UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
Centro de Ciências Jurídicas
Programa de pós-graduação em Ciências Jurídicas

UNIVERSIDAD DE GRANADA
Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas

A PROTEÇÃO SUPRANACIONAL DOS DIREITOS E A TRANSFORMAÇÃO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

DOUTORANDO:
DIEGO FERNANDES GUIMARÃES

ORIENTADORES:
PROF. DR. D. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
PROFª. DRª. MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

GRANADA (ESPANHA) / JOÃO PESSOA (BRASIL)
2024

UNIVERSIDAD DE GRANADA (UGr)
PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA (UFPB)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

TESE DOUTORAL EM CIÊNCIAS JURÍDICAS EM REGIME DE COTUTELA INTERNACIONAL

A PROTEÇÃO SUPRANACIONAL DOS DIREITOS E A TRANSFORMAÇÃO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

DOUTORANDO:
DIEGO FERNANDES GUIMARÃES

ORIENTADORES:
PROF. DR. D. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
PROFª. DRª. MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

G963p Guimarães, Diego Fernandes.
A proteção supranacional dos direitos e a transformação dos ordenamentos jurídicos / Diego Fernandes Guimarães. - João Pessoa, 2024.
365 f.

Orientação: Maria Creusa de Araújo Borges, Francisco Balaguer Callejón.
Tese (Doutorado) - UFPB/CCJ.

1. Direito Constitucional - Estado. 2. Direitos Humanos - Internacionalização. 3. Fontes do Direito. 4. Pluralismo jurídico. I. Borges, Maria Creusa de Araújo. II. Callejón, Francisco Balaguer. III. Título.

UFPB/BC CDU 342(043)

Elaborado por ANNA REGINA DA SILVA RIBEIRO - CRB-15/24

UFPB

UNIVERSIDAD DE GRANADA

ATA DE DEFESA DE DOUTORADO
DOUTORADO EM REGIME DE COTUTELA

Ata da Banca Examinadora do Doutorando **DIEGO FERNANDES GUIMARÃES** candidato ao grau de Doutor em Ciências Jurídicas.

Às 13h (horário de Brasília) do dia 27 de setembro de 2024, por meio de ambiente virtual (https://oficinavirtual.ugr.es/redes/SOR/SALVEUGR/accesosala.jsp?IDSALA=22995568), em cumprimento ao **CONVÊNIO DE COTUTELA INTERNACIONAL DE TESE** firmado entre a Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e a Universidade de Granada (UGR), constante no Processo Administrativo n° 23074.11024/2022-07, reuniu-se a Comissão Examinadora formada pelos seguintes Professores Doutores: Maria Creusa de Araújo Borges (Orientadora - UFPB), Francisco Balaguer Callejón (Orientador - UGR), Luciano Mariz Maia (Avaliador Interno - UFPB), Alessandra Correia Lima Franca (Avaliadora Interna - UFPB), Miguel Azpitarte Sánchez (Avaliador Externo - UGR), Augusto Aguilar Calahorro (Avaliador Externo - UGR) e Yolanda Gómez Sánhez (Avaliadora Externo - UNED), para avaliar a tese de Doutorado do aluno Diego Fernandes Guimarães, intitulada: **"A PROTEÇÃO SUPRANACIONAL DOS DIREITOS E A TRANSFORMAÇÃO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS"**, candidato ao grau de Doutor em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direitos Humanos e Desenvolvimento. Compareceram à cerimônia, além do candidato, professores, alunos e convidados. Dando início à solenidade, a professora Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Orientadora - UFPB) apresentou a Comissão Examinadora, passando a palavra ao Doutorando, que discorreu sobre o tema dentro do prazo e termos determinados no convênio de cotutela firmado. O doutorando foi a seguir arguido pelos examinadores na forma regimental. Ato contínuo, passou então a Comissão, em caráter secreto, à avaliação e ao julgamento do referido trabalho, concluindo por atribuir-lhe o conceito **APROVADO CUM LAUDE**, o qual foi proclamado pela Presidência da Comissão, achando-se o candidato legalmente habilitado a receber o grau de Doutor em Ciências Jurídicas, cabendo à Universidade Federal da Paraíba e a Universidade de Granada providenciar, como de direito, o diploma de Doutor a que o mesmo faz jus. Nada mais havendo a declarar, a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, Rosandro Barros da Silva Souza, Assistente em Administração do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, lavrei a presente ata, que assino juntamente com os demais membros da banca, para certificar a realização desta defesa. João Pessoa, 27 de setembro de 2024. xxxxxxxxx

Drª. Maria Creusa de Araújo Borges
(Orientadora – UFPB)

Documento assinado digitalmente
gov.br
MARIA CREUSA DE ARAUJO BORGES
Data: 16/10/2024 07:13:45-0300
Verifique em https://validar.iti.gov.br

BALAGUER CALLEJON FRANCISCO - 27262875D
Firmado digitalmente por BALAGUER CALLEJON FRANCISCO - 27262875D
Fecha: 2024.10.16 15:48:42 +02'00'

Dr. Francisco Balaguer Callejón
(Orientador – UGR)

Documento assinado digitalmente
gov.br
LUCIANO MARIZ MAIA
Data: 15/10/2024 08:03:11-0300
Verifique em https://validar.iti.gov.br

Dr. Luciano M:
(Avaliador Interno – UFPB)

Documento assinado digitalmente
gov.br
ALESSANDRA CORREIA LIMA MACEDO FRANCA
Data: 16/10/2024 10:05:42-0300
Verifique em https://validar.iti.gov.br

Drª
(Avaliador Interno - UFPB)

AZPITARTE SANCHEZ MIGUEL - 44251321B
Firmado digitalmente por AZPITARTE SANCHEZ MIGUEL - 44251321B
Fecha: 2024.10.23 06:40:49 +02'00'

Dr. Miguel Azpitarte Sánchez
(Avaliador Externo – UGR)

Dr. Augusto Aguilar Calahorro
(Avaliador Externo - UGR)

GOMEZ SANCHEZ MARIA YOLANDA - DNI 02188181F
Firmado digitalmente por GOMEZ SANCHEZ MARIA YOLANDA - DNI 02188181F
Fecha: 2024.10.18 15:58:15 +02'00'

Drª. Yolanda Gómez Sánhez
(Avaliadora Externo - UNED)

Firmado por Augusto Aguilar Calahorro. Profesor Titular de

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
SISTEMA INTEGRADO DE PATRIMÔNIO, ADMINISTRAÇÃO E CONTRATOS

FOLHA DE ASSINATURAS

Emitido em 24/10/2024

ATA Nº 01/2024 - PPGCJ (11.01.46.04)
(Nº do Documento: 1)

(Nº do Protocolo: NÃO PROTOCOLADO)

(Assinado digitalmente em 24/10/2024 14:56)
ROSANDRO BARROS DA SILVA SOUZA
ASSISTENTE EM ADMINISTRACAO
1023010

Para verificar a autenticidade deste documento entre em https://sipac.ufpb.br/documentos/ informando seu número: **1**, ano: **2024**, documento (espécie): **ATA**, data de emissão: **24/10/2024** e o código de verificação: **1d3578291c**

“Caminante son tus huellas
el camino y nada más;
caminante, no hay camino:
se hace camino al andar.” (Antonio Machado)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, meus penhorados agradecimentos ao Prof. Dr. Francisco Balaguer Callejón, fonte de inspiração e mentor intelectual deste percurso, instigante e desafiador, de estudos em teoria geral do direito, teoria da constituição e direito constitucional, assim como à Profa. Maria Creusa de Araújo Borges, pelas orientações constantes e pela decisiva influência exercida nos meus estudos sobre direitos humanos em perspectiva interdisciplinar.

Aos Professores Dr. Miguel Azpitarte Sánchez, Dr. Augusto Aguilar Calahorro, Dr. Luciano Mariz Maia, Dr. Gustavo Barbosa de M. Batista e Dra. Milena Barbosa de Melo, pelas sugestões e reflexões expostas por ocasião da banca de qualificação. Igualmente, aos Professores Dr. José Maria Porras Ramírez, Dr. Antonio Pérez Miras, Dr. Francisco Miguel Bombillar Sáenz e Dr. Hugo César de A. Gusmão pelo constante incentivo e pelo carinho fraterno.

Outrossim, é impossível não lembrar de quem sempre esteve sonhando comigo. Meus pais Aliana Fernandes e Flávio Romero Guimarães, cujos esforços desmedidos, décadas atrás, me permitiram criar laços inquebrantáveis com a ciência e a cultura, mas principalmente com a Andaluzia, laços que compartilho com minha irmã Larissa Fernandes Guimarães Garcia, a principal responsável pela minha personalidade, a quem se agrega Felippe Garcia, o irmão que a vida me deu.

Por último, fica registrada a minha satisfação pelas incontáveis demonstrações de amizade regadas também a discussões teóricas e acadêmicas com muitos colegas magistrados, que os faço representar nas pessoas do Dr. Emiliano Zapata de M. Leitão, Dr. Arthur Napoleão Teixeira Filho e Dr. Jeremias de Cássio Carneiro de Melo.

Sumário

ABREVIATURAS *10*

RESUMO *12*

RESUMEN EXPANDIDO *15*

ABSTRACT *16*

INTRODUÇÃO *12*

PARTE PRIMEIRA. A ESTRUTURAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS NOS ESTADOS NACIONAIS

1. PREMISSAS TEÓRICO-CONCEITUAIS *17*

1.1. NOTAS BÁSICAS SOBRE A PRODUÇÃO DO DIREITO EM PERSPECTIVA NÃO NECESSARIAMENTE ESTATAL **17**

1.1.1. Direito positivo: pluralidade de fontes e pluralidade de ordenamentos jurídicos ..30

1.2. O processo de formação dos Estados nacionais **37**

2. O(S) MODELO(S) DE ORGANIZAÇÃO DO DIREITO NOS ESTADOS NACIONAIS *52*

2.1. O Estado legal (ou legislativo) de direito **54**

2.1.1. O sobrevalor do Estado legislativo de Direito: a certeza do direito (como instrumento revolucionário). 54

2.1.2. O império da lei (supremacia e primazia) 56

2.1.3. A noção primária ou tradicional do princípio da separação de poderes 59

2.1.4. Os direitos fundamentais 62

2.1.5. O papel da Constituição e o conceito de lei no Estado Legal de Direito 65

2.1.6. O sistema de fontes do Direito no Estado Legal de Direito 67

2.2. Estado constitucional de Direito **70**

2.2.1. O sobrevalor do Estado constitucional de Direito: o pluralismo sociopolítico 70

2.2.2. A Constituição como veículo de consensos mínimos 75

2.2.3. A transmutação genética da Constituição: a normatividade e o sistema de fontes do Direito 78

2.2.4. Novos paradigmas do princípio da separação de poderes: jurisdição constitucional e a lei parlamentar como objeto de disputa 89

2.2.5. Os direitos fundamentais no Estado Constitucional 94

3. Especificidades e transição dos modelos de Estado Legal de Direito e Estado Constitucional do Direito no Brasil *99*

3.1. Notas sobre a organização do Direito no Brasil Colônia **99**

3.2. A formação do Estado nacional e as peculiaridades do Estado legal brasileiro **101**

3.3. O Estado constitucional de Direito no Brasil **109**

PARTE SEGUNDA. OS IMPACTOS DO SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL E DA PROTEÇÃO SUPRANACIONAL DE DIREITOS HUMANOS SOBRE O SISTEMA DE FONTES DO DIREITO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

4. A FORMAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL 117

4.1. O processo de institucionalização da sociedade internacional 117

4.2. A juridicidade e sistematicidade do direito internacional 128

4.2.1. A produção de normas de validade objetiva 129

4.2.2. O problema da fundamentação do direito internacional e o consenso interestatal como única fonte primária de produção jurídica 132

4.2.3. A sanção institucionalizada 144

4.2.4. As fontes do direito internacional 147

4.3. A relação entre o direito internacional e o direito nacional 159

4.3.1. Síntese das teorias dualista (Triepel) e monista internacionalista (Kelsen) 159

4.3.2. As relações, em concreto, entre os ordenamentos, sob a ótica do direito internacional 166

4.3.3. As relações, em concreto, entre os ordenamentos, sob a ótica do direito nacional 170

5. O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS 177

5.1. A Humanização do direito internacional 177

5.2. O percurso até a internacionalização de direitos humanos 186

5.3. Sistema universal de proteção de direitos humanos 195

5.4. Sistema europeu de direitos humanos 199

5.4.1. Como o Sistema Europeu de Direitos Humanos encara os ordenamentos e poderes públicos estatais 202

5.5. Sistema interamericano de direitos humanos 219

5.5.1. Como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos encara os ordenamentos e poderes públicos estatais 225

5.6. As relações, em concreto, entre os ordenamentos nacionais e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sob a ótica do direito nacional 240

5.6.1. A recepção do Direito internacional dos Direitos Humanos no sistema constitucional brasileiro 252

6. PRESSÕES DO SUPRANACIONAL SOBRE O ESTADO CONSTITUCIONAL: OS CASOS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA 260

6.1. O paradoxo: O Sistema Interamericano de Direitos Humanos como contratempo para o desenvolvimento do Estado Constitucional de Direito .. 260

6.2. Globalização e tutela de direitos no marco da integração europeia 292

6.2.1. O sistema de fontes da União Europeia, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e a doutrina dos contralimites 303

CONCLUSÕES 323

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 343

ABREVIATURAS

ADCT – Ato das disposições constitucionais transitórias (CF-88)

C1824 – Constituição Politica Do Império Do Brazil (1824)

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)

CDFUE – Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000)

CE – Constituição Espanhola (1978)

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950)

CF-1891 – Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (1891)

CF-34 – Constituição Da Republica Dos Estados Unidos Do Brasil (1934)

CF-46 – Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil (1946)

CF-88 – Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988

CIJ – Corte Internacional de Justiça

Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos.

CPJI – Corte Permanente de Jurisdição Internacional

CVDT – Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados (1969)

CVDT-OI – Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (1986)

DADDH – Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948)

DDHC-1789 – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)

DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

EC – Emenda Constitucional

ECD – Estado Constitucional de Direito

ELD – Estado Legal ou legislativo de Direito

NSP – Normas sobre produção jurídica

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966)

PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional (España)

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

RESUMEN EXPANDIDO

INTRODUCCIÓN. El objeto de esta investigación es la forma en que se estructuran los sistemas jurídicos, organizando sus fuentes y articulándose con otros sistemas. Se parte de los supuestos de que la estructuración concreta de un sistema jurídico está relacionada con la experiencia política y el grado de integración sociopolítica de una determinada comunidad, de modo que la estatalidad del fenómeno jurídico es una circunstancia histórica, más relacionada con el advenimiento del Estado nacional moderno, que puede dividirse en dos grandes modelos, según el modo como se organizan sus fuentes del Derecho: el Estado legal de Derecho y el Estado constitucional de Derecho. Por otra parte, algunas de las bases organizativas y consecuencias de este último modelo han sido cuestionadas ante los más recientes procesos de globalización e internacionalización de los derechos. El problema de investigación es el siguiente: ¿cómo ha afectado el desarrollo de los sistemas internacionales de protección de derechos a la estructuración de los sistemas jurídicos nacionales? El método de aproximación es dialéctico y el objetivo general es analizar el actual desarrollo dogmático de los principios estructuradores del sistema de fuentes a la luz de la apertura del ordenamiento jurídico estatal a los sistemas de protección internacional de derechos. DESARROLLO. El Estado nacional moderno aglutina los planes de producción y organización del Derecho, convirtiendo al ordenamiento jurídico en el único originario. En su primera fase, el Estado Legal, al sobrevalorar la seguridad jurídica como consecuencia de la necesidad de asegurar el triunfo revolucionario, se basó en la centralidad de la ley parlamentaria en el sistema de fuentes, afectando al contenido de la separación de poderes, dada la supremacía del Parlamento, a la concepción de los derechos fundamentales, más asociada a las libertades públicas, siendo las constituciones de naturaleza esencialmente política. El Estado Constitucional, por su parte, se caracteriza por la normatividad de la Constitución, que se convierte en vehículo de los consensos mínimos de una comunidad pluralista. La normatividad afecta significativamente a la noción de separación de poderes, además de eliminar la legitimidad puramente representativa de la ley. Ambos modelos pueden observarse en la experiencia constitucional brasileña, a pesar de algunas particularidades básicas, como la presencia del poder moderador en la Constitución de 1824, la centralidad de la ley parlamentaria en un sistema presidencial de gobierno desde la Constitución de 1891 y el perfil de control de constitucionalidad difuso y abstracto hasta la Constitución de 1988. RESULTADOS. Sin embargo, la profundización de las relaciones internacionales y el desarrollo del derecho internacional, así como la globalización jurídica, han tenido un impacto en los sistemas jurídicos nacionales e internacionales, especialmente por la desorganización de la producción jurídica hasta entonces hecha por y para el Estado, con efectos también en la democracia constitucional. De hecho, el surgimiento del modelo cooperativo de relaciones internacionales es contemporáneo al de las constituciones normativas y, en el plano de la producción jurídica, junto a los tratados que constituyen verdaderos negocios jurídicos, surgirán normas vinculantes dirigidas al conjunto de la sociedad internacional, amparadas por organizaciones internacionales. El derecho internacional estará constituido por normas con validez objetiva, con eficacia inter partes o eficacia erga omnes, producidas por fuentes primarias

convencionales y consuetudinarias y por fuentes derivadas, destinadas a la producción jurídica en el marco de las organizaciones internacionales, sistema este garantizado por mecanismos de sanción autónomos, menos institucionalizados que los del Estado. En el contexto de la relación entre el derecho internacional y los sistemas estatales, se observa que estos últimos siguen siendo los originarios, constituyendo el derecho internacional un sistema jurídico autónomo y paralelo, aunque derivado de los sistemas estatales, ya que estos últimos son el presupuesto de su existencia. Por lo tanto, aunque el derecho internacional interfiera con el derecho positivo estatal, el Estado conserva la capacidad de definir la organización de estas fuentes, con vistas a mantener la unidad del sistema jurídico. No sucede lo mismo con el desarrollo de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, caracterizados por la asunción de una obligación internacional por parte del Estado en materia de derechos a favor no de otro Estado, sino frente a todos los sometidos a su jurisdicción, obligación sustraída al dominio reservado del Estado y convertida en una relación de interés internacional. El sistema universal de derechos humanos no plantea desafíos al Estado constitucional, en la medida en que tiene un marcado carácter político, sus normas y decisiones de supervisión dependen de los instrumentos tradicionales del derecho internacional, sujetos en gran medida a la discrecionalidad y reciprocidad del Estado. El sistema europeo de derechos humanos, por su parte, mantiene una relativa deferencia hacia los poderes estatales, revelada por el instituto del margen nacional de apreciación, por su configuración del control de convencionalidad y por la institucionalización del diálogo judicial, limitándose a actuar en el establecimiento de estándares mínimos y comunes de protección constitucional de los derechos. El sistema interamericano de derechos humanos, en cambio, desarrolla una postura más impositiva, directa e incisiva sobre los sistemas y poderes públicos nacionales, como se desprende de la eficacia objetiva asociada a los contornos de su doctrina de control de convencionalidad, desarrollando una función similar a la de un Tribunal Constitucional, controlando la producción normativa estatal, actuando como árbitro en el control de la distribución de competencias y en la construcción de derechos (o dimensiones de derechos) no previstos en la Convención. Esta forma de actuar impacta en algunas de las bases político-constitucionales del Estado Constitucional: las acciones interactivas que tienen lugar en el espacio público estatal, el aspecto identitario de las constituciones estatales, la dinámica entre la jurisdicción constitucional interamericana y los órganos representativos estatales, afectando a la propia normatividad de la Constitución y a la pretendida promoción de la articulación del pluralismo sociopolítico. Las propuestas de desplazar el eje de preocupación hacia los órganos de aplicación y de considerarlo estructurado el sistema a partir de una lógica heterárquica significan rechazar el carácter prescriptivo del derecho y depreciar el proceso de producción del derecho y su íntima conexión con la comunidad y sus poderes políticos. Por último, la actual protección de los derechos en el contexto de la Unión Europea se basa en la incorporación de la Carta de Niza al derecho primario, lo que permite la interacción de los agentes en los espacios constitucional, nacional y europeo y la construcción de una identidad europea con los derechos fundamentales como epicentro. Sin embargo, esta incorporación no ha supuesto una ampliación de las competencias de la Unión, sino una protección de derechos en el ámbito competencial de la UE, lo que, por un lado, se aleja de la idea de derechos

fundamentales que históricamente se ha construido como protección de situaciones subjetivas y, por otro, no aporta seguridad jurídica ante la vaguedad que aporta el reparto de competencias del Tratado de Lisboa. CONCLUSIONES. En el caso del sistema interamericano, es necesario impulsar una reforma institucional que sea capaz de establecer consensuadamente bases uniformes para su interrelación con los sistemas jurídicos nacionales. La Corte Interamericana necesita desarrollar su doctrina de discrecionalidad nacional e institucionalizar algún instrumento de diálogo judicial. A nivel estatal, la reforma necesita establecer una forma común de incorporar estándares interpretativos con eficacia erga omnes, así como establecer algún contra-límite que esté a disposición del espacio público estatal y de las interacciones mayoría-minoría. En cuanto a la Unión Europea, su constitucionalización efectiva dependerá de la inclusión de la CDFUE como marco común de derechos fundamentales que abarque a todos los Estados parte, dejando de limitarse al ámbito competencial de la Unión.

Palabras clave: Fuentes del Derecho; Estado Constitucional de Derecho; Pluralismo Jurídico; Internacionalización de los Derechos Humanos.

RESUMO

A pesquisa foi desenvolvida em regime de **cotutela internacional** entre a UGr e a UFPB e tem como **objeto** o modo como se estruturam os sistemas jurídicos, organizando as suas fontes e articulando-se com outros sistemas. Partindo do pressuposto de que a estruturação de um ordenamento jurídico está relacionada com a experiência política e com o grau de integração de uma dada comunidade, dissociam-se dois modelos de organização das fontes do Direito de matriz romano-germânica: O Estado legal de Direito e o Estado constitucional de Direito. Algumas das bases e consequências organizativas deste último modelo têm sido questionadas em face dos mais recentes processos de globalização e de internacionalização dos direitos. Propôs-se como **problema** de pesquisa o seguinte: como o desenvolvimento dos sistemas de proteção internacional de direitos tem repercutido na estruturação dos ordenamentos jurídicos nacionais. O **método** de abordagem é dialético e o **objetivo** geral é analisar o atual desenvolvimento dogmático dos princípios estruturantes do sistema de fontes a luz da abertura do ordenamento jurídico estatal aos sistemas de proteção internacional de direitos. O Estado nacional reúne os planos de produção e de organização do Direito, alçando o seu ordenamento jurídico como o único originário. Em sua primeira fase, o Estado Legal se pauta na centralidade da lei parlamentar no sistema de fontes. Já o Estado Constitucional é caracterizado pela normatividade da Constituição, que se transforma em veículos de consensos mínimos de uma comunidade pluralista. Ambos os modelos se verificam na experiência constitucional brasileira, não obstante algumas particularidades de base. A **contribuição** desta pesquisa reside na constatação de que o desenvolvimento do direito internacional e a globalização têm gerado impactos nos sistemas jurídicos nacionais e internacional, especialmente desarticulando a produção jurídica antes feita pelo e para o Estado. No seio do direito internacional em geral, o Estado preserva a capacidade para definir a organização unitária destas fontes. Ademais, o sistema universal de direitos humanos não representa desafios ao Estado Constitucional, por possuir caráter político. Já o sistema europeu de direitos humanos mantém uma relativa deferência aos poderes estatais, revelada pelo instituto da margem de apreciação nacional, por sua configuração de controle de convencionalidade e pela institucionalização do diálogo judicial, limitando-se a atuar na fixação de standards comuns de proteção constitucional de direitos. Já o sistema interamericano de direitos humanos desenvolve uma postura mais impositiva, direta e incisiva sobre os ordenamentos e poderes públicos nacionais, como se vê da sua doutrina sobre controle de convencionalidade e do exercício de funções típicas de Tribunal Constitucional, impactando em algumas das bases político-constitucionais do Estado Constitucional. Por último, a atual proteção de direitos no contexto da União Europeia se dá a partir da incorporação da Carta de Nice ao direito primário, permitindo a interação dos agentes nos espaços constitucionais, nacionais e europeus. Mas, ao não ampliar as competências da União se afasta da ideia de direitos fundamentais que foi construída historicamente e não fornece segurança jurídica em face da vagueza proporcionada pela distribuição competencial no Tratado de Lisboa.

Palavras-Chave: Fontes do Direito; Estado Constitucional de Direito; Pluralismo jurídico; Internacionalização de Direitos Humanos.

ABSTRACT

The research was carried out under an international co-tutorship agreement between the UGr and the UFPB and its object is the way in which legal systems are structured, organising their sources and articulating with other systems. Based on the assumption that the structuring of a legal system is related to the political experience and degree of integration of a given community, two models for organising the sources of law of Roman-Germanic origin are dissociated: the legal rule of law and the constitutional rule of law. Some of the organisational bases and consequences of the latter model have been questioned in the face of the most recent processes of globalisation and the internationalisation of rights. The research problem is as follows: how the development of international rights protection systems has impacted on the structuring of national legal systems. The method of approach is dialectical and the general objective is to analyse the current dogmatic development of the structuring principles of the system of sources in the light of the opening up of the state legal system to systems of international protection of rights. The national state brings together the stages of production and organisation of law, making its legal system the only original one. In its first phase, the legal rule of law is based on the centrality of parliamentary law in the system of sources. The constitutional rule of law, on the other hand, is characterised by the normativity of the Constitution, which becomes a vehicle for the minimum consensus of a pluralist community. Both models can be seen in the Brazilian constitutional experience, despite some basic particularities. The contribution of this research lies in the fact that the development of international law and globalisation have had an impact on national and international legal systems, especially by dismantling the legal production previously done by and for the state. Within international law in general, the state retains the ability to define the unitary organisation of these sources. Furthermore, the universal human rights system does not pose any challenges to the constitutional state, as it is political in nature. The European human rights system, on the other hand, maintains a relative deference to state powers, revealed by the institute of the national margin of appreciation, by its configuration of conventionality control and by the institutionalisation of judicial dialogue, limiting itself to acting in the establishment of common standards for the constitutional protection of rights. The Inter-American human rights system, on the other hand, develops a more imposing, direct and incisive stance on national public orders and powers, as can be seen from its doctrine on conventionality control and the exercise of typical Constitutional Court functions, impacting on some of the political-constitutional bases of the Constitutional State. Finally, the current protection of rights in the context of the European Union is based on the incorporation of the Nice Charter into primary law, allowing for the interaction of agents in constitutional, national and European spaces. However, by not extending the Union's competences, it moves away from the idea of fundamental rights that has been built up historically and does not provide legal certainty in view of the vagueness provided by the distribution of competences in the Lisbon Treaty.

Keywords: Sources of Law; Constitutional Rule of Law; Legal Pluralism; Internationalisation of Human Rights.

INTRODUÇÃO

O modo como o Direito se organiza está inteiramente relacionado com a forma de organização do poder numa dada sociedade, com os seus valores e no esteio de suas experiências políticas.

Assim, o ordenamento jurídico característico do Estado legal ou legislativo de Direito, organizado hierarquicamente em torno da lei, esta como expressão da atuação parlamentar representativa, se baseava na posição de proeminência daquela fonte no quadro das fontes do Direito e refletia, com as suas particularidades, o cenário político, econômico e cultural do tempo em que vigorou, conectado com uma sociedade pretensamente unitária e homogeneizada, com a democracia representativa de sufrágio limitado e na lei parlamentar como expressão racional da vontade geral.

A transição deste modelo para o chamado Estado Constitucional de Direito foi inicialmente exposta na nossa dissertação de mestrado intitulada, em português, “O sistema de fontes do Direito na Constituição Federal de 1988: o caso pendente da abertura às normas internacionais de direitos humanos”, apresentado no programa de mestrado em “Derechos fundamentales en perspectiva nacional, supranacional y global”, da Universidade de Granada.

Nela, a fim de estudar a interação entre os ordenamentos internacionais e nacional, começamos a debater sobre o marco ideológico do pluralismo sociopolítico que promove, especialmente nos países que passam a adotar o tipo de constituição normativa, transformações nas bases sobre as que se apoia o sistema jurídico, inclusive modificando-o estruturalmente, orientando-o para a Constituição, posta como fonte superior dotada de natureza político-jurídica e que também passa por uma metamorfose, na medida em que adquire uma função ordenadora da comunidade pluralista e passar a abrigar normas que plasmam os consensos básicos da vida política e social.

Contudo, a proposta do Estado Constitucional é naturalmente aberta à novas formulações, dada a sua imanência cultural e, neste ponto, reside toda sua virtuosidade.

No caso dos países que adotaram o Estado Constitucional de Direito nas últimas décadas do século passado, já o fizeram no seio da intensificação das relações internacionais de cooperação e integração e dos processos de globalização política, econômica e jurídica. O próprio conteúdo da matéria constitucional se espalha para além do Estado e da Constituição, em face dos movimentos de integração supranacional, da afirmação de direitos humanos e da atuação de atores internacionais que supervisionam a produção normativa e a concretização de direitos nos espaços nacionais.

Assim sendo, propôs-se o seguinte como **problema** de pesquisa: como o desenvolvimento dos sistemas de proteção internacional de direitos tem repercutido na estruturação dos ordenamentos jurídicos nacionais?

Como é intuitivo, se trata de uma investigação que tem como objeto o modo como interagem ordenamentos jurídicos diversos, na perspectiva do Direito como um conjunto sistemático de normas articuladas numa unidade, em que é indispensável a análise do processo de produção de suas normas para efeito de definição da abrangência do direito positivo. Ademais, parte-se das conquistas civilizatórias que marcam o modelo do Estado Constitucional e que dão sustento à originariedade do sistema jurídico estatal, apoiado no grau máximo de integração sociopolítica alcançado pela organização política histórico-concreta que denominamos de Estado, locus por excelência da vida comunitária e onde se projetam aquelas conquistas.

A globalização e a internacionalização de direitos geram efeitos sobre o espaço jurídico estatal, em face da produção de disposições normativas e normas (*res interpretata*) por órgãos diversos e desarticulados e a relação entre o exercício da cidadania e o conteúdo da matéria normada se torna menos intensa, inclusive em face da competitividade entre os ordenamentos jurídicos por força do mercado globalizado, pondo em xeque algumas das premissas do Estado constitucional, tais como o exercício das funções de controle e de articulação de consensos fundamentais.

Todas estas circunstâncias, de proliferação de formas de produção jurídica, representam um desafio para a atividade de reconstrução da unidade do sistema jurídico, aparentemente desordenado, reforçado pelo desempenho por tribunais internacionais de uma função garantidora de direitos “desligada das

condições práticas e jurídicas encontradas em cada ordenamento concreto”[1], isto é, num contexto de ausência de interação com outras instâncias representativas realizadoras de direitos.

Desta maneira, como **hipótese**, propõe-se que o cenário de abertura externa e de comunicação com os sistemas de proteção internacional de direitos acarreta uma desformalização dos sistemas jurídicos estatais, os quais buscam articular as fontes jurídicas internacionais fora da lógica dos preceitos de hierarquia e competência que caracterizam o modelo do Estado Constitucional.

A **importância prática** desta pesquisa se situa precisamente no debate e nas possíveis propostas de articulação de disposições normativas e normas oriundas de origens diversas e que afeta a atividade pragmática que é a essência técnica do Direito: a escolha da norma aplicável ao caso concreto.

Ademais, o desenvolvimento desta pesquisa no seio de um Convênio de Cotutela firmado entre a Universidad de Granada e a Universidade Federal da Paraíba, sob o amparo do Acordo de Cooperação e Intercâmbio Acadêmico firmando entre ambas as instituições e, ainda, de projeto aprovado no Programa de Internacionalização CAPES-Print, permitiu que fosse realizado um intenso diálogo entre culturas jurídicas diversas a partir da consulta e referência a fontes bibliográficas e documentais que, além de enriquecerem o estudo comparativo que está na base da edificação desta tese, amplificam os resultados concretos alcançados e suas aplicações práticas ao cotidiano de juristas e operadores do direito brasileiros.

A seu turno, o **objetivo geral** desta pesquisa é analisar o atual desenvolvimento dogmático dos princípios estruturantes do sistema de fontes a luz da abertura do ordenamento jurídico estatal aos sistemas de proteção internacional de direitos, tendo como **objetivos específicos**: 1) descrever o desenvolvimento inicial dos princípios estruturantes do sistema de fontes no contexto dos Estados nacionais e seus respectivos fatores políticos e culturais; 2) explicar as influências dos processos de globalização e de abertura nacional

[1] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa: una perspectiva constitucional. **Revista de derecho constitucional europeo**, v. 1, p. 25–46, 2004.

aos sistemas de proteção internacional de direitos sobre a estruturação dos ordenamentos jurídicos.

Quanto ao aspecto metodológico, importa mencionar que a presente tese é fruto do desenvolvimento de um estudo reflexivo e sistemático, a partir das técnicas de investigação doutrinária e jurisprudencial, em perspectiva comparada.

O **método de abordagem** é essencialmente dialético, na medida em que contrasta o desenvolvimento dogmático inicial de uma tese com antíteses de fato, com o fim de responder à questão-problema da pesquisa. O enfoque dialético, ademais, permite o estudo reflexivo global e sistemático entre os ordenamentos jurídicos comparados.

A coletânea de dados se apoia na literatura disponível em bases online e impressas, transmitida por fontes jurídico-formais, revistas científicas, livros e exposições (palestras), com o fim de definir o referencial teórico necessário para o desenvolvimento da tese e antítese, as quais serão objeto de cotejo nesta pesquisa.

A tese será dividida em duas **partes fundamentais**.

Primeira parte, dedicada ao estudo da estruturação dos sistemas jurídicos nos estados nacionais. No capítulo 1 são estabelecidas as premissas teórico-conceituais relativas à produção do direito em perspectiva não necessariamente estatal e os processos de formação dos Estados Nacionais. No capítulo 2 são estudados os dois grandes modelos de organização do Direito nos Estados Nacionais de viés romano-germânico: o Estado legal ou legislativo de direito e o Estado constitucional de Direito. Já o capítulo 3 está voltado ao estudo das especificidades da transição dos modelos de Estado legal de direito e Estado Constitucional de Direito no Brasil.

Segunda parte, dedicada ao estudo dos impactos do sistema jurídico internacional e da proteção supranacional de direitos humanos sobre o sistema de fontes do Direito no Estado Constitucional. O capítulo 4 desenvolve a análise sobre a formação e o desenvolvimento do sistema jurídico internacional, a partir do processo de institucionalização da sociedade internacional, da definição da juridicidade e sistematicidade do direito internacional e das relações entre o

direito internacional e os direitos nacionais. O capítulo 5 trata do sistema internacional de proteção de direitos humanos, através do estudo da humanização do direito internacional e o percurso histórico até o processo de internacionalização, bem como descreve e analisa criticamente os sistemas universal, europeu e interamericano de direitos humanos e seus graus de impacto sobre as bases e consequências do Estado Constitucional, inclusive mediante o exame das diferentes relações entre os ordenamentos nacionais e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sob a ótica dos diversos sistemas constitucionais nacionais. Por fim, o capítulo 6 cuida das pressões do supranacional sobre o Estado Constitucional, a partir dos exemplos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Direito da União Europeia.

PARTE PRIMEIRA

A ESTRUTURAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS NOS ESTADOS NACIONAIS

1. PREMISSAS TEÓRICO-CONCEITUAIS

1.1. NOTAS BÁSICAS SOBRE A PRODUÇÃO DO DIREITO EM PERSPECTIVA NÃO NECESSARIAMENTE ESTATAL

É bastante recorrente a anotação aristotélica acerca do traço de socialidade humana, segundo a qual o "homem é um ser político e está em sua natureza o viver em sociedade"[2], visível na experiência histórica e que compreende a aptidão natural dos indivíduos para a formação de associações humanas (grupos, círculos sociais, comunidades, etc), que compartilham valores e/ou objetivos e que se organizam de acordo com regras determinadas.

Nestas associações é possível identificar um elemento pessoal, representado pelos indivíduos ou grupos de indivíduos que as compõem e que são interdependentes, o elemento finalístico, estabelecido pelos valores e objetivos que cimentam a congregação e o elemento normativo, traduzido nas regras que norteiam as relações entre os componentes, entre estes e a associação e de todos com as demais associações.

Em virtude da convivência e da interação humanas, e atingindo um certo grau de desenvolvimento, o comum é que tais associações passem a constituir uma realidade permanente[3] e dinâmica, na medida em que, em face de tais características, os seus elementos são mutáveis, embora mantida a sua individualidade, ou seja, os integrantes variam, os valores e objetivos podem ser reforçados, adaptados ou até verem-se substituídos por outros e, por fim, as regras também são variantes, quer seja por força da adaptação às novas

---

[2] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômano**. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 212. A escolha desta referência se justifica por ser didática, embora haja outras figuras explicativas na história do pensamento político, tais como o "animal politicum et sociale multitudine vivens" de Tomás de Aquino ou o "apetitus societatis" de H. Grócio.

[3] "(...) gli ordinamenti hanno una loro dimensione temporale durevole, in ciò distinguendose da um ordine sociale momentâneo, che si esaurisca in una volta sola". (CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di Diritto Costituzionale**. Tomo 1. 2ª ed. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1970. p. 4)

situações subjetivas e/ou teleológicas ou, ainda, simplesmente por necessidade organizacional.

Enquanto alcançam determinados estágios de desenvolvimento, os grupos sociais passam por processos de integração e discriminação, inclusive entrelaçando-se[4], bem como se organizam em torno do poder.

Pelo processo de integração, o grupo incorpora ou é incorporado ou, ainda, se associa a outros, o que significa introduzir naquela realidade dinâmica novos sujeitos, valores, objetivos e até diferentes padrões de conduta. Por sua vez, o processo de discriminação ocorre quando, dentro da associação, são gerados subgrupos, que, não obstante permaneçam como partes integrantes, detêm valores e/ou objetivos específicos e, por vezes, reivindicam e gozam de um tratamento normativo e/ou organizacional diferenciados.

Os processos de integração e de discriminação dão lugar ao surgimento de associações humanas que constituem unidades orgânicas, entendendo-se estas não no sentido que compunha o ideário medieval, quando pendiam para uma unidade do bem comum subtraindo o elemento individual, nem tampouco no moderno, que sobrelevava a condição individual e sua vontade como fatores genéticos de qualquer comunidade política, mas propriamente no de formação de um efetivo corpo social: a unidade é o todo, mas com preservação da identidade (em maior ou menor intensidade) das partes integrantes, as quais se mantêm unidas por exigências comuns. Neste caso, convivem a unidade e as partes integrantes mediante os arranjos relacionais que forem se articulando.

A seu turno, a organização em torno do poder significa estabelecer o "projeto preordenado de postos e atribuições"[5], definindo as capacidades, incumbências e deveres dos sujeitos integrantes do grupo social, o que também acaba por refletir os valores e objetivos que cimentam a unidade e se vê

---

[4] "A esta noção de grupos sociais, de círculos, que são os organismos sociais, e a que correponde o direito próprio, ajusta-se o que pensava Herbart quando entendia afirmar: tantos fins comuns são possíveis, tantas sociedades existem, de modo que cada indivíduo pode pertencer a muitas e, pois, estar sujeito (e está sempre) a mais de um sistema jurídico, econômico ou moral". (MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do Direito**. v. 1. 2ª ed. Campinas/SP: Bookseller, 2005. p. 275).

[5] GIANNINI, Massimo Severo. Gli elementi degli ordinamenti giuridici. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**. v. VIII, n. 2, 1958, p. 237.

projetado no plano das normas que vigoram no grupo social e em suas relações com os demais grupos.

Este panorama, embora superficial teoricamente, é tanto mais válido por seu testemunho histórico: o surgimento e o desenvolvimento das antigas civilizações agrícolas, por exemplo, partiram de agrupamentos sociais baseados em vínculos de ancestralidade ou de familiaridade, passando pela formação de clãs, de uniões supergentilícias até culminarem numa ordenação mais estável[6]. Entretanto, aquele também importa para tornar evidente que o fenômeno jurídico-normativo é congênito à formação de quaisquer grupos sociais que constituam uma unidade[7], na medida em que consubstanciam as regras da convivência entre si e entre os sujeitos e o próprio grupo.

Ademais, analisadas numa perspectiva sociológica, tais regras podem ter variadas naturezas (morais, religiosas, técnicas, de etiqueta, etc), mas a coparticipação do poder (difuso ou político) na origem terá o efeito de lhe conferir uma validade independente do consentimento ou das concepções éticas, morais, técnicas, etc, dos sujeitos a que se dirigem[8], o que é indispensável e inerente a qualquer ordem social.

Dentro daquela perspectiva, Miguel Reale apresenta uma didática lição acerca da nomogênese jurídica, baseada que está na intercessão do poder nos processos de escolha da solução normativa, ou seja, da regra de convivência que deve vigorar num dado momento, de acordo com a experiência histórica da comunidade e de sua relação com a natureza. Em suas palavras, “nesta escolha de validade objetiva e de força constitutiva de Direito novo, revela-se a essência da coparticipação do poder, o qual é um fato que determina uma solução normativa em função de um complexo de outros fatos”[9].

---

[6] Cfr. DEL VECCHIO, Giorgio. **Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1957.

[7] O que denominamos grupo social unitário corresponde à noção de **ente social** apresentada por Crisafulli, caracterizada por um traço morfológico diferenciado quanto ao seu elemento organizacional, que o autor desdobra nas exigências de que: a) o pertencimento ao grupo seja estavelmente predeterminado; b) que haja uma organização no sentido jurídico de distribuição de deveres e funções. Cfr.: CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di Diritto Costituzionale**. Tomo 1. 2ª ed. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1970. p. 4-5.

[8] Como se vê, esta concepção de juridicidade transcende o debate de raiz kantiana acerca da pertinência da heteronomia e da exterioridade como traços diferenciadores do jurídico. Cfr. KANT, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito: Doutrina do Direito**. 2ª ed. Bauru/SP: Edipro, 2007. p. 45-46.

[9] REALE, Miguel. **Pluralismo e liberdade**. Rio de Janeiro: Ed. Expressão e cultura. p. 224

Os indivíduos intuem as normas de conduta para o convívio social segundo sua pauta de valores e/ou objetivos que, dada a sua capacidade expansiva, encontra na associação humana o espaço de convergência com outras representações – e outros valores e objetivos – e, portanto, tornam-se passíveis de juridificação, a qual – sob a ótica sociológica – corresponde ao processo de interferência do poder (político/institucionalizado ou social/tradicional) destinado à escolha da solução normativa válida para toda a associação, validade esta que será objetiva, ou seja, independentemente do consentimento dos indivíduos que a integram. O mesmo fenômeno ocorrerá nas relações intergrupos, na medida da realização dos processos de integração e discriminação.

Não é despiciendo repetir que a solução normativa terá sido tomada à luz de contextos fático-axiológicos essencialmente variáveis, já que a associação humana é uma realidade dinâmica e os processos de integração e discriminação são incessantes, o que demonstra que a norma jurídica, conquanto objetivada numa estrutura de proposição lógica, "envolve, necessária e concomitantemente, uma referência tensional aos dados de fato e às exigências axiológicas que lhe deram vida, assim como às intercorrentes ou sucessivas implicações fático-axiológicas que lhe alteram o significado"[10].

Em contrapartida, analisando aquelas mesmas regras em perspectiva científico-jurídica, pode-se dizer que estarão dotadas de juridicidade basicamente quando integrarem um ordenamento jurídico, vale dizer, quando tiverem sido produzidas de acordo com as normas que o próprio sistema estabelece para a produção de suas normas[11]. Estas são normas que, diferenciadas das normas de conteúdo ou substanciais que estabelecem regras de convivência, regulam o processo de incorporação de normas ao ordenamento jurídico, incorporação esta realizada pelo conduto das denominadas fontes do

---

[10] REALE, Miguel. Fundamentos da concepção tridimensional do direito. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, 1961, 56.2: 66-87. p. 81.

[11] Acerca da juridicidade, Balaguer conclui que "la juridicidad la confiere un ordenamiento mediante lo establecido en las NSP [normas sobre producción jurídica] que regulan los procesos de producción del Derecho dentro del mismo", em seguida citando lição de Tomaso Perasso, *ipsis litteris*: "La giuridicità di una norma si determina in base allo stesso ordinamento rispetto al quale si vuol conoscere se essa è giuridica. Poiché norma giuridica significa norma appartenente ad un determinato ordinamento, è in questo stesso ordinamento che si deve ricercare il criterio per stabilire se tale norma vi appartiene" (CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho**. v. 1. Madrid: Tecnos, 1991. p. 99-100).

Direito[12]. Aqeulas são as denominadas normas sobre produção jurídica (NSP) que, no limite, estão conectadas aos processos de coparticipação do poder a que fizemos referência e dão substância ao ordenamento jurídico. Em outras palavras, as NSP, além de alicerçarem a juridicidade das normas, permitem sistematizar o todo o Direito a partir das suas fontes, do seu processo de produção que está intimamente relacionado com as manifestações de poder (não apenas, mas principalmente) político.

Esta elaboração acerca da sistematização do Direito se deve a H. Kelsen, cuja virtude científica reside em concentrar a análise da juridicidade em seu aspecto formal, isto é, em seus processos produtivos e a partir da constituição material que é entendida como "norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas gerais"[13], na medida em que estabelecem os requisitos e competências da produção normativa e as fontes mediante as quais se incorporam as normas (frise-se, de conteúdo ou sobre produção) ao sistema jurídico.

A propósito, esta noção formalista de juridicidade se encontra coerentemente associada tanto à questão da validade objetiva da norma jurídica, quanto a diferenciação entre sistemas normativos.

Sobre a primeira questão, que a validade de uma norma seja independente do consentimento ou das convicções dos sujeitos a que dirigidas é uma condição inerente a qualquer ordem social normativa. Por tal razão, a validade objetiva da norma jurídica não deriva da vontade nem do sujeito produtor, nem do sujeito destinatário, mas é conferida por uma norma superior que lhe confere validade[14] e que, por sua vez, terá a sua validade sujeita a outra

---

[12] "[...] la fuente es sólo uma forma que integra normas a las que confiere um régimen jurídico próprio. [...] Las NSP se relacionam com el ordenamiento jurídico a través de las fuentes del Derecho. Las NSP producen normas que se incorporan al ordenamiento mediante el soporte formal que proporcionan las fuentes del derecho" (CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho**. v. 1. Madrid: Tecnos, 1991. p. 67).

[13] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 247. Frise-se que, para Kelsen, a constituição formal é aquela que não contém apenas normas sobre produção, mas também outros assuntos politicamente relevantes. E mais. A constituição material pode perfeitamente prever fonte consuetudinária ou legislativa (em sentido amplo) como produtoras de direito, o que se associa ao que dissemos acerca de sua conexão com o fenômeno da coparticipação do poder na base (sociológica) da juridicidade de um ordenamento.

[14] KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 473.

norma superior, de modo a se estabelecer uma causalidade normativa no interior do próprio sistema.

Vê-se, assim, por um lado, que a juridicidade não é conferida por sua estatalidade, até porque o Estado é uma dentre as várias formas de organização do poder político, historicamente contingente e também diversificado, sem que se possa remover o fenômeno da juridicidade de outras formas de associação humana juridicamente organizada.

Já sobre a segunda questão, Kelsen identifica que nos sistemas normativos jurídicos as normas valem porque o seu processo de produção correspondeu ao prescrito pela norma fundamental ou básica do sistema, alcançada pelos vínculos de causalidade normativa que formam um encadeamento estrutural (que lhe dá unidade, como se verá adiante), enquanto nos sistemas normativos não jurídicos as normas valem porque o seu conteúdo corresponde à norma básica[15], desta derivando dedutivamente. Esta é a diferenciação entre os sistemas normativos dinâmicos, que são jurídicos, e os sistemas normativos estáticos, que são não jurídicos.

Nos sistemas normativos estáticos, a norma fundamental fornece o fundamento de validade e o conteúdo de validade de todas as normas que dela derivam, mas esta operação só é possível quando a norma básica possui um conteúdo imediatamente evidente, o que significa dizer que se trata de uma norma básica volitiva, que lhe estabelece um dado conteúdo. Os sistemas normativos morais ou religiosos contêm este princípio estático. No caso do sistema jurídico, porém, a norma básica racionalmente não tem como ter um conteúdo diverso da própria atribuição de competência criadora de normas,[16] não possuindo, portanto, qualquer conteúdo material.

Pois bem. Sintetizando o conteúdo até aqui apresentado a: a) sob o ponto de vista sociológico, a nomogênese jurídica se caracteriza pela

---

[15] Em suas palavras: “Las normas de un sistema normativo de este último tipo [de principio estático] no valen porque su creación corresponde a lo determinado por la norma básica, sino porque su contenido corresponde al de la norma básica supuesta, respecto de cuyo contenido aquellas normas están relacionadas com el de ésta como lo particular con lo general” (KELSEN, Hans. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. México DF: BFP, 1991. p. 99-100.),

[16] “O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental.” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 219)

coparticipação do poder (difuso ou político), que escolhe as soluções normativas que devem valer objetivamente; b) sob o ponto de vista dogmático, a norma jurídica é aquela que está integrada a um ordenamento jurídico; c) a norma estará integrada a um ordenamento jurídico quando seu processo de formação tiver atendido às normas sobre a produção jurídica estabelecidas pelo próprio ordenamento; d) consequentemente, a validade objetiva da norma corresponde, não à vontade de seus destinatários, mas ao vínculo de causalidade normativa com a norma superior que constitui o seu fundamento; e) o sistema normativo jurídico, portanto, se caracteriza pela dependência de validade da norma exclusivamente do seu processo de produção.

Embora estas se afigurem como proposições elementares para a apreensão dos conceitos manejados nesta pesquisa, é necessário, ainda, complementá-las pelas explicações do que se compreende, precisamente, por norma e por ordenamento jurídico, salientando, desde já, que os seus respectivos fundamentos são de natureza diversa[17].

Um ordenamento jurídico é, antes de mais nada, um conjunto sistematizado de normas jurídicas[18], reunindo, assim, as noções de sistema e de normas jurídicas.

Se é um sistema, todos os seus componentes encontram-se interrelacionados e integrados numa unidade[19] em face de sua remissão a um centro referencial comum, que funciona como seu fator de legitimidade (e, por esta razão pode ser chamado de fonte-origem ou fonte de legitimidade) e de integridade, compondo-se, portanto, por proposições por essência não contraditórias.

---

[17] Josep Agiló Regla demonstra a necessidade metodológica de separar a análise da origem das normas jurídicas da análise da origem do ordenamento jurídico, pois, no primeiro caso, se examinam as fontes de produção de normas jurídicas e sua hierarquia dentro do sistema de referência, enquanto, no segundo, o foco recai sobre a fonte última de unidade do próprio sistema, a sua fonte de legitimidade. Cfr.: REGLA, Agiló Josep. **Teoria geral das fontes do Direito**. Lisboa: Escolar editora, 2014.

[18] Embora admitamos a predominância dogmática do conceito mais abrangente, no sentido de que o ordenamento é o conjunto sistemático de normas, acrescido de seus princípios, valores, relações jurídicas e instituições. Neste ponto, cfr.: CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Manual de Derecho Constitucional**. v.1. 13ª ed. Madrid: Tecnos, 2018. p. 89.

[19] "O ideal de sistema como organismo dedutivo baseado num único princípio continuou sendo patrimônio da filosofia, que o cultivou mesmo quando — a exemplo de Kant — declarou que esse ideal era inatingível pelo conhecimento humano" (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 909).

É a lição de F. Pergolesi acerca da construção sistemática característica do ordenamento jurídico, segundo a qual "todas as fontes devem ser reconduzidas a um sistema harmônico, sob pena de dissolução do ordenamento"[20], tendo como efeito a necessidade de uma construção unitária, integral e graduada, no sentido de que a própria razão de ser da ordem seria a posição do que denomina "fonte originária e suprema" de validade e eficácia de todas as demais.

Esta imagem, seguramente a mais difundida sobre a fonte-origem ou fonte de legitimidade do próprio ordenamento[21], suscita, porém, diversas e conflitantes teorias do Direito construídas nos últimos séculos, não obstante aquelas que se propuseram à sua identificação a partir de uma perspectiva racional e não metafísica[22] têm obtido maior aceitação metodológica na Ciência do Direito ocidental.

O positivismo normativista, por exemplo, se empenhou na construção do que denominou de norma fundamental pressuposta. Para H. Kelsen, "a procura do fundamento de validade de uma norma reporta-se, não à realidade, mas à outra norma da qual a primeira é derivável"[23], de modo que a unidade do sistema normativo estaria assentada na recondução de todas as suas normas a uma mesma norma fundamental, que funcionaria como fonte comum de validade de todas as normas deste sistema normativo[24] e que não poderia ser posta por uma autoridade, ainda que a mais alta autoridade legiferante, afinal, a norma por esta posta ainda precisaria se fundamentar noutra norma que determinasse que ela deveria ser cumprida (pois do ser não se poderia derivar um dever-ser).

---

[20] PERGOLESI, Ferruccio. **Diritto Costituzionale**. v1. 15ª ed. Padova: 1962. p. 209.

[21] Pegoraro e Rinella, em pespectiva comparada, diferenciam cinco grandes fórmulas (claramente prescritivas) de que se revestiriam as fontes de legitimação: "faça como fizeram os pais", "comporte-se de acordo com os pactos", "obedeça a Deus", "siga a razão" e "respeite a vontade do chefe político". Cfr. PEGORARO, Lucio e RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados**. v. 1. 1ª ed. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2021. p. 281-330.

[22] Um trabalho descritivo e analítico, feito no início do século XX, teve (e tem) um papel destacado neste sentido: ROSS, Alf. **Teoría de las fuentes del derecho – Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas**. 3ª ed. Madrid: CEPC, 2018.

[23] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 162.

[24] "Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum" (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 217).

Por esta razão, a norma fundamental é pressuposta, já que não posta por qualquer autoridade, e sua validade independente de qualquer outra norma, funcionando, para a ciência do Direito, como postulado científico[25], no sentido de operar como causa originária por convenção ou evidência de todas as demais proposições.

Esta norma fundamental pressuposta, conquanto não limite o jurídico ao fenômeno estatal[26], encontra no Estado o seu melhor exemplo. De fato, a constituição jurídico-positiva é a norma básica das normas de direito positivo (isto é, postas pelas autoridades a quem as normas conferem competência normativa), mas ela própria não poderia se fundar num fato – o poder constituinte originário –, na medida em que este fato também deveria poder ser interpretado em seu sentido objetivo, ou seja, como norma jurídica objetivamente válida, a qual, contudo, ao não haver sido posta por qualquer autoridade, só poderia ser pressuposta (pensada enquanto tal). Nas palavras de H. Kelsen:

> Pero decir que la constitución no es solamente el subjetivo del acto constituyente [...] sino también el sentido objetivo de aquel acto, o sea, una norma válida, jurídicamente obligatoria para nosostros, significa afirmar que obedecemos la constitución y que debemos comportarnos como la constitución determina. Esa norma solo puede ser presupuesta[27].

Malgrado a ampla difusão desta perspectiva normativista, especialmente no Brasil, a concepção que defendemos dela difere na origem, ou seja, no tocante à sua própria exigência metodológica de que toda norma pressuponha uma outra autorizante, uma vez que, como exposto antes, dentro de uma perspectiva sociológica concebemos o Direito surgindo da

---

[25] É a visão de Norberto Bobbio, cfr.: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 58-62.

[26] Kelsen admite que a norma básica pode estabelecer que o ato constituinte e/ou o costume são os fatos criadores do direito positivo: "Si por constitución de una comunidad jurídica se entiende la norma, o las normas, que determinan cómo han de producirse – es decir, qué órganos y conforme a qué procedimiento –, sea mediante actos legislativos de intención expresa, en especial, la legislación, sea mediante la costumbre, las normas generales del orden jurídico constitutivo de la comunidad, la norma fundante básica es aquella norma que es presupuesta cuando la costumbre mediante la cual la constitución se ha originado, o cuando ciertos actos constituyentes ejecutados conscientemente por determinados hombres, son interpretados como hechos productores de normas; cuando – en última instancia – el individuo, o la reunión de individuos que han redactado la constitución sobre la que reposa el orden jurídico, son vistos como una autoridad que impone normas" (KELSEN, Hans. **Teoría pura del Derecho**. México DF: UNAM, 1982. p. 206.).

[27] KELSEN, Hans. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. México DF: BFP, 1991. p. 97.

coparticipação do poder reconhecido pela comunidade como apto a selecionar as soluções normativas que devem vigorar com validade objetiva, fenômeno essencialmente político-social de que se origina o ordenamento.

Ainda assim, mesmo sem recorrer a um paradigma sociológico, a própria doutrina jusconstitucionalista se encarregou de demonstrar que a constituição lógico-jurídica não é necessária para fins de coerência sistêmica[28], na medida em que o encadeamento de causalidade normativa termina na Constituição (jurídico-positiva), acima da qual não há juridicidade, não há norma jurídica, logo é desnecessário perquirir acerca de sua validade. Neste ponto reside a diferença de fundamento entre ordenamento jurídico e norma jurídica.

Se a validade da norma jurídica decorre do vínculo de causalidade normativa com a norma superior que constitui o seu fundamento e a constituição jurídico-positiva é a norma básica de produção de todo o sistema, acima desta não há norma em face da qual se possa aferir a sua juridicidade. Há um fato, um poder, um processo, etc. A pergunta acerca da validade da norma jurídica pode ser respondida dogmaticamente, mas a validade do ordenamento jurídico não[29] – repita-se, porque não há norma autorizante do ato constituinte ou do costume constitutivo – de modo que deve ser considerada, pelo cientista do direito, um postulado epistêmico.

Assim sendo, sociologicamente pode-se defender que o ordenamento é efetivo porque o grupo social organizado reconhece[30] o poder (ou fato,

---

[28] "Sin embargo, la formulación específica del paradigma kelseniano en la teoría de las fuentes del Estado constitucional que termine imponiéndose en la doctrina no incluirá la norma fundamental, la pieza más peculiar de su teoría, que sustituye al poder constituyente o, más bien, lo transforma de postulado de ser (hecho) en postulado de deber ser (norma, aunque hipotética, en cuanto ficción jurídica) para poder articular de manera lógica el orden jurídico" CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La Teoría De Las Fuentes Del Derecho Del Estado Constitucional. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 17, n. 34, 2020.)

[29] "La giuridicità di un ordinamento, metre non può essere spiegata dalla dommatica giuridica, è, d'altra parte, il pressuposto su cui si fonda ogni proposizione con la quale si afferma o si esclude la giuridicità di una norma. [...] La dommatica si trova nell'impossibilità di spiegare perchè quella norma prima sai giuridica, in quanto manca nell'ordinamento giuridico un'ulteriore norma come criterio di valutazione. [...] Il problema della giuricità di quella norma prima è il problema stesso della giuridicità dell'ordinamento. Per la dommatica la giuridicità di quella norma prima sussiste per postulato, perchè per essa è um postulato la giuridicità dell'ordinamento giuridico". (PERASSI, Tomaso. **Introduzione alle scienze giuridiche**. 3ª stampa. Padova: CEDAM, 1967. p. 40-41).

[30] No fundo, o princípio da efetividade e sua antecedente vinculação com o reconhecimento do poder emanador de normas de convivência, também justificaria – para quem as reconhece – as denominadas "fontes extraordinem", que dariam lugar à produção de uma norma concreta sem suporte nas normas sobre produção jurídica estabelecidas num dado ordenamento. Neste sentido, cfr. PIZZORUSSO, Alessandro. Delle fonti del diritto (art. 1-9). *In*: SCIALOJA, Antonio e

autoridade, processo, princípio, etc) de emanar e garantir as normas de convivência que o compõem, o que, dogmaticamente, ao configurar um ordenamento que existe e é efetivo[31], representará o ponto de partida para o estudo sobre seus processos produtivos, suas fontes e suas relações com outros ordenamentos.

Portanto, o poder constituinte originário não carece da habilitação de uma norma anterior que lhe atribua poder jurígeno do ordenamento, pois já funciona como o centro referencial reconhecido e, portanto, como instância legitimadora de todo o sistema[32], o qual terá, isto sim, na Constituição a norma fundamental do Direito positivo, dado que todos os seus poderes normativos nela encontrarão seu fundamento de validade. Outrossim, pensando de forma abstrata e fora do paradigma estatal (e em admitindo a coexistência de ordenamentos originários), não é necessário pressupor uma norma autorizante do costume como produtor de regras no seio de uma comunidade indígena dotada de um sistema normativo jurídico, porque basta a identificação do costume[33] como método de organização comunitária para analisar os processos de produção de suas normas de convivência.

Assentado que não se deve confundir a análise da validade das normas jurídicas (ligada a um fenômeno dogmático) com a validade do ordenamento (ligada a um fenômeno pré-jurídico), importa assinalar que cada ordenamento jurídico contará com as suas fontes produtoras de normas, isto é,

---

BRANCA, Giuseppe. **Commentario del Codice civile**. Bologna/Roma: Nicola Zanichelli Editore/Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1977. p. 24-25.

[31] É a conclusão de Francisco Balaguer Callejón: “En definitiva, un ordenamiento es válido si existe, si es efectivo, y en ese sentido se puede decir que es un ordenamiento legítimo (cualquiera que sea el principio político en el que asiente que es un ordenamiento legítimo) y, por tanto, capaz de fundamentar la validez de las normas que lo integran, esto es, capaz de provocar el salto del ser al deber ser, de la realidad en que se sustenta a la realidad que desea establecer (o mantener) a través de sus mandatos” (CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho**. v. 1. Madrid: Tecnos, 1991. p. 95).

[32] É pertinente, assim, a crítica de Crisafulli, pela qual a norma hipotética fundamental “altro non è, in fondo, che una cifra in chiave normativistica per indicare il complesso di fattori che stanno, storicamente, alle origini dello Stato e della sua costituzione. D’altro canto, non si è mancato di obiettare che una norma ipotetica (ed anzi ipotizzata) non è una norma e non ha perciò alcuna omogeneità con il sistema di norme che dovrebbe giustificare” (CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di Diritto Costituzionale**. Tomo 1. 2ª ed. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1970. p. 95)

[33] “Nas comunidades indígenas, o direito costumeiro é uma regra de organização comunitária fundada na visão cosmológica, sendo que isso possibilita a flexibilidade e profundidade do direito consuetudinário indígena” (MORAES, J. T. DE A.; RIGOLDI, V. O pluralismo jurídico e o Direito consuetudinário das comunidades indígenas face ao ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Meritum**, v. 15, n. 3, p. 289–302, 2020).

com os “os atos ou fatos aos que um dado ordenamento jurídico atribui a idoneidade (se são fontes-fatos, como o costume) ou a capacidade (se são fontes-atos, nas fontes formais, como a legislativa) de produzir normas jurídicas”[34], orientadas, assim, à produção dos efeitos sistêmicos de criação, modificação ou extinção de normas.

Portanto, é através destas fontes produtoras de normas (fontes do direito ou fontes jurídicas) que as normas jurídicas se incorporam ao ordenamento jurídico, o que equivale a dizer (a contrario senso) que as normas jurídicas são as proposições que pertentem a um ordenamento jurídico porque foram incorporadas pelas fontes de produção jurídica adotadas por este ordenamento[35].

É inútil, então, inspecionar os caracteres estruturais de uma norma, tais como abstração, generalidade ou imperatividade para o fim de qualificá-la como jurídica, até porque nem todas as normas que integram um dado ordenamento estarão revestidas destes traços e, ademais, outros sistemas normativos não jurídicos (tais como os deontológicos, técnicos, morais) também podem contar com normas abstratas, gerais e imperativas.

Por outro lado, N. Bobbio[36] associa o atributo da juridicidade à sanção, de modo que a juridicidade seria uma característica de certos ordenamentos normativos, no particular, daqueles cujas normas estivesses garantidas por uma sanção externa e institucionalizada e, por tal razão, regulada por meio das mesmas fontes de produção de regras. O autor, embora reconhecendo a existência de normas não sancionadas num ordenamento jurídico, afirma que tais ou são normas consensuadas ou são normas dotadas de hierarquia superior, como as normas constitucionais.

Como se vê, se trata de uma noção de juridicidade que parte de uma qualidade do ordenamento, já que para N. Bobbio a juridicidade é conferida pelo pertencimento da norma a um tipo específico qualificado pelo fato de que suas normas estarão garantidas por uma sanção externa e institucionalizada[37],

---

[34] CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord). Manual de Derecho Constitucional. v. 1. 13ª ed. Madrid: Tecnos, 2018. p. 68. (tradução livre).
[35] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 21-23.
[36] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru/SP: Edipro, 2001. p. 160-166.
[37] Em suas palavras: “A presença de uma sanção externa e institucionalizada é uma das características daqueles grupos que constituem, segundo uma acepção que foi se tornando cada

imagem que também está na base[38] da definição do Direito em função da coação que ampara a concepção estatalista de Direito, que a trata como meio de garantia de obediência (Ihering[39]).

Sobre esta questão, porém, aderimos à posição de Santi Romano[40] segundo a qual a sanção funciona como instrumento de garantia da validade objetiva do sistema jurídico – e este é um dado relevante para a normatividade da constituição adiante explanada. Não é um elemento imprescindível para a identificação da norma jurídica, embora, como gênero, tenha relevância para a caracterização de ordenamentos jurídicos, desde que se admita que é possível encontrar, circunstancialmente, graus diferentes de potência e de institucionalização da sanção entre ordenamentos diversos[41], como se observa, comparativamente, nos contemporâneos ordenamentos estatal, internacional e indígenas.

Ainda acerca das resultantes do abandono do paradigma estatal, é imperioso destacar o que se considera como Direito Positivo. Sinteticamente, é positivo o direito posto, ou seja, o Direito que existe numa determinada sociedade, de onde deriva a indissociável relação conceitual havida entre juridicidade e positividade: o Direito Positivo é composto por normas qualitativamente jurídicas, obviamente algo insuscetível de redução ao Direito formulado e garantido pelo Estado[42]. Vejamos.

---

vez mais comum, os ordenamentos jurídicos. Podemos, portanto, considerar este tipo de sanção como um novo critério para identificar as normas jurídicas" (BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru, SP: Edipro, 2001. p. 160)

[38] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006. p. 154-159.

[39] (...) "Pero necesitábamos demostrar que el derecho no puede realizar su misión mientras no repose sobre el Estado. Unicamente en el Estado encuentra el derecho la condición de su existencia: la supremacía sobre la fuerza. Sólo en el interior del Estado alcanza el Derecho ese fin" (IHERING, Rudolf von. **El fin en el Derecho**. Madrid: B. Rodriguez Serra Editor, 1900. p. 194-195).

[40] ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 75.

[41] "Si deve, però, rilevare che i procedimenti coi quali si attua tale garanzia non sono identici in tutti gli ordinamenti giuridici. Ognuno di questi ha a tale riguardo un suo proprio sistema il quale può presentare delle differenze più o meno sensibili rispetto a quelli di altri ordinamenti e dimostrarsi, nel suo funzionamento più o meno idoneo allo scopo" (PERASSI, Tomaso. **Lezioni di Diritto Internazionale**. Parte prima. 4ª ristampa. Padova: CEDAM, 1955. p. 16)

[42] "De fato, enquanto se pode perfeitamente conceber o conceito de direito sem o Estado, é impossível definir o Estado sem recorrer ao conceito de direito. Este não é uma união material de seres humanos, um simples agregado de fato e casual, mas uma comunidade organizada, ou seja, um ente jurídico, um dos diferentes ordenamentos jurídicos que a realidade nos apresenta" (ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 141).

1.1.1. Direito positivo: pluralidade de fontes e pluralidade de ordenamentos jurídicos

Efetivamente, como os grupos sociais estão em contínuo processo de integração e discriminação, é previsível que, em dado momento histórico, tais associações, no âmbito da mesma fonte de legitimidade do sistema jurídico, reconheçam um ordenamento construído por fontes diversas de produção de normas (pluralidade de fontes), que reflitam a distribuição respectiva de forças políticas, ordenamento este que tenderá a permanecer íntegro porque todas aquelas serão redutores à unidade. Por outro lado, também é perfeitamente previsível que se submetam a ordenamentos jurídicos diversos (pluralidade de ordenamentos) e, inclusive, por efeito do reconhecimento de outras fontes de legitimidade (admitindo-se que possam coexistir ordenamentos jurídicos originários[43]). E tais fenômenos, associados ao do reconhecimento das fontes extraordinamentais, interfere no âmbito do direito positivo de uma dada sociedade.

Relativamente à primeira hipótese, de pluralidade de fontes de produção normativa, G. Zanobini[44] rompe com a visão absolutamente hierárquica do sistema de fontes então vigente, reconhecendo também a pluralidade de ordenamentos e examinando as relações entre fontes jurídicas no seio do ordenamento estatal. Além da lei, como expressão da vontade geral, Zanobini identificava a produção de normas pelas instituições autônomas do Estado, por outras instituições públicas dotadas de personalidade jurídica, a capacidade vinculante da consuetude, bem como fontes do direito corporativo, tais como os contratos coletivos de trabalho ou as sentenças normativas.

Segundo este autor, as relações entre as fontes podem ser analisadas sob as óticas da prevalência e equivalência, da superioridade e subordinação e da paridade e coordenação, embora tais conceitos não tenham sido senão inseridos na tipologia que ele mesmo apresenta na sequência.

---

[43] Uma das relevantes contribuições do institucionalismo de Santi Romano à compreensão do fenômeno jurídico, e que acaba rompendo com o discurso do monismo jurídico, é a assunção de que “existem tantos ordenamentos jurídicos quantas são as instituições”, as quais podem estar integradas numa mesma unidade ou não, possuindo organizações, fontes e sanções próprias, dedicando-lhe todo o título II do seu “Ordenamento jurídico”. Cfr. ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 137-225).

[44] ZANOBINI, G. Gerarchia e parità tra le fonti. *In*: **Studi in onore di Santi Romano**. Padova: I, 1939.

Uma fonte pode ser superior e prevalente à outra, de modo que a primeira projeta a sua eficácia jurídica sobre a seguinte, podendo modificá-la ou extingui-la, mas não podendo ser por ela modificada. Nesta hipótese, ambas podem ter a mesma competência, situação na que a superior funcionará como norma primária e a segunda como norma secundária, o que importa que a norma primária possuirá ampla discricionariedade regulatória, enquanto a segunda estará limitada à função de desenvolvimento ou execução. Por outro lado, se ambas possuírem um âmbito competencial diferente, para Zanobini[45], uma e outra servirão como normas primárias, mas a superior poderia validamente invadir a área competencial da inferior, exceto quando houvesse uma terceira norma habilitante de competências.

Por outro lado, as fontes podem estar em relação de equivalência, caracterizada pela subordinação das duas a uma terceira norma habilitante. Neste caso, a relação de paridade havida também teria efeitos diferentes, a depender dos âmbitos competenciais. Quando ambas as fontes equivalentes detivessem a mesma matéria, não se formaria uma relação do tipo norma primária-secundária, mas de norma anterior-posterior. Contudo, quando a terceira norma habilitante estabelecesse âmbitos reservados de competência, a invasão por uma do âmbito reservado a outra implicaria, a depender do estabelecido pelo ordenamento, em invalidade ou ineficácia.

G. Zanobini teve a virtude de evidenciar que as relações entre fontes (ou relações internormativas) não são exclusivamente hierárquicas e, assim, de dar o pontapé inicial para o desenvolvimento da competência como princípio estruturante dos ordenamentos jurídicos, o qual encontrou na doutrina sucessiva – particularmente influenciada pela realidade das constituições normativo-pluralistas, reguladoras do processo de produção de normas mediante habilitações competenciais – sua definitiva consolidação.

---

[45] Diz Zanobini: “Se le materie oggetto delle due fonti sono diverse e separate, ciascuta delle due può regolare la materia di rispettiva competenza con norme primarie e independenti. [...] Però, i limiti delle due competeneza, mentre per la norma inferiore sono rigorosi e rigidi, per quella superiore sono puramente relativi: la norma superiore può invadere la sfera di quella inferiore, senza che i suoi atti possano essere colpiti d’invalidità. La fonte superiore há, come si dice, la competenza della competenza. Questa posizione privilegiata è da escludersi nel solo caso in cui de due fonti siano subordinate a uma terza, che fisse la loro competenza [...]” (ZANOBINI, G. Gerarchia e parità tra le fonti. *In*: **Studi in onore di Santi Romano**. Padova: I, 1939. p. 304).

Alude-se aqui, então, aos princípios de hierarquia e competência como os preceitos estruturantes dos ordenamentos jurídicos (complexos e pluralistas), que, antes de serem reciprocamente excludentes, convergem[46] para adequadamente ordenar as relações internormativas a partir da diferenciação havida no modo como operam, na medida em que o princípio de hierarquia se funda numa relação eficacial direta, enquanto o princípio de competência numa vinculação mediada por uma terceira norma habilitante[47].

Hierarquia e competência são princípios de articulação de fontes jurídicas, ou seja, instrumentos lógico-jurídicos que permitem, diretamente, reconduzir e explicar a unificação do sistema jurídico e que, indiretamente, dão lugar a critérios de solução de antinomias, ao lado dos tradicionais (e mais simples) critérios cronológico e de especialidade.

Nas relações internormativas hierárquicas, cada fonte possui um grau de eficácia jurídica própria, uma força formal que estabelece a intensidade de sua capacidade ativa de criar direito novo e de resistir à capacidade criativa de outras fontes, o que é suficiente para a solução de conflitos normativos: a norma produzida por fonte superior não pode ser modificada ou derrogada pela produzida por fonte inferior, o que pressupõe logicamente que entre ambas haja identidade de atribuição material.

Mas as relações internormativas hierárquicas possuem um espaço reduzido nos atuais ordenamentos complexos que têm de regular normativamente os seus processos de produção de normas[48] – que, recorde-se, compõe o aspecto formal que serve como critério de identificação da própria juridicidade –, o que o fazem por meio das normas sobre a produção jurídica (que, como dissemos, corresponde à constituição material kelseniana).

---

[46] Neste sentido: “La gerarchia produce e garantisce la competenza (rapporto Costituzione-fonti primarie) e questa, in diversa prospettiva, rende possibile la prima (rapporto fonti primarie-fonti secondarie, all’interno del microsistema); ma quest’ultima gerarchia significa ancora uma volta garanzia di ulteriore competenza (rapporti esterni tra o con fonti secondarie di microsistemi diversi)” (RUGGERI, Antonio. **Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative**. Milano: Dott. A. Giuffrè editore. 1977. p. 104.)

[47] Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Reserva de Lei e Potestade Regulamentadora na Constituição Normativa. **Revista Direito Público**, *[S. l.]*, v. 10, n. 50, 2013.

[48] [el principio de jerarquía] “se basa en una relación internormativa directa que sólo se puede predicar hoy para aquellos ámbitos del sistema de fuentes en los que la relación entre normas no esté mediatizada por criterios competenciales, esto es, por una tercera norma que defina los límites de cada uno de los poderes normadores” [...] (CALLEJÓN, Francisco Balaguer; LEÓN, Baldomero Oliver; MARTOS, José Antonio Montilla. Fuentes del derecho y reforma de la Constitución. **Revista de Derecho Político**, [S. l.], n. 36, p. 407–417, 1992. p. 411)

O princípio de competência assegura os espaços de poder político-jurídico atribuídos a diferentes órgãos de produção, delimitando suas respectivas áreas de decisão normativa (conteúdos ou funções) cujo desrespeito implica nulidade, por violar, precisamente, as normas habilitantes das respectivas competências. Por isso, "El principio de competencia es una regla de relación fuertemente eficaz: para resolver contradicciones entre normas basta con confrontar cada texto con las competencias de sus autores y determinar la aplicabilidad de la dictada por el ente competente [...]"[49].

A seu turno, se no seio das relações internormativas hierárquicas se pressupõe a identidade de atribuição material, nas relações competenciais deve haver, logicamente, a diferenciação de tipo normativo (aferida conforme aos seus aspectos subjetivos e/ou formais), com a correspondente reserva material, tal como leciona V. Crisafulli:

> A fin de que se pueda propiamente hablar de competencia, debería tenerse, em rigor, diferenciación de actos (luego, de sujetos u órganos, de procedimientos, de formas) y correspondiente separación de materias (por objetos regulados o por territorio, o por uno y otro elementos juntos), de manera que, en tal ámbito, una fuente excluya a la otra[50].

Perceba-se que a definição das fontes do direito, das suas respectivas eficácias jurídicas e, inclusive, dos requisitos necessários à produção de normas válidas são escolhas constitutivas (não no sentido formal, mas material) que atendem a princípios ou razões de pragmática política, afinal, a distribuição de capacidade de produção normativa tem uma função limitadora do poder político e, ao mesmo tempo, asseguradora do exercício legítimo por parte dos órgãos de produção aos quais foi distribuída.

Já no que tange à pluralidade de ordenamentos jurídicos, numa primeira aproximação[51] pode-se dizer que as suas interrelações gerais podem ser de ignorância, de proscrição ou de reconhecimento e, neste último caso,

---

[49] MACHADO, Santiago Muñoz. Las deformaciones del ordenamiento jurídico y la aplicación de las leyes en el nuevo sistema constitucional. **Documentación administrativa**, *[S. l.]*, n. 200, 1984. DOI: 10.24965/da.vi200.4760.

[50] CRISAFULLI, Vezio. Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de fuentes. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 1, n. 1, 2004.

[51] Cfr.: ARNOLD, Rainer. Conflictos entre ordenamientos y su solución. El ejemplo alemán. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, v. 1, n. 1, 2004.

pode revestir três tipos básicos: complementariedade, acumulação e paralelismo.

Para exemplificar, era de ignorância a relação do Direito da Metrópole em face dos sistemas jurídicos indígenas, ao tempo da colonização portuguesa no Brasil. A seu turno, a relação do Direito estatal em face de sistemas de associações criminosas é essencialmente de proscrição.

Na relação interordinamental por complementariedade cada ordenamento tem competência para regular todas as matérias, embora cada qual com respeito a parte delas, de tal modo que se aperfeiçoa uma distribuição de competências, fixa e estável ou mais dúctil e dinâmica, a depender do desenho reconhecido. É o que costuma ocorrer nas relações entre União federal e estados federados.

Na relação interordinamental por acumulação cada ordenamento tem competência para regular as mesmas matérias, o que "redunda numa vigência cumulativa de normas de diversa origem"[52], suscitando a incidência da prevalência da fonte de um dado ordenamento, com a consequente inaplicação ou invalidade da outra.

Já a relação interordinamental por paralelismo é a coexistência de ordenamentos que não se comunicam, que são independentes entre si, embora seja possível a aplicação externa do ordenamento diante de pontos de conexão, como o que ocorre nas relações regidas pelo Direito internacional privado.

As relações entre ordenamentos jurídicos são reguladas a partir da perspectiva endógena de cada sistema, exceto quando se tratarem de ordenamentos que estão integrados ou subsumidos a um outro ordenamento do qual se originam ou no qual encontram a sua fundamentação. Neste ponto, portanto, é necessário apresentar uma tipologia mais abrangente das relações interordinamentais, em que Sánchez Barrilao se baseia em duas diferenciações prévias: quanto ao alcance e quanto ao modo de articulação jurídica[53].

Quanto ao seu alcance, as relações entre ordenamentos podem ser de: a) coexistência: dois ordenamentos jurídicos originários e independentes

---

[52] ARNOLD, R. Conflictos entre ordenamientos y su solución . El ejemplo alemán. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, v. 1, n. 1, 2004.

[53] Cfr. BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. **Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional: el derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos**. Pamplona: Thomson Reuters, 2021. p. 83-158

assim se mantêm e se relacionam para o tratamento de casos pontuais (ex. direito estatal e o direito internacional em geral); b) anuência: os ordenamentos se abrem ou apelam a outro para a satisfação de necessidade interna (jurisdicional, por exemplo) ou para reconhecer espaços próprios de produção normativa com amplo controle de sua regularidade (direito desportivo, sistema financeiro etc); c) cooperação: há uma abertura para instrumentos e relações de colaboração[54], inclusive com indução à adaptação de seu próprio ordenamento (mantêm-se a perspectiva interrelacional endógena, de modo que cada ordenamento regula a sua relação com o outro desde sua própria perspectiva; d) integração: se trata de um grau mais intenso de cooperação, a ponto de haver penetração e condicionamento de um ordenamento em face do outro[55]; e) subsunção e concurso: na subsunção um ordenamento se inclui noutro e no concurso um ordenamento, embora paralelo e dependente, estará contido no outro. No concurso e na subsunção, o ordenamento integrante ou continente é quem define o desenho interrelacional.

Já quanto à diferenciação referente ao modo de articulação jurídica, Barrilao assinala que na base da relação existe um título jurídico mediante o qual um ordenamento condiciona a existência, o conteúdo ou a eficácia do outro. Neste caso, têm-se relações específicas, quando há um título jurídico vinculado a um fim ordinamental concreto ou relações abstratas, quando o título jurídico não está vinculado a um fim e, assim, se promove uma abertura ordinamental dinâmica. As relações específicas normalmente se utilizam da técnica do reenvio (ou, às vezes da recepção material ou, ainda, da regra da supletoriedade para efeito de colmatação de lacunas), enquanto no âmbito das relações abstratas é

---

[54] "(...) y es que la meta común ordinamental que se procura exige entonces de los ordenamientos estatales una mayor aceptación (aún condicionada) de interrelación ordinamental, llegando incluso a conformar un ulterior ordenamiento a tal propósito, capaz además de limitarlos". (BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. **Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional: el derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos**. Pamplona: Thomson Reuters, 2021. p. 92.)

[55] "Y en cuanto a las relaciones de integración ya entre ordenamientos jurídicos, se seguiría en la progresión del supuesto anterior, de manera que, ante la perspectiva de profundizar aún más en una meta común, se llega finalmente a aceptar una cuasi-subsunción ante una nueva estructura y ordenamiento al servicio de tal meta; y ello, además, aceptando que este ordenamiento jurídico, sus normas, penetre en los primeros como si fueran parte de los mismos, e incluso desplazando sus propias normas jurídicas. (BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. **Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional: el derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos**. Pamplona: Thomson Reuters, 2021. p. 93)

– assim como no estudo das relações entre fontes de um mesmo ordenamento – necessário discernir os seus princípios de articulação.

Os princípios de articulação de ordenamentos jurídicos são: a) hierarquia: quando um ordenamento jurídico condiciona a validade de norma proveniente da fonte de outro ordenamento; b) competência: quando há uma terceira norma habilitante que atribui áreas competenciais, cuja invasão implica na invalidade da norma exorbitante; c) supletoriedade: quando um ordenamento "recorre (total ou parcialmente) a outro com o fim de colmatar heteronomamente lacunas (...) próprias por meio de normas do segundo, e isso no caso de ser impossível a solução autointegrativa"[56]; d) subsidiariedade: em linhas gerais, um ordenamento recorre a outro mais amplo, a fim de que determinadas matérias sejam reguladas por um deles de modo suplementar, sem que haja reserva de competências; e) prevalência: a norma pertencente a um dos ordenamentos se aplica a uma hipótese de fato em detrimento de uma norma pertencente a outro ordenamento, sem contudo invalidá-la e tem diversas formas de manifestação, como nos ordenamentos subsumidos e em concurso (em alguns modelos de competência concorrente, como o brasileiro[57], a *preemption*[58] estadunidense, a primazia do Direito da União Europeia ou a primazia do direito internacional em geral).

Todas estas considerações, não é demais repetir, interessam à definição do Direito positivo numa dada sociedade complexa, uma vez que ele estará manifestado numa plêiade de fontes de produção de normas dotadas de validade objetiva (isto é, pluralidade de fontes do Direito) que podem integrar

---

[56] BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. **Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional: el derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos**. Pamplona: Thomson Reuters, 2021. p. 145.

[57] Constituição Federal de 1988: "**Art. 24.** Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário."

[58] "Preemption is a doctrine in constitutional law that applies when two authorities conflict with one another. It refers to the idea that a higher authority of law will displace the law of a lower authority of law when the two authorities come into conflict. Federal law is the highest authority; therefore, federal law supersedes or supplants any state or local regulation or statute that conflicts it. This doctrine comes from the Supremacy Clause of the United States Constitution (U.S. Const. art. VI., § 2)." (CORNELL LAW SCHOOL. Free legal dictionary and encyclopedia. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/preemption. Acesso em 20 jun. 2024).

sistemas jurídicos diversos (isto é, pluralidade de ordenamentos jurídicos) que possuem diversos arranjos relacionais.

Logo, sendo um conceito relacional e histórico, a positividade do Direito não é uma pressuposição dogmática, mas o resultado da análise das interações entre as diversas fontes de produção do Direito numa dada sociedade, o qual, além de descrever o Direito existente – e, nisto reside sua importância para o jurista –, também pode servir como elemento de revelação do peso do reconhecimento de cada autoridade e/ou sistema jurídico que eventualmente se interrelacione nesta mesma associação humana.

1.2. O PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS ESTADOS NACIONAIS

Expostas algumas das noções essenciais que compõem as premissas teóricas desta pesquisa e antes mesmo de iniciar o estudo acerca do processo de formação dos Estados nacionais, é importante adiantar (e sobre isto retomaremos adiante) que os modelos e conceitos doravante explicitados são necessariamente aproximativos, porque a sua realização concreta constituiu (e constitui) experiências diversas no tempo e no espaço, buscando-se, aqui, extrair o que tiveram de comum e que interessa ao nosso objeto de pesquisa.

Pois bem. O ponto de partida desta análise é a formação do Estado moderno nacional, o qual representou, a seu tempo, e ainda representa uma escala máxima de integração social[59]. Logo, o Direito Positivo estatal alcançou, na configuração organizacional do Estado moderno um grau máximo de positividade, que se viu refletido nos seus modelos de produção do Direito. Expliquemos.

De acordo com o ideário medieval, a sociedade (mas também as próprias relações humanas e o mundo) constituía uma “ordem objetiva e indisponível”[60], na qual cada indivíduo era encarado como uma criação provida de qualidades que condicionavam a sua função para com o corpo social, de onde deriva o chamado paradigma corporativo de sociedade.

---

[59] Os estados nação são "as sociedades mais altamente integradas do nosso tempo". Cfr. ELIAS, Norbert. Processos de formação de Estados e construção de nações. *In*: _____. **Escritos e ensaios 1: Estado, processo e opinião pública**. Organizados por Federico Neiburg e Leopoldo Waizbort. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1970, p. 157.

[60] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Almeidina, 2019. p. 100.

A consideração do indivíduo a partir da função social subordinada por seus atributos justificava a diferença (natural e jurídica) que repercutia nos institutos de status e de privilégios, constituindo o primeiro o lugar social do indivíduo, de que derivavam tarefas e deveres, enquanto os privilégios (do latim, *privus legis*) viabilizavam o estatutos políticos-jurídicos, que podem ser compreendidos como as ordens jurídicas particulares, as quais invariavelmente incidiam sobre o mesmo indivíduo na medida em que pudesse estar vinculado a vários status.

A concepção corporativa de sociedade se refletia numa organização dispersiva do poder, em que as relações políticas eram de caráter pessoal e privatístico, baseadas num vínculo bilateral débil de caráter territorial e distribuído em vários níveis[61], o que, claramente se mostrava incompatível com a existência de um poder político unificado e o papel dos situados no ápice da pirâmide social medieval era, precisamente, a manutenção daquela ordem objetiva e natural por intermédio da garantia dos estatutos.

Consequentemente, da ausência de um poder político unificado no espaço territorial europeu derivava uma ordem jurídica pluralista, na qual conviviam o direito comum temporal ou *ius commune* (ou seja, o direito romano interpretado), o direito comum canônico – que também consentia com fontes normativas descentralizadas, como os Decretos ecumênicos ou regionais, diocesanos ou de assembleias de bispos – e os direitos próprios ou privilégios, aos quais se somavam os estatutos territoriais (de cidades, localidades, etc), os costumes e estilos locais, os direitos especiais (corporativos) de grupos ou de pessoas e, inclusive direitos contratuais derrogatórios do direito geral (como, adiantamos, era o caso das cartas de doação de Capitanias hereditárias na primeira fase do colonato português no Brasil), todos entrecruzados e por vezes confrontados entre si e pelo Direito dos Reinos, este sobretudo a partir do s. XI, na medida em que os poderes reais foram desenvolvendo os seus processos de absorção e de consecução de supremacia.

[61] Sobre o pluralismo político medieval: “o poder era, por natureza, repartido; e, numa sociedade bem governada, essa partilha natural deveria traduzir-se na autonomia político-jurídica (*iurisdictio*) dos corpos sociais” (HESPANHA, Anonio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimba: Almedina, 2019. p. 109).

Logo, o pluralismo jurídico medieval dava lugar a um Direito positivo de “geometria variável”[62], marcado pela coexistência de ordens jurídicas com conteúdos e fontes de legitimidade diferentes e cujas interrelações não podiam ser antecipadamente previstas, porque dependiam da atividade do intérprete a partir dos contextos sociopolíticos (em especial da positividade de cada ordem num dado momento e espaço) e do caso concreto sob análise.

Acrescente-se a esta arquitetura variável, também como efeito da pluralidade de forças políticas no período, a ausência absoluta de preocupação com a redução daquela pluralidade a uma unidade sistêmica, especialmente porque se considerava que todas as normas, ainda que de fontes diversas, necessariamente valiam e, portanto, reclamavam incidência no caso concreto, o que significa dizer, no final das contas, que as atividades de produção e de aplicação do Direito, na Europa medieval, não correspondiam ao desempenho de qualquer postulado de sistematização ou de hierarquização das fontes do Direito, mas a uma questão pragmática[63], dependente da análise casuística dos juristas e, no particular, dos juízes na análise e solução dos casos concretos.

Embora se reconheçam as tentativas, ao menos científicas, de unificação do Direito, em especial pela Escola dos Comentadores, é o advento do Estado moderno[64] que se contrapõe extensivamente ao modelo feudal de organização do poder político, caracterizando-se pela implantação da ordem através da (gradual) concentração de poderes (cada vez menos dispersivo) numa instância unitária e suprema de comando e com o “monopólio da força legítima”[65], acompanhada da progressiva fundação racional e política do poder, tudo isto materializado no desenvolvimento de uma estrutura administrativa burocratizada (militar e civil).

---

[62] HESPANHA, Anonio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimba: Almedina, 2019. p. 152

[63] CAMPOS, Paloma Biglino. **Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia**. CEPC: Madrid, 2007. p. 37-48.

[64] Atribui-se a N. Maquiavel a precedência no uso do vocábulo “estado” em chave moderna. Em suas palavras: “Todos os Estados, todos os domínios que exerceram e exercem poder sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados” (MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Brasília: Senado Federal/Conselho Editorial, 2019. p. 19).

[65] A conhecida expressão é de Max Weber: “Par contre il faut concevoir l'État contemporain comme une communauté humaine qui, dans les limites d'un territoire déterminé - la notion de territoire étant une de ses caractéristiques - revendique avec succès pour son propre compte le monopole de la violence physique légitime” (WEBER, Max. **Le savant et le politique** (édition électronique par Jean-Maria Tremblay). Paris: Union Générale d’Éditions, 1963. p. 86.)

Em perspectiva eurocêntrica, situa-se, comumente, o Estado absolutista na fase inicial do Estado moderno[66], no qual a figura do monarca reivindicava a posição de instância unitária e suprema de comando. O poder seria exercido livre de limitações jurídicas (*princeps legibus solutus*) e de modo independente e insubmisso aos poderes imperiais e religiosos ou de outros estados soberanos[67] (*rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*), não obstante ocasionalmente ainda se defendesse o condicionamento de seus atos às leis naturais e/ou divinas.

Discursivamente, a titularidade monárquica do poder se assentaria na necessidade de gestão integral dos conflitos, por meio da ordenação da comunidade de modo pleno e absoluto, concentrando em suas mãos os poderes militares e a administração da justiça, requerendo o monopólio estatal da produção do Direito, num arranjo então perfeitamente funcional para as atividades econômicas e as satisfações políticas das elites da época, embora, na realidade prática, o certo é que o ambiente jurídico absolutista acabou preservando parte importante das características medievais[68].

É neste contexto que se incluem os Tratados de Vestfália, marco histórico através dos quais os Estados europeus se reconheceram uns aos outros como espaços de afirmação de uma autoridade política própria que concentrava aqueles poderes supremos e, assim, atuavam como centros diversos de imputação da produção do direito[69].

De qualquer modo, como é intuitivo, o ideário político e filosófico que daria suporte à formação do Estado moderno tinha raízes em vários

---

[66] Esta tipologia também é adotada por N. Bobbio. Cfr. BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** v. 1. 11ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 425-431). Na doutrina brasileira, Paulo Bonavides considera o Estado absoluto como figura transicional entre o Estado da Idade Média e o Estado constitucional, este tido como pontapé inicial do Estado moderno. Cfr.: BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 37-47. Como se verifica do texto, não adotaremos esta última taxonomia.

[67] A. Pizzorusso aponta os Tratados de Westfalia (1648) como marco histórico na conformação dos Estados soberanos na Europa. Cfr.: PIZZORUSSO, A. La producción normativa en tiempos de globalización. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, n. 11, 2009.

[68] "Con todo, a fines del XVIII, la dispersión normativa, la persistencia de privilegios jurídicos, la dificultad para determinar el Derecho aplicable y la consiguiente discrecionalidad de los tribunales constituían trabas constantes para la seguridad jurídica" (CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho**. v. 1. Madrid: Tecnos, 1991. p. 36).

[69] PIZZORUSSO, Alessandro. La producción normativa en tiempos de globalización. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 6, n. 11, p. 231–318, 2009. Disponível em: http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/10AlessandroPizzorusso.htm.

antecedentes cujas ponderações se iniciaram ainda no período medieval, dos quais podemos fazer destaque às noções de poder como ofício, de submissão voluntária, da origem secular do Estado e à teoria medieval da representação.

A noção de poder como ofício[70] implica enquadrar o exercício da autoridade dentro de uma relação bilateral entre governante e governados, isto é, como um nexo que projetaria direitos e deveres e que, assim sendo, se contrapunha à ideia da autoridade como reprodução da díade criador-criatura (como em Salmos 103:19: "O Senhor estabeleceu o seu trono nos céus, e como rei domina sobre tudo o que existe"), em cujo seio o poder se exerceria de forma potestativa. Não por acaso, a noção de poder como ofício influenciaria, ainda no período medieval, os debates acerca do alcance da *plenitudo potestatis* da autoridade papal, bem assim as teorias da obediência condicionada e do direito de resistência, de que se ocupariam também os modernos.

Paralelamente, foi se edificando o postulado da separação entre o poder religioso e o secular, este fundado na vontade popular e instituído legitimamente por meio de um contrato de submissão voluntária. Gierke salienta que os fatos históricos que haviam sido corporificados em acordos entre príncipes e estamentos[71], bem como o consenso teórico entre os glosadores acerca da delegação de poderes operada por meio da *Lex Regia* como fundamento também do *imperium*, serviram de reforço à ideia de submissão voluntária como fonte do poder legítimo[72]. A secularidade ainda expressava a ascensão progressiva do racionalismo como única fonte válida de conhecimento e justificação da realidade e que, associado à aspiração de liberdade, se projetaria na economia, no Direito, nas artes e na política.

A noção de poder como ofício, a secularidade e a submissão voluntária já faziam germinar, no período medieval, a semente da ânsia pelo controle e limitação do poder, ainda que por vezes subordinando a sua legitimidade a princípios metafísicos ou em conformidade com uma pretendida

---

[70] GIERKE, Otto Von. **Teorías políticas de la Edad Media**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2010. p. 142.

[71] Por exemplo: a Magna Carta Inglesa (1215), as Disposições de Oxford (1258), a Joyeuse Entrée na Holanda (1356) ou a Bundesbrief Suiça (1291).

[72] "Pudo formularse, por tanto, como axioma filosófico que el título jurídico de todo señorío reside en la submisión voluntaria y contractual de la coletividad gobernada" (GIERKE, Otto von. **Teorías políticas de la Edad Media**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2010. p. 153).

categorização das manifestações jurídicas em leis fundamentais do reino, nesta condição imutáveis, e em leis do reino, mutáveis[73], num desenho que viria a repercutir, decisivamente, sobre os contratualistas.

