, 1991.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.