Ora, aceitando-se que o exercício do poder é um ofício e que a autoridade secular é investida legitimamente pela coletividade, não é difícil supor que seria também necessário teorizar tanto sobre o elenco dos tais direitos e deveres de governantes e governados, quanto sobre o modo pelo qual se faria a investidura da autoridade secular. Neste sentido, a teoria medieval da representação oferecia um esquema ao conceber que o governante, por exercer um ofício, atuava em nome próprio e em favor de – e como chefe de – toda a coletividade[74] e, importando elementos da teoria das corporações, considerava que os poderes soberanos deveriam ser exercidos por uma entidade representativa e de acordo com os procedimentos que fossem propostos, inclusive quanto à conveniência pragmática do princípio majoritário[75].

Por último, outro ponto de chegada relevante será o aparecimento de uma cosmovisão do todo social tendo como componentes a comunidade suprema, de um lado, e indivíduos, de outro, com a tendencial exclusão dos grupos intermediários, convertendo o Estado em *locus* exclusivo da vida comunitária, igualmente decisiva para a ascensão do Estado moderno em perspectiva nacional[76] e sua sociedade unitária, homogênea (em sua pauta de valores) e unificada por laços identitários.

Por Estado nacional estamos nos referindo a uma fórmula de legitimação do Estado moderno, que também lhe provoca mudanças estruturais, e que, não obstante tome impulso no ambiente absolutista, foi se espalhando

---

[73] SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013. p. 28-35.

[74] Quanto ao impacto do instituto da representação, salientam-se as sucessivas teorizações em torno da figura do contrato originário e sua operacionalidade para a unidade do corpo social, como é o caso da hobbesiana, a qual considera aquele contrato como o instrumento de autorização e transferência de poderes de governo, com vistas à paz e à defesa. Cfr., particularmente: DE MALMESBURY, Thomas Hobbes**. Levitã: ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Cap. XVIII.

[75] GIERKE, Otto Von. **Teorías políticas de la Edad Media**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2010. p. 196-197.

[76] "Se desarrolla así cada vez más la idea del Estado como grupo exclusivo. Al modo de la Antiguedad, se considera al Estado como la comunidade humana por antonomásia, la expresión omnicomprensiva, y por tanto única, del ser común que está por encima del ser individual" (GIERKE, Otto Vin. **Teorías políticas de la Edad Media**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2010. p. 250).

das revoluções americana e francesa no curso de experiências políticas diversas até o século XX[77]. Nele, o laço nacional serve de cimento para a organização de um poder unificado que se afirma supremo dentro de um espaço territorial delimitado, deduzindo-se, assim, a decisiva importância estrutural dos elementos da nação, do território e da soberania para a integração social máxima que se deu dentro desta unidade histórico-cultural que é o Estado.

O tipo de coesão sociopolítica ultimada nos Estados nacionais europeus foi produto de seu tempo, influenciado pela derrocada da cosmovisão medieval, impulsionada pelas revoluções burguesas que, sob o amparo do individualismo – o paradigma oposto ao corporativismo medieval –, do contratualismo e da necessidade de juridificação da política, culminaria no combate aos abusos monárquicos que minavam o mercantilismo (tributação arbitrária, declarações de guerra, limitação da propriedade e da concorrência, etc) e, consequentemente, serviria também de base para as disrupções que a revolução industrial provocaria nos ambientes social, político e econômico. É por esta razão que o Estado-nação é apresentado, comumente, como o ambiente organizacional que propiciaria as equações do desenvolvimento econômico que então emergiam[78].

A ideia de nação se desenvolve a partir de fatores variados que emprestam à coletividade uma identidade comum, algo de homogêneo que, ao mesmo tempo, funciona como raiz de legitimidade e de funcionamento do Estado e como base para o vínculo de sujeição entre autoridade e cidadãos nas suas fronteiras territoriais, de onde se depreende a relação simbiótica que se perfez entre Estado centralizado e nação[79].

Essa consciência de autopertencimento nacional implicou uma mudança profunda de mentalidade em face do ideário medieval (que, diga-se de passagem, também encontrariam vigor nas colônias americanas hispânicas e portuguesas) propiciando um tipo de integração sociopolítica em que os conacionais se encontrariam em posição de paridade e de plena

---

[77] HABERMAS, J. **El Estado-nación europeo. Sus logros y sus límites. Sobre el pasado y futuro de la soberanía y la ciudadanía. 17º Congreso Internacional de Filosofía del Derecho.** Bologna, 1995.

[78] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Estado, estado-nação e formas de intermediação política. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, 2017, 155-185.

[79] Cfr. CIAPPI, E. Lo stato nazionale e il suo superamento. Analisi de “Lo stato nazionale”, di Mario Albertini. **Il Politico**, v. 82, n. 2, p. 5–24, 2017.

interdependência[80], alicerçada no status de cidadão[81]. Aliás, o sentimento de pertença a uma coletividade nacional homogênea sobressaía-se a outros referenciais de identidade (religiosos, ideológicos, corporativos, etc), muito embora tenha deles absorvido formas de representação e simbologias.

Não é difícil apreender que este laço de integração nacional apoiaria, e seria também apoiado, por uma noção de soberania que inevitavelmente se despersonalizaria[82] e ulteriormente sofreria um primeiro processo de democratização. Se o monarca aparecia como a instância unitária e suprema de comando no desenho absolutista, nos Estados nacionais democratizados se testemunhará uma mudança significativa no eixo de titularidade da soberania, assentada no triunfo ideológico das teorias contratualistas.

Neste sentido, a doutrina da soberania nacional exsurge no contexto revolucionário francês e consta já da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[83] (1789), reconhecendo a sua titularidade na nação. Já a doutrina da soberania do povo se baseia na sua vontade geral como entidade coletiva. Frise-se que também se desenvolveu uma teoria da soberania do Estado, de que era titular a própria pessoa jurídica estatal, predominante em contextos em que a identidade nacional não estava ainda consolidada, como na Itália e na

---

[80] Bobbio *et al* destacam que "no estado nacional, a crença na legitimidade é caracterizada, com maior evidência, por atitudes de fidelidade à comunidade política e de lealdade nacional" (BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. v.2. 11ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 676)

[81] Neste sentido, Habermas: "la nueva clase de identidad nacional permitió combinar una forma más abstracta de integración social dentro de un patrón cambiado de procesos políticos: aquellos que habían sido sujetos a uma regla más o menos autoritaria, ahora, paso a paso ganaron su status de ciudadano. El nacionalismo estimuló este movimiento desde el status de sujeto privado o ciudadano" (HABERMAS, J. **El Estado-nación europeo. Sus logros y sus límites. Sobre el pasado y futuro de la soberanía y la ciudadanía. 17º Congreso Internacional de Filosofía del Derecho.** Bologna, 1995).

[82] Gaspare Nevola considera que a criação deste padrão identitário foi fundamental para o desenvolvimento do modelo de organização política estatal: "In questa esperienza di unificazione politica l'identità collettiva è stata infatti una risorsa di prim'ordine nella mobilitazione di gruppi e individui in vista della creazione e legittimazione di una comunità politica unificata" (NEVOLA, G. Il modello identitario dello Stato-nazione. Genesi, natura e persistenza. **Quaderni di Sociologia**, n. 44, p. 121–149, 1 ago. 2007).

[83] "O princípio de toda a soberania reside essencialmente em a Nação. (...)" (art. 3º).

Alemanha[84] do séc. XIX, detendo uma função fundamentadora basicamente transitória[85].

De qualquer modo, o contratualismo[86], em linhas gerais, corresponde às diferentes correntes de pensamento que explicam a origem da sociedade estatal e alicerçam o poder político no consenso entre os indivíduos, consenso este concretizado num pacto que ou poria fim ao estado de natureza e inauguraria o estado político ou serviria como instrumento de limitação de poderes. A imperatividade da celebração de um contrato entre todos os indivíduos que origine uma comunidade política é uma clara reprodução, tendencialmente racional, do mito fundador (ex. Rômulo e Remo, para Roma) ou da revelação divina (ex. o Pentateuco para a cultura hebraica)[87], que endossava a solenidade que se exigiria para a constituição do Estado.

Frise-se que o contratualismo apresenta uma explicação totalmente diferente daquela que alimentava a sociedade corporativa medieval, demolindo a naturalidade dos status e o dogma da ordem objetiva e natural que a condicionava, substituindo-os pelo elemento do voluntarismo na origem da sociedade política, a partir do reconhecimento da individualidade igual e abstrata de todas as pessoas.

A este propósito, o aporte rousseauniano é ilustrativo da mutação operada na concepção de soberania no plano teórico contratualista. Para Rousseau, a soberania é o "exercício da vontade geral"[88], entendida como a instância surgida a partir da cessão dos direitos dos indivíduos por meio do pacto social e que corresponde, não à vontade de todos, mas à vontade do corpo

---

[84] Cfr. BIN, Roberto e PITRUZELLA, Giovani. **Diritto pubblico**. 20ª ed. Torino: Giappichelli editore, 2022. p. 9-10. Uma defesa da soberania na pessoa do Estado se encontra, por exemplo, em: IHERING, Rudolf von. **El fin en el Derecho**. Madrid: B. Rodriguez Serra Editor, 1900. p. 194-195. p. 197-208.

[85] A Constituição de Weimer (1919), em seu artigo 1º, já enunciava que o poder do Estado provinha do povo.

[86] Para uma análise didática da evolução do pensamento político desde o período de transição até as teorias contratualistas, cfr.: GALLI, Giorgio. **Il pensiero politico occidentale: storie e prospettive**. Santarcangelo di Romagna: Rusconi Libri, 2022. P. 69-183. Outro interessante estudo comparativo é apresentado por Andrés Fernández Dias, em: DÍAZ, Andrés Fernández. John Rawls y el contractualismo. **Revista española de control externo**, v. 5, n. 13, p. 159–186, 2003.

[87] SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013. p. 36-39.

[88] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato social (ou princípios do Direito político)**. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 33.

político, informada pelo interesse comum[89] que legitimaria a subordinação política de todos.

Logo, em sua ótica estão reunidos a titularidade e o exercício da soberania, de onde decorreria o seu caráter indelegável. A própria noção rousseauniana de representatividade, portanto, estava matizada pela ideia de exercício de um mandato imperativo pelos representantes. O povo, a seu turno, estaria unido por alguma causa ou interesse de origem ou até por convenção, o que reproduzia a sua posição sobre a identidade comum que lastrearia a integração sociopolítica máxima no Estado.

Ademais, ao supor que a soberania do povo é indivisível, Rousseau se pautava por uma concepção unitária do povo, o que seria indispensável para a subsistência mesma da soberania, pois, em suas palavras, "para que haja a exata declaração da vontade geral, importa não haver no Estado sociedade parcial e que cada cidadão manifeste o seu parecer"[90] [91].

Por sua vez, também Sieyès contribuiu – teórica e pragmaticamente – para a despersonalização e a democratização do conceito de soberania[92]. Em sua abordagem, a nação é a origem de todo o poder e acima dela só estaria o Direito natural. A nação serviria de base para a edição das leis fundamentais, obra do poder constituinte, e das leis propriamente ditas, obra de poderes constituídos, ambas exercitadas por uma vontade representativa. Como considera óbvio, a nação não poderia se compreender subordinada às formas constitucionais, porque a criatura não poderia condicionar o criador, ao contrário dos delegatários do poder que não só apenas estariam submetidos, como não

---

[89] Concepção que influenciou as primeras constituições das ex-colônias estadunidentes, por exemplo: "When men enter into a state of society, they surrender up some of their natural rights to that society, in order to ensure the protection of others; and, without such an equivalent, the surrender is void" (art. 3, da Constituição de New Hampshire de 1784).

[90] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato social (ou princípios do Direito político)**. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 36.

[91] O art. 1º da Constituição Francesa de 1848 é ilustrativo: "La souveraineté réside dans l'universalité des citoyens français. - Elle est inaliénable et imprescriptible. - Aucun individu, aucune fraction du peuple ne peut s'en attribuer l'exercice". Aliás, o mesmo artigo da DDHC-1789 que consagrava a soberania nacional, em sua parte final, estabelecia: "nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que aquela não emane expressamente" (art. 3º).

[92] A este respeito: "Il testo di Sieyès, da questo punto di vista, non fa che registrare un processo sul punto di concludersi: quell'unità politica che era stata simbolizzata per secoli dalla persona, dal corpo stesso del re di Francia, sta ormai per reincarnarsi, attraverso un gigantesco processo di dislocazione simbolica, nel corpo della nazione" (BARBERIS, M. L'ombra dello stato. Siyès e le origini rivoluzionarie dell'idea di nazione. **Il Politico**, v. 56, n. 3, p. 509–531, 1991. p. 525).

poderiam alterar as formas constitucionais através das quais receberam os seus encargos políticos.

Ademais, é íntima a relação entre soberania e o poder constituinte. Para Sieyès, a titularidade da soberania residia na nação, que expressava a sua vontade através de seus representantes extraordinários. Estes agiam como assembleia da nação, com poderes circunstancialmente necessários para dar ao seu governo uma Constituição, atuando, portanto, de forma independente e querendo "como querem os indivíduos no estado de natureza"[93]. Diferentemente, os representantes ordinários se ocupavam dos assuntos de governo, atuando de forma limitada e condicionada pela Constituição posta pela nação[94].

A Constituição, nesta doutrina do poder constituinte, significava o ato fundacional do governo e de seus poderes produzido pela nação, cuja potência estaria permanentemente preservada em seu estado de natureza, de modo que a nação poderia modificar ou abolir a Constituição a qualquer momento. A Constituição francesa de 1793, em seu art. 28, chegou a incorporar esta elaboração ("Um povo tem sempre o direito de revisar, reformar e mudar sua constituição. Uma geração não pode impor suas leis às gerações futuras").

Logo, a soberania popular ou nacional, neste momento, funcionava como categoria multidimensional[95], explicando, por exemplo, a origem do Estado e do poder e o modo como este deve ser exercido, além de como devem ser investidas as autoridades públicas e, consequentemente, qual o fundamento do sistema jurídico e os limites do Direito estatal. A seu turno, a doutrina do poder constituinte perpassará por todo o pensamento democrático que sucede as revoluções burguesas, sofrendo variações instrumentais, ao passo que a

---

[93] SIÈYES, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa. O que é o terceiro Estado?**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 53.

[94] A Constituição de Massachusetts (1780) já havia incorporado a diferenciação entre poderes constituinte e constituído e, ainda, a compreensão da constituição como ato vinculativo do governo e de órgãos políticos estatais: "Preamble (...). It is the duty of the people, therefore, in framing a constitution of government, to provide for an equitable mode of making laws, as well as for an impartial interpretation and a faithful execution of them; that every man may, at all times, find his security in them.".

[95] Uma análise histórica, semântica e pragmática da soberania popular é feita por Pérez Luño: LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Direitos humanos, Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021. p. 173-189.

invocação irrestrita ao poder do povo também servirá de motor para experiências autoritárias e totalitárias[96].

Além disso, visto na sua interação com os demais, o Estado nacional permanecia soberano em seus limites territoriais, no sentido de gozar da supremacia interna e da independência externa, com capacidade para se autodeterminar política e juridicamente, o que, recorde-se, tem como marco histórico os Tratados de Vestfália. Esta é a concepção clássica da soberania que também sustenta o monopólio da produção do Direito que já vinha sendo reivindicada desde os reinos absolutistas.

É com o contratualismo que a burguesia encontra uma base teórica que ajuda a consolidar o processo legitimador do qual resultaria a apropriação da titularidade do poder, assentando as premissas ideológicas e formulando uma engenharia política que estabeleceria as regras do jogo tidas como necessárias à uma convivência social pacífica.

O seu modelo de organização política se fundava, então, na titularidade do poder pelo povo, um povo organicamente unido em face de uma identidade comum e estabelecido nas fronteiras do Estado. Este Estado se originaria de um contrato social entre todos os indivíduos, a partir do qual deteria o monopólio da força legítima, o que também serviria como raiz de legitimidade para o exercício da autoridade. A autoridade estatal era exercida enquanto representação do povo[97] e de acordo com os procedimentos reconhecidos para a sua investidura e para o seu exercício (os quais, recorde-se, naquele momento histórico fatalmente privilegiava a tomada de decisão pela própria burguesia, em razão de seu predomínio nas instituições políticas estatais também por força do sufrágio censitário).

Além de encarnar a vontade do titular do poder, o Estado também passaria a ser considerado uma instância neutra e racional para tutelar o interesse geral de forma mais adequada e abrangente e, portanto, o *locus* por excelência da vida comunitária, de modo que o direito produzido pelas

---

[96] ISENSEE, J. El pueblo fundamento de la Constitución. **Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época.**, v. 6, p. 335–453, 2005.

[97] “A soberania reside essencialmente em a Nação. Não pode porém ser exercitada senão pelos seus representantes legalmente eleitos. Nenhum indivíduo ou corporação exerce autoridade pública, que se não derive da mesma nação” (art. 26 da Constituição Portuguesa de 1822).

autoridades estatais fatalmente gozaria de uma qualidade superior a todas as outras possíveis manifestações jurídicas[98].

O Estado nacional, que, repita-se, confere um tipo de legitimidade ao Estado moderno, acaba por sintetizar as bases político-ideológicas que, no encontro com expressões do ideário liberal, estabeleceria um padrão prescritivo (decisivamente influenciado pela soberania popular ou nacional) sobre como deve se dar o exercício do poder legítimo, juridificando-o e, assim, dando lugar a uma concreção político-jurídica que se denomina Estado de Direito.

Aos modernos ingredientes da soberania popular, da identidade nacional, do contratualismo estatal, do monopólio da força legítima, da autoridade representativa, do Estado como *locus* da vida comunitária e instância racional e neutra para a tutela de interesses gerais e de um sistema jurídico unificado em torno do Estado, soma-se o dogma liberal do controle e limitação da autoridade – que, repita-se, vinha germinando desde o medievo –, que se serviria dos direitos fundamentais, do império da lei e da separação de poderes, sobre os que mais adiante nos reportaremos.

É importante ressalvar, como se fez no início deste tópico, que o destaque dado ao pensamento político e aos eventos históricos que culminaram no surgimento do Estado nacional em visão eurocêntrica se deve às conhecidas repercussões que tais elementos tiveram no modo como se cogitava a organização do poder e do Direito, primeiro nas colônias e ex-colônias americanas e depois no resto do ocidente. Mas, como é intuitivo, nem todos os atuais Estados nacionais passaram por uma transição absolutista ou pelas fases do Estado moderno (absoluto, liberal, democrático e social) que a literatura política costuma classificar.

O modelo de organização política em chave nacional foi se disseminando de forma assíncrona pelo mundo[99] e se afirmando historicamente sobre contextos históricos diversos e sobre pautas político-ideológicas múltiplas

---

[98] HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Juridico e Direito democrático**. Coimbra: Ed. Almedina, 2019. p. 44-45.

[99] "Ao depor o rei da Espanha, o imperador francês [Napoleão] abriu a porta para os movimentos de independência sul-americanos nas décadas de 1810 e 1820. Simón Bolívar, o libertador de Bolívia, Panamá, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela falava a mesma linguagem nascente do nacionalismo empregada por seus congêneres na Europa. 'O nosso solo nativo', dizia com entusiasmo, 'desperta sentimentos ternos e lembranças deliciosas'" (HUNT, Lynn. **A invenção dos Direitos Humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 183).

e servindo, ainda, como catalisador para o alcance de finalidades não necessariamente vinculadas ao desenvolvimento econômico nacional, inobstante se vejam presentes (no ocidente) os seus denominadores estruturais comuns, a saber, a concentração unitária de poder, o monopólio da força legítima, a racionalidade e base política do poder e a estruturação administrativa burocrática.

Exemplificativamente, em que pesem a indiscutível ligação genética e a influência do pensamento político e da cultura jurídica europeia, a simples análise das bases circunstanciais de formação dos Estados de Portugal, do Brasil e da Angola demonstra que a fórmula dos Estados nacionais foi se disseminando e sendo absorvida com suas próprias vicissitudes.

Portugal pode ser considerado o primeiro Estado moderno formado na Europa continental[100], no esteio das batalhas de reconquista da Península Ibérica que culminaram no Tratado de Zamora (1143), mas também do aparecimento de uma classe burguesa que da exploração das atividades de circulação de produtos entre os Mares do Norte e o Mediterrâneo progrediu para práticas mercantilistas que se consolidaram após a Revolução de Avis (1385) e da que resultou a ascensão de D. João I como soberano de Portugal e Algarves, daí derivando uma monarquia absolutista que vigoraria até a Revolução liberal do Porto (1820).

Já o Brasil, que de colônia ultramarina é elevado à condição de membro de Estado – já nacional – do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves (1815), no período em que a metrópole vivenciava sua transição liberal, declara desta a sua independência (1822), edita sua primeira Constituição outorgada (1824) e instaura uma monarquia semilimitada encarregada de consolidar a unidade nacional, através da definição das suas fronteiras e da estipulação de arranjos pré-federativos, além da criação da estrutura burocrática civil e das forças militares.

É evidente que a independência possuiu um valor político e econômico para as oligarquias brasileiras, assim como a proclamação da república (1889) servir-lhes-ia também a uma burguesia incipiente – ambas

[100] Hobsbawm considera que o Reino de Castela já contaria com elementos de Estado-nação, cfr. HOBSBAWM, Eric. **Nações e nacionalismo desde 1789: programa, mito e realidade**. 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2021. p. 29.

manuseando a concepção nacionalista que lhe interessava – não obstante a revolução industrial brasileira efetivamente só ocorresse posteriormente, depois da Revolução de 1930, quando a urbanização, as crises econômicas e os conflitos sociais justificariam o surgimento de um poder político centralizado, um governo autoritário e um regime econômico de forte intervencionismo estatal.

Angola, a seu turno, foi assignada à Portugal pela Conferência de Berlim (1884-1885), tendo a metrópole instituído uma máquina burocrática capaz de regular as atividades empresariais dos imigrantes portugueses e aquelas exercidas pelas populações locais, além de ter conservado no seio de seu povo um regime jurídico diferenciado até a década de 1960. É neste período, ainda, que eclodem as guerras de libertação nacional, estimuladas por ideários anti-imperialistas e emancipatórios, bem como são intensificadas as estratégias diplomáticas que reforçariam o pan-africanismo[101]. Foi apenas com a transformação constitucional da metrópole, a partir da Revolução dos Cravos (1974), que se declarou a independência da colônia (1975), à época essencialmente agrária, seguida de uma sangrenta guerra civil cuja paz se alcançaria em 2002, após o que se aprofundariam a urbanização e os níveis de desenvolvimento econômico[102].

Superada a demonstração da assincronia histórica e a multiplicidade de bases e objetivos no surgimento dos diversos Estados nacionais, cabe salientar que os seus denominadores estruturais obviamente tem o condão de moldar o seu ordenamento jurídico, resultando num sistema unificado em torno de si, o que significa reduzir ao ecossistema estatal os planos de produção e organização do Direito, além do próprio monopólio da administração da Justiça.

No sistema jurídico dos Estados nacionais se considera jurídica a norma que, declarada pelo soberano (por vezes, através de sua representação), adquire validade objetiva e é garantida, dentro do sistema estatal, pelo monopólio da força, o qual se instrumentaliza através de instâncias estatais burocráticas. Bem assim, equiparam-se positividade e estatalidade do Direito e

---

[101] BERNARDINO, Luís Manuel Brás. Os movimentos de libertação em Angola e a criação das Forças Armadas Angolanas: contributos da ideologia política. **Tempo e Argumento**, Florianópolis, v. 13, n. 34, e0106, set./dez. 2021.

[102] CARVALHO, Paulo de. Angola: Estrutura Social da Sociedade Colonial. **Revista Angolana de Sociologia**, 7. 2011, 57-69.

a pluralidade de ordenamentos jurídicos escapa à imagem de uma sociedade unitária politicamente organizada.

Logo, originalmente, no Estado nacional os processos de integração e discriminação acabaram por formar uma sociedade unificada territorialmente, a qual tinha no titular da soberania (povo/nação) a única instância de integridade e legitimidade de todo o sistema jurídico, negando o pluralismo de ordenamentos e confirmando a exclusividade das fontes estatais de produção jurídica, de onde derivava a noção de que só é Direito positivo aquele declarado ou expressamente reconhecido pelo Estado, enquanto manifestação indireta da nação ou do povo unitário e uniformizado.

Na prática, porque a autoridade estatal era representativa do povo/nação, verdadeiro titular da soberania, o Direito proveniente das autoridades estatais compunha todo o Direito positivo vigente no Estado nacional. Perceba-se, porém, que este cenário político-jurídico é uma contingência histórica ideologicamente sustentada e que passou a dominar a imagem e o discurso jurídico nos diversos Estados nacionais.

Porém, não é possível racionalmente negar a evidência de que, mesmo nos Estados nacionais europeus, tenham convivido com o Direito estatal outros sistemas jurídicos, tais como o canônico, assim como noutras regiões, especialmente nas ex-colônias, o Direito oficial-estatal tenha convivido com sistemas grupais ou étnicos, os quais eram produto da coparticipação de poderes (não estatais) que possivelmente refletiam níveis de integração menores. Tampouco deve escapar do horizonte que em estados nacionais descentralizados, desenvolveram-se arranjos diferentes sobre o ordenamento jurídico estatal apoiados em noções igualmente matizadas da soberania, as que se fará alusão mais adiante.

2. O(S) MODELO(S) DE ORGANIZAÇÃO DO DIREITO NOS ESTADOS NACIONAIS

É no Estado nacional, portanto, que se assentaram definitivamente as bases político-ideológicas suficientes para que o Estado moderno reunisse os planos de produção e organização do Direito e, consequentemente, o Direito

estatal alcançasse o seu grau máximo de positividade, considerado o único ordenamento jurídico originário.

Vale repetir, a interseção entre os valores liberais e a identidade nacional produziria, ainda, um tipo prescritivo de Estado, isto é, uma associação soberana que, mantidas as suas características modernas nacionais, abrigaria as exigências de que o exercício do poder político fosse controlado e limitado por meio do império da lei (e não dos homens), da separação dos poderes e do respeito aos direitos fundamentais, a que se denominou de Estado de Direito, ou seja, um Estado nacional adjetivado pelo Direito.

De fato, na origem, o Estado de Direito constituiu uma aspiração liberal-burguesa de, fazendo frente à arbitrariedade do poder absoluto e a um ambiente jurídico promotor de incertezas, estabelecer um sistema de garantias dos direitos e liberdades individuais por meio da contenção daquele poder e tomou formas iniciais diferentes, conforme variações histórico-culturais, afinal, o formato do Estado de Direito na Inglaterra do "rule of law" foi diverso do que surgiu nos Estados Unidos após a sua Constituição, assim como são diversos do modelo germânico do "Reechstaat" ou do conturbado Estado liberal pós-revolucionário francês.

Evidentemente, estabelece-se aqui uma aproximação, para fins de exploração, das concepções que foram se desenvolvendo acerca do princípio do Estado de Direito, formalmente (em que jogam um papel importante o império da lei, a divisão de poderes e as garantias jurisdicionais e, em seguida, a supremacia da Constituição) e materialmente (quando se agregam a aqueles a proteção dos direitos fundamentais e a justiça material)[103], esclarecendo, porém, que doravante levar-se-ão em consideração, primeiro, o modelo de Estado de Direito que foi inicial e predominantemente influenciado pelo ideário revolucionário da França e que foi se alastrando pelas colônias espanholas e portuguesas da América do Sul[104] e, em seguida, aquele que vem à tona após a

[103] Cfr. a este propósito: WEBER, Albrecht. El principio de Estado de Derecho como principio constitucional común europeo. **Revista Española de Derecho Constitucional**, *[S. l.]*, n. 184, p. 27–59, 2008.

[104] Como é natural, o ideário revolucionário francês foi se difundindo e sendo adaptado às diversas realidades políticas. No caso brasileiro, por exemplo, serviu de base para a pretensão de reconfiguração do poder nos períodos pré e pós colonial, embora contaminada pela manutenção de instituições e arranjos claramente antiliberais (em perspectiva do ideário liberal europeu). É o que detecta Wolkmer: "Já no Brasil, o liberalismo expressaria a 'necessidade de rordenação do poder nacional e a dominação das elites agrárias', processo esse marcado pela

2ª Guerra Mundial e representa uma soma mais abrangente de experiências político-constitucionais, inegavelmente influenciadas por aquelas alemã, americana e italiana.

E assim, como se verá, também o Estado de Direito passará por transformações desde o seu advento no s. XVIII, seja em virtude de intercorrências históricas indicativas da insuficiência dos instrumentos de controle do poder, seja em face do reconhecimento de outros valores fundantes e/ou dimensões de direitos básicos, que, em conjunto, modificarão o modo como o Estado organiza o Direito e suas fontes de produção.

A este respeito, costuma-se classificar o Estado de Direito em dois grandes modelos ou paradigmas, de acordo com o modo pelo qual organiza suas fontes[105]: o Estado legal ou legislativo de Direito e o Estado constitucional de Direito, que refletem, por sua vez, experiências históricas e ideários diferentes.

2.1. O ESTADO LEGAL (OU LEGISLATIVO) DE DIREITO

2.1.1. O sobrevalor do Estado legislativo de Direito: a certeza do direito (como instrumento revolucionário).

Como é intuitivo, o Estado Legal ou legislativo de Direito (ELD) apresenta um modelo de organização das fontes de produção jurídica (ou fontes normativas) que reflete o ideário e o pensamento liberal que prevalecia em sua gênese e que tinha como substrato político a consecução das finalidades transformadoras que inspiravam o movimento revolucionário.

Tal como exposto, o ambiente jurídico medieval, caracterizado pela coexistência de privilégios e ordens jurídicas diferentes, com interrelações não antecipadamente previstas e sem qualquer postulado sistêmico de redução à unidade, no plano da produção ou da aplicação do Direito, incrementado pela alta discricionariedade judicial, se projetou em grande parte sobre a primeira fase do Estado moderno, ao qual se somavam as ilimitadas prerrogativas

---

ambiguidade da junção de 'formas liberais sobre estruturas de conteúdo oligárquico" (WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 89-90).

[105] Embora a doutrina também se refira ao Estado judicial de Direito, optamos por exclui-lo da análise em virtude do universo desta pesquisa, que não se preocupa com os modelos jurídicos que integram o *common law*.

absolutistas, preservando o estado de incerteza acerca das consequências jurídicas de determinados atos e fatos.

Contudo, o aprofundamento das relações econômicas (e, também, culturais e políticas interterritoriais) e a construção das identidades nacionais e seus efeitos passariam a demandar um cenário oposto, de absoluta previsibilidade a ser alcançada através de um desenho da ordem jurídica que garantisse o predomínio da decisão político-jurídica tomada pelas forças revolucionárias vencedoras, rompendo, assim, com os paradigmas organizacionais medievais e, no final das contas, garantisse a segurança do tráfego econômico e o desenvolvimento da economia, através da liberação das forças do capital e do trabalho.

Assim, por uma parte, o ordenamento jurídico dos Estados nacionais resultaria num sistema unificado em torno do próprio Estado, com os monopólios da produção e da organização do Direito e, ainda, da própria administração da justiça. E, por outra, a previsibilidade da qualificação e dos efeitos jurídicos de um determinado ato ou fato[106], vista como questão vital para a transformação social intentada pelas aspirações revolucionárias[107], levou a um cenário de redução das fontes do Direito, eliminando-se o caos de fontes normativas e privilegiando a fonte (lei parlamentar) que reproduziria a vontade, precisamente, das forças burguesas vencedoras, sob o discurso de sua racionalidade e de sua democraticidade.

Igualmente, era imperativa a concentração do poder de dizer ou de aplicar o Direito ao caso concreto em instâncias estatais, únicas racionais e imparciais. Mas principalmente que seus órgãos, isto é, os juízes – que, dadas a sua vinculação estrutural e, portanto, ideológica, ao status medieval da nobreza, poderiam investir-se da função de resistência às transformações sociais – na solução dos casos concretos, se valessem eminentemente da técnica da subsunção, da interpretação literal e da teoria da vontade do

---

[106] Este é o conceito doutrinário mais difundido acerca da certeza do Direito. Neste sentido: 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.] Editoriale scientifica, 2018. p. 109–125.

[107] "Estamos hablando de un ordenamiento simple, articulado en torno a la ley y al principio de jerarquía, en el que la categoría fundamental del sistema será la eficacia de las normas, porque se trata de un momento revolucionario, la imposición del mundo moderno frente al estamental" (CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Control de constitucionalidad y relaciones entre ordenamientos. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 19, n. 37, 2022.).

legislador, as quais, espelhando o conteúdo normativo da lei parlamentar, indiretamente asseguraria o domínio da decisão político-jurídica tida como transformadora.

Trata-se, portanto, de um sobrevalor fundado numa noção instrumental da certeza do direito aplicável que inspirava a organização do direito a partir do monopólio estatal, do princípio de hierarquia e da lei parlamentar e da força de lei[108], sobre o que analisou G. Pino:

> In questo modello di organizzazione giuspolitica e di cultura giuridica, la certezza del diritto assume un valore assolutamente preminente; è una sorta di meta-valore, che presiede al funzionamento dell'intero ordinamento giuridico, e che è funzionale alla (o è il presupposto della) realizzazione di tutti gli altri valori perseguiti dall'ordinamento: la tutela dell'autonomia individuale, la sicurezza dei traffici, l'eguaglianza formale[109].

2.1.2. O império da lei (supremacia e primazia)

Com tais objetivos, o modelo jurídico do Estado liberal tem num ato estatal determinado o elemento central de toda a organização do Direito positivo: a lei. A lei estatal era vista como expressão da soberania popular[110] (da vontade geral), produto de uma entidade racional (o Estado) e, assim, assumiria o papel primordial no controle e limitação do poder e na regulação da sociedade, dando mais um passo rumo à despersonalização do exercício do poder. É a instauração do dogma do império da lei, que obviamente se baseava na separação total entre sociedade e Estado, aquela constituindo uma realidade pré-estatal e soberana, enquanto este uma realidade limitada e dependente, ao fim e ao cabo, da decisão popular representativa, o que também reflete a separação entre a dimensão política e social enquanto exigência da nova ordem econômica em consolidação, decorrente da necessidade imperiosa de liberar o capital e o trabalho, suprimindo, assim, os privilégios estamentais e a vinculação à terra da mão de obra.

---

[108] "Esa articulación es coherente con una situación revolucionaria en la que el nuevo orden pugna por imponerse y lo hace a través de la ley y la fuerza de ley" (CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La Teoría De Las Fuentes Del Derecho Del Estado Constitucional. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 17, n. 34, 2020).

[109] PINO, Giorgio. La certezza del diritto e lo Stato costituzionale. *In*: APOSTOLI, A.; GORLANI, M. (org.). **Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto**. [s.l.] : Editoriale scientifica, 2018. p. 109–125.

[110] Da Constituição Francesa de 1848: "Article 20. - Le peuple français délègue le pouvoir législatif à une Assemblée unique".

É possível vislumbrar que a ideia evoluída da submissão voluntária[111], mesmo que representativa, como componente legitimador do exercício de toda autoridade alcançou o seu ápice no cotidiano do Estado legislativo e por meio do instituto da legalidade representando o grande progresso do Direito penal moderno, ao projetar que tanto a definição dos crimes como a de suas penas devem estar fixadas na lei, porquanto "o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social"[112].

Outrossim, progressivamente foi sendo introduzida a exigência de sujeição legal das atividades materiais e normativas da administração pública burocrática, bem como revista ou superada a doutrina da irresponsabilidade civil (*the king can do no wrong*) por atos lesivos aos cidadãos, dando lugar aos variados sistemas de controle judicial da legalidade dos atos e fatos administrativos.

A ênfase na liberdade individual consolidava uma dupla dimensão da legalidade: por sua dimensão positiva, toda ação estatal deveria estar fundada em lei parlamentar, enquanto a dimensão negativa incidiria na relação Estado-cidadão, em que, prevalecendo a autonomia individual, o cidadão poderia fazer tudo que não ultrapassasse os limites da lei[113].

Além do mais, dado que a lei se concebia como expressão da vontade geral – de um povo unificado pela ideologia nacional – e esta se encontrava representada no Parlamento, forçosamente a lei por este editada retratava a vontade de todos e, portanto, a todos igualmente se impunha. O império da lei, assim, também se relacionava com a aspiração revolucionária de igualdade[114] de todos perante a lei.

---

[111] A propósito, Hans Kelsen enfatiza que o ideal de democracia se assenta numa reação contra a vontade alheia, contra a heteronomia. Mas a liberdade política demanda a conciliação da aspiração de só obedecer a si próprio com a necessidade de uma ordenação da autoridade em chave democrática. Cfr. KELSEN, Hans. **Esencia y valor de la democracia**. Barcelona-Buenos Aires: Editorial Labor S.A, 1934. p. 16-20.

[112] BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 30-31.

[113] ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos y justicia**. Trad. Marina Gascón. 10ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 28. Sobre a dimensão negativa, preceituava o art. 5º da DDHC-1789: "A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene".

[114] Da Constituição Portuguesa de 1822: "A lei é igual para todos (...)" (art. 9).

Em segundo lugar, no Estado legal de Direito, a primazia da lei limitava o recurso às fontes normativas costumeiras, admitindo-as apenas quando expressamente incorporadas ou admitidas pela própria lei[115]. Aliás, este acaba sendo o destino também de sistemas normativos corporativos ou de outros grupos sociais, cuja juridicidade só passaria a estar garantida na medida do quanto recepcionado ou autorizado na lei.

Em terceiro lugar, dado que a certeza do direito como instrumento revolucionário era o metavalor fundante deste modelo jurídico, associado à igualdade de todos perante a lei[116], defendia-se um padrão estrutural sobre os traços que deveriam ter as suas normas. Em termos simples, as proposições normativas deveriam adotar fórmulas públicas, gerais e abstratas e com enunciados taxativos, ou seja, disposições claras e precisas que facilitassem a sua cognição ("in claris cessat interpretatio").

Pelas mesmas razões, preconizava-se que o Direito positivo deveria estar consolidado num número reduzido de documentos legais[117] que tivessem a aptidão para regular todas as relevantes situações de fato, atuais e futuras, trazendo à tona os dogmas da suficiência e da completude dos códigos.

Assim sendo, da soma dos traços estruturais que deveria ter a norma editada pelo Parlamento, mais o reduzido número de documentos normativos, mais a preferência da subsunção como técnica interpretativa, mais a finalidade de reconstrução da vontade do legislador no processo aplicativo da norma resultaria a equiparação absoluta do conceito de norma ao de disposição normativa. Norma jurídica era a própria disposição editada pelo Parlamento e concretizada pelo Executivo, na condução de suas atividades e aplicada pelo Judiciário, na solução de casos concretos.

---

115 "La relación entre ley y costumbre no se plantea como una relación normativa o de producción, sino como una relación de reconocimiento o de remisión a un derecho que se crea en otro lugar, fuera del ordenamiento estatal-legal" (CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho**. v. 1. Madrid: Tecnos, 1991. p. 41).

116 N. Bobbio afirma que o que está por trás desta doutrina é um juízo de valor ideológico: "é bom que as normas jurídicas sejam gerais e abstratas", pois a norma geral atende à igualdade e a norma abstrata atende à certeza. Cfr. BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Bauru, SP: Edipro, 2001. p. 182.

117 FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. **Revista internacional de filosofía política**, v. 17, n. 17, p. 31–46, 2001. O art. 258 da Constituição de Cádiz (1812) preceituava: "El código civil y criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Córtes".

2.1.3. A noção primária ou tradicional do princípio da separação de poderes

Fica claro que estas manifestações do império da lei e de sua primazia estavam amplamente associadas a uma específica concepção acerca do segundo dogma do ELD, isto é, da separação dos poderes estatais e de sua missão como técnica de combate à arbitrariedade e consequente garantia da liberdade política.

Também a respeito da separação de poderes é preciso recordar que, não obstante os constitucionalismos norte-americano e inglês dos sécs. XVIII e XIX também tenham oferecido elementos para a sua doutrina e prática[118], para os fins desta pesquisa, o foco do modelo jurídico sob análise está na recepção da lógica orgânico-funcional proposta por Montesquieu, a qual transcendeu o espaço das disputas revolucionárias na França, para ser introduzida em diversos textos constitucionais e práticas políticas daquele período histórico, na Europa continental e na América independente[119].

Montesquieu parte da ideia de que o cidadão é livre politicamente quando tem a prerrogativa de fazer o que lhe é permitido por lei[120]. A liberdade política demandaria, na sua relação com a Constituição do Estado, "uma certa distribuição de poderes" própria dos governos moderados, caracterizados, precisamente, pela repartição dos poderes precípuos do Estado[121], pois só o poder detém o poder. Igualmente, em sua relação com o cidadão, a liberdade

---

[118] Para uma visão abrangente sobre as técnicas de limitação de poderes, inclusive na Alemanha monárquica, cfr. REYES, M. A. El control como elemento inseparable del concepto de Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 19, n. 7, p. 15–52, 1987.

[119] Ilustrativo do conteúdo liberal da separação dos poderes é o texto do art. XXX da Constituição da ex-colônia de Massachusetts: "In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws, and not of men."

[120] Da Constituição Francesa de 1848: "La séparation des pouvoirs est la première condition d'un gouvernement libre" (Article 19). Já a Constituição portuguesa de 1822 estabelece que "a liberdade consiste em não serem obrigados a fazer o que ella não prohibe. A conservação desta liberdade depende da exacta observância das leis" (art. 2).

[121] "Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes" (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 168).

política estaria assegurada quando o cidadão usufruísse da certeza fornecida pela ordem jurídica.

O fato é que, quando individualizou os poderes que, além de independentes entre si, não poderiam ser ostentados pela mesma entidade[122], Montesquieu reforçou a percepção de preeminência do Parlamento, ao promover um desenho relacional em torno da lei[123]. Vale dizer, se ao Poder Legislativo incumbe editar, por lei, normas gerais e abstratas, cabendo ao Poder Executivo a concretização de tais normas no interior do Estado e ao Judiciário aplicá-las subsuntivamente para resolver um litígio entre particulares, no final das contas, quem voluntariamente dita o rumo da sociedade é o primeiro, corroborando, assim, a sua preponderância como epítome de instância representativa popular por excelência, cuja atividade é expressão indireta da vontade geral.

Aliás, esta interseção teórica entre Montesquieu e Rousseau haveria de influenciar (até o presente) a tese de que a generalidade da norma (aqui, de forma indiferenciada com a disposição) é o elemento essencial da definição de lei, diferenciando-a das sentenças judiciárias e dos atos normativos administrativos, os quais seriam sempre particularizações dos comandos gerais legais, a reforçar, portanto, a ideia de "força superior"[124] do Parlamento em face dos juízes e dos administradores[125].

Em concreto, a primazia da lei (que já secundarizara as fontes consuetudinárias e os sistemas de outros grupos sociais) também significava a sua preeminência sobre os atos político-normativos editados pelos demais poderes, dada a sua natureza de expressão indireta da vontade geral e direta

---

[122] A Constituição Portuguesa de 1822 depois de enunciar a tripartição de poderes (art. 29), define que "cada um destes poderes é de tal maneira independente, que um não poderá arrogar a si as atribuições do outro", disposição repetida no art. 35 de sua Constituição de 1838.

[123] A própria DDHC-1789, ao passo em que consagra a separação de poderes (art. 16), também reconhece que a lei é expressão da vontade geral (art. 6º), abrindo espaço para o predomínio do Parlamento.

[124] MALBERG, Carré de. **La loi, expression de la volonté générale**. Paris: Librairie du Recueeil Sirey, 1931. p. 3-6.

[125] A Constituição Portuguesa de 1838, prescrevia que "compete às Cortes fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las" (art. 37, 1º) e o art. 73 do Estatuto Albertino de 1848 estabelecia que "a interpretação das leis, em modo obrigatório para todos, compete exclusivamente ao poder legislativo" (art. 73).

das competências estatais soberanas[126] e, ainda, em virtude de todos os elementos descritos antes acerca de sua racionalidade e de sua vocação para a garantia da certeza do direito e, assim, do sucesso revolucionário.

É chamativo que a primazia da lei resultaria no papel secundário atribuído à jurisprudência[127] no Estado legal de Direito, através da adoção de um desenho institucional[128] que subordinava a sentença judiciária à lei parlamentar e que se servia de um aparato teórico pertinente e de uma contraposição absoluta entre os processos de criação e aplicação do Direito[129].

Por exemplo, a *Ordonnance civile* francesa, de 1667, editada na monarquia absoluta de Luiz XIV, já havia proibido que os juízes inferiores ou superiores interpretassem as leis, de modo que, em caso de dúvida ou dificuldade, deveriam encaminhar a questão ao Rei para saber de sua intenção. Era o antecedente do *référé législatif*, que seria incorporado na Constituição Francesa de 1791[130], com a diferença de que a questão passaria a ser encaminhada da Corte de Cassação ao Parlamento, a fim de que previamente fosse emitido um decreto declaratório vinculante acerca do conteúdo da norma.

A seu turno, a Escola da Exegese francesa[131] desenvolveu uma doutrina que se baseava na exclusividade da lei escrita como fonte do Direito e da lógica dedutiva como método hermenêutico. Daí decorriam o compromisso com a interpretação gramatical-filológica dos textos claros, o uso das inferências

---

[126] LUÑO, Antonio Pérez. E. Las fuentes del derecho y su problemática actual. *In*: AVILÉS, M. DEL C. B.; ANGÓN, Ó. C.; FERNÁNDEZ, F. V. (Eds.). . **Perspectivas actuales de las fuentes del derecho**. [s.l: s.n.]. p. 39–67.

[127] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos. **Revista Española de Derecho Constitucional**, año 23, núm. 69, septiembre-diciembre, 2003, p. 187.

[128] Também Zagrebelsky reconhece que através deste desenho a burguesia pretendia garantir a sua posição política hegemônica e remover a função de contrapeso ativo que os corpos judiciais exerceram no antigo regime (ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos y justicia**. Trad. Marina Gascón. 10ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 29-30). Os arts. 245-246 da Constituição de Cádiz preceituam: “Art. 245. Los Tribunales no podrán exercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se execute lo juzgado. (…). Art. 246. Tampoco podrán suspender la execución de las leyes, ni hacer reglamento alguno para la administración de justicia”.

[129] No discurso jurídico do Estado legal de Direito, o espaço de atuação da vontade normativa se encerrava na elaboração da lei, após o que só restavam atividades lógico-racionais de execução e de aplicação. (CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho***.* v. 1. Madrid: Tecnos, 1991. p. 25-26).

[130] “Art. 21. Lorsque après deux cassations le jugement du troisième tribunal sera attaqué par les mêmes moyens que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au tribunal de cassation sans avoir été soumise au Corps législatif, qui portera un décret déclaratoire de la loi, auquel le tribunal de cassation sera tenu de se conformer.”

[131] LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. **Revista Brasileira de Estudos Politicos**, 2008, 97, 105-122.

lógicas formais nos casos de textos não claros e a analogia para os casos de lacuna, primando sempre pela salvaguarda da vontade do legislador.

Tendo o cuidado de salientar que na Alemanha nem havia uma unicidade de força social e nem um conceito unitário de lei[132], onde tampouco floresceriam as grandes codificações no s. XIX, o juspositivismo alemão (sem, ainda, adentrar nas suas variações), sustentado na concepção de que o Estado seria uma realidade pré-jurídica e na sobreposição do sistema de fontes do Estado, também chegou ao mesmo resultado de reservar ao juiz a função de, na condição de intérprete da lei, apontar a vontade emanada naquela decisão estatal[133]. Para tanto, o silogismo era a técnica aplicativa adequada, da qual resultaria a subsunção dos fatos concretos às normas gerais e abstratas, tudo a reafirmar a subordinação fática do produto da atividade do juiz à atividade do legislador produtor da lei material.

Perceba-se que há uma influência inegável do pensamento cientificista nos conceitos e ideias do modelo jurídico liberal. Acreditava-se alcançar a previsibilidade jurídica a partir do estabelecimento de relações de causa e efeito entre o ditado por autoridades estatais e o conhecido pelo cidadão, entre a vontade textualizada na lei pelo Parlamento e a decisão do caso concreto proferida pelo Juiz ou, mais profundamente, entre os valores predominantes na sociedade e a regulação estatal concreta.

2.1.4. Os direitos fundamentais

O terceiro dogma do ELD é o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais, os quais, na verdade, seriam a própria razão de ser do Estado de Direito, o objetivo final do império da lei e da separação de poderes, que também refletiria a preconcepção filosófica da separação entre Estado e sociedade.

Embora haja antecedentes históricos (por exemplo, a Magna Carta de 1215, que os estabelecia em favor da nobreza) e teóricos (por exemplo, a relação entre divindade, direito natural e dignidade da pessoa em Tomás de Aquino ou a filosofia iluminista), é num dos frutos da Revolução Francesa que se inscreve a

---

[132] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho**. v. 1. Madrid: Tecnos, 1991. p. 23-24.

[133] BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e Positivismo jurídico**. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2016. p. 134-135.

noção de que os direitos fundamentais são ínsitos à natureza humana e, portanto, independentes de vontade estatal.

A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC-1789), marco do Estado de Direito liberal, revelava qual era a posição assumida sobre a fundamentação dos Direitos fundamentais e a sua relação congênita com o Estado civil, ao preceituar que o "fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem (...)", assim considerados "a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão".

Ficava textualizado, portanto, que os direitos fundamentais se situavam numa ordem jurídica superior (ou anterior) ao Estado, em que vigoravam valores e posições jurídicas básicas deduzidas da natureza humana e, assim, com validade objetiva e universal, de modo que as declarações de direitos não constituíam instrumentos formalmente criadores, mas declaratórios e com valor de reconhecimento.

É bem verdade que a própria DDDHC-1789 previa que a lei poderia estabelecer os limites para o exercício dos direitos naturais por razões de alteridade, em seu art. 4º ("A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei") e, da propagação deste arranjo a experiência constitucional francesa superveniente acabaria por consolidar a categoria das liberdades públicas, entendidas como direitos subjetivos dos indivíduos em face do Estado[134] e, nesta condição, dependentes da interposição legislativa, como ficou estabelecido, por exemplo, no art. 9º da Constituição francesa de 1793 ("A lei deverá proteger a liberdade pública e individual contra a opressão daqueles que governam")[135].

---

[134] "La literatura jurídico-política sólo conocía hasta entonces derechos de los Jefes de Estado, privilegios de clase, de los particulares o de ciertas corporaciones, no manifestándose los derechos generales de los súbditos sino bajo la forma de deberes del Estado, sin constituir para los individuos títulos jurídicos caracterizados. Merced a la Declaración de los Derechos es como se há formado com toda su amplitud, em el derecho positivo, na noción, hasta entonces sólo conocida em el Derecho natural, de los derechos subjetivos del miembro del Estado frente al Estado todo". (JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. México: IIJ-UNAM, 2000. p. 82).

[135] A expressão liberdades públicas figurará no art. 25 da Constituição Francesa da II República (1852): "Le Sénat est le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques. Aucune loi ne peut être promulguée avant de lui avoir été soumise".

Como resultado, de um lado, ainda que se considerassem naturais e anteriores ao Estado, os direitos fundamentais dependiam de sua corporificação por lei parlamentar, o veículo legítimo para definir os seus contornos concretos e, de outro, possuíam a estrutura de direitos de defesa, isto é, de posições jurídicas imunes à intervenção estatal, porque, vistos sob a ótica do indivíduo, delineavam as suas esferas de autonomia individual em face do Estado[136] e vistos sob a ótica do Estado representavam um "dever geral de abstenção na sociedade"[137], a que a doutrina denomina de direitos fundamentais de primeira geração[138].

Os "direitos do homem", portanto, se veriam concretamente reduzidos em sua pretensão de universalidade ao encontrar no Estado-nação o seu espaço de declaração e garantia e, como intuitivo, as soluções legais em torno de quais eram as tais posições jurídicas naturais de todo indivíduo e, ainda, do seu próprio conteúdo, objeto de proteção estatal, acabavam variando, no tempo e no espaço.

Por exemplo, a Constituição da II República Francesa (1848), em cujo preâmbulo se afirmava que a Assembleia Nacional "reconhece direitos e deveres anteriores e superiores às leis positivas", acolhia a proibição da escravidão, "direito natural" que não constava da Constituição Francesa de 1791, a qual também dispunha de um catálogo de direitos. A Constituição de Cádiz (1812), símbolo do pensamento liberal, não continha uma declaração de direitos, o que apenas veio a se consolidar na Constituição Espanhola de 1837.

Esta peculiaridade, adiante-se, acabaria evidenciando que os direitos fundamentais não são, verdadeiramente, inerentes à natureza humana, mas uma categoria histórica, atenta às necessidades e as pretensões

---

[136] Embora sob bases diversas, a perspectiva de direitos fundamentais a partir do tipo de relação que qualifica o indivíduo diante do Estado está na teorização de Georg Jellinek sobre os status dos direitos fundamentais. Para uma análise descritiva e crítica da teoria dos status, cfr.: ALEXY, Roberto. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª ed (en castellano). Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales, 2007. p. 219-238.

[137] GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direitos Fundamentais**. v. 1. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 236.

[138] Atribui-se a Karel Vasak a "The first generation concerns "negative" rights, in the sense that their respect requires that the state do nothing to interfere with individual liberties, and correspond roughly to the civil and political rights.". VASAK, Karel. A 30-year Struggle: The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. **The Unesco Courier. Southern Africa at grips with racismo**, Paris, p. 29, nov. 1977. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000074816.nameddest=48063. Acesso em 10 ago. 2023.

condicionadas[139] por seu tempo e lugar, não obstante a sua capacidade expansiva.

É importante destacar, porém, que o estabelecimento de uma noção de direitos fundamentais como direitos inatos se perfez concretamente no contexto constitucional norte-americano. Já na Declaração de Virgínia (1776), que havia inspirado a DDDHC-1789, se prevê que "Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais, quando entram em um estado de sociedade, não podem, por qualquer pacto, privar ou despojar à sua descendência; a saber, o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedade, e buscar e obter felicidade e segurança".

Porém, a experiência constitucional daquele país, diferentemente do que ocorreu na França, foi se desenvolvendo no sentido de considerar que a lei não era o meio de definição dos direitos, mas um derivativo destes, neles encontrando o seu limite, cuja consequência foi a atribuição de uma ampla competência fiscalizatória (e até propriamente regulatória) de sua observância à jurisdição constitucional[140].

2.1.5. O papel da Constituição e o conceito de lei no Estado Legal de Direito

Cabe-nos perguntar qual era o papel atribuído à Constituição no Estado legal de Direito (ELD), considerando que o próprio art. 16 da Declaração dos Direitos do homem e do cidadão (1789) a previa como uma resultante da garantia dos direitos e do estabelecimento da separação de poderes.

A Constituição do ELD, para além de pacto instaurador da sociedade política, é um "sistema de articulação dos órgãos superiores do Estado e de organização dos modos de produção do Direito"[141], que terá no legislador parlamentar o supremo intérprete e aplicador. A Constituição detinha natureza essencialmente política, servindo como instrumento de limitação dos poderes

---

[139] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992. p. 17-22.
[140] ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos y justicia**. Trad. Marina Gascón. 10ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 55-56.
[141] LLORENTE, Francisco Rubio. Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (sobre el problema del concepto de ley en la Constitución). **Revista de Administración Pública**, n. 101, p. 417–432, 1983. P. 425.

políticos na exata medida em que estipulava como eram investidas as autoridades, como exerciam suas funções e como se interrelacionavam. Nisto, já se diferenciava do constitucionalismo liberal norte-americano, o qual nasce e se desenvolve considerando a Constituição um documento jurídico de aplicação direta e imediata também pelo Poder Judiciário.

Nesta fase histórica, o uso do adjetivo “constitucional” se contrapunha ao “absoluto”, para indicar, precisamente, a instituição de um sistema de limitação de poderes[142] que inexistia no regime pretérito. Em suma, este sistema juridificava o fenômeno político estatal prevendo quem e como poderia ser exercida a autoridade, sob a ótica de que a articulação em torno do império da lei, da separação de poderes e das garantias dos direitos individuais, manejada pelo controle popular através da técnica da eleição periódica, constituiria um sistema autossuficiente.

Concebia-se, assim, um processo político democrático baseado na eletividade – em que pesem as limitações no gozo do direito ao sufrágio –, bem como na “representação e [n]o governo da maioria”[143], o que implicava que, na prática, as maiorias não só detinham o poder político e conduziam os correspondentes processos, mas também tomavam decisões dentro de um espaço de escolha em que não havia limitação material ou de conteúdo[144]. Além de, na prática, os direitos fundamentais dependerem de interposição legislativa, e assim estarem à disposição das maiorias, muitas vezes, as próprias regras do processo político poderiam ser livremente modificadas por elas, ainda que por meio de procedimentos jurígenos diferenciados. Esta era a concepção de democracia pressuposta ao Estado legal.

É por esta razão que, mesmo existindo Constituições no ELD, o seu papel sistêmico acaba sendo secundário em face da lei, na medida em que a sua natureza era política e não se vislumbrava uma relação de subordinação material entre lei e Constituição. Por sinal, é revelador o dispositivo previsto na

---

[142] GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. **Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, v. 1, n. 1, 1999.

[143] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Reserva de Lei e Potestade Regulamentadora na Constituição Normativa. **Revista Direito Público**, v. 10, n. 50, 2013.

[144] A título ilustrativo, a Constituição de Cádiz (1812) tratava da lei, sob competência das Cortes (arts. 131 a 156), mas não lhe impunha limitações materiais.

Constituição Jacobina de 1793, segundo o qual “o juiz aplicará as leis votadas pela assembleia nacional mesmo que contrárias à constituição” (art. 27).

Por todo o exposto, a lei tinha o seu conceito formado a partir de três indicadores característicos: a forma, a potência e a função[145]. A lei era o ato do Parlamento (isolado ou conjuntamente), editado de acordo com os procedimentos e solenidades previstos. A sua potencialidade era irrestrita, em face da ausência de limitações materiais (de conteúdo) à atividade do legislador (onipotente). Já a sua função era de unificar o sistema de fontes do Direito em torno de si, equiparando as noções de lei e Direito Positivo, mantendo fora do âmbito jurídico o seu processo de produção.

2.1.6. O sistema de fontes do Direito no Estado Legal de Direito

O aspecto conceitual da lei, antes exposto, obviamente molda a doutrina então vigente sobre as fontes do Direito, baseada na origem da norma como fundamento de sua validade[146]. A lei pertence ao ordenamento jurídico porquanto editada pelo Parlamento e estará legitimada porque foi posta por esta instância representativa, a qual está dotada desta potestade jurígena. Se a norma é costumeira ou oriunda de grupos sociais especiais será válida se e quando incorporada ou autorizada por lei. Assim, os debates dogmáticos giravam em torno, basicamente, da vigência e da eficácia das normas, o que já representava, obviamente, uma transformação ante o cenário jurídico medieval.

Se validade significa o pertencimento da norma ao ordenamento jurídico, a vigência é o intervalo temporal deste pertencimento, que, normalmente, se inicia com a sua publicação ou após o período da *vacatio legis* e termina com a derrogação expressa, tácita ou implícita, ou com a anulação. O início da vigência da norma sinaliza o fim do processo de produção da norma e o início do processo aplicativo[147] e a sua análise pode suscitar problemas concretos relacionados com a retroatividade e a ultratividade. Como no Estado legislativo de Direito a validade era um dado pressuposto, diante do próprio

---

[145] DÍEZ-PICAZO, Luis. Concepto de ley y tipos de leyes. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. núm. 24, n. 8, p. 47–94, 1988.
[146] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **A projeção da Constituição sobre o ordenamento jurídico**. Trad. Paulo Roberto Barbosa Ramos. São Paulo: Saraiva, 2014.
[147] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Manual de Derecho Constitucional**. v.1. 13ª ed. Madrid: Tecnos, 2018. p. 79.

caráter não jurídico do processo produtivo, não se cogitava do fim da vigência de uma norma legal em face da declaração de sua nulidade.

Já eficácia jurídica é a potencialidade normativa, isto é, a capacidade de produzir efeitos no próprio sistema jurídico e em face de outras fontes ou normas jurídicas, quer seja para inovar na ordem jurídica, ou seja, para produzir direito novo (força eficacial ativa), quer seja para resistir aos efeitos normativos de fonte/norma diversa (força eficacial passiva). A eficácia jurídica, portanto, é uma categoria eminentemente relacional, porque se manifesta nas relações internormativas, e se vale de critérios de solução de antinomias, tais como o cronológico, a especialidade e a hierarquia.

Neste ponto, é significativa a problemática da relação entre lei e regulamento, em que incidiam dois institutos que podem ser associados ao império da lei: a primazia e a reserva de lei. Por regulamento nos referimos aos atos normativos dotados de eficácia *erga omnes* emitidos pelas autoridades governamentais, em especial, pelo Chefe do Poder Executivo.

A primazia da lei fazia com que o regulamento constituísse, como regra, uma fonte normativa secundária, na medida em que estava subordinada à lei parlamentar. Assim, as normas regulamentares não poderiam contrariar o conteúdo das normas legais e, ainda, poderiam ser revogadas em face de norma legal superveniente com elas incompatível.

Por sua vez, a incidência da reserva de lei na conexão entre lei e regulamento reproduzia o predomínio do Parlamento como instância representativa por excelência e, portanto, o local legítimo para a tomada de decisões que pudessem afetar os cidadãos (algo que viria a ocorrer inclusive em regimes presidencialistas, cujos chefes de Estado eram igualmente representativos). Em outras palavras, apenas o Parlamento deteria legitimidade para deliberar acerca dos bens jurídicos valorados pela ideologia liberal, em especial, a liberdade, a propriedade, a segurança, etc., de modo que o regulamento não se considerava a fonte própria para tanto.

Porém, como não se tratava de uma competência cogente do Parlamento, dada a natureza política da Constituição, a reserva de lei constituía uma verdadeira "faculdade do legislativo"[148], que poderia dela dispor conforme

[148] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Manual de Derecho Constitucional**. v.1. 13ª ed. Madrid: Tecnos, 2018. p. 190.

as conveniências políticas majoritárias, reforçando a sua onipotência. Foi em torno da admissibilidade de diferentes graus de eficácia do regulamento, no cotejo com as normas legais, que surgiu a distinção dogmática entre regulamentos de execução, delegados ou independentes.

O regulamento executivo é o que visa a dar operatividade, normalmente administrativa, a normas legais, enquanto o regulamento delegado é aquele através do qual o Legislativo incumbe a órgão do Executivo a edição de normas inovadoras, fixando-lhes ou não princípios ou regras gerais vinculativas. Já o regulamento independente é o emitido sem referência a uma lei prévia ou superior. Como é intuitivo, o regime jurídico destas espécies de regulamento em cada sistema variaria de acordo com as práticas e doutrinas nacionais.

Nota-se, portanto, que do exame das relações internormativas no Estado legal de Direito pode-se verificar que a estrutura do seu sistema jurídico, centrado na lei parlamentar, tinha na hierarquia o seu único preceito organizacional. Em outras palavras, o seu ordenamento jurídico estava organizado por meio de um escalonamento de fontes/normas baseado nas suas diferentes eficácias jurídicas e que deveria ser observado por quem detivesse competências normativas. A lei possuía força superior ao costume e às fontes infralegais ou extraestatais e, ainda, às fontes produzidas por outros Poderes. Consequentemente, quando da escolha do material normativo apto à solução de um caso concreto, o aplicador da norma deveria se pautar, primeiro, pelo critério da hierarquia e, no caso de normas de igual nível no escalonamento, através da especialidade e da cronologia.

Não é demais reiterar que a noção de hierarquia se apoiava na preeminência do Parlamento[149] como instância representativa e na lei como expressão da vontade geral. A lei poderia revogar tanto uma norma com status legal, como outra com status infralegal, mas não poderia ser revogada por esta última.

Assim sendo, a unidade do sistema jurídico restava preservada pela uniformidade em torno da superioridade normativa da lei parlamentar. A coerência era autoevidente, uma vez que não se produziriam antinomias

[149] MIGUEL, A. R. El principio de jerarquía normativa. **Revista española de derecho constitucional**, v. 24, n. 8, p. 135–154, 1988.

normativas num ambiente jurídico em que a lei fosse fonte exclusiva de dicção de todo o direito positivo. Por fim, a plenitude “se assentava na racionalidade das leis e na suficiência dos códigos”[150], acreditando-se que as soluções normativas inscritas nas leis e o método de solução de anomias seriam suficientes para dar respostas a todos os problemas jurídicos que se apresentassem.

2.2. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

2.2.1. O sobrevalor do Estado constitucional de Direito: o pluralismo sociopolítico

Se a revolução francesa é apontada como o marco histórico a partir do qual se desenvolve o modelo de Estado legal ou legislativo de Direito, é no pós-segunda guerra que se impulsiona o Estado constitucional de Direito (ECD), que é resultado da interseção de várias experiências político-jurídicas

Entre os dois marcos, como é intuitivo, muito se deu nos campos político, econômico, social e cultural, inclusive com uma maior aproximação entre os Estados e suas realidades culturais. Os estudos de Teoria do Direito e a própria práxis judicial evidenciaram as falhas estruturais do ELD, assim como a emergência de novas necessidades (e interesses) e de novos valores político-jurídicos demonstrou a insuficiência do que se havia projetado.

Consequentemente, as concepções sobre o controle e a limitação do poder, a separação de poderes e o respeito aos direitos fundamentais passaram por uma acentuada transformação que culminou, naturalmente, com a remodelação do sistema de fontes do Direito. E a própria separação radical entre sociedade e Estado se desvanece, considerando-os como duas realidades sociais interrelacionadas, em que o Estado se apresenta mais como uma realidade funcional de poder constituída como unidade de decisão e provido de determinadas tarefas[151].

Em primeiro lugar, é no esteio das revoluções industrias e de seus efeitos econômicos, sociais e culturais, incluindo o aumento das tensões reivindicatórias por mais liberdade, igualdade e solidariedade, bem como da

---

[150] GUIMARÃES, Diego Fernandes. O Estado constitucional de Direito e a mudança de rumo no sistema de fontes do Direito. **Revista de Informação Legislativa**, 2022, 59.233: 83-98.

[151] Para um aprofundamento teórico, cfr. HESSE, Konrad. Observaciones sobre la actualidad y el alcance de la distinción entre estado y sociedad. *In*: **Escritos de derecho constitucional**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992. p. 117-130.

ocorrência de duas grandes guerras, com suas atrocidades e genocídios, que o pluralismo político e social é revitalizado e atualizado como sobrevalor de uma sociedade democrática, funcionando em paralelo com a segurança jurídica.

O pluralismo significa, em linguagem simples, o reconhecimento pela sociedade de que é composta de pessoas e grupo de pessoas que possuem concepções diversas sobre si, sobre o outro e sobre si nas relações sociais, baseadas que estão na diversidade de valores e de visões de mundo que podem conviver harmonicamente.

Ademais, entre a associação política por excelência, que é o Estado, e o indivíduo, são reconhecidos e revalorizados grupos sociais intermediários e uma multiplicidade de círculos de poder que servem também de controle horizontal recíproco e como instâncias de afirmação da personalidade, tais como as associações, os sindicatos, os partidos políticos, as organizações religiosas, etc. Estes integram, na doutrina haberliana[152], a dimensão espacial do espaço público, ao lado de sua dimensão valorativa que corresponde à *salus publica* (expressão emprestada de T. Hobbes), ou seja, ao modo de obtenção da "paz pública" (finalidade primeira da comunidade política), mediante o dissenso e o consenso para finalmente tomar forma de decisão política.

De pronto, observa-se que (este revitalizado) pluralismo se opõe à concepção de sociedade unificada que havia marcado a primeira fase do Estado nacional, caracterizada pela homogeneidade na pauta de valores, sob a base da identidade nacional[153]. As experiências totalitárias haviam levado o fator identitário às últimas (e piores) consequências concretas, difundindo uma ideologia oficial abrangente de todos os aspectos existenciais da vida humana e promovendo uma política de confronto e eliminação, baseada na contraposição excludente entre amigos e inimigos.

Mas tampouco se deixa confundir com a concepção medieval de pluralismo, a qual subordinava o que havia de particular e individual ao corpo social e, enquanto desarticulado e relativista, se mostrava indiscutivelmente

---

[152] HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. 2ª ed. México: UNAM, 2016. p. 15.

[153] É bem interessante a partilha da unidade promovida pela Constituição Belga: "Art. 2. Belgium comprises three Communities: the Flemish Community, the French Community and the German-speaking Community", que, inclusive, afeta o modo como restou articulado o pluralismo territorial: "Art. 4. Belgium comprises four linguistic regions: the Dutch-speaking region, the French-speaking region, the bilingual region of Brussels-Capital and the German-speaking region".

desagregador, com aptidão para gerar insegurança social e jurídica, porque fundada no exercício da oposição permanente e agressiva contra os demais grupos e agentes adversários[154].

Sob a ótica da epistemologia, Karl Popper acentua que "o relativismo é a posição de que tudo pode se afirmar, tudo ou quase tudo"[155], de modo que o resultado final não será outro que a anarquia ou a força. Logo, o relativismo difere do pluralismo crítico, segundo o qual cada teoria se apresenta no concurso com as demais na procura da verdade.

A mesma inspiração é percebida quando o autor trata da tolerância, vista como o efeito inafastável da consciência da falibilidade humana, e o seu paradoxo: "*De facto, a tolerância tem aqui as suas fronteiras. Se damos à intolerância o direito de ser tolerada, então destruímos a tolerância e o Estado de direito. Foi esse o destino da República de Weimer*"[156]. Para Popper, existe uma aproximação entre sociedade democrática e a mentalidade científica, no sentido de que a primeira se baseia, necessariamente, numa comunicação livre mediante argumentos racionais (falseáveis).

Portanto, cabe reafirmar, diferentemente do medieval, o pluralismo contemporâneo se situa a meio caminho entre a descentralização e a centralização absolutas. Em outras palavras, constitui a superação dialética do pluralismo medieval desarticulado e do monismo forçado e artificial dos Estados nacionais. Inspirada por esta renovada concepção, entende-se que o poder político deve estar distribuído em instâncias coordenadas, dentro e com o Estado[157], mantendo-se assim a originariedade do ordenamento jurídico estatal. A necessidade de articulação do pluralismo institucional e social pelo e para o Estado é o aspecto diferenciador mais significativo da concepção de pluralismo que inspira os Estados constitucionais.

---

[154] ALZAGA, Oscar. **Del consenso constituyente al conflicto permanente**. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 101.
[155] POPPER, Karl. R. **Sociedade aberta, universo aberto – Entrevista conduzida por Franz Kreuzer**. Trad. Marua Helena Rodrigues de Carvalho. 2ª ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1991. p. 98.
[156] POPPER, Karl. R. **Sociedade aberta, universo aberto – Entrevista conduzida por Franz Kreuzer**. Trad. Marua Helena Rodrigues de Carvalho. 2ª ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1991. p. 91.
[157] PIZZORUSSO, Alessandro. **Lecciones de Derecho Constitucional**. v. 1. Madrid: CEPC, 1984. p. 115-128.

O art. 2º da Constituição Italiana o ilustra: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, **sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità**, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”[158] (grifos nossos).

É importante destacar que o mesmo Estado que articula o pluralismo institucional e social necessariamente se abre ao pluralismo ideológico, isto é, à diversidade de opiniões, de crença, de projetos de vida individual e comunitária para cujo exercício são de fundamental importância as liberdades de pensamento e expressão e suas especificações (liberdade religiosa, sindical, política, de ensino e de imprensa), bem como um subsistema de direitos políticos e eleitorais que tendam para a garantia do sufrágio universal, da temporariedade dos mandatos e da alternância de poder, da liberdade associativa (e partidária e sindical) e dos arranjos de representação política de minorias.

Não é preciso muito esforço para constatar que este pluralismo é naturalmente tensionante, pois a multiplicidade de instituições, de atores intermediários e a sua diversidade ideológica acaba gerando uma disputa permanente pela decisão política estatal. Porém, diferentemente do modelo liberal do séc. XIX, o pluralismo sociopolítico não é ignorado, e nem é agressivamente eliminado como nos sistemas totalitários. O conflito é prezado como um elemento inevitável e permanente[159] de qualquer sociedade democrática e o eixo de legitimidade do exercício do poder se desloca para as condições (formais, materiais e até circunstanciais) de disputa e de tomada de decisões políticas.

Por sinal, se as teorias do contrato social serviram ao modelo de Estado liberal de Direito, o ECD se serve de um cabedal diversificado de teorias políticas[160] que acolhem, a seu modo, a ideia de institucionalização do conflito. A propósito, relativamente à própria democraticidade do conflito cabe uma

---

[158] Da Constituição Portuguesa de 1976: Art. 2º. “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas (...)”. Em sentido semelhante o art. 1º da Constituição Espanhola: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

[159] LÓPEZ, Enrique Guillén. La crisis económica y la dirección política: reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional. **Revista De Derecho Constitucional Europeo,** num. 20, p. 431-446, 2013.

[160] MIGUEL, L. F. Consenso e conflito na teoria democrática: para além do “agonismo”. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 92, p. 13–43, 2014.

alusão especial à reflexão de Chantal Mouffe, para quem “a especificidade da democracia moderna repousa no reconhecimento e na legitimação do conflito e na recusa de suprimi-lo por meio da imposição de uma ordem autoritária”[161], considerando, ainda, essencial à comunidade pluralista que se promova um consenso em torno de regras e procedimentos, bem como dos valores normativos que lhes inspiram.

Ainda sobre a categoria do consenso, destaque-se que a legitimidade política pelo consentimento geral – que, repita-se, tem raiz na submissão voluntária dos medievais – é uma conquista histórico-cultural que, na ótica de R. Dahl, está relacionada com o exercício das liberdades pessoais e com o valor da dignidade humana, além de proporcionar governos mais estáveis e duradouros. Logo, já que o consentimento geral não pode ser alcançado através da eliminação do conflito, nem é factível a seleção de decisões políticas de acordo com o seu grau de aprovação social, até porque numa sociedade plural o consenso de todos é inatingível, a solução passa, precisamente, pela obtenção do consentimento sobre o processo decisório[162], ainda que o resultado não agrade a todos no momento de sua decisão.

Finalmente, como se disse, a consagração do valor do pluralismo sociopolítico não significa a substituição do valor da certeza jurídica, exclusivo no ELD, apesar de sofrer uma remodelação.

No ELD a previsibilidade jurídica estava assegurada pela construção de relações de causa e efeito entre a vontade textualizada pelo legislador e o conhecido pelo cidadão ou o aplicado pelo Judiciário, instrumentalizada, dentre outros fatores, pela força de lei e sua primazia, pela diferenciação radical entre os momentos de criação e de aplicação da norma e pela técnica da subsunção.

A inserção das constituições pluralistas e normativas na centralidade do sistema de fontes, a pluralidade de ordenamentos e de fontes do Direito e – como se demonstrará adiante – a relevância da diferenciação entre disposição (texto) e norma (premissa normativa do caso concreto) desformalizam o arranjo anterior ao inserir, por exemplo, o controle de validade da produção jurídica, as

---

[161] MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. Trad. de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 28-30.
[162] DAHL, Robert A. **Pluralist democracy in the United States: conflict and consent**. 2ª ed. Chicago: Rand McNally, 1967. p. 14-17.

disposições constitucionais de conteúdo aberto, a técnica da interpretação conforme à Constituição e as possibilidades de sentenças aditivas ou substitutivas pela jurisdição constitucional, de modo que a segurança jurídica se relativiza, passando a depender dos órgãos de produção e, também e de forma mais intensa, dos órgãos de aplicação, em especial, das jurisdições[163] ordinária e constitucional e das justificações por estas apresentadas voltadas à sistematização do Direito positivo, de onde emerge a relevância dos standards de aplicação, da doutrina jurisprudencial, dos sistemas de precedentes e das teorias da argumentação.

2.2.2. A Constituição como veículo de consensos mínimos

O que R. Dahl denomina de consentimento geral sobre o processo decisório dialoga com o conceito de "consenso cultural mínimo"[164], usado por Peter Häberle, consenso este que é antecipado pela própria comunidade com vistas à articulação do pluralismo pelo e para o Estado e que se vê revelado nas condições de disputa política e de tomadas de decisão que passam a estar sedimentadas na sua Constituição.

Este consenso mínimo se origina e vigora entre todos os membros e grupos da comunidade política, a partir do qual se torna possível a convivência harmônica das visões de mundo e dos projetos individuais e políticos diversos, permitindo que os conflitos sejam passíveis de solução contingencial no fluxo histórico, servindo-se, ainda, de instituições com "autoridade suficiente"[165] para assegurá-lo. Dito de outro modo, independentemente do planos e estratégias políticas dos grupos, os consensos veiculados na Constituição representam o mínimo a ser permanentemente observado por todos.

Pois bem. O sistema político que abriga a comunidade pluralista é a democracia constitucional, enquanto a instituição máxima que veicula os

---

[163] Giorgio Pino destca que o Estado Constitucional desencadeia a difusão do momento jurisprudencial frente ao legislativo, determinando a passagem da cultura da certeza para a cultura da justificação, de modo que a legitimidade assentada na maioria abre espaço para a da racionalidade e proporcionalidade. Cfr. PINO, Giorgio. La certezza del diritto e lo Stato costituzionale. *In*: APOSTOLI, A.; GORLANI, M. (Eds.). **Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto**. [s.l.] Editoriale scientifica, 2018. p. 109–125.

[164] HÄBERLE, Peter. El estado constitucional europeo. **Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, [S.l.], ene. 2000.

[165] DAHL, Robert A. **Pluralist democracy in the United States: conflict and consent**. 2ª ed. Chicago: Rand McNally, 1967. p. 7.

consensos mínimos e estabelece as instituições e procedimentos garantidores é a Constituição.

Como dissemos, a democracia liberal se baseava na eletividade, na representação e no governo da maioria, de modo que a condução do processo e a tomada de decisão políticos, na prática, ocorriam de maneira quase ilimitada, porque o único controle institucional a que se submetia a maioria era a periodicidade da eleição. Em suma, o processo e a decisão política eram legítimos e valiam porque adotados pela maioria, na condição de representante de todos.

Diferentemente, a democracia constitucional[166] supõe principalmente adicionar limites materiais ao exercício do poder da maioria. Logo, ficam preservadas a representatividade e a eletividade, mas o povo "atua como coletivo homogêneo integrado pela maioria e pelas minorias [e o] governo da maioria se move dentro do marco constitucional, que garante o respeito ao pluralismo e aos direitos das minorias"[167], de modo a transformar o "governo da maioria" em "governo de todos"[168].

Uma vez que o povo não é encarado como entidade unitária e homogênea e dada a diversidade de forças políticas concorrentes numa comunidade democrática, em que a maioria é essencialmente circunstancial e provisória, o princípio majoritário "per se" é incapaz de exprimir a vontade de todos. Há, então, uma expansão do referencial de legitimidade do poder, já que, não obstante o princípio majoritário continue servindo como técnica de seleção de governantes e de tomada de decisão política estatal, em ambos pressupõe a observância dos consensos mínimos, representados, como já dito, pelas condições formais, materiais e circunstanciais de disputa e de tomadas de decisão política que legitimam o exercício do poder e que, por isso, igualmente condicionarão a produção do Direito.

---

[166] "(…) la democracia constitucional es la que no atribuye a la mayoría todo el poder". E, em seguida: "(…) La Constitución es pues el proceso mediante el cual la acción gubernamental queda efectivamente restringida, y funciona también como el símbolo más eficaz de las fuerzas unificadoras que operen en una comunidad dada" (FREDRICH, Carl Joachim. **Gobierno constitucional y democracia: teoría y práctica en Europa y América**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p. 57 e p. 343).

[167] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **A projeção da Constituição sobre o ordenamento jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 82.

[168] BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Por sua vez, a Constituição (assim como o Estado) é vista como um pacto social, mas não nos termos puramente contratualistas que marcaram o modelo liberal e que, no final das contas, confiavam a estabilidade política superveniente a "homens de estado ilustrados"[169], mas da cristalização de um compromisso cultural geral, renovável no tempo a partir das funções política e jurídica da Constituição. Um pacto intergeracional em que o povo do momento constituinte não é um elemento biológico, mas propriamente cultural, mantido "unido e organizado em sua identidade e pluralidade por laços culturais"[170].

Idealmente, a Constituição do Estado constitucional é o produto de amplo consenso construído entre grupos sociopolíticos diversos (normalmente, num momento extraordinário de mobilização social constituinte), o que se traduz na maior extensão do seu documento constitucional (em comparação com as constituições liberais), na diversidade de seu conteúdo (não mais restrito aos temas de organização política e reconhecimento de faculdades individuais), nas tensões ideológicas inscritas no seu texto (liberdade-segurança, capital-trabalho, livre iniciativa-intervencionismo estatal etc) e no uso de técnicas redacionais mais abertas (*open texture*) em seus dispositivos.

Por certo, sabendo-se que diante da essencialidade do conflito numa sociedade plural, as dinâmicas políticas subsequentes à edição de uma Constituição formal se desenvolvem também pela mecânica dos conflitos e dos acordos políticos contingentes[171], existem consensos fundamentais que são naquela redigidos por meio de uma estrutura linguística fechada, tendo como efeito suprimir ou reduzir ao máximo as possibilidades de modulação majoritária, enquanto outros adotam uma estruturação mais vaga ou aberta, por meio de princípios ou valores, conceitos indeterminados ou cláusulas gerais e, assim, proporcionam maior liberdade concretizadora às maiorias políticas eventuais.

---

[169] ACKERMAN, Bruce.Tres hipótesis sobre la próxima crisis constitucional, **El Cronista del estado social y democrático de Derecho**, Nº. 20, 2011, págs. 4-16.

[170] HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. 2ª ed. México: UNAM, 2016. p13.

[171] Os consensos pós-constitucionais são obtidos a partir da análise das matérias, dos procedimentos e das funções à disposição da prática política, o que é fornecido e induzido pela Constituição. Inclusive os processos de reforma constitucional expressam um consenso que funciona como atualização política do jurídico, como mecanismo de articulação da continuidade jurídica do Estado e como reprodução dos amplos consensos constitucionais. Sobre este tema, Cfr. ALZAGA, Oscar. *Del consenso constituyente al conflicto permanente*. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 36-90.

No primeiro caso, o constituinte exprime o grau de importância do consenso básico específico para a unidade política, enquanto que com o segundo há uma preocupação maior com o pluralismo e com a promoção da diversidade[172] no fluxo histórico. E para ambas as situações, o constituinte pode estabelecer graus de alterabilidade (de rigidez) diferenciada, prevendo procedimentos modificativos mais exigentes ou até estabelecendo cláusulas pétreas (ou de eternidade), resistentes à supressão, de acordo com a essencialidade dos valores envolvidos na integração social e na unidade política.

E, seja pela estruturação normativa mais aberta, seja pela possibilidade de modificação textual, seja, ainda, pela ampla margem de discricionariedade concretizadora e interpretativa, com a aptidão para renovar, de tempos em tempos, o pacto constituinte, a Constituição de uma comunidade pluralista permanece sempre incompleta e inacabada, porque "pretende normatizar vida histórica e, desta forma, submetida a câmbios históricos"[173].

Aliás, a Constituição, ao passo em que se torna o veículo dos consensos mínimos garantidores do pluralismo democrático, passa a concorrer como referência cultural da comunidade diversificada[174], minimizando o papel das identidades nacionais, colocando-se como instrumento de catalização dos conflitos, algo que também é refletido no valor simbólico que o próprio documento constitucional adquire, no que se inspira, indiscutivelmente, no papel exercido pelos livros das grandes religiões monoteístas.

2.2.3. A transmutação genética da Constituição: a normatividade e o sistema de fontes do Direito

Por outro lado, a ascensão do pluralismo como sobrevalor da comunidade política representou o que denominamos de transmutação genética da Constituição, que deixou de ser apenas instrumento político organizativo,

---

[172] SÁNCHEZ, Miguel Azpitarte. La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado. *Fundamentos*. nº 08. **La metamorfosis del Estado y del derecho**. 2014. p. 261.

[173] HESSE, Konrad. Concepto y cualidad de la Constitución. *In*: **Escritos de derecho constitucional**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992. p. 18. (tradução livre)

[174] "La constitución actúa integrando cuando representa las valoraciones y aspiraciones fundamentales de una sociedad, cuando la sociedad reconoce justamente en su constitución aquellas ideas y creencias con las que se identifica y en la que ve fundada su peculiaridad" (GRIMM, Dieter. Integración por medio de la Constitución - propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización. **Teoria y Realidad Constitucional**, n. 15, p. 53–70, 2005).

para ostentar também natureza normativa[175], juridificando a parte essencial do fenômeno político ao estabelecer as condições básicas para o exercício do poder, além de ocupar um espaço central no sistema de fontes do Direito.

Antes de examinar o caráter normativo da Constituição, tal como bem apontado por Miguel Azpitarte[176], é de se destacar que no Estado Constitucional a normatividade não substitui a função política da Constituição, preservado que fica o seu papel constitutivo de uma comunidade política e que é, inclusive, essencial à própria carga normativa que detém uma dada constituição, ao concretizar e dar sentido atualizado, por meio da racionalidade política, ao texto constitucional que foi fruto de um consenso pretérito, construindo então uma comunidade política intergeracional em torno da Constituição, tal como expusemos antes.

De outro lado, dotar a Constituição de natureza normativa foi a opção necessária para que pudesse ser articulado o pluralismo sociopolítico por meio de regras, procedimentos e conteúdos condicionadores e estruturantes do exercício do poder político[177] e cuja inobservância gera efeitos no próprio sistema jurídico. A normatividade da Constituição teve como consequência a sua inserção no sistema de fontes do Direito e, mais, ocupando uma posição de centralidade e superioridade hierárquica (supremacia), promovendo a diferenciação entre forma constitucional e forma legal, ordenando a atividade das demais fontes e articulando a pluralidade de ordenamentos jurídicos[178]. No final

---

[175] Sobre a classificação ontológica que diferencia as constituições em normativa, nominal e semântica, cfr.: LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ed. Ariel, 2018. p. 218-223.

[176] AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. Constitución del pluralismo y método jurídico. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 21, p. 447–459, 2008.

[177] Como leciona Balaguer, a normatividade de uma Constituição não deriva, necessariamente, da articulação do pluralismo – e isto será confirmado no estudo da realidade brasileira, adiante –: "el sistema jurídico de la Constitución normativa puede ser definido como un ordenamiento complejo, por referencia no ya a la existencia de uma pluralidad de fuentes de producción (incluso de ordenamientos) sino a la existencia de diversos criterios de estructuración del propio sistema jurídico. Es obvio que ni estas características son exclusivas de la Constitución normativa, ni tampoco son elementos intrínsecos de su propia estructura. (...) Sin embargo, la Constitución normativa puede consdierarse hasta ahora como la fase última de este proceso de crisis [del Estado liberal]". (CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho***.* v. 1. Madrid: Tecnos, 1991. p. 137-138)

[178] "La Constitución es el origen último del Derecho vigente en el ordenamiento, hasta donde el Derecho es Derecho (más allá no existe como tal). Es la fuente conformadora del ordenamiento" (CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho**. v.1. Madrid, Editorial Tecnos, 1991. p. 54).

das contas, no ECD a Constituição abrigará também os consensos básicos relacionados à produção do Direito, coordenando-a dentro e com o Estado.

Perceba-se que o caráter normativo da Constituição não apenas estabelece as condicionantes para o exercício dos poderes políticos estruturantes, mas, diversamente do que defendiam os contratualistas por meio da latência da soberania popular ou nacional, também passa a condicionar o próprio exercício da soberania popular[179] a partir do primeiro momento de vigência desta Constituição.

De fato, mesmo no Estado constitucional, a soberania popular persiste como fonte de legitimidade de toda a ordem constitucional porque se expressa no Poder constituinte originário ao dar-se uma Constituição. Porém, quando já sob a égide de uma dada Constituição normativa qualquer manifestação de poder político se encontra condicionada pelos consensos básicos nela expressos, de modo que o poder popular perde as características de ilimitado e condicionado, deixando de ser encarado como um ente soberano, mas como um poder constituído[180], o que significa dizer que, de um lado, a soberania popular se esgota no momento constituinte originário[181] e, de outro, na vigência de um Estado constitucional o poder do povo também se assenta na Constituição[182].

---

[179] Para uma análise exaustiva sobre tais reflexos: ISENSEE, J. El pueblo fundamento de la Constitución. **Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época.**, v. 6, p. 335–453, 2005.

[180] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Soberanía popular y democracia en la Constitución Española de 1978. **Revista de Derecho Político**, n. 27–28, p. 97–112, 1988.

[181] "La costituzione normativa si basa su una rigida separazione tra il *momento costituente* in cui si esercita la sovranità e il *momento costituzionale* in cui, come ha sottolineato Martin Kriele, non c'è spazio per alcun potere sovrano, perché tutti i poteri dello Stato devono sottomettersi alla costituzione. Allo stesso tempo, la costituzione si basa sulla separazione tra il popolo come fattore costituente, che definisce uno 'spazio costituente' di esercizio di sovranità, nel quale il popolo occupa tutto lo spazio del potere perché solo in questo momento agisce come collettivo omogeneo, e lo 'spazio costituzionale', in cui il popolo non può più intervenire come potere sovrano o come collettivo omogeneo perché è uno spazio in cui devono essere garantiti il pluralismo, la democrazia pluralista e la tutela delle minoranze" (RANDAZZO, A. Intervista a Francisco Balaguer Callejón. La Costituzione dell'algoritmo. **Nomos. Le attualità nel diritto**, p. 1–17, 2023.).

[182] Da Constituição Portuguesa de 1976: "Art. 3.1. A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição". Já o art. 20 (2) da Constituição alemã preceitua: "All state authority is derived from the people. It shall be exercised by the people through elections and other votes and through specific legislative, executive and judicial bodies", enquanto o art. 3 da Constituição Francesa contém uma previsão interessante: "La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice". O mesmo se verifica na Constituição italiana: "La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione".

Na medida em que a comunidade política dá espaço efetivo para o pluralismo institucional e social, promove-se assim a abertura estatal a outros centros de emanação de normas jurídicas, o que se faz através da articulação de sistemas normativos diferentes e da ampliação de categorias (espécies) normativas, a evidenciar o modo particular de distribuição de poder político no interior do Estado.

Merece evidência, a este respeito, o fomento ao pluralismo territorial com os variados arranjos de descentralização política e, inclusive, em Estados constitucionais ibero-americanos vê-se uma tendência ao progressivo reconhecimento pelo Estado de sistemas normativos tradicionais, étnicos e tribais. Entre os sistemas normativos que coexistem no seio do Estado constitucional desenvolvem-se fórmulas de articulação diferenciadas em face do sistema estatal, único considerado originário e independente, fórmulas estas categorizadas na primeira seção deste capítulo.

Ademais, no âmbito do próprio sistema jurídico estatal, a lei parlamentar passa a conviver com outras fontes normativas, originadas do Parlamento (*leyes orgánicas*, decretos legislativos, resoluções parlamentares, emendas constitucionais, etc), do Poder Executivo (*decreto-legge*, medidas provisórias, regulamento autônomo, etc), do Tribunal constitucional (sentenças normativas, por exemplo) e destas ou outras autoridades pertencentes a unidades político-territoriais autônomas, como as dos estados federados, regiões, comunidades autônomas (emenda constitucional estadual, medidas provisórias estaduais, leis autonômicas, etc).

O modo como interagem todos os sistemas jurídicos concorrentes no interior do Estado e, inclusive, a disciplina das possíveis condicionantes para que um dado sistema coexista legitimamente com os demais, além daquelas regras que regulam a produção de normas fontes do Direito estatal, estarão tratadas, imediata ou mediatamente, pelos consensos expressos na Constituição e, repita-se, é por esta razão que ela assume um papel central no sistema de fontes do Direito, fornecendo as bases para a unidade e a coerência de um complexo supersistema jurídico.

Eis aqui dois elementos fundamentais para a compreensão do Estado constitucional de Direito. Um, que a lei não é mais o instrumento veiculador do Direito por excelência e que o próprio conteúdo do Direito não mais está restrito

às normas de convivência social, porque também abrange a atividade (ora normatizada) de sua produção. Dois, apesar de o Estado não ser mais o único produtor de Direito, no ECD ele conserva a exclusividade na definição dos processos (em sentido amplo) aptos à produção do Direito na comunidade política de referência, porque, através dos consensos constitucionais, é o "Estado que determina os procedimentos e os órgãos através dos quais podem as normas ser produzidas"[183].

Portanto, no Estado constitucional adquirem relevância jurídica as normas sobre produção do direito[184] (NSP), conceituadas como "as normas que em cada ordenamento definem quais são os fatos que possuem eficácia de fonte de normas jurídicas"[185]. Em suma, com vistas à garantia de sua unidade e coerência, cada ordenamento disciplina o processo de produção de suas normas, prevendo o conjunto de fontes geradoras dotadas de uma dada potencialidade normativa e o instrumento desta disciplina – que no ECD tem caráter jurídico-normativo – são as normas sobre produção jurídica que, consequentemente, funcionam como parâmetro de controle da validade das normas produzidas por cada fonte. As NSP são normas que regulam a produção válida de outras normas e, diga-se de passagem, também são incorporadas por fontes que lhe condicionam os efeitos jurídicos[186].

Como o sistema de fontes do direito do Estado legislativo girava em torno da supremacia da lei parlamentar, a análise da origem da norma (parlamentar, costumeira ou de outros poderes) era suficiente para entender o

---

[183] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho**. v.1. Madrid, Editorial Tecnos, 1991. P. 82.

[184] Bobbio as denomina de normas de estrutura, para diferenciá-las das normas de comportamento: "Estas normas de estructura se pueden considerar también como las normas para la producción jurídica, o sea, las normas que regulan los procedimientos de reglamentación jurídica, es decir, normas que no regulan um comportamiento sino el modo de regular um comportamiento, o más exactamente, el comportamiento que regulan es el de la producción jurídica" (BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis SA, 2002. p. 159).

[185] L'effeto giuridico che caratterizza questi fatti è il produrre la nascita, la modificazione o l'estinzione di norme o principi dell'ordinamento giuridico. Sono i fatti giuridicamente rilevanti come fonti di norme giuridiche. Le norme, che in ogni ordinamento fissano quali sono i fatti che hanno efficacia di fonti di norme giuridiche, sono le norme sulla produzione giuridica" (PERASSI, Tomaso. **Introduzione alle scienze giuridiche**. 3ª ristampa. Padova: CEDAM, 1967. p. 57)

[186] "(...) si realizza così uma sorta di sdoppiamento delle norme sulle fonti che, da un lato, regolano i modi di creazione, modificazione ed estinzione delle norme e, dall'altro lato, sono soggette alla disciplina da esse stesse stabilita, per cui determinano gli effetti di cui sono capaci anche nei confronti di sè medesime" (PIZZORUSSO, Alessandro. Delle fonti del diritto (art. 1-9). In: SCIALOJA, Antonio e BRANCA, Giuseppe. **Commentario del Codice civile**. Bologna/Roma: Nicola Zanichelli Editore/Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1977. p. 6).

ordenamento e analisar as relações internormativas. A partir do momento em que o poder de produzir normas com validade objetiva é distribuído entre diversos produtores, capazes de manejas as mesmas ou diversas espécies normativas, com graus iguais ou diversos de eficácia jurídica, a análise da origem da norma se torna insuficiente[187], deslocando a ênfase para o seu processo de produção, que é condicionante da validade das normas produzidas por cada fonte e, ao fim e ao cabo, permite controlar a coexistência de normas produzidas por centros diferentes de emanação do Direito[188].

Por conseguinte, a pluralidade de ordenamentos, de fontes do Direito e de espécies normativas também resultará na pluralidade de critérios de articulação, a qual inexistia no Estado legislativo. É que neste, da primazia da lei decorria uma estrutura normativa essencialmente hierárquica e simplesmente escalonada, baseada na diferença de eficácia normativa entre fontes que possuíam uma relação direta e imediata: a fonte legal era superior a todas as outras e a norma proveniente de fonte legal só poderia ser modificada ou revogada por outra do mesmo grau e não poderia sê-lo por norma de fonte diversa. Qualquer norma de fonte não legal deveria guardar compatibilidade com a legal.

Perceba-se, ademais, que como não havia limites materiais à produção legislativa, o problema da unidade e da coerência do ordenamento era uma preocupação dos órgãos que produziam Direito não legislativo, além daqueles encarregados da interpretação ou aplicação do Direito em geral.

No Estado constitucional, entretanto, em face da proliferação de órgãos produtores, de fontes e de categorias normativas, haverá uma constante necessidade de análise remetente às normas sobre produção jurídica para aferir a validade da norma em si, ou seja, as relações entre as normas também

---

[187] É a lição de F. Balaguer, para quem a própria palavra “fontes” não mais designa a origem da norma, já que a lei não é uma categoria unitária: porque há diversos centros de produção de leis ou normas com o mesmo nível, bem assim o mesmo centro de produção pode gerar várias categorias de leis e, ainda, porque a referência pura à norma legal não expressa muito, em face da distinção (mais adiante exposta) entre norma e disposição normativa. A este respeito, cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho**. v.1. Madrid, Editorial Tecnos, 1991. p. 48-49.

[188] Veja-se do art. 3º.3 da Constituição Portuguesa de 1976: “(...) 3. A validade das leis e dos demais atos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição”.

poderão ser indiretas ou mediatizadas por uma terceira norma reguladora de seus conteúdos e/ou de seus procedimentos.

Neste último caso, o problema da unidade e da coerência do ordenamento constitui objeto de análise de todos os órgãos de aplicação do Direito, mas também dos órgãos de produção. Porém, com vistas a reforçar a observância das normas de produção (e, em última instância, a própria garantia de normatividade da Constituição), acaba por demandar a criação de um órgão fiscalizador (e garantidor) da regularidade da produção normativa, um órgão de controle da constitucionalidade das normas[189].

A propósito, cabe reiterar, este tipo de articulação mediatizada por uma terceira norma é o campo próprio de atuação do princípio de competência, o qual consiste na fórmula de articulação normativa marcada pela presença de uma reserva de poderes normativos baseados na separação de matérias ou de funções normativas, de distinção de atos normativos (quanto ao órgão produtor ou quanto ao procedimento de produção) e de exclusão recíproca entre as fontes, ou seja, que a reserva da matéria ou da função normativas em favor de uma fonte seja excludente das demais[190].

O princípio de competência incidirá em cada ordenamento jurídico nacional de acordo com o modo de repartição dos poderes políticos e de reservas materiais e funcionais para a produção do Direito e tem sua origem histórica na necessidade de articulação do pluralismo territorial.

Como dissemos antes, o pluralismo jurídico era uma nota característica do Direito medieval, o que acabou suscitando a necessidade de

---

[189] Art. 61-1 da Constituição Francesa: “Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé”. Já o art. 134 da Constituição italiana preceitua: “La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni (...)”. Na Constituição alemã se prevê: “Art. 93 (1): “he Federal Constitutional Court shall rule: 1. on the interpretation of this Basic Law in the event of disputes concerning the extent of the rights and duties of a supreme federal body or of other parties vested with rights of their own by this Basic Law or by the rules of procedure of a supreme federal body; 2. in the event of disagreements or doubts concerning the formal or substantive compatibility of federal law or *Land* law with this Basic Law or the compatibility of *Land* law with other federal law on application of the Federal Government, of a *Land* government or of one quarter of the Members of the Bundestag (...)”.

[190] CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Manual de Derecho Constitucional**. v. 1. 13ª ed. Madrid: Tecnos, 2018. p. 106-107.

estabelecimento de regras de interpretação e de aplicação do Direito que desse conta daquela pluralidade e da definição do material normativo aplicável ao caso concreto. Porém, não é possível cogitar-se naquele de uma articulação competencial, porque esta se baseia na distribuição de poderes através de uma norma superior habilitante, inexistente naquele período.

Um primeiro tipo de articulação competencial é originado na realidade constitucional norte-americana. Em face do caráter centrípeto de sua estruturação federal, a Constituição Federal criou a União, enumerando as competências do Congresso, passando a conviver com as constituições dos estados-membros que servem de fonte de legitimidade da produção normativa da subunidade territorial, excluída a sua atuação sobre os poderes enumerados da União (além de prever limites negativos na Constituição). Os constituintes ainda predizem um sistema judicial de controle de constitucionalidade destinado a assegurar a supremacia da Constituição, idealizado para garantia do Direito Federal.

Já quanto ao âmbito europeu, Paloma Biglino[191] aponta que os primeiros estados federais se basearam numa ideia diferente de Constituição, qual seja, a de uma ordem que funda todo o sistema jurídico (não apenas o federal), delimitando as competências federais e estaduais. Contudo, enquanto a Constituição Suíça (1974) e a Constituição de Weimar (1919) previram a superioridade do Direito federal, a Constituição austríaca (1920), visando à garantia da autonomia dos novos estados-membros – frutos de uma estruturação estatal centrífuga (ou de devolução) –, optou por especificar as competências e estabelecer a invalidade como efeito da produção jurídica que excedesse a delimitação competencial.

Outrossim, também se previu o Tribunal Constitucional como órgão à margem do Poder Judiciário e destinado à fiscalização da produção normativa do ente central e dos Estados, sendo o marco dogmático de uma concepção mais estrita do princípio da competência.

Por fim, é importante destacar que o princípio da competência não é substitutivo da hierarquia, porque no sistema de fontes do ECD haverá vínculos internormativos que continuarão sendo tratados de forma hierárquica. A relação

[191] CAMPOS, Paloma Biglino. **Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia**. Madrid: CEPC, 2007.

entre Constituição e lei federal ou entre esta e o regulamento é uma clara hipótese de vínculo hierárquico. Entretanto, a depender das vicissitudes de cada ordenamento, é possível que entre uma lei federal e uma lei estadual ou entre lei estatal e lei autonômica ou regional a articulação seja competencial, a demandar a referência às NSP de base constitucional.

A última consequência da normatividade da Constituição que merece destaque é a incorporação dos dispositivos constitucionais no material normativo que deve ser considerado pelas autoridades aplicadoras do Direito, na solução do caso concreto, afinal, além de a Constituição poder se apresentar como fonte de posições jurídicas diretamente aplicáveis pelos órgãos ou invocáveis pelo cidadão, seus dispositivos passam a interagir com a produção jurídica infraconstitucional para definir, não apenas a sua validade – como já dissemos – , mas também o sentido e o alcance de suas normas.

E é neste ponto que cabe retomar que no Estado constitucional de Direito, torna-se relevante a diferenciação dos conceitos de norma e de disposição, especialmente em face da própria pluralidade de ordenamentos, de fontes e de órgãos produtores de Direito, mas também por força do advento do Estado social-prestacional que, superando o papel liberal de mero garantidor das liberdades, realçou a insuficiência regulatória mínima do modelo pretérito e o fracasso do dogma da suficiência das codificações.

Além da profusão de documentos normativos setoriais – que também se destinam à própria efetivação do pluralismo por meio do estabelecimento de regimes jurídicos específicos, sujeitos aos interesses inscritos na Constituição – , os seus textos manifestam graus de consenso político diversos, oscilando entre técnicas redacionais mais abertas ou mais precisas e, inclusive, com enunciações de princípios, caracterizados pela ausência de antecedente normativo, o que, além de sinalizar o desacerto da generalidade e abstração como caracteres da norma jurídica, abrem boa margem de atuação criativa por parte do intérprete e aplicador, mesmo fora da jurisdição constitucional.

A teoria do Direito evoluiu para considerar que as atividades de interpretação e aplicação do Direito não seriam apenas cognoscitivas, descritivas de normas pré-existentes, basicamente porque os enunciados interpretativos não têm como ser verdadeiros ou falsos, já que as “normas” se apresentam à interpretação como dados em língua de significado

indeterminado[192]. Logo, como leciona Balaguer, a atividade de interpretação-aplicação será, em alguma medida, também criativa e a lógica formal característica do modelo do Estado liberal é substituída pela dialética, assim como o racionalismo integral é suplantado pelo racionalismo crítico[193], de onde decorre a essencialidade do processo argumentativo na aplicação da norma, com vistas – também aqui – à formação do consenso sobre o resultado hermenêutico.

Por sinal, a diferenciação entre norma e disposição normativa, suscitada inicialmente por V. Crisafulli, será de fundamental importância para os sistemas de controle de constitucionalidade, manifestando-se, por exemplo, na operabilidade das técnicas de interpretação conforme, declaração parcial de nulidade sem redução de texto e nas sentenças aditivas, cabendo, portanto, referência exata à lição do autor italiano:

> Non solamente le norme non vanno confuse con l'atto, di cui di configurano come l'effetto o il prodotto, ma nemmeno sarebbe esatto identificarle (come molti fanno) con le disposizione: le quali costituiscono propriamente il contenuto prescrittivo dell'atto, il voluto in esso manifestato, e possono vedersi, in un certo senso, come l'atto medesimo (o una sua parte) nella sua unità dialettica di forma e contenuto. Le norme, invece, lungi dal configurarsi come un elemento dell'atto, ne stanno fuori, quali entità staccate ormai dalla loro fonte (dall'atto che le ha poste), con un proprio significato, che può in varia misura divergere, e tanto più con l'andar del tempo, da quello originariamente espresso dalle rispettive disposizioni, singolarmente considerate, poiché esso si determina in funzione dell'ordinamento complessivo, e su di esse preciò si riflettono altre norme a questo appartenenti[194].

Destarte, pode-se considerar que a disposição normativa corresponde ao enunciado (isto é, a expressão linguística), apresentado em forma deôntica[195] e criado por órgãos de produção (isto é, incorporada por fontes-ato) e que, portanto, fornecem ao operador o material necessário para a interpretação e

---

[192] GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 93-94.

[193] "El concepto de ciencia propio del racionalismo tradicional se basaba en el carácter absoluto de la razón de la verdad y de la lógica. La concepción de la ciencia del racionalismo crítico se basa, por el contrario, en la instrumentalidad de la razón, la convencionalidad de la verdad y el pluralismo de la lógica" (CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho**. v. 1. Madrid: Tecnos, 1991, p. 28)

[194] CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di Diritto Costituzionale**, 5ª ed. Tomo II. Padova: CEDAM, 1984. p. 41.

[195] GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

definição da norma, a qual corresponde ao enunciado interpretado e apto a ser aplicado ao caso concreto[196].

Assim, disposição normativa é o enunciado não interpretado e a norma o enunciado interpretado com vistas à sua aplicação ao caso concreto, de tal modo que várias disposições podem conter a mesma norma ou da mesma disposição podem derivar mais de uma norma ou, ainda, pode haver normas sem disposição, como no caso de normas implícitas ou aquelas fornecidas por fontes-fato (como o costume), que apenas produzem modelos de comportamento.

A dissociação conceitual entre disposição normativa e noma importa por corresponder a dois momentos do fenômeno da produção jurídica: o primeiro, em que a disposição é incorporada no ordenamento pelo órgão de produção com vistas à regulação de um fato ou ato em abstrato e, o segundo, em que as disposições são individualizadas, selecionadas e interpretadas com a finalidade de aplicação a um fato ou ato em concreto, de onde exsurge o papel crucial da jurisdição ordinária na definição do sentido e alcance da disposição normativa, a reclamar um sistema de precedentes e de vinculação administrativa eficiente se se pretende assegurar a segurança jurídica e a igualdade na aplicação do Direito objetivo.

Teoricamente, a regra predisposta pelo órgão de produção deveria coincidir com aquela incidente no caso concreto usada pelo órgão de aplicação. Mas, como já expusemos, há inúmeras causas que podem interferir na elaboração da norma (concreta), mesmo quando não detectado erro no processo interpretativo, o que reforça a conclusão de que a vontade normativa não se restringe ao âmbito legislativo.

Portanto, para sintetizar os conceitos manejados no Estado constitucional, por fontes do Direito se entendem os atos ou fatos aos que um dado ordenamento jurídico atribui a idoneidade ou a capacidade de produzir

---

[196] "(...) mediante le fonti-atto viene fornito all'operatore giuridico un complesso di 'disposizione normative', cioè um materiale per la formazione delle norme di tipo più perfezionato in quanto già costituito da proposizioni linguisticamente formulate in termini adatti ad essere tradotte in norme da aplicare al caso concreto attraverso uma mera operazione di sussunzione del fatto alla fattispecie in esse enunciata" (PIZZORUSSO, Alessandro. Delle fonti del diritto (art. 1-9). In: SCIALOJA, Antonio e BRANCA, Giuseppe. **Commentario del Codice civile**. Bologna/Roma: Nicola Zanichelli Editore/Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1977. p. 1-403. p. 24)

normas jurídicas[197]. A fonte fornece a norma costumeira ou incorpora a disposição normativa no ordenamento jurídico e indica qual é o regime jurídico da norma nelas expressada. O ordenamento terá tantas fontes do Direito quanto categorias (ou espécies, ou tipos) normativas estiverem nele previstas por meio das quais se forneçam ou incorporem normas[198].

A seu turno, disposição normativa é o enunciado normativo incorporado pela fonte-ato enquanto a norma será o produto da interpretação da disposição normativa, que normalmente servirá, após a análise sistêmica (em interação com as demais normas do sistema) e fática (diante das propriedades dos fatos sob julgamento), de premissa normativa[199] (ou norma concreta ou norma individual) para a aplicação no caso concreto.

Desta diferenciação decorre que entre a disposição normativa incorporada ao ordenamento até a norma jurídica (geral) e desta até a norma jurídica individualizada (a premissa normativa aplicada ao caso concreto) existem diversos fatores intrusivos de que não necessariamente a vontade expressada pelo órgão de produção da disposição normativa corresponderá à vontade final objetiva aplicada ao caso concreto, dentre as quais, vale repetir, figuram a imprecisão linguística da disposição, disposições de conteúdo aberto, incidência de princípios e valores, interpretação evolutiva, lacunas normativas, juízo de validade e relações internormativas, propriedades fáticas, etc.

2.2.4. Novos paradigmas do princípio da separação de poderes: jurisdição constitucional e a lei parlamentar como objeto de disputa

Por todas estas razões, é flagrante que o pluralismo como metavalor do sistema político-jurídico e a normatividade da Constituição provocaram uma

---

[197] Cfr. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 41.

[198] "A fonte é somente o suporte da norma, uma vez que a norma carece de regime jurídico próprio. Esse regime jurídico lhe é dado pelo suporte através do qual se incorpora ao ordenamento" (BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. **A projeção da Constituição sobre o ordenamento jurídico**. Trad. Paulo Roberto Barbosa Ramos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24)

[199] Reproduz-se aqui a diferenciação entre disposição, norma geral e norma individualizada, esta como "premissa marior do raciocínio justificativo", de Aguiló Regla, por apresentar uma decomposição mais detalhada das fases de interpretação e aplicação desde a incorporação da disposição singular até a sua efetiva incidência no caso concreto, não obstante se compreenda que, na prática, tais fases podem se fundir num mesmo processo. (REGLA, Agiló Josep. **Teoria geral das fontes do Direito**. Lisboa: Escolar editora, 2014. P. 129-130)

mudança significativa no esquema fundamental da separação de poderes estatais, já que, na medida em que proliferam centros de produção jurídica concorrentes com a lei parlamentar, repartindo competências normativas para autoridades diversas, do Executivo e do Judiciário, a preeminência do Parlamento sofre o seu primeiro golpe.

À extensão das atribuições materiais da administração pública, em virtude da ampliação da função prestacional do Estado, corresponde uma espécie de autonomia funcional[200] em favor dos órgãos e entidades administrativas, afetando um dos aspectos da primazia da lei, no que toca à relação de necessária subordinação da ação administrativa em face da lei parlamentar.

O acolhimento do caráter também criativo do processo de interpretação-aplicação do Direito confere um novo status ao Poder Judiciário, em favor de cujos juízes[201] se reconhece uma margem de discricionariedade no trânsito das fontes e disposições normativas até a formulação da norma concreta (norma individualizada ou premissa normativa), assim como nos casos de integração normativa. Ademais, não é incomum que aos juízes ordinários seja reconhecida a competência de fiscalizar a validade da produção normativa infralegal, especialmente na condição de garantidores das relações internormativas hierárquicas.

O surgimento de órgão fiscalizador da regularidade da produção normativa também remodela a noção de separação de poderes, dando lugar aos diversos sistemas de controle de constitucionalidade.

---

[200] “Se afirma así un principio de autonomía funcional de la Administración que, en el ámbito de leyes que simplemente indican tareas, restablece situaciones de supremacía necesarias para el desempeño de las mismas, atribuyendo implícitamente, en cada caso, las potestades que se precisan para su realización” (ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos y justicia**. Trad. Marina Gascón. 10ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 35).

[201] “A esa función normativa [de legislador negativo], específicamente kelseniana, se añadirá después la condición de “legislador positivo” de la jurisdicción constitucional, que se origina en la práctica mediante su intervención sobre los enunciados de las normas legales, que se configuran normativamente determinando el sentido específico en el que pueden ser aplicados como normas congruentes con la Constitución”. (CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La Teoría De Las Fuentes Del Derecho Del Estado Constitucional. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 17, n. 34, 2020.)

As constituições dos Estados constitucionais se valem de critérios materiais para a distribuição de competências normativas[202], mas também preveem limites materiais à produção infraconstitucional (e, até àquela constitucional derivada). Se considerarmos que aquelas costumam ter uma alta carga principiológica e são diversificadas em seu conteúdo, com textos tensionantes e dispositivos de redação mais aberta, quando o sistema adota o modelo de controle através de uma Corte ou Tribunal Constitucional, parte importante da definição do rumo da sociedade pode ser definida também por suas sentenças, inclusive com efeito de invalidação das opções políticas que tiverem sido tomadas pela maioria ocasional. O arranjo institucional pode ficar ainda mais interdependente politicamente nos sistemas em que o controle jurisdicional da constitucionalidade puder ser feito por qualquer juízo ou tribunal, como é o caso do Brasil.

Não por outra razão, Balaguer conclui que a soberania do Parlamento dará lugar, no Estado constitucional a uma repartição de competências, de modo que todos os órgãos expressam a vontade geral dentro do âmbito de competências delineadas na Constituição[203].

De qualquer maneira, mesmo em face deste novo conteúdo da separação dos poderes, as funções normativas dos órgãos de produção (ou autoridades político-normativas) não são inerentemente intercambiáveis com as da jurisdição (comum e constitucional)[204], ao menos em face de três fatores principais.

A jurisdição, quando formula a norma individualizada a partir da disposição normativa (ou quando identifica a regra costumeira) tem o dever de apresentar o percurso argumentativo, o qual, além de necessariamente partir do

---

[202] Por exemplo: arts. 73 e 74 da Constituição alemã; arts. 164º, 227º e 228º da Consituição de Portugal de 1976; art. 117 da atual Constituição Italiana; arts. 148 e 149 da Constituição da Espanha de 1978.

[203] "Bajo la Constitución normativa todos los órganos expresan la voluntad general dentro del orden constitucional de competencias. Nada impide, pues, que esse orden constitucional determine uma redistribución de los poderes normativos dentro de esos órganos, así como uma reestructuración de los principios de articulación del ordenamiento. Frente a la soberanía del Parlamento, um nuevo equilibrio, basado em la atribución constitucional de competencias se impone ahora, reflejando así el pluralismo sociopolítico que está em la base del nuevo Derecho constitucional". (CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho**. v. 1. Madrid: Tecnos, 1991. p. 26)

[204] Sobre esta diferenciação, reproduz-se aqui as lições de Agiló Regla, cfr. REGLA, Agiló Josep. **Teoria geral das fontes do Direito**. Lisboa: Escolar editora, 2014. p. 125-135.

Direito objetivo (isto é, do produto de fontes-ato e fontes-fato), se desenvolve com pretensão de universalidade, no sentido de poder ser aplicada a solução para todos os casos que reúnam as mesmas propriedades, detendo função integrativa ou interpretativa do sistema jurídico como um todo.

Ainda que no exercício da jurisdição constitucional concentrada, isto é, quando não há um caso concreto em julgamento e a controvérsia é normativa abstrata, também se faz presente o dever de apresentação de percurso argumentativo com pretensão de universalidade. É assim que restam preservadas a unidade e a coerência do sistema jurídico, além de concretizar-se a igualdade no âmbito da aplicação do Direito.

Os órgãos de produção normativa, a seu turno, possuem um grau de vinculação menor ao Direito objetivo, reduzido à observância das normas sobre produção. Em outras palavras, respeitadas as NSP, os órgãos de produção são os únicos que possuem a capacidade de modificar o sistema jurídico, enquanto o mesmo resultado não é ínsito ao caráter criativo da jurisdição. Ademais, tampouco é inerente à ação dos órgãos de produção normativa a oferta de argumentos com pretensão de universalidade.

E é exatamente por este arranjo que, por exemplo, mesmo após a emissão de sentença pela jurisdição constitucional concentrada declarando a inconstitucionalidade de uma norma parlamentar federal, ainda que o sistema a dote de eficácia erga omnes[205], não está excluída a hipótese de que o próprio Parlamento, interagindo com a argumentação desenvolvida pelo Tribunal ou Corte constitucional, edite nova norma com aspiração de compatibilidade constitucional ou até altere, através de reforma constitucional, o parâmetro de constitucionalidade interpretado ou aplicado por aquele órgão, alternativa que possui relação com o princípio democrático, ao permitir que as dinâmicas de maioria-minorias postas especialmente no Parlamento, associadas aos instrumentos de participação popular e ao diálogo com os grupos intermediários, possam continuar participando da produção do Direito positivo.

Assentadas as bases e as consequências da transmutação genética porque passa a Constituição no Estado constitucional, resta averiguar qual o papel reservado neste modelo à lei parlamentar. Já ficou evidente que a lei não

[205] Como é o caso do sistema brasileiro (art. 102, § 2º, Constituição Federal) e do espanhol (art. 164.1, Constituição espanhola).

é mais o instrumento veiculador de Direito por excelência, que perdeu o status de superioridade no sistema de fontes, que passou a sofrer limitação material, que deixou de ser o único meio de expressão da vontade geral e que a primazia da lei perdeu muito de seu sentido.

Entretanto, a lei parlamentar, para além da posição especial que lhe for reservada por cada sistema constitucional, representa a vontade da maioria, respeitados os procedimentos e conteúdos definidos na Constituição. Como as dinâmicas supervenientes à edição de uma Constituição também se desenvolvem pelo impulso dos conflitos e consensos, por maioria deve ser entendida aquela formada nas negociações próprias no momento[206] do processo legislativo, naturalmente oscilante (na mesma legislatura) ou alternável (em diversas legislaturas).

É no processo formativo da lei parlamentar que funcionam a maioria e as minorias, em observância dos consensos constitucionais que estabelecem as condições formais, materiais e circunstanciais que legitimam o exercício do poder. Por esta razão, dado o aparato pluralístico que cerca o Estado constitucional, dentre os quais as liberdades comunicativas, o sufrágio universal, a temporariedade dos mandatos e da alternância de poder, a liberdade associativa (e partidária e sindical), a lei parlamentar se converte no próprio objeto de disputa[207] sociopolítica e é nesta disputa que encontra o seu fundamento político[208] e a razão para gozar de alto prestígio no sistema de fontes do ECD.

Ademais, se a reserva de lei se afigurava como uma prerrogativa do Parlamento, da qual poderia amplamente dispor, no ECD passa a ser tratada

---

[206] AZPITARTE SÁNCHEZ, M. La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado. **Fundamentos**, v. 8, p. 255–287, 2014.

[207] "La ley – en este punto de su historia – ya no es la expresión 'pacífica' de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables (…)" (ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos y justicia**. Trad. Marina Gascón. 10ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 38).

[208] Neste sentido: "Es ahí también, por tanto, donde hemos de encontrar el fundamento de vinculatoriedad de la ley, que obliga a todos sus destinatarios precisamente por la razón política que la sostiene sobre el andamiaje constitucional: la minoría, el disidente, acepta la obligación definida por la ley porque sabe que esa voluntad es coyuntural en el tiempo, susceptible de ser modificada por futuras mayorías. (AZPITARTE SÁNCHEZ, M. La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado. **Fundamentos**, v. 8, p. 255–287, 2014.)

como mais uma limitação à atividade de produção e, assim, uma garantia[209] do cidadão de que determinadas matérias devem ser debatidas no locus por excelência das dinâmicas maioria-minorias.

Desta forma, a lei parlamentar perdeu o status de superioridade no sistema de fontes, mas preserva uma posição política preeminente, a qual, contudo, não decorre da vocalização da vontade geral ou da vontade da maioria, mas porque ela representa o objeto da disputa em que participam a maioria e as minorias, o que a faz se aproximar da vontade de todos.

2.2.5. Os direitos fundamentais no Estado Constitucional

De início, já se constata que, diante do fim da separação radical entre Estado e sociedade, os direitos fundamentais não podem ser tidos como liberdades básicas pré-estatais e passam a constituir o objeto de tarefas estatais[210] que englobam genericamente os deveres de respeitar (portanto, uma abstenção estatal), de proteger (ou seja, de impedir a sua violação por terceiros) e de promover (que significa prestá-los em favor de seus titulares).

Além dos direitos fundamentais de 1ª geração, que marcavam o constitucionalismo liberal, surgem os direitos a uma prestação social, econômica ou cultural (2ª geração) e, ainda, os direitos transindividuais (de 3ª geração), com a ressalva de que esta classificação geracional serve mais para vincular o surgimento de cada categoria a uma agenda histórica representativa de lutas, reivindicações e filosofias. Isto porque, na verdade, os direitos fundamentais são multifuncionais, com aspectos ou dimensões que operam como uma abstenção e como uma prestação, como é o caso, por exemplo, da liberdade ambulatorial, cujo conteúdo normativo impede a sua privação arbitrária por parte do Estado (abstenção), mas reclama um aparato estatal (direito à prestação) que proteja o cidadão contra interferências indevidas de terceiros.

---

[209] Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La Teoría De Las Fuentes Del Derecho Del Estado Constitucional. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 17, n. 34, 2020.

[210] É explícita a atual Constituição Portuguesa: “Art. 9º. São tarefas fundamentais do Estado: (...) b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático; c) Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais; d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais (...)”.

O catálogo de direitos fundamentais se consolida como parte integrante das Constituições pluralistas e integra os consensos mínimos que regulam a comunidade política. A despeito da conturbada questão de sua fundamentalidade última[211], o certo é que, no marco de uma Constituição positiva, os direitos fundamentais constituem emanação da dignidade humana[212] e, ainda, possuem um caráter histórico, porque imbricados com a realidade social, econômica e cultural e com a necessidade conjuntural de proteção jurídica.

Com efeito, o princípio da dignidade humana, em linhas gerais concebido como a proibição da coisificação ou instrumentalização do indivíduo, passa a funcionar como premissa antropológico-cultural"[213] do Estado Constitucional, isto é, como a razão de ser da Constituição e do Estado[214], razão esta qualificada pelo seu tipo de relação com os indivíduos[215].

De fato, a dignidade humana é reconhecida universalmente a todas as pessoas, mas é a realidade histórico-cultural que determinará quais são os atributos essenciais para que os indivíduos sejam considerados pessoas (e não coisas ou instrumentos), o que é feito não a partir de um padrão abstrato, mas com os olhos voltados às vicissitudes concretas de cada indivíduo (ou grupo de indivíduos), de suas necessidades, de suas relações, como consequência da própria pluralidade social e política.

Ocorre que o Estado constitucional realiza a dignidade humana conferindo-lhe aos indivíduos a condição de sujeitos de sua existência e, na medida em que são esses mesmos indivíduos que se dão uma Constituição e fixam os consensos básicos da convivência política, haverá um permanente espaço de proatividade humana na definição dos atributos de pessoa para além

---

[211] Sobre a qual, por exemplo, se ocupou Alexy. Cfr. ALEXY, Robert. ¿Derechos humanos sin metafísica? In: **La doble naturaliza del Derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2016. A questão será retomada na segunda parte da tese.

[212] É inequívoca a Constituição Espanhola de 1978: "Art. 10.1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

[213] HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. 2ª ed. México: UNAM, 2016. p. 3.

[214] "Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority" (art. 1 (1) da Lei Fundamental de Bonn).

[215] Do art. 1º da Constituição Portuguesa: "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária".

das condicionantes culturais e é por esta circularidade que se entende que o Estado constitucional se inicia e termina na pessoa humana[216].

A fim de dar contornos jurídicos ao princípio da dignidade, é possível apontar três dimensões constitutivas[217]. A dimensão do valor intrínseco projeta o postulado antiutilitarista kantiano, através do qual o indivíduo deve ser tratado como fim em si mesmo, de maneira que o Estado existe em função dos indivíduos e não o contrário e isto mesmo já revela o distanciamento que o Estado Constitucional detém em face de experiências totalitárias. Desta dimensão derivam o direito à vida, à igualdade, à integridade física, à liberdade ambulatorial e outros direitos subjetivos.

A dimensão da autonomia compreende a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de desenvolver livremente a sua personalidade e tomar per se decisões vitais. Nesta dimensão se inserem a autonomia privada, os direitos de participação política, a proteção do mínimo existencial como pressuposto para autonomia, etc.

Por fim, o valor comunitário da dignidade humana é o que projeta o indivíduo em face dos grupos sociais a que pertence, inclusive o Estado. Aqui se desenvolvem preceitos de proteção de direitos de terceiro, de proteção do indivíduo contra si próprio e o desenvolvimento normativo de outros valores sociais legítimos.

Logo, estas três dimensões comprovam que os direitos fundamentais constituem emanação da dignidade humana e, integrando os consensos mínimos da comunidade política, o direito fundamental funcionará como condicionante material da produção do Direito infraconstitucional (e, por vezes, constitucional derivada) e, ademais, especialmente quando expresso em enunciado normativo autoexecutável, pode ser causa autônoma de proteção de situações subjetivas ou, ainda, integrar o material normativo com que lida o

---

[216] “Nosotros deberíamos aventurar hoy la idea de que, en el Estado constitucional, el poder constituido del Estado vuelve a los ciudadanos, de los que procede. "El pueblo" no es "titular" del poder constituyente en un estado de naturaleza real o ficticio; no está sin constituir y no decide normativamente desde la nada, en el sentido del positivismo sociológico de un Schmitt. Los sujetos son los ciudadanos unidos culturalmente entre ellos, la comunidad de los ciudadanos. La localización en los ciudadanos del llamado "poder constituyente" construye también el puente para el principio democrático.” (HÄBERLE, Peter. El estado constitucional europeo. **Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, v. 1, n. 2, p. 1–30, 1 jan. 2000.)

[217] BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 284-286.

operador do Direito para a definição da norma individualizada aplicável ao caso concreto, desta feita, considerada a posição hierárquica superior de que normalmente goza o direito fundamental quando assentado na Constituição.

Verifica-se, ainda, uma ligação entre os direitos fundamentais e a separação de poderes no Estado Constitucional, ligação esta que dialoga com a democracia constitucional, com o caráter histórico dos direitos e com a necessidade conjuntural de sua proteção jurídica.

Se no Estado liberal, na prática, a realização dos direitos fundamentais estava dependente da interposição legislativa, no Estado constitucional demanda-se a atuação do constituinte, do legislador e da jurisdição constitucional[218], já que, na expressão de Cruz Villalón, o "constituinte prefigura o direito", o legislador democrático o concretiza em observância das condições formais, materiais e circunstanciais de disputa e de tomadas de decisão política e a jurisdição constitucional atua como instância de fiscalização da atividade legislativa (especialmente do núcleo essencial do direito), do choque com outros direitos ou valores constitucionais e, por vezes, de controle das omissões inconstitucionais.

Assim, o Parlamento não detém mais absoluta liberdade conformadora do direito fundamental[219], mas a decisão político-normativa que o concretiza será o reflexo das dinâmicas de maioria-minorias, dos processos de participação popular e de pressão dos grupos intermediários, de onde exsurge a

---

[218] A temática é didaticamente tratada por Balaguer: "(...) la proclamación constitucional de los derechos fundamentales desarrolla una función de retroalimentación del sistema democrático (...). El constituyente prefigura y el legislador configura los derechos (P. Cruz Villalón). El constituyente, al prefigurar los derechos establece ya límites al legislador. (...) Por su parte, el legislador puede configurar los derechos a partir de los preceptos constitucionales en un desarrollo que resulta necesario para la plena efectividad de muchos de ellos. (...) Además de la Constitución y el legislador, la jurisdicción constitucional desarrolla una importante función en relación con los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho. Se trata de una función interactiva con la del legislador que conecta el nivel constituyente con el legislativo. La jurisdicción constitucional produce derecho en ambos niveles" (CALLEJÓN, F. B. Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa: una perspectiva constitucional. **Revista de derecho constitucional europeo**, v. Nº. 1, p. 25–46, 2004.)

[219] A Constituição Portuguesa de 1976 é bastante expressiva: "Art. 18º. (...) 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais".

sua democraticidade (não mais associada simplesmente ao caráter representativo de seus membros).

Perceba-se que, mesmo diante de uma atuação da jurisdição constitucional que importe em invalidação de uma decisão político-normativa concretizadora de um direito fundamental, a mesma montagem pode ser reativada através do diálogo com a argumentação apresentada pela jurisdição que, preservado o conteúdo essencial do direito, promova a alteração ou da causa invalidante presente na legislação infraconstitucional ou da própria cláusula constitucional prefiguradora do direito, quando for constitucionalmente possível, o que significa dizer que a decisão do Tribunal ou Corte constitucional representa a última palavra apenas transitoriamente (em relação à controvérsia constitucional resolvida), enquanto se mantiverem as circunstâncias de fato e de direito objetivo presentes no momento de sua decisão.

O último aspecto relevante sobre os direitos fundamentais no Estado constitucional é a sua experimentada propensão à internacionalização, o que revela a capacidade expansiva dos valores de uma dada associação humana e as contínuas interações entre experiências constitucionais diversas, além de reforçar as conclusões de que se tratam de direitos históricos e que a universalidade antes declarada (no seio do ELD) encontrava limites do espaço do Estado-nação.

O tema será mais bem trabalhado no próximo capítulo, mas vale antecipar que a difusão de normas internacionais que enunciam direitos humanos fundamentais e até conferem capacidade fiscalizatórias e sancionatórias (em diferentes graus) a órgãos de tratado e jurisdições internacionais é um fenômeno presente nos Estados constitucionais, que tem o efeito de contestar algumas das premissas do próprio Estado nacional, como o é a soberania, na medida do grau de abertura do Estado à comunidade internacional.

Tem também o efeito de ampliar o conteúdo do que se considera matéria constitucional, para além da Constituição formal do Estado, com significativos impactos no sistema de fontes do Direito que pretensamente tem naquela a sua fonte superior e central.

3. Especificidades e transição dos modelos de Estado Legal de Direito e Estado Constitucional do Direito no Brasil[220]

3.1. NOTAS SOBRE A ORGANIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL COLÔNIA

Na época da chegada dos portugueses, as Ordenações Afonsinas vigoravam na Metrópole com as quais se havia tentado restringir o campo de aplicação da legislação feudal e da consuetudinária e superar a incidência do Direito canônico. Em 1521 advieram as Ordenações Manuelinas e em 1603 as Ordenações Filipinas, todas de caráter compilatório da legislação vigente, incorporando-se as decisões das Cortes e os Assentos da Casa de Suplicação, o Direito romano glosado, o Direito canônico e os costumes e estilos, sob a base da preferência da legislação pátria. A semelhança do que acontecera em Castela, com o Ordenamento de Alcalá (1348) ou o antecedente "Libro de las leyes"/Siete Partidas (1265), as Ordenações portuguesa integraram o processo de consolidação da independência política daquela nação, através do "prestigiamento decisivo da monarquia e do poder magestático"[221].

É elucidativo o Título LXIV do Livro Terceiro das Ordenações Filipinas ao indicar como fontes principais do Direito as leis (no sentido de *lex*, isto é, atos do soberano), estilos da Corte e costumes e, como fontes subsidiárias, o direito romano, o canônico e a doutrina, esta hierarquizada, primeiro as glosas de Acúrsio e, em segundo, as de Bártolo.

Um marco superveniente no processo de consolidação da preferência dos atos normativos de fonte régia no domínio português foi a Lei da Boa Razão (1769), editada no período pombalino, caracterizado por um governo centralizador, forte, autoritário e reformista e na qual restou definitiva a preferência da fonte legislativa régia[222].

---

[220] Algumas das análises e ponderações aqui expostas foram objeto de publicação pelo autor em: GUIMARÃES, Diego Fernandes. As quatro linhas da Constituição: um memorial sobre separação se poderes, pluralismo e minorias. *In*: GUIMARÃES, Flávio Romero. MELO, Milena Barbosa de (org). **Múltiplas abordagens do direito**. Campina Grande: EDUEPB, 2024; GUIMARÃES, Diego Fernandes. O lugar dos sistemas jurídicos dos povos indígenas no ordenamento constitucional brasileiro. *In*: GUIMARÃES, Flávio Romero. QUINTEIRO, Maria Esther Martínez. **Direitos Humanos, contemporaneidade e cidadania**. Campina Grande: EDUEPB, 2024. E "O impacto da Constituição na estruturação do sistema de fontes do direito e a transcendência da doutrina geral do 'Fuentes Del Derecho' (Francisco Balaguer Callejón)", este pendente de publicação.

[221] MARTINS JUNIOR, J. Izidoro. **História do Direito nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empeza Democratica Editora, 1895. p. 102.

[222] Interpretando o item 9 da Lei da Boa Razão, diz Telles: "Tres são as determinações d'este 8.: primeira, que se não faça uso nas allegações, e decisões de textos de Direito Civil, ou de outras

O direito canônico teve sua aplicação restrita para matérias que trouxessem pecado (item 12), as doutrinas de Acúrsio e Bártolo deixaram de ser fonte subsidiária (item 13), valeriam apenas os estilos das Cortes que fossem estabelecidos e aprovados pelos Assentos na Casa de Suplicação e, mais paradigmático, o costume só seria fonte admissível quando conforme às boas razões, não contrários às leis do reino em coisa alguma e, ainda, "de ser tão antigo que exceda o tempo de cem anos" (item 14).

Pois bem. Especificamente ao Brasil, na primeira fase do colonato português, o reparto territorial foi realizado por meio das capitanias hereditárias, servindo as Cartas de Doação como título de legitimidade da posse e de definição do regime jurídico do donatário (verdadeiro privilégio, no sentido medieval), ao passo que as Cartas de Forais estabeleciam o regime enfitêutico. Buscava-se, naquele período, estabelecer uma hierarquia territorial de senhores, num desenho neofeudal, com o Rei no topo, passando pelo donatário até o sesmeiro.

Já na segunda fase do colonato, ante a ineficácia das capitanias, buscou-se assentar a soberania do Império por meio do estabelecimento de uma organização administrativa colonial, na que os Governadores-Gerais detinham o poder supremo neste espaço territorial.

Desta maneira, como Direito posto vigoravam na colônia as Ordenações, as leis extravagantes e os Regimentos dados aos Governadores e as determinações reais especificamente dadas para a Colônia, materializadas em alvarás, instruções, cartas régias e regimentos, além das Cartas de doação vigentes. Os ouvidores e provedores exerciam, inicialmente, o encargo da distribuição de justiça, aos quais se somaram os juízes ordinários e especiais, além da criação da Relações da Bahia, do Rio de Janeiro e a Ouvidoria-Geral do Maranhão, funcionando como tribunais de segunda instância, todos subordinados à Casa de Suplicação, com sede na metrópole.

Em outras áreas do império português vigorava um sistema menos centralizado e mais pluralista, baseados ou na exclusividade ou na combinação

---

quaesquer auctoridades havendo Ordenações, Leis do Reino, estylos, ou costumes com força de Lei: (...) terceira, que em materias politicas, economicas, mercantis, e maritimas, devemos na falta de Leis Patrias recorrer ás Leis das Nações civilizadas da Europa, e não ás Romanas." (TELLES, Jose Homem Correa. **Comentário crítico à lei da boa razão**. Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus, 1865. p. 30-31).

dos critérios da personalidade e da territorialidade na aplicação do Direito. Hespanha[223] assinala que na Índia, concorriam as jurisdições das magistraturas hindus e maometanas com os Direitos locais anteriores à conquista portuguesa, além de regras metropolitanas de Direito público, assim como em Macau, onde também vigorava um sistema de dualidade do Direito e da jurisdição.

No Brasil, porém, o que se viu foi a incorporação do Direito da metrópole, embora por vezes com adaptação – e, às vezes, rejeição – às realidades locais pelos próprios colonos, num autêntico exercício de autorregulamentação e autogoverno[224]. E uma das razões foi a descentralização efetiva da autoridade em mãos dos grandes proprietários rurais, aos quais se cediam amplos poderes de governo e jurisdição, do que resultou a verdadeira institucionalização do chamado princípio da não-conformidade[225] entre o direito teórico e o direito real.

De qualquer modo, esta estruturação da produção jurídica, já estatalizada, acarretou a indiferença e irrelevância das fontes do Direito dos povos originários na construção do sistema jurídico vigente, de modo ainda mais profundo do que já havia ocorrido na Europa com o direito consuetudinário, “pois os nativos não conseguiram impor seus ‘mores’ e suas leis, participando mais na humilde condição de objeto de direito real”[226].

3.2. A FORMAÇÃO DO ESTADO NACIONAL E AS PECULIARIDADES DO ESTADO LEGAL BRASILEIRO

É com a independência, que o Brasil começa a estruturar a sua produção jurídica em chave nacional e com um desenho centrado na supremacia da lei, embora com algumas particularidades que, entretanto, não permitem desenquadrá-lo do modelo do Estado legal ou legislativo de Direito.

A solução episódica para conciliar os ideários liberais, estes certamente impactados com a deslocação da família real portuguesa para o

---

[223] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 196-298.
[224] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 196-298.
[225] ROSENN, Keith S. Brazil's legal culture: the jeito revisited. **Florida International Law Journal.** v.1. n.1. 1984. p. 1-43.
[226] WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 60.

Brasil e de seus consequentes, e conservadores no processo independentista foi a adoção de uma monarquia constitucional representativa, que estabelecesse e consolidasse uma unidade político-territorial e que impulsionasse a "construção das identidades nacionais"[227].

De início, o texto da Constituição Imperial de 1824 (C1824) enunciava o laço uniformizador do povo, ao definir que os cidadãos brasileiros formavam uma nação livre e independente (art. 1º) "que não admitte com qualquer outro laço algum de união, ou federação, que se opponha á sua Independencia"[228], e assentava o caráter representativo da Assembleia Geral (art. 11, C1824), de modelo bicameral (art. 13, C1824), conferindo-lhe competência exclusiva para fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las (art. 15, VIII, C1824), com iniciativa legislativa ao parlamentar (art. 52, C1824) e sem previsão de limitações materiais (arts. 50 a 72, C1824) e, reservando, ainda, ao Poder Executivo a competência regulamentar destinada a "Expedir os Decretos, Instrucções, e Regulamentos adequados á boa execução das Leis" (art. 102, XII, C1824)" e a faculdade de iniciativa legislativa aos seus Ministros de Estado (art. 53, C1824).

Não é demais lembrar que a eleição era indireta (art. 90, C1824) e o sufrágio era censitário (arts. 92 a 95, C1824), excluídos, por exemplo para as eleições gerais, os que não tivessem renda líquida anual de duzentos mil réis e os escravizados libertos.

Ocorre que também o Imperador, pessoa inviolável e sagrada (art. 99, C1824) a quem se atribuía o Poder Moderador (ou real) como chave de toda a organização política, era considerado representante daquela mesma nação (art. 11) unificada e uniformizada, cujas prerrogativas mais significativas eram a nomeação e livre demissão de Ministros – diferentemente dos regimes parlamentares, em que a prerrogativa é exercida pela maioria parlamentar – e a dissolução Câmara dos Deputados (art. 101).

É evidente, portanto, que a noção de representatividade e o conteúdo da separação de poderes não refletiam aqueles que foram descritos antes como

---

[227] SCHWARCZ, Lilia M. e STARLING, Heloisa M. **Brasil: Uma biografia.** 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 221-222.

[228] Este liame identitário nacional é mantido no art. 1º da CF-1891 ("A nação brasileira adota como forma de governo, sob o regime representativo…") e no art. 1º Constituição de 1934, sendo-lhe agregado também, no art. 2º, a fórmula tradicional de soberanía popular ("Todos os poderes emanam do povo e em nome dele são exercidos"), a qual se tornou a única referenciada no art. 1º, *in fine*, da Constituição de 1946, que não mais realçou o elemento nacional.

bases para o Estado liberal de Direito, muito por força dos debates teóricos realizados à vista da instabilidade e dos conflitos que se seguiram à revolução francesa e aos processos de independência das colônias inglesas e hispânicas nas américas, particularmente influenciados pelos estudos de Benjamin Constant[229].

Com efeito, Benjamin Constant se havia contraposto à concepção rousseaniana de soberania popular, afirmando que esta era (e deveria) ser limitada[230] e sua limitação estaria garantida institucionalmente pela distribuição de poderes que encontraria no poder real, próprio da monarquia constitucional, a força politicamente neutra necessária à manutenção de cada poder no âmbito de suas competências. Em suas palavras: "(...) os poderes executivo, legislativo e judiciário são três poderes que devem cooperar, cada um em sua parte, no movimento geral: mas quando essas forças se cruzam, se chocam ou se atrapalham, é necessária uma força para colocá-las de volta em seu lugar"[231].

Por outro lado, por força do movimento liberal, a Lei de 12 de outubro de 1832 atribuiu poderes constituintes à legislatura seguinte, de que resultaria o Ato Adicional (Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834[232]), o qual instituiu uma espécie de distribuição territorial de poder político através da previsão das Assembleias Legislativas das províncias (art. 1º), de natureza também representativa (arts. 1º

---

[229] "Partindo de um método comparativo, espelhando-se especialmente nas instituições inglesas e na experiência e tradição da França pré-revolucionária, Constant assume uma postura que se afasta dos postulados racionalistas e iluministas de seus predecessores, adotando uma perspectiva historicista e experimentalista na formulação de seus princípios políticos". (ALVES, C. F. A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 180, p. 65–75, 2008.)

[230] "La limitation de la souveraineté est donc véritable, et elle est possible. Elle sera garantie d'abord par la force qui garantit toutes les vérités reconnues, par l'opinion : ensuite elle le sera d'une manière plus précise, par la distribution et par la balance des pouvoirs. Mais commencez par reconnaître cette limitation salutaire. Sans cette précaution préalable, tout est inutile. En renfermant la souveraineté du peuple dans ses justes bornes, vous n'avez plus rien à redouter;". (CONSTANT, Benjamin. Principes de politique. Editado por Institut des Libertés – Bibliothèque libre, não datado. p17. Disponível em: https://institutdeslibertes.org/wp-content/uploads/2013/09/Constant_Principes.pdf. Acesso em: 14 out. 2023)

[231] CONSTANT, Benjamin. Principes de politique. Editado por Institut des Libertés – Bibliothèque libre, não datado. p. 20 (tradução livre). Disponível em: https://institutdeslibertes.org/wp-content/uploads/2013/09/Constant_Principes.pdf. Acesso em: 14 out. 2023.

[232] Para Paulo Bonavides, "A reforma constitucional da Regência, agitando idéias e conceitos descentralizadores, reacendeu a chama liberal dos constituintes de 1923, apagada pelo golpe do Império. A Carta outorgada recebeu então a chancela do consenso com sua ilegitimidade purgada mediante a intervenção do órgão de reforma. Tornava-se verdadeiramente uma Constituição". (BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. 6ª ed. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 118.)

e 4º), atribuindo-lhes competências legislativas (art. 10), embora sob tutela da Assembleia Geral em casos específicos (arts. 16 e 20[233]).

O fato é que embora a arquitetura do sistema jurídico do período monárquico se assentasse formalmente na centralidade da lei parlamentar (com exclusividade), com subdivisão de matérias legislativas entre a Assembleia Geral (bicameral) e as Provinciais, as prerrogativas inerentes ao Poder Moderador, tanto no que tange à livre nomeação e demissão dos Ministros de Estado, quanto de dissolução da Câmara dos Deputados, não nos permitem concluir que haveria no Brasil a supremacia efetiva do Parlamento, ainda mais diante da prática "extraconstitucional" de edição de avisos normativos[234] por parte do Poder Executivo, tendo razão Bonavides ao afirmar que "o poder moderador na Carta do Império é literalmente a constitucionalização do absolutismo"[235], formando-se um regime parlamentar instável[236], tal como indicam as 11 vezes em que o Parlamento foi dissolvido no 2º Reinado.

A seu turno, também a Constituição de 1891 (CF-1891) manteve um desenho do sistema jurídico em torno da fonte parlamentar, com inspiração liberal e republicana. Adotou a tripartição de poderes apoiada na soberania nacional (art. 15, CF-1891) e atribuiu competência normativa (primária) exclusiva ao Legislativo (art. 34, CF-1891) e a participação do Poder Executivo na sanção ou veto (arts. art. 48, 1º e 37, CF-1891) e na edição de regulamentos (art. 48, 1º, CF-1891). A adoção da forma federativa de Estado produziu uma repartição de competências normativas (arts. 07 a 09 e 63, CF-1891), suprimido o controle e fiscalização da entidade central que havia no regime constitucional anterior.

---

[233] "Art. 20. O Presidente da Provincia enviará á Assembléa e Governo Geraes copias authenticas de todos os Actos Legislativos Provinciaes que tiverem sido promulgados, a fim de se examinar se ofendem a Constituição, os impostos geraes, os direitos de outras Provincias ou os Tratados; casos unicos em que o Poder Legislativo Geral os poderá revogar.".

[234] "Nossa legislação do tempo da monarquia superabundava em uma forma legislativa irregular, por meio da qual o poder executivo frequentemente invadia a esfera do legislativo e do judiciário. Refiro-me aos avisos (…), que em geral constituíam vegetação perniciosa por invasora e, não raro, desorientadora". (BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do Direito Civil**. 2ª ed. Campinas/SP: Servanda Editora, 2015. p. 19).

[235] BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, PAES DE. **História Constitucional do Brasil**. 6ª ed. Brasil: OAB Editora, 2005. p. 106.

[236] "Sua aplicação [do poder moderador], posto que moderada, produziu alguns efeitos funestos à consolidação parlamentar do regime, na medida em que a ingerência pessoal do Imperador às vezes fazia e desfazia ministérios. Constituía isto um fator de perturbação, e não de equilíbrio, que afetava de corpo inteiro as instituições" (BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 570).

Considerando que não têm relevância, para o objeto desta pesquisa, os períodos autoritários em que vigoraram constituições semânticas (Constituições de 1937, 1967, EC 1º/1969), já que o poder político-normativo não estava sequer juridificado, é possível perceber que as constituições democráticas posteriores à CF-1891 mantiveram um desenho formal focado na centralidade da lei parlamentar (arts. 3º, 39 e 56, § 1º da Constituição de 1934 – CF-34 e arts. 1º, 37 e 87, I, da Constituição de 1946 – CF-46), com repartição de competências normativas entre a União e os Estados (art. 5◦, XIX e § 3º arts. 6º a 10, CF-34 e arts. 5, 15, XVI e 18, § 1º e 19, da CF-46) e com o progressivo aperfeiçoamento do mecanismo de controle de constitucionalidade, inicialmente difuso, que havia sido introduzido no art. 60 da CF-1891 (arts. 76 e 78, p. único, 81, "b" e 91, IV CF-34 e arts. 64, 101, "k" e III e 104, II, CF-1946).

O que é deveras singular na experiência constitucional brasileira é que, apesar da rigidez constitucional (art. 90, CF-1891, art. 178, CF-34 e art. 217, CF-46), da forma federativa com repartição de competências entre os entes federativos e do desenvolvimento do mecanismo de controle de constitucionalidade, primeiro difuso e depois misto, não é possível estabelecer que tenha havido uma Constituição normativa no Brasil até o advento da Constituição Federal de 1988.

Em primeiro lugar, a cultura jurídica nacional foi se ajustando a paradigmas formalistas e legalistas, a partir de uma multirreferência doutrinária[237], por vezes incompatível entre si e com a realidade política nacional[238], como é o caso da reprodução do dogma da primazia da lei sobre atos normativos do Executivo[239], a despeito da adoção do regime presidencialista e da expansão do intervencionismo estatal desde a revolução de 1930. Outro exemplo foi a edição do Código Civil de 1916, inspirado no congênere liberal alemão de 1896 que, com a finalidade de servir como centro

[237] FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, 2006, p. 44.
[238] CAVALCANTE, Themistocles Brandão. Aspectos da cultura jurídica brasileira. **Revista de Ciência Política**, 1980, 23.2, p. 11-20.
[239] "(...) compete ao Executivo adaptar a lei para a sua boa aplicação, mediante regulamentos executivos. Logo, deve ser essa atividade considerada, enquanto tal, atribuição do Executivo, independente de textos expressos, como problema técnico-jurídico para a sua execução" (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. **Princípios gerais de direito administrativo**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 318).

referencial do Direito, contribuiu para a difusão de vertentes exegéticas e positivistas quanto à interpretação e aplicação do Direito em geral.

A propósito, Clóvis Beviláqua, redator daquele Código civil, concebia a Constituição como "a lei básica da organização política"[240] e defendia que a lei federal estava hierarquicamente superior às leis estaduais, além da condição subsidiária do costume como fonte de produção do Direito. Por sua vez, Pontes de Miranda não antevia a Constituição como um meio de garantia da distribuição de competências normativas, mas como uma lei mais geral que as infraconstitucionais[241].

Em segundo lugar, a realidade[242] e o texto constitucionais sucessivos deram margem apenas parcial ao desenvolvimento da supremacia da Constituição, a começar pela atuação do Judiciário desde os primórdios da República, o qual, por variadas razões que vão desde o método de investidura até o coronelismo[243], bem como diante das consequências da sua posição subordinada nos períodos de regimes autoritários, mantiveram uma postura deferente à lei parlamentar, em apego ao art. 4º da (então) Lei de Introdução ao Código Civil[244] e ao art. 114 do Código de Processo Civil de 1939[245].

Em terceiro, a introdução do controle de constitucionalidade difuso no Brasil foi artificial, sem uma base político-jurídica prévia, diferentemente do que havia ocorrido com o *judicial review* estadunidense, o qual se inspirava na prática de um certo controle de prejudicialidade normativa, lastreada nas Cartas da

---

[240] "Nossa legislação do tempo da monarquia superabundava em uma forma legislativa irregular, por meio da qual o poder executivo frequentemente invadia a esfera do legislativo e do judiciário. Refiro-me aos avisos (…), que em geral constituíam vegetação perniciosa por invasora e, não raro, desorientadora". (BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do Direito Civil**. 2ª ed. Campinas/SP: Servanda Editora, 2015. p. 19-41).

[241] "A Constituição de qualquer país deve ser sistema de conclusões sociológicas, que possam valer expressões de leis gerais. (…) Em relação às outras leis deve preponderar e impor-se; porém, por ser lei mais geral, envolve as menos gerais, e assim a proposição mais geral se conserva inalterada a despeito da substituição e variação das proposições menos gerais". (MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do Direito**. Tomo IV. 2ª ed. Campinas/SP: Bookseller, 2005. p. 211).

[242] "É a ditadura dos tribunais que enfia terror as boas almas dos nossos puritanos" (BARBOSA, Ruy. **Pensamento e ação de Rui Barbosa. Organização e seleção de textos pela Fundação Casa de Rui Barbosa.** Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 1999. p. 166-167).

[243] Para uma análise específica, cfr. TINOCO, Alexandre Motta. As práticas institucionais do poder judiciário brasileiro: da Primeira República à Constituição Federal de 1934. **Revista Interdisciplinar do Direito-Faculdade de Direito de Valença**, 2014, 11.1.

[244] "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

[245] "Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador".

Coroa (Inglesa), através da qual os juízes da colônia só poderiam aplicar as leis locais quando compatíveis com as leis da Metrópole[246].

Efetivamente, a partir da CF-1891, instaurava-se no sistema jurídico brasileiro um mecanismo de controle de constitucionalidade judicial, repressivo e incidental, através do qual (em sua redação original) se admitia a invocação de norma constitucional como causa de pedir ou de defesa em ações (art. 60, a) ajuizadas perante a Justiça Federal[247], conferindo, ainda, competência aos Tribunais e ao Supremo Tribunal Federal (STF) para o controle de validade de atos e leis estaduais em face da Constituição ou das leis federais (arts. 59, § 1º e 60), o que foi aperfeiçoado nas constituições seguintes e, é importante dizê-lo, reforça que no Brasil, nunca se adotou a concepção tradicional de separação dos poderes de verniz montesquiano, nem no Império, por força do Poder Moderador, nem na República, pela previsão do controle de constitucionalidade, ferramenta inconciliável com a concepção de que "os juízes da nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei"[248].

No entanto, o que se viu na práxis e no texto constitucional é que do exercício do controle de constitucionalidade resultava a tutela de situações subjetivas, mas não se previam consequências jurídicas sistemáticas para o caso de violação da Constituição. Vale dizer, a partir da C-1891, os textos constitucionais, especialmente os direitos individuais, passaram a compor o material normativo com que lidam os órgãos de aplicação, cujo efeito era, basicamente, a inaplicação da lei ou norma considerada incompatível com a Constituição. Porém, a declaração *in concreto* de inconstitucionalidade, não adquirindo efeitos *erga omnes*[249], representava uma evidente desproteção da supremacia da Constituição, além de permitir concluir que eram "ajurídicas" as regras sobre produção de normas que estivessem contidas na Constituição.

---

[246] REGO, Carlos Eduardo Reis Forte do. **Introdução ao Direito constitucional dos Estados Unidos da América**. São Paulo: Lumen Juris, 2017.

[247] Igualmente, o texto da Constituição de 1934: "Art. 81 - Aos Juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância: (...) b) os pleitos em que alguma das partes fundar a ação ou a defesa, direta e exclusivamente em dispositivo da Constituição".

[248] MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 175.

[249] Em que pese o debate inicial, durante a República Velha, acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, é na Constituição Federal de 1934 (art. 91) que se introduz no Brasil a necessidade de atuação do Senado Federal com vistas à suspensão dos atos normativos declarados inconstitucionais pelo Judiciário.

Assim, pode-se deduzir que, a despeito da introdução e do desenvolvimento do controle de constitucionalidade difuso, as Constituições não possuíam "garantias objetivas" de regularidade, na linguagem kelseniana[250], porque a decisão proferida não resultava na desconstituição (como gênero) do ato normativo irregular, somente se alcançando a suspensão de sua eficácia – com efeitos *erga omnes* – após eventual juízo político realizado por um dos órgãos legislativos constituídos, qual seja o Senado Federal.

Consequentemente, a própria distribuição de competências normativas entre as entidades federativas e a previsão de limitações materiais possuíam um caráter mais político que normativo, com exceção das hipóteses em que a incompatibilidade pudesse dar azo à intervenção federal nos estados (p. ex. art. 12, V e § 2º, da Constituição Federal de 1934 e art. 7º a 9º da Constituição Federal de 1946), hipótese em que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual violador dos princípios constitucionais sensíveis pelo Supremo Tribunal Federal constituía pressuposto para a atuação concertada do Governo e do Parlamento Federal com vistas ao reequilíbrio federativo.

Por certo, mesmo depois que a Emenda Constitucional 16/1965 ampliou as hipóteses de controle por ação direta – para além da declaração de inconstitucionalidade interventiva – prevendo "a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República", continuou aplicável o art. 64 da Constituição Federal de 1946 (sucedido pelo art. 45, IV da Constituição Federal de 1967), que demandava a atuação suspensiva do Senado Federal, exigência mantida até abril de 1977, quando o próprio Supremo Tribunal Federal considerou que a declaração de inconstitucionalidade proferida neste tipo de controle (objetivo) estava por si própria dotada da eficácia *erga omnes*[251], o que, se teoricamente se afigurava impactante, do ponto de vista prático não chegou a representar a mudança de natureza da Constituição, haja vista a então vigência

---

[250] KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). *In*: **Escritos sobre la democracia y el socialismo**. 1. ed. Madrid: Editorial Debate, 1988.
[251] SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal**. São Paulo: RT, 1992. p. 58.

de um regime político autoritário que condicionava a realidade constitucional, incompatível com a normatividade de uma Constituição.

3.3. O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO NO BRASIL

É, portanto, com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF-88) que o pluralismo político assume a condição de postulado essencial do Estado, apresentando-se aquela como veículo dos consensos fundamentais e como redistribuidora de poderes de produção normativa e como norma sobre a produção do Direito, inclusive imitindo a soberania popular, no momento pós-constituinte, na condição de poder constituído, ao enunciar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, p. único, CF-88).

De fato, o pluralismo político figura no preâmbulo da CF-88, como característica do povo constituinte e aparece como fundamento da República (art. 1º, V, CF-88) e como princípio educativo (art. 206, III, CF-88), cabendo destacar-se, ainda, as inúmeras referências pluralistas como a laicidade (art. 5º, VI, CF-88), o direito constitucional da cultura[252], (art. 215, e ss. , CF-88), as liberdades comunicativas (arts. 5º, IV, IX e 220, CF-88) e de associação (arts. 5º, XVII-XXI, art. 8º e 37, VI, CF-88), além do pluripartidarismo (art. 17, CF-88), a temporariedade dos mandatos (arts. 28, 29, I, 32, etc, CF-88) e as combinações entre as técnicas eletivas proporcionais (arts. 45, 58, § 1º, etc, CF-88) e majoritária (arts. 46, 77 § 2º, etc, CF-88), sem contar com a forma federativa de Estado (art. 19, CF-88), que implica uma pluralidade de ordenamentos jurídicos articulados pelo Estado (federal, distrital, estadual e municipal).

Ao definir os objetivos fundamentais do Estado, dentre os quais, o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, o constituinte revelou suas utopias concretas ao lado, por exemplo, da cláusula geral dos direitos sociais (art. 6º, CF-88), o que permite a concorrência de vários projetos políticos ou de governo voltados à sua implementação.

---

[252] HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. 2ª ed. México: UNAM, 2016. p. 220.

Por outro lado, além do texto, também a realidade constitucional evidencia o caráter normativo da Constituição Federal de 1988[253], com a sua integração ao processo político na condição de elemento interno e regulador[254], destinada, assim, a incidir ainda que de forma contraposta às forças reais sociais[255] e, assim, edificando a "ordem jurídica fundamental da sociedade" [256] através da sua vivência, renovadora de sua legitimidade.

Uma análise panorâmica sobre o conteúdo da CF-88 e de seus grandes consensos, permite concluir que não se trata apenas de uma constituição político-organizativa, mas de verdadeira ordem fundamental e global da sociedade e do Estado, ao dispor sobre normas básicas de organização do Estado federal (arts. 18 a 43), de organização dos poderes legislativos (arts. 44-69), do Tribunal de Contas (arts. 70-75), do poder executivo (arts. 76-91), do poder judiciário (arts. 92-126), do ministério público (arts. 127-130-A) e da defesa do Estado (arts. 136-144), mas também sobre normas de tributação e orçamento geral (arts. 145-169), da ordem econômica e financeira (arts. 170-192) e da ordem social (arts. 193-232) na qual se inserem normas sobre seguridade social (arts. 194-202), saúde pública (arts. 196-200), educação (arts. 205-214), cultura (arts. 215-216-A), esporte (art. 217), ciência, tecnologia e inovação (arts. 218-219-B), comunicação social (arts. 220-224), meio ambiente (art. 225), família, criança, adolescente, jovem e idosos (arts. 226-230) e indígenas (arts. 231-232).

A própria CF-88 é produto da experiência histórico-constitucional nacional, como indicam, dentre outros: a elevação dos municípios como entidades federativas com capacidade de autoconstituição (arts. 19 e 29, CF-88); as hipóteses de definição da nacionalidade brasileira (art. 12) e sua relação com o histórico de emigração, além da condição especial do português residente (art. 12, §1º, CF-88); a enunciação de Brasília como Capital Federal (art. 18, §1º), idealizada desde o art. 3º, da CF-1981 e concretizada no governo presidencial de Juscelino Kubitsheck (1956-1961) em 1960; a previsão dos símbolos

[253] Algumas das ponderações acerca da normatividade concreta da Constituição Federal de 1988 foram publicadas pelo autor em: GUIMARÃES, D. F. Os sinais de normatividade da constituição da república federativa do brasil. **Revista Jurídica da Seção Judicirária de Pernambuco**, n. 14, p. 144–166, 2022.
[254] LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** Barcelona: Ed. Ariel, 2018. pp. 216 e ss.
[255] SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: CEPC, 1985. p. 132.
[256] Na expressão de Konrad Hesse: cfr. HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992. p. 14-16.

nacionais e da língua portuguesa como idioma oficial da República (art. 13, CF-88); o tratamento constitucional da questão indígena (arts. 231 e 232, CF-88), dos ex-combatentes (art. 53, ADCT) e dos soldados da borracha (art. 54, ADCT).

Mas a Constituição Federal de 1988 também projeta sua normatividade para o futuro, cabendo-se destacar o que se segue. Trata-se do segundo documento constitucional mais longevo do período republicano, ressaltando-se que a Constituição de 1891 (a mais duradoura) não se assentava numa democracia social constitucional.

Diferentemente de outros períodos históricos, sob a égide da CF-88 as situações de turbulência institucional não redundaram em ruptura do sistema constitucional (como em 1930 e 1937), ou do sistema de governo (como em 1961) ou até em suicídio de chefe de governo (como em 1954) ou em tentativa de golpes ou revoluções (como em 1930, 1932, 1937, 1945, 1955 e 1964). Dois Presidentes eleitos resultaram impedidos por crimes de responsabilidade política (*impeachment*), procedimento constitucional excepcional, mas previsto no art. 86, da CF-88, tendo-lhes sucedido seus respectivos vice-Presidentes, conforme o art. 79 da CF-88.

Por outro lado, os últimos Relatórios apresentados pela Missão de Observação Eleitoral da OEA, acerca das duas últimas eleições gerais no país, ressaltaram a solidez do processo eleitoral, a segurança da tecnologia de votação e a independência do Tribunal Superior Eleitoral na condução dos trabalhos, ressalvando, porém, alguns novos-velhos problemas, como a extrema polarização, o uso massivo das mídias sociais e a sub-representação política feminina, de afrodescendentes e indígenas[257].

No que se refere aos impactos decorrentes da concretização dos direitos sociais enunciados na Constituição e a partir da análise do índice de desenvolvimento humano (IDH), editado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), evidencia uma constante melhora nos indicadores

[257] OEA. **Misión de Observación Electoral de la Organización de los Estados Americanos** (Informe Preliminar MOE). Disponível em: http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-Preliminar-MOE-Brasil-2a-Vuelta.pdf. Acesso em: 23 jun. 2018. e OEA, Missão de Observação Eleitoral da OEA (relatório preliminar) Disponível em: https://www.oas.org/fpdb/press/Informe-Preliminar-de-la-MOE-Brasil-2022-PT.pdf. Acesso em: 18 jan. 2024.

socioeconômicos nacionais, passando de 0,429 em 1991 a 0,727 em 2010 e aos atuais (dados de 2021) 0,754 e renda *per capita* de R$ 1625,00[258].

Recente relatório publicado pelo *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística* (IBGE), com base na *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*[259] indica um avanço nos indicadores de analfabetismo entre a população de até 15 (quinze) anos, saltando de 25,9% em 1980 a 13,6% em 2000 e de 6,1% em 2019 para 5,6% em 2002, a despeito dos conhecidos efeitos da pandemia do Covid-19.

Sob outro aspecto, desde a sua publicação a Constituição de 1988 já passou por 130 (cento e trinta) emendas de reforma e 06 (seis) emendas de revisão (estas em 1994, por previsão do art. 3º, ADCT), nas quais se pode destacar a tentativa constante de atualizar um texto consolidado ainda no período bipolar da guerra fria, originalmente dotado de forte conteúdo fundamentalista em matéria econômica e de um complexo sistema orçamentário e tributário. As necessidades de reforma neoliberais foram todas conduzidas mediante a alteração formal do texto constitucional, é dizer, através de forte diálogo entre os órgãos constituídos (incluso com a ativação da jurisdição constitucional) e a sociedade civil.

Inclusive, e por força da crise econômica pela qual passa o Brasil desde 2014 e do ressurgimento de novas forças políticas de espectros mais conservadores e liberais, mais recentemente foram promovidas mudanças no sistema tributário nacional e no regime público de previdência social, assim como também foi inscrito no texto o direito fundamental à proteção de dados pessoais na tentativa de constitucionalizar parte do fenômeno da digitalização da sociedade brasileira.

Por outro lado, já no plano de análise da pluralidade de fontes e ordenamentos, a CF-88 estabelece, a partir de critérios substanciais, uma repartição vertical de competências normativas entre as entidades federativas, com matérias privativas (arts. 22, 25, §§ 1º e 3º, 30, I, CF-88) e concorrentes

---

[258] UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Human Development Reports**. Disponível em: https://hdr.undp.org/data-center/specific-country-data#/countries/BRA. Acesso em 18 jan. 2024.

[259] IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, PNAD Contínua Educação 2022**. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html. Acesso em: 18 jan. 2024.

(arts. 24 e 30, I, CF-88I), inclusive de forma detalhada em matéria tributária (arts. 148, 149, 153, 154, 155 e 156, CF-88), bem como prevê uma pluralidade de fontes normativas do ordenamento estatal, tais como aquelas primárias federais previstas no art. 59 (emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções), bem como os tratados internacionais comuns (art. 49, I e art. 84, VIII, CF-88) e de direitos humanos (art. 5º, § 3º, CF-88), os convênios do Conselho Nacional de Política Fazendária (Art. 155, § 2º, VI e XII, g, CF-88), os decretos e regulamentos executivos (art. 84, IV, CF-88) e as instruções ministeriais (art. 87, II) , CF-88.

Os Estados membros dispõem de capacidade de auto-organização, através da adoção de sua própria Constituição estadual (art. 25, CF-88), cujo poder constituinte estadual foi autorizado pelo art. 11 do ADCT e, de forma parecida, mas sem reconhecer-lhes poder constituinte aos Municípios, a CF-88 atribui competências políticas, administrativas e normativas em favor dos Municípios, “atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição e na Constituição do respectivo Estado” (art. 29, CF-88), prevendo-se no art. 11, p. único, ADCT que “Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual”.

Tanto o art. 25 da CF-88 como o art. 11 do ADCT impõem a observância dos princípios da Constituição Federal pelas estaduais e pelas leis orgânicas municipais, estruturando-as de forma hierárquica, o que provoca uma intensa e constante atividade de controle de constitucionalidade de normas locais (estaduais) pelo STF voltada à definição de quais são aqueles princípios e como a Corte não enuncia standards gerais, decidindo individualmente as demandas, coube a doutrina agrupar as hipóteses em três tipos de princípios, a saber, princípios sensíveis, estabelecidos e extensíveis[260].

Perceba-se que, no que se refere ao ordenamento federal, por exemplo e relativamente aos órgãos políticos de produção normativa, a incorporação de normas pelas fontes citadas está condicionada subjetivamente,

[260] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Ed. Malheiros, 2012. p. 613.

através da indicação do órgão com capacidade produtiva, mas também quanto aos seus requisitos procedimentais (arts. 60, 61, 62, 64-70, etc), inclusive quanto aos tratados internacionais, e materiais (art. 60, § 5º, 62, § 1º, 68, § 1º, etc).

Outrossim, cite-se, de um lado, a convenção coletiva de trabalho (art. 8º, CF-88) como instrumento de direito contratual de caráter normativo e as sentenças normativas da Justiça do Trabalho (art. 114, CF-88) e, de outro, a adoção de um tipo específico de decisão do Supremo Tribunal Federal que, tendo como objeto a validade, a interpretação ou a eficácia de normas determinadas reiteradamente decididas, está dotada de eficácia normativa *erga omnes*, como é a súmula vinculante (art. 103-A, CF-88), todos indicativos de fontes que exprimem a perda de intensidade do dogma liberal da primazia da lei.

A articulação desta pluralidade de fontes e de ordenamentos pode ser hierárquica ou competencial, nos moldes sintetizados anteriormente. Por exemplo, a relação havida entre a emenda constitucional e leis complementares ou entre leis em geral e o Decreto executivo será de cunho hierárquico.

Já a relação entre lei federal e estadual e/ou lei municipal é competencial quando no exercício das competências privativas, enumeradas ou não, como é o caso da regulamentação legal do serviço público de transporte aéreo, intermunicipal ou urbano[261] [262] ou, ainda, da lei fixadora de remuneração de seus respectivos servidores públicos[263]. Mas também – e este é um ponto sobre o qual a doutrina e a jurisprudência brasileiras precisam se debruçar – as relações entre aquelas leis no exercício da competência concorrente, porque, neste caso, para aferir os seus âmbitos de validade é necessário recorrer a uma terceira norma habilitante, a qual estabelece a diferenciação entre a produção de normas gerais e das normas de detalhamento (art. 24, §§ 1º e 2º).

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já teve oportunidade de examinar o tipo de relação internormativa entre lei complementar e lei ordinária federais, afirmando a inexistência de hierarquia e reconhecendo a

[261] STF. **ADI 2.349**, rel. min. Eros Grau, j. 31-8-2005, P, *DJ* de 14-10-2005.
[262] STF. **RE 201.865**, rel. min. Carlos Velloso, j. 31-8-2005, P, *DJ* de 4-2-2005.
[263] STF. 541 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 25-10-1991, DJ 14-02-1992.

presença de uma “distribuição material” de competência entre as categorias normativas[264], adotando uma noção mais ampla do critério de competência.

E perceba-se que todas estas condicionantes, que em essência constituem as normas sobre produção jurídica de base constitucional, têm sua observância sistemática garantida por um modelo misto de controle de constitucionalidade.

Com efeito, a CF-88 adota o modelo abstrato concentrado no Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a”), quando o parâmetro sejam as normas da Constituição Federal, ou nos Tribunais de Justiça dos Estados (art. 125, §2º), quando se trate da produção jurídica estadual ou municipal em face das normas das respectivas Constituições Estaduais. E, evidentemente, a declaração de inconstitucionalidade proferida por meio destas ações de controle abstrato atua sobre o plano da validade da norma questionada, anulando-a com efeitos em geral retroativos e vinculantes para os órgãos judiciais e para a administração pública (art. 102, §2º, CF-88).

De forma inovadora, a CF-88 também previu o controle objetivo-abstrato sobre a omissão inconstitucional (art. 103, §2º), embora o texto (“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”) não preveja a adoção de sentenças aditivas pelo STF quando se tratar de omissão legislativa[265].

Já o controle difuso, voltado à tutela de situações subjetivas foi aperfeiçoado pelo incremento dos writs, tais como o mandado de segurança, individual e coletivo, o habeas data, a ação popular e o habeas corpus e,

---

[264] STF, RE 509300 AgR-EDv, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17-03-2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 13-06-2016 PUBLIC 14-06-2016.

[265] Neste sentido, do STF: “(...) 2. Passados mais de trinta e três anos do advento da Constituição Federal, não houve a edição de tal lei complementar. Ademais, a inertia deliberandi pode configurar omissão passível de ser reputada inconstitucional no caso de os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação. Precedente: ADI nº 3.682/DF. 3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão julgada procedente, declarando-se a omissão inconstitucional na edição da lei complementar a que se refere o art. 155, § 1º, inciso III, da Constituição Federal e estabelecendo-se o prazo de 12 (doze) meses, a contar da data da publicação da ata de julgamento do mérito, para que o Congresso Nacional adote as medidas legislativas necessárias para suprir a omissão”. (ADO 67, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 06-06-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-126 DIVULG 28-06-2022 PUBLIC 29-06-2022)

decisivamente, ao prever o *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI) como meio processual de colmatação em concreto das omissões inconstitucionais, acionável quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 instaura um Estado Constitucional e tem um inegável perfil normativo, uma vez que é idealizada e vivida como parte interna reguladora do processo político e esta característica é revelada pelo exame do seu texto, pelo funcionamento dos poderes e dos órgãos constituídos e por sua vivência pela comunidade política em geral.

Entretanto, dado que se trata de um modelo essencialmente aberto a novas experiências político-constitucionais, caber-nos-á, em seguida, interrogar quais os efeitos da globalização e da internacionalização dos direitos humanos, bem como da emergência de novos pluralismos sobre as bases e consequências estruturantes do Estado Constitucional, incluindo sobre as características do sistema de fontes do Direito por ele projetado.

PARTE SEGUNDA

OS IMPACTOS DO SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL E DA PROTEÇÃO SUPRANACIONAL DE DIREITOS HUMANOS SOBRE O SISTEMA DE FONTES DO DIREITO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

4. A FORMAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL

4.1. O PROCESSO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DA SOCIEDADE INTERNACIONAL

No capítulo primeiro, inicialmente foram apresentados os conceitos de ordenamento jurídico, norma jurídica, fontes do direito e de direito positivo manejados nesta pesquisa, a qual não está fincada no paradigma estatal de produção do Direito para, em seguida, demonstrar como tais conceitos foram discursivamente moldados para fomentar determinados valores (a certeza do direito e o pluralismo sociopolítico) e para alcançar objetivos formulados ideologicamente, conforme os períodos históricos de referência.

Assim é que a formação dos Estados nacionais representou a reunião dos planos de produção e de organização do Direito em torno do Estado, cujo ordenamento jurídico passou a ser considerado o único originário, na medida em que alcançara o seu máximo grau de positividade, consideração esta que perpassa os dois modelos de organização jurídica analisados.

De fato, o modelo inicial de organização do direito em perspectiva nacional, qual seja o Estado legal ou legislativo de direito, se baseava na centralidade da lei no plano do Direito positivo, por ser fruto da vontade popular representativa, o que se projetava nas concepções de império da lei, primazia da lei sobre fontes costumeiras e sobre fontes de outros grupos sociopolíticos e, inclusive, sobre fontes provenientes de outras autoridades estatais, em especial do Executivo e do Judiciário e na natureza essencialmente política da Constituição, além da noção limitada de direitos fundamentais, dependentes de interposição legislativa e circunscritos ao espaço do Estado-nação. Neste, só é direito positivo aquele declarado ou reconhecido pela lei (parlamentar estatal).

Por sua vez, o segundo modelo considerado, o Estado constitucional de Direito promove a transmutação da Constituição, que se dota de natureza normativa, assumindo a função de veículo dos consensos mínimos de uma comunidade política pluralista, tendo como efeito a articulação de vários ordenamentos jurídicos e fontes do direito pela própria Constituição estatal, refletindo-se também na noção de direitos fundamentais como tarefas estatais derivadas da dignidade humana e assentadas em sua historicidade. Aqui, só é direito positivo aquele articulado, direta ou indiretamente, pela Constituição.

Pois bem. O marco histórico na conformação dos Estados soberanos europeus, repita-se, notabilizado pelos monopólios da produção e da organização do Direito em torno do Estado constitui, também, o mesmo marco indicativo do surgimento da sociedade internacional em chave moderna – por consequência do rompimento da unidade do Direito europeu[266] – e do seu consequente movimento de institucionalização, incluindo de seu ordenamento jurídico: os tratados de Vestfália (1648).

Nesses triunfa a ideia de soberania estatal – também em sua dimensão externa, que hoje se concebe como igualdade soberana –, que nos Estados concentrava também o único agente de operacionalização do direito internacional, já que, de um lado, compunham a única forma de organização política admitida como partícipe das relações internacionais, denotando o eurocentrismo (de suas concepções de organização do poder) que está na gênese do direito internacional moderno e, de outro, à míngua de uma entidade mais elevada que detivesse o monopólio da força legítima, que a sociedade internacional estaria marcada pela descentralização do poder e pelo reconhecimento recíproco de suas soberanias.

De fato, em seus primeiros momentos vestfalianos, o Direito Internacional era essencialmente um instrumento regulatório de relações

[266] Pizzorusso recorda que a pretendida unidade do direito europeu havia sido intencionada pelo direito canônico, pelo direito do Sacro Império e pelo direito comum, in verbis: “Bajo el perfil histórico, los hechos que más han influido en la evolución de los sistemas de fuentes del derecho de los Estados contemporáneos se constituyen por el reconocimiento recíproco de la soberanía por parte de las monarquías «superiorem non recognoscentes», en el que se inspiraron los tratados de Westfalia del año 1648 a los que siguieron una nueva ruptura – si no de derecho, sí de hecho – de la unidad del derecho europeo y la fundación del derecho internacional con los Estados como sujetos [...]” (PIZZORUSSO, Alessandro. La producción normativa en tiempos de globalización. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 6, n. 11, p. 231–318, 2009.)

interestatais europeias, se expandindo progressivamente para abranger relações com outros Estados (Japão, Império Otomano, Etiópia, etc), daquelas com as suas ex-colônias ou até, depois, destas entre si. As relações internacionais se fundavam num paradigma de coexistência e as suas regulações buscavam prescrever obrigações normativas de caráter essencialmente abstencionista[267] (de não fazer) predominantemente ligadas a temas de guerra e paz (Tratados de Utrech de 1713; de Nystad de 1721; de Paz da Basileia de 1795; de Nanquim de 1842; de Paris de 1898; de Paris de 1856), de territórios (Tratados de El Pardo de 1778; de Fontainebleau de 1807; de Paris de 1815; de Lisboa de 1864), inclusive coloniais ou ex-coloniais (Tratados de Madrid de 1750; de Adams-Onis de 1819) e comerciais (Tratado de Methuen de 1703; Convenção de Berna de 1880).

Salientem-se, daquele mesmo momento, o Tratado de Paris de 1783, pelo qual se reconhece a independência das 13 colônias inglesas norte-americanas e o Tratado do Rio de Janeiro de 1825, pelo qual o Reino de Portugal reconhecia a independência do Brasil. Aliás, seguem-se a este último um conjunto de tratados que buscavam consolidar as novas relações interestatais e fixação das fronteiras do novel Estado, como o Tratado do Rio de Janeiro de 1828, onde o Império Brasileiro reconhecia a independência da República Oriental do Uruguai e o de Ayachucho de 1867 (ou Tratado da Amizade), em que se fixavam coordenadas de delimitação de fronteiras entre Brasil e Bolívia, posteriormente complementadas pelo Tratado de Petrópolis de 1903.

Neste cenário é possível observar que o Direito Internacional estava amplamente composto por normas provenientes de autênticos negócios jurídicos, no sentido de que os Estados regulavam por si os seus próprios interesses e a produção dos efeitos jurídicos desejados, através de manifestação de uma vontade bilateral (ou eventualmente plurilateral) e de relações jurídicas de caráter eminentemente sinalagmático, o que, de um lado, explica a influência da teoria geral dos contratos sobre a teoria dos tratados internacionais, particularmente quanto aos seus requisitos de validade, ao instituto da boa-fé objetiva, aos vícios de consentimento, etc, mas, de outro, aponta para a visão

[267] ACCIOLY, Hildebrando. NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva-Jur, 2023. p. 65-75.

que foi se consolidando acerca da absoluta dependência da vontade soberana para a produção de normas internacionais.

Não é demais lembrar a novidade que, em seu tempo, representaram as Conferências de Paz da Haia de 1899 e 1907, das que resultaram compromissos multilaterais acerca do direito humanitário (e também da resolução pacífica de controvérsias e da arbitragem internacional), daquela feita sem relação com conflitos específicos e com uma incipiente aspiração universalista, como se constata da representação diplomática de 44 países na sua segunda conferência.

Mas, cabe repetir, a nota característica do direito internacional desta primeira fase vestfaliana é a consideração de que são partícipes da sociedade internacional e sujeitos de seu ordenamento (ainda inicial) apenas os Estados soberanos, caracterizados pela concentração do poder político numa instância unitária de comando, exercível num dado território em que se encontra assentado o seu povo unificado, ligado por laços identitários. E esta visão exclusivista pôde ser reparada nos próprios pressupostos que fundaram a Conferência de Berlim de 1884, em que treze estados europeus, os Estados Unidos e o Império Otomano reuniram-se com vistas a tratar do Direito internacional colonial e a consequente ocupação de territórios africanos, os quais, como sabido, não possuíam uma organização político-jurídica no formato dos Estados nacionais europeus.

É, entretanto, com o Tratado de Versalhes de 1919[268] que se brota um novo tipo paradigmático de relação internacional, baseada na cooperação estatal e com aspiração universalista. A partir das experiências positivas de organismos internacionais permanentes (ex. Comissão Internacional do Rio Reno, União Telegráfica Internacional e União Postal Universal, etc), foi criada a Liga das Nações como organização internacional, integrada por Estados soberanos, com

[268] Paulo Canelas de Castro considera que as raízes do modelo cooperativo se situam, porém, bem antes: “Assim também aconteceu com o Congresso de Viena de 1815. Este evento não só sela a tentativa falhada de Napoleão I de estabelecer uma ordem internacional baseada em legitimidades novas e no poder hegemónico da Franca, como abre a um novo sistema internacional, em que, crescentemente e de modo estrutural, a cooperação internacional entre Estados soberanos vai progressivamente ganhar raízes, começando até, por vezes, a aparecer sob forma institucionalizada.” (CASTRO, Paulo Canelas. Direito internacional na era da globalização: mudanças de paradigmas no sistema internacional e na ordem jurídica internacional. *In*: GOMES, Ana Cláudia Nascimento, ALBEGARIA, Bruno. CANOTILHO, Mariana Rodrigues. **Direito constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho**. Belo Horizonte: Forum, 2021. p. 934)

vistas a instituir um sistema de segurança coletiva e com a finalidade de promoção da cooperação e da paz, dotando-se de uma estrutura própria de governo fomada pela Assembleia e um Conselho, auxiliados por uma secretaria permanente (art. 2º do Pacto da Sociedade das Nações).

Conquanto não tenha obtido sucesso efetivo em seu intento, a Liga das Nações prediria três importantes modificações no seio da sociedade internacional. Primeiro, a própria Liga era uma organização intergovernamental de cooperação política interestatal, dotada de autonomia funcional. Segundo, enunciava a proteção de interesses ou valores comuns, definidos no plano estatal mas tutelados internacionalmente[269], tais como a paz e a segurança[270] e a prevalência da resolução pacífica de controvérsias[271], o que já constituía um transbordamento do padrão até então existente de simples interesse individual negociado entre Estados, em favor do que também se instituiu um mecanismo de cooperação jurisdicional permanente, com a previsão da criação de tribunal permanente (art. 14, do Pacto da Sociedade das Nações) que veio a se concretizar com a Corte Permanente de Jurisdição Internacional (CPJI).

Este modelo, que se veria ampliado para além do sucessivo sistema onusiano, se mostrou coerente com a necessidade de institucionalizar a supervisão e tutela do cumprimento dos tratados constitutivos (e de outras normas) por todos os Estados partes dos tratados, evitando-se que fosse um Estado quem controlasse a atuação soberana de outro, o que poderia criar embaraços baseados na regra de não ingerência, do qual resultaram, também,

---

[269] "De hecho, las organizaciones internacionales de naturaleza inter-gubernamental no desmienten del todo la configuración estatocéntrica y anárquica de la realidad internacional. Ciertamente, obedecen aún a una lógica de coordinación inter-estatal, es decir, de articulación entre intereses que permanecen definidos en el nivel estatal". (PEREIRA COUTINHO, Luiz P. El desarrollo de la supranacionalidad - algunos apuntes. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 18, n. 9, p. 199–213, 2012.).

[270] Art.11 (Pacto da Sociedade das Nações). "Fica expressamente declarado que toda guerra ou ameaça de guerra, quer afete diretamente ou não um dos Membros da Sociedade, interessará à Sociedade inteira e esta deverá tomar as medidas apropriadas para salvaguardar eficazmente a paz das Nações. Em semelhante caso, o Secretário Geral convocará imediatamente o Conselho a pedido de qualquer Membro da Sociedade. Além disso, fica declarado que todo Membro da Sociedade tem o direito de, a título amigável, chamar a atenção da Assembléia ou do Conselho sobre qualquer circunstância de natureza a afetar as relações internacionais e que ameace, consequentemente, perturbar a paz ou o bom acordo entre as Nações, do qual depende a paz.".

[271] Art.12 (Pacto da Sociedade das Nações). "Todos os Membros da Sociedade convêm que, se entre eles houver um litígio que possa trazer rompimento, o submeterão ao processo de arbitragem ou ao exame do Conselho. Convêm mais que, em nenhum caso, deverão recorrer à guerra antes de expirar o prazo de três meses depois da sentença dos árbitros ou do parecer do Conselho.".

variados mecanismos de solução de controvérsia, tais como o Órgão de Solução de Controvérsia da Organização Mundial do Comércio, a Corte Internacional de Justiça, o Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar, o Tribunal de Justiça da União Europeia e os tribunais regionais de direitos humanos.

Em terceiro lugar, como se disse, fundamentalmente, a semente do paradigma cooperativo de relações internacionais e da aspiração universalista do Direito Internacional havia sido plantada em Versalhes e viria a ser incrementada no pós-segunda guerra.

De fato, foi em torno da proscrição da guerra que se modulou inicialmente o paradigma da cooperação interestatal, como se verifica da superveniente Carta das Nações Unidas (1945) que já em seu preâmbulo afirma se basear na união “das forças para manter a paz e a segurança internacionais” e que constitui um mecanismo de conjugação de esforços para a consecução de seus objetivos, tornando a tarefa de concretizar a proibição de uso da força e da ameaça um assunto de responsabilidade coletiva.

A respeito dos valores comuns que permeiam este novo paradigma leciona Bassiouni:

> Nevertheless, progress has been achieved in the last century as states’ interests and the values that their societies embrace have become less divergent. This convergence demanded greater conformity by states to certain human aspirations and also greater conformity to the expectations of the higher good of an international community consisting not only of states, but also of peoples and individuals. This is the premise of the United Nations’ system of collective security entrusted to the authority of the Security Council and the veto power of its five permanent members.[272]

Além da autárquica promoção da paz e da segurança internacionais pela regulação da guerra e sua instrumentalização pela atuação do Conselho de Segurança (art. 25 e Cap. VII, da Carta), estabeleceu-se que a paz e a segurança só seriam adequadamente alcançadas e mantidas por meio do respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais (art. 1.3 da Carta) e, ainda, assegurando-se o desenvolvimento de condições sociais, econômicas e culturais (art. 55, da Carta), ou seja, os direitos humanos em sentido amplo

[272] BASSIOUNI, M. Cherif. Perspectives on International Criminal Justice. **Virginia Journal Of International Law**, *[S. l.]*, v. 50, n. 2, p. 269–323, 2010.

passaram a ser concebidos como recurso indissociável para o alcance daquelas finalidades.

Logo, a Carta das Nações Unidas, sob o escopo de regular a manutenção da paz e da segurança internacionais, acaba por ampliar consideravelmente o objeto e a amplitude da cooperação internacional[273], ao delinear interesses e valores comuns internacionais, que se projetariam no conteúdo das normas internacionais que se originariam a partir daquele momento e no tipo de obrigações que se impunham, agora também de caráter positivo (de fazer ou de prestar) e não apenas no sistema onusiano (da Organização das Nações Unidas/ONU), mas também nos subsistemas regionais e setoriais que igualmente ampliaram o conteúdo daqueles interesses e valores comuns.

Cançado Trindade recorda que a expansão do direito das organizações internacionais é reveladora da maior institucionalização e constitucionalização do direito internacional e cita as relevantes áreas sobre as quais se tem havido o desenvolvimento mais recente do direito derivado (aqui considerado como o direito produzido autonomamente pelas organizações internacionais): o direito do mar, o direito do espaço exterior, o direito do comércio internacional, a administração internacional de território e o direito à assistência humanitária)[274].

No espaço europeu viriam a surgir novas organizações internacionais, tais como a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), a Comunidade Europeia de Energia Atômica (CEEA) e a Comunidade Econômica Europeia (CEE), antecedentes da atual União Europeia. Mas a primeira, o Conselho da Europa (1949), dotada de personalidade jurídica internacional, tem na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) o principal instrumento regional de defesa dos direitos humanos, do Estado de Direito e da democracia, de que são partes os 46[275] estados membros atuais do citado Conselho.

---

[273] Recorde-se o inovador exercício de competências soberanas territoriais pela ONU no Timor Leste (entre 1999 e 2012) e no Kosovo (entre 1998 e 2008), como exemplo de da amplitude das competências das organizações internacionais em nome da tutela de interesses e valores comuns.

[274] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A expansão do direito das organizações internacionais: su extensão a novas áreas da atividade humana. *In*: **Direito Das Organizações Internacionais**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 557-574

[275] Albânia, Andorra, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Croácia, Chipre, República Tcheca, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Alemanha,

A seu turno, no espaço interamericano também surge a Organização dos Estados Americanos/OEA (1948), como organismo internacional regional voltada à consecução, no espaço dos Estados soberanos americanos, de “uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência” (art. 1, Carta da OEA).

É bastante elucidativa a enunciação de princípios desta última Carta (art. 3), a qual tenta equilibrar os paradigmas de coexistência e de cooperação das relações internacionais no espaço interamericano (não obstante textualmente o primeiro se veja mais presente). Em primeiro lugar, estabelece o objeto central do direito internacional, qual seja, “a norma de conduta dos Estados em suas relações recíprocas”, regidas pela boa-fé, prevendo, ainda, que a ordem internacional “é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados [...]” e pela “justiça e a segurança [como] bases de uma paz duradoura”. Enuncia o dever de não ingerência externa nos sistemas estatais político, econômico e social e a condenação às guerras de agressão, de modo que “a agressão a um Estado americano constitui uma agressão a todos os demais Estados americanos”, além de prever a cooperação econômica e a necessidade de eliminação da pobreza crítica.

Também no âmbito da OEA foi estabelecido um sistema regional de proteção de direitos humanos, por meio da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) de 1969, ratificada por 25 por 34 estados parte da OEA, em favor da qual atua uma instância jurisdicional, que é a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Com estas considerações, quer-se demonstrar que a partir do pós-segunda guerra, num novo momento de amadurecimento do modelo vestfaliano e como efeito da consolidação do paradigma cooperativo de relações internacionais, ao lado dos Estados soberanos, também as organizações internacionais passam à condição de partícipes da sociedade internacional e

---

Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Mônaco, Montenegro, Países Baixos, Macedônia, Noruega, Polônia, Portugal, República da Moldávia, Romênia, São Marino, Sérvia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Ucrânia e Reino Unido. Desde 2022 a Federação Russa foi suspensa e depois decidiu se retirar do Conselho da Europa.

sujeitos de seu ordenamento (que estará progressivamente mais institucionalizado), organizações internacionais estas às quais se delegam competências para tutelar – e fiscalizar a conduta interna dos Estados parte – de forma autônoma interesses coletivos e valores comuns internacionais, assim qualificados porque transcendem as fronteiras nacionais, estatuindo-se, ainda, obrigações internacionais positivas para os Estados e para as organizações internacionais.

Logo, embora a vontade soberana constituísse (e, adiantamos, constitua) o pressuposto necessário para a participação do Estado na organização internacional e para a admissão *ex ante* de sua produção jurídica, vai-se progressivamente aderindo nesta última uma fundamentação paralela (e ainda secundária) à vontade soberana, assentada na envergadura do interesse coletivo ou valor comum tutelado e na autonomia e tecnicidade da atuação da organização internacional, assegurada por mecanismos de responsabilidade de intensidade variável.

Passa-se a reconhecer, aqui, a regularidade da enunciação de normas vinculantes e dirigidas a toda sociedade internacional[276], bem como a existência de obrigações internacionais erga omnes[277] como fruto da própria evolução da sociedade internacional e de seu sistema jurídico, incluindo as regras de jus cogens – adiante examinadas –, as quais teriam a aptidão para modificar a estruturação geral do Direito Internacional, impactando na sua juridicidade e no formato de sua sistematicidade.

---

[276] Como aquelas decisões editadas pelo Conselho de Segurança da ONU: “The responsibility conferred is "primary", not exclusive. This primary responsibility is conferred upon the Security Council, as stated in Article 24, "in order to ensure prompt and effective action". To this end, it is the Security Council which is given a power to impose an explicit obligation of compliance if for example it issues an order or command to an aggressor under Chapter VII. It is only the Security Council which can require enforcement by coercive action against an agressor.”(CIJ, Certain Expenses of the United Nations. Advisory Opinion of 20 july 1962. Disponível em: https://www.icj-cij.org/case/49. Acesso em 14 de abr. 2024).

[277] “In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of al1 States. In view of the importance of the rights involved, al1 States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes. 34. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination.” (CIJ, Case Concerning the Barcelona Traction, Light adn power company, limited. Belgium v. Spain. Second Phase. Judgment of 5 february 1970. Disponível em: https://www.icj-cij.org/case/50/judgments. Acesso em 14 abr. 2024).

Do período, além dos já citados, podem ser destacados, dentre outras, a Organização do Tratado do Atlântico Norte (1949) e o Pacto de Varsóvia (1955), a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (Tratado de Montevidéu de 1960, substituído pelo Tratado de Montevideu de 1980), Organização Mundial da Propriedade Intelectual (Convenção de Estocolmo, de 1967), Convenção de Ramsar (1971) destinada à conservação e uso sustentável dos recursos naturais das zonas úmidas e seus recursos, Convenção sobre Armas biológicas (1972), Convenção de Barcelona (1976), para a proteção do Mar Mediterrâneo contra a Poluição, Tratado de Maastricht (1992), fundacional da União Europeia, posteriormente emendado e modificado.

Adicionalmente, pode-se verificar, também, manifestações jurídicas que vêm evidenciando um processo de humanização do próprio Direito Internacional – mais adiante examinado –, sob a consideração de que os Estados existem para a tutela do bem comum e, ainda que indiretamente, toda a sua atividade, inclusive a internacional, deveria ter o indivíduo e sua dignidade como referências[278], a exemplo do que se verifica nos âmbitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no Direito Humanitário e no Direito Internacional Penal.

De fato, a própria Carta da ONU, em seu art. 55 estabelece que as Nações Unidas favorecerão, dentre outros, "o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião", enquanto o preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) enuncia que "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo".

Já a Carta da OEA é peremptória: "Os Estados membros, convencidos de que o Homem somente pode alcançar a plena realização de

[278] "Con la referida evolución del ordenamiento jurídico internacional hacia la realización del ideal de la civitas maxima gentium, volvemos igualmente a los orígenes del propio derecho internacional, el cual, inicialmente, no era estrictamente interestatal, sino más bien el derecho de gentes. La base de las relaciones entre el Estado y los seres humanos bajo su jurisdicción, así como de la relaciones de los Estados entre sí, no es la soberanía estatal, sino más bien la solidaridad humana". (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. La humanización del Derecho Internacional y los límites de la razón de Estado. *In*: **A Humanização do Direito Internacional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 141).

suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismo".

A seu turno, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio declara que "(...) em todos os períodos da história o genocídio causou grandes perdas à humanidade" e que "para libertar a humanidade de flagelo tão odioso, a cooperação internacional é necessária", assim como o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional prevê a responsabilidade criminal internacional da pessoa física (art. 25), por conduta que constitua crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão.

Pois bem. Expostas, brevemente, algumas das bases da formação e do desenvolvimento da sociedade internacional, particularmente até a projeção do paradigma cooperativo no pós-segunda guerra, percebe-se que também naquela formação social – com a particularidade de se tratar de uma sociedade de associações estatais – incidiram (e incidem) os processos de integração e discriminação porque passam as associações humanas em geral (como expusemos no item 1.1 da parte primeira) e que se revelam na mutação de seu elemento pessoal (antes apenas Estados eram partícipes, depois também as organizações internacionais), de seu elemento teleológico[279] (antes interesses estatais mediados por obrigações negativas, depois interesses e valores comuns tutelados internacionalmente, mediados também por obrigações positivas) e de sua estrutura organizacional (como se nota na profusão da estrutura burocrática autônoma das organizações), marcando, também, os elementos para a identificação de um verdadeiro ordenamento jurídico.

Outrossim, é possível observar que a própria sociedade internacional foi se desenvolvendo de modo estruturalmente horizontalizado, descentralizado e atomizado numa série de agrupamentos estatais diferentes, uns baseados num paradigma de coexistência e de predominância absoluta da vontade soberana do Estados, outros num paradigma de cooperação e solidariedade que

[279] "It attempts to create a framework, no matter how rudimentary, which can act as a kind of shock-absorber clarifying and moderating claims and endeavouring to balance interests. In addition, it sets out a series of principles declaring how states should behave. Just as any domestic community must have a background of ideas and hopes to aim at, even if few can be or are ever attained, so the international community, too, must bear in mind its ultimate values" (SHAW, Malcom N. **International law**. 5ª ed. Cambridge: University press, 2003. p. 12).

se fulcram prioritariamente em valores e interesses comuns e, inclusive, com aspiração universal.

Logo, resta perquirir-nos se esta sociedade descentralizada institucionalmente, sem que haja alguma entidade com monopólio da violência legítima, e paritária, porque fundada na igualdade soberana dispõe de um verdadeiro ordenamento jurídico[280] e, em caso positivo, averiguar quais as suas características, as suas fontes e como se organizam entre si, além de sua própria articulação com outros ordenamentos, em especial, com os sistemas jurídicos estatais.

4.2. A JURIDICIDADE E SISTEMATICIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL

É preciso reiterar que, desde Vestfália, a sociedade internacional foi se desenvolvendo em torno da figura do Estado soberano. Mas vale acrescentar, desde logo, que mesmo quando se aprofunda o seu processo de institucionalização e se passa a admitir a participação na sociedade internacional e a subjetividade jurídica das organizações internacionais, o Estado permanece ainda como entidade central, já que é o único que possui capacidade jurídica plena, inclusive para reconhecer outros Estados soberanos e para constituir as organizações internacionais.

E tendo em conta que um sistema jurídico se caracteriza pela interrelação e integração de todos os seus componentes a um centro referencial comum e que seu ponto de partida (para o jurista) é a sua efetividade, porque o grupo social organizado reconhece o poder (ou fato, ou autoridade, ou processo, ou princípio, etc) de emanar normas dotadas de validade objetiva e assegurada por mecanismos de sanção, a questão que se coloca, neste ponto da investigação, é a de se o direito internacional representa um conjunto normativo não sistematizado ou, se sistematizado, se é um ordenamento jurídico originário ou derivado.

---

[280] Afinal, o direito internacional costuma ser definido como o faz A. R. Brotóns, como “o conjunto de normas jurídicas que, em um dado momento, regula as relações (direitos e obrigações) dos membros da sociedade internacional, ou seja, daqueles a quem se reconhece características de sujeito na respectiva ordem” (Brotóns, A. R. **Derecho Internacional**. Madri: Tirant lo Blanch, 2007, p.45.)

4.2.1. A produção de normas de validade objetiva

Em primeiro lugar, não é cientificamente correto considerar que o Direito Internacional não teria natureza jurídica por não estar amparado numa sociedade institucionalizada e com estruturas garantidoras do monopólio da força legítima, inclusive por meio dos três Poderes estruturais (legislativo, executivo e judiciário), como se fosse uma sociedade em estado de natureza[281], já que esta perspectiva se mostra claramente estatocêntrica, analisando o fenômeno da juridicidade a partir de um modelo histórico-concreto de associação humana, o Estado, o qual sequer é o único experienciado na história da civilização.

Tal como antecipadamente exposto nesta tese, a experiência jurídica é identificada em diversas formas de associação humana organizada e, assentado que a sociedade internacional compõe um grupo social que não se confunde com o Estado, a natureza jurídica de sua ordem normativa deve ser perquirida à luz de suas próprias características.

Em sua gênese, efetivamente, seria até razoável visualizar o direito internacional como um conjunto de negócios jurídico-normativos bilaterais (ou plurilaterais), veiculadores de prestações comumente sinalagmáticas e, portanto, em seu conjunto, desprovido de sistematicidade[282]. Nesta modelagem, é a vontade soberana que cria a norma e estabelece os seus efeitos jurídicos, cujos destinatários são os próprios Estados contratantes, de tal modo que, em linhas gerais, não seria possível identificar a produção de normas com eficácia erga omnes (com exceção do direito consuetudinário, até então incipiente), mas,

---

[281] "There is always warre of every one against every one hereby it is manifest, that during the time men live without a common power to keep them all in awe, they are in that condition which is called warre; and such a warre, as is of every man, against every man. (HOBBES, Thomas. **Leviathan or the matter, forme, and power of a common-wealth ecclesiastical and civill**. Canada: Projetc Gutenberg, 2002. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu003207.pdf. Acesso em 14 abr. 2024.).

[282] Na verdade, neste momento poderia se caracterizar como um sistema de ordens e não como um sistema de fontes. Esta diferenciação é bem explicada por Pizzorusso, quando assinala que o sistema de fontes é elástico e prospectivo, atuando por meio de um "caso abstracto, que describe la situación que la fuente tiene la finalidade de regular, y de uma prescripción acerca del comportamento a tener donde éste se verifique", de modo que entre a hipótese normativa e a situação de fato concreta atuarão diversas variáveis voltadas à aferição da compatibilidade do comportamento. Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro. La producción normativa en tiempos de globalización. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 6, n. 11, p. 231–318, 2009.

como dissemos, negócios jurídicos e, portanto, o direito internacional se apresentaria mais como uma justaposição de atos jurídicos sinalagmáticos.

Contudo, o contexto começa a se transformar com a evolução deste mesmo direito convencional e a expansão das matérias por este reguladas, permitindo-se que se o considerasse como gerador de normas principiológicas[283], de modo que de eficácia inter partes o tratado teria aptidão para gerar normas com efeito erga omnes. Isto, ao lado do chamado direito internacional geral, o qual engloba costumes internacionais gestados a partir do pressuposto da igualdade soberana e comumente identificados pela jurisprudência internacional, aos quais também se poderia reconhecer eficácia erga omnes, sem contar na possibilidade de reconhecimento de efeitos externos às obrigações convencionais em favor de terceiros Estados, como ocorre, por exemplo, no direito internacional econômico em que, por força do princípio da não discriminação que lastreia a cláusula da nação mais favorecida, os benefícios concedidos por um tratado bilateral aplicam-se automaticamente a todos os membros da Organização Mundial do Comércio (OMC), salvo quando ocorrentes em sistemas regionais de integração econômica.

Ademais, a instauração setorial do paradigma cooperativo em torno da tutela de interesses coletivos ou valores comuns entregues a organizações internacionais dotadas de autonomia e tecnicidade, além do reconhecimento de obrigações internacionais erga omnes e de regras de jus cogens, inclusive no seio de um movimento de humanização do direito internacional, apontam para o edifício de uma sociedade dotada de um grau de integração social e interdependência político-jurídica crescente, de que é consequência o desenvolvimento de um ordenamento jurídico dotado também de normas com validade objetiva e que visam à promoção de interesses e valores que transbordam o interesse individual dos Estados.

---

[283] "A justificação para a extensão dos efeitos jurídicos, erga omnes, relativamente a tais instrumentos convencionais é a de que tratados deste tipo servem interesses vitais da humanidade. É em razão desta utilidade que os Estados individuais não podem ser deixados alheios a tal disciplina, que se lhe não admite que atuem de modo contrário ao interesse comum acordado no seio da comunidade internacional, que disponham destas disciplinas fundamentais" (CASTRO, Paulo Canelas. Direito internacional na era da globalização: mudanças de paradigmas no sistema internacional e na ordem jurídica internacional. *In*: GOMES, Ana Cláudia Nascimento, ALBEGARIA, Bruno. CANOTILHO, Mariana Rodrigues. **Direito constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho**. Belo Horizonte: Forum, 2021. p. 993).

A este respeito, recorde-se que, em definitivo, no Estado Constitucional de Direito, a validade objetiva se apoia numa estrutura político-jurídica verticalizada, porquanto o povo, titular da soberania e que é, também, o destinatário da norma, por meio de um ato constituinte define quais os órgãos (ou grupos sociais) com aptidão para editar normas jurídicas cuja validade independe do consentimento do indivíduo e quais as condições (formais, materiais e até circunstanciais) que devem ser obedecidas para a validade desta produção jurídica.

A ordem internacional, porém, é tradicionalmente caracterizada como uma ordem horizontal, baseada que está na igualdade soberana[284], muito embora, como já dissemos, em sua evolução já seja possível perceber a ascensão de espaços de verticalidade, notadamente com o desenvolvimento da cooperação internacional e o alto grau de consenso alcançado em tais espaços. Neste sentido, repitam-se, as regras de jus cogens, o costume internacional, decisões normativas por parte de organismos internacionais (o chamado direito derivado) e o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos (DIDH).

A título de exemplo, nos termos dos arts. 23 a 25 da Carta da ONU, as resoluções do Conselho de Segurança, que é um dos órgãos da organização internacional Nações Unidas, que dependem do atendimento ao quórum de 09 representantes de Estados membros, vinculam objetivamente a todos os Estados que integram a organização, o que significa dizer que a vontade soberana é pressuposto para o ingresso do Estado na organização, mas não é necessário o consentimento permanente para a validade de sua produção jurídica. Já a Carta da OEA prevê que as decisões da Assembleia Geral serão adotadas por maioria absoluta, como regra, com exceção dos casos previstos na Carta de quórum de dois terços (art. 59).

Outrossim, o art. 2.6 da Carta da ONU prevê que “A Organização fará com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo

[284] Da Carta da ONU: “Artigo 2 - A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros. [...]”. Igualmente, da Carta da OEA: “Artigo 10. Os Estados são juridicamente iguais, desfrutam de iguais direitos e de igual capacidade para exercê-los, e têm deveres iguais. Os direitos de cada um não dependem do poder de que dispõem para assegurar o seu exercício, mas sim do simples fato da sua existência como personalidade jurídica internacional.”.

com esses Princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais"[285] e a Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados, em seu art. 38, preceitue que "Nada [...] impede que uma regra prevista em um tratado se torne obrigatória para terceiros Estados como regra consuetudinária de Direito Internacional, reconhecida como tal.".

Logo, na ordem jurídica internacional são identificadas normas com validade objetiva, as quais podem possuir eficácia inter partes ou eficácia erga omnes.

4.2.2. O problema da fundamentação do direito internacional e o consenso interestatal como única fonte primária de produção jurídica

Um dos assuntos mais tormentosos na análise da sistematicidade do direito internacional tem sido a definição da fonte-origem do direito internacional, com vistas a responder por quê as normas de direito internacional são obedecidas.

Uma primeira aproximação que merece ser apontada sobre a fundamentação do sistema jurídico internacional se encontra no projeto filosófico da paz perpétua, em I. Kant. Neste, dado que o estado de guerra teria sido superado apenas no plano interno, remanescendo nas relações entre Estados, seria necessária uma união federativa[286] de Estados livres em torno da paz,

---

[285] O Conselho de Segurança da ONU, através da Resolução 757, de 30 de maio de 1992, acerca dos conflitos na ex-República Socialista Federal da Iugoslávia, estabeleceu obrigações para todos os estados indistintamente, como por exemplo: "4. Decide que todos os Estados proíbam: a) A importação, para seus territórios, de todas as matérias primas e produtos originários da República Federal da Iugoslávia (Sérvia e Montenegro), desta exportados depois da data da presente Resolução; [...] 5. Decide que todos os Estados tornarão indisponíveis às autoridades da República Federal da Iugoslávia (sérvia e Montenegro) ou a qualquer instituição comercial, industrial ou pública em operação na República Federal da Iugoslávia (Sérvia e Montenegro), quaisquer fundos ou quaisquer outros recursos financeiros ou econômicos e impedirão seus nacionais e quaisquer pessoas em seus territórios de retirar de seus territórios ou de, por qualquer outro meio, tornar disponíveis àquelas autoridades ou a ditas instituições, quaisquer dos fundos ou recursos mencionados, e de remeter quaisquer outros fundos a pessoas ou órgãos que se encontrem na República Federal da Iugoslávia (Sérvia e Montenegro), á exceção de pagamentos para fins estritamente médicos ou humanitários e alimentos." (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/anterior_a_2000/1992/Dnn803impressao.htm. Acesso em 14 abr. 2024)

[286] "Esta federação não se propõe obter o poder do Estado, mas simplesmente manter e garantir a paz de um Estado para si mesmo e, ao mesmo tempo, a dos outros Estados federados, sem que estes devam por isso (como os homens no estado de natureza) submeter-se a leis públicas e à sua coacção. – É possível representar-se a exequibilidade (realidade objectiva) da *federação*,

através de um ato constitutivo racional que, prezando pela liberdade e igualdade, atendesse ao dever jurídico originário (de viés jusnaturalístico) de sair do estado de guerra.

Georg Jellinek considerava que o direito internacional se assentava formalmente na vontade dos Estados particulares e, materialmente, em interesses sociais que iriam além das fronteiras estatais[287]. Mas aquela vontade seria representativa da soberania, por ele qualificada como um conceito jurídico e histórico, cujo conteúdo não mais englobaria os atributos da ilimitação e independência jurídicas presentes originalmente em sua formulação de direito natural e anterior ao Estado. A soberania sequer seria um poder ilimitado juridicamente, já que não abrigaria a faculdade de supressão da própria ordem jurídica e instituição da anarquia, afinal era essencial ao Estado estar dotado de um ordenamento jurídico.

Logo, G. Jellinek promove a atualização do conceito de soberania para a capacidade do Estado de "determinar-se juridicamente e de obrigar-se por si próprio"[288], conteúdo que seria suficiente para fundamentar a sua atividade normativa interna e, também, a internacional, na medida em que o direito internacional constituiria, ao fim e ao cabo, uma (auto)limitação do poder jurídico determinada pelo próprio Estado, único titular deste poder.

Por outro prisma, K. H. Triepel, fiel ao seu modelo dualista, que considerava o direito internacional e o direito nacional (interno) como ordenamentos paralelos, em face das diversidades de relações reguladas e das origens da vontade normadora, fundamentava o direito internacional na vontade

---

que se deve estender paulatinamente a todos os Estados e assim conduz à paz perpétua" (KANT, Immanuel. **A paz perpétua: um projeto filosófico**. Covilhã: LusoSofia press, 2008. p. 18)

[287] "Mas si el derecho internacional descansa formalmente en la voluntad de los Estados particulares y de ellos recibe su sanción jurídica, le corresponde también materialmente un algo que sale fuera de los límites del Estado particular. Aquí se muestra precisamente la unión entre la doctrina de la sociedad y el derecho internacional" (JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. México: FCE, 2000. p. 355).

[288] "Expresada en fórmula breve significa, por tanto, la soberanía, la propiedad del poder de un Estado, en virtud del cual corresponde exclusivamente a este la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a sí mismo. […] Todos los ensayos por hacer nacer la validez del derecho internacional de una fuente que esté sobre los Estados serán, cuantas veces se intenten, otros tantos fracasos. […] Mediante el reconocimiento del derecho internacional y en virtud de este reconocimiento mismo, oblígase el Estado a actos que limitan su poder jurídico, sin que le sea posible desprenderse jurídicamente de tales obligaciones mediante una resolución tomada por sí […]" (JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. México: FCE, 2000. p. 432-440).

comum, gestada da união das vontades dos Estados particularmente considerados, que se manifesta de forma expressa ou tácita.

Em sua ótica, já que as regras jurídicas se baseiam numa vontade superior às vontades de seus destinatários, se no direito interno a fonte desta vontade é o próprio Estado, no direito internacional não poderia ser esta vontade particular, porque ela não seria apta a regular comportamento de outros Estados soberanos e iguais. Assim sendo, apenas reconhecendo a fonte produtora advinda de uma vontade comum, superior aos Estados, é que seria possível legitimar adequadamente o direito internacional[289].

Oposta à formulação de Triepel é a doutrina de H. Kelsen. Lembremos que para este autor, a sistematicidade de uma ordem normativa estaria assegurada pela recondução de todas suas normas a uma mesma norma fundamental, que funcionaria como fonte comum de validade de todas elas e que, no caso da ordem jurídica, por se tratar de um sistema normativo dinâmico, a norma fundamental teria por conteúdo apenas um fato produtor de normas jurídicas, de modo que a atividade de recondução da validade independeria do conteúdo da norma.

Na Teoria Pura do Direito, Kelsen afirma que o direito internacional não pode ser reputado como parte do direito estatal, porque o primeiro conteria uma norma de direito positivo que constituiria o fundamento de validade da própria ordem jurídica estatal (e de sua constituição, portanto) e do reconhecimento da estatalidade da comunidade formada em torno desta ordem. Consequentemente, não era de todo certo identificar como fundamento de validade do sistema jurídico uma norma fundamental que fosse referida a uma concreta constituição estatal, mas, por via de dedução, ela se situaria na norma pressuposta, a qual não teria qualquer conteúdo valorativo transcendente (como seria a paz, em Kant) e, outrossim, autorizaria o costume dos Estados como fato

[289] “Mas se a vontade de qualquer Estado particular não pode criar direito internacional, não se pode imaginar senão isto: uma vontade comum, nascida da união dessas vontades particulares, se mostra capaz de preencher êsse fim. Só pode ser fonte de direito internacional uma vontade comum, de vários, ou de numerosos, Estados. [...] Mas pode acontecer também que os Estados participantes dêem a entender, por atos concludentes, que êles querem estar ligados por certa regra. Fala-se ordinariamente, neste caso, de uma declaração tácita de vontade” (TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o Direito interno e o Direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Minas Gerais**, *[S. l.]*, n. 6, p. 7–64, 1966. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/License. p. 14-15.)

produtivo de Direito[290], da qual derivaria a produção jurídica consuetudinária, que tem no pacta sunt servanda o fundamento de validade do direito dos tratados.

Tal como é fácil perceber, estas perspectivas doutrinárias visam a oferecer respostas a dilemas teóricos e práticos. Por exemplo, se a vontade soberana é o fundamento da norma internacional, como resolver o problema da identidade entre produtor e destinatário da norma? Ou, no caso da doutrina da autovinculação, como caracterizar a violação do direito quando tanto a origem quanto os efeitos da norma dependem da vontade soberana? Ou, ainda, como justificar as regras de jus cogens, o costume internacional ou a produção jurídica das organizações internacionais com as doutrinas voluntaristas? Por fim, quem seria o sujeito da vontade comum de Triepel?

De nossa parte e atento à realidade da sociedade internacional, de sua evolução e de seu grau de institucionalização, verifica-se que a ordem internacional contém normas dotadas de validade objetiva e é indiscutivelmente efetivo[291]. As sociedades nacionais (e seus membros) reconhecem a sua aptidão para emanar e garantir as normas de convivência que regem as relações entre Estados, organizações internacionais e, indiretamente, indivíduos, as quais interagem com outras normas de direito positivo estatal e não estatal (como de outros grupos sociais politicamente organizados) e, em alguns setores do ordenamento, poderão servir como fundamento para postulações diretas por parte de pessoas físicas e jurídicas, tanto perante instâncias estatais como internacionais.

Tal como se disse introdutoriamente nesta tese, a validade de um ordenamento jurídico não pode ser explicada pela dogmática jurídica, porque não há uma norma autorizante de um ato constituinte ou de um costume constitutivo. O que sim cabe é examinar os seus processos produtivos a partir da(s) sua(s) norma(s) sobre produção jurídica.

---

[290] "Se elas são pensadas como normas jurídicas vinculantes para os Estados é porque se pressupõe uma norma fundamental que institui o costume dos Estados como fato produtor de Direito. O seu teor é: "os Estados, quer dizer, os governos dos Estados, devem conduzir-se nas suas relações mútuas em harmonia com um dado costume dos Estados [...]". (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 240-241).

[291] "The real foundation of the authority of international law resides similarly in the fact that the States making up the international society recognise it as binding upon them, and, moreover, as a system that ipso facto binds them as members of that society, irrespective of their individual wills" (FITZMAURICE, Gerald Grey. The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement. **The Modern Law Review**, *[S. l.]*, v. 19, n. 1, p. 1–13, 1956.).

Neste sentido é cientificamente válido afirmar que a única norma primária sobre produção jurídica do ordenamento internacional é o consenso interestatal (o acordo de vontades estatal[292]), não prescindindo, portanto, na gênese da norma, seja do consentimento explícito do Estado, no caso de normas convencionais, seja do consentimento tácito, no caso de normas costumeiras. Inclusive a produção jurídica das organizações internacionais (o direito internacional derivado) se baseia numa norma secundária sobre produção, na medida em que sua autorização estará contida nos tratados constitutivos produtos do acordo entre Estados.

Com isto quer-se dizer que, dados a variabilidade setorial do nível de integração sociopolítica e o baixo grau de institucionalização da sociedade internacional como um todo, a sistematicidade do seu sistema jurídico também se vê atenuada – em comparação, obviamente, com os ordenamentos estatais –, de modo que a vontade soberana do Estado é um elemento crucial da nomogênese, afinal sempre existe a possibilidade teórica de que o Estado abdique de participar da sociedade internacional e, portanto, de ser sujeito de seu ordenamento.

A propósito, reconhecer o acordo estatal como única norma primária sobre produção jurídica no ordenamento da sociedade internacional não elimina, em nada, a juridicidade das normas com base nela produzidas. É um falso problema a alegada identidade entre produtor e destinatário da norma e o instituto da violação do direito é perfeitamente identificado num ordenamento com este tipo de norma sobre produção jurídica, afinal dizer que a norma internacional se origina do consentimento estatal não se confunde com o reconhecimento de sua validade objetiva, a qual resulta da sua impregnação na ordem internacional[293], a qual, como é evidente, decorre da própria existência do Estado e de sua participação na sociedade internacional.

---

[292] É sempre lembrado (e criticado) o trecho do voto do caso Lótus (1927), na extinta CPJI: “International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these CO-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims.” (The case of the SS. "Lotus". *In*: CPJI. Collection of judgments. Series A. nº. 70. September 7th, 1927. Disponível em: https://www.icj-cij.org/pcij-series-a. Acesso em: 20 de março de 2024).

[293] “É a mesma posição de Perassi: “rispetto ad uno Stato il valore giuridico di una norma, che è posta da um accordo, presuppone bensì che tale Stato abbia con la sua volontà concorso a costituire l’accordo, ma una volta che questo si è formato ed ha prodotto la norma, il vigore di

A importância do consentimento na base da produção jurídica igualmente se manifesta, dentre outras, na questão dos vícios do consentimento (arts. 48 a 52 da CVDT), na relatividade dos tratados (art. 34, CVDT), na habilitação da competência dos órgãos de jurisdição internacional (por exemplo: arts. 35 e 36 do Estatuto da CIJ; art. 62 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos), mas não para a autoridade de suas decisões[294], o que reforça a ideia de que o próprio direito internacional é um sistema jurídico em transição, com setores mais institucionalizados e cooperativos que outros, equilibrando-se entre a prevalência da soberania estatal e a valorização dos interesses coletivos ou valores comuns internacionais.

Cumpre, neste momento, demonstrar que as objeções mais comuns à doutrina do acordo ou consenso interestatal não se sustentam na realidade da sociedade internacional e de seu ordenamento. Vejamos.

Acerca da defesa da prescindibilidade do acordo estatal, comumente se citam as hipóteses de tratados que não admitem reserva ou denúncia ou aqueles em que se previu um processo de modificação do qual pode resultar a adesão automática (e involuntária) de todos os Estados quando aprovada por determinada maioria, como é o caso da Carta da ONU, que determina que as suas emendas "entrarão em vigor para todos os Membros das Nações Unidas, quando forem adotadas pelos votos de dois terços dos membros da Assembleia Geral e ratificada de acordo com os seus respectivos métodos constitucionais por dois terços dos Membros das Nações Unidas, inclusive todos os membros permanentes do Conselho de Segurança" (art. 108).

Estas duas hipóteses não representam dificuldades à doutrina do consenso, na medida em que, seja quando o Estado for impedido de fazer reservas ou denúncia a um tratado, seja quando lhe for imposta uma modificação convencional a qual não assentiu expressamente, na origem estará um ato de

---

questa per ciascuno degli Stati, fra i quali vige, non è condizionato alla persistenza della sua volontà. La funzione delle singole volontà statutali si è esaurita nella formazione dell'acccordo, cioè nell'atto a cui l'ordinamento giuridico annette l'idoneità a produrre la norma [...]" (PERASSI, Tomaso. **Lezioni di Diritto Internazionale**. Parte prima. 4ª ristampa. Padova: CEDAM, 1955. p. 8-9)

[294] A competência das cortes internacionais depende do consentimento, mas a autoridade de suas decisões deriva do interesse consensual tutelado pela corte: "Ela é, igualmente, na realidade, a afirmação da superioridade da jurisdição internacional enquanto manifestação do ordenamento jurídico da comunidade internacional" (BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **Teoria geral do direito internacional público**. v.1. Belo Horizonte: CEDIN e Konrad Adenauer Stiftung, 2020. p. 423).

consentimento estatal que é a assinatura do tratado que previu o impedimento ou a vigência automática da modificação do texto do tratado e, no curso de seu desenvolvimento, a submissão obrigatória a uma norma internacional à qual não aderiu expressamente.

Outra objeção evocada é o direito consuetudinário internacional. Conceitualmente, o costume jurídico é um "fato constitutivo de normas gerais"[295] e é fato, porque se trata de um método de formação espontânea de normas jurídicas – que enquadramos, no capítulo primeiro, no tipo de nomogênese derivada do "poder social", em contraposição ao "poder político" – em que uma prática (normalmente) repetida, uniforme, constante e pública é adotada como expressão de uma exigência de direito, gerando a pretensão de sua observância por todos os sujeitos do ordenamento jurídico[296].

Portanto, no curso do processo de formação da norma costumeira é relevante o papel da convicção jurídica (*opinio juris ac necessitatis*) e, assim, neste processo há uma nítida conexão com a aquiescência dos sujeitos do direito[297]. Porém, a partir do momento em que a prática é reproduzida com convicção de sua juridicidade, reveste-se do caráter de norma jurídica costumeira e, desta forma, passa a ostentar validade objetiva, a qual prescinde de aceitação ou adesão dos sujeitos àquela submetidos, inclusive de Estados ou organizações internacionais que surgirem depois da vigência do costume internacional (da mesma forma como ocorre no âmbito do direito interno em face de pessoas nascidas ou criadas após o advento de uma norma costumeira).

Macgibbon considera que a aquiescência do Estado desempenha um papel crucial na formação das normas internacionais costumeiras, porque é através da aceitação expressa ou tácita de determinadas práticas que o Estado

---

[295] BOBBIO, Norberto. **La consuetudine come fatto normativo**. Torino: Giappichelli Editore, 2010. p. 31.

[296] "[...] At this stage it may be described as a usage. To transform the usage into a 'general practice accepted as law'-to use the words of Article 38 (i) (b) of the Statute of the International Court of Justice - that is into an international custom, the practice must be followed on the basis of a claim of right and, in turn, submitted to as a matter of obligation." (MACGIBBON, Ian. C. Customary International Law and Acquiescence. **British Year Book of International Law**, *[S. l.]*, n. 33, p. 115–145, 1957.)

[297] De uma forma mais incisiva, Rodrigo Días Inverso sustenta que o consentimento tácito é o próprio fundamento da norma internacional costumeira. Cfr. DÍAZ INVERSO, Rodrigo. La norma consuetudinaria internacional y el consentimiento de los Estados. **Revista de la Facultad de Derecho**, *[S. l.]*, n. 38, p. 113–134, 2015. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n38/2301-0665-rfd-38-119.pdf. Acesso em 29 de março de 2024.

assume a sua obrigatoriedade. Cita, ainda, a relevância da objeção (*protest*) para efeito de identificação da própria juridicidade da prática adotada[298].

A doutrina brasileira também trata da figura do objetor persistente, por meio da qual o Estado "procura afastar sobre ele a exigibilidade de uma norma jurídica internacional costumeira"[299] através de uma objeção tempestiva, persistente e consistente, sendo certo que a própria CIJ[300] já se pronunciou acerca da relevância jurídica da aquiescência estatal na formação da norma costumeira, no emblemático julgamento do caso Haya de La Torre (Caso Relativo ao Direito de Asilo), de cuja fundamentação cabe destacar:

> Finally, the Colombian Government has referred to a large number of particular cases in which diplomatic asylum was in fact granted and respected. But it has not shown that the alleged rule of unilateral and definitive qualification was invoked or-if in some cases it was in fact invoked-that it was, apart from conventional stipulations, exercised by the States granting asylum as a right appertaining to them and respected by the territorial States as a duty incumbent on them and not merely for reasons of political expediency. The facts brought to the knowledge of the Court disclose so much uncertainty and contradiction, so much fluctuation and discrepancy in the exercise of diplomatic asylum and in the official views expressed on various occasions, there has been so much inconsistency in the rapid succession of conventions on asylum, ratified by some States and rejected by others, and the practice has been so much influenced by

[298] "The relevance of neither protest nor acquiescence is altogether obvious, yet both are of potential significance. To determine whether a given practice is being pursued as a matter of right or merely as a matter of convenience may be a task of some difficulty which, however, evidence of either protest or absence of protest may to some extent resolve. [...] In so far as protests are made against refusal to submit to the practice or against aberrations in which the practice takes a substantially different form, They tend strongly if not conclusively to show the conviction on the part of the protesting States that they were acting in defence of their rights [...] On the other hand, acquiescence in refusals to submit to a given practice, or acquiescence in a contrary practice .on the part of other States, affords cogent evidence that the practice is not followed on the basis of a claim of right." (MACGIBBON, Ian. C. Customary International Law and Acquiescence. **British Year Book of International Law**, *[S. l.]*, n. 33, p. 115–145, 1957.)

[299] ACCIOLY, Hildebrando. NASCIMENTO E SILVA, Geraldo E. CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva-Jur, 2023. p. 148.

[300] Outro julgamento em que a CIJ também se pronunciou acerca da aquiescência estatal para a formação do costume é o Caso das Pesqueiras: "El fallo toma nota de que un decreto noruego de 1812, así como varios textos posteriores (decretos, informes, correspondencia diplomática), muestran que el método de las líneas rectas, impuesto por la geografía, ha sido consagrado en el sistema noruego y consolidado por una práctica constante y suficientemente larga. La aplicación de ese sistema no ha encontrado oposición en otros Estados. Incluso el Reino Unido no lo impugnó durante muchos años: sólo en 1933 presentó una protesta oficial y definida. Sin embargo, interesado tradicionalmente en cuestiones marítimas, no podía ignorar las manifestaciones reiteradas de la práctica noruega, que era notoria. La tolerancia general de la comunidad internacional muestra, por tanto, que no se consideraba que el sistema noruego fuera contrario al derecho internacional."(CIJ, Caso de las Pesquerias. Fallo de 18 de diciembre de 1951. In: **Resumenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Intemacional de Justicia: 1948-1991**. Nueva York: Naciones Unidas, 1992. p. 29-30. Disponível em: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/summaries/summaries-1948-1991-es.pdf. Acesso em: 24 mar. 2024.

> considerations of political expediency in the various cases, that it is not possible to discern in all this any constant and uniform usage, accepted as law, with regard to the alleged rule of unilateral and definitive qualification of the offence.
> The Court cannot therefore find that the Colombian Government has proved the existence of such a custom. But even if it could be supposed that such a custom existed between certain Latin-American States only, it could not be invoked against Peru which, far from having by its attitude adhered to it, has, on the contrary, repudiated it by refraining from ratifying the Montevideo Conventions of 1933 and 1939, which were the first to include a rule concerning the qualification of the offence in matters of diplomatic asylum.[301]

A terceira objeção à doutrina do acordo ou consenso interestatal é representada pelas regras de jus cogens, as quais correspondem à categoria das normas imperativas ou peremptórias de direito internacional, definidas no art. 53 da CVDT como “uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de direito internacional geral da mesma natureza”.

Dessume-se de seu conceito normativo que as normas de jus cogens representariam um verdadeiro consenso universal e, ainda, teriam origem independente do consentimento expresso ou tático dos Estados, não sendo passíveis de denúncia (ou objeção, se consuetudinária) e representando um verdadeiro limite material ao conteúdo de outras disposições normativas internacionais, já que “é nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral” (art. 53, CVDT, primeira parte) e, ainda, “se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se” (art. 64, CVDT).

Pois bem. Conquanto parte da doutrina repute que tais normas imperativas de direito internacional estariam situadas no plano de um direito natural preexistente[302] à própria sociedade internacional e, assim, condicionaria

---

[301] ICJ. Asylum Case (Colombia/Peru). Judgment of november 20th, 1950. In: **Reports Of Judgments, Advosory Opinions And Orders, 1950**. p. 266-389. Disponível em: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 27 de março de 2024.

[302] “As raízes profundas de tal concepção, sem que seja necessário insistir nesta rubrica, nutrem-se da tradição do direito natural, rejuvenescido pela concepção pós-moderna do direito natural de conteúdo progressivo. Neste sentido, poder-se-á dizer que as normas imperativas de direito

a validade do seu direito positivo, aqui prefere-se considerar que as normas de jus cogens ostentam uma posição hierárquica superior no próprio plano do direito positivo internacional, manifestando-se através de normas costumeiras ou de princípios gerais construídos pela jurisprudência internacional e, por buscarem proteger valores ou interesses coletivos internacionais superiores, instituiriam obrigações erga omnes, ou seja, obrigações impostas a todos os partícipes da sociedade internacional e independente da vontade normadora individual.

A CIJ, no julgamento Nicarágua vs. Estados Unidos (1984), ao decidir sobre a própria jurisdição, reconheceu a existência de princípios vinculantes do direito costumeiro, independentemente de sua previsão em tratados[303]. A mesma corte, no caso do Timor Leste (Portugal vs. Austrália, 1995) acolheu o caráter essencial do princípio da autodeterminação dos povos[304]. Na Opinião Consultiva sobre a licitude da ameaça ou uso de armas nucleares (1996), mesmo afirmando que não se pronunciaria sobre o caráter jus cogens de princípios e regras de direito humanitário, apontou a posição "cardeal" de alguns princípios de observância obrigatória que são invioláveis[305].

---

internacional geral vão além do estágio consuetudinário, para atingir patamar mais estável dos princípios gerais do direito internacional no contexto pós-moderno." (ACCIOLY, Hildebrando. NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva-Jur, 2023. p. 136).

[303] "On the contrary, Nicaragua invokes a number of principles of customary and general international law that, according to the Application, have been violated by the United States. The Court cannot dismiss the claims of Nicaragua under principles of customary and general international law, simply because such principles have been enshrined in the texts of the conventions relied upon by Nicaragua. The fact that the abovementioned principles, recognized as such, have been codified or embodied in multilateral conventions does not mean that they cease to exist and to apply as principles of customary law, even as regards countries that are parties to such conventions. (CIJ. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392-443. Disponível em: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/70/070-19841126-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 30 de março de 2024).

[304] "In the Court's view, Portugal's assertion that the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice, has an erga omnes character, is irreproachable. The principle of self-determination of peoples has been recognized by the United Nations Charter and in the jurisprudence of the Court (see Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1971, pp. 31- 32, paras. 52-53 ; Western Sahara, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1975, pp. 31-33, paras. 54-59); it is one of the essential principles of contemporary international law." (CIJ, Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 90-106. Disponível em: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 30 de março de 2024).

[305] "The cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law are the following. The first is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants; States must never make civilians the object of attack and must consequently never use weapons that are incapable of

Já em 2004, a CIJ, no Parecer Consultivo acerca da Construção de um muro no território palestino ocupado, expôs que detectara “que as obrigações violadas por Israel incluem certas obrigações erga omnes (...), como a obrigação de respeitar o direito do povo palestino à autodeterminação e algumas de suas obrigações de direito internacional humanitário”[306].

O fato é que, a despeito de sua gradual construção jurisprudencial e dos esforços doutrinários de sistematização, inclusive por meio de sua inscrição na agenda da Comissão de Direito Internacional da ONU[307], a categoria do jus cogens se ressente, ainda, de três obstáculos pragmáticos.

O primeiro deles é o problema de identificação. Em suma, quais são as normas que integram o grupo da categoria do jus cogens? Embora a própria cristalização do conceito de jus cogens na CVDT revele um certo consenso estatal acerca de sua carga valorativa, não é possível determinar antecipadamente as normas que integram o jus cogens e isto representa uma dificuldade prática para os órgãos de produção do direito, nacionais e internacionais, apostando, assim, no papel sistematizador dos órgãos de aplicação do direito internacional, com os conhecidos déficits atuais de *enforcement*.

---

distinguishing between civilian and military targets. [...] It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and "elementary considerations of humanity" as the Court put it in its Judgment of 9 April 1949 in the Covfu Channel case (1. C. J. Reports 1949, p. 22), that the Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law.” (CIJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, p. 226-267. Disponível em: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf. Acesso em 30 de março de 2024).

[306] CIJ. Legal Consequences cf the Construction of a Wu11 in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 199. Disponível em: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf. Acesso em 30 de março de 2024).

[307] Aqui se destaca, por exemplo, o Relatório A/74/10 apresentado pela citada comissão por ocasião da 71ª Sessão anual, em 2019, acerca de um projeto sobre as normas imperativas de direito internacional geral, no qual foram elencadas as seguintes normas como integrantes do jus cogens: proibição de agressão, proibição do genocídio, proibição dos crimes de lesa humanidade, normas básicas do direito internacional humanitário, proibição da discriminação racial e do apartheid, a proibição da escravidão, a proibição de tortura e o direito à livre determinação. Cfr. ONU (Comisión de Derecho Internacional). **Informe de la Comisión de Derecho Internacional** (71er período de sesiones). Nueva York: Naciones Unidas, 2019. Cap. V (en español). Disponível em: https://legal.un.org/ilc/reports/2019/. Acesso em 30 de março de 2024.)

O segundo problema é relativo ao seu efeito jurídico concreto ainda deficitário, já que se as normas de jus cogens protegessem efetivamente interesses internacionais indisponíveis e instituíssem obrigações erga omnes e, portanto, independentemente do consentimento estatal, seria consequência natural que fosse considerado juridicamente legítimo que os Estados (e organizações internacionais), diante de um ato violador de norma de jus cogens, se valessem de instrumentos sancionatórios e de responsabilização, inclusive por meio de suas jurisdições domésticas ou das internacionais, contra as quais não seriam oponíveis nem a imunidade de jurisdição, nem o consentimento para o reconhecimento da jurisdição internacional.

Contudo, a própria CIJ, quando do julgamento do Caso das Imunidades Jurisdicionais do Estado (2012), dissociou o caráter material das regras de jus cogens de seus eventuais reflexos processuais, considerando que a violação a uma regra de direito internacional imperativo não superava a regra processual relativa à imunidade de jurisdição[308]. Outrossim, a mesma Corte também se pronunciou no sentido de que a violação a uma obrigação erga omnes não é suficiente para superar a necessidade de reconhecimento de sua própria jurisdição[309].

Finalmente, o jus cogens, tal como desenvolvido até o presente, também se ressente de um problema de utilidade prática, afinal o rol dos direitos internacionais imperativos comumente compendiado pela doutrina internacionalista constitui um verdadeiro e prático consenso internacional já existente e derivado de inúmeros compromissos internacionais de alcance universal, sendo improvável que se aprove um tratado internacional (ou até um ato normativo de direito interno) que viole, por exemplo, a proibição da agressão,

---

[308] CIJ. **Jurisdictional Immunities of the State** (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99-156. Disponível em: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 30 de março de 2024.

[309] "The Court observes, however, as it has already had occasion to emphasize, that "the erga omnes character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things" (East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 102, para. 29), and that the mere fact that rights and obligations erga omnes may be at issue in a dispute would not give the Court jurisdiction to entertain that dispute." (CIJ. Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6). Disponível em: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/126/126-20060203-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 30 de março de 2024.

do genocídio ou da tortura, o que torna a categoria do jus cogens mais um reforço argumentativo manejado na análise de condutas estatais não normativas que na aferição da compatibilidade da própria produção normativa internacional ou nacional.

Ainda que assim não fosse, em essência, consideramos que as normas de jus cogens representam uma oposição ao voluntarismo (mais amplo) de modo apenas aparente, já que não parece correto excluir do consenso internacional, como elemento externo aos Estados individualmente considerados, a edição de normas imperativas e capazes de sancionar qualquer Estado, ainda que não tenha consentido, expressa ou tacitamente, em sua formação[310].

Por tais razões, o atual estágio incipiente de desenvolvimento das normas de jus cogens e de sua doutrina, associado ao próprio caráter menos institucionalizado da sociedade internacional, permite que se mantenha reconhecida a validade científica do consenso interestatal como única norma sobre produção jurídica do ordenamento internacional.

4.2.3. A sanção institucionalizada

Visto que o direito internacional é um ordenamento efetivo e fundamentado no consenso interestatal, e ainda examinando a sua juridicidade, é preciso assinalar que o ordenamento internacional conta com mecanismos próprios de sanção que atuam como instrumento de garantia da validade objetiva do sistema jurídico como um todo, muito embora com um grau de institucionalização menor em sua comparação com o estatal, afinal, juridicamente não existe uma entidade titular do monopólio da força legítima, o que vem a confirmar o que se disse no cap. 1, no sentido de que existem graus

[310] Exemplo representativo é apresentado por Hsu Cleto: “Se os Estados, ao longo do século XIX, passaram a combater o instituto jurídico da escravidão a ponto de limitarem a soberania reguladora sobre o tópico, nota-se vontade coletiva capaz de criar direito objetivo que apenas poderia ser superado por manifestação similar. Estados que resistiram à mudança, como o Brasil, passaram a sofrer contramedidas referendadas pela comunidade internacional, especialmente se tendo em conta que aceitação generalizada não exige unanimidade.” (HSU CLETO, Vinicius. O fundamento do direito internacional público: uma releitura da Vereinbarung. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, *[S. l.]*, v. 1, n. 21, p. 339, 2021. DOI: 10.22201/iij.24487872e.2021.21.15596.)

diferentes de potência e de institucionalização da sanção na análise comparativa dos ordenamentos jurídicos que coexistem.

Quanto ao ponto, recorremos mais uma vez a Perassi, para quem os mecanismos de sanção se manifestam em dois tipos de procedimentos[311]: a) a determinação do direito aplicável a uma hipótese de incidência serve para fins de garantia porque importa na substituição das vontades individuais dos sujeitos envolvidos (algo que também sucede no direito interno quanto às chamadas sentenças meramente declaratórias); b) a imposição coercitiva do direito a um caso concreto: este foi absorvido no âmbito interno pelo Estado, único detentor da violência legítima, circunstância inexistente no ordenamento internacional, o que não impede, porém, que atuem as normas produzidas pelos acordos interestatais, como aquelas que preveem medidas de autotutela ou regulam a tutela institucional ou colaborativa.

Quanto a estes, citem-se as contramedidas, de que se valem os Estados ou organizações internacionais com vistas à indução de comportamentos de outro Estado, abrangendo a retorsão e a represália. A primeira corresponde a uma medida de reação não armada contra um ato lícito, embora gravoso, que se concretiza por meio de uma variedade maior de instrumentos, como o rompimento das relações diplomáticas, bloqueio de bens, expulsão de nacionais do Estado, etc. As retorsões também estão passando por um processo de institucionalização, como no caso da Organização Mundial do Comércio, que condicionam o seu uso pelo Estado lesado, ou inclusive no âmbito do direito internacional ambiental.

Já a represália é uma contramedida de pressão contra um Estado que tenha praticado ato ilícito, para constrangê-lo, através do uso da força, a adoção de comportamento lícito. Não chega a ser incomum a institucionalização de represálias através de organizações internacionais, que se manifestam na suspensão do direito de voto, rompimento de relações diplomáticas, bloqueios marítimos ou aéreos de mercadorias, etc.

---

311 “I procedimenti, mediante i quali gli ordinamenti giuridici provvedono ad attuare la garanzia delle loro norme, si possono distinguere in due gruppi, che corrispondono a due distinti momenti od aspetti di tale garanzia (a) l'accertamento del diritto obbiettivo rispetto ad una determinata fattispecie; (b) l'attuazione coercitiva del diritto di un determinato caso concreto” (PERASSI, Tomaso. **Lezioni di Diritto Internazionale**. Parte prima. 4ª ristampa. Padova: CEDAM, 1955. p. 17).

No que tange, especificamente, ao uso da força, recorde-se que, desde a Carta da ONU se converteu numa sanção excepcional, incidente nos casos de legítima defesa ou de segurança coletiva. Como é evidente, a hipótese de legítima defesa se refere à resposta individual (ou coletiva) do Estado a um ato de agressão atual ou iminente, cujo exercício legítimo está condicionado à proporcionalidade da reação e comunicação imediata ao Conselho de Segurança e até que se tomem medidas coletivas de restabelecimento da paz e da segurança.

Já o uso da força na hipótese de segurança coletiva está relacionada a um tipo de ação conjunta internacional contra um Estado ou até um grupo social que viole a paz internacional por meio da ameaça à paz, da sua ruptura ou em face de atos de agressão, e integra as medidas voltadas à manutenção de paz e garantia da segurança coletiva previstas nos cap. VI e VII da Carta, sob a atribuição decisória do Conselho de Segurança da ONU.

Analisando o caráter sancionatório, Malcom Shaw afirma que não existe um sistema unificado de sanções na organização sociopolítica internacional, pois há casos de uso legítimo e institucional da força, por meio da ONU, de natureza econômica e militar e, ainda, se reconhece o direito de autodefesa dos Estados, como em caso de agressão. E isto, a seu sentir, se daria no interesse individual dos Estados, razão porque a natureza jurídica do direito internacional deveria ser perquirida unicamente a partir da efetiva obrigação de obedecer determinadas regras objetivas, sem referência à sanção. Em suas palavras, “(...) the character of the international legal order has to be examined in order to seek to discover wheter in fact states feel obliged to obey the rules of international law and, if so, why”[312].

De nossa parte, a premissa de que os mecanismos de sanção não serviriam à comunidade internacional e ao seu sistema jurídico como um todo não parece exata, na medida em que o fato deflagrador do uso legítimo da força, no atual estágio de institucionalização, é o desrespeito a uma norma internacional (de não ingerência, de não agressão, etc) e a circunstância de que o exercício da sanção eventualmente possa depender dos Estados atingidos não descaracteriza o tipo de interesse coletivo internacional envolvido,

[312] SHAW, Malcom N. **International law**. 5ª ed. Cambridge: University press, 2003. p. 5.

demonstrando apenas que o sistema internacional detém um mais reduzido grau de institucionalização da sanção.

É a posição de Kelsen, que merece transcrição:

> [...] A segurança coletiva pode, assim, ter vários graus que, em primeira linha, dependem da medida em que é centralizado o processo através do qual se determina, nos casos concretos, a existência dos pressupostos a que é ligado o ato coercitivo da sanção e se executa este ato coercitivo. A segurança coletiva atinge o seu grau máximo quando a ordem jurídica, para tal fim, estabelece tribunais dotados de competência obrigatória e órgãos executivos centrais, tendo à sua disposição meios de coerção de tal ordem que a resistência normalmente não tem quaisquer perspectivas de resultar. É o caso do Estado moderno, que representa uma ordem jurídica centralizada no mais elevado grau[313].

Portanto, pode-se concluir, até aqui, que o direito internacional, de Vestfália até a projeção do desenho cooperativo do imediato pós-segunda guerra, compõe um sistema jurídico em evolução, com efetividade e se fundamenta, em última instância, no acordo entre Estados. Logo, se é um ordenamento jurídico – e antes mesmo de examinar o seu caráter originário ou derivado – perquire-se quais são os atos aos quais este atribui a idoneidade e os fatos aos quais se atribui a capacidade de produzir normas jurídicas, com efeitos sistêmicos de criação, modificação ou extinção de normas?

4.2.4. As fontes do direito internacional

Antes de mais nada, releva notar que o processo de institucionalização do direito internacional passa pelo uso crescente de fontes convencionais, inclusive mediante a codificação das normas costumeiras, além da proliferação de tratados multilaterais e com uma expansão na diversidade de matérias reguladas internacionalmente, bem como entregues a organizações internacionais como "centro de imputação de direitos e deveres internacionais"[314].

---

[313] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 41.

[314] CASTRO, Paulo Canelas. Direito internacional na era da globalização: mudanças de paradigmas no sistema internacional e na ordem jurídica internacional. *In*: GOMES, Ana Cláudia Nascimento, ALBEGARIA, Bruno. CANOTILHO, Mariana Rodrigues. **Direito constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho**. Belo Horizonte: Forum, 2021. p. 944

As fontes formais primárias do direito internacional são o costume e os tratados. É bem verdade que o art. 38 do Estatuto da CIJ elenca um rol de fontes mais amplo, adicionando os princípios gerais, as decisões judiciárias e a doutrina dos publicistas e, como "Todos os membros das Nações Unidas são ipso facto partes do Estatuto da Corte Internacional de Justiça" (art. 93.1 da Carta da ONU), pode-se concluir que há um amplo consenso sobre o papel destas fontes na produção do Direito internacional.

Entretanto, é importante salientar que, tecnicamente, o papel produtivo dos princípios gerais, essencialmente, se limita à sua consideração como elemento cultural no processo de elaboração das disposições normativas internacionais[315] ou como preceito indutivo resultado de um processo interpretativo-aplicativo realizado por um órgão de aplicação habilitado e com vistas à solução de um caso concreto, de modo que os princípios gerais não são aqui considerados fontes autônomas do Direito[316]. Já as decisões judiciárias e a doutrina dos publicistas, na própria linguagem do dispositivo convencional, são métodos que auxiliam o processo de interpretação da norma internacional, logo efetivamente não constituem fontes do Direito, mas recursos que se agregam ao material normativo com que lida o órgão de aplicação.

Sobre o costume já expusemos que se trata de um método de formação espontânea de normas jurídicas, com nomogênese derivada do poder social (não político), tratando-se de uma prática (normalmente) repetida, uniforme, constante e pública que é adotada como expressão de uma exigência de direito, gerando a pretensão de sua observância por todos os sujeitos do ordenamento jurídico. É uma fonte-fato dotada, portanto, de um elemento material e outro imaterial. O primeiro se refere à prática geral e habitualmente

---

[315] P. ex. **Artigo 11. 1 da Carta da ONU. "**A Assembléia Geral poderá considerar os princípios gerais de cooperação na manutenção da paz e da segurança internacionais, inclusive os princípios que disponham sobre o desarmamento e a regulamentação dos armamentos, e poderá fazer recomendações relativas a tais princípios aos Membros ou ao Conselho de Segurança, ou a este e àqueles conjuntamente".

[316] É preciso pontuar que esta não é a posição tradicional da doutrina internacionalista. Cançado Trindade, por exemplo, fiel à sua influência jusnaturalista, considera que os princípios são emanações do direito natural que condicionam a validade do próprio direito positivo. Em suas palavras: "Estes princípios têm uma validade e necessidade inerentes, emanam do direito natural e demonstram [...] que o consentimento não pode jamais constituir a fonte última do Direito Internacional e responder por sua própria validade". (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A formação do direito internacional contemporâneo: reavaliação crítica da teoria clássica de suas "fontes". *In*: **A Humanização do Direito Internacional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 77).

aceita, enquanto o elemento imaterial é a *opinio juris*, isto é, a convicção jurídica acerca da obrigatoriedade da norma emergente da prática geral.

Por sua vez, o tratado é um acordo internacional concluído por escrito entre Estados ou entre Estados e Organizações internacionais, regidas pelo Direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica (art. 1º, a, CVDT). Caracterizam-se como fontes-ato e, no âmbito do sistema jurídico internacional, são seus requisitos de validade: a) a capacidade das partes; b) a habilitação dos agentes; c) o consentimento mútuo.

Além dos Estados, também as Organizações Internacionais passaram a ostentar a capacidade para celebrar tratados, a ponto de estar regulada na Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (1986), que assim disciplina a sua capacidade jurídica: “Art. 6º. A capacidade de uma organização internacional para concluir tratados é regida pelas regras da organização”;

Sobre a habilitação dos agentes, é importante notar que são indivíduos qualificados fundamentalmente de acordo com o direito interno dos Estados, apesar de haver o direito internacional realizado uma sistematização através das figuras dos Chefes de Estado, de Governo ou Ministros de Relações Exteriores e dos plenipotenciários.

A seu turno, a Convenção de Viena de 1986 prevê que o agente habilitado para firmar tratados em nome das Organizações Internacionais é aquele que apresentar plenos poderes e, por incidência da boa-fé objetiva, em que “a prática ou outras circunstâncias indicarem que a intenção dos Estados e organizações internacionais envolvidos foi considerar essa pessoa representante do Estado ou da organização internacional para esses fins sem a apresentação de plenos poderes” (art. 7.1, b, CVDT-OI).

O consentimento mútuo é da essência do direito internacional e, no caso dos tratados internacionais, pode se manifestar “pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado” (art. 11, CVDT). Note-se que o consentimento acerca da criação de direitos e obrigações[317] é

[317] “[...] no es un simple relato de los debates y un resumen de los puntos de acuerdo y desacuerdo. Se enumeran en ella los compromisos adquiridos por las partes. Por eso crea

suficiente para gerar o compromisso internacional, independentemente da sua eficácia jurídica no plano do direito interno.

Se os tratados e o costume internacional são fontes primárias do direito internacional, a profusão de organizações internacionais com capacidade normativa[318] – e, como veremos, alguma(s) com capacidades soberanas – sinaliza, também, a existência de uma produção jurídica que será caracterizada por sua dependência daquelas fontes primárias e que, por esta razão, se denomina de direito internacional secundário ou derivado, ambas as produções integrando o direito positivo internacional e suscitando a questão de sua eficácia jurídica nos sistemas nacionais[319].

A doutrina comumente identifica que as capacidades institucionais das organizações internacionais, inclusive a normativa, são regidas pelo princípio da especialidade[320], no sentido de que o exercício está circunscrito aos seus tratados constitutivos – ainda que passível de certa ampliação por força da doutrina dos poderes implícitos –, diferentemente do princípio da universalidade que permeia as capacidades dos Estados.

Aliás, a CIJ neste sentido expressamente se posicionou:

> [...] The Court need hardly point out that international organizations are subjects of international law which do not, unlike States, possess a general competence. International organizations are governed by the "principle of specialty", that is to say, they are invested by the States which create them with

---

derechos y obligaciones internacionales para las partes. Constituye un acuerdo internacional" (Caso relativo a la delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein. Fallo de 1º de julio de 1994. *In*: **Resumenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Intemacional de Justicia: 1992-1996**. Nueva York: Naciones Unidas, 1992. p. 80-86. Disponível em: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/summaries/summaries-1992-1996-es.pdf. Acesso em: 26 mar. 2024).

[318] Saliente-se que o caráter normativo das competências das organizações internacionais em geral, com exceção da União Europeia, é questionado por Pizzorusso, baseada que está sua doutrina na necessidade do caráter erga omnes da fontes do Direito. Veja-se: "Sin embargo entre las funciones ejercidas pos las organizaciones internacionales no se incluyó una verdadera potestad normativa (aunque sus órganos se esfuerzan normalmente por favorecer la estipulación de documentos por parte de los Estados según el procedimiento previsto por el derecho internacional o en formas simplificadas). En cambio, las funciones conferidas a las Comunidades europeas en los Tratados constitutivos incluyeron también poderes normativos y jurisdiccionales [...]". (PIZZORUSSO, Alessandro. La producción normativa en tiempos de globalización. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 6, n. 11, p. 231–318, 2009. Disponível em: http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/10AlessandroPizzorusso.htm.)

[319] A Constituição Portuguesa (1976) prevê que "As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos" (art. 8º.3).

[320] VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 296.

> powers, the limits of which are a function of the common interests whose promotion those States entrust to them.[321]

Exemplificativamente, os arts. 10-14 da Carta da ONU preveem a adoção de recomendações por parte da Assembleia Geral dirigidas ao Conselho de Segurança e para os Estados Membros, assim como também nos arts. 39 e ss. atribuem ao Conselho de Segurança a prerrogativa de emissão de recomendações e decisões vinculantes. Já o art. 54 da Carta da OEA confere a Assembleia Geral a competência para "Estabelecer normas para a coordenação das atividades dos órgãos, organismos e entidades da Organização entre si e de tais atividades com as das outras instituições do Sistema Interamericano" (art. 54, b).

A seu turno, o art. 30 do Tratado de Montevideu (1980) atribui ao Conselho de Ministros das Relações Exteriores a competência para "ditar normas gerais tendentes ao melhor cumprimento dos objetivos da Associação, bem como ao desenvolvimento harmônico do processo de integração", assim como também "fixar as normas básicas que regulam as relações da Associação com outras associações regionais, organismos ou entidades internacionais".

O direito internacional derivado assumirá um papel ainda mais decisivo no âmbito de organizações internacionais de integração regional dotadas de competências decisórias e normativas vinculantes para os Estados membros, como é o caso da União Europeia, suscitando, igualmente, a questão da sua eficácia jurídica no ordenamento dos Estados partes, bem como a existência de controles políticos e jurídicos que incidam sobre a sua produção jurídica.

E neste ponto do desenvolvimento, duas questões relevantes emergem, quais sejam, o princípio de articulação (hierarquia?) entre as fontes do direito internacional e a imperatividade das normas produzidas pelas fontes consuetudinária e convencional.

Sobre a primeira questão, saliente-se, desde logo, que o disposto no art. 103 da Carta da ONU ("No caso de conflito entre as obrigações dos Membros

---

[321] CIJ. REPORTS OF JUDGMENTS, ADVISORY OPINIONS AND ORDERS. LEGALITY OF THE USE BY A STATE OF NUCLEAR WEAPONS IN ARMED CONFLICT ADVISORY OPINION OF 8 JULY 1996. Disponível em: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/93/093-19960708-ADV-01-00-EN.pdf. Acesso em: 23 abr. 2024.

das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta") não estabelece uma relação hierárquica entre a Carta e os demais tratados internacionais, uma vez que as normas da primeira não se projetam sobre o âmbito de validade das demais normas convencionais[322], funcionando o art. 103 mais propriamente como uma metanorma que atua como critério de aplicabilidade, no particular, como aplicação preferencial, qualificado por G. Pino[323] como hierarquia axiológica.

Aliás, apesar do amplo consenso internacional em torno da Carta da ONU, representado pela quase totalidade de adesão estatal e do procedimento de reforma bastante dificultoso (arts. 108 e 109), não é correto considerar que a Carta exerça qualquer função constituinte no sistema internacional, à míngua de sua legitimidade constituinte, de uma sua função limitadora de poderes políticos e de garantia de direitos fundamentais.

Por outro lado, é correto dizer que não existe hierarquia entre as fontes primárias, convencional e consuetudinária. De fato, diferentemente do processo de absorção do costume pelo direito proveniente de autoridades normativas desenvolvido no seio dos Estados nacionais, no âmbito da sociedade internacional não existe uma relação de validade dependente entre costume e tratado.

Recorde-se que um dos efeitos da reunião dos planos de produção e de organização do Direito em torno do Estado foi a secundarização das fontes costumeiras, por meio da qual a norma costumeira só seria válida quando incorporada ou admitida pela lei estatal, de modo que apenas integraria o direito positivo quando se qualificasse como secundum legem ou praeter legem. No direito internacional, entretanto, a fonte consuetudinária não só não é dependente do direito dos tratados como pode provocar efeito jurídico

---

[322] CIJ. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). JUDGMENT OF 26 NOVEMBER 1984. Disponível em: https://www.icj-cij.org/case/70/judgments. Acesso em 14 abr. 2024.

[323] "Tali meta-norme o convenzioni interpretative possono essere genericamente denominate "criteri di applicabilità", e consistono nell'indicare all'interprete quale disposizione o norma, o quale tipo di disposizione o di norma, dovrà scegliere, tra quelle potenzialmente rilevanti nella soluzione o qualificazione di un problema giuridico. [...] Quindi, in ultima analisi i criteri di applicabilità funzionano anche come criteri di ordinazione gerarchica e di preferenza tra la congerie di norme esistenti all'interno dell'ordinamento". (PINO, Giorgio. Norme e gerarchie normative. **Analisi e diritto**, *[S. l.]*, p. 263–299, 2008.)

modificativo ou ab-rogativo de um tratado anterior[324], não havendo diferença em seus graus de eficácia jurídica.

Com efeito, a CIJ se pronunciou no sentido de que uma mesma norma pode estar contida em fontes diferentes, como é o caso das normas relativas à plataforma continental ou das normas de proibição do uso da força e de não ingerência:

> [...] But in addition, even if a treaty norm and a customary norm relevant to the present dispute were to have exactly the same content, this would not be a reason for the Court to take the view that the operation of the treaty process must necessarily deprive the customary norm of its separate applicability. Nor can the multilateral treaty reservation be interpreted as meaning that, once applicable to a given dispute, it would exclude the application of any rule of customary international law the content of which was the same as, or analogous to, that of the treaty-law rule which had caused the reservation to become effective[325].
>
> [...] for it could not ignore any provision of the draft convention if it came to the conclusion that the content of such provision is binding upon all members of the international community because it embodies or crystallizes a pre-existing or emergent rule of customary law[326].

A seu turno, ao menos idealmente, a relação entre tratados internacionais não representa dificuldades, na medida em que cada tratado ou conjunto de tratados serviriam para constituir um subsistema autosuficiente, exercendo uma função produtora do direito relativa às matérias abrangidas por seus objetivos institucionais.

A este propósito, e inclusive por força do princípio da especialidade que rege a competência funcional das organizações internacionais, o critério de solução de antinomias seria o da especialidade da norma (lex specialis derogat legi generali) da organização internacional em face de outros tratados ou do

---

[324] "Não há diferença hierárquica entre os costumes e os tratados internacionais. O tratado em vigor é apto para derrogar, entre as partes que o concluem, certa norma costumeira anterior, na mesma proporção que o costume superveniente pode derrogar norma proveniente de tratado (caso em que normalmente se fala que o tratado caiu em desuso, por não ser mais observado ou por não mais satisfazer às necessidades correntes)" (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Algumas questões jurídicas sobre a formação e aplicação do costume internacional. **Revista dos Tribunais**, *[S. l.]*, v. 921, p. 259–278, 2012.).

[325] CIJ. Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). JUDGMENT OF 27 JUNE 1986. Disponível em: https://www.icj-cij.org/case/70. Acesso em 14 abr. 2024.

[326] CIJ. Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya). JUDGMENT OF 24 FEBRUARY 1982. Disponível em: https://www.icj-cij.org/case/63. Acesso em 14 abr. 2024.

direito de outras organizações internacionais[327], motivo pelo qual não é de se excluir o desenvolvimento de problemas de coerência entre estes subsistemas, já que cada um é autorreferenciado, podendo gerar contradições, por exemplo, entre normas produzidas pela OMC e pelo sistema internacional de direito do meio ambiente ou, inclusive, entre sistemas universal e regional de direitos humanos.

Perceba-se que, não obstante se vislumbre possíveis âmbitos materiais (e até territoriais) de produção normativa entre os subsistemas convencionais, não é possível enquadrar as suas relações internormativas no campo de atuação do princípio de competência, já que aquela relação não é mediatizada por uma terceira norma reguladora de seus conteúdos (e/ou de suas funções) e a própria atribuição material não é efetuada de forma excludente[328], mas associada aos objetivos de cada organização, de modo que, em essência, se tratam de vínculos internormativos de paridade.

Por outro lado, vislumbra-se, aí sim, uma vinculação hierárquica entre o direito internacional primário e o derivado, vale dizer, entre os tratados constitutivos de uma organização internacional e a sua produção jurídica, na medida em que são os tratados que habilitam esta produção jurídica, podendo ser reconhecida uma diferença de eficácias jurídicas entre ambos.

No que tange à categoria de jus cogens, salientando que não se trata de uma fonte normativa especial na medida em que pode se manifestar por meio de costume ou de convenção, nos próprios termos dos arts. 53 e 63 do CVDT, existiria uma relação de hierarquia material e, assim, atuaria sobre o âmbito de

---

[327] "Neste sentido, no âmbito da organização, seu direito prevalece sobre o ordenamento jurídico dos demais membros ou mesmo em relação a outros tratados que não integram seu próprio ordenamento jurídico, ainda que ratificados por todos os Estados em litígio. Seria um equívoco defender que os tratados posteriores firmados entre os mesmos Estados têm preponderância sobre o tratado constitutivo das Organizações Internacionais, ao menos em seu âmbito". (VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 304)

[328] É relevante a respeito o desenvolvimento da doutrina dos atos *ultra vires* das organizações internacionais. De acordo com Amparo Sanjosé Gil, "la proliferación de organizaciones internacionales cuyo poder les ha sido conferido por su instrumento constitutivo (el Tratado) ha supuesto un mayor desarrollo del concepto de los actos «Ultra Vires» para el Derecho Internacional. En efecto, las organizaciones internacionales están sometidas a sus tratados constitutivos y la infracción de las normas contenidas en estos tratados debería operar, como ha señalado el Profesor Cahier, la nulidad de los actos de la organización que hayan sido realizados sin tener em cuenta las normas contenidas en sus tratados constitutivos" (GIL, Amparo Sanjosé. Las consecuencias jurídicas de los actos "ultra vires" de las organizaciones internacionales, en particular de la ONU. **Revista Española de Derecho Internacional**, *[S. l.]*, v. 42, n. 2, p. 443–462, 1990.).

validade das normas convencionais que lhe fossem contrárias. Porém, reproduzem-se aqui as ponderações já realizadas acerca dos problemas atuais desta categoria em seu estágio de desenvolvimento, de modo que esta hierarquia tampouco se encontra adequadamente resguardada por mecanismos efetivos de controle sistêmico.

Sobre a questão da articulação das fontes, portanto, verifica-se que, com exceção das normas de jus cogens e o resto de normas convencionais, assim como na relação entre os tratados constitutivos de organizações internacionais e o seu direito derivado, o sistema jurídico internacional não é dotado de uma estruturação hierárquica ou competencial, o que é, obviamente, repercussão do estágio de desenvolvimento da sociedade internacional e de sua institucionalização.

Já quanto aos reflexos da imperatividade, é importante repisar que tanto as normas produzidas por meio de fontes convencionais ou costumeiras internacionais, que são fontes primárias, quanto as produzidas por fontes internacionais derivadas possuem a natureza de normas jurídicas e integram o direito positivo internacional, independentemente do grau de vinculação que circunstancialmente projetem.

De fato, é bastante comum no direito internacional a decisão normativa com destinatários específicos[329] (e não gerais) e com graus de vinculação diversos: os tratados comumente enunciam normas obrigatórias, enquanto o direito derivado oscila entre recomendações, como aquelas da Assembleia Geral ou do Conselho de Segurança da ONU, ou normas obrigatórias, tais como as resoluções deste último Conselho, divergência que se assemelha ao debate acerca da juridicidade das normas de *soft law*, em contraposição à indiscutível natureza normativa das normas de *hard law*.

Frise-se, a este propósito, que a CIJ se manifestou no sentido de que as resoluções da Assembleia Geral não possuem força normativa, dada a

[329] Observe-se que no próprio seio da ONU é possível encontrar norma de alcance geral, como é o caso da Resolução nº 1368, de 12 de setembro de 2001, editada pelo Conselho de Segurança através do qual se instou a que todos os Estados colaborassem com urgência para submeter à ação da justiça os autores dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 em Nova York, Pensilvânia e Washington D.C. Disponível (versão em espanhol): https://digitallibrary.un.org/record/448051/files/S_RES_1368%282001%29-ES.pdf?ln=en. Acesso em 15 de abril de 2024.

carência de vinculatividade, mas apenas uma força persuasiva[330], diferentemente das resoluções adotadas pelo Conselho de Segurança, que são mandatórias e, por esta razão, normativas.

Já no Parecer Consultivo acerca do uso de armas nucleares, a CIJ salientou que as Resoluções da Assembleia Geral podem revelar a existência de uma regra internacional ou de uma *opinio juris*, o que não as transformam em fontes de normas vinculantes, mas indicativas da existência de uma regra internacional costumeira, in verbis:

> 70. The Court notes that General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an opinio juris. To establish whether this is true of a given General Assembly resolution, it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an opinio juris exists as to its normative character. Or a series of resolutions may show the gradua1 evolution of the opinio juris required for the establishment of a new rule[331].

Como dissemos anteriormente, e apesar do debate aceso inclusive jurisprudencial, reiteramos que é inútil inspecionar os caracteres estruturais de uma norma, tais como abstração, generalidade ou imperatividade para o fim de qualificá-la como jurídica, já que a juridicidade é conferida pelo pertencimento da norma a um ordenamento jurídico, pertencimento que, no caso do direito internacional, resulta de sua produção de acordo com as normas sobre produção estabelecidas pelo próprio sistema jurídico internacional.

Assim sendo, não há razões para, sob o ponto de vista do exame da juridicidade, excluir tanto as decisões normativas individuais ou limitadas ou, ainda, as chamadas *soft norms* do âmbito do direito positivo internacional.

---

[330] "If decisions of the League Council could not be arrived at without the concurrence, express or tacit, of the mandatory, they were, when arrived at, binding: and if resolutions of the United Nations General Assembly (which on this hypothesis would be the relevant organ) can be arrived at without the concurrence of the administering authority, yet when so arrived at-and subject to certain exceptions not here material-they are not binding, but only recommendatory in character. The persuasive force of Assembly resolutions can indeed be very considerable,-but this is a different thing. It operates on the political not the legal level: it does not make these resolutions binding in law." (CIJ. South West Africa Cases" (ETHIOPIA v. SOUTH AFRICA; LIBERIA v. SOUTH AFRICA). Second phase. JUDGMENT OF 18 JULY 1966. Disponível em: https://www.icj-cij.org/case/47. Acesso em 15 de abril de 2024.

[331] ICJ. REPORTS OF JUDGMENTS, ADVISORY OPINIONS AND ORDERS LEGALITY OF THE THREAT OR USE OF NUCLEAR WEAPONS ADVISORY OPINION OF 8 JULY 1996. Disponível em: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf. Acesso em 18 mai. 2024.

Conquanto a doutrina internacionalista tenda a naquela englobar uma diversidade de fenômenos jurídicos heterogêneos[332], por *soft norms* (ou *soft law*, em geral) estamos nos referindo, aqui, a atos normativos produzidos por sujeitos do direito internacional (Estados e organizações internacionais) que não estabelecem obrigações jurídicas vinculantes para os Estados, seja porque não prescrevem um comportamento específico seja porque não dispõem de mecanismo particular de imposição do respeito ao seu comando[333].

Podem se manifestar através da introdução, em tratados ou convenções internacionais, de normas de textura redacional aberta (*open texture*), genérica ou programática ou, até mesmo, de prescrições normativas passíveis de negociação[334]. Do mesmo modo, também é característica da atividade normativa de organizações internacionais que não possuem competência para a adoção de preceitos vinculantes, perante as quais não atuam os mecanismos sistemáticos de sanção.

Em ambos os casos, as *soft norms* revelam o conteúdo mínimo e circunstancial do consenso internacional, mas só podem ser adjetivadas de "soft" em face de sua comparação com um modelo de regulação normativa tradicional

---

[332] Bellido analisa o uso terminológico da expressão para se referir às resoluções não obrigatórias das organizações internacionais, o soft law dos atores não estatais, os acordos internacionais não jurídicos e o chamado soft law material. Cfr.: BELLIDO, Ángeles Mazuelos. Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces? **Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)**, *[S. l.]*, v. 8, n. 2, 2004. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1016/S1870-4654(13)71045-6.

[333] Esta diferenciação é apresentada por Henri Culot: "[...] L'absence d'obligation n'est pas une question de fait – comme le serait un feu rouge sans policier –, mais une question de droit. Le destinataire de la norme n'est, *en droit*, pas obligé de la respecter. [...] Pour la clarité de l'exposé, nous proposons d'utiliser le vocable « obligation » et ses dérivés pour désigner les règles prescrivant, *dans le champ du droit*, un comportement déterminé. La « contrainte », dans une acception générale, fait référence aux mécanismes, notamment – mais pas uniquement – juridiques, motivant ou forçant les individus à respecter une règle, juridique ou non". Cfr. CULOT, Henri. Soft law et droit de l'OMC . *In*: **Revue internationale de droit économique**. V. XIX,3, no. 3, 2005, p. 251-289.

[334] O TJUE considerou que as regras do GATT não eram imperativas e, caracterizadas como *soft norms* por sua "flexibilidade", não podiam ser objeto de proteção jurisdicional direta: "[...] Considerando que, a tenor de los términos de su Preámbulo, dicho Acuerdo se funda en un principio de negociaciones emprendidas «a base de reciprocidad y de ventajas mutuas», se caracteriza por la gran flexibilidad de sus disposiciones, especialmente de las que se refieren a las posibilidades de establecer excepciones, a las medidas que pueden adoptarse en caso de dificultades excepcionales y a la resolución de las discrepancias entre las Partes Contratantes; [...] Considerando que los referidos factores bastan para demostrar que, incardinado en un contexto como el aludido, el artículo XI del Acuerdo General, en sí mismo, no otorga a favor de los justiciables de la Comunidad, el derecho a acogerse a él, ante los órganos jurisdiccionales". (TJUE. **International Fruit Company NV y otros vs. Produktschap voor Groenten en Fruit**. Sentencia de 12 de diciembre de 1972. ECLI identifier: ECLI:EU:C:1972:115)

e de viés estatal (*hard law*), caracterizada pela imperatividade e por uma particular concepção da sanção como elemento integrante da norma.

Porém, no capítulo precedente foi demonstrado primeiro que a sanção funciona como garantia de validade objetiva do sistema jurídico e não de cada norma individualmente. Segundo, que a *open texture* é uma característica presente na própria estrutura de normas constitucionais no Estado Constitucional, ao refletirem o grau de consenso básico alcançado pela pluralidade dos grupos constituintes, sem que, em face desta particularidade, se ponha em xeque o caráter jurídico das normas constitucionais.

Especificamente sobre a produção normativa das organizações internacionais, Cançado Trindade, após reiterar o comum caráter imperativo das resoluções, recorda que também a produção normativa de menor grau de imperatividade contribuem na formação do direito internacional. Em suas palavras:

> A atuação das organizações internacionais tem contribuído para a formação de normas do Direito Internacional de modos distintos. O mais comum e frequente é através da adoção de resoluções, conforme já acentuado. Os debates precedendo a adoção de resoluções, em que têm os Estados participantes a oportunidade de externalizar seus pontos de vista, são importantes para a verificação da existência ou não de uma opinio juris. Ademais, as organizações internacionais têm às vezes se encarregado de auspiciar a realização de trabalhos preparatórios conducentes à conclusão de determinados tratados (e.g., a atuação da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas); os textos adotados nas conferências gerais têm bastante peso, mesmo para os Estados que não os ratificaram. Além de facilitar consideravelmente a conclusão de tais instrumentos internacionais, não raro os organismos internacionais exercem uma função relevante também na implementação de certos tratados ou convenções (e.g, na área de proteção internacional dos direitos humanos)[335].

Para a governança internacional, a adoção de normas de soft law é um mecanismo eficiente de juridificação do fenômeno político entre sujeitos cultural e ideologicamente diversos, dadas a sua maior flexibilidade e adaptabilidade, a menor resistência a obrigações vinculativas, a redução de custos de implementação e a capacidade de lidar com as incertezas

[335] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A formação do direito internacional contemporâneo: reavaliação crítica da teoria clássica de suas "fontes". *In*: **A Humanização do Direito Internacional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 70.

regulatórias[336]. Outrossim, possuem alguma eficácia jurídica ao gerar expectativas de cumprimento no seio da produção normativa nacional, ainda que haja uma variedade de graus de discricionariedade por parte dos Estados, constituindo, ainda, uma antecipação de consensos sobre a produção jurídica internacional que lhe sucederá, inclusive consuetudinária, além de poder servir como instrumento de interpretação de outras normas vinculantes, algo bastante comum quando se invoca a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), por exemplo.

4.3. A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO NACIONAL

Todo o item anterior foi dedicado à análise da juridicidade e sistematicidade do direito internacional, passando pelo estudo sobre a produção de normas de validade objetiva, pela efetividade e por sua norma primária sobre produção jurídica, além de sua institucionalização da sanção como garantia daquela validade objetiva sistêmica, além do breve estudo sobre suas fontes de produção normativa (a identificação, sua articulação e os caracteres das normas jurídicas produzidas).

Contudo, a pergunta sobre o caráter originário ou derivado do direito internacional permaneceu – estrategicamente – não respondida, para sê-lo dentro de uma investigação mais ampliada acerca da relação entre o direito internacional e o direito nacional, para a qual será necessária a invocação (e, até o aprofundamento) de algumas questões até aqui tratadas.

4.3.1. Síntese das teorias dualista (Triepel) e monista internacionalista (Kelsen)

[336] Tais fatores foram elencados por K. Abbott e D. Snildal, que assim concluem seu estudo: “In this light, we argue vigorously against those who discount international legalization because it is so often soft. Soft law is valuable on its own, not just as a stepping- stone to hard law. Soft law provides a basis for efficient international "contracts," and it helps create normative "covenants" and discourses that can reshape interna- tional politics. International legalization in all its forms must be considered one of the most significant institutional features of international relations.” (ABBOTT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard and soft law in international governance. **International Organization**, *[S. l.]*, v. 54, n. 3, p. 421–456, 2000. DOI: 10.1162/002081800551280.)

O estudo das relações entre direito internacional e direito interno está diretamente ligado às concepções que cada doutrina professa acerca da fonte-origem do Direito e, assim, inevitavelmente à noção de soberania, senão vejamos.

Conforme observamos antes, no modelo dualista de Triepel, a fonte-origem do direito nacional era a vontade do Estado, enquanto a do direito internacional era uma vontade comum, superior aos Estados. Acrescente-se, aqui, que este autor também diferenciava ambos os espaços sob o ponto de vista do tipo de relação normada, já que o direito interno regeria as relações jurídicas que se desenvolveriam em seu meio, entre súditos ou entre estes e o Estado (ou Estados estrangeiros), enquanto o direito internacional disciplinaria as relações entre Estados perfeitamente iguais.

Consequentemente (e embora não o conceitue), pode-se depreender que Triepel considerava a soberania uma qualidade do Estado através do qual, do ponto de vista ativo, ele não poderia criar obrigações unilaterais em face de outro Estado e, do ponto de vista passivo, não poderia ser obrigado por ato unilateral alheio[337]. E é precisamente em virtude desta noção que se torna necessário reconhecer uma vontade concorde e superior aos Estados capaz de vinculá-los, razão pela qual Triepel considerou que o direito interno e o direito internacional compunham dois sistemas jurídicos originários, que poderiam desenvolver relações de conexão circunstancial, mas que não se superpunham, o que o levou para a defesa da tese de que uma regra internacional jamais teria eficácia jurídica *per se* no direito interno, já que esta eficácia só poderia ocorrer por força de um ato estatal de anuência do direito interno (uma lei, um regulamento, ou até a Constituição estatal), o qual poderia até adotar o conteúdo da regra internacional, mas seria, fundamentalmente, uma eficácia decorrente da atuação de uma fonte do direito interno[338].

---

[337] "Significa também que nenhuma obrigação pode ser imposta a um Estado soberano, grande, ou pequeno, poderoso, ou não, sem o seu consentimento direto, ou indireto, geral, ou particular, dado anteriormente, ou ad-hoc (Korowicz)" (TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o Direito interno e o Direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Minas Gerais**, *[S. l.]*, n. 6, p. 7–64, 1966. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/License.)

[338] "[...] a fonte do direito interno deve agir por si mesma para tornar, de qualquer modo, seu, o direito criado pela fonte de direito internacional. Um tratado de direito internacional não é, portanto, em si mesmo, meio de criação do Direito interno, jamais. [...] De tal sorte, o tratado não pode jamais derrogar o direito interno; só a lei, ou um regulamento feito em virtude de lei, é capaz disso" (TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o Direito interno e o Direito internacional.

Em geral, a conexão possível entre dois ordenamentos poderia ocorrer quando a definição do conteúdo de uma norma produzida por uma fonte dependesse do conteúdo da outra, relação de dependência esta que ele denomina de “possibilidade de determinação”, a qual se manifesta de duas maneiras: 1) quando a fonte dominante estabelece limites à competência da fonte subordinada, de modo que a sua produção jurídica será válida ou nula, de acordo com o respeito à competência estabelecida; ou 2) quando a fonte dominante determinar a criação de certo direito, ou seja, quando ordena ou proíbe que o sujeito da fonte dependente produza determinado conteúdo normativo.

Triepel, então, afirma que na relação entre o direito interno e o direito internacional não seria possível identificar uma relação de dependência do primeiro tipo, porque as normas do direito internacional não condicionariam ou subordinariam os destinatários dos sistemas jurídicos nacionais[339].

Contudo, o autor admite a segunda possibilidade, já que existem prescrições do direito internacional em face do direito nacional, determinando-se a produção de um certo conteúdo normativo, o que, em essência, corresponde ao cumprimento de um dever internacional, isto é, a um meio secundário de satisfazer interesses internacionais no seio do Estado. Ainda assim, o efeito jurídico decorrente da não satisfação destes interesses, mantendo um conteúdo normativo incompatível com a determinação internacional ou se abstendo de adaptar a sua legislação, seria unicamente a responsabilidade internacional, o que – concluímos – não interferia na integridade do direito objetivo nacional[340].

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Minas Gerais, *[S. l.]*, n. 6, p. 7–64, 1966).

[339] “Quanto às relações entre o direito internacional e o direito interno, é impossível considerar a fonte do direito internacional como superposta à do direito interno, no sentido e com as consequências que acabamos de mencionar, porque não se pode falar de validade ou invalidade de uma regra jurídica, senão sob a condição de que a fonte superior, que decide da existência, ou inexistência, de uma regra jurídica, esteja em relação imediata com os sujeitos aos quais o autor dessa regra se dirige. "Ser válido", "ser nulo", significa, no interior de um sistema jurídico, produzir, ou não, efeitos para alguém” (TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o Direito interno e o Direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Minas Gerais**, *[S. l.]*, n. 6, p. 7–64, 1966).

[340] “O princípio que assentamos não é menos importante para os titulares de funções públicas, e especialmente para os juízes: são todos obrigados a aplicar o direito interno, mesmo contrário ao direito internacional” (TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o Direito interno e o Direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Minas Gerais**, *[S. l.]*, n. 6, p. 7–64, 1966)..

A seu turno, e por consequência da identificação da norma pressuposta de todo o sistema jurídico na norma (não posta por autoridade) que autorizaria o costume dos Estados como fato produtivo de Direito, H. Kelsen considerava que o direito estatal compunha um ordenamento jurídico parcial que encontrava fundamento de validade em uma norma internacional de direito positivo, o que significa que apenas o direito internacional se apresentaria como um ordenamento jurídico originário, apresentando, na sua visão, a única explicação compatível com a existência de uma comunidade internacional. Transcreve-se, por relevante:

> "Questa concezione [di una comunità Internazionale] è però possibile solo con l'ausilio di un'ipotesi giuridica: che al di sopra degli enti giuridici considerati come Stati si trovi un ordinamento giuridico che delimita gli ambiti di validità dei singoli Stati impedendo ingerenze dell'uno nella sfera dell'altro o ricollegando queste ingerenze a certe condizioni uguali per tutti; un ordinamento giuridico che regoli con norme uguali per tutti il comportamento reciproco di questi enti, che escluda alla radice, per quanto riguarda la configurazione dei rapporti giuridici particolari tra i singoli Stati, ogni plusvalore giuridico dell'uno rispetto all'altro e che, come ordinamento universale, tragga fuori dalla loro isolatezza (e cioè dalla loro condizione di massimo valore ovvero di sovranità) gli ordinamenti giuridici dei singoli Stati personificati come soggetti giuridici particolari per legarli - d'ora in poi come ordinamenti parziali - in un tutto, in una "comunità".[341]

Logo, esta posição monista com primado do direito internacional não poderia se conformar à noção tradicional de soberania estatal como comunidade política mais alta – que provém de J. Bodin –, a que Kelsen reputou contaminada por um elemento ideológico que não resistiria a uma análise fática: como o Estado soberano, comunidade política mais alta, conviveria com uma ordem extra e supraestatal que lhe impusesse deveres?[342]

Aliás, noutro texto, em que tece comentários acerca da tese de Umberto Campagnolo, Kelsen volta a criticar a hipótese, baseada na teoria da

---

[341] KELSEN, Hans. **Il problema della sovranità e la teoria del diritto Internazionale: contributo per uma dottrina pura del diritto**. Milano: Giuffrè Editore, 1989. p. 299-300.

[342] "Su lema es claro: el dogma de la soberanía del Estado choca con el nuevo objetivo en formación dirigido a construir una comunidad jurídica supraestatal. La idea de que el Estado soberano representa el orden jurídico más alto es simplemente incompatible con la pretensión de que exista un derecho internacional por encima del Estado titular del derecho, que da fundamento al Estado y lo obliga frente a otros Estados" (KELSEN, Hans; AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel (trad). La transformación del concepto de soberanía. **Direito Público**, *[S. l.]*, v. 11, n. 58, 2014).

soberania estatal, de que o direito internacional fosse um fragmento do ordenamento estatal, porquanto isto seria inconciliável com a ideia de uma pluralidade de Estados: se há uma pluralidade de Estados deveriam existir tantos direitos internacionais quanto Estados houvesse, cada um dos quais encontrando seus requisitos de produção nas constituições nacionais[343]. E a realidade, a seu ver, era de que existia uma parte importante do fenômeno jurídico internacional que escapava dos limites estatais e de suas constituições.

Sobre a questão da coatividade, como já salientamos, Kelsen reconhecia o caráter mais primitivo e menos organizado da sanção na ordem internacional, a qual, naquele estágio, ainda estava disponível aos seus sujeitos[344] em caso de violação de seu direito objetivo e, por isso, constituiria o exercício da sanção de maneira individual, embora em favor da comunidade internacional.

No final das contas, Kelsen rejeitava a noção tradicional acerca da titularidade da soberania e a identificava como uma qualidade do sistema normativo que não é determinado por qualquer outro e, a seu turno, é determinante de todos os demais[345], advindo daí duas consequências. A primeira, a de que se o fundamento de validade das ordens jurídicas estatais estaria no ordenamento internacional é porque este lhes é superior, de modo que

---

[343] "[...] A tese de que o direito internacional seja uma parte do ordenamento jurídico estatal é, em última análise, inconciliável com a ideia de uma pluralidade de Estados existentes um ao lado do outro, e exatamente nisso essa tese revela uma consequência do dogma da soberania do Estado [...]. Se o direito internacional faz parte do ordenamento jurídico de cada Estado individualmente considerado, então a produção do direito internacional de um certo Estado pode ser regulada somente pela Constituição desse último. Mas como pode estar em harmonia com a concepção de Campagnolo o fato de que o procedimento para produzir as normas consideradas de direito internacional [...] ocorra fora do âmbito da cada Estado?" (KELSEN, Hans. Juízo sobre a tese de Umberto Campagnolo. *In*: KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto; LOSANo, Mario G (org.). **Direito internacional e Estado soberano**. 2ª ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2021. p 130-133.

[344] "Reduz finalmente Kelsen essas diferenças a apenas duas. A primeira é que "os domínios de validade do Direito internacional são em princípio ilimitados, enquanto que o Direito nacional, concebido como o Direito de um Estado, vale somente para um território e para um período determinado". A segunda consiste na "relativa descentralização do Direito internacional e na relativa centralização do Direito interno." (RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, 1967, 62.2: 81-134)

[345] "Ordinamento sovrano è solo quell'ordinamento che non è "ricompreso" in nessun altro ordinamento perché non può essere fatto derivare da nessun altro; in altri termini sovrano è soltanto l'ordinamento totale che racchiude tutti gli altri come ordinamenti parziali, è lo Stato come concetto giuridico solo se coincide con l'ordinamento giuridico totale" (KELSEN, Hans. **Il problema della sovranità e la teoria del diritto Internazionale: contributo per uma dottrina pura del diritto**. Milano: Giuffrè Editore, 1989. p. 22).

a chamada soberania estatal somente poderia significar “que as ordens jurídicas estatais só estão subordinadas à ordem jurídica internacional”[346]. A segunda consequência: apenas uma doutrina monista conseguiria explicar adequadamente que ambos os ordenamentos integrariam um mesmo sistema jurídico unitário[347].

A descrição e análise, ainda que superficiais, de ambos os modelos é relevante porque evidencia as dificuldades em se definir, especialmente sob uma aspiração de coerência teórica, as tormentosas questões sobre a sistematicidade do direito internacional, a sua fonte-origem, a abrangência do conteúdo teórico de soberania e, portanto, o caráter originário ou derivado dos direitos nacional e internacional, dificuldades que se aprofundam quando o exame da realidade aponta para as modificações no plano das relações internacionais e sua institucionalidade e até das transformações que se detectam no modo de produção jurídica internacional desde Vestfália.

A este propósito, no âmbito da jurisprudência internacional parece prevalecer a ideia de que, no espaço internacional e por força da igualdade soberana (art. 2.1 da Carta da ONU), não existiria um poder normativo superior a outro, tratando-se de uma relação de poder juridicamente horizontal, de maneira que não deixa de haver, em concreto, a *summa potestas superiorem non recognoscens*. Como efeito, o direito internacional constituiria o próprio exercício da soberania, consistente na sua autodeterminação jurídica e na resistência a ingerências externas[348] (de onde deriva a doutrina do domínio reservado dos Estados). Veja-se:

> “No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty.”[349]

---

[346] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 242.

[347] "Un derecho internacional que tan solo es parte del ordenamiento de los Estados particulares y que tiene validez en virtud de la voluntad de estos Estados, no puede realizar su función específica: posibilitar una pluralidad de Estados coordinados y limitados jurídica y recíprocamente en su ámbito normativo" (KELSEN, Hans; AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel (trad). La transformación del concepto de soberanía. **Direito Público**, *[S. l.]*, v. 11, n. 58, 2014).

[348] Saliente-se que na Convenção da Haya (1907) já se aprovou a chamada “Doutrina Drago”, acerca da proibição de ingerência nos assuntos internos dos Estados, consolidada como norma costumeira internacional.

[349] CPJI. CASE OF THE S.S. "WIMBLEDON". File E. b. II. Docket III. 1. August 17th, 1923. Disponível em: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf. Acesso em 15 abr. 2024.

> “In these circumstances, al1 that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction ; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty[350].

> “. The existence in the opinio juris of States of the principle of non-intervention is backed by established and substantial practice. It has moreover been presented as a corollary of the principle of the sovereign equality of States. [...] The Court should now mention the principle of respect for State sovereignty, which in international law is of course closely linked with the principles of the prohibition of the use of force and of non-intervention. The basic legal concept of State sovereignty in customary international law, expressed in, inter alia, Article 2. paragraph 1, of the United Nations Charter, extends to the internal waters and territorial sea of every State and to the air space above its territory. [...] . The Court cannot discover, within the range of subjects open to international agreement, any obstacle or provision to hinder a State from making a commitment of this kind. A State, which is free to decide upon the principle and methods of popular consultation within its domestic order, is sovereign for the purpose of accepting a limitation of its sovereignty in this field. This is a conceivable situation for a State which is bound by institutional links to a confederation of States, or indeed to an international organization[351].

De qualquer modo, dado que todos estes institutos e fenômenos são jurídicos, haverá sempre um inevitável condicionamento histórico cultural que reflete no âmbito de amplitude da soberania de cada Estado: por exemplo, a noção de soberania dos Estados absolutistas difere daquela manejada nos Estados liberais e nos Estados constitucionais e, mesmo nestes, a própria originariedade do direito estatal ou do direito internacional depende de uma escolha constituinte acerca do grau de cooperatividade de seu ordenamento jurídico, o que implica que, na realidade atual, o ordenamento internacional (inclusive o da União Europeia, como se verá) está fundamentado nos ordenamentos estatais. Neste sentido:

> No nos interesa ahora la influencia que un ordenamiento pueda tener en el contenido o en la eficacia de otro, sino el

[350] CPJI. THE CASE OF THE S.S. "LOTUS". PUBLICATIONS OF THE PERMANENT COUR?' OF INTERNATIONAL JUSTICE. SERIES A.-No. 70 September 7th, 1927. Disponível em: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf. Acesso em 15 abr. 2024.

[351] CIJ. CASE CONCERNING MILITARY AND PARAMILITARY ACTIVITIES IN AND AGAINST NICARAGUA (NICARAGUA v. UNITED STATES OF AMERICA). JUDGMENT OF 27 JUNE 1986. Disponível em: https://www.icj-cij.org/case/70/judgments. Acesso em: 15 abr. 2024.

> condicionamiento de la existencia misma de los diversos ordenamientos. A estos efectos, el ordenamiento estatal sigue siendo en centro de imputación de las diversas relaciones que pueden producirse entre los ordenamientos que tendremos que considerar. El ordenamiento internacional se puede definir, ciertamente, como un ordenamiento superior al estatal. Pero esa superioridad debe compaginarse con el hecho de que los ordenamientos estatales, con a la vez, presupuesto de existencia del Derecho internacional, constituyen el fundamento de su validez[352].

Assim, embora prevaleça a concepção da originariedade do direito estatal, não é possível excluir aprioristicamente que numa dada realidade estatal o direito internacional não funcione (ou venha a funcionar) como o ordenamento jurídico originário. A este respeito, Barrilao[353] promove uma diferenciação entre ordenamentos originários e derivados, de um lado, e dependentes ou independentes, de outro. Os originários são aqueles que não têm origem ou fundamento noutro, ao contrário dos derivados, enquanto os ordenamentos independentes são aqueles cuja validade é independente do outro. Para ele, o comum é que o ordenamento derivado seja também dependente, mas o seu desenvolvimento pode dar lugar a um ordenamento independente (como é o caso do direito da União Europeia), assim como um ordenamento originário pode se tornar dependente, como acontece nos ordenamentos dos estados federativos numa federação centrípeta.

De todo modo, como cada ordenamento é autorreferencial, as relações entre o direito interno e o direito internacional devem ser examinadas à luz de seus próprios elementos. Vejamos.

4.3.2. As relações, em concreto, entre os ordenamentos, sob a ótica do direito internacional

De modo geral, é possível considerar que o direito internacional compõe um sistema jurídico autônomo e paralelo, mas derivado dos ordenamentos estatais, tendo em vista que, como já dissemos, os ordenamentos estatais são pressuposto para a própria existência do ordenamento

---

[352] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho**. v. 1. Madrid: Tecnos, 1991. p. 84.
[353] Cfr. BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. Constitución y relaciones entre ordenamientos en el contexto de la globalización. **Estudios constitucionales**, *[S. l.]*, v. 12, n. 2, p. 55–108, 2014. DOI: 10.4067/s0718-52002014000200004.

internacional: só existe Estado se houver o reconhecimento de seu ordenamento e a sociedade internacional é composta por Estados e entidades por este criadas. É neste sentido que se diz que a estatalidade constitui um elemento indispensável da sociedade internacional e isto se confirma na própria gênese de suas normas.

De fato, as autoridades e sujeitos estatais legitimados para a atuação internacional em nome do Estado são investidos e regulados pelo direito interno: o Chefe de Estado ou de Governo é a autoridade definida conforme os processos de sucessão e/ou eleição estabelecidos no direito interno, assim como ocorre com os Ministros de Estado das Relações Exteriores e, inclusive, os chamados plenipotenciários que só o são por força de um ato de soberania estatal igualmente regulado pelo direito interno.

Além da própria regulação da investidura, também é o direito interno, particularmente a Constituição, que estabelece limitações formais, materiais e circunstanciais ao exercício do poder por parte daquelas autoridades, o que significa dizer que, ao menos em tese, os agentes estatais não poderiam legitimamente comprometer o Estado violando aquelas limitações.

Esta construção constava da Convenção de Havana sobre Tratados (1928), que se mostrava elucidativa da dependência gênica da produção jurídica internacional convencional do direito interno, destacando-se os seguintes dispositivos: “Os tratados serão celebrados pelos poderes competentes dos Estados ou por seus representantes, segundo seu direito interno respectivo” (art. 1º); “Os tratados não são obrigatórios senão depois de ratificados pelos Estados contratantes, mesmo que esta cláusula não conste nos plenos poderes dos negociadores nem figure no mesmo Tratado” (art. 5º); Já o art. 10º concretiza o sentido da validade objetiva do direito internacional: “Nenhum Estado pode eximir-se das obrigações do Tratado ou modificar suas estipulações senão com o acordo, pacificamente obtido, dos outros contratantes”.

Estas considerações, construídas sob a perspectiva do direito interno, evidenciam o caráter originário do direito estatal, mas são reforçadas por um outro aspecto relevante na própria perspectiva do direito internacional, qual seja, a norma de direito interno de importância fundamental.

A CVDT, em seção denominada “nulidade de tratados”, no seu art. 46.1, prevê a sujeição da validade de uma convenção internacional ao respeito

da norma de direito interno de importância fundamental que trate sobre competência para concluir tratados: “Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental”.

No Caso Concernente às fronteiras marítimas e terrestres entre Camarões e Nigéria, a CIJ considerou que a autoridade estatal para celebrar tratados internacionais é regulada por uma norma interna de importância fundamental e, no caso da Nigéria, de natureza constitucional, mas que, no caso, não vislumbrava presente o requisito da violação manifesta[354].

Não obstante o dispositivo se revele de difícil incidência[355], inclusive diante da exigência de que se trate de uma violação manifesta e relativa a uma norma de importância fundamental, o fato é que, com esta norma, o ordenamento internacional não deixa de reconhecer o seu caráter derivado, o que não significa dizer que se considere parte do direito interno ou, ainda, a este subordinado materialmente, senão pelo contrário.

De fato, para o direito internacional, o direito interno, em geral, é tratado como fato, ou seja, como uma espécie mais de conduta estatal passível de aferição de sua compatibilidade com as obrigações internacionalmente assumidas. Veja-se:

> “This, however, does not appear to be the case. From the standpoint of International Law and of the Court which is its

[354] “The rules concerning the authority to sign treaties for a State are constitutional rules of fundamental importance. However, a limitation of a Head of State's capacity in this respect is not manifest in the sense of Article 46, paragraph 2, unless at least properly publicized. This is particularly so because Heads of State belong to the group of persons who, in accordance with Article 7, paragraph 2, of the Convention "[i]n virtue of their functions and without having to produce full powers" are considered as representing their State. (CIJ. Case Concerning The Land And Maritime Boundary Between Cameroon And Nigeria” (CAMEROON v. NIGERIA). Judgment OF 10 OCTOBER 2002. Disponível em: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/94/094-20021010-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 02 mai. 2024.

[355] “More generally, in light of the wide variety of possible ways to express consent, which may include opting-in or opting-out procedures, it becomes even more difficult than before to get a sense of each other’s treaty-making provisions and whether these have actually been respected. Much the same applies to domestic procedures, where phenomena such as tacit approval by parliaments may be difficult to distinguish, from the outside, from situations where parliaments are not consulted or their prerogatives circumvented. All this conspires to make successful invocation of Article 46 less, rather than more, likely.”. (KLABBERS, Jan. The Validity and Invalidity of Treaties. *In*: **The Oxford Guide to Treaties: Second Edition**. Oxford University Press, 2020. p. 545-567. Disponível em: https://helda.helsinki.fi/server/api/core/bitstreams/9a8fcfd5-9e2a-4a13-a51e-717e6ecf71e3/content. Acesso em: 02 mai. 2024.).

> organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures. The Court is certainly not called upon to interpret the Polish law as such; but there is nothing to prevent the Court's giving judgment on the question whether or not, in applying that law, Poland is acting in conformity with its obligations towards Germany under the Geneva Convention."[356]

Consequentemente, no âmbito do direito internacional, as disposições de direito interno não podem prevalecer sobre as de um tratado vigente, como já havia decidido a CPJI no caso *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (second phase)*[357], tendo sido reiterado pela CIJ, como na Opinião Consultiva acerca da Aplicabilidade da Obrigação de Arbitrar nos termos da Seção 21 do Acordo da Sede das Nações Unidas:

> It would be sufficient to recall the fundamental principle of international law that international law prevails over domestic law. This principle was endorsed by judicial decision as long ago as the arbitral award of 14 September 1872 in the Alabama case between Great Britain and the United States, and has frequently been recalled since, for example in the case concerning the Greco-Bulgarian "Communities" in which the Permanent Court of International Justice laid it down that[358].

Note-se que, com exceção da invalidade do tratado celebrado com violação manifesta a norma interna de importância fundamental, para o direito internacional é desimportante até mesmo se existe contradição material entre o tratado e normas da própria Constituição, como se pôde depreender, também, do Caso Concernente a certos interesses Germânicos na Alta-Silésia Polaca, já referenciado.

---

[356] CPJI. Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (The merits). COLLECTION OF JUDGMENTS PUBLICATIONS OF THE PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE No 7. Dispon[ivel em: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf. Acesso em: 4 mai. 2024.

[357] CPJI. Case Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (second phase), DECEMBER 6th, 1930, Disponível em: https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_24/78_Zones_franches_Haute_Savoie_et_Pays_de_Gex_2e_phase_Ordonnance_19301206.pdf. Acesso em: 4 mai. 2024.

[358] CIJ. APPLICABILITY OF THE OBLIGATION TO ARBITRATE UNDER SECTION 21 OF THE UNITED NATIONS HEADQUARTERS AGREEMENT OF 26 JUNE 1947 ADVISORY OPINION OF 26 APRIL 1988. Disponível em: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/77/077-19880426-ADV-01-00-EN.pdf. Acesso em: 04 mai. 2024.

Aliás, ao analisar a relação entre as normas internacionais de jus cogens e as Constituições nacionais, Gomes Canotilho reconhece que as primeiras funcionariam não apenas como parâmetro de validade da produção jurídica internacional, mas também das próprias constituições nacionais[359].

Por todo exposto, pode-se dizer que o direito internacional não se preocupa necessariamente com o direito interno dos Estados, nem se ocupa da articulação das fontes internacionais e nacionais, predominando uma perspectiva de ignorância, salvo excepcionalmente quanto aos requisitos previstos em norma interna de importância fundamental para o engajamento internacional[360], o que inclusive é ratificado pela jurisprudência internacional, em especial, pela Corte Permanente Internacional de Justiça, a qual reafirmou que as disposições de uma lei estatal não podem prevalecer sobre as de um tratado vigente[361].

4.3.3. As relações, em concreto, entre os ordenamentos, sob a ótica do direito nacional

O direito doméstico, entretanto, abarca várias fórmulas de articulação com o ordenamento internacional, sempre de acordo com as vicissitudes políticas e culturais de cada nação, as quais exprimem as suas concepções sobre a soberania estatal e o seu grau de integração na sociedade internacional e se revelam nos modos monistas e dualistas de integração ao seu ordenamento.

A vigente Constituição Francesa adota uma fórmula monista com primazia do direito internacional (“Article 55. Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre

---

[359] “Como nivel superior de la idea de derecho internacional imperativo – aunque hay que reconocer que todavía com grandes reticencias políticas y jurídicas por parte de los Estados – se entiende la transformación de este derecho en parametro de validez de las propias constituciones nacionales cuyas normas deberían ser consideradas nulas se violasen las normas de ius cogens internacional”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Teoría de la constitución**. Madrid: Ed. Dykinson, 2004. p. 47)

[360] Do art. 11º do Tratado do Atlântico Norte – OTAN: “Este Tratado será ratificado e as suas disposições aplicadas pelas Partes de acordo com as respectivas regras constitucionais [...]”.

[361] CPJI, Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (second phase*),* December 6th, 1930. *In*: **Publications os The Permanente Court of International Justice**. Series A, nº 24. New York: Lyden A. W. Sijthoff’s Publishing Company, 1930. Disponível em: https://abrir.link/aBkoR. Acesso em 15 jun. 2019.

partie"), enquanto a Constituição dos Países Baixos admite a alteração (indireta) da Constituição por força de disposição convencional incompatível ("Article 91.3. Any provisions of a treaty that conflict with the Constitution or which lead to conflicts with it may be approved by the Houses of the States General only if at least two-thirds of the votes cast are in favour.") e, de modo geral, a prevalência do direito convencional sobre o direito infraconstitucional ("Article 94. Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties or of resolutions by international institutions that are binding on all persons.).

No que tange ao exemplo francês, porém, é importante destacar que a Constituição combina o processo de incorporação de tratados internacionais com o seu modelo de controle preventivo de constitucionalidade, de modo que é possível que a autorização para ratificar ou aprovar o acordo internacional fique condicionada à reforma constitucional ("Article 54. Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.").

Nestes casos, pode-se dizer que o direito interno e o direito internacional estão articulados internamente numa mesma unidade sistêmica, não necessitando de um ato de recepção nacional (diferente da própria disposição constitucional) para a incorporação da norma internacional.

Também o sistema espanhol, embora estipule a necessidade de um ato de consentimento estatal (art. 93, CE) expressado na autorização das Corte Gerais, prevê um mecanismo de controle prévio de constitucionalidade de tratados internacionais em seu art. 95, CE[362]. Em primeiro lugar, a Constituição Espanhola só admite a incorporação de tratados que contenham cláusulas contrárias às suas normas mediante revisão constitucional e, em seguida, autoriza o Governo ou quaisquer de suas Câmaras legislativas susictar a análise, pelo Tribunal Constitucional, do projeto de tratado, assim considerado porque se

[362] "1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.".

trata do ato negociado pelas autoridades legítimas que ainda não ratificado internamente[363].

Este controle preventivo tem como parâmetro as normas constitucionais materiais e procedimentais, estas que, além de previstas no capítulo terceiro do título III da Constituição Espanhola, estão detalhadas na Ley 25/2014, denominada de "Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales". Como é intuitivo, este não é excludente do controle a posteriori da mesma compatibilidade ou daquela entre uma norma interna com status legal e o direito internacional convencional ("controle de convencionalidade"), a que fez referência o Tribunal Constitucional na Sentença 140/2018, mais adiante examinada.

Por outro lado, predomina nas experiências constitucionais um modo dualista de integração do direito convencional, fazendo-se necessário um ato normativo de direito interno que recepcione o texto convencional, o qual serve como condição de eficácia jurídica interna, exigência comumente relacionada com a garantia da separação de poderes, já que o ato internacional costuma ser privativo do Chefe de Estado ou de Governo, o que não impede, porém, que a própria constituição delibere sobre hipóteses de incorporação automática.

Entretanto, não é incomum que o direito internacional consuetudinário tenha incidência direta nos ordenamentos nacionais à vista da convicção de sua juridicidade, como o prevê o art. 25 da Lei Fudamental de Bonn ("Art. 25. The general rules of international law shall be an integral part of federal law. They shall take precedence over the laws and directly create rights and duties for the inhabitants of the federal territory."), o art. 28.1 da Constituição da Grécia ("The generally recognised rules of international law, as well as international conventions as of the time they are ratified by statute and become operative according to their respective conditions, shall be an integral part of domestic Greek law and shall prevail over any contrary provision of the law") ou o art. 10.1

[363] Art. 78. I. LOTC: "El Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado.".

da Constituição Italiana (“L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.”)[364].

Relativamente ao direito derivado, são mais raras as previsões constitucionais de sua articulação com o ordenamento interno, mas podem ser citadas as previsões de incorporação automática, tais como na Constituição dos Países Baixos (“Article 93. Provisions of treaties and of resolutions by international institutions which may be binding on all persons by virtue of their contents shall become binding after they have been published.”), na Constituição Portuguesa (“Artigo 8º.3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos”) e a Constituição Venezuelana (“Artículo 153. [...] Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna”).

No sistema constitucional brasileiro, porém, os acordos celebrados no âmbito do Mercosul, por quaisquer de seus órgãos com capacidade normativa, dependem de um ato de nacionalização para que possam ter eficácia no direito positivo interno. Neste sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> “[...] A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata. Isso significa, de jure constituto, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata). - O princípio do efeito direto (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que não se acham consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da

[364] Frise-se que no caso italiano, a despeito da literalidade do art. 10.1, a Corte Costituzionale desenvolveu a oposição dos contralimites ao direito internacional geral, a que se fará referência posteriormente.

> República, motivo pelo qual tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, enquanto não se concluírem os diversos ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil. [...]"[365]

Portanto, também quanto ao procedimento de incorporação do direito derivado, cada sistema constitucional tem a aptidão de prever a sua incorporação intermediada por atos internos de recepção ou sua incorporação automática. Mas é preciso destacar que a práxis política tem evidenciado que o direito derivado das organizações internacionais costuma pressionar o direito interno, seja com vistas à sua modificação, seja paralisando processos modificativos.

Voltando à questão da necessidade de recepção do direito convencional, pode-se recordar que o texto original da Constituição Argentina (1853) já atribuía ao Congresso a competência para "aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás Naciones, y los concordatos con la silla Apostólica; […]" (art. 64, 19) e ao Presidente da Confederação a atribuição de concluir e firmar tratados (art. 83, 14).

Semelhantemente, a incorporação de normas internacionais ao direito interno também é uma tradição constitucional no Brasil. A CF-1891 foi a primeira a prever uma norma sobre produção do direito internacional e sobre sua incorporação. Atribuía a competência privativa ao Presidente da República para "entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso [...]" (art. 48, 16º) e a este a competência privativa para "resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras" (art. 34, 12º).

Pelo regime atualmente em vigor, diz-se que o sistema constitucional brasileiro adota uma posição dualista moderada, já que a eficácia jurídica de norma internacional é dependente de um procedimento que veicula as vontades do chefe do Poder Executivo e do Congresso Nacional. A CF-88 atribui ao Presidente da República a competência para assumir compromissos internacionais (Art. 84, VIII. "Compete privativamente ao Presidente da

[365] STF. CR 8279 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17-06-1998, DJ 10-08-2000 PP-00006 EMENT VOL-01999-01 PP-00042.

República: celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional"), e confere ao Congresso Nacional a competência exclusiva para "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem compromissos gravosos ao patrimônio nacional" (art. 49, I, CF-88).

De fato, após a assinatura ou a adesão a um tratado oneroso e mediante mensagem ao Congresso Nacional (com natureza de despacho administrativo do Presidente da República), o Presidente o envia e submete à apreciação do Congresso Nacional que, em caso de aprovação, a fará por meio de decreto legislativo (que é uma fonte primária, conforme art. 59 da CF-88). Em seguida, num autêntico costume constitucional, cabe ao Presidente da República editar um Decreto Executivo, ratificando o tratado, com o seu registro no órgão depositário. A necessidade de aprovação parlamentar como condição para a eficácia jurídica também da denúncia a tratados internacionais foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal[366].

Acerca da eficácia jurídica do Decreto Executivo, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se pronunciou no sentido de que este é o ato conclusivo do processo de incorporação do tratado, somente após o que a norma internacional adquire validade objetiva no plano do direito positivo[367].

Consequentemente, pode-se observar que a relação entre a norma internacional incorporada e a norma nacional é, na ótica brasileira e em essência, uma relação entre fontes jurídicas que integram um mesmo ordenamento e esta relação é de paridade, na medida em que ambas extraem o seu fundamento de

---

[366] "[...] Fixação da seguinte tese de julgamento: "a denúncia pelo Presidente da República de tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, para que produza efeitos no ordenamento jurídico interno, não prescinde da sua aprovação pelo Congresso". Aplicação desse entendimento a partir da publicação da ata do julgamento, mantendo-se a eficácia das denúncias realizadas até esse marco temporal. 9. Ação declaratória de constitucionalidade julgada procedente. 10. Apelo ao legislador para que elabore disciplina acerca da denúncia dos tratados internacionais que preveja a chancela do Congresso Nacional como condição para a produção de efeitos na ordem jurídica interna." (ADC 39, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 19-06-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 17-08-2023 PUBLIC 18-08-2023)

[367] "[...] o iter procedimental de incorporação de tratados internacionais – superadas as fases prévias de celebração da Convenção, sua aprovação congressual e de ratificação pelo Chefe de Estado – se conclui com a expedição, pelo Presidente da República, de Decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e só então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno" (STF. STF, ADI 1480 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001).

validade de uma terceira norma habilitante (que é a constitucional), estando claro que, no caso brasileiro, é uma relação de paridade com âmbitos de competência comum, de modo que as normas são sucedâneas, revogáveis e modificáveis entre si.

Por esta razão, a jurisprudência brasileira sobre o tema foi sendo construída através da aplicação àquelas interrelações paritárias dos critérios cronológico e de especialidade na solução de conflitos normativos: a) as normas internacionais incorporadas ao direito interno ocupam a mesma posição hierárquica que a legislação estatal nacional[368]; b) os tratados bilaterais de extradição constituem normas especiais, que derrogam as leis gerais, como o Estatuto do Estrangeiro[369] (ou a atual Lei de migração); c) por força do art. 178, da CF-88, aplicam-se as regras internacionais (especiais) que definem prazos de prescrição e quantum indenizatório quanto às pretensões derivadas do serviço de transporte aéreo internacional, excluindo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor[370]; d) a despeito da regulação promovida pelo art. 98 do Código Tributário Nacional ("os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pelas que lhes sobrevenham"), o STF continua atribuindo eficácia jurídica própria de status legal aos tratados internacionais em matéria tributária[371].

É didática a decisão da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 1480-MC:

> "[...] os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, se situam, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade nos quais se posicionam as leis ordinárias, havendo, por consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, simples relação de paridade normativa. (...) Eventual precedência de tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno só se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento jurídico doméstico

[368] STF, RE 80004/SE, Rel. Cunha Peixoto, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977, DJ 29/12/77. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365. Acesso em 23 de março de 2024.
[369] STF, Ext 1342, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 17/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-111.
[370] STF, RE 636331, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-257.
[371] STF, RE 229096, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 16/08/2007, DJe-065.

> determine, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ou o de especialidade”[372]

Logo, é a Constituição que regula a eficácia jurídica da norma internacional no plano do direito interno, independentemente dos efeitos sancionatórios que representaria, no seio do sistema internacional, o compromisso internacional que não fosse seguido ou da incorporação da norma internacional ao direito interno ou da omissão em adaptar o direito interno à normativa internacional.

E este fenômeno confirma a hipótese de que cada ordenamento regula as suas relações com os outros a partir de suas próprias perspectivas e premissas, mas não é isento de problemas sistemáticos, particularmente quanto ao ordenamento constitucional.

5. O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

5.1. A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Já foi mencionado que em paralelo ao desenvolvimento do paradigma cooperativo de relações internacionais, o qual provocou mudanças estruturais em seu sistema jurídico, foi-se empreendendo um processo de humanização do próprio direito internacional, alicerçada nas ponderações de que, fundamentalmente, os Estados existem para a tutela do bem comum e, mesmo que indiretamente, toda a sua atividade, nacional e internacional, deve ter o indivíduo e sua dignidade como referência.

Mas cabe uma advertência inicial e relevante e que será continuamente desenvolvida a seguir: o sistema internacional de proteção de direitos humanos se baseia, fundamentalmente, em tratados que estabelecem obrigações comuns entre Estados, pautando-se, portanto, no exercício dos poderes soberanos estatais e em relações interordinamentais de cooperação, embora haja variações entre os sistemas universal e regionais quanto aos seus contornos, à intensidade de seus mecanismos de supervisão e tutela e quanto ao seu grau de penetração nos ordenamentos nacionais.

---

[372] STF, ADI 1480 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001.

Curiosamente, embora tenha antecedentes no direito internacional humanitário, este processo é também contemporâneo ao advento das Constituições normativas, já que se aprofunda depois do pós-segunda guerra e a partir da consideração de que o Estado se apresenta como um potencial violador de direitos e, assim, de que a efetividade do seu sistema de proteção, que tem na Constituição o seu centro de referência normativa, pode restar comprometida em concreto a partir da ótica dos padrões consensuados internacionalmente. A este respeito, o processo de humanização do direito internacional é contemporâneo também à consolidação da dignidade humana como paradigma antropológico-cultural nos Estados constitucionais, mas os seus reflexos sobre os sistemas normativos internacionais e nacionais são bem diversos.

Um primeiro sinal desta tendência de humanização é possível verificar nas crescentes referências à humanidade e aos povos do mundo no direito convencional. Está presente, por exemplo, nos preâmbulos da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948)[373], da Declaração da Conferência da ONU no Ambiente Urbano[374], da Convenção-quadro das Nações Unidas sobre Mudança de Clima[375] ou, ainda, da Convenção sobre Diversidade Biológica[376].

Também costuma-se recordar, de um lado, o significativo aumento no número de tratados internacionais, universais e regionais, que visam a estabelecer padrões comuns de proteção a direitos inerentes à condição humana[377], expressão de sua dignidade e, de outro, a abundante adesão estatal

---

[373] "RECONNAISSANT quà toutes les périodes de l'histoire le génocide a infligé de grandes pertes à l'humanité".

[374] "A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, reunida em Estocolmo de 5 a 16 de junho de 1972, e, atenta à necessidade de um critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio ambiente humano".

[375] "Reconhecendo que a mudança de clima da Terra e seus efeitos negativos são uma preocupação comum da humanidade".

[376] "Afirmando que a conservação da diversidade biológica é uma preocupação comum à humanidade".

[377] Flávia Piovesan recorda que "esta concepção é fruto da internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. [...] o legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direito, ao pertencimento à determinada raça – a raça pura ariana. [...]". (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36-37.)

alcançada e de sua recepção pelos ordenamentos estatais, intensificadas comumente após períodos de regimes de governo de viés autoritário[378].

Porém, é no próprio desenvolvimento do direito convencional, especialmente nos setores do direito internacional humanitário, no direito internacional penal e no direito internacional dos direitos humanos, que se percebe com maior nitidez o citado processo de humanização do sistema internacional e de sua política.

De fato, já em seu ato inaugural, qual seja a Convenção de Genebra de 1864[379], o direito internacional humanitário estabelecia compromissos internacionais de proteção do indivíduo, no particular, dos feridos em guerra, tendo como princípios o socorro sem distinção de nacionalidade e a inviolabilidade pessoal dos profissionais de saúde e dos estabelecimentos médicos, bem como o tratamento especial aos habitantes do país que levassem ajuda aos feridos.

Desta primeira Convenção se sucederam outros atos internacionais, como a Declaração de São Petesburgo (1868), destinada a regular os meios usados em combate, mas é com as Conferências de Paz da Haia (1899 e 1907), já antes referenciada, que surge o denominado "Direito de Haia", integrado pelos princípios e regras convencionais que regulam o direito da guerra, no que tange às operações militares, direitos e deveres dos militares e os meios proporcionais de combate, posteriormente ampliada por seus Protocolos Adicionais.

Após o fim da 2ª Guerra Mundial, as quatro Convenções de Genebra (1949), cada qual com seu âmbito de regulamentação (respectivamente, situação dos feridos e doentes das forças armadas em campanha; situação dos

---

[378] "Para a aceitação da premissa de internacionalidade inerente ao regime de proteção dos direitos fundamentais foi preciso, também no caso do Brasil, antes fazer-se a passagem de regime autoritários para Estados democráticos de direito" (ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 436).

[379] "Article 1. Ambulances and military hospitals shall be recognized as neutral, and as such, protected and respected by the belligerents as long as they accommodate wounded and sick. Neutrality shall end if the said ambulances or hospitals should be held by a military force. Art. 2. Hospital and ambulance personnel, including the quarter-master's staff, the medical, administrative and transport services, and the chaplains, shall have the benefit of the same neutrality when on duty, and while there remain any wounded to be brought in or assisted. [...] Art. 5. Inhabitants of the country who bring help to the wounded shall be respected and shall remain free. Generals of the belligerent Powers shall make it their duty to notify the inhabitants of the appeal made to their humanity, and of the neutrality which humane conduct will confer.". (Disponível em: https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gc-1864?activeTab=undefined. Acesso em: 04 mai. 2024).

feridos, doentes e náufragos das forças armadas no mar; tratamento dos prisioneiros de guerra; e proteção das pessoas civis em tempo de guerra) são aprovadas e compõem o núcleo do direito internacional humanitário, assegurando um mínimo de proteção às pessoas envolvidas em conflitos armados, tendo sido ampliadas pelos Protocolos Adicionais (1977), que cuidam dos conflitos armados internacionais e dos conflitos armados não internacionais.

A CIJ[380] já teve a oportunidade de se manifestar acerca da relação indissociável entre direito humanitário e proteção da pessoa humana, cabendo destacar, in verbis:

> With regard to international humanitarian law, the Court recalls that in its Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons it stated that "a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and 'elementary considerations of humanity' . . .", that they are "to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law" (I. C. J. Reports 1996 (I), p. 257, para. 79). In the Court's view, these rules incorporate obligations which are essentially of an erga omnes character.[381]

A seu turno, o processo de humanização do direito internacional é também expressado pela consolidação da responsabilidade penal do indivíduo em face de grave violação a bens jurídicos internacionalmente relevantes, atualmente definidos no Estatuto de Roma, o qual tipifica condutas criminosas sujeitas à repressão internacional, tais como o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra.

A este respeito, podem ser citados os precedentes históricos de órgãos de aplicação do direito internacional penal, como o Tribunal de Nuremberg (1945), o Tribunal de Tokio (1946), os Tribunais *ad doc*, constituídos por meio de Resolução do Conselho de Segurança da ONU (com base no Cap. VII da Carta), como foram os casos do TPI – Iugoslávia (Res. 827/1993) e do TPI

---

[380] Cfr. Relevante estudo acerca da definição do conteúdo normativo do direito internacional humanitário: JUNIOR, Talis Prado Pinto; GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. O Direito Internacional Humanitário nos Pareceres Consultivos da Corte Internacional de Justiça: uma Conjugação de Perspectivas Utópicas e Apologéticas. *Revista de Direito Internacional*, 2021, 18.2.

[381] CIJ. LEGAL CONSEQUENCES OF THE CONSTRUCTION OF A WALL IN THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORY. ADVISORY OPINION OF 9 JULY 2004. Disponível em: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf. Acesso em 04 mai. 2024.

– Ruanda (Res 955/1994) e, ainda, o Tribunal Penal Internacional, este de caráter permanente, constituído pelo Estatuto de Roma e com competência exclusiva para processar e julgar indivíduos, para cuja atuação se aplica o princípio da subsidiariedade.

Já no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, além de se buscar estabelecer standards harmônicos de proteção de direitos entre os diversos Estados partes, também é apontado como sinal da humanização do direito internacional a progressiva expansão das capacidades do indivíduo na própria sociedade internacional, no particular, perante os órgãos de tratado (como a prevista no art. 28 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos) e nas instâncias jurisdicionais internacionais (como as disciplinadas nos Protocolos 11 e 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e no art. 44 da Convenção Americana de Direitos Humanos), sobre os quais se aprofundará em seguida.

O fato relevante é que a humanização do direito internacional tem provocado a reclamação, por parte da doutrina internacionalista, da necessidade de uma refundamentação do direito internacional, a fim de posicionar o indivíduo e sua dignidade como ponto de partida e destinatário final do direito internacional, de modo que as próprias capacidade soberanas estariam naturalmente limitadas por um conjunto de direitos inerentes à condição humana, que transcenderiam inclusive as fronteiras histórico-culturais.

Flávia Piovesan, por exemplo, apreende bem a mudança de orientação ao enunciar que “[...] começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado”[382], de modo que, por consequência, as tarefas estatais de respeitar, proteger e promover os direitos deixam de ser matéria restrita ao domínio reservado dos Estados, para se tornar uma preocupação de toda a sociedade internacional.

Entretanto e especificamente acerca da fundamentação do direito internacional do s. XXI, Cançado Trindade afirma que é necessário revitalizá-la

---

[382] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39.

a fim de abandonar o paradigma estatocêntrico e situar o ser humano em sua posição central. Na sua visão, esta revitalização passaria pelo reconhecimento de que o direito internacional se assenta numa consciência jurídica universal acerca dos valores objetivos[383] que se situariam acima da vontade estatal. O ex-juiz da Corte da Haia salienta ainda que:

> Não mais se trata de um retorno ao direito natural clássico, mas sim da afirmação ou restauração de um padrão de justiça, pelo qual se avalia o direito positivo. Este 'eterno retorno' do jusnaturalismo tem sido reconhecido pelos próprios jusinternacionalistas, contribuindo em muito à afirmação e consolidação do primado, na ordem dos valores, das obrigações em matéria de direitos humanos, vis-à-vis a comunidade internacional como um todo.[384]

Inclusive, não é demais lembrar que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH (1948), em seu preâmbulo, reafirma o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, valendo-se, ainda, da clássica fórmula textual no sentido de que "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos" (art. 1º), o que costuma ser usado como expressão da fundamentação suprapositiva dos direitos humanos.

Noutro texto, aliás, Cançado Trindade reitera precisamente que:

> Subjacentes a esta unidade conceituais estavam as premissas básicas de que os direitos proclamados são inerentes ao ser humano, anteriores portanto a toda e qualquer forma de organização política ou social, e de que a proteção de tais direitos não se esgota – não pode se esgotar – na ação do Estado[385].

---

[383] "O reconhecimento de certos valores fundamentais, imbuídos de um sentido de justiça objetiva, em muito contribuiu à formação da communis opinio juris nas últimas décadas do século XX. Verificou-se, aqui, uma evolução conceitual que se moveu, a partir dos anos sessenta, da dimensão internacional à universal [...] conducente à identificação dos interesses comuns da comunidade internacional e do reconhecimento generalizado do imperativo de satisfazer as necessidades sociais básicas" (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A formação do direito internacional contemporâneo: reavaliação crítica da teoria clássica de suas "fontes". *In*: **A Humanização do Direito Internacional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 87).

[384] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A formação do direito internacional contemporâneo: reavaliação crítica da teoria clássica de suas "fontes". *In*: **A Humanização do Direito Internacional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 80.

[385] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos Direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas**. 2ª ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2000. p. 24.

Embora não seja o lugar para o debate aprofundado acerca das correntes filosóficas, é importante destacar que esta reivindicação fundamentadora parece ressuscitar o caráter criativo da consciência geral ou da *conscience colletive*, que permeava – cada um a seu modo – os debates das escolas histórica germânica e histórico-sociológica francesa e que, como bem identificou Alf Ross em seu tempo, traziam para o momento da criação do Direito algo que seria sua justificação ética, além de promover um sincretismo metodológico ao fundar a realidade jurídico-normativa num fato social[386].

Outrossim, não é equivocado nelas também reconhecer algo das doutrinas medievais que defendiam a subordinação da autoridade secular à lei natural de origem divina ou racional, como propunha, por exemplo, Occam, para quem ““[...] nenhum senhor temporal, de direito, possui tamanho poder sobre seu servo, considerando este termo em sua acepção mais estrita ao ponto de lhe poder impor tudo aquilo que não contraria, nem a lei divina, nem a lei natural”[387].

Na tentativa de aspirar uma justificação dos direitos humanos fundamentais transcendente a qualquer tipo de organização política – e numa perspectiva mais filosófico-doutrinal que de concretização normativa – esta pretensão ignora o caráter cultural dos direitos humanos fundamentais, de sua existência e da evolução de seus contornos dependentes dos indivíduos como sujeitos de sua própria existência e atores de uma sociedade pluralista, os quais têm no direito internacional dos direitos humanos – isto sim – um compromisso interestatal, culturalmente condicionado, que fixa uma base comum de constitucionalidade prática.

A internacionalização dos direitos revela a capacidade expansiva dos valores presentes nas sociedades humanas, capacidade esta amplificada pelo desenvolvimento da sociedade internacional e das crescentes interações entre os povos e suas experiências constitucionais, de onde exsurge tanto a historicidade dos direitos como a ambição de sua universalidade – esta, quanto à titularidade dos direitos – como foco do paulatino compromisso interestatal. A

---

[386] ROSS, Alf. **Teoría de las fuentes del derecho – Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas**. 3ª ed. Madrid: CEPC, 2018. p. 75 e p. 181-213.

[387] OCKAM, Guilherme. Sobre o poder dos imperadores e dos papas. *In*: **Guilherme de Ockham: obras políticas**. Porto Alegre: EDIPUCRS; USF, 1999. p. 174.

internacionalização, em suma, é compromisso e não expressão de uma tal consciência coletiva ou comum criadora de direitos.

Além disto, não se pode perder de vista que pragmaticamente os indivíduos permanecem destinatários da proteção a que se comprometeu internacionalmente o Estado, de modo que a relação jurídica que compõe o conteúdo da norma internacional de direitos humanos é a relação entre o indivíduo e o Estado, devendo este último, através de seu ordenamento[388] e de suas instituições, assegurar o gozo das posições jurídicas em face de qualquer um que possa violá-las.

Não à toa, Bartolomé Clavero se mostra crítico quanto ao discurso da universalidade, que opera sobre o plano retórico e pode encobrir pretensões colonialistas. Em suas palavras:

> El colonialismo europeo y euroamericano ha creado toda una cultura jurídica y política de abstracción de sujetos cuando se hace referencia a derechos, y de reconocimientos subsiguientes de quienes han sido abstraídos, que en la práctica operan en sentido inverso. Es un contexto en el que protección puede significar perfectamente dominación sin traba; o administración fiduciaria, gobierno rapaz e insidioso. Tal es en su momento la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.[389]

De forma mais incisiva, após recordar o discurso comum de que os direitos humanos integrariam uma essência transcendental e com um grau de legitimidade crescente na medida da sua maior distância com os contextos sociais, políticos e culturais de cada realidade nacional, conclui Joaquín Herrera Flores:

> El proceso cultural, como vimos, constituye el marco del proceso de humanización en el que los seres humanos pasan de ser meros animales sociales a convertirse en animales culturales, es decir a relacionarse cultural y, por consiguiente, convencionalmente con el entorno de relaciones en el que vivimos. No hay un mundo de esencias racionales al cual podamos acudir para garantizar los equilibrios, las armonías y los consensos. Existe el mundo real, repleto de conflictos, heterogeneidades, desacuerdos y voluntades de llegar a consensos. Un mundo donde culturalmente los consensos se

[388] Em igual sentido: “"La fuente última de los derechos de los ciudadanos es el ordenamiento doméstico, no el internacional, que expresa una simple atribución indirecta (es decir, efectuada a través de los poderes públicos de los estados) de deberes y de derechos" (CALAHORRO, Augusto Aguilar. **Naturaleza y eficacia de la carta de derechos fundamentales de la union europea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021.)

[389] CLAVERO, Bartolomé. **Derecho global: por una história verosímil de los derechos humanos. Madrid**: Ed. Trotta, 2014. p. 80.

> construyen y no se asumen como elementos dados de una vez para siempre como si fueran procesos neutrales o universales que determinan absoluta y homogeneizadamente las voluntades[390].

Uma outra alternativa explicativa, esta mais coerente com a historicidade e com o caráter cultural dos direitos humanos fundamentais, nos é fornecida por N. Bobbio, para quem o problema dos fundamentos dos direitos humanos pode ser encarado sob a perspectiva dos direitos que já se tem ou dos direitos que se gostaria de ter. No primeiro caso, se trata de um problema de Direito Positivo, enquanto que no segundo é um problema de justificação acerca da desejabilidade do reconhecimento em toda a parte e em igual medida.

Segundo o autor, a busca por um fundamento absoluto é uma obstinação que por vezes não se assenta na realidade. Por exemplo, os jusnaturalistas colocaram alguns direitos "acima da possibilidade de qualquer refutação"[391], porquanto inatos e imanentes à condição humana, embora não tenham obtido consenso doutrinário sobre o rol e o conteúdo de tais direitos, assim como também a experiência demonstrou que as soluções jurídicas concretas sempre variaram em diversos contextos.

Por tais razões, Bobbio considera que, ainda que a busca por um fundamento absoluto pudesse favorecer o reconhecimento e a realização de direitos humanos, esta preocupação teria perdido sentido atualmente, na medida em que a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) representaria o consenso universal acerca do reconhecimento de determinadas posições jurídicas, de tal maneira que, não seria mais necessário o fundamento absoluto porque existe um consenso universal sobre a validade daqueles valores reconhecidos na citada Declaração. Em suas palavras, "A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores".[392]

Em conclusão, é importante deixar claro que o processo de humanização do Direito internacional, pragmaticamente, visa a posicionar o

---

[390] FLORES, Joaquín Herrera. **Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Ed. Los Libros de la Catarata, 2005. p. 112.
[391] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992. p. 16.
[392] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992. p. 27.

indivíduo e sua dignidade como referência da atuação do Estado, mas, do ponto de vista da concretização normativa, não tem o efeito de apresentar uma fundamentação diversa do direito internacional nem do direito internacional dos direitos humanos, ligada que permanece ao consenso interestatal nos moldes já expostos anteriormente.

5.2. O PERCURSO ATÉ A INTERNACIONALIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Antes de mais nada, é importante recordar que na parte primeira da tese destacamos que o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais seriam a própria razão de ser do Estado de Direito[393], o objetivo final do império da lei e da separação dos poderes no Estado Legal de Direito e, ainda, parte indissociável das Constituições normativas ao integrar os consensos mínimos que regulam a comunidade política pluralista, no Estado Constitucional de Direito.

Cumpre-nos, agora, apresentar panoramicamente o caminho percorrido pelos direitos fundamentais até sua internacionalização, o qual foi permanentemente conduzido em torno de seu papel de controle e limitação de poderes, particularmente estatais[394], e consequente garantia de liberdade do indivíduo, percurso que pode ser didaticamente visualizado a partir de quatro fenômenos que se entrecruzam no tempo e que correspondem a fases históricas de positivação, generalização, internacionalização e globalização[395], com a

---

[393] Aliás, desde a sua origem o constitucionalismo associa a garantia de direitos com as condições estruturais do exercício do poder: "Il costituzionalismo moderno ha stabilito un rapporto indissolubile tra le condizioni strutturali per l'esercizio del potere e la garanzia dei diritti. [...] Democrazia e diritti mantengono un rapporto di dipendenza reciproca, in modo tale che non è possibile parlare di democrazia senza diritti, né si può garantire la fattibilità di un sistema di diritti fondamentali senza l'esistenza di condizioni democratiche. [...] L'equilibrio, la simmetria e l'interazione tra democrazia pluralista e diritti è il grande contributo delle costituzioni normative al costituzionalismo" (CALLEJÓN, Francisco Balaguer. I contesti ordinamentali della tutela multilivello dei diritti. **Cittadinanza Europea (La)**, *[S. l.]*, n. 2, p. 61–77, 2024. DOI: 10.3280/ceu2023-002005.)

[394] A análise da questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (ou eficácia horizontal) foge ao objeto desta pesquisa, mas merece o registro do compêndio realizado por Ricardo Nakahira em sua dissertação de mestrado. Cfr. NAKAHIRA, Ricardo. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. 2007. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - **Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, São Paulo, 2007.

[395] Esta é a periodização didática adotada por Luca Mezzetti e que aqui se reproduz. Cfr. MEZZETTI, Luca. **Tradizioni giuridiche e fonti del diritto**. Torino: Giappichelli Editore, 2020. p. 108-144.

ressalva de que não se tratam de fenômenos sucessivos, mas por vezes entrecruzados em vários momentos históricos, como se verificará.

A positivação é o processo de juridicização dos direitos fundamentais, isto é, de atribuição da juridicidade necessária à sua tutela efetiva, podendo-se identificar seu gérmen no âmbito dos pactos ou foros feudais, passando pelas declarações de direitos e pelas Constituições que marcaram o Estado de Direito, discernindo-se neste processo – e também por força da estatatalização do Direito – a progressiva superação do caráter natural, inerente e pré-estatais dos direitos fundamentais.

A historiografia aponta para a presença de documentos normativos que já reconheciam direitos, como o Código de Hamurabi (s. XVIII a.C.) ou as Leis de Manu, mas a doutrina costuma apontar a Magna Carta de 1215 como o marco de positivação dos direitos fundamentais em razão da presença concomitante tanto do reconhecimento de direitos quanto da natureza autolimitativa do poder régio. Sob este aspecto, porém, seria mais fiel considerar como marco o Pacto entre Alfonso IX e o Reino (1188), a denominada Magna Carta Leonesa, através da qual foram estabelecidos dezessete itens de promessas ou juramentos do Rei em favor de posições jurídicas dos súditos, elaborados no seio de umas Cortes que contavam com a participação da nobreza, dos eclesiásticos e de representantes de cidades e vilas[396].

De qualquer modo, é importante salientar que tanto a Magna Carta inglesa, como a Leonesa, como a Carta Danesa de 1282 ou, ainda, a Carta de Tubinga de 1514 veiculavam normas que reconheciam direitos a determinadas pessoas ou grupos em face de seu status social, num arranjo evidentemente mais próximo ao direito contratual (privado) e destinado à garantia de posições corporativas (de privilégios), como era próprio do sistema feudal, arranjo que se manteve, ao menos, até a *English Bill Of Rights* de 1689, a qual foi destinada a "reivindicar e afirmar seus antigos direitos e liberdades declarados" por parte dos "Lords Spiritual and Temporal and Commons assembled at Westminster, lawfully,

[396] Da versão espanhola dos Decreta de León de 1188: "I. En el nombre de Dios. Yo don Alfonso, rey de León y de Galicia, habiendo alebrado curia en León, con el arzobispo y los obispos y los magnates de mi reino y con los ciudadanos elegidos de cada una de las ciudades, establecí y confirmé bajo juramento que a todos los de mi reino, tanto clérigos como laicos, les respetaría las buenas costumbres que tienen establecidas por mis antecesores" (Disponível em: https://www.cultura.gob.es/dam/jcr:5e01f9da-8205-47ee-8053-2c3a68e198ef/decreta-leon-version-espanola.pdf. Acesso em 14 mai. 2024).

fully and freely representing all the estates of the people of this realm”[397], a partir de quando a positivação das liberdades fundamentais assumiria uma nova feição, desta feita num regime de Direito Público e se associando ao processo da generalização.

A generalização é o fenômeno que, fundado na ideia de igualdade, visa a estender a titularidade de direitos para grupos sociais e indivíduos que, de maneira geral, não ostentavam privilégios feudais ou mesmo haviam sido excluídos no primeiro constitucionalismo (liberal), já que, embora a teoria dos direitos fundamentais influenciada pelo jusnaturalismo creditasse os seres humanos em geral como titulares de direitos fundamentais em razão de sua igualdade natural, na prática inúmeros direitos sofriam redução em sua subjetividade ativa (p. ex. direito de voto, de associação sindical, de propriedade, etc). Também o surgimento dos direitos sociais, econômicos e culturais contribuiria para o processo de generalização, enquanto posições subjetivas essenciais para os exercícios de liberdade civil e política.

A ideia de generalização é incitada ainda na colônia inglesa norte-americana, em que a enunciação de direitos para todos e em base autônoma, ou seja, desvinculada da relação com a Coroa, era encarada como arma na luta política e jurídica pela independência. É por isto que advieram a *Declaration of Colonial Rights and Grievances* de 1774 e a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, no que foram acompanhadas da positivação de direitos nas Constituições dos Estados americanos e, em seguida, na própria Constituição Federal por meio das emendas que integram o *Bill of Rights* de 1791.

Vale repetir que no processo de generalização não mais se enunciavam ou tutelavam direitos como privilégio estatutários ou de classes políticas, mas, primeiro, enquanto liberdades pré-estatais e, notadamente após os processos de constitucionalização, enquanto direitos públicos subjetivos e, assim, incidentes na relação Estado e cidadão.

A condição de liberdades pré-estatais, de matriz jusnaturalista, encontra eco, por exemplo, na Declaração dos Direitos do Homem de 1789 (“Article 1er. Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. Article 2.

[397] Texto disponível em: https://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp. Acesso em 14 mai. 2024.

Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression") ou na Constituição Francesa de 1793 ("Article 1. - Le but de la société est le bonheur commun. Le gouvernement est institué pour garantir à l'homme la jouissance de ses droits naturels et imprescriptibles").

Já na condição de dever subjetivo do Estado são ilustrativas a Constituição Portuguesa de 1822 ("Art. 1. A Constituição política da Nação Portugueza tem por objecto manter a liberdade, segurança, e propriedade de todos os Portuguezes"), a Constituição Suiça de 1848 ("Art. 2. La Lega ha por scopo: di sostenere l'indipendenza della Patria contro lo straniero, di mantenere la tranquilità e l'ordine nell'interno, di proteggere la libertà e i diritti dei Confederati, e di promovere la loro comune prosperità") e, inclusive, a Constituição Imperial do Brasil, de 1824 ("Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte").

No que tange à influência dos direitos sociais e econômicos no processo de generalização, pode-se identificar já a enunciação de direitos prestacionais em Constituições de verniz liberal, como na Constituição Francesa de 1848, em que se tratava do direito à educação (art. 9) e da liberdade de trabalho e indústria (art. 13), mas é com a Constituição do México (1917) e a Constituição de Weimar (1919) que se consuma a constitucionalização da fundamentalidade de determinadas prestações estatais, que reposicionam o papel do Estado na comunidade política e em face de grupos sociais até então marginalizados.

A Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 foi a primeira a constitucionalizar detalhadamente direitos trabalhistas (arts. 4 e 5 e especialmente o art. 123[398]) e a reconhecer a função social da propriedade,

[398] O art. 123 da Constituição Mexicana de 1917 contempla a previsão de trinta incisos regulatórios do direito constitucional do trabalho, prevendo normas de direito individual e direito coletivo, tais como a limitação da jornada de trabalho (I-III), descanso semanal remunerado (IV), trabalho da mulher (IV), regime salarial (VI-IX), etc. A previsão destes direitos chama a atenção já que o México ainda não dispunha de uma significativa classe urbana trabalhadora, como acentua Pinheiro Maria: "Interessante notar que, não obstante o rol de direitos conferidos ao trabalhador seja de notável abrangência e extensão (deixando de observar, por isso mesmo, a melhor técnica constitucional29 ao estabelecer, em sede constitucional, prescrições de índole eminentemente infraconstitucional30), não foi a classe trabalhadora relevante no processo

inclusive em matéria empresarial, e prever a reforma agrária e a devolução das terras aos grupos indígenas como programas constitucionais (arts. 27 e 28), ampliando as subjetividades ativa e passiva de direitos fundamentais.

Já a Constituição de Weimar de 1919 articulou em sua parte segunda (arts. 109 a 165) direitos de caráter individual e de dimensão prestacional social, destacando-se a proteção e assistência à maternidade (art. 119, § 2º e 161), direito à pensão para família em caso de falecimento e direito à aposentadoria, em tema de servidor público (art. 129), o direito ao ensino obrigatório, público e gratuito (art. 145), a função social da propriedade (arts. 153), direitos previdenciários (art. 161) que cobririam à capacidade para o trabalho, a velhice, a enfermidade e "vicissitudes da vida", sendo clara a extensão da subjetividade, por exemplo, no art. 164, que dispõe que "a classe média independente agrícola, industrial e comercial será atendida pelas leis e a administração, e se a defenderá de toda carga excessiva, evitando sua desaparição".

A generalização também se associaria ao fenômeno da especificação, em virtude do qual se multiplicam novos direitos fundamentais, atendendo ao aumento dos bens jurídicos dignos de proteção, bem como da necessidade de distinguir direitos atentando a particularidades concretas do indivíduo (ex. idade, sexo, renda, gênero, orientação sexual, etc). A especificação se dará de modo diverso nas diferentes experiências constitucionais, pois se nas Constituições do final do s. XX, tais como Portugal, Espanha e Brasil os tais novos direitos encontram-se incorporados ao texto constitucional e nas editadas no início do s. XXI, além de incorporados estão detalhados (Constituições do Equador de 2008 ou da Bolívia 2009), nas antecedentes Constituição Italiana (1948) e na Lei Fundamental de Bonn (1949), por exemplo, precisarão da atuação criativa da jurisdição constitucional ou de outros órgãos jurisdicionais, nacionais e internacionais.

Já a internacionalização é o processo de difusão de tratados internacionais de reconhecimento e tutela de direitos. É um fenômeno inerente

---

revolucionário mexicano, pois, consoante já assinalado, a população mexicana que, em 1910, deu início ao movimento contrário ao ditador Porfírio Díaz era eminentemente composta por camponeses já que o México ainda não tinha experimentado um processo de industrialização que o permitisse contar com uma numerosa classe operária" (PINHEIRO, Maria Claudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 43. n. 169. jan./mar. 2006).

à realidade social progressivamente mais aberta às interações sociais, econômicas e culturais para além das fronteiras nacionais, sendo impulsionado sobretudo depois do segundo pós-guerra, pela necessidade de articulação dos Estados com vistas à garantia de standards de proteção de direitos dentro do espaço interno de atuação estatal com supervisão e controle internacionais, dados os impactos que violações de direitos humanos num país podem provocar nos outros e na sociedade internacional como um todo.

Quanto ao ponto, importa reiterar que, num primeiro momento de internacionalização e tendo em conta que o Direito Internacional regulava somente as relações entre Estados, permanecendo a relação entre Estado e seus cidadãos no campo do seu domínio reservado, a situação em que um nacional se visse afetado em sua esfera jurídica por ação de outro Estado era potencialmente causadora de tensão interestatal, em resposta a que foi sendo desenvolvida a ficção segundo a qual o Estado da vítima seria lesado em seu direito próprio, como se vê presente no Direito Diplomático e Consular.

Neste formato de apuração de violação a direitos dos indivíduos, de caráter nitidamente unilateral, o Estado ofendido, em virtude de alegada violação a Direito seu, reivindica a reparação do Estado ofensor, sob pena de aplicação de sanções unilaterais com as consequentes reações por parte também deste último. O impacto deste mecanismo é bem examinado por André Carvalho Ramos:

> Assim, o Estado pretensamente lesado exige reparação e ao não recebê-la, aplica sanções unilaterais ao Estado infrator, o qual, por seu turno, considera tais sanções injustificadas e ilegais, justamente por não reconhecer como ilícita sua conduta prévia impugnada, acarretando o uso de sanções unilaterais agora por parte do Estado pretensamente infrator. Nem é preciso dizer sobre os perigos que tais 'escaladas de sanções' ocasionam para a paz mundial, ainda mais em um tema tão sensível como o dos direitos humanos[399].

Perceba-se que o mecanismo unilateral reflete o paradigma de coexistência das relações internacionais, pautado numa estruturação paritária e descentralizada da sociedade internacional e, consequentemente, as obrigações

[399] RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de Direitos Humanos e a implementação das decisões no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33.

internacionais se cumpriam a partir das interpretações que cada Estado discricionariamente definia e da lógica da reciprocidade que modulava a responsabilidade internacional.

A propósito, mesmo atos internacionais que veicularam obrigações aos Estados e que pareciam assegurar direitos a indivíduos em suas relações com o seu Estado, tais como o efetivado no Congresso de Viena de 1815, que tratava da garantia de proteção a todas as religiões ou o Tratado de Londres de 1842, que proibiu o comércio de escravos, em essência, não podiam ser considerados como de direitos humanos, na medida em que se limitavam, precisamente, a impor obrigações recíprocas entre os Estados, não protegendo diretamente o indivíduo, diferentemente do que já se havia, vale repetir, no seio do direito internacional humanitário[400].

A propósito, o Pacto da Liga das Nações, em seu art. 23, se voltava para a proteção de alguns direitos, tais como o trabalho, o tratamento equitativo das populações indígenas, o combate ao tráfego de mulheres e crianças, as liberdades de comércio e de trânsito[401]. Ademais, a preocupação social e econômica também influenciou o Tratado de Versalhes (1919), tendo sido criada a Organização Internacional do Trabalho – OIT, órgão da Liga das Nações, depois transferida para a estrutura organizacional da ONU.

---

[400] A este respeito: "As regras de direito humanitário não nascem de um acordo movido à reciprocidade, que implica na obediência as regras convencionadas na medida em que o outro Estado respeita suas próprias obrigações, mas sim, de uma série de engajamentos objetivos, marcados pela unilateralidade, pelos quais cada Estado se obriga em face de todos, de modo pleno" (RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de Direitos Humanos e a implementação das decisões no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41).

[401] "Art. 23. Sob a reserva e em conformidade com às disposições das Convenções internacionais atualmente existentes ou que serão ulteriormente concluídas, os membros da Sociedade: 1. esforçar-se-ão por assegurar e manter condições de trabalho equitativas e humanas para o homem, a mulher e a criança nos seus próprios territórios, assim como em todos os países aos quais se estendam suas relações de comércio e indústria e, com esse fim, por fundar e sustentar as organizações internacionais necessárias; 2. comprometem-se a garantir o tratamento equitativo das populações indígenas dos territórios submetidos à sua administração; 3. encarregam a Sociedade da fiscalização geral dos acordos relativos ao tráfico de mulheres e crianças, ao comércio do ópio e de outras drogas nocivas; 4. encarregam a Sociedade da fiscalização geral do comércio de armas e munições com o país em que a fiscalização desse comércio é indispensável ao interesse comum; 5. tomarão às disposições necessárias para assegurar a garantia e manutenção da liberdade do comércio e de trânsito, assim com equitativo tratamento comercial a todos os membros da Sociedade, ficando entendido que as necessidades especiais das regiões devastadas durante a guerra de 1914 a 1918 deverão ser tomadas em consideração; 6. esforçar-se-ão por tomar medidas de ordem internacional afim de prevenir e combater moléstias.".

Em seu ato constitutivo, a OIT é estabelecida sob a premissa de “que existem condições de trabalho que implicam um tal grau de injustiça, dificuldades e privações para um grande número de seres humanos que a agitação causada constitui uma ameaça para a paz e a harmonia universais”, encarregando-se-a de fomentar, entre todas as nações do mundo, programas que permitam, dentre outros, obter o pleno emprego e a elevação do nível de vida, empregar trabalhadores em ocupações nas que possam ter a satisfação de utilizar suas habilidades e conhecimentos e de contribuir ao máximo ao bem-estar comum, alcançar o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, estender as medidas de seguridade social para garantir renda básica a quem dela necessite e prestar assistência médica completa, prevendo-se, ainda, um mecanismo internacional de monitoramento, baseado na análise de relatórios apresentados pelos Estados por parte de um comitê.

Ainda assim, perceba-se que mesmo depois do surgimento da Liga das Nações e da OIT manteve-se o esquema de realização intraestatal de direitos, afinal:

> Nella prassi del diritto internazionale dominava tuttavia il principio della domestic jurisdiction dello Stato nei confronti dei propri cittadini. L’individuo occupava nel diritto internazionale una posizione soltanto mediata: il diritto internazionale continuava a configurarsi e ad operare quale diritto tra gli Stati[402].

Esta ordem de coisas muda, porém, com a Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos do Homem – DUDH, a partir de quando a internacionalidade interage com a universalidade dos direitos humanos que se encontra claramente reconhecida, prevendo-se que os titulares de direitos fundamentais não são apenas os cidadãos de um Estado individualizado, mas todas as pessoas, as quais merecem proteção efetiva, para além de sua enunciação ou declaração pelos Estados. A universalização significa que a titularidade não depende de elementos físicos, históricos, culturais, políticos ou econômicos, porque é inerente à condição humana e implica reconhecer que em alguma medida o indivíduo integra a sociedade internacional.

---

[402] MEZZETTI, Luca. **Tradizioni giuridiche e fonti del diritto**. Torino: Giappichelli Editore, 2020. p. 135.

Aqui cabe a observação de que a internacionalização interage e se consolida com o desenrolar da universalização dos direitos, embora, tal como identificado por Bobbio, a própria universalização passa por fases históricas transformadoras: a primeira, promovida pelo jusnaturalismo moderno, através do qual a liberdade e a igualdade se apresentavam como um valor ou um fim a seguir, como se fosse no estado de natureza; a segunda, de positivação estatal, em que a afirmação nacional de posições jurídicas para cuja proteção o Estado era criado é disseminada, embora se perdesse em universalidade; e a terceira, que deriva do consenso básico universal apoiado na DUDH. Em suas palavras, "os direitos do homem nascem como direitos naturais universal, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais"[403].

É com o advento da Carta da ONU e da DUDH e, depois, com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – PIDCT e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC que se completarão as bases do Direito Internacional dos Direitos Humanos, abrindo margem para a profusão de tratados internacionais relativos a direitos humanos setoriais, os quais foram prevendo mecanismos coletivos ou institucionais de tutela e fiscalização a direitos humanos, divididos em mecanismos políticos (tais como os realizados pelo Conselho de Segurança da ONU) e judiciários, estes se diferenciando pela presença de um órgão de tratado (treaty bodies) ou judicial (Corte IDH, Corte Europeia de Direitos Humanos) que atua no seio de um processo em que são asseguradas as prerrogativas do devido processo legal.

Consequentemente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, de caráter universal, se caracteriza, por um lado, pela assunção de obrigação de fazer internacional pelo Estado em matéria de direitos em favor, não de outro Estado (isto é, não por reciprocidade), mas em face de todos aqueles sujeitos à sua jurisdição e esta relação não mais se situa no domínio reservado do Estado, se não que se converte numa relação internacionalmente relevante e no interesse de toda a sociedade internacional[404]. Por outro lado, se o indivíduo é

[403] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992. p. 27. p. 30.

[404] O TEDH manifestou-se precisamente sobre esta diferença de lógica de engajamento: "El Convenio, a diferencia de los tratados internacionales clásicos, se sale del ámbito de la mera Reciprocidad entre los Estados que lo suscriben. Crea, además de unos compromisos sinalagmáticos, unas obligaciones objetivas, las cuales disfrutan de una garantía colectiva. El

titular de direitos fundamentais, estabelecidos pelo Direito internacional e oponíveis aos seus próprios Estados, haverá uma tendência a se reconhecer a preferência ou primazia do Direito Internacional em face do direito interno e, inevitavelmente, atenuar o espaço da soberania estatal, quer seja por meio da identificação de direitos humanos que interessam a toda a sociedade internacional, quer seja pela intensificação do papel promotor, fiscalizador e até sancionador de determinados organismos internacionais ou de instâncias jurisdicionais internacionais.

Por fim, por globalização dos direitos humanos entende-se o processo através do qual estes se tornam cosmopolitas, ao comporem o núcleo fundamental das normas imperativas de direito internacional (jus cogens), ocupando uma posição supraordenada no sistema internacional em face das demais normas consuetudinárias e convencionais, de tal modo que – com as ressalvas que já expusemos – poderiam figurar como critérios para obrigar os Estados a adotar determinadas medidas internas voltadas ao cumprimento destas normas fundamentais, sob pena de responsabilização internacional, inclusive no seio de uma *universal jurisdiction*. Também associa-se ao fenômeno da globalização dos direitos humanos a necessidade de proteger direitos também no âmbito das relações havidas no espaço internacional, ou nos sistemas de integração econômica, ou das relações transnacionais, caracterizadas pela presença de agentes privados.

5.3. SISTEMA UNIVERSAL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

O sistema de proteção de direitos humanos com aspiração universal é o onusiano, ou seja aquele instituído pela ONU, que se vale dos referentes textuais básicos da Carta das Nações Unidas, da DUDH (Resolução 217 A da AG-ONU), do PIDCP e do PIDESC e dos vários tratados internacionais de

---

Convenio (artículo 24) permite que los Estados contratantes exijan el respeto de dichas obligaciones sin tener que justificar un interés que, por ejemplo, resulte de que la medida que impugnen haya perjudicado a uno de sus propios ciudadanos. El Convenio no se limita a obligar a las autoridades supremas del Estado a que respeten los derechos que ampara; implica también que dichas autoridades tienen que impedir o sancionar la violación en niveles inferiores" (CEDH. CASE OF IRELAND v. THE UNITED KINGDOM - [Spanish Translation]. ECLI:CE:ECHR:1978:0118JUD000531071. Date 18/01/1978. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-165150%22]}. Acesso em 26 mai. 2024.)

direitos humanos setoriais, materialmente especiais (ex. genocídio e tortura) ou que protegem grupos particularizados (ex. refugiados, apátrida, mulher, criança) ou, ainda, destinados à garantia da igualdade (contra discriminação racial, contra discriminação contra a mulher, contra o apartheid, etc), de onde deriva, de um lado e dada ampla adesão estatal, que os Estados em geral assentiram na garantia de direitos fundamentais básicos indistintamente a todos em seus territórios e, de outro, a existência de atores e mecanismos de supervisão de direitos humanos diversos, de acordo com que estejam baseados na Carta da ONU ou nos tratados de direitos humanos.

Cumpre advertir, preliminarmente, que a DUDH, na condição de resolução da Assembleia Geral, não foi editada como veiculadora de obrigações internacionais, dotada, portanto, da natureza de *soft law*, o que retratou a prevalência da posição americana acerca do caráter recomendatório e com vistas à garantia da soberania nacional, embora a doutrina internacionalista tenda a lhe reconhecer o caráter de norma costumeira, valendo-se do quanto constou do julgamento do Caso do Pessoal Diplomático e Consultar norte-americano no Teerã pela CIJ[405].

Baseados na Carta das Nações Unidas estão, fundamentalmente, o Conselho de Direitos Humanos (Resolução 5/1 de 18.06.2007), como órgão subsidiário da Assembleia Geral, e o Alto Comissariado para os Direitos Humanos, este último com funções de secretariado. Em seu trabalho de supervisão, o Conselho de Direitos Humanos se utiliza dos mecanismos de revisão periódica (Universal Periodic Review Mechanism[406], conforme os arts. 1-38, Res 5/1,1 8.06.2007), dos procedimentos especiais (Especial Procedures,

---

[405] "Wrongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights. But what has above al1 to be emphasized is the extent and seriousness of the conflict between the conduct of the Iranian State and its obligations under the whole corpus of the international rules of which diplomatic and consular law is comprised, rules the fundamental character of which the Court must here again strongly affirm" (ICJ. CASE CONCERNING UNITED STATES DIPLOMATE AND CONSULAR STAFF IN TEHRAN (UNITED STATES OF AMERICA v. IRAN. JUDGMENT OF 24 MAY 1980. Disponível em https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 16 mai. 2024.).

[406] "A tônica da RPU é 'diálogo construtivo' entre o estado avaliado e seus pares membros da ONU, sendo procedimento internacional de direitos humanos cujo resultado é composto por 'compromisos voluntários' assumidos pelo estado sob exame" (ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 440)

conforme os arts. 39 a 64 da Res. 5/1, 18.06.2007) e das investigações independentes (Complaint Procedure, consoante arts. 85 a 88, da Res 5/1, 18.06.2007).

Não é demais lembrar que com base na Carta da ONU, o próprio Conselho de Segurança irá progressivamente considerando que determinados conflitos armados que ocorrem no interior de um Estado, que sejam caracterizados como violadores de normas de direitos humanos e do direito internacional humanitário, ameaçam a paz e a segurança internacionais e, assim, serão tratados como uma questão internacional[407], tal como se resolveu, por exemplo, nos casos do Iraque (Res. 688/1991), da ex-Iugoslávia (Res. 713/91), da Somália (Res. 794/1992), de Ruanda (Res. 929/1994) ou da República Centro-africana (Res. 2387/2013).

Mas também existem os órgãos criados por tratados (*treaty bodies*), com a especial incumbência de supervisão e tutela setorial de direitos humanos, como o Comitê de Direitos Humanos (Comitê DH-ONU), baseado no PIDCP, o Comitê de Direitos econômicos, sociais e culturais (CDESC), baseado no PIDESC, além dos vários órgãos e mecanismos setoriais, tais como o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (Comitê CERD), baseado na Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, o Comitê para a Eliminação da discriminação contra a mulher (Comitê CEDAW), com base na Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher ou o Comitê contra a Tortura (Comite CAT), fundado na Convenção contra a Tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

O Comitê DH-ONU supervisiona o cumprimento do PIDCP, através da análise dos relatórios periódicos enviados pelos Estados partes e redige as suas observações gerais acerca da interpretação de dispositivos do pacto. Mas, por força do art. 12.2 do Pacto e desde que o Estado tenha aderido ao Protocolo Facultativo ao PIDCP, o Comitê DH-ONU está habilitado para receber denúncias

[407] "La Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 8-XII-1988 revisó el principio de no injerencia, revisión que se confirmó en una nueva Resolución, de 14-XII- 1990. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó, en la Resolución 688, de 5 de abril de 1991, el derecho de injerencia de éstas cuando la violación de los derechos humanos en el interior de un Estado "constituya una amenaza para la paz y la seguridade internacionales" (MORAL, Antonio Torres Del. Del Estado Absoluto Al Supranacional E Internacionalmente Integrado. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 18, n. 9, p. 19–41, 2012.)

individuais, as quais serão conhecidas se estiverem esgotados os recursos internos e o mesmo assunto não esteja sendo conhecido por outra instância internacional.

A seu turno, o Protocolo Facultativo ao PIDESC prevê o estabelecimento de um mecanismo facultativo de comunicações interestatais (art. 10) e um procedimento de investigação acerca da implementação dos direitos (art. 11), o qual pode finalizar com uma visita *in situ* e posterior apresentação de relatórios ao CDESC, além de um mecanismo de petição individual (art. 2).

Já o Comite CAT dispõe de cinco mecanismos de monitoramento, quais sejam a apresentação de relatórios periódicos (art. 19), a investigação (art. 20), as comunicações interestatais (art. 21), as comunicações individuais (art. 22) e a adoção de observações gerais acerca da interpretação de dispositivos do Tratado.

O fato é que o sistema de proteção direitos humanos abrigado pela ONU tem um caráter marcadamente político, uma vez que tanto os relatórios periódicos, como os pareceres emitidos em comunicações individuais ou interestatais, assim como também as observações interpretativas não são vinculantes, de modo que o grau de implicação das bases textuais dos tratados universais de direitos humanos, a efetividade de suas normas e das decisões dos órgãos de supervisão e monitoramento dependem dos instrumentos tradicionais do Direito Internacional, sujeitos amplamente à discricionariedade e à reciprocidade estatais.

Como exemplo do caráter mais político do sistema universal e através de uma breve consulta sobre a base de dados das comunicações individuais no âmbito do sistema universal em face do Brasil, verifica-se que constam cinco comunicações individuais, duas das quais chegaram ao exame do mérito. A primeira[408] delas em favor de Lourdes da Silva Pimentel (mãe de Alyne da Silva Pimentel Teixeira) e tendo como base a Convenção para Eliminação da Discriminação contra a Mulher e seu Protocolo Facultativo.

[408] A segunda se refere à comunicação individual tida como procedente pelo Comitê DH-ONU, em favor de Luis Inácio da Silva (atual presidente do Brasil), por violação aos arts. 9 (1), 14 (1) e (2), 17 e art. 25 (b) todos do PIDCP. Cfr. Versão em inglês: UN. Human Rights Committee. Communication n. 2841/2016. 27 March 2022. CCPR/C/134/D/2841/2016(final proceedings).

No caso em questão, o Comitê CEDAW reconheceu que a morte da Sra. da Silva Pimentel Teixeira, em 2002, se deu em virtude da associação de diversos fatores de negligência do serviço público de saúde motivada por sua condição de mulher, negra e pobre[409], tendo sido violados os arts. 12, 2.c e 2.e, emitindo-se recomendações individuais (relativas à família de Alyne) e estruturais, tais como a garantia de serviço de atenção obstétrica de emergência adequada, a capacitação profissional adequada aos trabalhadores da saúde, especialmente em matéria de direitos reprodutivos, a imposição de sanções a profissionais de saúde que violem a saúde reprodutiva ou a redução das mortes maternas evitáveis.

De acordo com o art. 7.4 do Protocolo Facultativo à citada Convenção, o Brasil dispunha de 06 (seis) meses para enviar uma resposta por escrito, com toda a informação relativa às medidas adotadas à luz do parecer e das recomendações, tendo o Estado brasileiro acatado a responsabilização, realizando uma solenidade de reparação no dia 25 de março de 2014 e três reparações simbólicas posteriores, consistentes na entrega de placa, realização de seminário e inauguração de espaço de convivência na Maternidade do Hospital Estadual Mãe de Mesquita em nome de Alyne Pimentel, além do pagamento de indenização em favor de Maria de Lourdes da Silva Pimentel.

5.4. SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

Antes de mais nada, é preciso recordar que o Conselho da Europa, do qual emana o sistema europeu, é uma organização internacional interestatal de caráter multilateral cuja competência normativa é exercida mediante acordo entre os Estados, sem a previsão de incidência direta nos ordenamentos estatais e, logo, dependente de interposição pelos processos normativos nacionais. Em outras palavras, uma vez incorporadas no ordenamento interno, as normas primárias do Conselho da Europa (como a CEDH e seus protocolos) incidem

[409] "[...] 7.7. El Estado parte también reconoce que la convergencia o asociación de los diferentes elementos descritos por la autora pueden haber contribuido a que no se prestara a su hija la atención de emergencia necesaria, lo cual ocasionó su muerte. En estas circunstancias, el Comité concluye que la Sra. da Silva Pimentel Teixeira fue objeto de discriminación, no solo por ser mujer, sino también por ser de ascendencia africana y por su condición socioeconómica ". (ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Dictamen - Comunicación núm. 17/2008. 49º periodo de sesiones: 11 a 29 de julho de 2011. CEDAW/C/49/D/17/2008.).

naturalmente sobre o Estado, com a posição e a função que lhes forem outorgadas pelo direito nacional.

Originariamente, o sistema que tinha a CEDH e seus Protocolos Adicionais como base textual comum, congregava três órgãos com funções de monitoramento, supervisão e decisão: 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.

A reclamação dos Estados ou dos particulares era endereçada à Comissão, que decidia acerca da admissibilidade, descrevia os fatos, se encarregava da solução consensual e, sendo o caso, emitia o seu parecer acerca da alegada violação, remetendo-se ao Tribunal, se o Estado envolvido tivesse aceitado a sua jurisdição, ou ao Conselho de Ministro.

Desde o Protocolo Adicional à CEDH nº 11, porém, instituiu-se o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) como corte permanente e de jurisdição obrigatória, com competência sobre todos os assuntos relativos à interpretação e à aplicação do CEDH e de seus protocolos, assegurando-se, ainda, à pessoa física, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de uma violação a direitos reconhecidos na CEDH que possam acionar diretamente o TEDH (art. 34), desde que esgotadas as vias dos recursos internos e que seja proposta no prazo de 06 meses da resolução interna definitiva (art. 35, I).

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos não representa um órgão jurisdicional a mais em matéria de proteção de direitos fundamentais[410], mas uma instância internacional de fiscalização em concreto do cumprimento das normas da CEDH, fixando-lhe os standards de interpretação e aplicação que devem ser seguidos pelas instâncias nacionais, funcionando sob a lógica da subsidiariedade da sua atuação, que é manifestada nas exigências de

[410] "La aplicación previa del Derecho interno de cada Estado contratante es un principio general que late en todo el Convenio. De tal modo que la salvaguarda del Convenio tiene un carácter subsidiario respecto de los sistemas de garantía de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales establecidos por la legislación de cada país" (TEDH. CASO HANDYSIDE [TEDH-18]. Sentencia 5493/72. 07/12/1976. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-165143. Acesso em 23 mai. 2024).

esgotamento dos recursos internos e do prazo de apresentação da reclamação internacional.

Por outro lado, dado o aumento expressivo da carga de trabalho no âmbito do TEDH, em 2010 entra em vigor o Protocolo Adicional nº 14, de cujas inovações se destacam a previsão dos filtros de admissibilidade relativos à demandas manifestamente mal fundadas ou abusivas, bem como do "prejuízo importante"[411], a figura do juiz singular para declarar a inadmissibilidade da reclamação[412] e as seções ou comitês compostos por três juízes com vistas a solucionar demandas repetitivas[413]. Outra novidade do Protocolo 14 reside na execução de suas resoluções: os Estados se comprometem a acatar as sentenças definitivas do TEDH nos litígios de que forem partes, assim como a Comissão de Ministros se encarrega de sua execução, inclusive com a possibilidade de imposição de medidas sancionadoras (art. 46).

No mesmo âmbito do Conselho da Europa foi firmada a Carta Social Europeia (1961, posteriormente revisada e ampliada em 1996), com a declaração de direitos econômicos e sociais e de algumas obrigações necessárias para a sua garantia nos Estados partes, tais como os referentes ao direito ao trabalho, à remuneração suficiente, à negociação coletiva, à formação profissional, à assistência social e à saúde, bem como proteção da maternidade, de crianças, de pessoas com deficiência, direito à habitação e de proteção frente à pobreza e exclusão social.

O mecanismo de controle e supervisão, no entanto, é diferente daquele previsto para a efetividade da CEDH, já que no caso da Carta Social

---

411 "Art. 35 [...]. 3 — O Tribunal declarará a inadmissibilidade de qualquer petição individual formulada nos termos do artigo 34.o sempre que considerar que: a) A petição é incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus Protocolos, é manifestamente mal fundada ou tem carácter abusivo; ou b) O autor da petição não sofreu qualquer prejuízo significativo, salvo se o respeito pelos direitos do homem garantidos na Convenção e nos respectivos Protocolos exigir uma apreciação da petição quanto ao fundo e contanto que não se rejeite, por esse motivo, qualquer questão que não tenha sido devidamente apreciada por um tribunal interno.".

412 "Art. 27º. 1 — Qualquer juiz singular pode declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar qualquer petição formulada nos termos do artigo 34.o se essa decisão puder ser tomada sem posterior apreciação. 2 — A decisão é definitiva. 3 — Se o juiz singular não declarar a inadmissibilidade ou não mandar arquivar uma petição, o juiz em causa transmite-a a um comité ou a uma secção para fins de posterior apreciação.".

413 "Art. 28º. 1 — Um comité que conheça de uma petição individual formulada nos termos do artigo 34.o pode, por voto unânime: a) Declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar a mesma sempre que essa decisão puder ser tomada sem posterior apreciação; ou b) Declarar a admissibilidade da mesma e proferir ao mesmo tempo uma sentença quanto ao fundo sempre que a questão subjacente ao assunto e relativa à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos respectivos Protocolos for já objecto de jurisprudência bem firmada do Tribunal.".

Europeia o monitoramento[414] é feito pelo Comitê Europeu de Direitos Sociais, o qual avalia o cumprimento da Carta relativamente às ações legislativas e administrativas do Estado a partir do exame periódico de relatórios enviados pelos Estados[415], do qual resulta a publicação de conclusões acerca da situação em cada país, as quais também servem para o controle do cumprimento das conclusões exaradas nos anos anteriores. Se o resultado das conclusões não forem considerados pelo Estado, o Comitê formula uma recomendação em que são especificadas as medidas necessárias ao cumprimento da Carta.

Também, e desde que aceitado pelo Estado, é previsto um mecanismo de reclamações coletivas[416], com legitimidade ativa restrita, dentre outros, a organizações de empregadores ou sindicais representativas, endereçadas ao Comitê Europeu de Direitos Sociais, o qual instaura um procedimento escrito de oitiva das partes envolvidas, concluindo-se num Relatório que é encaminhado às partes e ao Comitê de Ministros, o qual adota uma resolução que pode, inclusive, conter recomendações para que o Estado tome medidas concretas de aplicação da Carta Social Europeia.

5.4.1. Como o Sistema Europeu de Direitos Humanos encara os ordenamentos e poderes públicos estatais

Analisado em perspectiva relacional, percebe-se que o Sistema Europeu de Direitos Humanos não se estrutura numa ótica de indiferença aos ordenamentos nacionais, a começar pela Carta Social Europeia. A técnica redacional nesta usada evidencia a predominância da previsão de obrigações de meio para os Estados, a serem cumpridas através do exercício das funções típicas do Executivo e do Legislativo e apenas indiretamente pelo Judiciário, na medida em que seu artigo inicial prevê que “Parte I. Las Partes Contratantes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los

[414] “Parte IV. Art. C. El cumplimiento de las obligaciones jurídicas contenidas en la presente Carta se someterá a la misma supervisión que la Carta Social Europea.”.
[415] “Art. 21, da Carta Social Social Europeia original: “Las Partes Contratantes remitirán al Secretario general del Consejo de Europa, en forma que habrá de determinar el Comité de Ministros, un informe bienal sobre la aplicación de las disposiciones de la Parte II de la Carta que aquéllas hubieren aceptado”.
[416] “Parte IV. Art. D. 1. Las disposiciones del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas se aplicarán a las obligaciones contraídas en aplicación de la presente Carta para los Estados que hayan ratificado el citado Protocolo.”.

medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecer aquellas condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes", diferentemente do que ocorre com o art. 1º da CEDH ("As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção"), o qual permite concluir tanto a sua incidência direta sobre os ordenamentos estatais, quanto a legitimidade da aplicação imediata pelos juízes nacionais.

Portanto, na realização da Carta Social Europeia prepondera a preocupação imediata com a atuação dos órgãos políticos estatais voltada à implementação de suas normas, como bem esquematiza Días Rodríguez:

> En consecuencia, el análisis de la CSEr bajo este esquema propuesto, conduce a la siguiente afirmación: la CSEr tiene normas que, por su propia naturaleza, requieren un desarrollo legislativo, con lo que los jueces deberán "esperar" a lo que los Parlamentos nacionales aprueben. En la CSEr, nadie controla de forma jurídicamente coercitiva que los países obran de forma correcta en la faceta legislativa, ya que, con el Comité Europeo de Derechos Sociales a la cabeza, funciona un sistema de informes nacionales y otro de reclamaciones colectivas que conducirán, en su caso, a recomendaciones (no son aquí desarrollados). El CEDS no es el TJUE, ni tampoco el TEDH, razón que ha llevado a que el propio CdE, en un comunicado reciente, destaque la necesidad de "modificar los mecanismos de supervisión de la Carta Social Europea para reforzar su eficacia e impacto". Las conclusiones del citado Comité son valiosas como referencia, pero no son jurisprudencia aunque se habla de ella (en términos impropios, por tanto). En el campo de la interpretación judicial, las normas nacionales deben interpretarse bajo el prisma de la CSEr, pero nunca podrá prescindirse de esas normas nacionales si se apreciara una colisión con la CSEr[417].

Outrossim, merece referência a disposição de preferência aplicativa das disposições mais favoráveis, nacionais ou internacionais, também no contexto da proteção dos direitos sociais: "Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de Derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas" (Parte V da Carta Social Europeia: Artículo H).

---

[417] RODRÍGUEZ, Juan Miguel Días. La interpretación y aplicación de la Carta Social Europea, en particular, en materia de extinción del contrato de trabalho. **Doc. Labor.2**, *[S. l.]*, v. I, n. 125, p. 57–74, 2022.

A seu turno, o modo de atuação do subsistema da Convenção Europeia de Direitos Humanos se baseia nesta (e seus Protocolos adicionais) como base normativa de que se serve um órgão jurisdicional garantidor de sua eficácia (TEDH)[418], mas, também aqui e atento tanto ao seu desenho como ao método de trabalho do TEDH, pode-se inferir que há uma relativa deferência aos poderes estatais e que a Corte não se vê exercendo uma função constitucional[419], o que se revela no instituto da margem de apreciação nacional, na sua configuração de controle de convencionalidade e na institucionalização do diálogo judicial.

Em linhas gerais, a margem de apreciação é um espaço de atuação discricionária reconhecida às autoridades estatais para estabelecer o padrão de proteção a um direito fundamental ou, ainda, um poder de deferência[420] em favor dos Tribunais estatais no controle de possíveis violações ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e que, no seio do sistema europeu de direitos humanos, é especialmente empregado nos casos do controle (da

---

[418] Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. I contesti ordinamentali della tutela multilivello dei diritti. **Cittadinanza Europea (La)**, *[S. l.]*, n. 2, p. 61–77, 2024. DOI: 10.3280/ceu2023-002005.

[419] A este respeito, cabe citar trecho da opinião parcialmente dissidente e coincidente do Juiz ZUPANČIČ, no caso Hutten-Czapska: "[...] Second, a de jure erga omnes binding effect would be one expressed in the judgment in abstracto. In such a case we would say that a particular piece of national legislation that had been the cause of the case before us was incompatible with the Convention, or in other words "un-conventional". The Court clearly does not have, with the usual paraphernalia of constitutional law, an interest in meddling in what national legislation should or should not do. Subsidiarity is a healthy collateral effect of the simple fact that an international judicial body does not know how to, and thus does not want to, enter into the details of national legislative happenings. This is the role rightly reserved for national constitutional courts. Third, we are situated at the top of forty-six national judicial pyramids. The message sent to one of these jurisdictions will have a completely different meaning in another. In other words, our pronouncements are decisions concerning minimum standards, irrespective of how the violations happened in Iceland or in Azerbaijan. We are not and cannot be the constitutional court for the forty-six countries concerned. The fears that we shall usurp that role are not realistic." (TEDH, CASE OF HUTTEN-CZAPSKA v. POLAND. App. No(s). 35014/97. Judgment Date 19/06/2006. PARTLY CONCURRING, PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE ZUPANČIČ).

[420] "La existencia de esta doctrina no ha implicado que los tribunales regionales de derechos humanos impongan decisiones a traves de una uniformidad ante cualquier problema jurídico. Podemos de forma más precisa indicar que la ausencia de consenso entre los Estados sobre temas sensibles en derechos humanos, ha llevado a que el TEDH y la Corte IDH justifiquen una imposibilidad de definición en la interpretación y aplicación de algunos derechos y procedan al reconocimiento de un principio de deferencia hacia las autoridades nacionales" (DELGADO, Francisco Roberto Barbosa. El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática. *In*: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (org.). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos**. [s.l.] : Tirant lo Blanch, 2013. p. 1089–1118. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31242.pdf. Acesso em 23 mai. 2024)

convencionalidade) de restrição ou limitação a direitos declarados na CEDH, de litígios sobre os quais se verifica a existência atual de desacordos morais interestatais e, ainda, nos supostos de controle de medidas estatais tomadas em contexto excepcional de crise ou de emergência.

Sobre a primeira, ou seja, do controle de regularidade da limitação ou restrição a um direito declarado na CEDH, pode-se trazer à colação o conhecido Caso Otto-Preminger-Institut, em que o TEDH reconheceu que, dada a impossibilidade de discernir uma concepção uniforme do significado da religião na sociedade, não seria possível estabelecer um padrão abrangente sobre a liberdade de expressão no confronto com sentimentos religiosos, exigindo-se, entretanto, que a necessidade de restrição fosse provada de forma convincente[421].

O Tribunal, no julgamento do "Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico em Bélgica" fazendo referência ao Parecer da Comissão, reporta que o art. 14 da CEDH permite, *in verbis*:

> "que 'ciertas diferenciaciones' pueden practicarse por un motivo razonable y legítimo, la idea de 'control internacional' exige que la Comisión y el tribunal 'traten de verificar los motivos del legislador, así como los fines y los efectos producidos por la legislación'. Examinar si estos motivos son 'razonables', los fines 'legítimos' y los efectos 'justificados' no conduce a 'poner bajo tutela' a los Estados contratantes, a los que la Comisión, por otra parte, reserva un 'cierto margen de apreciación'[422].

[421] "As in the case of "morals" it is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society (see the Müller and Others v. Switzerland judgment of 24 May 1988, Series A no. 133, p. 20, para. 30, and p. 22, para. 35); even within a single country such conceptions may vary. For that reason it is not possible to arrive at a comprehensive definition of what constitutes a permissible interference with the exercise of the right to freedom of expression where such expression is directed against the religious feelings of others. A certain margin of appreciation is therefore to be left to the national authorities in assessing the existence and extent of the necessity of such interference. […] The Court cannot disregard the fact that the Roman Catholic religion is the religion of the overwhelming majority of Tyroleans. In seizing the film, the Austrian authorities acted to ensure religious peace in that region and to prevent that some people should feel the object of attacks on their religious beliefs in an unwarranted and offensive manner. It is in the first place for the national authorities, who are better placed than the international judge, to assess the need for such a measure in the light of the situation obtaining locally at a given time. In all the circumstances of the present case, the Court does not consider that the Austrian authorities can be regarded as having overstepped their margin of appreciation in this respect." (TEDH. Case Of Otto-Preminger-Institut V. Austria. Application no. 13470/87. 20 September 1994. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:[%22001-57897%22]}. Acesso em 24 mai. 2024.)

[422] TEDH. Caso Relativo A Ciertos Aspectos Del Régimen Lingüístico En Bélgica. Sentencia 1474/62. 23/07/1968. Dispoível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-165133. Acesso em 20 mai. 2024.

Ademais, dado o seu inerente caráter restritivo de direitos fundamentais, o Direito penal estatal também tem sido objeto de controle deferindo-se uma certa margem de discricionariedade às autoridades normativas estatais, cabendo-se destacar aqui o exposto no Caso Lugens:

> 39. El adjetivo «necesaria», a tenor del artículo 10.2, implica una «necesidad social imperiosa» (sentencia en el caso Barthold, ya citada antes, serie A, núm. 90, pp. 24-25, apartado 55). Los Estados contratantes disfrutan de algún margen de apreciación de la existencia de esta necesidad (ibid.), pero paralelamente existe una fiscalización europea que se extiende a la vez a la ley y a las resoluciones que la aplican, incluso cuando proceden de un tribunal independiente (sentencia en el caso Sunday Times de 26 de abril de 1979, serie A, núm. 30, p. 36, apartado 59). El Tribunal tiene, por tanto, competencia para resolver, en definitiva, si una «restricción» o «sanción» armoniza con la libertad de expresión que protege el artículo 10 (ibid.)[423].

Por sua vez, no caso Handyside[424], o TEDH afirma a sua jurisprudência acerca da aplicação da margem de apreciação nacional para hipóteses em que a matéria debatida reflita desacordos morais interestatais:

> En consecuencia, el artículo 10.2 reserva a los Estados contratantes un margen de apreciación. Al tiempo se concede este margen de apreciación al legislador nacional («previstas por la ley») y a los órganos, especialmente a los judiciales, llamados a interpretar y aplicar las leyes en vigor (sentencia Engel y otras de 8 de junio de 1976, serie A, núm. 22, páginas 41 y 42, apartado 100; comparar para el artículo 8.2 la sentencia De Wilde, Ooms y Versyp de 18 de junio de 1971, serie A, núm. 12, págs. 45 y 46, apartado 93, y la sentencia Golder de 21 de febrero de 1975, serie A, núm. 18, págs. 21 y 22, apartado 45). [...] En particular no se puede encontrar en el derecho interno de los Estados contratantes una noción europea uniforme de la moral. La idea que sus leyes respectivas se hacen de las exigencias de la moral varía en el tiempo y en el espacio, especialmente en nuestra época, caracterizada por una evolución rápida y profunda de las opiniones en la materia. Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así

[423] TEDH. Caso Lingens. Sentencia 9815/82. 08 de julho de 1986. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-165091. Acesso em 23 mai. 2024.

[424] Semelhante argumentação se deduz do Caso Frette c. França, em que o TEDH considerou ser controvertida a possibilidade de adoção de uma criança por parte de casal homoafetivo. Cfr. TEDH. CASE OF FRETTE v. FRANCE. Application 36515/97. 26 de fevereiro de 2002. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-60168. Acesso em 23 mai. 2024.

> como sobre la «necesidad (...) de una restricción o sanción» destinada a dar una respuesta a ello.[425].

Aliás, ao se analisar historicamente a jurisprudência do TEDH acerca dos direitos de pessoas transexuais, percebe-se, claramente, que o espaço de apreciação nacional se vê mais reduzido conforme forem se estabelecendo padrões morais mais uniformes nas sociedades intraestatais. No Caso Rees v. Reino Unido, em 1994, em que o reclamante pleiteava a alteração de seu estado civil em adaptação à nova identidade adquirida (para efeito de se afastar de impedimento matrimonial), o TEDH verificou que em alguns países se regulava esta alteração, com maior ou menor exigência formal e noutros sequer existiria a possibilidade de alteração do estado civil, de modo que, em suas palavras, “Se puede decir, por tanto, que hasta la fecha no coinciden los criterios en esta materia y que, visto en su conjunto, parece que el Derecho se encuentra en una fase de transición. Por consiguiente, se trata de un campo en que los Estados disfrutan de un amplio margen de apreciación.”[426].

Posteriormente, no julgamento do Goodwin, no ano de 2002, o TEDH explicitou que “Existen elementos claros e incontestables que muestran una tendencia internacional continuada, no solamente hacia una aceptación social mayor de los transexuales, sino también hacia el reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales operados” e acabou por reconhecer a necessidade de restrição da margem de apreciação do Estado em regular a alteração do status jurídico derivado da mudança de sexo. Cabe transcrever trecho da decisão:

> Aunque el número de países que autorizan el matrimonio de transexuales bajo su nueva identidad sexual sea inferior al de Estados que reconocen la propia conversión sexual, el Tribunal no está convencido de que pueda confirmar la tesis según la cual los Estados firmantes deben tener la potestad absoluta de regular la cuestión ha el marco de su margen de apreciación. Esto llevaría a concluir que el abanico de opciones abiertas a ha Estado firmante puede llegar a prohibir en la práctica el ejercicio del derecho a casarse. El margen de apreciación no puede ser tan amplio. Aunque corresponde al Estado firmante la determinación, ha especial, de las condiciones que debe cumplir

[425] TEDH. Caso Handyside. Sentencia 5493/72. 07/12/1976. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-165143. Acesso em 23 mai. 2024.
[426] TEDH. Caso Rees. Sentencia 9532/81. Sentencia de 17 de octubre de 1986. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:[%22001-165098%22]}. Acesso em 24 mai. 2024.

> ha persona transexual que reivindique el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual para establecer que su conversión sexual se ha realizado correctamente y las formalidades aplicables a su futuro matrimonio (por ejemplo, la información que se debe facilitar a los futuros cónyuges), el Tribunal no encuentra razón alguna que justifique que los transexuales se vean privados en cualquier circunstancia del derecho al matrimonio. Concluye así que se ha infringido el artículo 12[427].

Ao se pronunciar sobre a margem de apreciação no Caso Fretté c. França, o TEDH procedeu à comparação das legislações nacionais para o fim de identificar a existência de um consenso interestatal. Neste julgamento, a Corte assinalou que "o escopo da margem de apreciação variará de acordo com as circunstâncias, o assunto e os antecedentes; a esse respeito, um dos fatores relevantes por ser a existência ou não de uma base comum entre as leis dos Estados Contratantes"[428], para então concluir que, dada a ampla discricionariedade do Estado para regular o instituto da adoção no melhor interesse da criança em virtude da própria falta de consenso entre os Estados acerca da conveniência de autorizar a adoção por casal homoafetivo, a negativa da justiça francesa não teria sido desproporcional.

Por fim, cabe destacar a aplicação da margem de apreciação para o exame de medidas estatais, inclusive legislativas, tomadas em contexto excepcional de crise ou de emergência, fundamentadas no art. 15 da CEDH[429].

No julgamento do Caso Irlanda c. Reino Unido, o TEDH salientou que cabe ao Estado reconhecer que a vida de sua nação está ameaçada e as medidas necessárias para superar a situação de emergência, reconhecendo que o art. 15 da CEDH deixa uma ampla margem de apreciação aos Estados, em virtude de que

---

[427] TEDH. Caso Christine Goodwin Contra Reino Unido. Sentencia 28957/95. Sentencia de 11 de julio de 2002. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:[%22001-162239%22]}. Acesso em 24 mai. 2024.

[428] No original: "40. However, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law. The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and the background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States". TEDH. Case Of Fretté v. France. Application no. 36515/97. 26 February 2002. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:[%22001-60168%22]}. Acesso em 24 mai. 2024.

[429] Artigo 15.º 1. Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.

> em razão de seu contato direto e contínuo com as necessidades urgentes do momento, as autoridades nacionais estão, em princípio, em melhor posição do que o juiz internacional para decidir tanto sobre a presença de tal emergência quanto sobre a natureza e o escopo das derrogações necessárias para evitá-la[430].

Outro exemplo de aplicação da margem de apreciação em situação de emergência é o Caso Brannigan and McBride c. UK, no qual o TEDH acabou concluindo que a situação de ameaça terrorista na Irlanda do Norte justificaria a regulação promovida pela Lei de 1984 sobre disposições provisórias para a prevenção do terrorismo, da qual teria derivado prisões provisórias mais demoradas em face dos reclamantes[431].

Recorde-se, finalmente, que o Protocolo 15 ao CEDH acrescentou ao preâmbulo da Convenção a referência ao princípio da subsidiariedade e ao instituto da margem de apreciação dos Estados na garantia do respeito aos direitos e liberdades naquela definidos[432].

A seu turno, por controle de convencionalidade estamos nos referindo, especificamente, à função de aferição da compatibilidade do direito nacional em face (ou tendo como parâmetro) de normas internacionais convencionais, que pode ser realizado pela jurisdição internacional (controle de convencionalidade internacional) e/ou pela jurisdição estatal (controle de convencionalidade nacional). Conquanto se trate de um conceito e de uma doutrina particularmente evoluída no contexto interamericano – estudada mais adiante – o modo como têm sido delineados os seus contornos no sistema europeu de direitos humanos evidencia a maneira como este se interrelaciona com os sistemas estatais.

---

[430] No original: “It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for "the life of [its] nation", to determine whether that life is threatened by a "public emergency" and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 para. 1 (art. 15-1) leaves those authorities a wide margin of appreciation.” (TEDH.. CASE OF IRELAND v. THE UNITED KINGDOM. Application no. 5310/71. 18 January 1978. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57506. Acesso em 24 mai. 2024.)

[431] TEDH. CASO BRANNIGAN Y McBRIDE CONTRA REINO UNIDO Sentencia 14553/89. Sentencia de 26 de mayo de 1993. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-164578. Acesso em 24 mai. 2024.

[432] «Afirmando que incumbe en primer lugar a las Altas Partes Contratantes, con arreglo al principio de subsidiariedad, garantizar el respeto de los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y sus protocolos, y que, al hacerlo, gozan de un margen de apreciación, bajo el control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que instituye el presente Convenio».

A atuação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos é de jurisdição obrigatória e exclusiva (já que o Comitê de Ministros não possui mais competência decisória, apenas de controle da execução das resoluções do TEDH), mas também subsidiária a dos Estados. As suas funções abrangem a interpretação do direito convencional e sua aplicação aos casos concretos nele suscitados cujas resoluções, como aponta a interpretação literal dos art. 1º e 46 da CEDH, possuem eficácia subjetiva, ou seja, vinculante apenas para as partes em litígio (res judicata).

E – repita-se, a despeito da literalidade dos arts. 1º e 46, CEDH – as funções do TEDH também incluem a produção de standards internacionais que sirvam de base mínima comum de constitucionalidade no interior dos Estados partes (res interpretata ou eficácia objetiva[433]), para o que se mostra indispensável o estudo da ratio decidendi de suas resoluções[434].

O TEDH, em alguns julgamentos, realizou *per se* uma espécie de controle de compatibilidade de normas nacionais em face da Convenção Europeia, como por exemplo, no julgamento dos Casos X e Y vs. Holanda e Siliadín vs. França. No primeiro caso[435], relativamente ao tema aqui analisado, esteve em jogo a interpretação da legislação penal holandesa (arts. 248 ter e 239.2 do Código Penal) que, ao condicionar a persecução penal em casos de violência sexual à representação da vítima, sem que esta possa ser substituída pela manifestação de um representante legal no caso de que a vítima seja

---

[433] Esta eficácia objetiva é reconhecida no seio do sistema europeu de direitos humanos, ao menos desde o Caso Marckx vs. Bélgica, de 13 de junio de 1979. Cfr. CARDONA, Edgar Omar García; TORRES, Luis Ernesto Orozco. Reflexiones sobre la protección de Derechos Humanos y res interpretata. **Encuentro de ideas: Un mosaico de aportaciones interdisciplinarias al conocimiento**, 2024, 44-60.

[434] "El Tribunal recuerda a este respecto que sus sentencias sirven no sólo para resolver el caso en cuestión, sino más en general, para clarificar, proteger y desarrollar las normas del Convenio y contribuir de esta manera al cumplimiento por parte de los Estados, de los compromisos adquiridos en su calidad de partes contratantes (*Irlanda contra el Reino Unido*, 18 de enero de 1978, apartado 154, series A núm. 25, *Guzzardi contra Italia*, 6 de noviembre de 1980, apartado 86, serie A núm.. 39 y *Karner contra Austria*, núm. 40016/98, apartado 26, TEDH 2003 IX). Si el sistema establecido por el Convenio tiene como objetivo fundamental proporcionar un recurso a las personas, también lo es el decidir las cuestiones relativas al orden público, de interés general, marcando las normas de protección de los derechos humanos y ampliando la jurisprudencia en esta materia al conjunto de la comunidad de los Estados partes del Convenio (*Karner*, ya citado, apartado 26, *Capital Bank AD contra Bulgaria*, núm. 49429/99, apartados 78-79, TEDH 2005 XII y *Rantsev contra Chipre y* Rusia, núm. 25965/04, apartado 197*,* TEDH 2010...)." (TEDH, ASUNTO KONSTANTIN MARKIN c. RUSIA. (Demanda no 30078/06). 22 marzo 2012. ECLI:CE:ECHR:2012:0322JUD003007806)

[435] TEDH. CASE OF X AND Y v. THE NETHERLANDS, Sentencia 8978/80. Sentencia de 26 de marzo de 1985.

pessoa com deficiência mental, teria infringido a proteção eficaz do direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 8º, CEDH).

Já no Caso Siliadín vs. França, dado que o direito penal francês não havia tipificado as condutas de escravidão e servidão, questionava-se se os arts. 225.º a 13.º e 225.º a 14.º do Código Penal (vigentes aos tempos dos fatos) assegurariam uma proteção eficaz ao bem jurídico que deveria ser garantido por meio daquela tipificação e que estão previstos no art. 4º da Convenção, tendo o TEDH concluído que, no caso concreto, houve inércia do Ministério Público na interposição de recurso de caráter penal, tendo o litígio remanescido unicamente em relação à indenização civil, o que era insuficiente para a proteção eficaz, além de que, de qualquer modo, aqueles dispositivos da legislação penal se prestavam a interpretações divergentes na própria jurisdição francesa, de modo que não garantiam a proteção eficaz almejada na Convenção[436].

Perceba-se que nestes casos ilustrativos, o exame da compatibilidade convencional serviu de fundamento para a identificação da lesão ao direito convencional, sem que o TEDH tenha determinado a reforma da normativa nacional ou afirmado que os juízes nacionais violaram um certo dever funcional de efetuar o controle de compatibilidade convencional. Aliás, o próprio TEDH nunca se manifestou no sentido de que as autoridades nacionais deveriam inaplicar (ou invalidar) as suas normas internas quando contrárias às normas convencionais ou à interpretação conferida pela Corte[437], malgrado se localize

---

[436] "147. In addition, according to the report of 12 December 2001 by the French National Assembly's joint taskforce on the various forms of modern slavery, Articles 225-13 and 225-14 of the Criminal Code, as worded at the material time, were open to very differing interpretations from one court to the next, as demonstrated by this case, which, indeed, was referred to by the taskforce as an example of a case in which a court of appeal had unexpectedly declined to apply Articles 225-13 and 225-14. 148. In those circumstances, the Court considers that the criminal-law legislation in force at the material time did not afford the applicant, a minor, practical and effective protection against the actions of which she was a victim. It notes that the legislation has been changed but the amendments, which were made subsequently, were not applicable to the applicant's situation. It emphasises that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies (see paragraph 121 above). 149. The Court thus finds that in the present case there has been a violation of the respondent State's positive obligations under Article 4 of the Convention". (TEDH. CASE OF SILIADIN v. FRANCE. *Application no.* 73316/01. 26 July 2005. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-69891. Acesso em 13 jun. 2024.)

[437] Embora já tenha determinado que o Estado demandado estabelecesse mecanismos para remediar o reiterado descumprimento de obrigações convencionais, como no caso Rumpf vs. Alemanha: "For these reasons, the Court unanimously […] 5. Holds that the respondent State must set up without delay, and at the latest within one year of the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 1 of the Convention, an effective domestic remedy

em alguns sistemas estatais o desenvolvimento de doutrinas (particulares) de controle de convencionalidade nacional[438], tais como nos ordenamentos francês, italiano e espanhol.

No sistema constitucional francês está prevista a superioridade do tratado internacional em face de uma lei nacional[439], mas a contradição entre normas pertencentes a ambos os ordenamentos não é qualificada como conflito constitucional apto a justificar a atuação da jurisdição constitucional por meio do Conselho Constitucional[440], de modo que são as jurisdições ordinárias (judicial e contencioso-administrativa) que possuem competência para efetuar um controle de compatibilidade convencional da lei estatal através da técnica da inaplicação, controle este, porém, que não pode ser feito tendo como objeto a norma constitucional[441].

Consequentemente, a proteção de direitos fundamentais no sistema francês se dá de modo concorrente (e paralelo), através do Conselho Constitucional relativamente aos direitos enunciados na Constituição de 1958, tendo como objeto a lei estatal e como técnica a invalidação da norma estatal desconforme e, ainda, por meio da jurisdição ordinária, relativamente às normas

---

or combination of such remedies capable of securing adequate and sufficient redress for excessively long proceedings, in line with the Convention principles as established in the Court's case-law" (TEDH. CASE OF RUMPF v. GERMANY. *Application no.* 46344/06. 2 September 2010. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-100307. Acesso em 13 jun. 2024).

[438] Em igual sentido: "Igualmente, aun cuando el Tribunal alsaciano no ha implantado —ni ha mencionado— la necesidad de efectuar el control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales; en cierta forma, esta supervisión va siendo desarrollada por los jueces nacionales, de manera que los magistrados locales han comenzado a interpretar los derechos fundamentales reconocidos en sus constituciones nacionales, y los derechos y libertades recogidos en la CEDH, de acuerdo a la jurisprudencia del TEDH" (RUIZ-MORALES, Manuel. L. El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos Americano y Europeo. Su recepción en el caso argentino y español. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, *[S. l.]*, n. 21, p. 129–160, 2017.)

[439] "Article 55. Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.".

[440] "Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international. (Conseil Constitutionnel. 74-54 DC, 15 janvier 1975, cons. 3, 4, 5, 6, 7, Journal officiel du 16 janvier 1975, page 671. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm. Acesso em 12 jun. 2024.

[441] Esta supremacia, porém, foi afirmada no julgamento de controle preventivo de constitucionalidade relativo ao Tratado pelo qual se estabelecia uma Constituição para Europa. Cfr. Conseil Constitutionnel. 2004-505 DC , 19 de novembro de 2004, cons. 11 , 12 , 13 , Diário Oficial de 24 de novembro de 2004, folha 19.885, texto nº 89. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004505DC.htm. Acesso em 12 jun. 2024.

convencionais de proteção de direitos humanos, tendo como objeto também a lei estatal e como técnica a desaplicação da norma estatal contrária[442].

Já na Itália, a relação entre o direito europeu de direitos humanos e o direito interno foi definida nas conhecidas "sentenças gêmeas" (Sentenças 348/2007[443] e 349/2007[444]), nas que restou assentado que o direito convencional em geral prefere às leis internas, mas se submete à supremacia constitucional[445], o que significa dizer que o controle de convencionalidade exercido pelos juízes ordinários não pode resultar na desaplicação da norma nacional, devendo ser alçada a controvérsia para que a decida a própria Corte Costituzionale.

Da doutrina da Corte, depreende-se que a supremacia do direito convencional se assenta no art. 117.1 da Constituição Italiana e, portanto, deve ser aplicado pelo juiz ordinário de acordo com a interpretação conferida pelo TEDH, por força do art. 32, CEDH que lhe confere tal competência, ou seja, a prevalência do direito convencional significa que o juiz ordinário tem o dever de realizar a interpretação conforme à CEDH de toda legislação estatal, mas quando o texto normativo não permita a dotação de uma interpretação compatível, o juiz deve alçar a questão para que a Corte Costituzionale realize o controle de constitucionalidade, com base no próprio art. 117.1.

---

[442] Em igual sentido: "[...] En materia de derechos fundamentales, en síntesis, el sistema de su protección es doble: mediante el control de constitucionalidad se tutela la supremacía de esos derechos, enunciada en la Constitución, ante su eventual infracción por leyes; y a través del control de convencionalidad, se ampara la supremacía de los derechos, declarados en la convención europea, frente a su posible negación por las normas legales. Aunque concurrentes, los dos controles pueden dar resultados distintos. Por ejemplo, una ley acorde con la Constitución no es de por sí, de modo obligado, también conforme con la convención europea de derechos humanos. Y a la inversa, una ley opuesta a la convención tampoco, de por sí, es necesariamente opuesta a la Constitución. Por lo demás, la ley declarada inconstitucional en abstracto por el Consejo Constitucional, es invalidada, mientras que la ley reputada inconvencional por el juez ordinario, en concreto, es inaplicada y permanece en vigor" (SAGÜÉS, Néstor Pedro. El "control de convencionalidad" en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. *In*: **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogo**. [s.l.] : Tirant lo Blanch, 2013. p. 993–1030.)

[443] Corte Costituzionale. Sentenza **348/2007** (ECLI:IT:COST:2007:348). Deposito del **24/10/2007.**

[444] Corte Costituzionale. Sentenza **349/2007** (ECLI:IT:COST:2007:349). Deposito del **24/10/2007.**

[445] "Infatti, almeno secondo la sent. 348/2007, le norme convenzionali andrebbero qualificate come norme interposte, tra la Costituzione e la legge ordinaria, le quali integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale" (BIN, Roberto. PITRUZZELLA, Giovanni. **Le fonti del diritto**. 4ª ed. Torino: Giapichelli, 2023. p. 166)

Por fim, a Constituição Espanhola estabelece no art. 96.1 que “os tratados internacional validamente celebrados, uma vez publicados oficialmente na Espanha, formarão parte do ordenamento interno”, mas não afirma, peremptoriamente, a sua primazia sobre o direito estatal, sendo certo, ainda, que o art. 95[446] confere ao Tribunal Constitucional a competência para decidir se existe contradição entre um tratado internacional e a Constituição. Ademais, como assinalamos, o art. 95, CE associado à Ley 25/2014, estabelecem um controle preventivo de constitucionalidade de tratados, a ser suscitado perante o Tribunal Constitucional.

O que sim se verifica é o mandato de interpretação do art. 10.2, CE mediante o qual os direitos e liberdades fundamentais previstos na Constituição deverão ser interpretados conforme as normas convencionais e a respectiva interpretação dada pelos órgãos jurisdicionais internacionais competentes. Porém, desta norma não é possível concluir que exista uma relação de preferência ou de superioridade da norma convencional em face do direito esatal, mas um dever de harmonização a cargo da jurisdição ordinária e do Tribunal Constitucional, sem que daqui resulte nem a invalidação, nem a inaplicação de qualquer norma interna. Neste sentido:

> De todo lo dicho, se puede entender que en el interior del acervo jurídico español, apenas se ha realizado ese «control de convencionalidad» por parte de jueces ordinarios al estilo interamericano, es decir, casi en ninguna ocasión un juez —que no sea el TC— ha dejado de aplicar una norma interna por ser contraria a los tratados internacionales de derechos humanos o a la jurisprudencia del TEDH (Canosa Usera, 2015: 275-276). Además, hay que destacar que en la práctica, incluso el TC se ha apartado en ciertas ocasiones de los lineamientos establecidos por el Tribunal alsaciano, lo que dificulta afirmar el desarrollo objetivo de ese control convencional desde el ámbito nacional[447].

Mas o Tribunal Constitucional espanhol, na Sentença 140/2018, acabou apoiando a técnica de controle, por qualquer juiz ordinário, da

---

[446] “Art. 95. 1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.”.

[447] RUIZ-MORALES, M. L. El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos Americano y Europeo. Su recep. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, *[S. l.]*, n. 21, p. 129–160, 2017.

compatibilidade entre uma norma interna com status legal e o direito internacional convencional, no art. 96, CE. De fato, o Tribunal reiterou que as normas convencionais não constituem parâmetro de controle de constitucionalidade de normas legais, mas, mesmo reconhecendo que o art. 96 não previa a superioridade hierárquica das normas convencionais, sim entendeu que abrigaria a técnica do controle de convencionalidade, na medida em que as normas convencionais possuiriam uma capacidade de afastamento da norma interna anterior e de resistência a norma interna posterior, sem, contudo, significar um controle de validade normativa, mas apenas uma "regra de seleção de direito aplicável" que cabe aos juízes e magistrados da jurisdição ordinária.

Destaque-se da Sentença:

> [...] Este precepto [art. 96, CE] no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas, aunque establece, de un lado, una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, sin que ello suponga su derogación, y, de otro, define la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones internas posteriores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su mera inaplicación. Dicho en otros términos, la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario. En este sentido hay que entender los pronunciamientos en los que este Tribunal ha venido sosteniendo que los tratados internacionales "no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal" (en este sentido SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5, y 12/2008, de 29 de enero, FJ 2). El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. [...] En suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en

> determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, [...][448].

Pode-se dizer, portanto, que a doutrina do controle de convencionalidade, no espaço europeu de direitos humanos, tem sido construída a partir dos ordenamentos estatais e sem a injunção do órgão jurisdicional internacional, diferentemente do que se demonstrará existir no sistema interamericano, dentre cujas razões pode ser destacada a própria origem e o contexto em que surgiu, para tutela de direitos no seio de Estados mais ou menos parecidos política e juridicamente, com uma forte intenção de solidariedade e cooperantes num ambiente da guerra fria.

Inclusive após a queda do muro de Berlim, vários Estados recém-independentes e que compunham a antiga União Soviética – e, portanto, dotados de contextos políticos e jurídicos bem diversos dos fundadores do sistema –, aderiram à CEDH, o que vem implicando, junto com os novos tipos de controvérsias (biojurídicas, imigração, questão penitenciária, etc), uma progressiva transformação no sistema, como o uso das sentenças-piloto[449] pelo TEDH, com vistas à decisão de casos repetitivos e a institucionalização do diálogo judicial.

Sobre o tema do diálogo judicial, tem-se entendido, de maneira geral, que a comunicação entre autoridades judiciais dos Estados partes e a jurisdição internacional deriva do princípio fundamental de colaboração, como órgãos concorrentes de tutela de direitos fundamentais. O diálogo judicial, portanto, se insere num contexto de sobreposição de instrumentos normativos de proteção de direitos fundamentais e de pluralidade de atores competentes para assegurá-los, o que caracteriza a chamada tutela multinível de direitos, ampliativa dos espaços de proteção, mas ao mesmo tempo desafiadora para a coerência especialmente nos sistemas nacionais, razão porque necessária é a comunicação dos atores envolvidos.

Existem vários formatos de diálogo, mas merece referência aquele em que se promove uma autêntica interação, caracterizada por um tipo de

---

[448] SENTENCIA 140/2018, de 20 de diciembre (BOE núm. 22, de 25 de enero de 2019).
[449] Sobre esta questão (que transcende o objeto da pesquisa), cfr. JIMÉNEZ, Argelia Queralt. Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Teoría y Realidad Constitucional**, nº 42, 2018, p. 395-424.

interlocução bilateral entre as autoridades jurídicas (judicial e legislativa) estatais e o tribunal internacional de tutela de direitos, bem teorizado por De Vergottini:

> Un tribunal supranacional debe tener en cuenta a la hora de adoptar sus pronunciamientos las atribuciones residuales de los órganos estatales, mientras que, por su parte, los tribunales de los Estados miembros deben hacer lo propio a la vista de lo atribuido a los órganos de la entidad internacional. Se establecen de esta manera, de forma inevitable, acuerdos entre los dos órdenes judiciales. Y se produce así una verdadera interacción entre tribunales[450].

A este propósito, Luiz Lopes Guerra[451] apresenta-nos uma diferenciação interessante acerca do diálogo judicial que o judiciário espanhol efetua em face da jurisprudência do TEDH: há casos em que o judiciário aplica o standard, mas formula reservas ou críticas expressas ao seu conteúdo ou às suas consequências; há casos em que o judiciário nacional simplesmente inaplica o standard europeu, ao reconhecer que o nível de proteção nacional é mais elevado; e, por fim, há casos em que se critica implicitamente a doutrina do TEDH.

Também é recordada a postura dialógica que o TEDH acabou tomando no caso Al Khawaja y Taheri contra Reino Unido[452]. Neste, depois de uma decisão tomada pela Sala (Câmara), o Reino Unido recorreu à Grande Sala do TEDH (Plenário) e, durante o percurso processual, o Tribunal Supremo britânico decidiu um caso semelhante e explicitamente analisou a decisão tomada pela sala, oferecendo as razões que justificariam que não fosse seguida, decisão esta que foi considerada pela Grande Sala, que acabou alterando a *ratio decidendi* e o conteúdo da decisão.

Por último cabe invocar, mais uma vez, a lição de De Vergottini, para quem o diálogo interjudicial, no final das contas, depende de uma certa discricionariedade dos atores, havendo judiciários estatais mais isolacionistas (como o Tribunal Supremo estadunidense) ou aqueles que se pautam pela

---

[450] VERGOTTINI, Giuseppe De. El diálogo entre tribunales. **Teoria y Realidad Constitucional**, *[S. l.]*, n. 28, p. 335–352, 2011.

[451] GUERRA, Luis López. El diálogo entre el tribunal europeo de derechos humanos y los tribunales españoles. coincidencias y divergencias. **Teoria y Realidad Constitucional**, *[S. l.]*, v. 32, n. 2, p. 139–158, 2013.

[452] TEDH. CASE OF AL-KHAWAJA AND TAHERY v. THE UNITED KINGDOM. Applications nos. 26766/05 and 22228/06. JUDGMENT. 15 December 2011. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-108072. Acesso em 12 jun. 2024.

necessidade de ponderação dos standards internacionais a luz dos valores político-jurídicos mais relevantes e reconhecidos no momento de sua aplicação, citando os exemplos da Corte de Cassação Italiana, a Câmara dos Lordes britânica e o Tribunal Constitucional Alemão na sentença Gürgülu[453].

Ao lado deste diálogo espontâneo e pretensamente colaborativo, o sistema europeu de direitos humanos passou a prever a figura da opinião consultiva, no seio do qual se institucionalizou o próprio instrumento comunicativo. Originariamente, a CEDH previa a competência consultiva do TEDH para emitir "parecer jurídicos sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e de seus protocolos" (art. 47) a pedido do Comitê de Ministros. Entretanto, o Protocolo nº 16[454] à CEDH, que entrou em vigor em 1º de agosto de 2018, visa precisamente à promoção do diálogo judicial entre o TEDH e os órgãos judiciais de cúpula dos Estados membros, permitindo que estas solicitem ao TEDH opiniões consultivas sobre questões de princípios relativas à interpretação e à aplicação da CEDH e de seus Protocolos, proporcionando um funcionamento mais coerente do sistema de proteção multinível de direitos fundamentais.

O órgão judicial estatal de cúpula só poderá solicitar a opinião consultiva no seio de uma controvérsia judicial de que estiver conhecendo (e julgando) de modo que, mesmo tendo natureza consultiva, motivada e não vinculante, é indiscutível a aptidão do Parecer para a construção dialógica da solução do caso concreto (que compete ao órgão judicial nacional), evitando-se, de um lado, o desrespeito às normas convencionais e, de outro, a construção de standards pelo TEDH sem atender adequadamente aos elementos de fato e de

---

[453] "En la práctica, en la mayoría de los casos prima el criterio de discrecionalidad de los tribunales a la hora de la apertura al exterior. Plena autonomía valorativa por tanto. [...] El rechazo al diálogo no se produce sólo aquí sino también en el curso de la relación entre tribunales constitucionales o supremos con relación a la jurisprudencia de tribunales internacionales." (VERGOTTINI, Giuseppe De. El diálogo entre tribunales. **Teoria y Realidad Constitucional**, *[S. l.]*, n. 28, p. 335–352, 2011.).

[454] "Art. 1. 1. Los órganos jurisdiccionales de mayor rango de una Alta Parte Contratante, de acuerdo con lo especificado en el artículo 10, podrán solicitar al Tribunal que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos. 2. El órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud únicamente podrá pedir una opinión consultiva en el marco de un asunto del que esté conociendo. 3. El órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud deberá motivar su petición y proporcionar los elementos jurídicos y fácticos pertinentes del asunto del que esté conociendo.".

direito (inclusive interno) da questão sobre a que se solicitou o Parecer consultivo[455].

Por todo o exposto, pode-se deduzir que o sistema europeu de direitos humanos está marcado pelo desempenho de uma função jurisdicional que, na medida em que vista garantir a efetividade da Convenção e de seus Protocolos, atua limitando os poderes públicos nacionais, embora prescindindo da existência de um espaço público pluralista ou das interações entre constituinte, legislador e jurisdição constitucional que marcam a proteção de direitos fundamentais no âmbito intraestatal.

Apesar desta assimetria, verifica-se do desenho institucional e do modo de atuar do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que existe, de uma maneira geral, uma deferência relativa aos ordenamentos nacionais através da fixação de standards mínimos de proteção, podendo-se concluir que se trata de um ordenamento que (ainda) não impõe *per se* problemas sistemáticos para além daqueles próprios de uma pluralidade ordinamental[456].

5.5. SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A Organização dos Estados Americanos – OEA é uma organização internacional regional voltada, dentre outros propósitos (art. 2 da Carta da OEA), à promoção da paz e segurança internacionais, da democracia representativa, da solução pacífica de controvérsia, do desenvolvimento econômico, social e cultural por meio da ação cooperativa, bem como à erradicação da pobreza crítica, detendo, portanto, uma evidente natureza intergovernamental, agindo

[455] No mesmo sentido: “O caráter não vinculante da pronúncia não deve gerar dúvidas quanto ao efetivo potencial desse mecanismo: em primeiro lugar porque é ilógico pensar que um órgão jurisdicional nacional que apresenta um pedido de parecer à Corte Europeia não o levará em consideração na formulação da sua própria resposta judicial. Em segundo lugar, porque tais pareceres passam a compor a jurisprudência da Corte de Estrasburgo e, nessa condição, contribuirão para definir os contornos das normas convencionais para muito além do caso a quo” (POSENATO, Naiara. O “Protocolo do Diálogo” entra em vigor. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]**, *[S. l.]*, v. 19, n. 2, p. 325–328, 2018. DOI: 10.18593/ejjl.v19i2.18875.)

[456] Esta é a conclusão de F. Balaguer: “L’asimmetria tra democrazia e diritti, cioè l’assenza di un assetto istituzionale e ordinamentale che corrisponda alla proclamazione dei diritti, non implica di per sé una patologia nel modo in cui i diritti sono protetti a livello sovranazionale. Nella misura in cui il livello sovranazionale com- pleta il livello nazionale, non deve necessariamente partire dalle stesse strutture che sono state storicamente stabilite nello Stato costituzionale. Al contrario, ciò che caratterizza la protezione multilivello dei diritti non è tanto la formulazione specifica che avviene a ciascun livello, quanto l’interazione che si genera tra i vari livelli.” (CALLEJÓN, Francisco Balaguer. I contesti ordinamentali della tutela multilivello dei diritti. **Cittadinanza Europea (La)**, *[S. l.]*, n. 2, p. 61–77, 2024. DOI: 10.3280/ceu2023-002005.)

normativamente mediante acordo entre os Estados e, assim como no Conselho da Europa, sem a previsão de incidência direta sobre os ordenamentos nacionais.

Enuncia dentre seus princípios (art. 3 da Carta) que “O direito internacional é a norma de conduta dos Estados em suas relações recíprocas” e que “A ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados e pelo cumprimento fiel das obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes do direito internacional”, revelando o indiscutível caráter de cooperação interestatal da OEA.

A própria Carta da OEA proclama os direitos fundamentais da pessoa humana (art. 3, l) e cria a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH[457], com a “função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria” (art. 106), prevendo a necessidade de edição de uma convenção interamericana sobre direitos humanos. Paralelamente, é aprovada a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem – DADDH, que em seus considerandos informa que “... os Estados americanos reconheceram que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato dos direitos terem como base os atributos da pessoa humana”, apresentando-se, portanto, como o primeiro instrumento de Direito Internacional dos Direitos Humanos com indiscutível aspiração universal e que influencia sobremaneira o discurso dos direitos humanos no continente americano.

A DADDH também se singulariza pela inclusão, ao lado dos direitos humanos, de um capítulo inteiro dedicado aos deveres humanos sob a perspectiva de que há uma interconexão dos direitos individuais com as

[457] À CIDH foi conferida a competência para processar petições individuais sobre violações de direitos humanos em todos os Estados parte da OEA, podendo emitir recomendações desde a Resolução XXII (1965), passando a ser o principal órgão de monitoramento no âmbito da OEA desde o Protocolo de Buenos Aires (1967).

obrigações para com a sociedade[458], o Estado[459] e, inclusive consigo mesmo[460], sugestionando que o exercício de direitos implica deveres correlacionados.

Como é natural, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem – DADDH não foi proclamada na condição de ato normativo vinculante e até a vigência do Pacto de São José da Costa Rica, foi o único instrumento de Direito Internacional dos Direitos Humanos no continente americano. Mas, por força de acordos internacionais posteriores, acabou se configurando como fonte de obrigações internacionais para os Estados que não são parte do Pacto. Segundo recorda Christina Cerna[461], esta doutrina é originada no caso "Baby Boy", em que a Comissão Interamericana foi acionada no esteio do julgamento do Roe v. Wade, pela Corte Suprema norte-americana, paralelo ao qual foi emitida uma Opinião Consultiva, em que constou o seguinte:

> [...] 15. La obligación internacional de Estados Unidos, como miembro de la Organización de los Estados Americanos (OEA), bajo la jurisdicción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se rige por la Carta de la OEA (Bogotá, 1948), enmendada por el Protocolo de Buenos Aires el 27 de febrero de 1967, y ratificada por Estados Unidos el 23 de abril de 1968. 16 Como consecuencia de los artículos 3 (j), 16, 51 (e), 112 y 150 de este Tratado, las disposiciones de otros instrumentos y resoluciones de la OEA sobre derechos humanos adquieren fuerza obligatoria. De esos instrumentos y resoluciones, los aprobados con el voto de Estados Unidos son los siguientes: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948); Estatuto y Reglamento de la CIDH, 1960, enmendados por resolución XXII de la Segunda Conferencia Especial Interamericana (Río de Janeiro, 1965); Estatuto y Reglamento de la CIDH, 1979-80. 17. Ambos estatutos disponen que, para los fines de tales instrumentos, la CIDH es el organismo de la OEA al que se le ha encomendado la competencia de promover la observancia y respeto de los derechos humanos. Para los fines de su estatuto, se entienden por derechos humanos los formulados en la Declaración Americana en relación con los Estados que no son Parte en la

[458] Por exemplo: Artigo XXIX. O indivíduo tem o dever de conviver com os demais, de maneira que todos e cada um possam formar e desenvolver integralmente a sua personalidade.
[459] Por exemplo: Artigo XXXIV. Toda pessoa devidamente habilitada tem o dever de prestar os serviços civis e militares que a pátria exija para a sua defesa e conservação, e, no caso de calamidade pública, os serviços civis que estiverem dentro de suas possibilidades.
[460] Por exemplo: Artigo XXXI. Toda pessoa tem o dever de adquirir, pelo menos, a instrução primária..
[461] CERNA, Christina M. Reflection on the normative status of the American Declaration of the Rights and Duties of Man. **University of Pensilvania Journal of International Law**, *[S. l.]*, v. 30, n. 4, p. 1211–1237, 2018. DOI: 10.3366/edinburgh/9781474437073.003.0006.

> Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 1969). (Artículos 1 y 2 de 1960 y artículo 1 de 1969)[462].

A seu turno, o art. 20 do atual Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos explicita as competências da Comissão exercíveis sobre Estados que não são partes na Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH[463], do qual podem derivar a emissão de recomendações ao Estado envolvido, assim como na Opinião Consulta nº 10/1989 a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH, ao se reputar competente para emissão de Opiniões Consultivas acerca da interpretação e aplicação da DADDH, reafirmou o seu caráter compromissório em face dos Estados partes da OEA, podendo-se destacar o seguinte:

> [...] 44. Teniendo en cuenta que la Carta de la Organización y la Convención Americana son tratados respecto de los cuales la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud del artículo 64.1, ésta puede interpretar la Declaración Americana y emitir sobre ella una opinión consultiva en el marco y dentro de los límites de su competencia, cuando ello sea necesario al interpretar tales instrumentos. 45. Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales. 46. Para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA. 47. La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos,

---

[462] CIDH. Resolución nº. 23/81. Caso 2141. Estados Unidos De America. 6 de marzo de 1981. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/estadosunidos2141.htm. Acesso em: 24 mai. 2024.

[463] "Artigo 20. Com relação aos Estados membros da Organização que não são Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Comissão terá, além das atribuições assinaladas no artigo 18, as seguintes: a. dispensar especial atenção à tarefa da observância dos direitos humanos mencionados nos artigos I, II, III, IV, XVIII, XXV e XXVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; b. examinar as comunicações que lhe forem dirigidas e qualquer informação disponível; dirigir-se ao Governo de qualquer dos Estados membros não Partes da Convenção a fim de obter as informações que considerar pertinentes; e formular-lhes recomendações, quando julgar apropriado, a fim de tornar mais efetiva a observância dos direitos humanos fundamentais; e c. verificar, como medida prévia ao exercício da atribuição da alínea b, anterior, se os processos e recursos internos de cada Estado membro não Parte da Convenção foram devidamente aplicados e esgotados.".

> ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto[464].

Em 1978 entra em vigor a Convenção Americana sobre Direitos Humano ou Pacto de San José da Costa Rica (embora firmada em 1969), na qual se estabelecem tanto os direitos protegidos pelo sistema, quanto os deveres dos Estados e as normas adjetivas de tutela, tendo sido incrementadas as funções da CIDH e criada a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH.

Além das atribuições inerentes à supervisão e monitoramento da situação dos direitos humanos, tais como a apresentação de relatório anual, observações in loco, emissão de recomendações, elaboração de estudos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos passa a exercer uma função processual prelibatória que consiste na recepção das petições apresentadas por indivíduos e por Estados membros, na análise de sua admissibilidade, na sua instrução probatória e na promoção de sua solução amistosa, a qual, se infrutífera, redundará num relatório de mérito acerca da responsabilidade estatal que é encaminhado ao Estado. Se este não considera e introjeta o relatório, a CIDH pode encaminhar o caso para a Corte Interamericana.

Tal como previsto em seu estatuto, "A Corte Interamericana de Direitos humanos é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos" (art. 1), detendo competência consultiva e contenciosa, mas obviamente de caráter subsidiário e complementar[465].

A competência consultiva é voltada à interpretação da Convenção Americana ou dos outros tratados regionais de direitos humanos, mas também,

---

[464] Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf. Acesso em 22 mai. 2024.

[465] "65. Al respecto, el Tribunal reitera que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario , en razón de lo cual no desempeña funciones de tribunal de "cuarta instancia". La Corte no es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos entre las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales de derechos humanos. Es por ello que ha sostenido que, en principio, "corresponde a los tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares" (Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.).

a pedido de um Estado membro da Organização, poderá “emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais” (art. 64.2, CADH). Já no caso da competência contenciosa, além da possibilidade de emissão de medidas provisórias (antecipadas) a pedido da Comissão ou medidas cautelares nas causas já sujeitas ao seu conhecimento, a Corte IDH determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados em caso de decisão pela violação de um direito ou liberdade, além da própria reparação acerca das consequências da medida violadora e o pagamento da indenização (pecuniária) em favor da parte lesada (art. 63, CADH).

Acrescente-se que neste sistema regional também se verificam instrumentos internacionais setoriais, tais como a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994), a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999), além de relevantes instrumentos de soft law como a Carta Democrática Interamericana (2001), esta aprovada pela Assembleia Geral da OEA e a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, aprovada pela Comissão Interamericana.

Cabe uma menção paralela, obviamente, ao Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador). O art. 26 da CADH já enunciava o compromisso interestatal voltado à plena efetividade de direitos sociais, econômicos e culturais, mas é com o Protocolo de San Salvador que são declarados quais são estes direitos e especificam-se os seus mecanismos de tutela, num arranjo assemelhado ao descrito sobre a Carta Social Europeia.

De fato, no Protocolo de São Salvador são declarados, dentre outros, os direitos ao trabalho, à seguridade social, à saúde, ao meio ambiente saudável, à alimentação, à educação, aos benefícios da cultura, às proteções da família, da infância, das pessoas idosas e de pessoas com deficiência, mas sem assegurar-lhes a aplicabilidade direta sobre os ordenamentos nacionais, na

medida em que o compromisso foi alcançado com vistas à adoção “das medidas necessárias tanto de ordem interna como mediante a cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e tendo em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de alcançar, progressivamente, e em conformidade com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos" no Protocolo (art. 1).

Logo, os mecanismos de tutela abrangem a apresentação de relatórios periódicos (art. 19.1 a 19.3) por parte dos Estados parte do Protocolo, os quais serão examinados pelo Conselho Interamericano Econômico e Social e pelo Conselho Interamericano para a Educação, a Ciência e a Cultura, bem como observações e emissão de relatórios e recomendações acerca da situação dos direitos econômicos, sociais e culturais declarados no Protocolo por parte da CIDH (art. 19.7) e, apenas relativamente aos direitos sindicais e ao direito à educação é franqueada a possibilidade de apresentação de petições individuais perante a CIDH com possibilidade de ativação da jurisdição da Corte IDH (art. 19.6).

Assim sendo, fica claro que a tutela de direitos econômicos, sociais e culturais, também no sistema regional americano, se vale das técnicas tradicionais do Direito Internacional, com caráter predominantemente político.

5.5.1. Como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos encara os ordenamentos e poderes públicos estatais

Ao contrário do que se pôde constatar do sistema europeu (CEDH), a postura da Corte IDH é indiscutivelmente mais impositiva, direta e incisiva sobre os ordenamentos e poderes públicos nacionais. A decisão da Corte é definitiva e inapelável, tendo os Estados se comprometido a cumpri-la em todos os casos em que forem demandados (arts. 67 e 68.1, CADH) o que significa dizer que a sentença interamericana está dotada de eficácia subjetiva (inter partes), sendo vinculante para as partes entre as quais é dada ou, em palavra tradicional na doutrina processualista, a sentença da Corte IDH faz lei entre as partes.

Entretanto, a Corte IDH já lhe reconheceu também uma espécie de eficácia subjetiva transcendente (em suas palavras, “eficácia geral”), por exemplo, na sentença interpretativa da Sentença de fundo do Caso Barrios Altos

vs. Perú, estendendo os efeitos da declaração de inconvencionalidade de leis peruanas de autoanistia para todas as situações concretas de fato (e, logo, para outros indivíduos que não foram parte do processo interamericano) reguladas pelas citadas leis ou sobre as quais tenha incidido, com suporte na interpretação conferida pela Corte ao art. 2 da CADH. Cabe transcrever relevante trecho da sentença:

> 17. En cuanto al deber del Estado de suprimir de su ordenamiento jurídico las normas vigentes que impliquen una violación a la Convención, este Tribunal ha señalado en su jurisprudencia que
>
> > […] el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas em la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.
> >
> > […]
> >
> > […] En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la
> >
> > obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.
>
> 18. La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales, y en esos términos debe ser resuelto el interrogante formulado en la demanda de interpretación presentada por la Comisión[466].

A doutrina especializada sempre defendeu que esta eficácia geral não estaria, ainda, limitada a todos os casos semelhantes que envolvem a questão de fundo (de mérito) no Estado responsabilizado, ou seja, que não haveria apenas uma eficácia subjetiva transcendentes, mas também uma autêntica

[466] Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83.

eficácia *erga omnes* atinente à *res interpretata*, alcançando todos os Estados partes na CADH, como consequência direta da obrigação internacional de adotar medidas de adequação nacional aos standards de proteção de direitos humanos (arts. 1, 2 e 69, CADH), da incidência do princípio geral da boa-fé internacional e em virtude do princípio do efeito útil dos tratados internacionais.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor assinala que a eficácia de *res interpretata* tem o objetivo de alcançar a efetividade regional dos padrões de proteção estabelecidos pela Convenção Interamericana, que tem na Corte IDH o seu intérprete autêntico, fundamentando-se na interpretação evolutiva dos arts. 1.1 e 2º da CADH:

> 45. En efecto, el artículo 2° de la Convención Americana, que se inspira en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966,61 y también recoge el artículo 2° del Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988,62 ha sido considerado por la Corte IDH no como una obligación implícita de las de "respeto" y "garantía" previstas en el artículo 1° de la propia Convención, sino una obligación específica que complementa aquéllas. [...] 46. El carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana ha permitido interpretar el contenido obligacional derivado del artículo 2° de la Convención Americana de "adoptar disposiciones de derecho interno" sean "medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos" los derechos y libertades. [...] 47. Así, la expresión "o de otro carácter" contenida la obligación convencional del artículo 2°, implica cualquier medida en la que se incluyen, evidentemente, las "interpretaciones" que las autoridades y especialmente los jueces realizan al Pacto de San José para "hacer efectivos" los derechos y libertades del Pacto, que están obligados a respetar y garantizar en términos del artículo 1.1 de la Convención[467].

Embora o primeiro caso em que a Corte IDH tratou da eficácia objetiva associando-a ao controle difuso (ou nacional) de convencionalidade tenha sido

[467] MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia De La Sentencia Interamericana Y La Cosa Juzgada Internacional: Vinculación Directa Hacia Las Partes (Res Judicata) E Indirecta Hacia Los Estados Parte De La Convención Americana (Res Interpretata) (Sobre El Cumplimiento Del Caso Gelman Vs. Urugu. **Estudios Constitucionales**, *[S. l.]*, v. 2, p. 641–694, 2013.

no Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile[468] [469], é precisamente em Sentença relatada por Mac-Gregor, na condição de Juiz da Corte IDH, no caso Gelman v. Uruguai[470], que é possível extrair os alicerces da construção da eficácia objetiva de suas sentenças e, por consequência, das bases da doutrina do controle de convencionalidade como dever também das autoridades nacionais inclusive judiciárias (aqui entendidos quaisquer órgãos com a potestade de administração da justiça), que podem ser assim sintetizadas:

I. O dever de cumprir com as obrigações internacionais deriva do pacta sunt servanda e os Estados não podem deixar de assumir as responsabilidades a que se vincularam por razões de ordem interna, o que significa que todos os Poderes do Estado, incluindo as suas cortes supremas, possuem o dever de cumprir de boa-fé o direito internacional.

II. Decorre do art. 2 da CADH a obrigação geral de adequar o direito interno às disposições da Convenção, que possui duas dimensões: a) a obrigação de supressão de normas e práticas que violem ou desconsiderem os direitos reconhecidos; b) a obrigação de editar normas e implementar práticas voltadas à efetivação de tais garantias.

---

[468] "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154).

[469] No "Caso Trabajadores cesados del Congreso", a Corte IDH já se havia pronunciado no sentido de que: "128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

[470] Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/883976751. Acesso em 20 mai. 2024.

III. O Estado responsabilizado pela Corte IDH tem a obrigação de cumprir a parte dispositiva da sentença (art. 67, CADH) e "quando a mesma se refira expressa e diretamente à sua motivação", o Estado tem que dar cumprimento integral à decisão.

IV. "Os Estados não podem invocar disposições do direito constitucional ou outros aspectos do direito interno para justificar uma falta de cumprimento ou de aplicação das obrigações contidas no tratado".

V. O controle de convencionalidade é um instituto de aplicação do Direito Internacional, fundado também no princípio da subsidiariedade, de modo que, quando o Estado é parte em um Tratado, todos os seus órgãos, incluindo os juízes, ordinários e constitucionais, a ele se sujeitam, de modo que devem exercer, inclusive de ofício, o controle de compatibilidade das normas internas em face das normas da Convenção, a fim de que decisões judiciais não importem em redução da proteção estabelecida.

VI. Nas hipóteses em que tenha havido a responsabilização interna do Estado pela Corte IDH, todos os órgãos deste Estado parte no processo, incluindo jurisdicionais, ficam obrigados a velar pela coisa julgada internacional, no sentido de assegurar a efetividade da decisão da Corte.

VII. Mesmo os Estados que não foram parte no processo internacional, possuem, por intermédio de suas autoridades públicas, representativas e órgãos jurisdicionais, a obrigação de exercer um controle de convencionalidade levando em consideração as normas convencionais e suas interpretações, isto é, devem exercer, no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes, um controle de convencionalidade, tanto na emissão e aplicação de normas, no tocante a sua validez e compatibilidade com a Convenção, como no conhecimento, julgamento e resolução de situações particulares e casos concretos, tendo em conta o próprio tratado e, segundo corresponda, os precedentes ou diretrizes jurisprudenciais da Corte Interamericana. Aqui se apresenta, então, o controle de convencionalidade nacional ou controle difuso de convencionalidade[471], que

[471] "En definitiva, la trascendencia de la nueva doctrina sobre el 'control difuso de convencionalidad' es de tal magnitud, que probablemente en ella descanse el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región" (Corte IDH. Caso Cabrera

deve ser realizado incidentalmente por todos os juízes dos Estados partes na Convenção.

VIII. No subsequente Caso Gudiel Álvarez, a Corte IDH ainda salientou que as autoridades jurisdicionais dos Estados-partes deveriam realizar o controle de convencionalidade não apenas em face das normas paramétricas da Convenção Interamericana e seus Protocolos, se não de todos os tratados internacionais de que fizessem parte, na medida em que se tratam de normativos que se agregam à Convenção[472].

Percebe-se, assim, que a eficácia objetiva e a doutrina do controle de convencionalidade no âmbito do sistema interamericano institui uma indiscutível afinidade entre as Constituições e a função que tradicionalmente foi sendo atribuída aos Tribunais Constitucionais[473], na medida em que, quando exercido o controle de convencionalidade pela Corte, terá como efeito a ordem de modificação, derrogação, anulação ou reforma das próprias normas internas. E, por outro lado, por efeito do controle de convencionalidade nacional constrói-se, de cima pra baixo, a primazia da norma convencional e da interpretação internacional da norma sobre a norma e a interpretação de norma similar de direito interno (de modo semelhante à primazia do direito de União Europeia, conforme será exposto).

Em outras palavras, a Corte IDH se encontra legitimada, não apenas para dizer o direito a um caso concreto em que se alegue violação ao direito

---

García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.).

[472] "330. Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana" (Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253).

[473] Cfr. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal Constitucional. **Ius Constitutionale Commune en América Latina**, *[S. l.]*, p. 421–457, 2014.

convencional, mas também para, nesta mesma análise, exercer um incidental controle de convencionalidade de leis e constituições estatais, atuando como uma espécie de legislador negativo indireto (obviamente, não no sentido kelseniano) ao negar efeito jurídico às normas estatais e determinando ao Estado a sua reforma (em sentido amplo), com base nos arts. 1.1, 63 e 68 da CADH.

A Corte – embora através de voto apartado do Juiz Mac-Gregor – assim se pronunciou acerca do controle de convencionalidade e a constitucionalização do Direito Internacional:

> 86. La doctrina del "control difuso de convencionalidad" pareciera que fue adoptada por la Corte IDH en un proceso evolutivo de la referida "internacionalización", al haber influido las prácticas de las altas jurisdicciones nacionales. (véase supra párr. 29). Por otra parte, el influjo que a partir de 2006 imprime el Tribunal Interamericano para "irradiar" su jurisprudencia y, por tanto, lograr la recepción nacional de los estándares internacionales en los Estados parte de la Convención Americana, produce una intensidad y profundidad de la "nacionalización" o "constitucionalización" del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como lo demuestra la recepción de dicha doctrina por las altas jurisdicciones nacionales (véase supra párrs. 28 y 30)[474].

Como exemplo deste fenômeno, no próprio *leading case* do Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, a Corte IDH, ao analisar normas de anistia chilenas[475], afirmou que estas estavam despidas de efeitos jurídicos por violação ao direito convencional, salientando, ainda, que os juízes que integram o Poder Judiciário de um Estado parte na Convenção Americana estão obrigados a "velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam reduzidas pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos"[476].

Um outro exemplo se extrai da atuação da Corte IDH no controle de convencionalidade da legislação sobre pena de morte, normalmente voltada a

---

[474] Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

[475] Desde o Caso Barrios Altos vs. Perú, a Corte firmou entendimento de que leis de autoanistia eram incomatíveis com a CADH, na medida em que representavam a exclusão antecipada da possibilidade de responsabilização de indivíduos por graves violações a direitos humanos. Cfr. CIDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, Nº 75.

[476] Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

restringi-la aos delitos mais graves, como se verifica nos casos Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago[477] e Gómez-Palomino v. Perú[478].

No Caso Castillo Petruzzi e Outros, a Corte IDH, depois de reconhecer que a legislação peruana de emergência empregada para enfrentar o fenômeno do terrorismo violava diversos artigos da Convenção, determinou que o Estado adotasse "medidas apropriadas para reformar as normas legais que foram declaradas violadoras da Convenção Americana sobre Direitos Humanos"[479].

Até a omissão legislativa nacional pode caracterizar uma violação à CADH e, ao menos em tese, ser passível de controle de convencionalidade por parte da Corte IDH, como se extrai da Opinião Consultiva nº 13/1993. Nesta, a Corte considerou que tanto infringe a Convenção a omissão em editar normas a que está obrigado, quanto quando edita disposições normativas desconformes com o tratado[480].

Um outro caso emblemático da postura intensiva da Corte IDH é o Olmedo Bustos "La última tentación de Cristo" vs. Chile, em que se declarou inconvencionais o art. 19.12 da Constituição Chilena ("La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y fijará las normas generales que regirán la expresión pública de otras actividades artísticas") e o Decreto Ley nº 679, tendo sido afirmado que o Estado havia descumprido o dever de adequação do seu direito interno à Convenção mantendo a possibilidade de censura prévia cinematográfica[481] em

---

[477] Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

[478] Corte IDH. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136.

[479] Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

[480] "[...] 26. Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos". (Corte IDH. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993. Serie A No. 13.)

[481] "87. [...] Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención. 88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19

dispositivo constitucional. O Estado chileno, através da ley de Reforma Constitucional nº 19.742 acabou modificando a disposição constante do art. 19.12 da Constituição.

A Corte IDH também reputou inconvencional norma da Constituição de Barbados que previa a denominada cláusula de exceção (art. 26[482]), mediante a qual não seria possível impugnar a constitucionalidade de normas infraconstitucionais anteriores ao advento da Constituição, ainda que envolvesse a proteção de direitos e liberdades fundamentais. Transcreve-se trecho relevante da sentença:

> 75. El artículo 26 de la Constitución de Barbados previene que tribunales puedan declarar la inconstitucionalidad de leyes existentes que hayan sido promulgadas antes de la entrada en vigor de la Constitución, esto es, antes del 30 de noviembre de 1966. Dicho artículo se conoce como una "cláusula de exclusión" dado que no permite que dichas leyes se sometan a una revisión de constitucionalidad de normas, y por lo tanto, las "excluye" de tal proceso. [...] 76. Esta supuesta limitación al derecho a la protección judicial fue tratada en el año 2004 por el máximo tribunal de apelaciones de Barbados de aquél entonces, el Comité Judicial del Consejo Privado (en adelante, "CJCP") el cual sostuvo en el caso Boyce y Joseph vs. La Reina que los tribunales internos no podían declarar que el artículo 2 de la LDCP es inconsistente con el artículo 15.1 de la Constitución de Barbados, el cual prohíbe el trato inhumano o degradante, dado que la LDCP es una "ley existente" conforme al significado del artículo 26 de la Constitución. [...] 78. El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era "convencional". [...] 80. En este sentido, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y en tanto que el artículo 26 de la Constitución de Barbados impide el escrutinio judicial sobre el artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, que a su vez es violatoria del derecho a no ser privado, arbitrariamente, de la vida, la Corte considera que el Estado no ha cumplido con el deber establecido en el artículo 2 de la Convención en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 de dicho instrumento.[483]

---

número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.". Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.).

[482] "26. (1) Nothing contained in or done under the authority of any existing law. written law shall be held to be inconsistent with or in contravention of any provision of sections 12 to 23 to the extent that the law in question."

[483] Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

Esta afinidade constitucional da Corte IDH e as funções de Tribunais Constitucionais também se revela no seu papel de árbitro no controle da distribuição de competências, seja quando decide sobre a divisão funcional de poderes, seja quando vai construindo a sua jurisprudência relativa às prerrogativas dos povos indígenas ou atua reconhecendo em seu favor direitos inicialmente não convencionados.

Sobre o primeiro, tem-se o Caso Tribunal Constitucional contra Perú em que, a despeito da inexistência textual do princípio da separação de poderes na CADH, a Corte IDH se pronunciou sobre sua função instrumental para o Estado de Direito e para a efetividade dos direitos humanos, notadamente em face da garantia de independência dos juízes[484], situação jurídica que também se reflete quando a Corte examina a questão da jurisdição militar[485].

Quanto às prerrogativas dos povos indígenas, constata-se a construção de uma jurisprudência tendente a consagrar o pluralismo jurídico dentro dos limites estatais – função semelhante à realizada por Tribunais constitucionais nos estados descentralizados, regionais ou federais – através do reconhecimento da autonomia indígena e, quando parte da reclamação, sua relação indissociável aos direitos à terra[486].

A título ilustrativo, no caso Aloeboetoe, a Corte IDH teve que se pronunciar acerca do direito interno aplicável à definição de sucessores para efeito do pagamento de reparação pecuniária pelo Estado do Suriname, em face da divergência regulatória entre o Direito Civil estatal e o direito consuetudinário

---

[484] "71. De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. [...] 73. Esta Corte considera que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución. (Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.).

[485] P. ex. Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

[486] Para o aprofundamento sobre o marco regulatório, cfr. BORGES, Maria Creusa de Araújo. O Direito De Consulta Étnica Como Um Direito Humano Dos Povos Indígenas: Configurações Do Marco Regulatório Internacional E Constitucional – O Projeto Capes Print Na Universidad De Granada, Espanha: The Capes Print Project At The University Of Granada, Spain. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, *[S. l.]*, v. 34, n. 1, p. G082405, 2024. DOI: 10.9771/rppgd.v34i0.61655.

da tribo indígena Saramaca, tendo reconhecido que, no confronto, prevalece o segundo. Em suas palavras:

> [...] a única cuestión que aquí interesa consiste en saber si las leyes de Suriname relativas a derecho de familia se aplican a la tribu Saramaca. En este sentido, las pruebas producidas permiten deducir que las leyes de Suriname sobre esa materia no tienen eficacia respecto de aquella tribu; sus integrantes las desconocen y se rigen por sus propias reglas y el Estado, por su parte, no mantiene la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones, requisito indispensable para la aplicación de la ley surinamesa. Además, los conflictos que ocurren en estas materias no son sometidos por los saramacas a los tribunales del Estado y la intervención de éstos en las materias mencionadas, respecto de los saramacas, es prácticamente inexistente. Cabe señalar también que en este proceso Suriname reconoció la existencia de un derecho consuetudinario saramaca[487].

No Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, a Corte IDH afirmou o fato histórico cultural que materializa a autonomia da comunidade indígena, de tal modo que "La identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía. [...] Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique"[488].

Apesar de a CADH ter contemplado a proteção da propriedade privada em seu sentido propriamente liberal-privatístico, no Caso do Povo Indígena Xukuru vs. Brasil, a Corte IDH reiterou que o art. 21[489] da CADH deve ser interpretado no sentido de incluir a proteção à propriedade coletiva comunal que historicamente caracteriza a relação entre a comunidade indígena e as terras tradicionalmente por ela ocupadas, situação que não pode ser desconhecida sob pena de "estar afetando outros direitos básicos, como o direito

---

[487] Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15

[488] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

[489] "Artigo 21. Direito à propriedade privada. 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.".

à identidade cultural e a sobrevivência mesmo das comunidades indígenas e seus membros"[490].

Além da intensidade do controle de convencionalidade de normas estatais exercido pela Corte IDH e do reconhecimento do dever das autoridades judiciais estatais de promover o controle incidental de convencionalidade, com efeito de inaplicação de normas e jurisprudência nacionais, ainda que constitucionais, bem como do desenvolvimento de sua função de árbitro do pluralismo, o sistema interamericano também se caracteriza e se diferencia pela ausência de edificação de uma doutrina sobre a margem de apreciação nacional e pela unilateralidade do diálogo judicial que se tem proposto, o que, em seu conjunto, demonstra que o sistema interamericano é mais indiferente aos ordenamentos estatais. Vejamos.

Em primeiro lugar, costuma-se apontar a Opinião Consultiva 4/84[491] como marco da doutrina da apreciação nacional no sistema interamericano. Neste, a Corte IDH considerou que haveria uma margem de apreciação reservado ao Estado para definir os requisitos de nacionalização, a partir das realidades concretas e dos valores que deseja fomentar, desde que não se apresentassem mediante discriminações injustificadas em razão da origem ou do lugar do nascimento[492].

---

[490] Destaca-se, ainda, da referida decisão: "115. La Corte recuerda que el artículo 21 de la Convención Americana protege la estrecha vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con sus recursos naturales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas y tribales existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad106. Tales nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero la Corte ha establecido que merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición a estos colectivos." (Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346.).

[491] Paloma Morais Correia analisa esta opinião consulta e a contrasta com a doutrina da margem de apreciação no TEDH, concluindo que tem havido maior sistematização e incidência no sistema europeu de direitos humanos que no sistema interamericano. Cfr. CORRÊA, Paloma Morais. Corte Interamericana de Direitos Humanos-Opinião Consultiva 4/84–a margem de apreciação chega à América. **Revista de Direito Internacional**, 2013, 10.2: 262-279.

[492] "62. Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados. La mayoría de estas hipótesis, no sometidas por cierto a la consideración de la Corte, constituyen verdaderos casos de discriminación en razón

Contudo, uma ampla avaliação da jurisprudência contenciosa interamericana indica que a Corte IDH, ao fim e ao cabo, não desenvolve uma doutrina sobre a margem de apreciação, mantendo uma postura que oscila entre três padrões: ou não se pronuncia a respeito da margem de apreciação na motivação da sentença, apesar de ter sido levantada pela parte[493], ou se pronuncia e reconhece na matéria sob análise um espaço de discricionariedade estatal – especialmente quando em jogo regras de processo penal ou restrições a direitos fundamentais –, mas lhe opõe condicionantes que inviabilizam a aplicação da margem de apreciação[494] ou, ainda, decide matérias moralmente controvertidas entre os Estados parte na Convenção, citando a doutrina da margem de apreciação no seio do TEDH, mas sem enfrentar *sponte propria* a questão do seu desenvolvimento no sistema interamericano[495].

E este mesmo nível de indiferença aos ordenamentos nacionais se verifica na questão do diálogo judicial no espaço interamericano, a começar pela

---

del origen o del lugar de nacimiento que crean injustamente dos grupos de distintas jerarquías entre nacionales de un mismo país." (Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.)

493 V.g. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18; Corte IDH. Caso DaCosta Cadogan Vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C No. 204; Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182; Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2015; Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315; Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

494 V.g. Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206; Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276; Corte IDH. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de mayo de 2008. Serie C No. 178.

495 Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.; Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24; Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.

ausência de institucionalização[496], uma vez que a prerrogativa do art. 64.2 da CADH, que confere competência consultiva à Corte para emitir parecer sobre a compatibilidade de leis internas em face do direito convencional, não tem natureza de diálogo interjudicial, porque não é suscitado por órgãos judiciais nacionais e, assim, não cuida do estabelecimento de standards com vistas às questões de fato e de direito sob conhecimento de uma das jurisdições.

No sistema interamericano e em virtude dos próprios contornos do controle difuso de convencionalidade que deve ser exercido pelo juiz nacional, o diálogo judicial possível é, basicamente, o uso inquestionado da jurisprudência interamericana pelo juiz nacional, em sua condição de *res interpretata*, no material normativo que servirá no processo de interpretação e aplicação do direito a um caso concreto, não havendo a possibilidade de, diante de um caso concreto, provocar a atuação da Corte IDH a luz de particularidades fáticas nacionais. É a mesma conclusão alcançada por Jorge Contesse:

> En la formulación de la noción de "diálogo interjurisprudencial", sin embargo, la opinión de la Corte tiene mayor peso relativo, operando como una última palabra, y lo que interesa a esta— incluso al punto de realizar visitas oficiales a los Estados— es que los jueces locales reciban, entiendan y ojalá internalicen los estándares internacionales y la comprensión que tiene de estos.[497]

Perceba-se que nem a doutrina ou jurisprudência internacionalistas costumam fazer referência às possibilidades hermenêuticas próprias do sistema de precedentes, dentre os quais, a distinção (*distinguishing*), a superação parcial (*overriding*) e a superação total (*overruling*), o que reforça que o diálogo judicial que se pretende é unilateral (isto é diálogo?), sem preocupação com os ordenamentos constitucionais nacionais.

A bem da verdade, a Corte IDH já adotou a técnica de recorrer ao exame comparado da situação jurídica do caso sob julgamento nas diversas legislações e jurisprudências nacionais a fim de definir o standard

---

[496] De Vergottini lembra a institucionalização de outros mecanismos de diálogo judicial no continente americano, como o do Protocolo de Tegucigalpa de 1991 para a Corte Centroamericana de Justiça ou o Protocolo de Cochabamba de 1996 para o Tribunal de Justiça daa Comunidad Andina. Cfr. VERGOTTINI, Giuseppe De. El diálogo entre tribunales. **Teoria y Realidad Constitucional**, *[S. l.]*, n. 28, p. 335–352, 2011.]

[497] CONTESSE, Jorge. ¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In*: IGLESIAS VILA, Marisa (org.). **Derechos humanos: possibilidades teóricas y desafios prácticos**. Buenos Aires: Sela, 2013.

interamericano: no Caso Atala Riffo, acerca da orientação sexual e do melhor interesse da criança, e no Caso Artavia Murillo, sobre a proteção da vida em face de técnicas de reprodução assistida.

Mas não se trataram de um tipo diálogo em que exista a interação aberta dos interlocutores judiciais, nem muito menos da busca de um consenso para efeito de reconhecer a deferência a autoridades nacionais, mas de técnica hermenêutica de dicção do direito aplicável à espécie e definição "de cima para baixo" de um standard interpretativo vinculante para todos os Estados parte na CADH e, por tal razão, é de se concluir que, ao invés de diálogo de interação, o desenho interamericano seria de um diálogo unidirecional, senão um monólogo.

Este desenho institucional e o modo de atuação da Corte IDH são produtos do contexto da criação do sistema, de vigência de regimes ditatoriais na América Latina e da ausência de uniformidade e compromisso das autoridades nacionais ante a proteção de direitos humanos básicos. Além disso, e diferentemente do que se dá no sistema europeu, a Corte IDH não é uma corte permanente, reunindo-se periodicamente e para a solução dos casos pré-selecionados pela Comissão Interamericana, o que faz com que a Corte precise atuar de modo mais preventivo, através da enunciação de verdadeiros standards gerais e vinculantes para todos os Estados sujeitos à sua jurisdição[498], os quais – e esta parecer ser uma diferença do sistema europeu – se bem voltados a harmonização da proteção de direitos, não se pautam pelo estabelecimento de um standard mínimo de garantia, mas do standard que melhor asseguraria o direito a cuja proteção se comprometeram os Estados.

De qualquer modo, pode-se concluir que os contornos do controle de convencionalidade interamericano, com primazia do direito internacional sobre as normas de direito estatal, inclusive constitucionais, aliados à assunção pela Corte IDH de outras funções próprias de tribunais constitucionais, à falta de desenvolvimento de uma doutrina da margem de apreciação nacional e a unilateralidade do diálogo interjudicial interamericano, em seu conjunto, evidenciam que o sistema interamericano não é simplesmente subsidiário e

[498] Esta é a conclusão de Luis López Guerra. Cfr. UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad en Europa y América. Youtube, 20 de maio de 2024. Disponível em: https://youtu.be/ODbNwFfydyw?si=BQfZgjg96EsAHQTb. Acesso em 01 jun. 2024.

complementar aos sistemas nacionais, de modo que, diferentemente do constatado no sistema europeu, não é induvidoso o custo-benefício da assimetria entre democracia e Direito no seu contexto, particularmente diante do grau de recenticidade e amadurecimento do pluralismo democrático no continente.

Antes, porém, de passar ao exame dos problemas derivados desta assimetria, cumpre-nos expor como os ordenamentos estatais regulam a sua relação com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

5.6. AS RELAÇÕES, EM CONCRETO, ENTRE OS ORDENAMENTOS NACIONAIS E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, SOB A ÓTICA DO DIREITO NACIONAL

No capítulo anterior foram apresentadas as várias fórmulas de articulação do direito doméstico e do ordenamento internacional, que se adequam às particularidades políticas e culturais de cada nação, o mesmo se dando em relação às fórmulas de articulação nacional do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que com grande frequência são diferentes das estabelecidas para o Direito Internacional em geral, o que acaba refletindo, também, no modo como se efetua o controle de compatibilidade entre as normas pertencentes a ambos os sistemas jurídicos, com vistas à garantia de sua coerência.

A título ilustrativo, no sistema da Lei Fundamental de Bonn (1949) e de acordo com o seu art. 59.2[499], as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos possuirão status de lei federal ordinária. Entretanto, a doutrina jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal – desde o citado Caso Görgülü[500] – admite a aplicação direta das normas da CEDH e dos standards do

[499] "2) Treaties that regulate the political relations of the Federation or relate to subjects of federal legislation shall require the consent or participation, in the form of a federal law, of the bodies responsible in such a case for the enactment of federal law. In the case of executive agreements the provisions concerning the federal administration shall apply, mutatis mutandis.".

[500] Cfr. VASCONCELOS, Eneas Romero de. A preponderância dos Direitos Humanos, da família e do melhor interesse da criança e do adolescente nos Direitos Humanos internacionais: O caso Görgülü e sua importância para o sistema europeu de Direitos Humanos e reflexos para o sistema interamericano. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, *[S. l.]*, v. 12, n. 1, p. 27–48, 2020. DOI: 10.54275/raesmpce.v12i1.15. Disponível em: https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/15. Acesso em: 29 mai. 2024.

TEDH, devendo ser observadas por todas as autoridades públicas, inclusive jurisdicionais, tendo sido elaborada a equiparação da violação à norma convencional à infringência ao princípio constitucional do Estado de Direito para efeito de deflagração da jurisdição constitucional do próprio Tribunal Federal.

Por outro lado, também se admite o uso da técnica da interpretação conforme dos direitos fundamentais constitucionais a luz do direito convencional. Porém, em casos de conflito insolucionável interpretativamente, prevalecerá a norma ou o standard constitucional[501].

No sistema constitucional francês desenvolveu-se a noção de bloco de constitucionalidade[502], através do qual ficam incorporados ao texto da Constituição (1958), a DDHC (1789), o Preâmbulo da Constituição de 1946 e a Carta do Meio Ambiente (2004) e, portanto, funcionam como parâmetro de validade para toda a legislação infraconstitucional. No mais, o art. 55[503] da Constituição da França (1958) estabelece a supralegalidade dos tratados internacionais, o que obviamente inclui os relativos aos direitos humanos. Porém, por força do comando do seu art. 54[504], verifica-se uma associação da supralegalidade com o modelo de controle preventivo de constitucionalidade, de modo que a incorporação de qualquer tratado que contenha cláusula contrária à

---

[501] "El Tribunal Constitucional y las opiniones mayoritarias en la doctrina jurídica alemana han confirmado varias veces que el Convenio, como cualquier otro tratado internacional ordinario, tiene el rango de una ley federal ordinaria y, por tanto, se encuentra en el orden jurídico interno en un rango jerárquico inferior al de la Constitución. [...] Es decir, el BVerfG reconoce un deber de tener en cuenta al CEDH y a la jurisprudencia del TEDH, pero en casos de conflicto que no se puedan solucionar con medidas hermenéuticas, le da preponderancia a la propia Constitución por encima del Convenio." (FUCHS, Marie-Christine. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Entre cooperación y colisión. In: VON BOGDANDY, Armin et al (coord.). **Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos Transformando realidades**. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro; Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019).

[502] "La expresión "bloque de constitucionalidad" fue utilizada por la doctrina francesa para designar el conjunto de normas y principios superiores con las que se cotejan las disposiciones que se someten al control de constitucionalidad que corresponde hacer al Consejo Constitucional." (MEJÍA, Laura Ospina. BREVE APROXIMACIÓN AL" BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD" EN FRANCIA. **Revista de temas constitucionales**, n. 2. julio-septiembre, México, Iij-Unam, Biblioteca Jurídica Virtual, 2006).

[503] "Article 55. Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie."

[504] "Article 54. Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.".

Constituição dependerá da própria reforma constitucional. Consequentemente, como adiantamos precedentemente, os juízes ordinários e contencioso-administrativos realizam um controle difuso de convencionalidade por meio da técnica da inaplicação das normas estatais contrárias aos standards estabelecidos pelo TEDH.

A Constituição Portuguesa (1976) consagra[505] a supremacia da constituição sobre as normas convencionais em geral, as quais, uma vez incorporadas vigoram no sistema jurídico português e são passíveis de controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional (arts. 277.2[506] e 278.1[507]). Mas também contém uma cláusula de abertura ao Direito Internacional dos Direitos Humanos (art. 16.1[508]) e, ainda, a cláusula interpretativa, segundo a qual "Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem" (art. 16.2).

A vigente Constituição Espanhola (1978) também preceitua uma cláusula interpretativa, ampliada em seu conteúdo na comparação com a congênere portuguesa, ao prever que "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" (art. 10.2).

A interpretação dada a esta cláusula pelo Tribunal Constitucional Espanhol não nos permite concluir que as normas do Direito Internacional dos

---

[505] "Artigo 8º. [...] 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos.".

[506] "2. A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental.".

[507] "1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.".

[508] "1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.".

Direitos Humanos citadas tenham adquirido status constitucional, mas que o conteúdo e o alcance das normas relativas aos direitos fundamentais e liberdades contidas na Constituição de 1978, em particular aquelas do seu título I, devem ser definidos a luz das normas e standards internacionais.

Nas palavras do próprio Tribunal Constitucional, em dois julgados diversos:

> Tampoco puede entenderse autónomamente infringido por el precepto cuestionado el art. 10.2 C.E., pues 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 segundo del título I de nuestra Constitución[509].
>
> La interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional[510].

[509] TC. SENTENCIA 36/1991, de 14 de febrero. BOE núm. 66, de 18 de março de 1991. ECLI:ES:TC:1991:36

[510] TC. SENTENCIA 64/1991, de 22 de marzo. BOE núm. 98, de 24 de abril de 1991. ECLI:ES:TC:1991:64.

Algumas das Constituições mais recentes, editadas após a dissolução da União Soviética, também apresentam diferentes fórmulas de engajamento e incorporação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A Constituição da Letônia (1992) unicamente estabelece[511] uma cláusula de abertura aos direitos humanos internacionais, enquanto a Constituição da Ucrânia (1996) depois de afirmar que "Human rights and freedoms and their guarantees determine the essence and orientation of the activity of the State" (art. 3), estabelece[512] que os tratados internacionais em geral, uma vez incorporados, integram o ordenamento estatal, embora, quando contenha uma cláusula que viole a Constituição, só poderão entrar em vigor depois da aprovação de uma emenda àquela (semelhante à disposição da Constituição Francesa). Destaque-se que a Constituição da Sérvia (2006) prevê (art. 16[513]), a um só tempo, a supremacia da Constituição sobre as normas de tratados internacionais e a sua aplicação direta.

Analisando todos os textos constitucionais dos países que aderiram ao Pacto de San José de Costa Rica e à jurisdição da Corte IDH, tem-se, também, uma miríade de fórmulas de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que podem assim ser distribuídas genericamente: a) sem menção a qualquer fórmula: Barbados, Suriname; b) status legal: Haiti, Panamá, Uruguai; c) status supralegal ou regime de preferência aplicativa: Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Paraguai, Guatemala, Honduras e México; d) status supralegal ou regime de preferência aplicativa ou status constitucional, a depender do processo de incorporação: Argentina e Brasil; e) status constitucional: Peru, Nicarágua (em parte) e República Dominicana.

Embora não contenham dispositivos específicos acerca das normas sobre direitos humanos convencionais, a Constituição do Haiti (1987) prevê[514] o

---

511 "89**.** The State shall recognise and protect fundamental human rights in accordance with this Constitution, laws and international agreements binding upon Latvia.".

512 "Article 9. International treaties that are in force, agreed to be binding by the Verkhovna Rada of Ukraine, are part of the national legislation of Ukraine. The conclusion of international treaties that contravene the Constitution of Ukraine is possible only after introducing relevant amendments to the Constitution of Ukraine.".

513 "Generally accepted rules of international law and ratified international treaties shall be an integral part of the legal system in the Republic of Serbia and applied directly. Ratified international treaties must comply with the Constitution.".

514 "ARTICLE 276.2: Les Traités ou Accord Internationaux, une fois sanctionnés et ratifiés dans les formes prévues par la Constitution, font partie de la Législation du Pays et abrogent toutes les Lois qui leur sont contraires.".

status legal dos tratados em geral, enquanto a Constituição do Panamá (1972) estabelece uma cláusula de abertura geral e admite (art. 206) o controle de constitucionalidade dos tratados em geral[515]. Algo parecido sucede na Constituição do Uruguai (1967), a qual apenas consagra uma cláusula genérica de abertura[516], de modo que a doutrina[517] entende que as normas de direitos humanos internacionais se incorporam com status legal.

A Constituição do Chile (1980) apenas prevê[518] o dever estatal de respeito e promoção aos direitos humanos ratificados e, conquanto persista o debate doutrinário acerca do status destas normas, a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem enunciado que os tratados possuem força de lei e numa posição interposta entre a Constituição e as leis estatais[519].

Já Constituição Boliviana[520] (2009) institui um regime de preferência aplicativa das normas internacionais de direitos humanos (art. 13, IV), além de uma cláusula interpretativa dos direitos e deveres fundamentais constitucionais

---

[515] "ARTICULO 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.".

[516] "Artículo 72. La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.".

[517] Cfr. Henderson, Humberto. "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine." **Revista IIDH**. 39.29 (2004): 02-023.

[518] "Art. 5. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.".

[519] "En este contexto, resulta explicable que parte de la doctrina entienda que los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales forman parte de un «bloque constitucional» que supera la concepción formal de Constitución. El Tribunal Constitucional, sin embargo, no ha aceptado esta tesis. Ha declarado que los tratados internacionales son una fuente de derecho diferente de la ley, que tienen «fuerza de ley», y que se encontrarían en um status intermedio entre la Constitución y las leyes" (QUESNEY, José Antonio Viera-Gallo; ÁLVAREZ, Valeria Lübbert "Los Tratados Sobre Derechos Humanos En La Jurisprudencia Chilena / Human Rights Treaties in Chile's Jurisprudence." **Estudios Internacionales**, no. 171 (2012): 87–115. http://www.jstor.org/stable/41970582.)

[520] "Art. 13, IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia. [...] Artículo 256. I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.".

a luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos (art. 13, IV) que incidem sobre toda a legislação. Estas normas são complementadas (art. 256) pela cláusula interpretativa dos direitos fundamentais constitucionais e, quando esta resulte insolucionável, pela preferência aplicativa da norma ou interpretação mais favorável, que tem se projetado na jurisprudência do Tribunal Constitucional:

> "En este sentido, el Tribunal Constitucional ha generado una línea de interpretación respecto al criterio pro homine y al principio de aplicación progresiva. Esta línea es precisamente la que ampara la interpretación más favorable en relación a los derechos humanos, optando por el criterio de protección más amplio. De esta forma, se establece que la actividad hermenéutica debe respetar el principio de aplicación progresiva de la norma y, si existiesen varias interpretaciones posibles, debe de optarse por la que estuviese limitando en menor medida al derecho o garantía en cuestión; eligiendo siempre la interpretación más extensiva si se trata de reconocimiento de derechos yla interpretación más restringida cuando se trate de establecer límites al ejercicio de los derechos."[521]

A seu turno, o regime traçado na Constituição da Colômbia (1991) se assemelha ao boliviano[522], no sentido de que as normas internacionais de direitos humanos prevalecem no ordenamento interno, contendo, ainda, uma cláusula interpretativa dos direitos e deveres fundamentais constitucionais.

Na Costa Rica (1949) não se previu um regime especial às normas internacionais de direitos humanos, mas os tratados em geral gozam de supremacia supralegal, assegurando-se, ainda, o manejo do recurso de amparo com vistas à proteção de direitos fundamentais estabelecidos na Constituição e nos tratados internacionais[523].

---

[521] Cfr. GAMBOA, Nataly Viviana Vargas. El rol del derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución del estado plurinacional de bolivia: un avance en la teoría y práctica constitucional latinoamericana. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, *[S. l.]*, v. 8, n. 1, p. 158–201, 2022. DOI: 10.26843/relacoessociaistrabalhista.v8i1.411. Disponível em: https://publicacoes.udf.edu.br/index.php/relacoes-sociais-trabalhista/article/view/411. Acesso em: 24 mai. 2024.)

[522] "Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.".

[523] "ARTÍCULO 7.- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. [...] ARTÍCULO 48.- Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos

A Constituição do Equador (2008) tem um capítulo dedicado à estruturação do seu ordenamento, no qual se estabelece que os tratados internacionais se submetem à Constituição, mas admite a aplicação preferente de normas mais favoráveis aos direitos humanos[524].

A supremacia da Constituição e a supralegalidade de qualquer norma de tratados internacionais são estabelecidas na Constituição de El Salvador (1983). Nesta, o constituinte dotou as normas internacionais incorporadas de força passiva[525] (própria do princípio da hierarquia) em face das leis estatais, assim como a possibilidade de controle de constitucionalidade das normas internacionais em face da Constituição.

A Constituição do Paraguai (1992) não contém disposição específica sobre o status do Direito Internacional dos Direitos humanos, mas a interpretação dos seus arts. 137 e 142[526] indicam que uma vez incorporados os tratados

---

internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10. (Así reformado por Ley No. 7128 del 18 de agosto de 1989.)".

[524] "Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución. [...]. Art. 424. [...] La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

[525] "Art. 144.- Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado. [...] Art. 149.- La facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales, se ejercerá por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia. La declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por esta Constitución para las leyes, decretos y reglamentos.".

[526] "Artículo 137. De la supremacía de la Constitución. La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. [...] Art. 142. De la denuncia de los tratados. Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución.".

internacionais de direitos humanos são subconstitucionais e supralegais, porquanto protegidos por um processo de derrogação especial[527] (art. 142).

Na Constituição guatemalteca (1985) existe a previsão explícita da preferência aplicativa, in verbis: “Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno” (art. 46).

A Constituição hondurenha (1982) não contém previsão específica acerca do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas prevê, em geral, a preferência aplicativa[528] do tratado internacional sobre disposições legais, assim como também a possibilidade de incorporação de tratado que contenha dispositivo inconstitucional apenas mediante a reforma da Constituição[529].

O regime da Constituição Mexicana (1917) é bem diferenciado no contexto interamericano, uma vez que, por um lado, contém uma cláusula interpretativa dos direitos fundamentais constitucionais[530] e de interpretação mais ampla ao indivíduo, além do dever das autoridades nacionais em considerar os tratados internacionais de direitos humanos no material normativo voltado à aplicação do direito ao caso concreto.

Aliás, a Suprema Corte de Justiça da Nação, no multicitado Caso Radilla Pacheco[531] reconheceu que todo o judiciário deveria realizar controle

---

[527] No mesmo sentido, cfr. HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. **Revista IIDH**, 2004, 39.29: 02-023.

[528] “ARTICULO 18. En caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley prevalecerá el primero.”.

[529] “ARTICULO 16. Todos los tratados internacionales deben ser aprobados por el Congreso Nacional antes de su ratificación por el Poder Ejecutivo. Los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno. [...] ARTICULO 17.2 Cuando un Tratado Internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el procedimiento que rige la reforma de la Constitución, simultáneamente el precepto constitucional afectado debe ser modificado en el mismo sentido por el mismo procedimiento, antes de ser ratificado el Tratado por el Poder Ejecutivo.”.

[530] “Artículo 1º. [...] Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. [...] Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.”.

[531] Cfr. POISOT, Eduardo Ferrer Mac-Gregor. **El Estado de Derecho, una perspectiva de Derecho Comparado: México.** Bruxelas: EPRS | Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2023

difuso de convencionalidade[532], na medida em que os tratados e a jurisprudência interamericana deveriam funcionar como parâmetro de constitucionalidade e convencionalidade, com prevalência da norma convencional sobre a constitucional, quando se mostrasse mais protetiva.

A situação mudará, porém, depois do julgamento da *Contradicción de tesis 293/2011*[533], quando a mesma Corte altera em parte a orientação precedente, no sentido de que a antinomia entre a normas ou standards convencionais e constitucionais que se mostrasse insolúvel pelos métodos interpretativos não poderia ser resolvida pela aplicação da norma ou standard convencional, já que estes teriam como pressuposto a sua compatibilidade com a Constituição, nos termos do seu art. 1º.

Por tais razões, seguem válidas as conclusões de Jorge Carpizo:

> [...] 12. De esta forma, el derecho internacional de los derechos humanos es una de las fuentes del derecho constitucional mexicano,17 en cuanto amplía los derechos humanos reconocidos en nuestro orden jurídico interno, y en cuanto la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales —la Corte IDH— nos es obligatoria, sin desconocer los informes y recomendaciones de otros órganos creados en tratados internacionales de derechos humanos que México ha ratificado. [...]. Los elementos enunciados en los incisos anteriores integran primordialmente un bloque constitucional de derechos humanos. Preciso, dicho bloque se integra por: a) nuestra Constitución y los preceptos secundarios que reconocen derechos humanos; b) las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales ratificados por nuestro país; c) el derecho internacional consuetudinario y el ius cogens; d) la jurisprudencia de la Corte IDH; e) las resoluciones sobre la materia de la SCJN, y f) los derechos humanos implícitos."[534]

---

[532] "En este entendido, es claro que no es procedente establecer un criterio jerárquico entre los diversos instrumentos normativos que integran el parámetro de regularidad constitucional que ha sido descrito. Lo procedente es que los Jueces del Estado Mexicano al interpretar el contenido de un determinado derecho humano, elijan el estándar que resulte más favorable para los individuos de entre los contenidos en fuente constitucional o aquellos que se deriven de fuente internacional. Consecuentemente, corresponde a los Jueces, en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales, la realización de un ejercicio de valoración derivado del mandato contenido en la parte final del segundo párrafo del nuevo artículo 1o. constitucional para la elección del estándar normativo que integrará el parámetro de regularidad constitucional a aplicar en cada caso concreto, buscando siempre el objetivo constitucional: aplicar el que resulte en el mayor beneficio de las personas." (SCJN. Acción de Inconstitucionalidade 155/2007. Ministro Sergio S. Aguirre Anguiano. Diario Oficial de la Federación de 30 de octubre de 2012. Disponível em: https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/WDNO3ngB_UqKst8o0t75/*. Acesso em 29 mai 2024.).

[533] SCJN. CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011. Ministro. Arturo Zaldívar Lelo De Larrea. Disponível em: https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/hzIq3ngB_UqKst8opfaX/*. Acesso em 29 mai. 2024)

[534] CARPIZO, Jorge. La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos. **Anu. Mex. Der. Inter**, Ciudad de México , v. 12, p. 799-858, 2012. Dispon[ivel em:

A Constituição da República Dominicana é peremptória acerca do status constitucional do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao preceituar que “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado” (art. 74.-3).

Outro regime interessante é o regulado pela Constituição peruana (1993), em que se prevê uma cláusula de abertura interpretativa dos direitos fundamentais constitucionais[535], mas também que os tratados internacionais são subconstitucionais, passíveis de controle de constitucionalidade[536], muito embora o Tribunal Constitucional tenha definido que as normas de Direito Internacional de Direitos Humanos ostentam status constitucional:

> “En consecuencia, los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional peruano en su precitada resolución demuestran que, si bien la actual Constitución del Perú en su Artículo 200, inciso 4, enumera las normas con rango de ley que pueden ser atacadas con una demanda de inconstitucionalidad, entre las cuales se encuentran los tratados, ello no puede servir de fundamento único y absoluto para sostener que los convenios internacionales sobre derechos humanos ostentan jerarquía de ley en el sistema urídico peruano, pues a través de una correcta interpretación de la Constitución Política de 1993, advertimos que los tratados referidos a derechos humanos ostentan actualmente en el Perú una jerarquía constitucional, ya que incorporan en su legislación nacional a los derechos que son reconocidos en el contenido del propio instrumento supranacional —fuerza activa—; y además, en razón a que no procede que estos convenios sean modificados o contradichos por normas infraconstitucionales, o por la vía

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542012000100022&lng=es&nrm=iso. Acesso em 30 mai. 2024.

[535]“ DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS. [...] Cuarta. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”.

[536] “Artículo 55. Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. [...] Artículo 57. [...] Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República. [...] Artículo 200. Son garantías constitucionales: [...] 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.”.

> de la reforma constitucional que pretenda suprimir un derecho consagrado en un tratado sobre derechos humanos o que afecte su contenido protegido —fuerza pasiva— (expedientes acumulados N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. Fundamentos 25-34)"[537].

Na Constituição da Nicarágua (1948) foram constitucionalizados alguns documentos normativos de Direito Internacional de Direitos Humanos[538] (e, obviamente, suas normas), de modo que os demais ostentariam um status infraconstitucional. Mas a doutrina entende que a posição, legal ou supralegal, das normas de direitos humanos estaria ainda pendente de resolução:

> "Si tomamos en cuenta los criterios jurisprudenciales más reciente de la Corte Suprema de Justicia encontraremos que el máximo tribunal se ha posicionado, por una parte, declarando la infraconstitucionalidad de un tratado internacional en razón de la supremacía constitucional del artículo 182; y, por otra parte, también, reconociendo el rango constitucional de los instrumentos internacionales de los artículos 46 y 71 Cn. De esa forma, la Máxima Magistratura ha comprendido que la referencia de la Constitución a los instrumentos internacionales en los artículos 46 y 71 y 182 Cn es distinta. En los primeros se refiere a instrumentos de rango constitucional y en el segundo a instrumentos de rango inferior, al menos, infraconstitucional, pues tampoco se precisa si se ubicarían en un rango intermedio entre la norma fundamental y las leyes ordinarias, o bien, al mismo nivel jerárquico de éstas."[539]

Na vigente Constituição Argentina (1994), algumas normas convencionais de direitos humanos foram constitucionalizadas, mantendo-se a possibilidade de aquisição de status constitucional quando o tratado venha a ser

---

[537] VELASCO P. V., D. M. . La Interpretación de los Tratados sobre Derechos Humanos y su Jerarquía Legislativa en el Ordenamiento Jurídico Peruano. **Memorias Forenses**, *[S. l.]*, n. 6, p. 37–50, 2023. DOI: 10.53995/25390147.1243. Disponível em: https://ojs.tdea.edu.co/index.php/mforenses/article/view/1243. Acesso em 28 mai. 2024.

[538] "Art. 46 [Convenios internacionales constitucionalizados]. En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.".

[539] VELÁSQUEZ, Byron Cárdenas. La jerarquía normativa de los tratados sobre derechos humanos en la constitución y la jurisprudencia de Nicaragua. **Revista de Derecho**, nº 15, p. 73 – 94, 2014. Disponível em: https://revistasnicaragua.cnu.edu.ni/index.php/revderecho/article/view/823. Acesso em 29 mai. 2024.

aprovado por procedimento especial com maioria qualificada[540], tendo a jurisprudência consolidado o dever de exercício de controle difuso de convencionalidade[541].

5.6.1. A recepção do Direito internacional dos Direitos Humanos no sistema constitucional brasileiro

A Constituição Federal de 1988 é essencialmente cooperativa. Seu Preâmbulo anuncia que a sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos é fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias e em seu Título I elenca os dez princípios que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais, dentre os quais a prevalência dos direitos humanos.

A cláusula latinoamericana (art. 4º, p. único: "A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações") antecipa o escopo de engajamento internacional do país na formação de uma integração entre as nações do continente, assim como o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias expressa o compromisso do Estado

---

[540] "**Artículo 75**.- Corresponde al Congreso: [...] 22. [...] La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.".

[541] "Este llamado "control de convencionalidad" que comenzó siendo aceptado tímidamente por la jurisprudencia (Causa "Ekmekdjian c/ Sofovich" Fallos 315:1492 de 1992), terminó por imponerse luego de la Reforma de 1994 como una obligación del Estado derivada del deber de respetar los derechos (art. 1) y de adoptar disposiciones de Derecho interno (art. 2), especialmente, por parte de los tribunales en causas judiciales y, especialmente, luego del estándar dispuesto por la propia Corte Interamericana como canon interpretativo en Caso "Almonacid Arellano y otros Vs. Chile" del 2006." (RICCI, Sergio Díaz. **El Estado de Derecho, una perspectiva de Derecho Comparado: Argentina**. Bruselas: EPRS | Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2023. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2023)745675. Acesso em 29 mai. 2024).

no estabelecimento de padrões comuns de tutela de direitos humanos, com supervisão de caráter jurisdicional (“O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”).

A participação do Estado Brasileiro na sociedade internacional é uma constante histórica: o país esteve presente na Primeira Conferência Internacional Americana de 1890, é membro fundador da Organização dos Estados Americanos (1948), da Organização Internacional do Trabalho (1919), do GAAT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) e da sucessora Organização Mundial de Comercio (OMC), além de promover a integração regional por meio da criação do Mercosul, pelo Tratado de Assunção de 1991 e da União de Nações Sul-americanas (UNASUL), por meio do Tratado de Brasília de 2008.

Com o fim do período de governo militar, o Brasil aderiu e/ou ratificou vários tratados internacionais de direitos humanos, como a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, em 20 de julho de 1989, a Convenção sobre os direitos da criança, de 24 de setembro de 1990, os Pactos Internacionais do sistema onusiano (PIDCP e PIDESC) e a Convenção Americana de Direitos Humanos, esta ratificada pelo Decreto n. 678/1992, seguida do reconhecimento da competência jurisdicional contenciosa da Corte IDH a partir de 10 de dezembro de 1998, conforme ratificação realizada através do Decreto n. 4.463/2002.

O cenário, portanto, é de inegável cooperatividade internacional, de prevalência dos direitos humanos e de engajamento aos métodos de supervisão, fiscalização e tutela através dos órgãos de tratado e da jurisdição da Corte IDH, o que naturalmente suscita, também no Brasil, diversas questões problemáticas acerca da incidência das normas convencionais e standards interpretativos no ordenamento jurídico doméstico.

Como já se expôs, o sistema constitucional brasileiro adota uma posição dualista moderada, já que a eficácia jurídica de norma internacional é dependente de um procedimento que veicula as vontades do chefe do Poder Executivo e do Congresso Nacional, após o que as fonte internacional se nacionaliza e passa a integrar o ordenamento interno em relação de paridade com a legislação ordinária e, portanto, se tratando de normas sucedâneas, revogáveis e modificáveis entre si. Inclusive os acordos que forem celebrados no âmbito do Mercosul, os quais podem ser enquadrados como direito derivado,

não possuem eficácia no direito positivo interno até que venham a ser incorporados na forma constitucionalmente prevista para os tratados internacionais em geral.

Entretanto, desde o advento da Constituição Federal de 1988, parte significativa da doutrina internacionalista brasileira vinha (e vem) defendendo o status constitucional das normas internacionais de direitos humanos, baseada no princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, CF) e na cláusula de abertura prevista no art. 5º, § 2º, segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Cançado Trindade, que participou dos debates constituintes prévios à edição do dispositivo, sempre defendeu que a mens legis era a de incorporar as normas de tratados internacionais de direitos humanos à própria Constituição e, consequentemente, que servisse de parâmetro de controle de constitucionalidade para todos os atos normativos primários, seja por meio do controle difuso, seja através do controle abstrato. Em suas palavras:

> O disposto no artigo 5(2) da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno[542].

[542] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. **São José da Costa Rica**, v. 12, 1996. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22015-22016-1-PB.pdf**. Acesso em 01 jun. 2024.**

A seu turno, Flávia Piovesan realizava uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional e a partir da sua máxima efetividade e do conteúdo jurídico do princípio da dignidade humana concluía que o art. 5º, § 2º, CF-88 só podia significar, a seu parecer, a incorporação constitucional das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos:

> À luz desse dispositivo constitucional, os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional[543].

No entanto, esta nunca foi interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para quem a cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, CF-88 não significava a extensão do status constitucional às normas dos tratados internacionais de direitos humanos, as quais, uma vez incorporadas, o faziam na condição da legislação ordinária e, portanto, não poderiam contrariar qualquer norma constitucional. Veja-se:

> [...] 4- Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, ("ninguém deve ser detido por dívida": "este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar") deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição.[544]

E é preciso acrescentar que o Supremo Tribunal Federal interpretou acertadamente a cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, CF-88, uma vez que estender a natureza materialmente constitucional às normas de tratados internacionais sobre direitos humanos significa reconhecer o conteúdo e a função destas normas para a comunidade política, mas não altera o seu regime

---

[543] PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. **O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides**, 2008.

[544] STF. HC 73044, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 19-03-1996, DJ 20-09-1996 PP-34534 EMENT VOL-01842-02 PP-00196.

jurídico dentro do sistema de fontes do direito nacional, regime jurídico que é definido pelo seu status formal, sem contar que o próprio status legal dos tratados internacionais, inclusive de direitos humanos, se via reforçado pela definição das competências do Superior Tribunal de Justiça, a qual equiparava o juízo de cassação efetuado à lei federal e ao tratado internacional[545].

O cenário, entretanto é alterado com a reforma constitucional efetuada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, através da qual foi inserido o § 3º ao art. 5º[546], permitindo a incorporação a nível de emenda constitucional de qualquer tratado internacional de direitos humanos, desde que aprovado por um procedimento especial e com quórum qualificado.

E aqui cabe uma primeira observação relevante. O constituinte reformador não autorizou que o tratado sobre direitos humanos adquira status constitucional, mas status de emenda constitucional. E a diferença é crucial, já que a emenda constitucional no direito brasileiro é uma fonte normativa que possui limitações materiais previstas no art. 60, § 4º, CF-88[547], de tal modo que é perfeitamente possível o controle material de constitucionalidade – ainda que bem restrito –, de um tratado internacional de direitos humanos que, por exemplo, contenha norma que tenda a abolir a forma federativa do Estado ou afetem substancialmente o regime da separação de poderes previsto na própria Constituição.

Em consequência da citada reforma constitucional, pode-se dizer que as normas internacionais de direitos humanos possuíam natureza materialmente constitucional, mas formalmente ostentariam status legal ou de emenda constitucional quando tivessem sido incorporadas pelo procedimento previsto no § 3º do art. 5º, quadro que se manteve até o julgamento dos RREE 349703[548] e

---

[545] "Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência."

[546] "[...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.".

[547] "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.".

[548] STF, RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104.

466343 pelo Supremo Tribunal Federal, através dos quais a Corte consolidou o entendimento segundo o qual os tratados internacionais de direitos humanos que não forem incorporados pelo procedimento do § 3º do art. 5º teriam status supralegal:

> [...] Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão[549].

Perceba-se que o STF aparentemente teria se inclinado a considerar a supralegalidade propriamente como uma preferência aplicativa, mas o que acabou se consolidando na jurisprudência, efetivamente, foi a existência de uma relação internormativa hierárquica, em virtude da qual as normas legais que contrariarem o Pacto de San José são ipso jure revogadas[550], por força do *lex superior derogat inferior*, como o próprio STF afirmou posteriormente: "[...] O Plenário da Corte assentou que, em razão do status supralegal do Pacto de São José da Costa Rica, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel" [551].

A mesma interpretação, acerca da existência de uma relação hierárquica entre as normas legais e as normas convencionais, prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça:

> [...] 5. O Pretório Excelso, realizando interpretação sistemática dos direitos humanos fundamentais, promoveu considerável mudança acerca do tema em foco, assegurando os valores supremos do texto magno. O Órgão Pleno da Excelsa Corte, por

---

[549] STF. RE 349703, Relator(a): CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03-12-2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675.

[550] "[...] O Plenário da Corte assentou que, em razão do status supralegal do Pacto de São José da Costa Rica, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel" (STF. RE 404276 AgR, Relator(a): CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 10-03-2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-06 PP-01109 LEXSTF v. 31, n, 364, 2009, p. 169-172)

[551] STF. RE 404276 AgR, Relator(a): CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 10-03-2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-06 PP-01109 LEXSTF v. 31, n, 364, 2009, p. 169-172

> ocasião do histórico julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343 - SP, Relator MIn. Cezar Peluso, reconheceu que os tratados de direitos humanos têm hierarquia superior à lei ordinária, ostentando status normativo supralegal, o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade, máxime em face do efeito paralisante dos referidos tratados em relação às normas infralegais autorizadoras da custódia do depositário infiel. Isso significa dizer que, no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade."[552]

Diante do atual quadro normativo e jurisprudencial, cremos não ser possível sustentar o status constitucional das normas de direito internacional em geral, nem daquelas de direitos humanos no sistema de fontes brasileiro. O seu panorama no ordenamento jurídico brasileiro se resume nestas fórmulas: a) os tratados internacionais, como regra geral, estão subordinados à Constituição e assumem o status de lei ordinária, podendo afetar a lei anterior incompatível ou ser modificado por lei ordinária posterior conflitiva, aplicáveis os critérios cronológicos e de especialidade, e a despeito dos efeitos que esta regra possa gerar no âmbito da responsabilidade civil por quebra do tratado; b) os tratados internacionais podem invadir competências normativas estabelecidas em favor de Estados e Municípios; c) os tratados internacionais sobre direitos humanos podem ter status de emenda constitucional, quando aprovados pelo procedimento especial do art. 5º, §3º, CF88; d) os tratados internacionais sobre direitos humanos, quando não aprovados por aquele procedimento, anteriores ou posteriores à emenda constitucional nº 45/2004, terão status de supralegalidade, tendo como efeito a revogação da legislação ordinária incompatível.

Por último, saliente-se que não existe uma doutrina jurisprudencial nacional, nem tampouco norma processual que estabeleça como deve ser realizado o controle de convencionalidade pelos juízes brasileiros, mas, na medida em que se consolidou cuidar de um controle de validade próprio de uma relação internormativa hierárquica, para o qual todo o juiz nacional está

---

[552] STJ. REsp n. 914.253/SP, relator Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 2/12/2009, DJe de 4/2/2010.

habilitado, seja na relação lei – regulamento, seja na relação lei – constituição, pois o Brasil adota um modelo difuso de controle de constitucionalidade, não deve haver maiores divagações acerca do dever em si, apesar da persistência de dúvidas e problemas não resolvidos, tais como o uso da técnica da interpretação conforme o standard interamericano antes da declaração de invalidade da norma legal ou se é necessária a maioria absoluta de voto (reserva de plenário) nos Tribunais como condição para a declaração de invalidade ou, ainda, o cabimento de ação rescisória por violação manifesta de standard interamericano, dentre outros.

De qualquer modo, a fim de modificar a cultura jurídica no sentido de estar mais voltada para as normas e standards de proteção internacional, o Conselho Nacional de Justiça – órgão constitucional de controle administrativo e disciplinar do Poder Judiciário nacional, frise-se – editou a Recomendação nº 123/2022, através da qual determinou que os órgãos judiciais nacionais priorizassem o julgamento dos processos em tramitação relativos ao cumprimento das condenações do Brasil na Corte IDH e, ainda "a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas."[553]

Nos consideranda deste ato normativo, o Conselho Nacional de Justiça cita tanto a reiterada jurisprudência da Corte IDH acerca do dever de controle de convencionalidade das leis pelo Poder Judiciário, inclusive em sentença condenatória do Estado Brasileiro, como o reconhecimento de um novel dever judicial, que merece transcrição: "CONSIDERANDO que cabe aos juízes extrair o melhor dos ordenamentos buscando o caminho para o equilíbrio normativo impactado pela internacionalização cada vez mais crescente e a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os juízes".

[553] BRASIL. CNJ. Recomendação nº 123/2022. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305. Acesso em 27 mai. 2024.

6. PRESSÕES DO SUPRANACIONAL SOBRE O ESTADO CONSTITUCIONAL: OS CASOS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

6.1. O PARADOXO: O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS COMO CONTRATEMPO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Pôde ser verificado por todos os estudos apresentados até aqui sobre o desenvolvimento do sistema jurídico internacional em geral e do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) que a sua intercessão no Estado Constitucional é um fator de potencial tensionamento político e jurídico, na medida em que, constituindo-se como uma instância de controle dos poderes públicos estatais, exerce suas funções fora do desenho projetado de democracia pluralista[554], impactando no sistema de fontes do ordenamento estatal e, eventualmente, no desempenho dos papeis da Constituição.

De início, recorde-se que é inerente ao ordenamento internacional o estabelecimento de normas que tenham como conteúdo a obrigação do Estado de conferir direitos ou posições jurídicas a determinados sujeitos em seu território ou, mesmo, a obrigação de que um determinado conteúdo normativo seja incorporado no plano do direito interno. Mas o que caracteriza, e distingue, o Direito Internacional dos Direitos Humanos - DIDH é que a norma convencional tem por conteúdo a obrigação dos Estados de garantirem padrões harmônicos de tutela de direitos em seu âmbito interno, garantia esta que é empreendida tanto através do reconhecimento dos direitos previstos na convenção, quanto na interpretação uniforme – e pretensamente vinculante – de seus conteúdos normativos em todos os Estados partes[555].

---

[554] Conforme leciona F. Balaguer, desde os seus primórdios, o constitucionalismo associou a garantia de direitos a um certo modelo de estruturação de poder, algo que se romperia no desenvolvimento da supranacionalidade. Neste, porém, poderia ser identificado um ponto positivo que é o estabelecimento de uma nova instância de controle dos poderes públicos, que é a jurisdição internacional. Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. I contesti ordinamentali della tutela multilivello dei diritti. **Cittadinanza Europea (La)**, *[S. l.]*, n. 2, p. 61–77, 2024. DOI: 10.3280/ceu2023-002005.

[555] "Porém, não basta a adoção da mesma redação de um determinado direito em dezenas de países que ratificaram um tratado para que o universalismo seja implementado. É necessário que tenhamos também uma mesma interpretação desse texto. Ou seja, é necessário que exista um mecanismo internacional que averigue como o Estado interpreta o texto adotado. Por isso, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é composto por duas partes indissociáveis: o rol de

Para este efeito, na prática, o direito interno nacionaliza a norma internacional de direitos humanos por uma técnica que se adéqua ao reenvio formal[556]. Neste, a recepção da norma internacional é feita enquanto produto dinâmico de uma fonte externa, já que qualquer modificação operada no ordenamento reenviado (no contexto aqui analisado, o interamericano de direitos humanos), nesta hipótese por força da interpretação conferida pela Corte IDH, impacta diretamente no ordenamento reenviante (o nacional). O reenvio formal difere do material ou fixo[557], em que a norma externa é incorporada como própria, não importando qualquer modificação que se faça no ordenamento reenviado, diferenciação esta que tem claros reflexos no processo de interpretação e aplicação, pois, no caso do reenvio material a norma é interpretada e aplicada como sendo norma nacional.

Perceba-se, ainda, que o DIDH opera – embora com uma estipulada função diferente –, sobre o mesmo espaço normativo das constituições do Estado Constitucional de Direito (ECD), em que os direitos fundamentais, depois da superação do caráter de liberdades básicas pré-estatais, passaram a constituir o objeto de tarefas estatais, englobando os deveres de respeitar, de proteger e de promover e, quanto ao plano de produção normativa, a integrar os consensos mínimos que regulam a comunidade política que tem na Constituição normativa o seu referente. Neste mesmo espaço, atua o DIDH, mas sob o

---

direitos de um lado e os processos internacionais que interpretam o conteúdo desses direitos e zelam para que os Estados cumpram suas obrigações" (RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de Direitos Humanos e a implementação das decisões no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 3).

[556] Com esta conclusão coincide Sánchez Barrilao: "Al respecto, aunque dichos Tratados relativos a derechos humanos pueden considerarse como contenidos normativos predeterminados en cuanto que conocidos al momento de establecerse el reenvío (el caso de la DUDH, y de ahí que quepa considerar esta parte del art. 10.2 CE como expresión más de una recepción normativa que de un reenvío), tanto la forma abstracta e indeterminada de dirigirse a éstos, como el que quepan nuevas ratificaciones de los mismos (arts. 94.1.c y 96 CE), y, finalmente, a la dinámica interpretación y desarrollo que de ellos puedan llevar a cabo órganos específicos de garantía a nivel internacional, es que nos permita considerar dicha norma constitucional como ejemplo de reenvío" (BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. **Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional: el derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos**. Pamplona: Thomson Reuters, 2021. p. 104)

[557] "Il rinvio può essere di due tipi: 1) rinvio fisso o recetivo o materiale; 2) rinvio mobile, non recetizio o formale. Nel primo caso, la norma di diritto interno richiama un determinato atto proveniente da un ordinamento esterno (nella nostra ipotesi il diritto internazionale). Nel secondo, invece, viene richiamata una fonte esterna, consentendo così l'adattamento automatico dell'ordinamento interno a tutte le norme che da questa fonte derivano". (BIN, Roberto e PITRUZZELLA, Giovani. **Le fonti del diritto**. 4ª ed. Torino: Giappichelli, 2023. p. 112.)

fundamento da igualdade soberana dos Estados e do *pacta sunt servanda*, tendo na responsabilidade internacional a base para o desenho de seus mecanismos de supervisão e tutela.

Idealmente, parte da doutrina internacionalista não vislumbra qualquer elemento de confronto sistêmico entre o sistema interamericano de direitos e as Constituições, configurando-se como uma certa complementariedade[558] entre os instrumentos internacionais de direitos humanos e os textos constitucionais nacionais. A questão da coerência sistêmica é focada menos nos processos e na atividade dos órgãos de produção e mais nos dos órgãos de aplicação (como se vê da doutrina dos diálogos judiciais) do direito, cujas premissas podem ser assim resumidas: a) os órgãos estatais de aplicação do direito devem respeitar o conteúdo dos tratados; b) os órgãos estatais de aplicação do direito devem seguir a interpretação dos órgãos de tratado e a jurisprudência dos tribunais internacionais, inclusive adaptando e modificando a própria jurisprudência; c) os órgãos estatais de produção do direito devem alterar a legislação ordinária ou constitucional para adequar-se às normas e aos standards de proteção internacional, sob pena de responsabilidade.

Consequentemente, concluir-se-ia um esquema de proteção multinível de direitos – expressão amplificada dos estudos sobre a integração europeia e sua governança multinível[559] –, que, no âmbito do Direito

---

[558] "[...] na ordem contemporânea se reforça, cada vez mais, esse complexo sistema de 'concorrência institucional', pelo qual a ausência ou insuficiência de respostas às violações de direitos humanos, no âmbito naciona, justifica o controle, a vigilância e o monitoramento desses direitos pela comiunidade internacional. Importa esclarecer que a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos, ao constituir uma garantia adicional de proteção, invoca dupla dimensão, enquanto: a) parâmetro protetivo mínimo a ser observado pelos Estados, propiciando avanços e evitando retrocessos no sistema nacional de direitos humanos; e b) instância de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas no dever de proteção desses direitos" (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 21ª ed. São Paulo: Saraivajus, 2023. p. 8)

[559] "Mais importante para os nossos propósitos, no entanto, é que a ideia ganhou ampla aceitação nos estudos de integração europeia e foi adotada gradualmente por alguns acadêmicos europeus para descrever outros processos nos quais normas de diferentes âmbitos regulavam uma mesma área. Os direitos humanos são um destes casos. [...] Por um lado, é evidente que os diferentes âmbitos ofereciam a possibilidade de uma maior e mais completa proteção aos direitos humanos. Não se contam unicamente com as garantias constitucionais nacionais, mas também (se as mesmas falhavam, e sob o princípio da subsidiariedade) com o sistema internacional. Além disso, a proteção é complementada pela ordem jurídica comunitária, que tem efeito direto e supremacia nos sistemas jurídicos nacionais dos Estados-membros" (UREÑA, René. Proteção multinível de direitos humanos na América Latina? Oportunidades, desafios e riscos. *In*: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; PÉREZ, AINDA TORRES.

Internacional dos Direitos humanos, seria realizada colaborativamente através de instâncias nacionais e internacionais, as quais se encontrariam coordenadas através da harmonização da legislação e de seus standards interpretativos com vistas à sua efetivação concreta pelos Estados.

E, efetivamente, o tensionamento a que fizemos referência não excede os problemas próprios de uma arquitetura de pluralismo ordinamental no contexto do sistema europeu de direitos humanos, haja vista o seu desenho institucional e a postura de atuação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, do qual resulta uma relativa deferência aos ordenamentos nacionais e aos poderes públicos estatais.

Mas, no contexto do sistema interamericano a situação nos parece diferente: os contornos do controle de convencionalidade, com primazia do direito convencional sobre o direito estatal, inclusive constitucional e sua imposição a todas as autoridades jurisdicionais estatais, associados à assunção pela Corte IDH de outras funções típicas de tribunais constitucionais, à ausência de uma doutrina sobre a margem de apreciação nacional e à unilateralidade do diálogo judicial até agora realizado permitem concluir que o ordenamento interamericano (suas normas e os standards interpretativos que funcionam como autênticas fontes do direito, com eficácia erga omnes) não é subsidiário e complementar às instâncias nacionais, mas nitidamente substitutivo, comportando-se, portanto, como um elemento irritante do funcionamento dos ordenamentos nacionais.

Este diagnóstico, do ponto de vista do relacionamento interordinamental significa que o sistema interamericano, por si próprio, transformou uma relação que era de cooperação interestatal, caracterizada pela abertura do ordenamento para instrumentos de colaboração com vistas ao alcance de finalidades comuns, incluindo a própria adaptação endógena de seu ordenamento, para uma relação de integração, marcada, substancialmente, pela penetração e condicionamento de um ordenamento, no caso o interamericano, sobre o outro (os nacionais). E isso, sem que precedesse um ato específico de vontade estatal neste sentido (e isto não seria novidade à luz da experiência da União Europeia, como se verá), mas, ainda, sem que existisse um laço de

(coord.). **Proteção Multinível dos Direitos Humanos - Manual**. Barcelona: DHES. Red de Direitos Humanos e Educaçao Superior, 2014. p. 17-18.).

identidade cultural, política e jurídica numa intensidade tal que justificasse a integração e, mais ainda, realizou este processo de transformação em momento contemporâneo aos processos de redemocratização e de construção dos Estados Constitucionais no continente, como se percebe da recenticidade da atuação contenciosa da Corte IDH, cuja primeira sentença é de 29 de julho de 1988 (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras).

Portanto, se metodologicamente[560] não seria adequada a transposição das categorias estatais para o espaço político-normativo supranacional, no caso do modelo de desenvolvimento do sistema interamericano de direitos humanos, parece-nos importante observar como este tem impactado sobre as bases político-constitucionais em vias de consolidação e que estão condensadas no modelo do Estado Constitucional.

Em primeiro lugar, uma das características do sentido revitalizado do pluralismo político que inspira o Estado Constitucional é o que P. Häberle[561] denominou de dimensão espacial do espaço público, que se reflete no reconhecimento e revalorização de grupos intermediários e uma multiplicidade de círculos de poder entre o Estado, associação política por excelência, e os indivíduos, grupos aqueles que servem também de controle recíproco e como instâncias de afirmação da personalidade, tais como as associações, os sindicatos, os partidos políticos, as organizações religiosas etc, os quais interagem por meio dos dissensos e dos consensos com vistas à formação da decisão política.

No espaço estatal os indivíduos, os grupos intermediários e os demais círculos de poder competem pelo reconhecimento de direitos, pela definição de seu sentido e alcance, inclusive por meio das interações entre jurisdição constitucional e Parlamento, pela predominância de determinados valores ou objetivos em casos de conflitos entre direitos e pela execução de políticas públicas que os efetivam e cujos contornos servem de critério para diferenciar programas alternativos de governo.

À jurisdição constitucional compete a fiscalização da observância dos consensos constitucionais básicos na tomada da decisão político-normativa e a

---

[560] Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. I contesti ordinamentali della tutela multilivello dei diritti. **Cittadinanza Europea (La)**, *[S. l.]*, n. 2, p. 61–77, 2024. DOI: 10.3280/ceu2023-002005.
[561] HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. 2ª ed. México: UNAM, 2016. p. 15.

jurisdição ordinária cumpre o papel de assegurar o bem da vida pretendido ou o seu resultado pecuniário equivalente quando o indivíduo ou grupo de indivíduos não tiverem podido gozar do direito que constitui o conteúdo daquela decisão, separação funcional esta que nem sempre é nítida nos diferentes modelos de controle de constitucionalidade e de justiciabilidade de direitos[562].

De qualquer modo, como é evidente, o campo de cooperação internacional (tradicional) não se insere neste espaço entre Estados e indivíduos, porque lhe é exterior, mas as suas decisões político-normativas (os tratados e convenções internacionais) são introjetadas no espaço estatal através dos mecanismos de incorporação nos quais participam frequentemente os órgãos políticos representativos – permeáveis às dinâmicas de consenso e dissenso do espaço público – e, por vezes, a própria jurisdição constitucional atua, inclusive preventivamente, na fiscalização da observância dos consensos constitucionais que incidem na recepção da norma internacional.

Assim, também neste campo o conflito – o elemento inevitável e permanente de qualquer sociedade democrática – sobrevive na disputa permanente pela decisão político-normativa que, mesmo advinda da arena internacional, se substancializa numa decisão eminentemente estatal expressada nos processos de ratificação e de denúncia do tratado.

Diferentemente, no desenho do sistema interamericano, a interação nacional que se desenvolve no espaço público estatal é irrelevante e não tem

---

[562] Como exemplo, no ordenamento brasileiro, se adota um modelo misto (difuso e concentrado) de controle de constitucionalidade e todos os direitos fundamentais, independentemente de sua estrutura ou de sua geração, são justiciáveis perante qualquer juízo, inclusive direitos essencialmente prestacionais concretizáveis em políticas públicas. Neste sentido, recente acórdão didático do STF: "Controle judicial de *políticas públicas* que pressupõe a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) violação de garantia constitucional ao mínimo existencial; ii) desarrazoabilidade (ou irracionalidade) da *política pública* estabelecida ou vícios no exercício da competência discricionária pelo administrador; iii) disponibilidade orçamentária (reserva do possível) de implementação e medida diversa." (STF. ARE 1364040 / SP - SÃO PAULO. Relator(a): Min. ANDRÉ MENDONÇA. Publicação: 03/08/2022). No ordenamento espanhol, entretanto, a justiciabilidade é diferenciada, de modo que, os denominados "principios rectores de la política social y económica" só o serão na medida de sua conformação legal (CE: "Artículo 53. [...] 2**.** Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.")

como ser considerada pela Comissão Interamericana ou pela Corte IDH, até porque serão qualificadas como fatos que não podem justificar o descumprimento da obrigação do Estado perante a comunidade internacional.

A Corte IDH atua como jurisdição ordinária, quando não há divergência quanto ao sentido e alcance do direito humano envolvido, assegurando o bem da vida pretendido ou o seu resultado pecuniário equivalente em favor do indivíduo ou grupo de indivíduos que não tiverem podido gozar do direito, mas também atua como jurisdição constitucional – como já comprovamos – também ao supervisionar se o conteúdo normativo do direito humano regulado na convenção internacional que constitui o seu referente normativo foi adequadamente observado pela jurisdição estatal no caso concreto, valendo-se da eficácia objetiva de suas resoluções e da consequente construção do dever de controle de convencionalidade.

Mesmo com a ampliação da capacidade internacional do indivíduo (com mais intensidade na CEDU e menos na CADH) em face da resolução de da Corte Internacional não se forma uma arena de disputa política democrática e o standard de proteção internacional, de caráter vinculante para todos os Estados que são partes, deve ser impositivamente internalizado e principalmente pelos órgãos jurisdicionais estatais, ordinários e constitucionais.

Não à toa, atento à importância destes impactos, simbolizam um primeiro passo de penetração no espaço interamericano algumas das reformas porque passou *sponte propria* o sistema, com vistas a uma maior permeabilidade da decisão tomada aos espaços políticos intraestatais, particularmente por meio da atuação da Comissão Interamericana (CIDH), como se constata no Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos nos processos de promoção de solução amistosa (art. 40)[563] e das visitas in loco (art. 39)[564] em relação ao sistema de petições individuais, mas também através de novas metodologias de elaboração dos Relatórios Anuais à Assembleia Geral da

[563] "Art. 40. Em qualquer etapa do exame de uma petição ou caso, a Comissão, por iniciativa própria ou a pedido das partes, pôr-se-á à disposição destas a fim de chegar a uma solução amistosa sobre o assunto, fundamentada no respeito aos direitos humanos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na Declaração Americana e em outros instrumentos aplicáveis.".

[564] "Art. 39. 1. Se considerar necessário e conveniente, a Comissão poderá realizar uma investigação *in loco*, para cuja eficaz realização solicitará as facilidades pertinentes, as quais serão proporcionadas pelo Estado em questão.".

OEA(art. 59)[565] ou nos relatórios por países[566] e na realização de audiências (art. 60).

Já o Regulamento da Corte Interamericana autoriza a participação processual de amicus curiae (art. 44) e de peritos (art. 46), além de iniciativa probatória por parte da própria Corte (art. 58[567]), através da qual situações de fato e de direito estatais podem chegar ao âmbito de cognição dos juízes levados por qualquer pessoa, entidade, escritório, órgão ou autoridade que se considere pertinente.

Em segundo lugar, pensado em sua perspectiva interna, no ECD efetua-se a articulação do pluralismo institucional e social pelo e para o Estado, o qual preserva o monopólio, não da produção do direito, mas da determinação dos procedimentos e órgãos através dos quais podem as normas ser produzidas, o que o faz através das respectivas normas sobre a produção jurídica, as quais servem como parâmetro de validade para todo o direito positivo e asseguram a unidade do sistema, mesmo que composto por uma pluralidade de fontes e de ordenamentos jurídicos. Porém, o sistema jurídico internacional em geral conta com as suas próprias normas sobre a produção, cujas validades não dependem do direito estatal, o que acaba gerando um tensão sistêmica, com uma parte da produção do direito, com eficácia jurídica interna, que não se articula pelo e para o Estado.

Na verdade, esta é a consequência no plano da organização do Direito da fase atual de evolução por que passa o Estado Constitucional

---

[565] "Art. 59. 2. Na adoção dos relatórios previstos no parágrafo 1.h do presente artigo, a Comissão coligirá informação de todas as fontes que considerar necessárias para a proteção dos direitos humanos. Antes da sua publicação no Relatório Anual, a Comissão enviará cópia desses relatórios ao respectivo Estado. Este poderá enviar à Comissão as opiniões que considerar convenientes, dentro do prazo máximo de um mês da data de envio do relatório correspondente. O conteúdo deste relatório e a decisão de publicá-lo são de competência exclusiva da Comissão.".

[566] "Art. 60. a) uma vez aprovado pela Comissão, o projeto de relatório será encaminhado ao Governo do Estado membro de que se trate, para que este formule as observações que julgar pertinentes; b. a Comissão indicará ao referido Estado o prazo em que devem ser apresentadas as observações; c. recebidas as observações do Estado, a Comissão as estudará e, à luz delas, poderá manter ou modificar seu relatório e decidir acerca das modalidades de sua publicação; [...]".

[567] "Art. 58. a. Procurar *ex officio* toda prova que considere útil e necessária. Particularmente, poderá ouvir, na qualidade de suposta vítima, de testemunha, de perito ou por outro título, a qualquer pessoa cuja declaração, testemunho ou parecer considere pertinente. b. Requerer à Comissão, às vítimas ou supostas vítimas ou a seus representantes, ao Estado demandado e, se for o caso, ao Estado demandante o fornecimento de alguma prova que estejam em condições de oferecer ou de qualquer explicação ou declaração que, em seu entender, possa ser útil. c. Solicitar a qualquer entidade, escritório, órgão ou autoridade de sua escolha que obtenha informação, que expresse uma opinião ou elabore um relatório ou parecer sobre um determinado aspecto. Enquanto a Corte não autorizar, os respectivos documentos não serão publicados.".

Cooperativo[568], enquanto postura do Estado nacional em favor da abertura a outras experiências constitucionais e à regulação de aspectos do seu direito interno pelo Direito internacional e que é consequência do desenvolvimento do paradigma cooperativo das relações internacionais e do progresso da humanização do próprio direito internacional.

P. Häberle chega perceber o cenário que denomina de constitucionalismo universal, através do qual a matéria e a forma constitucionais estariam distribuídas em Constituições parciais nacionais e internacionais[569], em contínua interação recíproca, com efeito de condicionamento do próprio Estado Constitucional às constituições parciais internacionais, de que são exemplos os pactos internacionais e regionais de direitos humanos, a Carta das Nações Unidas e suas convenções adicionais, os estatutos dos tribunais internacionais que, dada a dimensão do consenso em torno das matérias reguladas e de seu caráter permanente, exerceriam essencialmente um papel constitucional.

E especificamente sobre o reflexo das constituições parciais sobre a atividade jurisdicional P. Häberle afirma:

> [...] Además: los tribunales constitucionales son órganos judiciales vinculados sólo a “Constituciones parciales”, es decir no sólo los nacionales, sino también los (supranacionales) “tribunales constitucionales regionales”, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo o la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Costa Rica. Los Tratados sobre derechos humanos son “Constituciones parciales”, por excelencia[570].

---

[568] “En la medida en que, desde la perspectiva internacional, la cooperación entre los Estados ocupe el lugar de la mera coordinación y del simple ordenamiento de la coexistencia pacífica (es decir, de la delimitación de los ámbitos de la soberanía nacional), en el campo del derecho constitucional nacional pueden advertirse tendencias que apuntan hacia un debilitamiento de la distinción estricta entre lo interno y lo externo a favor de una apertura hacia el exterior.” (HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. 2ª ed. México: UNAM, 2016. p. 69)

[569] “Las constituciones parciales del Derecho constitucional estatal y del Derecho Internacional mantienen una relación dinámica de interacción recíproca de agentes y temáticas. El tradicional planteamiento de separación está ya superado: el Derecho Internacional se enriquece con el Derecho constitucional nacional y, recíprocamente, las temáticas del Derecho Internacional se desplazan al ámbito nacional interno, ante todo, a través del puente del “Estado constitucional cooperativo” (HÄBERLE, Peter. El Constitucionalismo Universal Desde las Constituciones Parciales Nacionales e Internacionales. Siete Tesis. **Direito Público**, *[S. l.]*, v. 54, 2013. DOI: 10.11117/22361766.54.10.2363.

[570] HÄBERLE, Peter. Funciones y Significado de los Tribunales Constitucionales en Perspectiva Comparada – Y Comentario a Los 60 Años del Tribunal Constitucional. **Direito Público**, *[S. l.]*, v. 48, p. 196–217, 2012. DOI: 10.11117/22361766.48.9.2130.

Como se disse, desta interação entre as Constituições parciais nacionais e internacionais resulta uma tensão sistêmica, uma vez que cada sistema jurídico só pode regular a produção de normas que o compõem e, como efeito, só tem competência para realizar o controle de validade das normas produzidas a partir dos seus próprios parâmetros (de suas NSP), o que equivale a dizer que o Direito estatal não tem como realizar controle de validade do direito internacional em face de quaisquer de seus parâmetros (tratados constitutivos, normas de jus cogens, etc), assim como o ordenamento internacional não realiza controle de validade da norma estatal em face de sua Constituição.

Neste contexto, nas constituições normativas as NSP com assento constitucional até intentam promover a articulação da produção de normas provenientes de outro ordenamento, funcionando como "centro de imputação e de disposição relacional de ordenamentos interligados"[571], mas o faz necessariamente a partir de uma perspectiva endógena, ou seja, a partir do próprio ordenamento de que faz parte e a que regula.

Em outras palavras, como o ordenamento jurídico dos Estados Constitucionais comumente possui normas sobre a produção jurídica que regulam a recepção interna dos tratados e convenções internacionais, cuida-se de um mecanismo que deveria ser suficiente para garantir a unidade do sistema como um todo, especialmente se se tratasse de uma cláusula de reenvio material. Entretanto, quando o conteúdo do tratado ou convenção coincide com aqueles que o sistema atribui ao direito estatal – o que é próprio do Estado constitucional cooperativo – e a Corte IDH se dota da competência para definir o seu sentido e alcance com eficácia objetiva (erga omnes), cria-se um dilema: o Estado não pode aferir a validade desta decisão em face do sistema internacional, porque logicamente não lhe cabe, nem pode fazê-lo em relação à sua própria Constituição, por força do *pacta sunt servanda* e da responsabilidade internacional.

De mais a mais, a Constituição nacional também se vê impactada no exercício de uma de suas funções essenciais à democracia constitucional, que é o seu aspecto identitário.

---

[571] BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. **Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional: el derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos (pré-print)**. Pamplona: Thomson Reuters, 2021. p. 29)

Recorde-se que os consensos básicos estabelecidos na Constituição estatal se originam e vigoram entre todos os membros e grupos da comunidade política, a partir dos quais se torna possível a convivência harmônica das visões de mundo e dos projetos individuais e políticos diversos, permitindo que os conflitos sejam passíveis de solução contingencial no fluxo histórico e que a Constituição funcione como um compromisso cultural geral, renovável no tempo.

Uma parte relevante destes consensos básicos é composta pelos direitos fundamentais, que simbolizam o compromisso de toda a comunidade plural em torno das limitações materiais a que deve se submeter o exercício do poder político majoritário e, nesta condição, constitui um importante elemento identitário de que se reveste a Constituição estatal e não à toa costumam estar imunizados pela condição de cláusulas pétreas ou de eternidade e, ao mesmo tempo, livres para abrigar novas dimensões protetivas que vierem a surgir a partir das novas realidades culturais.

Entretanto, o atual desenho do sistema interamericano em que é escassa a aplicação da doutrina da margem de apreciação, bem como o desenvolvimento do controle difuso de convencionalidade aliado à eficácia objetiva de suas sentenças, confere à Corte IDH a última palavra acerca da definição de conteúdo e alcance de direitos fundamentais e o faz de modo relativamente impermeável às realidades culturais nacionais.

Sobre isto, a doutrina interamericana, partindo da ciência de que o mesmo texto normativo pode dar lugar a normas diferentes nos Estados ou em contextos culturais diversos, sustenta que o diálogo interjudicial como tem se operado criaria standards de proteção (que entende “mínimos”), forçando os Estados, isto sim, a uma aproximação cultural puxada pelos direitos humanos, de que resultaria a construção de um *ius constitutionale commune*. A este respeito:

> Por tudo isso, a construção de um Ius Constitutionale Commune na América latina ganha destaque. O diálogo inevitável interamericano vivenciado entre a Corte Interamericana e os tribunais e juízes nacionais, com a adoção de standards mínimos de proteção se torna uma fórmula de atração e admissão, particularmente eficaz, para a formação do direito comum, ‘que trascienden las fronteras domésticas y

> generan una suerte de internacionalidad que alimenta la "comunidad" de soluciones'[572].

> O fato de o sistema interamericano ter-se convertido no núcleo normativo do Ius Commune não se deve a nenhuma característica inerente a ele; deve-se sobretudo ao respaldo que as forças transformadoras dos diversos países encontraram nele para seus projetos no âmbito nacional. A função principal do plano internacional consiste, portanto, em pender a balança de poder no plano estatal interno a favor dos projetos constitucionais com vocação transformadora[573].

Em essência, e diversamente do *ius commune* medieval que constituía uma espécie de direito romano (que havia vigorado como aspiração universal) reinterpretado, e do direito constitucional comum europeu de P. Häberle[574], que tem como fundamento a unidade cultural da Europa, em virtude da qual se reconhecem alguns princípios comuns, a defesa do *ius constitutionale* latinoamericano visa à edificação de um direito comum mediante a transformação cultural induzida pela jurisprudência interamericana, que se considera uma arena adicional para as forças políticas nacionais concretizarem os direitos fundamentais.

Independentemente da avaliação moral que se possa fazer acerca do (in)sucesso desta atuação da Corte IDH na proteção de direitos nos Estados partes do sistema, sob perspectiva jurídica, quando a sua jurisdição tem como foco a transcendência de standards mínimos de proteção, com vistas a garantir o bem-estar geral das sociedades no contexto regional dentro de uma perspectiva transformadora, o que se tem, essencialmente, é a desconsideração do papel de referente cultural assumido pelas Constituições estatais.

Ademais, no Estado Constitucional há consensos fundamentais que são redigidos por meio de uma estrutura linguística fechada, tendo como efeito

---

572 Cfr. BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do ius constitutionale commune. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, 2019, 24.3: 5-26.

573 VON BOGDANDY, A. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. **Revista de Direito Administrativo**, *[S. l.]*, v. 269, p. 13–66, 2015. DOI: 10.12660/rda.v269.2015.57594.

574 "[...] cada vez va surgiendo un conjunto más y más amplio de principios constitucionales «particulares» que resultan «comunes» a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivados como si no. Tales principios comunes aparecen parcialmente en las constituciones de los Estados nacionales y en el seno del Derecho consuetudinario constitucional de éstos [...]" (HÄBERLE, Peter. Derecho constitucional común europeo. **Revista de estudios políticos**, 1993, 79: 7-46.).

suprimir ou reduzir ao máximo as possibilidades de modulação majoritária, enquanto outros adotam uma estruturação mais vaga ou aberta, por meio de princípios ou valores, conceitos indeterminados ou cláusulas gerais e, assim, proporcionam maior liberdade concretizadora às maiorias políticas eventuais.

Na primeira hipótese, uma declaração de inconvencionalidade da decisão que obedeceu a este consenso estruturalmente fechado equivaleria à própria negação do consenso básico (como sucedeu no sistema interamericano, no Caso da Última Tentação de Cristo, já citado). Contudo, na segunda hipótese, em que a estrutura vaga é um instrumento de obtenção de consensos entre as forças políticas no percurso histórico, exprimindo uma preocupação maior com o pluralismo e com a promoção da diversidade, se a decisão político-normativa que o tiver episodicamente concretizado for reputada inconvencional, o impacto se produzirá sobre a própria consecução daqueles valores e objetivos, impondo uma visão circunstancial sobre o direito em disputa, fora da dinâmica maioria-minorias.

É bem verdade que estes quatro problemas são também em tese passíveis de ocorrência por meio da atuação da jurisdição constitucional estatal, mas o próprio modelo do Estado Constitucional se encarrega de prever as soluções no âmbito da dinâmica interna, algo ausente no sistema interamericano. Vejamos.

No ECD a preeminência do Parlamento cede e o surgimento do órgão fiscalizador da regularidade da produção normativa também remodela a noção de separação de poderes com o surgimento da jurisdição constitucional. Mas os órgãos de produção, com ênfase no Parlamento, são os únicos que possuem a capacidade de modificar o sistema jurídico, enquanto o mesmo resultado não é ínsito ao caráter criativo da jurisdição constitucional.

Assim sendo, é inerente ao princípio democrático que, mesmo depois da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, o Parlamento – que, vale repetir, no ECD não detém mais a absoluta liberdade conformadora do direito fundamental –, no manejo da dinâmica maioria-minorias, associado aos instrumentos de participação popular e ao diálogo com os grupos e poderes intermediários, possa continuar participando da produção do direito objetivo, editando uma norma nova com aspiração de compatibilidade constitucional ou até altere, já na condição de poder constituinte derivado e através de reforma

constitucional, o(s) parâmetro(s) de constitucionalidade interpretado ou aplicado pelo órgão. Dito de outro modo, a jurisdição constitucional tem última palavra como guardião da Constituição relativamente ao caso analisado (em matéria de controle difuso, sobretudo) e à interpretação da Constituição em vigor, mas a situação normada pode vir a ser alterada pelo Legislativo, por meio de lei, ou pelo poder constituinte, por meio de reforma constitucional.

Este remédio inexiste no sistema internacional de direitos humanos, porque a Corte Internacional, ao desempenhar a função de dizer objetivamente o sentido e alcance da norma de direito fundamental não permite um ulterior diálogo, petrificando, inclusive, a condicionada liberdade conformadora do Parlamento e do poder constituinte e isto associado à extrema dificuldade de alteração tanto dos tratados constitutivos quanto da própria jurisprudência da Corte.

Logo, também resta alterado, pelo intercurso do Direito Internacional dos Direitos Humanos no sistema interamericano, o esquema relacional entre direitos fundamentais e separação de poderes no Estado Constitucional do Direito, o qual estava caracterizado pelo fato de que o constituinte estabelece as bases do direito fundamental, o legislador democrático o concretiza, observando as condições formais, materiais e circunstanciais previstas na Constituição e a jurisdição constitucional atua como instância de fiscalização da atividade legislativa, devendo nele ser introjetadas as bases normativas convencionais e a jurisdição internacional funcionalmente constitucional, que atua de forma impositiva inclusive em face da atividade do poder constituinte originário.

Aliás, a divisão funcional de poderes é internamente remodelada porque a jurisdição, notadamente nos países que adotam o modelo difuso de constitucionalidade (mas não apenas), além do exercício do controle de validade da produção jurídica estatal, do estabelecimento do conteúdo possível às cláusulas constitucionais de conteúdo aberto, do manejo da técnica da interpretação conforme à Constituição e às possibilidades de sentenças aditivas e substitutivas, precisará exercer o controle de compatibilidade do direito convencional e, sendo o caso, o dever de interpretação conforme ao direito e standards internacionais, estes últimos independentemente do modelo de controle de constitucionalidade adotado e mesmo a Corte IDH afirmando que o

controle de convencionalidade se faz em observância das normas processuais de cada sistema estatal.

Há uma tendência a não se vislumbrarem problemas sistêmicos nesta intercessão entre jurisdição constitucional nacional e a internacional. No Brasil, por exemplo, André de Carvalho Ramos desenvolveu a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que entende resolver a questão da antinomia entre sentenças judiciais nacionais e internacional e segundo a qual os direitos humanos possuiriam dois níveis paralelos de controle, o de constitucionalidade e o de convencionalidade[575], de modo que qualquer ato normativo (ou não) só deveria ser cumprido quando vencesse ambos os filtros. Diz o autor:

> Os direitos humanos, então, no Brasil possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade internacional. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles para que sejam respeitados os direitos no Brasil. Esse duplo controle parte da constatação de uma verdadeira separação de atuações, na qual inexistiria conflito real entre as decisões porque cada Tribunal age em esferas distintas e com fundamentos diversos[576].

Tecnicamente não há desacerto na diferenciação realizada entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade internacional, mas se pensarmos que a jurisdição internacional atua após o esgotamento dos recursos internos ou diante de sua inefetividade (de que tenha resultado uma aplicação de direito presumivelmente fora dos standards internacionais) e que há coincidência de conteúdo constitucional presente na constituição parcial nacional e na constituição parcial internacional, o efeito da teoria do duplo controle é conferir o poder da última palavra à Corte Internacional, com todos os problemas políticos e jurídicos sobre os quais nos debruçamos acima, em

---

[575] Em texto mais recente expõe o autor: “Com base nessa separação, é possível dirimir o conflito aparente entre uma decisão do STF e uma da Corte IDH. Ao mesmo tempo em que se respeita o crivo de constitucionalidade do STF, deve ser incorporado o crivo de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Todo ato interno (não importa a natureza ou origem) deve obediência aos dois crivos. Caso não supere um deles (por violar direitos humanos), deve o Estado envidar todos os esforços para cessar a conduta ilícita e reparar os danos causados” (RAMOS, André de Carvalho; GAMA, Marina Faraco Lacerda. Controle de Convencionalidade, Teoria do Duplo Controle e o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos: Avanços e Desafios. **Revista Direitos Culturais**, v. 17, n. 41, p. 283-297, 5 maio 2022.)

[576] RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 10ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 638-639.

especial sobre o pluralismo e as funções da Constituição no Estado Constitucional.

Há uma situação sensível – que possui também outras implicações, que transcendem o tema desta tese[577] – que expressa este problema sistêmico e de disputa não dialógica pela última palavra que envolve o Brasil, a sua lei de anistia (Lei 6.683/1979), editada ainda no período da ditadura militar, e duas condenações da Corte IDH, no julgamento dos Casos Gomes Lund v. Brasil (2010) e Herzog v. Brasil (2018).

A Lei 6.683/1979 marcou o início da abertura política e da transição democrática no Brasil e concedeu anistia a todos os perseguidos políticos que haviam cometido crimes políticos ou conexos, crimes eleitorais ou que tiveram seus direitos políticos suspensos, mas também estendeu-a a agentes do Estado que durante o período entre 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979 haviam cometido violações de direitos humanos e costuma ser apontada, sobretudo no discurso político, como um ato de conciliação pragmática da sociedade brasileira, ao permitir o retorno de exilados e a libertação dos presos políticos em troca da impunidade absoluta de todos os agentes do Estado que cometeram crimes contra a humanidade no período da ditadura militar brasileira.

O fato é que desde o julgamento do Caso Barrios Altos vs. Peru, a Corte IDH mantém o entendimento de que as leis de autoanistia são incompatíveis com a Convenção Interamericana (arts. 1.1, 2, 8.1 e 25), na medida em que contêm normas que impedem a investigação, o processamento e a punição de responsáveis por atos de graves violações de direitos humanos, tais como a tortura, as execuções sumárias ou o desaparecimento forçado que violariam "direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos"[578].

---

[577] De fato, a Justiça de transição, ainda que tardia no Brasil, tem passado pelo reconhecimento pelo Estado de sua responsabilidade, pela ampliação da cobertura indenizatória às vítimas e descendentes e, ainda, pela garantia do acesso à verdade histórica. Mas, a responsabilização individual dos agentes públicos tem encontrado sérias resistências políticas e jurídicas, asfixiando o processo de superação histórica e de pacificação.

[578] "41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.). A

Em 2010, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 153[579], se debruçou sobre a recepção pela Constituição Federal de 1988 do art. 1º, §1º da citada lei de anistia em face de preceitos fundamentais (dever estatal de não ocultar a verdade, princípios democrático e republicano e o princípio da dignidade da pessoa humana) que, segundo a postulante (Ordem dos Advogados do Brasil) restariam violados, porquanto assegurariam a impunidade de agentes públicos responsáveis por crimes de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupros, dentre outros crimes graves.

No voto do relator, fizeram-se diversas considerações sobre o papel da jurisdição constitucional na interpretação dos textos normativos e, inclusive, acerca da necessidade de realizar a aplicação da norma anistiadora a partir do contexto político-jurídico em que ela foi editada, de fato conciliatória e juridicamente abrigada pela Emenda Constitucional 26/1985 que, ao convocar a assembleia nacional constituinte, também tratou da autoanistia (art. 4º). Destacamos da ementa, o seguinte:

> [...] 1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida. [...] 4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. 5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-

anticonvencionalidade de leis de autoanistia também foi declarada nos Casos La Cantuta Vs. Perú (Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162), Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, dentre outros.

[579] STF. ADPF 153, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29-04-2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010.

> medida (Massnahmegesetze), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. [...] 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material[580].

Portanto, dada a natureza da Lei 6683/1979 e a sua refundamentação no mesmo ato que convocou a Assembleia Nacional Constituinte, a questão da anistia de todos os agentes do Estado pelos graves crimes cometidos durante o período da ditadura militar é matéria considerada exaurida e, portanto, não se há de cogitar da sua inaplicação a qualquer caso concreto que se afigurasse cabível.

---

[580] STF. ADPF 153, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29-04-2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216-01 PP-00011

Alguns meses depois do acórdão do Supremo Tribunal Federal, a Corte IDH julgou o Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil,[581] o primeiro caso em que esteve sob controvérsia a convencionalidade da lei brasileira de anistia, a qual teria impactado na investigação e punição de todos os envolvidos na repressão à Guerrilha do Araguaia, do qual resultou detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 (setenta) pessoas, dentre militantes do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região do Araguaia, entre os anos de 1972 e 1975, no contexto da ditadura militar.

A Corte IDH reafirmou a sua jurisprudência, reconhecendo que a Lei de Anistia brasileira é incompatível com a Convenção e, assim, careceria de efeitos jurídicos a qualquer caso em que a sua aplicação resultasse impedir a investigação e sanções de pessoas responsáveis por graves violações de direitos humanos. Também salientou que o Brasil teria descumprido a obrigação de adequar o seu direito interno e determinou que, em prazo razoável, fosse tipificado o delito de desaparecimento forçado no sistema nacional. Destaca-se:

> [...] 3. Las disposiciones de la Ley de Amnistía brasileña que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos son incompatibles con la Convención Americana, carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana ocurridos en Brasil[582].

Mais recentemente, no Caso Herzog e outros vs. Brasil, a Corte IDH voltou a se pronunciar sobre a não convencionalidade da lei brasileira de anistia, porque mantinha a situação de impunidade em que se encontrava a detenção arbitrária, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorrida em 25 de outubro de 1975, durante o período da ditadura militar e recordou que já havia declarado a inconvencionalidade da norma autoanistiadora no Caso Gomes Lund.

---

[581] Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

[582] Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Perceba-se que na comparação entre os julgamentos realizados pelo STF e pela Corte IDH não há um caminho do meio: ou os agentes estatais da ditadura militar responsáveis pelas graves violações a direitos humanos são investigados e punidos ou não. Não existe uma solução jurisprudencial negociada através de diálogo ou de fertilização cruzada: a última palavra que vigorará será ou o pronunciamento do STF ou o da Corte IDH. É bem verdade que ao acórdão da ADPF 153, antes citado, foram opostos embargos de declaração (em 13/08/2010), suscitando a necessidade de lhe conferir efeitos modificativos, mas até o presente momento não foi objeto de nova apreciação por parte do Tribunal, passados quase 14 (catorze) anos.

O mesmo se passa com outra controvérsia constitucional perante o STF, a ADPF 320. Nesta, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propôs em 15 de maio de 2014 que o STF declarasse a inaplicabilidade da lei de anistia brasileira aos crimes de graves violações de direitos humanos cometidos por agentes públicos militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos; e, de modo especial, que a Lei de Anistia não se aplicasse aos autores de crimes continuados ou permanentes, tendo em vista que os efeitos desse diploma legal teriam expirado em 15 de agosto de 1979, conforme se decidiu na ADPF 153, invocando, precisamente, a sentença da Corte IDH no caso Gomes Lund.

As considerações precedentes são importantes para evidenciar que, no final das contas, os principais efeitos da intercessão do Direito Internacional do Direito Humano desenvolvido no sistema interamericano no plano do direito interno, ao menos na fase de desenvolvimento atual do Estado Constitucional Cooperativo, atingem a própria normatividade da Constituição, isto é, a qualidade de que se dotou com vistas à articulação do pluralismo sociopolítico, por meio de regras, procedimentos e conteúdos condicionadores e estruturantes do exercício do poder político, cuja inobservância gera efeitos no próprio sistema jurídico.

De fato, no desenho do ECD a Constituição passou a ocupar um espaço central no sistema de fontes do Direito, articulando a pluralidade de fontes e de ordenamentos e, em face da proliferação de órgãos produtores de Direito, de fontes e categorias normativas, pleitearia uma constante necessidade

de análise remetente às normas sobre produção jurídica para aferir a validade da norma em si.

Em face de sua abertura ao externo, as Constituições normativas até preveem uma norma sobre a produção jurídica da incorporação de tratados e convenções, mas, no caso do direito convencional interamericano, como se trata de um reenvio formal, é incapaz de controlar efetivamente a produção do direito (nesta expressão incluídos os standards interpretativos) que é realizada no seio de outro ordenamento jurídico e se aplica internamente por força da eficácia objetiva.

Logo, além da diferenciação entre forma constitucional e legal, parece inserir-se naquele desenho a forma convencional, variando o modo como os ordenamentos jurídicos estatais a regulam, ou mediante um controle de eficácia ou um curioso controle de validade, a despeito da ilógica articulação hierárquica entre a fonte convencional e a fonte legal, daqui advindo outras três importantes considerações.

Inicialmente, a inserção de fonte convencional e, no particular, desde a interpretação definida pelos órgãos de tratado ou pela jurisdição internacional impacta no esquema de distribuição de competências normativas em Estados descentralizados e a potencialidade normativa das demais fontes estatais.

Para exemplificar, o art. 28 da Convenção Americana de Direitos Humanos prescreve o dever do Estado central de tomar medidas para que suas entidades político-administrativas cumpram as normas convencionais:

> Artículo 28. Cláusula Federal 1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

Ora, é bem verdade que o sujeito de direito internacional é o Estado e que, naturalmente, este responde pelos atos ou omissões de que resultem violações a direitos humanos, sejam eles cometidos por quaisquer de seus órgãos ou agentes do Estado central ou das entidades territoriais que possuam

autonomia política conforme a sua Constituição. Porém, o problema reside menos no controle de atos ou omissões concretas, ou seja, quando não houver divergência quanto ao sentido e alcance do direito humano envolvido, e mais na atividade de supervisão do conteúdo normativo que é pressuposto para aqueles atos ou omissões.

Na primeira hipótese, existem instrumentos de federalismo cooperativo ou a estes assemelhados[583] que permitem que a prestação material referente ao direito humano seja assegurada e, assim, se atenda aos standards de proteção de direitos. Nesta segunda hipótese, entretanto, o dever de adaptar a legislação interna ao standard internacional simplesmente não pode ser cumprido pelo Estado central, porque lhe foge à competência constitucional e em alguns modelos federativos sequer será possível a reforma constitucional sobre a competência normativa, porque a estrutura federal costuma ser entendida ou regulada como cláusula pétrea, explícita[584] ou implícita.

Em segundo lugar, há uma peculiaridade do atual Estado Constitucional Cooperativo, já mencionado antes, que constitui o cerne da problemática relativa às fontes do Direito em matéria de tutela multinível de direitos humanos. Efetivamente, uma característica do sistema de fontes do ECD é a articulação normativa mediatizada por uma terceira norma reguladora de seus conteúdos, que é o campo próprio de atuação do princípio estruturante de competência, marcada pela reserva de poderes normativos baseados na separação de matérias ou de funções normativas, de distinção de atos normativos (quanto ao órgão produtor ou quanto ao procedimento de produção) e de exclusão recíproca entre as fontes.

Com a inserção da fonte convencional, por meio de uma técnica assemelhada ao reenvio formal, estabelece-se uma área competencial comum entre a fonte convencional e as fontes internas o que significa dizer que a articulação normativa, pela Constituição e para efeito no ordenamento interno, é feita através da diferenciação de atos normativos, mas sem exclusão recíproca, o que expõe uma fragilidade da potência da própria norma habilitante.

---

[583] Para uma boa análise sobre o arranjo institucional do federalismo, especificamente o brasileiro e em perspectiva teórico-comparada a partir da Constituição de 1988, Cfr. FRANZESE, Cibele. **Federalismo cooperativo no Brasil: da Constituição de 1988 aos sistemas de políticas públicas**. 2010. Fundação Getúlio Vargas, *[S. l.]*, 2010.

[584] Por exemplo: art. 60, § 4º, I, CF-88.

Por último, e também como consequência dos reveses antes expostos, tem-se que, no modelo do Estado Constitucional de Direito pensado internamente, o problema da unidade e da coerência do ordenamento constitui objeto de análise tanto dos órgãos de produção do Direito quanto dos órgãos de aplicação.

Recorde-se que no pluralismo medieval, o direito positivo possuía uma arquitetura de geometria variável[585], marcado pela coexistência de ordens jurídicas com conteúdos e fontes de legitimidade diferentes e cujas interrelações não podiam ser antecipadamente previstas, porque dependiam da atividade do intérprete a partir dos contextos sociopolíticos e do caso concreto sob análise, aliado à absoluta ausência de preocupação com a redução daquela pluralidade a uma unidade sistêmica.

No Estado Legal de Direito, porém, a unidade sistêmica se via garantida pelo desenho idealizado em torno da lei parlamentar, da hierarquia e da força de lei, enquanto no Estado Constitucional de Direito, todas as autoridades produtoras do Direito possuiriam competências normativas delineadas conforme às normas sobre produção jurídica, as quais, ao fim e ao cabo são instrumentos de concretização da própria pluralidade política e social, e cuja violação é sistemicamente sancionada, propriamente com a invalidade ou impropriamente com a inaplicação.

O atual cenário do Estado Constitucional Cooperativo, no que tange à tutela multinível de direitos humanos, pretende deslocar o eixo de preocupação sistêmica para os órgãos de aplicação, como se percebe da atual construção da doutrina do controle de convencionalidade, mas também do estabelecimento de critérios interpretativos específicos para as normas de direitos humanos (interpretação pro homine e a prevalência da norma mais favorável) e, ainda, da defesa de uma estruturação heterárquica das fontes nacionais e internacionais, doravante analisados.

Como já dissemos, o atual estágio da doutrina do controle de convencionalidade e do formato dos diálogos judicias aponta para que os órgãos estatais de aplicação do direito devem respeitar o conteúdo dos tratados internacionais e, ainda, devem seguir a interpretação dos órgãos de tratado e da

---

[585] HESPANHA, Anonio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimba: Almedina, 2019. p. 152.

jurisprudência internacional, inclusive adaptando e modificando a própria doutrina e deixando de aplicar a legislação estatal eventualmente conflitante, o que asseguraria a unidade e coerência do sistema jurídico como um todo.

Também os critérios interpretativos da interpretação *pro homine* e da prevalência da norma mais favorável apostam no papel dos órgãos de aplicação do direito na garantia de unidade do sistema jurídico. A interpretação *pro homine* significa que a interpretação da disposição normativa de direitos humanos deve conduzir à norma concreta que seja mais favorável ao indivíduo, enquanto a primazia da norma mais favorável atua, antes, na seleção do material normativo, a qual deve recair na norma mais protetiva do direito humano envolvido, independentemente de sua origem[586].

O critério de interpretação pro homine é comumente justificado na transposição da visão estatocêntrica para a da humanização do direito internacional, que implicaria a passagem do paradigma *pro imperio* para o do *pro persona* relativamente às relações internacionais e que atuaria como pressuposto organizacional nos planos da produção, da interpretação e aplicação do Direito[587].

Embora no âmbito do sistema europeu também haja referências de aplicação deste critério (em especial, nos votos particulares do Juiz Pinto de Albuquerque, nos Casos Garib v. The Netherlands, Khamtokhu And Aksenchik v. Russia, Lopes de Sousa Fernandes C. Portugal ou A and B v. Norway, por exemplo), a jurisprudência da Corte IDH conta com um desenvolvimento muito mais intenso, podendo-se destacar alguns precedentes em que o critério da interpretação *pro homine* foi adotado, como no Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, na interpretação das normas sobre sua própria competência[588], da norma sobre acesso à justiça, no Caso Brewer Carías Vs.

---

[586] "Já o critério da interpretação pro persona exige que a interpretação dos direitos humanos seja sempre aquela mais favorável ao indivíduo. Grosso modo, a interpretação pro persona (também chamada de interpretação pro homine) implica reconhecer a superioridade das normas de direitos humanos [...]. [o princípio da prevalência ou primazia da norma mais favorável ao indivíduo] defende a escolha, no caso de conflito de normas (quer nacionais ou internacionais) daquela que seja mais benéfica ao indivíduo". (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 10ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 94-95)

[587] EISAQUI, Daniel Dela Coleta. O princípio pro homine nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. **Revista Justiça do Direito**, v. 37, n. 3, p. 06-32, Set./Dez. 2023.

[588] "[...] Teniendo en cuenta lo anterior, y considerando el hecho de que esta Corte es un tribunal de derechos humanos en donde prima el principio pro personae, y que el Estado no puede beneficiarse de sus falencias, la Corte decide que entrará a conocer las muertes de Rosana

Venezuela[589] ou na interpretação do direito à vida e a questão da pena de morte no Caso Raxcacó Reyes[590], por exemplo.

Aliás, no caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, a Corte Interamericana também afirmou que o critério de interpretação *pro homine* deve ser aplicado pelas instâncias judiciais nacionais, por sua inerência ao controle de convencionalidade interno, o que significa que este critério interpretativo deve ser usado tanto na definição do sentido e alcance das normas convencionais, quanto das normas nacionais que com aquelas concorram:

> "En Efecto, al realizarse el "examen de compatibilidad convencional", el juez nacional debe siempre aplicar el principio pro homine (previsto em el artículo 29 del Pacto de San José), que implica, inter alia, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce que puedan ejercer el "control de convencionalidad" con mayor intensidad. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho "control" y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconvencional"[591].

Por sua vez, a primazia da norma mais favorável figura nos textos do Pacto de San José (art. 29. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados) e da Convenção Europeia de Direitos

---

López (supra párr. 73.74. 2) y de Wilfredo González (supra párr. 73.74.9)" (Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.)

[589] "El criterio mayoritario acoge la posición del Estaeo, es decir, la interpretación más restrictiva para el derecho de acceso a la justicia de la hoy presunta víctima, lo que evidentemente prohíbe el artículo 29 de la Convención Americana y contradice el principio pro homine." (Corte IDH. Caso Brewer Carías Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278.)

[590] "Es evidente que el Protocolo de 1990 reanuda, en su propio ámbito y en la etapa a la que corresponde, la ruta que deberá llevar a la supresión de la pena capital, supresión que esperamos sea definitiva, como lo ha sido la exclusión normativa --aunque en ocasiones los hechos se rebelen contra las leyes – de otras formas primitivas e injustificadas de reacción penal. Es en esta dirección restrictiva, pues, que debe efectuarse la interpretación del artículo 4º. En la especie, el criterio pro homine – o pro personae – acogido invariablemente por la Corte Interamericana, como es propio del régimen de los derechos humanos – atento al contenido de las relaciones jurídicas correspondientes y a la naturaleza de los respectivos convenios internacionales –, marcha en la dirección más restrictiva de la pena capital. (Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.)

[591] Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

Humanos (art. 53. Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte.) e é relativamente bem invocado em suas jurisprudências[592].

Para ilustrar, a Corte IDH se vale deste critério de seleção de norma no cotejo de disposições do próprio Pacto de San José, mas também de disposições de outros instrumentos internacionais ou de direito interno, indistintamente. Veja-se:

> Em consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce[593].
>
> Así, al interpretar el Pacto de San José debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano[594].

Na doutrina brasileira, há quem defenda que o mandato interpretativo de aplicação da norma mais favorável tem assento constitucional e que, por este efeito, teria o efeito de autorizar a derrogação (ou, melhor seria, a inaplicação) de normas com status constitucional[595], o que nos parece inconciliável com as

---

[592] É o que concluiu Ana Lúcia Gasparoto em sua tese doutoral, Cfr. GASPAROTO, Ana Lúcia. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos: uma comparação sob o ponto de vista da aplicabilidade do princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo**. 2013. Universidade Estadual Paulista, *[S. l.]*, 2013.

[593] Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

[594] Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

[595] "Por tudo isso, pode-se dizer que, por autorização própria, a Constituição Federal de 1988 permite a derrogação de seu próprio texto, quando uma norma decorrente do regime e dos princípios por ela adotados, ou inscrita nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, for, no que respeita aos direitos e garantias nela expressos, mais favorável ao ser humano, pois é princípio da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e a prevalência dos direitos humanos, este a reger as relações do Estado brasileiro na âmbito internacional (CF, art. 4º, II). É o que chamamos de efeito derrogatório." (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável

bases políticas e a articulação competencial dos poderes político-normativos que são próprias do Estado Constitucional.

Conquanto não se possa questionar a utilidade e a adequação dos critérios interpretativo da interpretação *pro homine* e aplicativo da prevalência da norma mais favorável para efeito de proteção de direitos, cabe opor que, particularmente associados ao dever de controle de convencionalidade, possuem a potencialidade de conduzir a uma escolha (da norma ou da interpretação) particularmente voluntarista, notadamente quando se considera a abundância de questões constitucionais que envolvem conflitos entre direitos e princípios. Ademais, o emprego da prevalência da norma mais favorável é especialmente problemático no seio da Corte IDH, que forma standards com eficácia objetiva, sem diálogo com os poderes dos Estados e que costuma se valer de uma norma internacional mais favorável para firmar uma *ratio decidendi* que se aplicará em face de um Estado, dada a eficácia objetiva, o qual contudo sequer tenha assinado ou aderido ao tratado em que figure aquela norma internacional.

Por último, é na defesa da heterarquia como estruturador dos sistemas jurídicos em rede que se verifica a aposta na atuação sistêmica dos órgãos de aplicação, apesar de, como se verá, significar uma ruptura extrema com as próprias bases do que se considera sistema jurídico.

A heterarquia, vocábulo que foi tomado de empréstimo pela teoria das organizações para explicar a estruturação de redes nervosas[596] para além da hierarquia, se apresenta – aos efeitos do objeto desta pesquisa – como uma visão epistemológica voltada à compreensão da organização político-jurídica de uma sociedade global, a partir de suas interações comunicativas e não de seus processos de produção de normas, o que focaliza, também, na atividade dos órgãos de aplicação do Direito. Neste sentido, se exprime Carlos Wagner Dias Ferreira:

> Por isso mesmo é forçoso reconhecer que a nova ordem normativa do direito, no mundo global, mais internacionalizado

como regra de hermenêutica internacional. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, 2000, 83).

[596] "An organism possessed of this nervous system-- six neurons-- is sufficiently endowed to be unpredictable from any theory founded on a scale of values. It has a heterarchy of values, and is thus internectively too rich to submit to a summum bonum" (McCulloch, W.S. A heterarchy of values determined by the topology of nervous nets. **Bulletin of Mathematical Biophysics**. 7, 89–93 (1945). https://doi.org/10.1007/BF02478457)

> do que antes, não é estruturalmente fundada na unidade, mas possui estrutura pluralista. Porém, comunicativamente, pode buscar, se assim for mais adequado ao direito, a unidade interpretativa e isso somente se realiza com o diálogo interjudicial. [...] Neste contexto, cresce a necessidade quase inevitável de conceber o direito não apenas como uma ordem normativa unitária e, portanto, de normas interligadas entre si pelo laço da hierarquia e por critérios de validez, mas também e sobretudo como rede comunicativa de interpretações de sentido jurídico cristalizada em decisões judiciais[597].

Segundo os seus disseminadores, a relação entre ordenamentos estatais e internacionais – particularmente os de direitos humanos, bem assim as demais normas de natureza constitucional – não se regularia pela hierarquia, mas por uma rede de diferentes níveis de conectividade própria das relações heterárquicas e sua abordagem é comumente feita a partir das noções de constitucionalismo multinível, rede constitucional e pluralismo constitucional:

> Este constitucionalismo multinivel y la idea de red constitucional vienen de la mano con el pluralismo constitucional, esto es, con el reconocimiento de que existen diferentes escenarios y autoridades constitucionales que se relacionan de forma 'heterárquica' y complementaria antes que siguiendo reglas de jerarquía. En este contexto, la relación entre los diferentes ordenamientos -nacional e internacional- no se concibe en términos de jerarquía sino de heterarquía[598].

Neste sentido, o constitucionalismo multinível[599] pode ser compreendido como uma concepção que visualiza o sistema constitucional composto pelo direito internacional e pelos ordenamentos nacionais articulados em diversos níveis (vertical, horizontal e funcional), em razão do que se desenha

---

[597] FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Diálogo transjudicial: entre direitos humanos e direitos fundamentais: contributo para um sistema único de proteção judicial**. São Paulo: Dialética, 2022p. 120-121.

[598] ALVARADO, Paola Acosta. El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Urueña. **Revista Derecho del Estado** n.º 31, julio-diciembre del 2013, pp. 347-368. Disponível em: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3613. Acesso em 04 jun. 2024.

[599] Ingolf Pernice analisa o contexto europeu do constitucionalismo multinível, salientando que: "El constitucionalismo multinivel trata de describir y aprehender el proceso en marcha de establecimiento de nuevas estructuras de gobierno complementarias a las formas existentes – que a su vez están transformándose – de auto-organización del pueblo o sociedad, mientras se construye sobre ellas. [...] La Constitución europea estaría así compuesta por el Derecho originario de la Unión Europea, el Derecho elaborado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las Constituciones nacionales y la jurisprudencia relacionada de los tribunales constitucionales nacionales" (PERNICE, Ingolf. El Constitucionalismo Multinivel em la Unión Europea. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. Año 9, nº 17. Enero-junio 2012.)

um conjunto de redes constitucionais que, em sua totalidade, conferem unidade ao sistema e que apontam para uma ruptura da unidade da Constituição e do monopólio estatal do exercício do poder.

Já o pluralismo constitucional, em linhas gerais[600], é uma teoria que, reputando-se como manifestação da teoria do pluralismo jurídico, pretende explicar e prescrever o modelo relacional entre direito internacional e direito interno no ambiente jurídico contemporâneo, para além das concepções monistas e pluralistas e que se baseia na ideia de que existem diferentes espaços, normas e autoridades constitucionais que interagem e dialogam de forma não hierárquica e complementar. É a lição de Neil MacCormick:

> Where there is a plurality of institutional normative orders, each with a functioning constitution (at least in the sense of a body of higher-order norms establishing and conditioning relevant governmental powers), it is possible that each acknowledge the legitimacy of every other within its own sphere, while none asserts or acknowledges constitutional superiority over another.[601]

Por conseguinte, a "heterarquia implica a existência de diversos centros de poder de caráter normativo, institucional e jurisdicional, que se entrelaçam e se acomplam de forma horizontal, sem que exista um critério de autoridade superior entre estes"[602], porque se baseiam em um compromisso institucional com vistas à cooperação e ao diálogo voltados ao cumprimento dos princípios e objetivos constitucionais comuns. E é por esta ligação teleológica institucional e normativa que Acosta Alvarado conclui: "en el constitucionalismo multinivel lo que realmente importa es cumplir los objetivos constitucionales, y por lo tanto lo que cuenta es la aptitud de la autoridad/herramienta/procedimiento para lograr ese cometido"[603].

---

[600] Para uma diferenciação relativa aos tipos de situações de pluralismo constitucional, Cfr. GISBERT, Rafael Bustos. Elementos constitucionales en la red global. **Estudios de Deusto**. Vol. 60, n. 2, Bilbao, Julio-Diciembre 2012, págs. 21-44.

[601] MacCORMICK, Neil. **Questioning sovereignty : law, state, and nation in the European Commonwealth**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 104.

[602] MARTÍNEZ, Juan Manuel Romero. La protección multinivel de los derechos humanos. Tendencias y desafíos para la región interamericana. **Métodhos – Revista Electrónica de Investigación Aplicada em Derechos Humanos de la CDHCM.** N. 12. Enero-junio 2017. Disponível em: https://revista-metodhos.cdhcm.org.mx/index.php/metodhos/article/view/90/2017_12_metodhos_articulo_2_html**. Acesso em 04 jun. 2024)**

[603] ALVARADO, Paola Acosta. El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Urueña. **Revista**

Pois bem. A heterarquia, enquanto verdadeiro princípio estruturante da relação entre ordenamentos internacionais e nacionais, significa rechaçar o caráter prescritivo do direito, mas, principalmente, tornar irrelevantes o processo de produção do direito e sua íntima conexão com os poderes políticos. Aliás, porquanto oposta filosoficamente ao normativismo, a teoria dos sistemas que baseia a heterarquia resgata a noção de fonte como simples origem da norma, já que o seu regime jurídico é plástico, maleável, dependente da construção discursiva e das regras geral do diálogo. Em suma, o Direito deixa de estar sistematizado através das fontes, para sê-lo através da comunicação.

Pragmaticamente, ainda, a heterarquia implica as seguintes conclusões: a) não é possível antever-se uma solução para eventuais conflitos, ou seja, não é possível antecipar as consequências jurídicas de determinados atos ou fatos, não por conta do pluralismo de técnicas de interpretação, mas de verdadeira indefinição da norma jurídica aplicável[604]; b) como a solução é discursivamente alcançada a partir do compromisso institucional de cooperação e diálogo e com vistas ao alcance dos princípios e objetivos constitucionais comuns, far-se-ia necessário, primeiro, definir quais são estes princípios e objetivos comuns – algo que recai sobre os mesmos defeitos intrínsecos das teorias do direito natural, cada autor escolhendo, na prática, os princípios inerentes à razão[605] – e, depois, regular e institucionalizar o diálogo, algo que, invariavelmente, passará pela definição do poder de última palavra[606].

Derecho del Estado n.º 31, julio-diciembre del 2013, pp. 347-368. Disponível em: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3613. Acesso em 04 jun. 2024.

[604] "Así las cosas, a la luz de esta teoría no existe una regla única/última de solución de controversias, no se trata de afirmar que siempre prevalece "X" o "Y" tipo de norma; los dilemas habrán de solucionarse caso por caso y para ello no podrán aplicarse reglas de talante formalista basadas en el origen de la norma o en su destinatario o en cuestiones de temporalidad (posterior derogat prior), la resolución del conflicto dependerá de la autoridad normativa sustantiva de cada una de las variables en juego" (ALVARADO, Paola Andrea Acosta. Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. **Estudios Constitucionales**, vol. 14, núm. 1, julio, 2016, pp. 15-60.)

[605] Esta divergência imanente é reconhecida pela própria autora aqui citada: "El nuevo corazón de este agregado teórico son los principios que permiten dar vida a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, aquellos que construyen la relación heterárquica y permiten el acoplamiento. Ellos varían según cada autor; en nuestro caso planteamos una intersección y ajuste de varias de las propuestas en juego" (ALVARADO, Paola Andrea Acosta. Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. **Estudios Constitucionales**, vol. 14, núm. 1, julio, 2016, pp. 15-60)

[606] "Uma peculiaridade da heterarquia é que seus conflitos não podem ser solucionados pela mão visível de uma autoridade ou evitados antecipadamente por doutrinação (prevented in advance by indoctrination). Neste cenário, a gestão de conflitos aceita discordâncias relativas a valores e a decisão deve ser tomada a partir da possibilidade de um debate ou uma discussão

Além da insuficiência epistemológica da heterarquia como princípio estruturante – repita-se, porque faz alusão a um compromisso institucional que a realidade evidencia inexistir e porque deixa sem resposta a identificação, em bases não propositivas ou metafísicas, dos princípios em torno dos quais se assentaria o compromisso – e do efeito aviltante sobre o sobrevalor da segurança jurídica, chama atenção que a formulação teórica tenha se dirigido apenas contra a hierarquia como princípio sistêmico, sem considerar a competência como estruturante dos sistemas jurídicos pluralistas.

Ao fim e ao cabo, a proposta da heterarquia na relação entre ordenamentos estatais e internacionais ignora e despreza parte importante dos avanços civilizatórios que se amalgamaram no Estado Constitucional de Direito, dentre os quais a separação de poderes constituinte e constituídos, a limitação de poderes, a segurança jurídica e a articulação do pluralismo através da Constituição, redesenhando o Direito na perspectiva de uma geometria variável[607] – ainda que em favor da máxima efetivação de direitos humanos – que se qualifica, dada a semelhança, como um ambiente jurídico neomedieval.

Portanto, para sintetizar, podemos dizer que no atual estágio de desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos no contexto interamericano representa alguns desafios para o Estado Constitucional de Direito.

A abertura das Constituições latino-americanas é promovida através da técnica do reenvio formal, já que a alteração operada no ordenamento internacional de direitos humanos por força da sentença internacional dotada de eficácia objetiva, impacta diretamente nos ordenamentos nacionais, valendo-se do *pacta sunt servanda*, da responsabilidade internacional e do controle de convencionalidade.

---

sobre o caso, pelo qual as partes discordantes tenham a chance de justificar sua posição e convencer o oponente. Inevitavelmente, a decisão final será tomada por um gestor de conflitos que irá atuar como um juiz imparcial" (BORGES, Thiago Carvalho. **Relação heterárquica entre o Direito Internacional e o Direito interno dos Estados**. 2020. Universidade de São Paulo, *[S. l.]*, 2020.)

[607] É o que acaba reconhecendo, também, Bustos Gisbert, embora sem conotação crítica: "Ahora bien, estas situaciones de pluralismo, es obvio, responden a una geometría variable pues son muy diversas entre sí en al menos tres sentido: el competencial, el institucional y el territorial" (GISBERT, Rafael Bustos. Elementos constitucionales en la red global. **Estudios de Deusto**. Vol. 60, n. 2, Bilbao, Julio-Diciembre 2012, págs. 21-44)

O DIDH opera sobre o mesmo espaço normativo das Constituições do ECD, embora com uma estipulada função diferente, o que não impede as tensões próprias do caráter expansivo dos direitos e valores.

Impacta sobre a dimensão espacial do espaço público, já que a interação nacional que se desenvolve no espaço público estatal é irrelevante e não tem como ser considerada pelos seus órgãos de supervisão e tutela quando definem o standard que deve vigorar com eficácia objetiva.

A articulação do pluralismo institucional e social pelo e para o Estado, através das normas sobre produção jurídica de assento constitucional, se vê afetada, porque embora o sistema nacional preveja uma norma de produção voltada à recepção do direito internacional, não tem como exercer o controle de validade da produção normativa que deriva da atividade das Cortes Internacionais, sob pena de violar o *pacta sunt servanda* e incorrer em responsabilidade internacional.

Especificamente acerca da atividade da Corte IDH, tem-se, primeiro, que o desenho através do qual a Corte IDH tem a última palavra acerca da definição de conteúdo e alcance de direitos fundamentais e o faz de modo relativamente impermeável às realidades culturais nacionais exige, no mínimo, um requestionamento acerca da função das constituições normativas de impor limites materiais ao poder da maioria por meio de consensos constitucionais, que é parte identitária relevante dos Estados Constitucionais.

Segundo. A atividade da Corte IDH está mais próxima da produção de um padrão de bem estar geral que da definição de standards mínimos de proteção de Direitos e isto impacta nas dinâmicas maioria-minorias inerentes à democracia constitucional.

Terceiro. Este papel concretizante da Corte IDH é cumprido sem que com ela se possa dialogar ou sem que possa ser confrontada dentro do esquema relacional entre direitos fundamentais e separação de poderes, já que todos os poderes estatais devem atuar unicamente para obedecer ao standard objetivo definido pela Corte.

E, quarto. À jurisdição estatal é agregada a função de controle de compatibilidade das normas nacionais em face das normas internacionais e os standards dotados de eficácia objetiva definidos pela Corte IDH, embora no marco das regras processuais de cada sistema jurídico nacional.

Todos estes problemas, ao fim e ao cabo, afetam a normatividade da Constituição porque: a) a constituição estatal até prevê uma norma sobre a produção jurídica relativa à incorporação de tratados e convenções de direitos humanos, mas é incapaz de controlar efetivamente a produção do direito que advém do espaço americano e tem eficácia no espaço ordinamental interno, que é a própria razão de sua existência; b) a inserção da fonte convencional que produz normas com o sentido e alcance dado por órgão de tratado ou jurisdição internacional pode impactar no esquema de distribuição de competências de estados descentralizados; c) já que atuam sobre a mesma área competencial, a articulação das fontes convencionais e internas é feita pela diferenciação de atos normativos, mas sem exclusão recíproca; d) o problema da unidade e da coerência sistêmicas passa a ser quase que exclusivo dos órgãos de aplicação do direito, como se vê dos contornos do controle de convencionalidade interamericano e no impulso aos critérios de interpretação pro homine e de aplicação da prevalência da norma mais favorável e da proposta de articulação heterárquica das fontes convencionais e nacionais.

6.2. GLOBALIZAÇÃO E TUTELA DE DIREITOS NO MARCO DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA

A premissa deste capítulo é que o estudo da globalização e, principalmente, do processo de integração europeia e a consequente interligação dos ordenamentos estatais e europeu, apontam para uma acentuada coincidência com os problemas acima narrados que impactam sobre a normatividade da Constituição, algo que, considerado o alto grau de integração sociopolítica da União Europeia, pode servir como aviso e como lição para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A globalização[608] é um fenômeno impulsionado pela liberalização econômica, pelo estrondoso desenvolvimento das comunicações e da

[608] O próprio vocábulo “globalização” é polissêmico, havendo tantos conceitos quanto autores e pontos de vista. Iglesias Vasques o expressa: “La globalización es un 'mundo de cosas' con diferentes velocidades, ejes, puntos de origen y término y variadas relaciones e las diferentes estructuras institucionales de las distintas regiones, naciones o sociedades. Es un fenómeno que afecta de forma distinta a los diferentes ámbitos de la sociedad percibiéndose tanto de forma negativa como positiva, y recibiendo un diferente grado de intensidad en occidente o en oriente". Em seguida, porém, a autora chega a um conceito que nos parece útil de globalização: é "um

tecnologia, do qual resulta, dentre outros, a efetiva redução de fronteiras entre as nações, a ampliação das suas interações econômica, cultural e jurídica mediante um multilateralismo que vai além da coexistência e da cooperação estatal e uma profunda modificação estrutural da sociedade internacional e de seu ordenamento, além de pôr em xeque algumas das premissas[609] e consequências do Estado Constitucional de Direito.

Há algumas características identificáveis nesta sociedade internacional globalizada como a maior interdependência entre os Estados, o maior impulso à cooperatividade e ao engajamento internacional, a crescente participação em organizações internacionais e tratados multilaterais, a transferência de funções originariamente governamentais para instâncias supranacionais, a implicação propulsiva das novas tecnologias, a expansão da atividade empresarial transnacional e o aumento das interações de natureza política, econômica, cultural e jurídica, podendo dizer-se que a globalização desterritorializa parte importante destas interações.

Carlos de Cabo Martín[610] identifica duas referências peculiares da globalização: a ideológica e a real. Ideologicamente, a globalização é apresentada desde: a) seu caráter "múltiplo" (multi-escala, multilateral, etc); b) a ocidentalização do mundo; c) o seu caráter universal (o que, evidentemente, não é real em face da exclusão da maioria da população dos processos globais); d) pretensa inevitabilidade, o que oculta a sua base objetiva (a revolução tecnológica e comunicativa) e a base subjetiva (que é fruto de uma opção voluntária de estados e mercados). A seu turno, a referência real da globalização condiz com o crescimento das interrelações transfronteiriças, com a consequente liberação do poder político (estatal) e econômico, que determina

processo histórico que gera uma mudança significativa no alcance espacial de redes e sistemas de relações sociais para padrões transcontinentais ou interregionais de organização humana, de atividade e de exercício de poder" (IGLESIAS VÁZQUEZ, María del Ángel. Globalización, globalización jurídica, global law y derecho internacional privado. **Cuadernos de Derecho Transnacional**, *[S. l.]*, v. 9, n. 1, p. 215–235, 2017. DOI: 10.20318/cdt.2017.3619.)

[609] CALLEJÓN, Francisco Callejón. **Perspectivas del futuro de la integración europea en el contexto de la globalización**. Ponencia presentada en Fund. Academia Europea e Iberoamericana de Yuste, 04 de julho 2017. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=Opt-o_hg9eI. Acesso em: 04 de abril de 2024.

[610] MARTÍN, Carlos de Cabo. Constitucionalismo del Estado Social y Unión Europea en el contexto globalizador. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 6, n. 11, p. 17–48, 2009.

uma mudança de caráter quantitativo e qualitativo, um novo marco configurador de institucionalização e juridificação.

O que também é enxergado – como causa ou consequência – é que a globalização promove e abriga a universalização da economia e de valores sociais e políticos[611] e que, de modo consequente, no seio deste sistema internacional globalizado surgem novos sujeitos produtores de direito, novos âmbitos de atuação do Direito, novos tipos normativos com densidade normativa diferente e novas formas de articulação de fontes e de ordenamentos.

Porém, neste contexto é importante diferenciar dois movimentos, que se relacionam, mas que impactam diferentemente no objeto desta pesquisa, quais sejam, a transnacionalidade, de um lado, e a internacionalidade e supranacionalidade, de outro.

Por transnacionalidade nos referimos a processos políticos que se desenvolvem fora do eixo estatal (nacional ou internacional) e de forma não institucionalizada por setores privados da sociedade internacional, ou seja, por forças privadas que operam no mercado global (ou inclusive organizações não governamentais), as quais, no que se refere à produção do direito, atuam ora pressionando o direito estatal (ou internacional), ora impelindo os processos de autorregulamentação por meio de normas que vigoram à margem do Estado, ora estabelecendo normas que vigoram contra o próprio Estado.

Um dos produtos da economia globalizada e, portanto, da intensidade dos seus fluxos econômicos, financeiros e comerciais é o surgimento das companhias transnacionais, inclusive financeiras, com um modelo organizacional que, dada a sua abrangência empresarial, acabam ostentando uma estrutura flexível e com processos decisórios mais céleres. Naturalmente, operam fora dos limites geográficos estatais, mas, precisamente por sua abrangência e estrutura organizacional, se dotam da capacidade de ditar normas e até de subordinar com diferente intensidade a produção jurídica estatal. Esta condição, como instintivo, implica a perda de capacidade institucional do Estado-

[611] Cfr. BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del derecho constitucional europeo. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 6, n. 12, p. 115–149, 2009.

nação em favor dos procedimentos e mecanismos de atuação daquelas companhias[612].

Em concreto, estas forças globais atuam suprimindo ou condicionando a atividade estatal, de que são exemplos a desregulamentação de setores econômicos ou a produção acentuada de normas estatais de soft law – que, repita-se, não afeta a juridicidade, mas a capacidade regulatória do Direito estatal –, associadas às reformas estruturais porque passaram alguns Estados, da condição de prestadores de serviços para garantidores de um ambiente competencial e de executores diretos de atividades econômicas para reguladores, inclusive atribuindo a atividade regulatória a agências independentes.

Para exemplificar, no Brasil ideologicamente influenciado pelo Consenso de Washington, o próprio texto constitucional foi reformado diversas vezes com vistas a tornar atrativo o ordenamento jurídico para o investimento e atuação do capitalismo global, tais como os setores de telecomunicações (emenda nº 08/1995), de energia nuclear (emenda nº 49/2006), de atividades de exploração minerária (emenda nª 06/1995), de transporte aquático e navegação interior (emenda nº 07/1995), de universidades e instituições de pesquisa (emenda nº 11/1996). Mais recentemente, alterou-se o Código Brasileiro de Aeronáutica (pela Lei 13842/2019) e foi editado o Marco Legal das Ferrovias (Lei 14.273/2021), igualmente com vistas à atração da competitividade internacional.

Igualmente, também o Brasil participou do movimento de desregulação ou de produção de normas de soft law para assegurar um ambiente normativo atrativo, de que é exemplo o próprio Código Civil vigente. O primeiro, publicado em 2002, buscou reduzir o rigorismo formal do código liberal anterior, valendo-se de referências a valores como boa-fé e probidade, capazes de permitir a criação de novos modelos jurídicos por via interpretativa. O Código tem como ideias inspiradoras fundamentais também a sociabilidade e a operabilidade., a primeira significando o abandono do individualismo que regia

[612] "De esta forma, el camino radical en la dinámica de actuación del sistema de producción y de organización de los mercados a nivel planetario se constitye en un factor determinante de la crisis de las instituciones jurídicas del Estado-nación que se ven progresivamente desbordadas por las estructuras, mecanismos y procedimientos jurídicos surgidos en el ámbito de la economía global" (JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso De. Globalización y constitucionalismo: una lectura en clave cosmopolita. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, *[S. l.]*, n. 36, p. 151–171, 2002.)

os institutos civis como propriedade, empresa, contrato, posse, responsabilidade civil, etc, enquanto a operabilidade representa o acentuado uso de cláusulas gerais e conceitos indeterminados como forma de garantir a plenitude e a coerência do sistema jurídico.

Perceba-se que, visto desde a ótica do mercado global, os ordenamentos jurídicos internos passam a ser tratados como produto, porque os Estados o consideram instrumento de competição[613] pela atração do capital externo e por acesso aos mercados globais. Mas também, os ordenamentos nacionais perdem legitimidade em favor de uma racionalidade técnica supostamente dirigida à produção de resultados econômicos sistêmicos, o que não deixa de ser interessante sob o ponto de vista histórico, já que, na sua origem, era o Estado Nacional que concentrava as notas de racionalidade e a tecnicidade necessárias à produção do Direito, locus que passar a ser reivindicado pela economia, a qual goza de um prestígio asséptico, apolítico, avalorativo e, deste modo, pretensamente superior ao Direito e à Política[614].

Estruturalmente existe uma expansão do negócio jurídico no plano das fontes do Direito, seja atuando em áreas privadas ou naquelas relações tradicionalmente de direito público, o que se atesta facilmente pela própria incapacidade de penetração do pluralismo e das liberdades comunicativas no ambiente gerado pelas plataformas digitais e redes sociais[615], geridas por

---

[613] "Inicialmente se ha señalado que los ordenamientos jurídicos internos han sido colonizados por la globalización, en cuanto, en gran medida, se han puesto a su servicio y han pasado a ser, desde el punto de vista de aquélla, "un factor económico" con el que se opera con el criterio del "menor coste"; y este "menor coste" se ofrece desde el interior porque también se utiliza desde el interior como un mecanismo o como un medio para intervenir en la lucha competitiva internacional" (MARTÍN, Carlos de Cabo. Constitucionalismo del Estado Social y Unión Europea en el contexto globalizador. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 6, n. 11, p. 17–48, 2009. Disponível em: http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/01CarlosDeCabo.htm.)

[614] "Es de esta forma que la acción de la globalización, junto a la de la tecnología, vacíe progresivamente de poder al Estado, al perder éste cada vez más capacidad de decisión y de intervención en nuevas esferas de actividad tanto fuera como dentro de sus fronteras. Un poder que tiende a concentrarse en organizaciones transnacionales de tipo corporativo, conformando un cuarto orden social, el asociativo corporativo, que actúa a modo de interlocutor privilegiado entre las instituciones políticas clásicas, si es a nivel nacional, y entre los propios Estados, cuando ya es a escala internacional; y ello como filtro interesado del interés público, y fuera del alcance y del control público de los ciudadanos" (BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. Sobre la Constitución normativa y la globalización. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, *[S. l.]*, n. 7, p. 241–261, 2004.)

[615] "La reflexión sobre esa tensión creciente se ha centrado hasta ahora en la incidencia negativa de las redes sociales en el espacio público en cuanto que la creación de perfiles está generando filtros que producen burbujas (E. Pariser, 2011) en las que quedan "aislados" los usuarios, provocando diversas disfunciones. Entre ellas, la fragmentación del espacio público, la

grandes companhias transnacionais (big techs), e pela privatização do próprio status de cidadão[616].

De outro lado, como consequência desta atividade de compressão sobre o Estado e seus ordenamentos têm-se autênticos processos de autorregulamentação por meio de normas que vigoram independentemente do eixo estatal, sobre os quais leciona Pizzorusso:

> "El derecho producido en los casos del primer tipo (normalmente diseñado como "derecho transnacional", en un significado distinto del empleado para indicar los casos de reclamo a la «lex alii loci» que hemos examinado en el epígrafe precedente, es decir, como "derecho global" o "derecho horizontal") comprende un conjunto de reglas de carácter consuetudinario (normalmente formadas sobre la base de prácticas aplicadas por vía convencional , o sobre las que se ha formado un consenso también tácito entre los protagonistas del sector), que son observadas por un complejo de sujetos que actúan en un determinado campo de la actividad económica y que las aplican respecto de relaciones no reguladas por el derecho estatal (o de otro derecho a éste en un modo u otro vinculado), cuya observancia no es asegurada de forma rígida por los órganos estatales o internacionales, que crean los espacios en los que los ordenamientos transnacionales se insertan: Las reglas que crean estos ordenamientos son a veces recibidas por los ordenamientos estatales o internacionales como formas de «soft law», o en virtud de una variedad de interpretaciones posibles de disposiciones o normas en éste vigentes"[617].

Como é intuitivo, estes processos políticos e jurídicos transnacionais representam uma preocupante fuga aos esforços de juridificação da política que caracterizaram o Estado nacional e, ao fim e ao cabo, que tinham na normatividade da Constituição[618] sua última fase de avanços. É, sem dúvidas,

---

radicalización creciente de los diversos sectores de opinión que se mueven dentro de esas "burbujas", la proliferación de las fake news, que se ve favorecida por la lógica de la polarización (C. R. Sunstein, 2018) y, en última instancia, la disolución del "público" unitario (D. Palano, 2017) que estaba en la base de la "democracia del público" (B. Manin, 1997) y que había promovido, desde el espacio comunicativo, la convergencia de los partidos" (BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI. **Nomos. Le attualità nel diritto**, *[S. l.]*, n. 2, p. 1–24, 2018. Disponível em: http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Balaguer_Costituzionalismo.pdf.)

[616] Cfr. CALAHORRO, Augusto Aguilar. El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor. In: **Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín**. Tirant lo Blanch, 2015. p. 465-510.

[617] PIZZORUSSO, Alessandro. La producción normativa en tiempos de globalización. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 6, n. 11, p. 231–318, 2009.

[618] "Por esta razão, tem-se desenvolvido um conjunto de reivindicações acadêmicas e pragmáticas acerca da necessidade de constitucionalizar o espaço transnacional, como aquela de Teubner: "Constitucionalismo além do Estado Nacional quer dizer duas coisas: os problemas constitucionais se situam fora das fronteiras do Estado Nacional, em processos políticos

uma questão relevante, mas impacta menos no objeto desta pesquisa que os fenômenos da internacionalidade e supranacionalidade. Senão vejamos.

Embora etimologicamente internacional e supranacional não apresentem diferenciações relevantes, apenas para efeito didático, se adotará a distinção[619] que se baseia no tipo de interação que se desenvolve em seu seio, uma vez que na internacionalidade os Estados atuam sob a ótica da cooperação interestatal, enquanto na supranacionalidade sob a ótica da integração estatal, o que se projeta, obviamente, sobre o tipo de relação interordinamental entre Estados e organização internacional, de cooperação ou de integração.

De fato, desde o advento da Carta da ONU e em face do aumento das questões transfronteiriças e da necessidade de maior coordenação e uniformização nas ações estatais como efeito da globalização crescente, e inclusive em face dos desafios trazidos pela atuação das forças econômicas globais, houve uma extraordinária expansão do direito positivo internacional, seja por força da proliferação de tratados internacionais globais, regionais e setoriais[620], os quais passaram a cobrir matérias cada vez mais diversificadas, seja pela multiplicação de novas organizações internacionais com especialidade e autonomia decisória cada vez mais intensiva (e amplificada pelos poderes implícitos[621]), que tenderam à supressão do tradicional domínio reservados dos Estados e passaram a competir com estes na condução de suas políticas e de suas relações interestatais.

---

transnacionais; e, simultaneamente, fora do setor político institucionalizado, nos setores 'privados' da sociedade mundial" (TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 42).

619 Diferença presente em: PEREIRA COUTINHO, Luiz P. El desarrollo de la supranacionalidad - algunos apuntes. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 18, n. 9, p. 199–213, 2012.

620 "Somente em relação aos tratados de direitos humanos recorda Antonio Torres del Moral: "A esta idea responde el más de un centenar de instrumentos internacionales, entre declaraciones y tratados, relativos a los derechos humanos que han sido adoptados desde 1945, así como la creación de abundantes instituciones de promoción de los mismos" (MORAL, Antonio Torres Del. Del Estado Absoluto Al Supranacional E Internacionalmente Integrado. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 18, n. 9, p. 19–41, 2012.).

621 "As organizações internacionais, uma vez criadas, passaram a ter "vida própria", e, como pessoas jurídicas de Direito Internacional, passaram a externalizar suas próprias decisões pode meio de resoluções, de conteúdo e efeitos jurídicos variáveis. Ao adaptar-se às exigências dos novos tempos, não se conformaram a que suas atividades se exaurissem nas expressamente previstas, originalmente, em suas cartas constitutivas. Uma organização de vocação universal como as Nações Unidas, em particular, tem feito uso amplo da doutrina dos 'poderes implícitos' de modo a exercer fielmente suas funções e buscar realizar seus propósitos [...]". (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das Organizações internacionais**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 528).

Do ponto de vista institucional, ao lado das relações internacionais comuns, caracterizadas pela cooperação entre Estados e organizações internacionais, estas com natureza intergovernamental e, portanto, tuteladora de interesses gerais definidos no plano estatal e uma estrutura organizacional em que atua a representação dos estados e o consentimento estatal permanente, através do quórum decisório de unanimidade ou maioria qualificada, surge o arranjo supranacional[622].

Neste, as organizações não atuam no seio de uma relação de cooperação interestatal para tutelar interesses definidos no plano estatal, mas numa relação de integração e com interesses que lhes são próprios (porque transferidos), de modo que o consentimento estatal permanente perde força em face da transferência de competências soberanas[623] e a própria estrutura organizacional passa a demandar a participação não apenas da representação estatal, mas também dos seus cidadãos. Com graus diferentes de integração, inserem-se nesta categoria a União Europeia, o Mercosul e a União Africana e os sistemas regionais de proteção de direitos humanos.

Já no campo da juridificação, é de se notar que, se no arranjo internacional, de viés cooperativo, em tese se mantinha a exigência de reconhecimento estatal das decisões político-normativas tomadas no âmbito internacional por seus órgãos representativos e, portanto, se podia cogitar da incidência dos mecanismos de controle democrático sobre aquela produção, no arranjo supranacional passa a predominar a vigência direta da decisão tomada pelo organismo supranacional sobre os poderes estatais constituídos e fora daqueles mecanismos de controle democrático de poder, justificadas – e isto sim permanece – numa racionalidade técnica autosuficiente.

---

622 "De hecho, las organizaciones internacionales de naturaleza inter-gubernamental no desmienten del todo la configuración estatocéntrica y anárquica de la realidad internacional. Ciertamente, obedecen aún a una lógica de coordinación inter-estatal, es decir, de articulación entre intereses que permanecen definidos en el nivel estatal. [...] Las instituciones supranacionales trascienden, en teoría, la referida lógica de coordinación – les corresponden intereses supra-estatales cuyo preciso alcance es definido por ellas mismas" (PEREIRA COUTINHO, Luiz P. El desarrollo de la supranacionalidad - algunos apuntes. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 18, n. 9, p. 199–213, 2012.).

623 "La segunda categoría comprende "fenómenos jurídicos supranacionales", es decir, arreglos mediante los cuales los Estados delegan parte de su soberanía o funciones a instituciones no estatales." (ZAMORA, Jorge Luis Fabra. Introducción. *In*: ZAMORA, Jorge Luis Fabra (ORG.). **Las transformaciones del derecho en la globalización**. Mexico DF: UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2020. p. 4.).

Perceba-se que, como se expôs precedentemente, esta fundamentação racional já concorria com a democrática no plano dos Estados nacionais, os quais eram considerados como instância neutra e racional para tutelar o interesse geral, alçando o direito produzido pelas autoridades estatais a um nível qualitativo superior a qualquer outra manifestação jurídica, de modo que a assunção desta mesma fundamentação pelo sistema internacional aponta para a crise do Estado como locus de excelência da vida comunitária e para o desprestígio do elemento político-democrático da produção do Direito.

Além do discurso da racionalidade técnica, a atuação de instâncias internacionais (e supranacionais) tem como pressuposto o aumento dos problemas cujas causas e consequências transcendem as fronteiras estatais, como a segurança, o direito penal, a migração, o controle e regulação econômicos, o meio ambiente, o que caracteriza a interdependência[624] entre os Estados. Mas, efetivamente, a consequência mais visível para os sistemas jurídicos contemporâneos – e vale reiterar o que se disse quando do estudo dos sistemas internacionais e do Direito Internacional dos Direitos Humanos – é que as Constituições não conseguem capturar parte importante[625] das atividades de governo, que se encontra dirigida e condicionada por atos internacionais.

De todo modo – e aqui vale reiterar o já exposto quando do estudo do sistema jurídico internacional – visto estruturalmente este último sintoma da globalização, pode-se verificar que se intensifica a proliferação de organismos supranacionais (em sentido geral) dispersos, sem um centro institucional uniformizante, com funções e forma de funcionamento imprecisas, mas com capacidade produtiva de normas jurídicas que fazem referência aos seus

---

[624] "La mundialización del mercado de bienes y de trabajo; - los transportes transnacionales; - la deslocalización de las empresas multinacionales; - la internacionalización de los movimientos migratorios, de los sindicatos, de los partidos políticos y de los derechos humanos, pero también del crimen organizado y del terrorismo; la necesidad planetaria de una política ecológica común para hacer frente al cambio climático y alcanzar un desarrollo sostenible; - las desiguales pero crecientes necesidades de agua y de energía; - la información y las nuevas tecnologías de la comunicación; - la defensa, etcétera" (MORAL, Antonio Torres Del. Del Estado Absoluto Al Supranacional E Internacionalmente Integrado. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 18, n. 9, p. 19–41, 2012.)

[625] “All this has led to "governance" which is exercised beyond the states' constitutional confines. This means that state constitutions can no longer regu- late the totality of governance in a comprehensive way. Thus, the original claim of state constitutions to form a complete basic order is defeated. National constitutions are, so to speak, hollowed out and traditional constitutional principles become dys- functional or empty” (PETERS, Anne. The Merits of Global Constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, *[S. l.]*, v. 16, n. 2, p. 397, 2009. DOI: 10.2979/gls.2009.16.2.397.)

tratados constitutivos, sem contudo se articular – entre si – de maneira hierárquica ou competencial.

Destaca-se, então, o problema da pluralidade de ordenamentos no interior do ordenamento internacional como um todo, cada um daqueles se pautando por valores diferentes, com pretensão regulatória sobre o setor que constitui os seus objetivos institucionais e, portanto, passível de contradições internas, como podem surgir entre o Direito Internacional do meio ambiente e as normas do Mercosul ou entre o Conselho de Europa e a OTAN, etc. A imagem corrente do ordenamento internacional é de que se tratam de organizações cujos subsistemas se articulam basicamente por paralelismo, ou seja, são sistemas independentes que coexistem sem se comunicar.

Neste ponto, cabe uma reflexão adicional, dada a sua relevância. Ao longo do desenvolvimento desta tese foi evidenciado que a soberania, tida como potência de supremacia interna e de independência externa, vem passando por uma metamorfose em seus contornos. Nos Estados absolutistas, o monarca aparecia como a instância unitária e suprema de comando e nos Estados nacionais liberais consolidou-se a doutrina da soberania do povo, que se baseava na sua vontade geral como entidade coletiva e que se tratava de uma categoria multifuncional que explicava a origem do Estado e do poder e o modo como este deve ser exercido, além de como devem ser investidas as autoridades públicas e, consequentemente, qual o fundamento do sistema jurídico e os limites do Direito estatal.

A soberania popular se remodela no Estado Constitucional de Direito, permanecendo como fonte de legitimidade de toda a ordem constitucional, expressando-se no poder constituinte originário. Mas, sob sua vigência, todas as manifestações de poder político se encontram condicionadas pelos consensos básicos expressos na Constituição, de modo que também (além do Parlamento) o poder popular perde as características de ilimitado e condicionado, deixando de ser encarado como um ente soberano, mas como um poder constituído.

Portanto, a soberania do povo ou a soberania da Constituição sustentava o monopólio da produção do Direito, no ELD porque todo o direito era de fonte estatal ou por esta reconhecida ou autorizada e no ECD porque este mantinha, agora, a exclusividade na definição dos processos de produção do Direito, por meio da Constituição que os articulava pelo e para o Estado.

Quando tratamos do sistema jurídico internacional, já ficou evidente que algumas das prerrogativas soberanas se achavam minimizadas, a exemplo da própria integridade territorial, quer seja pela possibilidade de intervenção da ONU quando houvesse violação sistemática de direitos humanos e a cogência das obrigações de direito humanitário. Mas, no contexto globalizado, não apenas os contornos da soberania se remodelaram, mas a própria noção tradicional – isto é, a supremacia interna mais independência externa – perde a capacidade de exprimir as propriedades e de determinar o que é a soberania.

A supremacia interna perde parte importante de sua função estruturante da comunidade política em favor da interdependência estatal e de suas consequências já apontadas. Já a supranacionalidade, que se opera através da delegação de competências soberanas obviamente fragmenta a independência externa, particularmente no âmbito da União Europeia e dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos.

Por todas estas razões e à guisa de resenha, cabe transcrever o impacto que este cenário de globalização provoca no sistema de fontes do Direito dos Estados constitucionais. Barrilao[626] secciona os impactos em dois: na transferência entre fontes do Direito e na aparição de novas fontes. Quanto ao primeiro, recorda que nos Estados Constitucionais há uma relação entre o processo de produção de normas, o grau de sua qualidade democrática e seu regime jurídico, o que resta comprometido diante dos processos produtivos não institucionais, que reduzem a sua democraticidade e que se instrumentalizam na renúncia da ação normativa, na remissão à ação normativa de sujeitos privados, na participação dos poderes privados na definição do conteúdo da norma e na profusão de normas de soft law. Enquanto à aparição de novas normas, Barrilao cita a retirada da disciplina normativa pública em favor da regulação privada, a produção autoregulatória de normas e uma consequente noção de rede do sistema jurídico.

Contudo, “nem tudo são espinhos” e precisamente na experiência da União Europeia, que nasce e se desenvolve com vistas a enfrentar os efeitos da globalização, podem se identificar técnicas, meios e processos que podem

[626] Cfr. BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del derecho constitucional europeo. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 6, n. 12, p. 115–149, 2009.

representar avanços na reconstitucionalização dos espaços políticos prófugos ao controle democrático e no reequilíbrio dos processos políticos nacionais.

6.2.1. O sistema de fontes da União Europeia, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e a doutrina dos contralimites

Antes de examinar, precisamente, o sistema de fontes do Direito da União Europeia e sua articulação com os ordenamentos estatais, é preciso, ainda que em linhas gerais, pontuar os principais aspectos políticos que permeiam o processo de associação econômica e política, atualmente constituída por 27 países e que, diante do alto grau de integração social alcançado, representa uma experiência singular e diferente do paradigma de cooperação interestatal, seja nas áreas tradicionais, seja no seio do Direito Internacional de Direitos Humanos.

A integração europeia se desenvolveu a partir da transferência de competências essencialmente soberanas a instâncias supranacionais, dotando-as de capacidade para adotar decisões básicas acerca de um vasto campo competencial (por exemplo, serviços, tecnologia, transporte, setor financeiro, agricultura, comércio, meio ambiente, etc), com reflexos político, social, cultural e jurídico. Esta transferência deu lugar a uma entidade, dotada de personalidade jurídica internacional e de traços de estatalidade[627], já que decide através de órgãos próprios, com efeito sobre um território delimitado e em face de um povo interligado pelo vínculo de cidadania europeia (textualmente, desde Maastricht), do que resultou a criação de uma verdadeira comunidade de Direito[628].

A principal inovação do sistema europeu, que caracteriza esta comunidade de Direito diferente daquela assentada nos ordenamentos constitucionais, é que, diferentemente do que se identifica no Direito Internacional em geral e no DIDH, os cidadãos europeus são sujeitos de direito no espaço supranacional, ao lado dos Estados e, consequentemente, o Direito

---

[627] BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacional y de la globalización. **Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria**, México, v. 4, n. 1, p. 197–211, 2015.

[628] "[…] "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." (TJUE, Les Verts, Asunto 294/1983, Sentencia de 23 de abril de 1986).

da União Europeia se encontra legitimado ao mesmo tempo pelo Estado e pela cidadania e se aplica a um e a outro, penetrando *per se* nos sistemas estatais[629].

Esta comunidade de direito que é a União Europeia resulta de um processo de integração que associa técnicas de tomada de decisão próprias do direito internacional asseguradas juridicamente por meio dos princípios de primazia e efeito direto, de modo que continua sendo certo dizer que se trata de uma federação no plano jurídico e de uma confederação no plano político[630].

O direito da União Europeia (UE) se divide em direito originário, composto pelos tratados constitutivos que integram o Tratado de Lisboa, quais sejam o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) e o direito derivado que tem como categorias (art. 288, TFUE): a) o regulamento (art. 288. TFUE): ato normativo geral, obrigatório e diretamente aplicável nos Estados-Membros; b) diretivas: atos que fixam os resultados a alcançar, mantendo os Estados-membros a discricionariedade quanto à forma e ao meio de implementação interna; c) decisão: que pode ser geral ou dirigida a algum Estado e, também, pode fazer referência a algum outro ato normativo europeu; d) recomendações e pareceres: os quais não são vinculativos, mas constituem uma importante diretriz interpretativa, especialmente quando emitida pela Comissão. Saliente-se que o art. 290, TFUE autoriza o ato delegado, mediante o qual "um ato legislativo pode delegar na Comissão o poder de adotar atos não legislativos de alcance geral que completem ou alterem certos elementos não essenciais do ato legislativo" (art. 290.1, TFUE).

---

629 "Si en algo ha sido revolucionario el proceso de integración europea desde una perspectiva jurídica ha sido en la posición que ha concedido a los ciudadanos en la esfera internacional. Los ciudadanos son sujetos del Derecho supranacional como los poderes públicos y los estados. Esta idea revoluciona el sistema jurídico internacional porque sienta las bases de una Comunidad de Derecho, que es lo que diferencia la naturaleza supranacional de la UE del ámbito internacional" (CALAHORRO, Augusto Aguilar. **Naturaleza y eficacia de la carta de derechos fundamentales de la union europea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021.).

630 WEILER, J. H. H. The transformation of Europe. **The Transformation of Europe: Twenty-Five Years on**, *[S. l.]*, v. 100, n. 8, p. 1–99, 2017. DOI: 10.1017/9781316662465.001

O direito derivado só é válido quando editado nos limites da competência[631] da UE (arts. 4º.1[632] e 5º[633], TUE), que podem ser de caráter exclusivo (art. 3º, TFUE), em que apenas a União pode legislar e adotar atos juridicamente vinculativos ou habilitar a produção jurídica dos Estados-membros (art. 2.1, TFUE), de caráter partilhado e subsidiário (art. 2.2, TFUE), em que os Estados-membros podem exercer a competência em caso de inércia da União e outras competências de caráter partilhado e comum (arts. 4º a 6º, TFUE).

Pois bem. No plano jurídico, as decisões da UE são asseguradas pelos preceitos de primazia (ou primado) e efeito direto, que atuam sobre o âmbito de eficácia das normas nacionais e sem os quais os objetivos institucionais da integração europeia ficariam comprometidos. Por efeito da primazia[634], a validade e a eficácia do Direito da UE não estão condicionadas pelo Direito Interno. Logo, no seu confronto, o juiz nacional deve aplicar a norma europeia e, consequentemente, desaplicar a norma nacional, a qual permanece válida e também eficaz para outras hipóteses fáticas de incidência. Segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), a primazia atua inclusive em face de norma constitucional[635] interna e, também, em face de direito nacional anterior ou posterior[636] à vigência da norma europeia.

Aliás, na Sentença Simmenthal, o TJUE reconheceu que o juiz nacional é, antes de tudo, juiz comunitário, no sentido de que lhe cabe deixar de aplicar a legislação interna incompatível, isto com independência do modelo estatal de controle de constitucionalidade porque não se trata de controle de validade a luz da Constituição nacional, assim como 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” [637].

---

631 Ressalve-se a aplicação da doutrina dos poderes implícitos na definição da competência da UE (arts. 352, TFUE).
632 “Nos termos do art. 5º, as competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros”.
633 “A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporconalidade”.
634 TJUE, Costa Enel, Asunto 6/64, Sentencia de 15 de julio de 1964.
635 TJUE, Internationale Habdelsgesellschaft, Asunto C-11/70, Sentencia de 17 de diciembre de 1970.
636 TJUE, Simmenthal, Asunto 243/78, Sentencia de 5 de marzo de 1980.
637 TJUE, Foto-Frost, Asunto C-314/85, Sentencia de 22 de octubre de 1987.

Já o efeito direto[638] significa que as normas europeias (claras e incondicionadas[639]) são diretamente aplicáveis e eficazes nas relações jurídicas de que tratem e, assim, podem ser invocadas diretamente pelos indivíduos e integrar o material normativo com que decide o juiz ordinário o litígio. O efeito direto pode ser vertical, incidente na relação Estado-indivíduo, ou horizontal, na relação interindivíduos e abrange as categorias normativas vinculantes, quais sejam, os regulamentos, as diretivas[640] e as decisões.

A respeito do Tribunal de Justiça da União Europeia, um dos responsáveis pela consolidação deste modelo singular de integração, se trata de uma instância jurisdicional que assegura o respeito à integridade do Direito europeu, é responsável pelo seu controle de validade e pela uniformidade de sua interpretação (arts. 259 e ss., TFUE), além de sua aplicação pelas instituições europeias, pelos Estados-membros e pelos particulares, atuando por meio do recurso por descumprimento do tratado (arts. 258-259, TFUE) e dos recursos de anulação e por omissão (arts. 263-265, TFUE), além do relevante mecanismo institucional de diálogo jurisdicional, voltado à própria integridade do Direito da UE, que é a questão (ou reenvio) prejudicial.

Prevista no art. 267 do TFUE e regulada no Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, a questão prejudicial é um incidente processual promovido desde um litígio principal em curso na jurisdição nacional, que suscita perante o TJUE uma verdadeira consulta acerca da interpretação ou da validade do direito europeu, com o escopo de promover a sua aplicação uniforme. A

---

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

639 "[...] 44. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en todos los casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, sean incondicionales y suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, ya sea cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, o bien cuando haya hecho una adaptación incorrecta (véanse en especial las sentencias de 19 de enero de 1982, Becker, 8/81, Rec. p. 53, apartado 25; de 17 de septiembre de 1996, Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio y otros, C-246/94 a C-249/94, Rec. p. I-4373, apartado 17, y de 17 de julio de 2008, Flughafen Köln/Bonn, C-226/07, Rec. p. I-5999, apartado 23 y la jurisprudencia citada). 45 Una disposición del Derecho de la Unión es incondicional cuando establece una obligación que no está sujeta a ningún requisito ni supeditada, en su ejecución o en sus efectos, a que se adopte ningún acto de las instituciones de la Unión o de los Estados miembros. Por otra parte, una disposición es suficientemente precisa para ser invocada por un justiciable y aplicada por el juez cuando establece una obligación en términos inequívocos (véanse en particular las sentencias Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio y otros, antes citada, apartado 19, y de 26 de octubre de 2006, G. Pohl-Boskamp, C-317/05, Rec. p. I-10611, apartado 41)." (TJUE, Gassmayr, Asunto C-194/08, Sentencia de 1 de julio de 2010).

640 TJUE, Servizi assicurativi del commercio estero SpA (SACE), causa C-472/15 P, SENTENZA di 23 novembre 2017.

questão prejudicial de validade se destina à análise da compatibilidade do direito derivado em face dos tratados constitutivos, enquanto a questão prejudicial de interpretação pode envolver uma disposição normativa do direito da UE ou (indiretamente) a compatibilidade de uma norma nacional em face do direito da UE.

A questão prejudicial só pode ser acionada por órgãos jurisdicionais assim considerados pelo ordenamento nacional, aos quais ainda cabe definir o objeto da questão suscitada[641]. Como regra, o TJUE está obrigado a pronunciar-se[642], enquanto o órgão judicial nacional apenas interporá obrigatoriamente[643] a questão prejudicial quando se tratar o caso de possível sentença irrecorrível.

Ademais, a sentença do TJUE é de natureza declaratória, mas não se pronuncia acerca da validade do direito estatal, ou seja, não substitui a jurisdição nacional já que sua competência é limitada a "proporcionar os elementos de interpretação que permitam apreciar"[644] a compatibilidade entre as medidas ajuizadas e o direito europeu.

Cumpre pontuar que o reenvio prejudicial difere da opinião consultiva regulada no Protocolo 16 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, já que o primeiro é interposto por qualquer juízo e a decisão do TJUE é impositiva, isto é, deve ser observada pela jurisdição nacional como fundamento para a solução do caso concreto.

Esta mecânica de articulação entre os ordenamentos europeu e nacionais desenhada em torno dos preceitos de primazia e efeito direito do Direito da União Europeia garantiu juridicamente o sucesso desta formação original de comunhão interestatal de direito e já que se tratava da intercessão de um poder político supranacional que produz direito objetivo, era esperado que as conquistas político-democráticas que se fundiram no modelo do Estado Constitucional se projetassem cada vez mais no espaço europeu. Mas, ao

---

641 TJUE, Sentencia Belgian Electronic Sorting Tecnology. Asunto C-657/11. Sentencia de 11 de julio de 2013.
642 TJUE, Sentencia Melloni. Asunto C-399/11. Sentencia de 26.02.2013.
643 TJUE. Sentencia Da Costa en Schaake NV y otros. Asuntos acumulados 28,29 y 30/62. Sentencia de 27 de marzo de 1963.
644 TJUE, Sentencia Valsts. Asunto C-527/11. Sentencia de 14 de marzo de 2013.

contrário, o que se viu foi uma acentuada assimetria entre o político e o jurídico[645]. Vejamos.

A função de controle do poder da Constituição e a de canalização dos conflitos se viram diminuídas no processo de integração europeia. A primeira, porque as decisões europeias são editadas no espaço europeu, onde não atua o pluralismo político e territorial infraestatal, onde não existe um espaço público democrático configurado de maneira pluralista e onde atua uma comunidade política europeia ainda incipiente[646], o que inclusive faz com que os poderes públicos sejam irresponsáveis perante o cidadão nacional, o destinatário da decisão europeia. A segunda, porque os conflitos internos de natureza política e social que tocam o âmbito de atuação político-normativa da União Europeia não são canalizados pelos consensos básicos expressos na Constituição, sendo sufocados porque se consideram problemas nacionais em choque com os objetivos da União[647].

Em outras palavras, com a integração europeia e com vistas a enfrentar os desafios da globalização, os Estados-membros transferiram espaços soberano-estatais de decisão política e jurídica ao locus supranacional. As suas decisões eram tomadas num ambiente (o europeu) onde não vigoravam as técnicas políticas e jurídicas de controle democrático e se impunham num espaço estatal ao arrepio destas mesmas técnicas de matriz nacional, em virtude das garantias jurídicas da primazia e do efeito direto do Direito da UE.

O processo de integração europeia, portanto, também remodela o conteúdo da soberania nos seus Estados-Membros, aumentada em proveito de e de forma funcional aos governos nacionais:

> "Como se puede comprender, el resultado del método de integración que se ha seguido hasta ahora no ha supuesto, en contra de lo que habitualmente se dice, una pérdida real de soberanía por parte de los Estados miembros. Por el contrario, lo que los Estados miembros han perdido formalmente de

---

645 CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Manual de Derecho Constitucional**. v.1. 13ª ed. Madrid: Tecnos, 2018. p. 213-214.

646 CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Los Tribunales constitucionales en el proceso de integración europea. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, n. 7, p. 327–375, 2007.

647 "[…] el modelo de integración europeo ha inutilizado las funciones históricas de la constitución nacional: el control del poder y garantía de los derechos son dificultados por las decisiones externas, tomadas sin participación de la ciudadanía y, también, los conflictos internos son transformados en conflictos de los estados frente a Europa" (CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Crisis económica y crisis constitucional en Europa. **Revista Espanola de Derecho Constitucional**, *[S. l.]*, v. 33, n. 98, p. 91–107, 2013.).

> soberanía en el ámbito externo o supranacional lo han recuperado en el ámbito interno o constitucional. En efecto, gracias a los mecanismos de concertación supranacional, basados generalmente en la regla de la unanimidad o del consenso, los Estados miembros de la Unión Europea han conseguido adoptar en Europa las decisiones que no podían o no querían adoptar a nivel interno porque hubieran generado un debate muy intenso en el espacio público estatal."[648].

Esta conjuntura se mostra ainda mais patente depois da crise econômica de 2008, quando a União Europeia se voltou para a adoção de instrumentos provisórios ou permanente de controle das atividades econômicas e das atuações dos Estados-membros, com o objetivo de recuperar a estabilidade financeira e solucionar tensões no mercado, ignorando[649] os conflitos políticos internos ao longo dos processos decisórios europeus e escancarando a incapacidade controladora e canalizadora das Constituições estatais. A própria democracia se erosiona, apresentando-se mais como um produto de natureza econômica[650], de modo que as decisões se impunham, também, independentemente dos resultados dos processos eleitorais internos e com a possibilidade de oferecer respostas alternativas possíveis numa economia social de mercado.

De todo este diagnóstico exsurge uma legítima reivindicação pela constitucionalização da Europa, a partir da formação de um espaço público europeu, de uma própria comunidade política, do qual resulte, ainda, a definição de campos de competência material das constituições europeia e nacionais, estendendo no espaço de atuação da primeira as funções históricas de controle do poder, de garantia dos direitos fundamentais e de canalização dos conflitos.

Do ponto de vista acadêmico, esta reivindicação se expressa no estatuto metodológico trazido pelo Direito Constitucional Europeu[651], que integra

---

[648] CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Manual de Derecho Constitucional**. v.1. 13ª ed. Madrid: Tecnos, 2018. p. 216.

[649] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Crisis económica y crisis constitucional en Europa. **Revista Espanola de Derecho Constitucional**, *[S. l.]*, v. 33, n. 98, p. 91–107, 2013.

650 CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Una interpretación constitucional de la crisis económica. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, n. 19, p. 449–454, 2013. Disponível em: https://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/15_F_BALAGUER.htm.

[651] "En definitiva, el método del Derecho constitucional europeo es el nuevo método requerido por la nueva realidad que marca una integración en proceso. Es un método en formación, como la propia realidad a la que se remite, y que se va adaptando conforme ésta evoluciona. En lo que tiene de constitucional debe partir de la democracia como principio rector de cual- quier estructura de poder ejercida sobre un ámbito territorial. Y con este método se deben abordar los retos. En especial, está el reto de conseguir una democracia más avanzada." (LÓPEZ, Enrique Guillén.

os problemas constitucionais que se apresentam nos espaços europeu, estatais e intraestatais (relativamente aos estados-membros descentralizados) em perspectiva sistêmica e que perpassa a constitucionalização do direito europeu e a europeização do direito constitucional estatal[652].

O relato detalhado acerca do processo de constitucionalização da União Europeia[653], a partir das tradições constitucionais comuns, passando pela redação e desaprovação do Projeto de Tratado pelo qual se institui uma Constituição para Europa e culminando com o Tratado de Lisboa não tem tanta relevância para a pesquisa quanto a própria apresentação dos avanços que este último representou para o processo de constitucionalização, de acordo com o próprio momento de transição constitucional porque passa a União Europeia.

P. Häberle[654] destaca que o Tratado de Lisboa contém aspectos positivos para a constitucionalização, tais como 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 UE, 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 União Europeia e a vinculação jurídica da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

Pois bem. Neste ponto, cumpre-nos focar na vinculação jurídica da CDFUE, mas antes, noutro instituto relevante para a compreensão das dinâmicas relacionais entre o direito europeu e o direito dos estados-membros que gera impactos na proteção multinível de direitos que são os contralimites e sua doutrina.

De fato, no Tratado de Lisboa restou consolidada a reivindicação de que no processo de integração europeia não fosse isolada a identidade nacional

---

Metodología del derecho constitucional europeo. Un derecho constitucional para la integración política de Europa. Del pluralismo territorial al pluralismo ideológico. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 12, p. 151–170, 2009.)

652 A este respeito, Cfr. LLORENTE, Francisco Rubio. La constitucionalización del proceso de integración de Europa. **Revista de Occidente**, Nº 284, 2005, p. 5-22.

653 Sobre o processo, cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La constitución europea tras el Consejo europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa. **Revista de derecho constitucional europeo**, *[S. l.]*, v. 8, p. 11–41, 2007.

654 HÄBERLE, Peter. El Tratado de Reforma de Lisboa de 2007. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, nº 9, 2008.

(art. 4.2[655], TUE), que se refletia na estrutura político-constitucional fundamental de um Estado e, ao mesmo tempo, constituiria reflexo da história, dos valores e das aspirações da respectiva sociedade estatal, contexto que, em seu conjunto, singularizariam um determinado ordenamento jurídico estatal.

Pode-se dizer que a identidade nacional possui uma função de certo modo antagônica, embora relacionada, às tradições constitucionais comuns, as quais estão integradas ao sistema de fontes europeu na condição de princípios gerais (art. 6.3) e que servem de base para a proteção de direitos fundamentais no espaço europeu, porque estas tradições auxiliam a construção da identidade europeia a partir daquilo que os Estados-membros possuem de comum, relativamente às suas histórias, culturas e valores fundamentais, enquanto a identidade nacional estabelece uma certa "diversidade na unidade".

Um dos precedentes jurisprudenciais nacionais comumente citados em matéria de confronto entre identidade nacional e integração europeia é a Sentença Maastricht[656], proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão, através da qual se afirmou, em suma, que o processo de integração europeia se realizava através da abertura do ordenamento nacional, sem que importasse na renúncia da autodeterminação do povo alemão em favor de uma soberania internacional. Por constituir uma ação dos poderes constituídos, a integração internacional não teria como desnaturar as características do Estado Constitucional. Logo, a União Europeia, apesar de destinatária de competências soberanas estatais, constitui uma comunidade de Estados que não esvaziaria as competências e funções estatais de expressão democrática que os legitimam.

Ademais, as competências da Comunidade estariam limitadas pelos princípios de atribuição expressa, de subsidiariedade e proporcionalidade, de modo que seria impróprio reconhecer que aquela possuiria a competência sobre sua própria competência. O próprio Tribunal, nesta resolução, reconheceu a possibilidade de que os atos jurídicos da União que não respeitassem o seu

---

[655] "Art. 4.2. A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respetiva identidade nacional, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro.".

[656] Cfr. STEIN, Torsten. La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht. **Revista de instituciones europeas**, 1994, 21.3: 745-770

marco competencial poderiam ser objeto de controle pelo Estado. Por fim, nesta mesma sentença, o Tribunal Constitucional, se bem reconhecendo a competência do TJUE, reconheceu a possibilidade de garantir direitos fundamentais alegadamente lesados por meio de atos do poder público de qualquer origem, inclusive comunitária

O Tribunal Constitucional Alemão enfatizou a importância de que no processo de integração europeia não fossem desconsiderados a identidade constitucional nacional e os limites constitucionais que se projetam sobre a produção dos atos públicos legitimados pelo processo de transferência de capacidades soberanas[657].

A seu turno, a Corte Constitucional Italiana marca decisivamente o desenvolvimento da doutrina dos contralimites enquanto reconhecimento de limites materiais a normas provenientes de fontes pertencentes a outros ordenamentos jurídicos[658] em geral. A este respeito, veja-se:

> [...] 3.2.– Non v'è dubbio, infatti, ed è stato confermato a più riprese da questa Corte, che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un «limite all'ingresso […] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione» (sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001) ed operino quali "controlimiti" all'ingresso delle norme dell'Unione europea (ex plurimis: sentenze n. 183 del 1973, n.170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991, n. 284 del 2007), oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato (sentenze n. 18 del 1982, n. 32, n. 31 e n. 30 del 1971). Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale (artt. 138 e 139 Cost.: così nella sentenza n. 1146 del 1988)[659].

Mais precisamente ao caso da interrelação entre direito comunitário e o direito constitucional italiano é sempre citada a Sentença nº 183/1973. Nesta,

---

[657] Cfr. GAMBINO, Silvio. Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, [S. l.], v. 18, n. 9, p. 55–94, 2012.

[658] "Con il termine "controlimite" si intende l'istituto mediante il quale le Corti costituzionali o supreme si riservano il potere di sindacare fonti e norme, solitamente provenienti da altri ordinamenti, che si pongono nel sistema nazionale sullo stesso livello delle fonti costituzionali" (RISOLI, Simone. **Oltre il confine stabilito. Teoria e funzionamento dei controlimiti**. Stato, chiese e pluralismo confessionale, nº 31, 2017.)

[659] Sentenza 238/2014 (ECLI:IT:COST:2014:238), Deposito del 22/10/2014.

a Corte Costituzionale acabou admitindo a primazia e o efeito direto da União, reconhecendo-lhe assento constitucional decorrente das previsões de abertura à integração europeia, mas lhe opôs limites que, ao fim e ao cabo, buscavam manter no espaço estatal a última palavra quando estivesse em jogo a proteção do núcleo duro constitucional associado às identidades nacionais. *In verbis*:

> "5. - Il costituente, dopo aver stabilito all'art. 10 che l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generale, ha inteso con l'art. 11 definire l'apertura dell'Italia alle più impegnative forme di collaborazione e organizzazione internazionale: ed a tale scopo ha formalmente autorizzato l'accettazione, in via convenzionale, a condizioni di parità con gli altri Stati e per le finalità ivi precisate, delle necessarie "limitazioni di sovranità". Questa formula legittima le limitazioni dei poteri dello Stato in ordine all'esercizio delle funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale, quali si rendevano necessarie per la istituzione di una Comunità tra gli Stati europei, ossia di una nuova organizzazione interstatuale, di tipo sovranazionale, a carattere permanente, con personalità giuridica e capacità di rappresentanza internazionale. Alla Comunità economica, aperta a tutti gli altri Stati europei (art. 237 del Trattato), e concepita come strumento di integrazione tra gli Stati partecipanti, per fini comuni di sviluppo economico e sociale, e quindi anche per fini di difesa della pace e della libertà, l'Italia e gli altri Stati promotori hanno conferito e riconosciuto determinati poteri sovrani, costituendola come istituzione caratterizzata da ordinamento giuridico autonomo e indipendente. [...] È appena il caso di aggiungere che in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma - sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini -, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana."[660]

Posteriormente, na Sentença Granital[661], a Corte italiana, além de reafirmar que pode conhecer de controvérsia constitucional envolvendo o direito derivado europeu, delimitou o tipo de relação que existe entre a fonte europeia e a nacional, fora do campo da validade, veja-se:

> [...] Occorre, tuttavia, meglio chiarire come, riguardo al fenomeno in esame, si ponga il rapporto fra i due ordinamenti. Sovviene in proposito il seguente rilievo. La disciplina emanata mediante il

[660] Corte Costituzionale. Sentenza 183/1973 (ECLI:IT:COST:1973:183). Deposito del 27/12/1973.

[661] Corte Costituzionale. Sentenza 170/1984 (ECLI:IT:COST:1984:170). Deposito del 08/06/1984**.**

> regolamento della CEE è destinata ad operare, con caratteristica immediatezza, così nella nostra sfera territoriale, come in quella di ogni altro Stato membro; il sistema statuale, dal canto suo, si apre a questa normazione, lasciando che le regole in cui essa si concreta vigano nel territorio italiano, quali sono scaturite dagli organi competenti a produrle. [...] Esse non devono, né possono, essere riprodotte o trasformate in corrispondenti disposizioni dell'ordinamento nazionale. La distinzione fra il nostro ordinamento e quello della Comunità comporta, poi, che la normativa in discorso non entra a far parte del diritto interno, né viene per alcun verso soggetta al regime disposto per le leggi (e gli atti aventi forza di legge) dello Stato. [...] D'altra parte, la garanzia che circonda l'applicazione di tale normativa è - grazie al precetto dell'art. 11 Cost., com'è sopra chiarito - piena e continua. Precisamente, le disposizioni della CEE, le quali soddisfano i requisiti dell'immediata applicabilità devono, al medesimo titolo, entrare e permanere in vigore nel territorio italiano, senza che la sfera della loro efficacia possa essere intaccata dalla legge ordinaria dello Stato. Non importa, al riguardo, se questa legge sia anteriore o successiva. Il regolamento comunitario fissa, comunque, la disciplina della specie. L'effetto connesso con la sua vigenza è perciò quello, non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale. In ogni caso, il fenomeno in parola va distinto dall'abrogazione, o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio, che investe le norme all'interno dello stesso ordinamento statuale, e ad opera delle sue fonti. Del resto, la norma interna contraria al diritto comunitario non risulta - è stato detto nella sentenza n. 232/75, e va anche qui ribadito - nemmeno affetta da alcuna nullità, che possa essere accertata e dichiarata dal giudice ordinario. Il regolamento, occorre ricordare, è reso efficace in quanto e perché atto comunitario, e non può abrogare, modificare o derogare le confliggenti norme nazionali, né invalidarne le statuizioni.

Portanto, o desenvolvimento da doutrina dos contralimites retrata uma consequência direta, no plano da atividade da jurisdição constitucional estatal, da ideia de proteção das identidades constitucionais no curso do processo de integração internacional e que, no contexto da construção da União Europeia se exterioriza numa restrição circunstancial à primazia do direito europeu, inicialmente afirmado pelas jurisdições constitucionais e que restou incorporado ao direito primário através dos arts. 4.2 e 6, TUE e art. 67.1[662] TFUE

[662] “Art. 67.1. 1. La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros.”.

No sistema italiano, por exemplo, os contralimites têm significado um autêntico controle indireto de validade das normas europeias que violem os princípios fundamentais e os direitos fundamentais da pessoa humana. Porém, como não é logicamente possível fazer controle de validade de norma proveniente de fonte pertencente a outro ordenamento jurídico, a técnica adotada pela Corte Constitucional é declarar parcialmente inconstitucional a ordem de execução – instrumento de incorporação de direito internacional no direito italiano – dos tratados constitutivos, na parte em que garantiriam a aplicação da norma europeia impugnada.

Cumpre advertir que o modo como o qual os contralimites foram positivados no Tratado de Lisboa, sem a predefinição de soluções antecipadas para os conflitos entre o direito europeu e os princípios constitucionais fundamentais do estado-membro, estabelece um cenário igualmente desafiador para as relações interordinamentais, na medida em que aposta numa técnica dialógica, de concordância, entregue às instâncias jurisdicionais que os interpretam, de modo que, no final das contas, a própria evolução do processo de integração pode ser mais lenta na medida inversa do grau de ativismo das jurisdições nacionais na definição do conteúdo de seus princípios fundamentais dignos de oposição ao direito europeu[663].

De qualquer modo, atento ao contexto das relações entre estados-membros e União Europeia, verifica-se que os contralimites funcionam como verdadeiro limite da soberania delegada para o ordenamento europeu[664], conservando os Estados, inclusive quando em jogo a tutela de direitos fundamentais, a capacidade de ofertar uma solução normativa mais consentânea com as suas realidades político-constitucionais e isto é importante

---

[663] É o desafio exposto por Fausto Vecchio: ""Por fim, como ulterior elemento de erosão dos equilíbrios jurisprudenciais consolidados, a europeização dos contralimites determina um regresso desafiante da reconstrução formalística do sistema de fontes: tanto o Conseil Constitutionnel francês como o Trybunal Konstytucyjny polaco e o Satversmes Tiesa letão, ao afastarem-se da jurisprudência Solange II e Granital estabelecem que a Constituição nacional é o texto jurídico no qual está consagrada a identidade da nação e, portanto, estendem significativamente o parâmetro para levar a cabo o controle de constitucionalidade do direito comunitário." (VECCHIO, Fausto. Primazia do Direito Europeu e Contralimites Como Técnicas para a Relação Entre Ordenamentos. **Direito Público**, *[S. l.]*, 2012. DOI: 10.11117/22361766.47.9.2120.)

[664] Cfr. VECCHIO, Fausto. Primazia do Direito Europeu e Contralimites Como Técnicas para a Relação Entre Ordenamentos. **Direito Público**, *[S. l.]*, 2012. DOI: 10.11117/22361766.47.9.2120.

para o debate acerca da tutela multinivel de direitos fundamentais que conta, a partir do Tratado de Lisboa, com mais um instrumento jurídico.

É que um outro aspecto inovador do Tratado de Lisboa foi a vinculação jurídica da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), sobre a que paira a expectativa de, para além de sua função na interpretação e condicionamento do direito europeu (uma função limitadora, portanto[665]), permita (e aqui a função ativa dos direitos fundamentais da CDFUE) a construção de uma comunidade política e uma identidade europeias a partir de um espaço comum de liberdade, segurança e justiça que inspire as instituições europeias e o exercício de suas competências (art. 67.1, TFUE[666]).

De fato, até a vigência do Tratado de Lisboa, que dotou de valor jurídico a CDFUE (art. 6, TUE[667]), o reconhecimento e a tutela de direitos fundamentais no âmbito da atuação da União Europeia eram, basicamente, fruto do trabalho pretoriano do Tribunal de Justiça da União Europeia, que se considerava competente uma vez que o respeito a aqueles direitos era um princípio geral do ordenamento da União[668], embora atuasse a Corte pragmaticamente com vistas a assegurar o sucesso da primazia do Direito Europeu. Aliás, o Tratado de Amsterdam haveria de incluir o respeito aos direitos fundamentais previstos na CEDH e os resultantes das tradições constitucionais comuns dos estados-membros como princípio gerais do direito comunitário e, nesta condição, invocáveis pelo TJUE.

---

[665] "Artigo 51.° 1. As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respetivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados. 2. A presente Carta não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas pelos Tratados.".

[666] "Art. 67.1. A União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros.".

[667] "Art. 6.1 A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe forem introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasbugo, e que tem o mesmo valor jurídico que os tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições.".

[668] TJUE, Sentencia Stauder/Stadt Ulm, Asunto C-29/69, Sentencia de 12,11.1969.

Porém, pode-se dizer que aquele modo de atuação do TJUE tinha notas de caráter verdadeiramente constituinte[669], porque laborava proclamando o direito fundamental que servia de material normativo para a solução do caso concreto, sem interação com legislador democrático e com vistas à proteção de um sistema normativo que não detinha natureza constitucional.

Destarte, a incorporação da CDFUE ao direito da União Europeia permite, ao mesmo tempo, a interação dos agentes nos espaços constitucionais, nacionais e europeus – isto na medida em que as jurisdições constitucionais passam a participar dos debates entre direitos fundamentais e as liberdades econômicas e o mercado europeu – 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[670].

A própria CDFUE autocondiciona o seu espaço de atuação, no sentido de que a sua incorporação não significou ampliar as competências da União, de modo a constituir, assim, uma tutela de direitos incidente no âmbito de ação das instituições europeias[671] e dos estados-membros quando no cumprimento do direito da União Europeia (art. 51.1, CDFUE). Por consequência, cabe ao TJUE a tutela de direitos fundamentais destes tipos de atos e em face da CDFUE (atuando aqui como instrumento a questão prejudicial), enquanto à jurisdição constitucional estatal continua cabendo a tutela dos direitos fundamentais no confronto dos demais atos estatais em face de suas respectivas constituições.

Ademais, o mecanismo de atuação baseado na CDFUE também é diverso daquele da Convenção Europeia de Direitos Humanos, já que neste existe uma tutela individual a partir da análise de se o ato concreto violou um standard de proteção de direitos humanos, enquanto no da CDFUE o indivíduo pode gozar da tutela a partir da própria invalidação do ato da instituição europeia

---

669 CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Los Tribunales constitucionales en el proceso de integración europea. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, n. 7, p. 327–375, 2007.
670 Cfr. GUIMARÃES, Diego Fernandes. 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. **Revista de Direito Internacional**, 2021, 18.3.
671 TJUE, Sentencia Google Spain. Asunto C-131/12. Sentencia de 13 de mayo de 2014.

ou do estado-membro em cumprimento do direito europeu em conflito com a CDFUE.

Uma das consequências da atribuição do mesmo valor jurídico que os Tratados é que as normas da CDFUE devem incidir internamente como o direito europeu em geral, isto é, favorecidos pelos preceitos de primazia e efeito direto, inclusive com eficácia horizontal, quando a norma protetiva fosse imperativa e incondicionada, o que, por outro lado, suscita importantes questões acerca da sobreposição de instâncias no desenho de tutela multinível de direitos fundamentais, por força da interação das Constituições estatais, da CDFUE e da CEDH.

O art. 52.3 da CDFUE prevê alguns critérios de interpretação e aplicação, tais como a identidade de conteúdo entre os direitos concomitantemente garantidos na CEDH e na CDFUE, exceto em caso de norma comunitária mais protetiva (art. 52.3[672]), a definição de conteúdo dos direitos assegurados na CDFUE conforme as tradições constitucionais comuns de que derivem (art. 52.4[673]) ou a norma sobre o nível de proteção (art. 53[674]).

Acerca da organização da tutela multinível de direitos fundamentais, o TJUE se pronunciou, no Caso Akerberg Fransson[675], definindo estes critérios: 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 UE, 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

---

[672] "Art. 52.3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla.".

[673] "Art, 52.4. Na medida em que a presente Carta reconheça direitos fundamentais decorrentes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, tais direitos devem ser interpretados de harmonia com essas tradições.".

[674] "Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados--Membros.".

[675] TJUE, Sentencia Akerberg Fransson, Asunto C-617/2010, Sentencia de 26.02.2013.

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 aqui um espaço vazio de controle, da mesma forma que no que tange ao direito primário e derivado da própria União Europeia.

Efetivamente, no multicitado caso Melloni, em curso perante o Tribunal Constitucional Espanhol (TC) e alçado, via questão de prejudicialidade ao TJUE, perfez-se um diálogo jurisdicional interessante. O TC suscitou a questão prejudicial[676] ao TJUE, a fim de que este se pronunciasse acerca da compatibilidade de um ato da União Europeia ante a CDFUE e sobre a possibilidade de aplicação do standard de proteção mais amplo decorrente da norma da Constituição Espanhola (CE) e que, nesta condição, deveria ser de aplicação preferencial por força do art. 53 da CDFUE. Em sua resolução, o TJUE reputou 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, representaria 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, interpretação que foi adotada pelo TC a partir da cláusula de abertura do art. 10.2, CE[677].

Mas, é importante frisar, que os diálogos jurisdicionais nem sempre tem se desenvolvido de maneira assim suave, como se pode verificar nos (também multicitados) Casos Taricco I e II, em curso na jurisdição italiana e no TJUE.

A questão prejudicial acerca da compatibilidade da norma nacional italiana sobre prescrição penal (os arts. 160 e 161 do Código Penal italiano) com o art. 325 do TFUE[678] foi solucionada pelo TJUE no sentido de que a norma Europeia imporia uma obrigação de resultado em virtude da qual os ordenamentos jurídicos dos Estados membros deveriam estabelecer, qualquer

[676] STC 26/2014, de 13 de febrero (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014).
[677] STC 26/2014, de 13 de febrero (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014).
[678] “Art. 325. 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.”.

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.

Então, a Corte Constitucional Italiana, através de sua *Ordinanza 24/2017*, suscitou nova questão prejudicial ao TJUE, desta feita adicionando a referência ao art. 25 da Constituição Italiana e adotando, como eixo central[679] de sua tese, a necessidade de salvaguardar a identidade constitucional italiana e a adoção da teoria dos contralimites, ou seja, a observância dos princípios supremos da ordem constitucional italiana e dos direitos inalienáveis da pessoa como uma condição para que o Direito da União se aplicasse, em face da qual, o TJUE, no Taricco II, reconheceu a possibilidade de exceção aos preceitos de primazia e efeito direto do direito europeu, quando resultasse obstáculo aos direitos fundamentais, aos princípios superiores do ordenamento constitucional e à identidade nacional do Estado membro, estabelecendo alguns critérios e standards que, contudo, não foram adotados pela Corte italiana em sua sentença 115/2018[680].

Se a incorporação da CDFUE com o mesmo valor jurídico dos tratados teve o efeito de, por um lado, permitir que o debate entre direitos fundamentais e as liberdades econômicas e o mercado europeu, que se expressa juridicamente, fosse ampliado subjetivamente por meio da participação também das jurisdições constitucionais estatais[681] e não apenas de forma unilateral pelo TJUE, por outro lado, permaneceram algumas fatores de tensão relacional entre os ordenamentos nacionais e o europeu que, no final das contas, podem retardar o processo de integração europeia.

Augusto Aguilar chega a considerar que a positivação da CDFUE e o modo como tem sido operacionalizada constitui um retrocesso no processo de

---

[679] Cfr. ORTIZ, Adrán García, 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**, Nº 30, 2018.

[680] Cfr. ORTIZ, Adrán García, 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**, Nº 30, 2018.

[681] Cfr. ROMBOLI, Silvia. “Los contralímites en serio” y el caso Taricco: El largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la corte constitucional italiana. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 14, n. 28, p. 1–38, 2017.

constitucionalização[682] e salienta, basicamente quatro problemas essenciais: a) a CDFUE adotou a diferença eficacial entre princípios e direitos, mas não os especificou, o que pode implicar perda de substantividade; b) a indefinição do espaço de eficácia da CDFUE, uma vez que como a atribuição competencial da UE é feita por meio de objetivos (e não de matérias), a CDFUE atua num espaço mais ou menos elástico, a depender de uma definição voluntarista da União; c) o âmbito de aplicação da CDFUE, limitada ao âmbito competencial (sobre o direito da União ou do Estado quando no cumprimento do direito da União) faz com que haja uma variação do padrão de limite do poder conforme a origem da norma, com clara aptidão antinômica; e, d) há uma omissão na CDFUE acerca da sua eficácia horizontal, o que impacta na própria comunidade de Direito que tem no Tratado de Lisboa e na CDFUE os seus marcos.

A questão, de fato, se situa na definição do papel que os direitos fundamentais exerce no espaço europeu e sua dissociação com a ideia de direitos fundamentais que foi construída historicamente e que constitui o patrimônio cultural comum europeu, voltada à tutela de posições subjetivas. Tal como delineado pelo Tratado de Lisboa e operacionalizado pelo TJUE, dizer que a tutela de direitos fundamentais se exerce no âmbito da competência da União – isto é, na ação das instituições europeias e dos estados-membros quando no cumprimento do direito europeu – desconsidera o caráter expansivo dos valores e direitos fundamentais, para além da própria vagueza proporcionada pela distribuição competencial no Tratado de Lisboa baseada em objetivos a serem perseguidos.

Ademais, a distribuição da tutela de acordo com as competências no Tratado de Lisboa evidencia que a função do direitos fundamentais no sistema da União Europeia não é de proteger posições subjetivas, mas de, preservando a uniformidade do seu ordenamento, assegurar o funcionamento adequado do mercado comum.

Daí que seja questionável se a CDFUE tenha a capacidade de construir uma comunidade política e uma identidade europeias a partir de um espaço comum de liberdade, segurança e justiça, notadamente porque a sua

---

[682] Cfr. CALAHORRO, Augusto Aguilar. **Naturaleza y eficacia de la carta de derechos fundamentales de la union europea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021.

operacionalização no ordenamento europeu e nos estatais gera um espaço potencial de contradição sistêmica através da variação de conteúdos normativos de direitos, a depender da origem ou função da norma:

> However, should rights be mediated by the attribution of competences, or should they be considered worthy of protection independently of competences? The answer to this question is decisive for defining the actual scope of rights protection in a multi-level system. If we want this system to really work and maintain the substantivity of rights, it must be decoupled from competences, because the CFREU is a proclamation of rights in a European area that admits no more variations than those established therein[683].

De todo modo, é preciso pontuar que se no âmbito da integração europeia a tutela de direitos a partir do marco competencial não parece ser adequada à plena democratização e constitucionalização da União, apresenta-se como um arranjo de consenso possível dentro do nível de integração social e política em que se encontra, o que não significa que não seja geradora de contradições que representam, ao fim e ao cabo, as tensões entre forças soberanas e integradoras.

[683] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Data protection and the transformation of rights in the digital society. **EU Law Journal**, *[S. l.]*, v. 10, n. 1, p. 4–16, 2024.

CONCLUSÕES

O Estado nacional é uma fórmula de legitimação do Estado moderno que foi se espalhando das revoluções americana e francesa no curso de experiências políticas diversas até o século XX e se caracteriza por uma organização de poder unificado, supremo dentro de um espaço territorial limitado, assentado num tipo de coesão sociopolítica marcada pela identidade nacional. A sua primeira legitimação democrática se afirma pela soberania popular ou nacional, que funcionava como categoria multidimensional, capaz de explicar a origem do Estado e do poder e o modo como este deve ser exercido, além de como devem ser investidas as autoridades pública e, consequentemente, qual o fundamento e os limites do direito estatal.

O próprio Estado se afigurava como uma organização política dotada de um grau de integração máxima e, assim, detinha um poder de supremacia interna (sobre todas as demais manifestações de poder internas) e independência externa (em suas relações com outros Estados), com capacidade de se autodeterminar política e juridicamente.

O modelo de organização política do Estado nacional se fundava, assim, na titularidade do poder pelo povo (soberania popular ou nacional), um povo organicamente unido em face de uma identidade comum e estabelecido nas fronteiras do Estado (identidade nacional). Este se originaria de um contrato social (contratualismo) entre todos os indivíduos, a partir do qual deteria o monopólio da força legítima, o que também serviria como raiz de legitimidade para o exercício da autoridade. A autoridade estatal era exercida enquanto representação do povo e de acordo com os procedimentos reconhecidos para a sua investidura e para o seu exercício.

O Estado também passou a ser considerado uma instância neutra e racional para tutelar o interesse geral de forma mais adequada e abrangente e, portanto, o *locus* por excelência da vida comunitária.

O ideário liberal entra em contato com o Estado nacional e consolida um padrão prescritivo sobre como deve se dar o exercício do poder legítimo, juridificando-o numa concreção político-jurídica que é o Estado de Direito, fundado no controle e limitação da autoridade, servindo-se dos direitos fundamentais, do império da lei e da separação de poderes.

O conjunto de todos estes elementos estruturais moldaram o ordenamento jurídico deste tipo estatal, caracterizado por um sistema unificado em torno de si, reduzindo ao ecossistema estatal os planos de organização e produção do Direito e da administração da justiça. A norma é jurídica quando for posta pelo soberano (por vezes, através de sua representação), adquirindo validade objetiva e é garantida, dentro do sistema estatal, pelo monopólio da força legítima. Equipara-se assim, positividade e estatalidade do direito, abnegando a pluralidade de ordenamentos jurídicos na imagem de direito que triunfa.

É importante reiterar que o Estado moderno, inclusive em chave nacional, representa a superação das bases e da imagem do direito que vigoravam na sociedade medieval, cuja concepção corporativa se refletia numa organização dispersiva do poder, em que as relações políticas eram de caráter pessoal e privatístico, baseadas num vínculo bilateral débil de caráter territorial e distribuído em vários níveis, o que, claramente se mostrava incompatível com a existência de um poder político unificado.

Consequentemente, vigorava uma ordem jurídica pluralista, na qual conviviam o direito comum temporal ou *ius commune* (ou seja, o direito romano interpretado), o direito comum canônico – que também consentia com fontes normativas descentralizadas, como os Decretos ecumênicos ou regionais, diocesanos ou de assembleias de bispos – e os direitos próprios ou privilégios, aos quais se somavam os estatutos territoriais (de cidades, localidades, etc), os costumes e estilos locais, os direitos especiais (corporativos) de grupos ou de pessoas e, inclusive direitos contratuais derrogatórios do direito geral. Esta ordenação dava lugar a um direito positivo de geometria variável[684], cujas interrelações não podiam ser antecipadamente previstas, dependendo da atividade do intérprete e das condições que circundavam o caso concreto, ao que se soma a ausência absoluta de preocupação com a redução da pluralidade a uma unidade sistêmica.

Quanto ao modo pelo qual se organizam as fontes do direito, o primeiro modelo de Estado de Direito destacado é o Estado legal ou legislativo de Direito (ELD). Este é projetado com vistas à consecução das finalidades

[684] HESPANHA, Anonio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimba: Almedina, 2019. p. 152.

transformadoras que inspiraram o movimento revolucionário[685], pautando-se numa ideia de certeza do direito aplicável alcançada pela redução das fontes do Direito que assegurasse a posição privilegiada daquela oriunda (e controlada) pelas forças burguesas vencedoras: a lei parlamentar. Para este intento, foi necessário reduzir os espaços de atuação discricionária dos juízes – órgãos por excelência de aplicação do direito – o que foi feito através da técnica da subsunção, da interpretação literal e da teoria da vontade do legislador.

Outrossim, a lei parlamentar, tida como expressão da soberania popular (vontade geral) e produto de uma entidade racional (o Estado) assumiria o papel principal no controle e limitação do poder e na regulação da sociedade. Este império da lei se viu, por exemplo, na ascensão da legalidade penal e na sujeição das atividades materiais e administrativas à lei parlamentar, mas também se relacionava com a aspiração revolucionária de igualdade formal, já que, extinguindo-se os privilégios medievais, a lei é igual para todos.

A primazia da lei limitava o recurso às fontes normativas costumeiras, a sistemas normativos corporativos e de outros grupos sociais, ao passo em que também importava na sua preeminência sobre os atos político-normativos editados pelos demais poderes, resultando no papel secundário atribuído à jurisprudência e na atividade subordinada da potestade normativa do chefe do Poder Executivo.

Os direitos fundamentais, no ELD, possuíam a estrutura de direitos de defesa e, ainda que se considerassem naturais e anteriores ao Estado, dependiam de sua corporificação por lei parlamentar, o veículo legítimo para definir os seus contornos concretos, o que acabou por servir para a redução da pretensão de universalidade dos direitos do homem às fronteiras do Estado-nação.

Logo, no ELD a Constituição possui uma natureza política, servindo como instrumento de limitação de poderes na exata medida em que estipulava como eram investidas as autoridades, como exerciam as suas funções e como se interrelacionavam. Em suma, a Constituição juridificava o fenômeno político estatal prevendo quem e como poderia ser exercida a autoridade, sob a ótica da

---

[685] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Control de constitucionalidad y relaciones entre ordenamientos. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 19, n. 37, 2022.

articulação em torno do império da lei, da separação de poderes e das garantias dos direitos individuais, manejada pelo controle popular através da técnica da eleição periódica.

Por consequência, o sistema de fontes do direito no Estado Legislativo de Direito se baseava na origem da norma como fundamento de sua validade[686]: a lei pertence ao ordenamento porque foi editada pelo Parlamento ou por este incorporada ou autorizada, no caso de fontes não parlamentares. A reserva de lei, neste desenho, era uma faculdade do legislativo, que poderia dela dispor conforme as conveniências políticas majoritárias. Igualmente, o sistema tinha na hierarquia o seu único preceito organizacional, na medida em que estava organizado por meio de uma escalonamento de fontes/normas baseado nas suas diferentes eficácias jurídicas: a fonte legal possuía força superior ao costume e às fontes infralegais ou extraestatais, assim como sobre às fontes atribuídas aos outros Poderes. A hierarquia no sistema assegurava a preeminência do parlamento e, assim, o sucesso das transformações que as elites revolucionárias visavam a consolidar.

O Estado Legal de Direito no Brasil contou com algumas particularidades, embora o desenho tenha sido semelhante ao quanto antes descrito. Em primeiro lugar, porque a noção de representatividade e o conteúdo da separação de poderes não correspondiam a aqueles próprios do espaço europeu, na medida em que, a Constituição imperial (1824) adotava a representatividade popular repartida entre o parlamento e o Imperador, enquanto as constituições republicanas (a partir de 1891) previram e foram aperfeiçoando um mecanismo de controle de constitucionalidade das normas, o que é incompatível com a formulação montesquiana. Contudo, tampouco se pode dizer que tenha havido um Estado constitucional no Brasil a partir da Constituição de 1891, já que a cultura jurídica que foi se consolidando tinha uma base formalista e legalista e a supremacia da Constituição não alcançou, na prática, a capacidade de suplantar a extrema deferência à lei parlamentar, como se via no próprio teor do art. 4º da (então) Lei de Introdução ao Código Civil e ao art. 114 do Código de Processo Civil de 1939. Na verdade, o fator sistêmico que impediu

[686] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho**. v.1. Madrid, Editorial Tecnos, 1991. p. 48-49.

a consolidação de um Estado constitucional é que o controle de constitucionalidade que aqui vigorou até a Constituição de 1988 servia, unicamente, para a proteção de situações subjetivas com o uso da Constituição como material normativo, sem que a declaração de inconstitucionalidade gerasse per se consequências jurídicas sistemáticas para o caso de violação da Constituição, isto é, a declaração in concreto de inconstitucionalidade não afetava com efeito erga omnes os planos de existência, validade ou eficácia da norma.

Já o segundo modelo, por natureza mais aberto a diferentes formulações, é o Estado Constitucional de Direito (ECD) que tem no pluralismo sociopolítico o seu valor predominante, significando o reconhecimento pela sociedade de que é composta de pessoas e grupo de pessoas que possuem concepções diversas sobre si, sobre o outro e sobre si nas relações sociais. Porém, se trata de um pluralismo diferente do medieval e oposto ao monismo artificial liberal. O pluralismo contemporâneo abona que o poder político deve estar distribuído em instâncias coordenadas, dentro e com o Estado[687].

No Estado Constitucional, entre o Estado e o indivíduo são reconhecidos e revalorizados grupos sociais intermediários e uma multiplicidade de círculos de poder que servem também de controle horizontal recíproco e como instâncias de afirmação da personalidade, o que, associado ao próprio pluralismo de ideias, concepções de mundo e projetos políticos, aponta para o caráter naturalmente tensionante da ordem, em que o conflito é prezado como um elemento inevitável e permanente, mas estruturado a partir de condições formais, materiais e circunstanciais de disputa e de tomada de decisões políticas que conformam os consensos básicos desta comunidade plural.

Estes consensos básicos são antecipados pela própria comunidade política com vistas à articulação do pluralismo pelo e para o Estado, tornando possível a convivência harmônica das visões de mundo e dos projetos individuais e políticos diversos, permitindo que os conflitos sejam passíveis de solução contingencial no fluxo histórico. E a Constituição se torna o veículo destes consensos mínimos, assegurando o pluralismo democrático e concorrendo como referencial cultural da comunidade diversificada. A Constituição representa um

---

[687] PIZZORUSSO, Alessandro. **Lecciones de Derecho Constitucional**. v. 1. Madrid: CEPC, 1984. p. 115-128.

pacto cultural geral, de caráter intergeracional[688], a linguagem comum com que poderão ocorrer os diálogos entre os grupos que competem pela decisão política.

Com esta nova função, a Constituição, além de um instrumento de natureza político-organizativa, passa a ostentar natureza normativa, articulando o pluralismo sociopolítico por meio de regras, procedimentos e conteúdos condicionadores e estruturantes do exercício do poder político e cuja inobservância gera efeitos no próprio sistema jurídico. Assim, a Constituição passa a participar do material normativo que deve ser considerado pelos aplicadores do direito e também ocupar uma posição de supremacia e centralidade, ordenando a atividade das demais fontes e articulando a pluralidade de ordenamentos jurídicos.

A lei parlamentar passa a conviver com outras fontes normativas, originadas do Parlamento, do Executivo e do Judiciário, além de outras associações e de outras unidades político-territoriais. Logo, para articular este pluralismo, a Constituição se vale dos consensos básicos que imediata ou mediatamente estão nela abrigados, disciplinando o modo como interagem os sistemas jurídicos concorrentes no espaço estatal e a disciplina das condicionantes para que cada sistema e cada fonte coexistam validamente e, ainda, as regras que regulam a produção do direito estatal. É exatamente por esta regulação que a Constituição assume o papel central no sistema de fontes do direito, fornecendo as bases para a unidade e a coerência de um complexo supersistema jurídico.

E, como o processo de produção de normas está normatizado, com condicionantes formais, materiais e circunstanciais abrigadas na Constituição, torna-se imprescindível o estudo das normas sobre produção do direito[689] (NSP), porque são normas que regulam a produção válida das normas em geral, de onde exsurge a insuficiência da análise da origem da norma para compreender o seu regime jurídico, deslocando a ênfase para o seu processo de produção que é condicionante da validade das normas produzidas por cada fonte.

Associado a isto e dada a proliferação de órgãos produtores, de fontes e de categorias normativas, para a correta compreensão da imagem do direito

---

[688] HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. 2ª ed. México: UNAM, 2016. p13.
[689] PERASSI, Tomaso. **Introduzione alle scienze giuridiche**. 3ª ristampa. Padova: CEDAM, 1967. p. 57.

positivo haverá uma constante necessidade de análise remetente às normas sobre produção jurídica para aferir a validade da norma produzida, ou seja, as relações entre as normas também poderão ser indiretas ou mediatizadas por uma terceira norma reguladora de seus conteúdos e/ou de seus procedimentos, de onde derivam duas conclusões.

Primeiro, o problema da unidade e coerência do ordenamento em geral, que não existia no direito medieval e que no Estado legal, baseado na força de lei, era incumbência dos órgãos de aplicação, no Estado constitucional é um problema a ser considerado tanto pelos órgãos de produção de direito (todos eles), quanto pelos órgãos de aplicação.

Segundo, a hierarquia não é mais o único princípio estruturador do sistema jurídico, já que aquele tipo de articulação mediatizada por uma terceira norma é o campo próprio de atuação do princípio de competência[690], marcada pela presença de uma reserva de poderes normativos baseados na separação de matérias (ou de funções) normativas, de distinção de atos normativos (quanto ao órgão produtor ou quanto ao procedimento de produção) e de exclusão recíproca entre as fontes, ou seja, que a reserva da matéria ou da função normativas em favor de uma fonte seja excludente das demais.

Como é evidente, estas modificações estruturais também são acompanhadas por transformações nos conceitos e contornos da separação de poderes e nos direitos fundamentais.

Ora, com a proliferação de centros de produção jurídica concorrentes com a lei parlamentar, repartindo competências normativas para autoridades diversas, do Executivo e do Judiciário, a preeminência do Parlamento sofre o seu primeiro golpe. A ampliação progressiva das atribuições materiais da administração pública também impactará na primazia da lei e na relação entre esta e o regulamento. Aos juízes é reconhecido o caráter criativo do processo de interpretação-aplicação do Direito, com uma certa margem de discricionariedade no trânsito das disposições normativas até a formulação da norma concreta (norma individualizada ou premissa normativa), assim como nos casos de integração normativa, embora, como é evidente, com um caráter criativo dependente e, assim, mais reduzido e condicionado que o exercido pelos órgãos

[690] CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Manual de Derecho Constitucional**. v. 1. 13ª ed. Madrid: Tecnos, 2018. p. 106-107.

com competência legislativa. Também se insere no esquema a jurisdição constitucional como órgão fiscalizador da regularidade da produção normativa à luz das normas sobre produção jurídica.

A lei parlamentar, embora perdendo o caráter de instrumento veiculador de Direito por excelência, mantém uma posição privilegiada, mas não por se tratar do órgão expressivo da vontade geral, mas por se tratar da arena em que a dinâmica maioria-minorias se exerce com maior amplitude democrática e, portanto, por meio do impulso dos conflitos e consensos permanentes e da observância dos seus canais constitucionais de solução histórica, se assegura a vitória da decisão de todos na disputa política travada entre os grupos sociais diversos. Aliás, a reserva legal deixa de ser uma faculdade do parlamento, para se tornar uma garantia em favor da cidadania, no sentido de que determinadas matérias sejam reguladas neste ambiente ampliado de dinâmica maioria-minorias.

Por sua vez, os direitos fundamentais deixam de ser visto como liberdades básicas pré-estatais e passam a constituir o objeto de tarefas estatais de respeitar, de proteger e de promover, acomodando as liberdades civis e políticas (direitos de 1ª geração), os direitos sociais, econômicos e culturais (direitos de 2ª geração) e os direitos transindividuais (direitos de 3ª geração), todos fundamentados no princípio da dignidade humana, a premissa antropológico-cultural do Estado Constitucional e que, em linhas gerais, é concebido como a proibição da coisificação ou instrumentalização do indivíduo, reforçando, assim, a sua historicidade e sua culturalidade. O catálogo de direitos fundamentais se consolida como parte integrante das Constituições pluralistas e integra os consensos mínimos que regulam a comunidade política.

Assim, o Estado constitucional realiza a dignidade humana conferindo-lhe aos indivíduos a condição de sujeitos de sua existência e, na medida em que são esses mesmos indivíduos que se dão uma Constituição e fixam os consensos básicos da convivência política, haverá um permanente espaço de proatividade humana na definição dos atributos de pessoa para além

das condicionantes culturais e é por esta circularidade que se entende que o Estado constitucional se inicia e termina na pessoa humana[691].

A propósito dos direitos fundamentais e da separação de poderes, no Estado Constitucional se realiza um diálogo com a democracia constitucional. É que no ELD a realização dos direitos fundamentais estava dependente da interposição legislativa. Mas no ECD, existe um compartilhamento: o constituinte prevê os contornos básicos do direito, o legislador democrático o concretiza com a observância das condições formais, materiais e circunstanciais de disputa e de tomadas de decisão política e a jurisdição constitucional atua como instância de fiscalização desta atividade de concretização.

Por fim, o Estado Constitucional também é um modelo naturalmente aberto a outras experiências constitucionais, nacionais ou internacionais, de onde deriva a sua experimentada propensão à internacionalização inclusive de direitos fundamentais, fazendo interagir o seu ordenamento com normas internacionais que enunciam direitos humanos fundamentais e até deixando-se influenciar por decisões tomadas por órgãos de tratado (treaty bodies) e jurisdições internacionais.

A Constituição brasileira de 1988 (CF-88) abriga o projeto de Estado Constitucional brasileiro, momento em que o pluralismo político assume a condição de postulado essencial do Estado, apresentando-se aquela como veículo dos consensos fundamentais e como redistribuidora de poderes de produção normativa e como norma sobre a produção do Direito. Ainda se estabeleceu um modelo abstrato concentrado no Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a”), quando o parâmetro sejam as normas da Constituição Federal, ou nos Tribunais de Justiça dos Estados (art. 125, §2º), quando se trate da produção jurídica estadual ou municipal em face das normas das respectivas Constituições Estaduais. E, evidentemente, a declaração de inconstitucionalidade proferida por meio destas ações de controle abstrato atua sobre o plano da validade da norma questionada, anulando-a com efeitos em geral retroativos e vinculantes para os órgãos judiciais e para a administração pública (art. 102, §2º, CF-88). A propósito, a própria Constituição, desde a sua edição, também se abre à

[691] HÄBERLE, Peter. El estado constitucional europeo. **Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, v. 1, n. 2, p. 1–30, 1 jan. 2000.

internacionalização dos direitos fundamentais, variando o modo como foi encarada pelos órgãos de produção e de aplicação do Direito.

A respeito do desenvolvimento da sociedade internacional e de seu impacto sobre o modelo de organização das fontes do direito no Estado Constitucional, é preciso, primeiro, pontuar que o mesmo marco histórico da conformação dos Estados soberanos europeus, que se caracterizavam pelo monopólio da produção e da organização do direito, é o mesmo marco do surgimento de uma sociedade internacional em chave moderna, qual sejam, os tratados de Vestfália (1948).

A sociedade internacional de base vestfaliana será marcada, primeiro, pelo paradigma de coexistência nas relações internacionais, com o estabelecimento de tratados que previam basicamente obrigações de caráter abstencionista e com a participação exclusiva dos Estados soberanos na sociedade e como sujeitos do ordenamento internacional. A partir do Tratado de Versalhes (1919) e, principalmente, da Carta da ONU (1945) que começa a ser impulsionado um modelo cooperativo de relações interestatais, cada vez mais se institucionalizando a supervisão e tutela do cumprimento das obrigações convencionais a cargo de organizações internacionais e órgãos de tratado.

Igualmente, o surgimento deste padrão cooperativo de relações internacionais é contemporâneo ao das constituições normativas e, ao lado da vontade soberana, vai-se construindo uma fundamentação paralela à produção jurídica internacional, baseada na envergadura do interesse coletivo ou valor comum tutelado e na autonomia e tecnicidade da atuação da organização internacional.

No plano da produção jurídica, além dos tratados que constituíam verdadeiros negócios jurídicos instituidores de obrigações sinalagmáticas, próprio do padrão de coexistência, passará a ser admitida a enunciação de normas vinculantes e dirigidas a toda a sociedade internacional, tuteladas por organizações internacionais, mas a sociedade internacional se desenvolveu de modo predominantemente horizontalizado, descentralizado e atomizado numa série de agrupamentos estatais diferentes e fundados em paradigmas relacionais diversos.

O sistema jurídico internacional é composto por normas com validade objetiva, com eficácia inter partes ou eficácia erga omnes, produzidas por fontes

primárias, quais sejam as convencionais e costumeiras e por fontes derivadas, destinadas à produção jurídica no âmbito de organismos interestatais que se regem pelo princípio da especialidade. O sistema, ainda, está garantido por mecanismos autônomos de sanção, os quais, contudo, detêm um grau mais reduzido de institucionalização, se comparados ao sistema jurídico nacional.

A única norma primária sobre produção jurídica é o consenso interestatal (ou acordo de vontades estatal), não prescindindo na gênese da norma, seja do consentimento explícito do Estado, no caso de normas convencionais, seja do consentimento tácito, no caso de normas costumeiras. O direito produzido pelas organizações internacionais, denominado de direito derivado, se baseia numa norma secundária sobre produção jurídica, abrigadas nos seus tratados constitutivos.

Que o acordo estatal seja a única norma primária sobre produção jurídica do ordenamento internacional não afasta a juridicidade de suas normas, já que uma coisa é o processo de produção da norma e outra é a aquisição de sua validade objetiva[692], derivada de sua impregnação à ordem internacional. Além disto, a doutrina do consenso interestatal se apoia no processo de formação da norma convencional, da norma costumeira e da figura do objetor persistente, sem que os atuais contornos reconhecidos às normas de jus cogens consiga representar-lhe uma quebra.

Por outro lado, a partir da análise das interrelações entre os sistemas jurídicos coexistentes, pode-se afirmar que, no atual estágio de desenvolvimento o direito estatal permanece como originário, integrando o direito internacional um sistema jurídico autônomo e paralelo, embora derivado dos ordenamentos estatais, já que estes são o pressuposto de existência daquele.

De qualquer modo, já que para o ordenamento nacional é tido como um fato para o direito internacional, que não admite a sua invocação como justificativa para o descumprimento das obrigações internacionais, a intercessão entre o direito internacional e os direitos nacionais tem exigido que estes estabeleçam fórmulas de articulação que assegurem a unidade e a coerência do direito positivo incidente em seu espaço territorial, fórmulas aquelas que variam

---

[692] PERASSI, Tomaso. **Lezioni di Diritto Internazionale**. Parte prima. 4ª ristampa. Padova: CEDAM, 1955. p. 8-9.

conforme as vicissitudes políticas e culturais de cada nação, inclusive quanto às concepções vigentes de soberania e ao grau de integração do Estado à sociedade internacional.

Portanto, o desenvolvimento do direito internacional em geral já tem a aptidão para interferir na identificação do direito positivo vigente no espaço estatal, preservando, porém, o Estado a capacidade definir a organização destas fontes, com vistas à manutenção da unidade do sistema jurídico, de onde exsurge a indispensabilidade do exame das relações interordinamentais.

O cenário, porém, se complica com o desenvolvimento dos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, que retratam um processo de humanização do direito internacional, o qual é caracterizado pelas crescentes referências à humanidade e aos povos do mundo no direito convencional e pela expressiva amplificação de tratados internacionais que visam a estabelecer padrões comuns de proteção a direitos inerentes à condição humana nos espaços de atuação interna do Estado, particularmente nos setores do direito internacional humanitário, no direito internacional penal e no direito internacional dos direitos humanos.

O direito internacional dos direitos humanos está vocacionado a proteger direitos e limitar o poder do Estado, amplificado que está pelo desenvolvimento da sociedade internacional e das crescentes interações entre os povos e suas experiências constitucionais. Neste campo, o indivíduo permanece como destinatário da proteção a que se comprometeu internacionalmente o Estado, de modo que a relação jurídica que constitui o conteúdo da norma internacional é aquela entre o indivíduo e o Estado.

A internacionalização de direitos fundamentais revela a capacidade expansiva dos valores presentes nas sociedades humanas e pode ser situado como uma fase histórica no processo de juridicização dos direitos fundamentais, ao lado da positivação, generalização e globalização. Fundamentalmente, a internacionalização é um fenômeno inerente à realidade social progressivamente mais aberta às interações sociais, econômicas e culturais para além das fronteiras nacionais, sendo impulsionado sobretudo depois do segundo pós-guerra, pela necessidade de articulação dos Estados com vistas à garantia de standards de proteção de direitos dentro do espaço interno de atuação estatal com supervisão e controle internacionais.

Mas há algo de novo neste processo, porque o direito internacional de direitos humanos se caracteriza pela assunção de obrigação de fazer internacional pelo Estado em matéria de direitos em favor, não de outro Estado (isto é, não por reciprocidade), mas em face de todos aqueles sujeitos à sua jurisdição e esta relação não mais se situa no domínio reservado do Estado, convertendo-se numa relação internacionalmente relevante.

O sistema universal de direitos humanos é o onusiano, e tem como referentes textuais básicos a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (Resolução 217 A da AG-ONU), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos econômicos, sociais e culturais, além dos vários tratados internacionais de direitos humanos setoriais, em favor de cujas tutelas se preveem órgãos de tratados (treaty bodies) que operam com mecanismos de intensidade e configuração variáveis, tais como a revisão periódica, os procedimentos especiais, as investigações independentes etc.

De modo geral, o sistema universal de direitos humanos não representa desafios ao Estado Constitucional, na medida em que possui um caráter marcadamente político, uma vez que tanto os relatórios periódicos, como os pareceres emitidos em comunicações individuais ou interestatais, assim como também as observações interpretativas não são vinculantes, de modo que o grau de implicação das bases textuais dos tratados universais de direitos humanos, a efetividade de suas normas e das decisões dos órgãos de supervisão e monitoramento dependem dos instrumentos tradicionais do Direito Internacional, sujeitos amplamente à discricionariedade e à reciprocidade estatais.

Já o Sistema Europeu de Direitos Humanos tem como bases textuais a Convenção Europeia de Direitos Humanos e seus Protocolos e a Carta Social Europeia. O seu órgão jurisdicional, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH, não representa uma instância a mais em matéria de proteção de direitos fundamentais mas uma instância internacional de fiscalização em concreto do cumprimento das normas da CEDH, fixando-lhe os standards de interpretação e aplicação que devem ser seguidos pelas instâncias nacionais, funcionando sob a lógica da subsidiariedade da sua atuação.

Uma análise acerca do desenho do sistema e da atuação do TEDH permite concluir que o Sistema Europeu não é indiferente aos ordenamentos

estatais, havendo uma relativa deferência aos poderes estatais, revelada pelo instituto da margem de apreciação nacional, por sua configuração de controle de convencionalidade e pela institucionalização do diálogo judicial (Protocolo nº 16). Compreende-se que o TEDH atua na fixação de standards mínimos de proteção, podendo-se concluir que se trata de um ordenamento que (ainda) não impõe *per se* problemas sistemáticos para além daqueles próprios de uma pluralidade ordinamental.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos se serve da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Protocolo de San Salvador e também conta com um órgão judicial responsável pela tutela e supervisão do cumprimento da Convenção, qual seja, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH.

A avaliação do trabalho da Corte IDH permite concluir que desenvolve uma postura mais impositiva, direta e incisiva sobre os ordenamentos e poderes públicos nacionais. As suas decisões possuem eficácia subjetiva (inter partes), subjetiva transcendente (para outros casos que se baseiem na mesma situação jurídica no território do país condenado) e eficácia objetiva (erga omnes), esta atinente à *res interpretata*, alcançando todos os Estados partes na CADH, como consequência direta da obrigação internacional de adotar medidas de adequação nacional aos standards de proteção de direitos humanos (arts. 1, 2 e 69, CADH), da incidência do princípio geral da boa-fé internacional e em virtude do princípio do efeito útil dos tratados internacionais.

A eficácia objetiva está associada à doutrina do controle de convencionalidade que foi construída pela Corte IDH – ao contrário do Sistema Europeu em que a fiscalização de compatibilidade convencional tem sido uma construção nacional – e que tem como premissa que as autoridades públicas estatais, representativas e sobretudo as jurisdicionais, têm a obrigação de exercer um controle de compatibilidade da norma nacional em face da norma convencional de direitos humanos na interpretação dada pela Corte IDH. É o denominado controle difuso ou nacional de convencionalidade que tem como leading case o Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, de 26 de setembro de 2006.

Perceba-se que a Corte IDH exerce uma função aproximada àquela própria dos Tribunais constitucionais, quando efetua o controle direto de

convencionalidade e ordena que o Estado condenado proceda à modificação, derrogação, anulação ou reforma das próprias normas internas, não importando que se trate de normas legais ou constitucionais. A Corte IDH também exerce outros papeis próprios de tribunal constitucional, como quando tenta funcionar como árbitro no controle da distribuição de competências, seja na divisão funcional de poderes estatais, seja na construção de direitos (ou dimensões de direitos) não previstos na Convenção em favor das prerrogativas dos povos indígenas.

Além da doutrina do controle difuso de convencionalidade e da atuação como tribunal constitucional, a jurisprudência da Corte IDH é marcada pela ausência de edificação de uma doutrina sobre a margem de apreciação nacional e pela unilateralidade do diálogo judicial, o que, em seu conjunto, demonstram que o sistema interamericano não é simplesmente subsidiário e complementar aos sistemas nacionais, de modo que, diferentemente do constatado no sistema europeu, não é induvidoso o custo-benefício da assimetria entre democracia e Direito no seu contexto, particularmente diante do grau de recenticidade e amadurecimento do pluralismo democrático no continente.

A análise dos textos constitucionais dos países que aderiram ao Pacto de San José de Costa Rica e à jurisdição da Corte IDH, tem-se que as fórmulas de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos assumem cinco formatos gerais, sem qualquer menção sobre a jurisprudência da Corte IDH: omissão, status legal, status supralegal (hierárquico) ou de preferência aplicativa, status supralegal ou constitucional, a depender do processo de incorporação e status constitucional.

No Brasil a Convenção Americana de Direitos Humanos foi incorporada com status supralegal, detendo uma posição hierárquica superior à legislação comum, provocando a invalidade da norma com aquela incompatível, mas subordinada à Constituição. Outros tratados internacionais de direitos humanos podem possuir status de emenda constitucional quando forem aprovados pelo procedimento especial do art. 5º, §3º, CF88. Não existe qualquer referência na Constituição Federal brasileira ou na legislação processual que estabeleça o dever, o método e as técnicas de decisão relacionadas ao controle difuso de convencionalidade, senão um ato recomendatório do órgão nacional

de fiscalização e controle administrativo e funcional do Poder Judiciário (Conselho Nacional de Justiça).

As características identificadas particularmente no sistema interamericano de direitos humanos permitem concluir que o ordenamento interamericano (suas normas e os standards interpretativos que funcionam como autênticas fontes do direito, com eficácia erga omnes) não é subsidiário e complementar às instâncias nacionais, mas nitidamente substitutivo, tendo sido transformada a relação interordinamental de um modelo de cooperação interestatal para um de integração, sem que tenha havido atos específicos de vontade estatal neste sentido e sem um laço de identidade cultural, política e jurídica numa intensidade tal que justificasse a integração, e isto num momento de consolidação das democracias constitucionais latino-americanas.

A edificação do sistema interamericano nos moldes indicados tem impactado em algumas das bases político-constitucionais do Estado Constitucional, a começar pela irrelevância das dinâmicas interativas que ocorrem no espaço público estatal. A Corte IDH atua como jurisdição ordinária, assegurando o bem da vida pretendido ou o seu resultado pecuniário equivalente em favor do indivíduo ou grupo de indivíduos que não tiverem podido gozar do direito, mas também atua como jurisdição constitucional ao supervisionar se o conteúdo normativo do direito humano regulado na convenção internacional que constitui o seu referente normativo foi adequadamente observado pela jurisdição estatal no caso concreto, valendo-se da eficácia objetiva de suas resoluções e da consequente construção do dever de controle de convencionalidade.

Por outro lado, apesar de o ordenamento jurídico dos Estados constitucionais contar com normas sobre a produção jurídica que regula a recepção dos tratados e convenções internacionais, na medida em que a Corte IDH se dota da competência para definir o seu sentido e alcance com eficácia objetiva (erga omnes), cria-se um dilema, já que o Estado não pode aferir a validade desta decisão em face do sistema internacional, porque não lhe cabe, nem pode fazê-lo à luz de sua própria Constituição, por força do pacta sunt servanda e da responsabilidade internacional.

A Constituição também se vê impactada no seu aspecto identitário, na medida em que a Corte IDH, incorporando a eficácia objetiva e o controle difuso de convencionalidade, se assegura a última palavra acerca da definição de

conteúdo e alcance dos direitos fundamentais e o faz de modo relativamente impermeável às realidades culturais, seja porque não desenvolveu a doutrina da margem de apreciação nacional, seja porque o diálogo judicial que se propõe a realizar é unidirecional.

Alie-se a isto a impossibilidade de dinâmica entre a jurisdição constitucional interamericana e os órgãos representativos estatais, de modo que em face da decisão interamericana não é possível, por exemplo, que o Parlamento interaja e dialogue com vistas à alteração da norma considerada inconvencional ou até à alteração do parâmetro de controle, deixando de participar da construção permanente do direito objetivo.

Toda esta problemática, no final das contas, aponta para o atingimento da própria normatividade da Constituição e a intentada promoção da articulação do pluralismo sociopolítico. Isto porque as Constituições normativas até preveem uma norma sobre a produção jurídica da incorporação de tratados e convenções, mas, no caso do direito convencional interamericano, como se trata de um reenvio formal, é incapaz de controlar efetivamente a produção do direito (nesta expressão incluídos os standards interpretativos) que é realizada no seio de outro ordenamento jurídico e se aplica internamente por força da eficácia objetiva. Ademais, a inserção da fonte convencional que produz normas com o sentido e alcance dado por órgão de tratado ou jurisdição internacional pode impactar no esquema de distribuição de competências de estados descentralizados.

O modelo atual de tutela multinível de direitos humanos pretende deslocar o eixo de preocupação à redução sistêmica para os órgãos de aplicação, como se vê da construção da doutrina do controle de convencionalidade, da positivação da interpretação pro homine e da prevalência da norma mais favorável e pela identificação de uma suposta estruturação heterárquica das fontes nacionais e internacionais, que partiria da existência de diversos centros de poder de caráter normativo, institucional e jurisdicional, que se entrelaçariam e se acoplariam de forma horizontal, sem que existisse um critério de autoridade superior entre estes.

Aliás, a proposta da heterarquia significa rechaçar o caráter prescritivo do direito, mas, principalmente, tornar irrelevantes o processo de produção do direito e sua íntima conexão com a comunidade e seus poderes políticos, sem

que seja possível antever-se o critério de solução para eventuais conflitos internormativos, apostando numa solução discursiva que partiria do compromisso institucional de cooperação e diálogo, o qual é de difícil identificação concreta.

No caso do sistema interamericano, portanto, e a fim de não se torne um elemento tensionante, passível de reações nacionalistas por desconsiderar alguns avanços civilizatórios, é necessário que se promova uma reforma institucional que seja capaz de, consensualmente – afinal, o sistema é de cooperação estatal –, estabelecer as bases uniformes da sua interrelação com os ordenamentos nacionais. E, com vistas a contribuir com a edificação dos Estados Constitucionais, esta reforma institucional passa pela adoção pela Corte IDH de uma doutrina acerca da margem de apreciação nacional e de um instrumento formalizado de diálogo judicial com os tribunais constitucionais estatais. Já no plano constitucional estatal, a reforma precisa estabelecer o modo padronizado de incorporação dos standards interpretativos dotados de eficácia erga omnes, bem como que seja estabelecido algum contralimite que esteja à disposição do espaço público estatal e das interações maioria-minorias.

A seu turno, a proteção de direitos no contexto da União Europeia possui algumas características particulares. Em primeiro lugar, não se trata de uma organização internacional que atua numa relação de cooperação interestatal para tutelar interesses definidos no plano estatal, mas numa relação de integração e com interesses que lhes são próprios, de modo que o consentimento estatal permanente perde força em face da transferência de competências soberanas[693].

Em segundo lugar, a mais importante diferença empreendida na União Europeia é a constituição de uma comunidade de direito em que os cidadãos europeus são sujeitos de direito ao lado dos Estados membros. A operabilidade do ordenamento europeu se encontra assegurada pelos preceitos de primazia (ou primado) e efeito direto, que atuam sobre o âmbito de eficácia das normas nacionais e sem os quais os objetivos institucionais da integração europeia ficariam comprometidos.

---

[693] ZAMORA, Jorge Luis Fabra. Introducción. *In*: ZAMORA, Jorge Luis Fabra (ORG.). **Las transformaciones del derecho en la globalización**. Mexico DF: UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2020. p. 4.

É inerente à relação entre os ordenamentos nacionais e o europeu o manejo da questão (ou reenvio) prejudicial, definido como um incidente processual promovido desde um litígio principal em curso na jurisdição nacional, que suscita perante o TJUE uma consulta acerca da interpretação ou da validade do direito europeu, com o escopo de promover a sua aplicação uniforme.

Embora a integração europeia tenha sido impulsionada pela necessidade de agregação estatal para fazer frente aos desafios da globalização, em favor de que foram transferidas competências soberanas, as decisões tomadas no espaço europeu, onde não vigoravam as técnicas políticas e jurídicas de controle democrático, se impunham no espaço estatal ao arrepio destas mesmas técnicas de matriz nacional, em virtude das garantias jurídicas da primazia e do efeito direto do Direito da UE, algo que ficou ainda mais patente depois da crise econômica de 2008, em que se escancarou a incapacidade controladora e canalizadora das Constituições estatais em face de parte importante das decisões que deveriam ser executadas no espaço nacional.

Com o Tratado de Lisboa identificam-se alguns elementos do processo de constitucionalização da Europa, tais como 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 UE, o reforço competencial dado ao Parlamento Europeu e a vinculação jurídica da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia – CDFUE[694].

Até o advento do Tratado de Lisboa que dotou de valor jurídico a CDFUE (art. 6, TUE), o reconhecimento e a tutela de direitos fundamentais no âmbito da atuação da União Europeia eram, basicamente, fruto do trabalho pretoriano do Tribunal de Justiça da União Europeia, que atuava sob o pálio dos princípios gerais do ordenamento da União e com vistas a assegurar o sucesso da pimazia do direito europeu.

A incorporação da CDFUE ao direito da União Europeia permite a interação dos agentes nos espaços constitucionais, nacionais e europeus – isto na medida em que as jurisdições constitucionais passam a participar dos debates entre direitos fundamentais e as liberdades econômicas e o mercado europeu –

---

[694] HÄBERLE, Peter. El Tratado de Reforma de Lisboa de 2007. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, nº9, 2008.

e a construção de uma identidade europeia que tenha como epicentro os direitos fundamentais e, a partir de um referente textual próprio.

A incorporação da CDFUE não significou ampliar as competências da União, de modo a constituir, assim, uma tutela de direitos incidente no âmbito de ação das instituições europeias e dos estados-membros quando no cumprimento do direito da União Europeia (art. 51.1, CDFUE). E esta característica, embora tenha significado a abertura ao debate entre direitos fundamentais e as liberdades econômicas e o mercado europeu, permaneceu como um elemento tensionante na relação entre os ordenamentos nacionais e o europeu, evidenciando que a tutela de direitos na União visa à uniformidade do seu ordenamento, assegurando, assim, o funcionamento adequado do mercado comum.

Esta tensão se reflete na dissociação com a ideia de direitos fundamentais enquanto proteção de posições subjetivas, que foi construída historicamente e que constitui o patrimônio cultural comum europeu. Além disto, dizer que a CDFUE se aplica no âmbito competencial da UE significa desconsiderar o caráter expansivo dos valores e direitos fundamentais, para além da própria vagueza proporcionada pela distribuição competencial no Tratado de Lisboa baseada em objetivos a serem perseguidos.

Ao fim e ao cabo, é questionável se a CDFUE funcionará para a construção de uma comunidade política e de uma identidade europeia a partir de um espaço comum de liberdade, segurança e justiça, porque a sua operacionalização no ordenamento europeu e nos estatais gera um espaço potencial de contradição sistêmica através da variação de conteúdos normativos de direitos, a depender da origem ou função da norma.

Este arranjo tensional representa o consenso possível no atual estágio de integração europeia, mas é incapaz de alcançar os fins a que se destina, de modo que a constitucionalização efetiva da União dependerá da inclusão da CDFUE como o marco comum de direitos fundamentais abrangentes – isto é, não limitados ao espaço competencial da UE – entre todos os Estados partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABBOTT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard and soft law in international governance. **International Organization**, *[S. l.]*, v. 54, n. 3, p. 421–456, 2000. DOI: 10.1162/002081800551280.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

ACKERMAN, Bruce. Tres hipótesis sobre la próxima crisis constitucional, **El Cronista del estado social y democrático de Derecho**, Nº. 20, 2011, págs. 4-16.

ALEXY, Robert. ¿Derechos humanos sin metafísica? In: **La doble naturaliza del Derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª ed (en castellano). Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales, 2007. p. 219-238.

ALVARADO, Paola Acosta. El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Urueña. **Revista Derecho del Estado** n.º 31, julio-diciembre del 2013, pp. 347-368. Disponível em: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3613. Acesso em 04 jun. 2024.

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. **Estudios Constitucionales**, vol. 14, núm. 1, julio, 2016.

ALVES, Cleber Francisco. A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 180, p. 65–75, 2008.

ALZAGA, Oscar. **Del consenso constituyente al conflicto permanente**. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômano**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ARNOLD, Rainer. Conflictos entre ordenamientos y su solución. El ejemplo alemán. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, v. 1, n. 1, 2004.

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. Constitución del pluralismo y método jurídico. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 21, p. 447–459, 2008.

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado. **Fundamentos**, v. 8, p. 255–287, 2014.

BARBERIS, Mauro. L'ombra dello stato. Siyès e le origini rivoluzionarie dell'idea di nazione. **Il Politico**, v. 56, n. 3, p. 509–531, 1991.

BARBOSA, Ruy. **Pensamento e ação de Rui Barbosa. Organização e seleção de textos pela Fundação Casa de Rui Barbosa.** Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 1999.

BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. Constitución y relaciones entre ordenamientos en el contexto de la globalización. **Estudios constitucionales**, *[S. l.]*, v. 12, n. 2, p. 55–108, 2014. DOI: 10.4067/s0718-52002014000200004.

BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del derecho constitucional europeo. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 6, n. 12, p. 115–149, 2009.

BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. **Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional: el derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos**. Pamplona: Thomson Reuters, 2021.

BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. Sobre la Constitución normativa y la globalización. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, *[S. l.]*, n. 7, p. 241–261, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASSIOUNI, M. Cherif. Perspectives on International Criminal Justice. **Virginia Journal Of International Law**, *[S. l.]*, v. 50, n. 2, p. 269–323, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

BELLIDO, Ángeles Mazuelos. Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces? **Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)**, *[S. l.]*, v. 8, n. 2, 2004. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1016/S1870-4654(13)71045-6.

BERNARDINO, Luís Manuel Brás. Os movimentos de libertação em Angola e a criação das Forças Armadas Angolanas: contributos da ideologia política. **Tempo e Argumento**, Florianópolis, v. 13, n. 34, e0106, set./dez. 2021.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do Direito Civil**. 2ª ed. Campinas/SP: Servanda Editora, 2015.

BIN, Roberto e PITRUZELLA, Giovani. **Diritto pubblico**. 20ª ed. Torino: Giappichelli editore, 2022.

BIN, Roberto e PITRUZZELLA, Giovani. **Le fonti del diritto**. 4ª ed. Torino: Giappichelli, 2023.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. v.2. 11ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e Positivismo jurídico**. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

BOBBIO, Norberto. **La consuetudine come fatto normativo**. Torino: Giappichelli Editore, 2010

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006. p. 154-159.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru, SP: Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoría general del Derecho**. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis SA, 2002.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. 6ª ed. Brasília: OAB Editora, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do ius constitutionale commune. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, 2019, 24.3: 5-26.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. O Direito De Consulta Étnica Como Um Direito Humano Dos Povos Indígenas: Configurações Do Marco Regulatório Internacional E Constitucional – O Projeto Capes Print Na Universidad De Granada, Espanha : The Capes Print Project At The University Of Granada, Spain. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, *[S. l.]*, v. 34, n. 1, p. G082405, 2024. DOI: 10.9771/rppgd.v34i0.61655.

BORGES, Thiago Carvalho. **Relação heterárquica entre o Direito Internacional e o Direito interno dos Estados**. 2020. Universidade de São Paulo, *[S. l.]*, 2020.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **Teoria geral do direito internacional público**. v.1. Belo Horizonte: CEDIN e Konrad Adenauer Stiftung, 2020.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Estado, estado-nação e formas de intermediação política. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, 2017, 155-185.

BROTÓNS, Antonio Remiro. **Derecho Internacional**. Madri: Tirant lo Blanch, 2007.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal Constitucional. **Ius Constitutionale Commune en América Latina**, *[S. l.]*, p. 421–457, 2014.

CALAHORRO, Augusto Aguilar. El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor. In: **Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín**. Tirant lo Blanch, 2015. p. 465-510.

CALAHORRO, Augusto Aguilar. **Naturaleza y eficacia de la carta de derechos fundamentales de la union europea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer; LEÓN, Baldomero Oliver; MARTOS, José Antonio Montilla. Fuentes del derecho y reforma de la Constitución. **Revista de Derecho Político**, [S. l.], n. 36, p. 407–417, 1992. p. 411)

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **A projeção da Constituição sobre o ordenamento jurídico**. Trad. Paulo Roberto Barbosa Ramos. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacional y de la globalización. **Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria**, México, v. 4, n. 1, p. 197–211, 2015.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Control de constitucionalidad y relaciones entre ordenamientos. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 19, n. 37, 2022.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Crisis económica y crisis constitucional en Europa. **Revista Espanola de Derecho Constitucional**, *[S. l.]*, v. 33, n. 98, p. 91–107, 2013.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Data protection and the transformation of rights in the digital society. **EU Law Journal**, *[S. l.]*, v. 10, n. 1, p. 4–16, 2024.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos, **Revista Española de Derecho Constitucional**, año 23, núm. 69, septiembre-diciembre, 2003, p. 187.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho***.* v. 1. Madrid: Tecnos, 1991.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. I contesti ordinamentali della tutela multilivello dei diritti. **Cittadinanza Europea (La)**, *[S. l.]*, n. 2, p. 61–77, 2024. DOI: 10.3280/ceu2023-002005.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La constitución europea tras el Consejo europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa. **Revista de derecho constitucional europeo**, *[S. l.]*, v. 8, p. 11–41, 2007.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La Teoría De Las Fuentes Del Derecho Del Estado Constitucional. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 17, n. 34, 2020.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI. **Nomos. Le attualità nel diritto**, *[S. l.]*, n. 2, p. 1–24, 2018. Disponível em: http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Balaguer_Costituzionalismo.pdf.)

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Los Tribunales constitucionales en el proceso de integración europea. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, n. 7, p. 327–375, 2007.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa: una perspectiva constitucional. **Revista de derecho constitucional europeo**, v. Nº. 1, p. 25–46, 2004.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Reserva de Lei e Potestade Regulamentadora na Constituição Normativa. **Revista Direito Público**, v. 10, n. 50, 2013.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Soberanía popular y democracia en la Constitución Española de 1978. **Revista de Derecho Político**, n. 27–28, p. 97–112, 1988.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Una interpretación constitucional de la crisis económica. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, n. 19, p. 449–454, 2013. Disponível em: https://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/15_F_BALAGUER.htm.

CALLEJÓN, Francisco Callejón. **Perspectivas del futuro de la integración europea en el contexto de la globalización**. Ponencia presentada en Fund. Academia Europea e Iberoamericana de Yuste, 04 de julho 2017. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=Opt-o_hg9eI. Acesso em: 04 de abril de 2024.

CAMPOS, Paloma Biglino. **Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia**. CEPC: Madrid, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Teoría de la constitución**. Madrid: Ed. Dykinson, 2004.

CARDONA, Edgar Omar García; TORRES, Luis Ernesto Orozco. Reflexiones sobre la protección de Derechos Humanos y res interpretata. **Encuentro de ideas: Un mosaico de aportaciones interdisciplinarias al conocimiento**, 2024, 44-60.

CARPIZO, Jorge. La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos. **Anu. Mex. Der. Inter**, Ciudad de México , v. 12, p. 799-858, 2012. Dispon[ivel em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542012000100022&lng=es&nrm=iso. Acesso em 30 mai. 2024.

CARVALHO, Paulo de. Angola: Estrutura Social da Sociedade Colonial. **Revista Angolana de Sociologia**, 7. 2011, 57-69.

CASTRO, Paulo Canelas. Direito internacional na era da globalização: mudanças de paradigmas no sistema internacional e na ordem jurídica internacional. *In*: GOMES, Ana Cláudia Nascimento, ALBEGARIA, Bruno. CANOTILHO, Mariana Rodrigues. **Direito constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho**. Belo Horizonte: Forum, 2021.

CAVALCANTE, Themistocles Brandão. Aspectos da cultura jurídica brasileira. **Revista de Ciência Política**, 1980, 23.2, p. 11-20.

CERNA, Christina M. Reflection on the normative status of the American Declaration of the Rights and Duties of Man. **University of Pensilvania Journal of International Law**, *[S. l.]*, v. 30, n. 4, p. 1211–1237, 2018. DOI: 10.3366/edinburgh/9781474437073.003.0006.

CIAPPI, E. Lo stato nazionale e il suo superamento. Analisi de “Lo stato nazionale”, di Mario Albertini. **Il Politico**, v. 82, n. 2, p. 5–24, 2017.

CLAVERO, Bartolomé. **Derecho global: por una história verosímil de los derechos humanos.** Madrid: Ed. Trotta, 2014.

CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique**. Editado por Institut des Libertés – Bibliothèque libre, não datado. p. 20 (tradução livre). Disponível em: https://institutdeslibertes.org/wp-content/uploads/2013/09/Constant_Principes.pdf. Acesso em: 14 out. 2023.

CONTESSE, Jorge. ¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In*: IGLESIAS VILA, Marisa (org.). **Derechos humanos: possibilidades teóricas y desafios prácticos**. Buenos Aires: Sela, 2013.

CORNELL LAW SCHOOL. Free legal dictionary and encyclopedia. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/preemption. Acesso em 20 jun. 2024.

CORRÊA, Paloma Morais. Corte Interamericana de Direitos Humanos-Opinião Consultiva 4/84–a margem de apreciação chega à América. **Revista de Direito Internacional**, 2013, 10.2: 262-279.

CRISAFULLI, Vezio. Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de fuentes. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 1, n. 1, 2004.

CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di Diritto Costituzionale**, 5ª ed. Tomo II. Padova: CEDAM, 1984.

CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di Diritto Costituzionale**. 2ª ed. Tomo I. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1970.

CULOT, Henri. Soft law et droit de l'OMC . **Revue internationale de droit économique**. V. XIX,3, no. 3, 2005, p. 251-289.

DAHL, Robert A. **Pluralist democracy in the United States: conflict and consent**. 2ª ed. Chicago: Rand McNally, 1967.

DE MALMESBURY, Thomas Hobbes**. Levitã: ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1957.

DÍAZ INVERSO, Rodrigo. La norma consuetudinaria internacional y el consentimiento de los Estados. **Revista de la Facultad de Derecho**, *[S. l.]*, n. 38, p. 113–134, 2015. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n38/2301-0665-rfd-38-119.pdf. Acesso em 29 de março de 2024.

DÍAZ, Andrés Fernández. John Rawls y el contractualismo. **Revista española de control externo**, v. 5, n. 13, p. 159–186, 2003.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Concepto de ley y tipos de leyes. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. núm. 24, n. 8, p. 47–94, 1988.

EISAQUI, Daniel Dela Coleta. O princípio pro homine nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. **Revista Justiça do Direito**, v. 37, n. 3, p. 06-32, Set./Dez. 2023.

ELIAS, Norbert. Processos de formação de Estados e construção de nações. *In*: **Escritos e ensaios 1: Estado, processo e opinião pública***.* Organizados por Federico Neiburg e Leopoldo Waizbort. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1970.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. **Revista internacional de filosofía política**, v. 17, n. 17, p. 31–46, 2001.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Diálogo transjudicial: entre direitos humanos e direitos fundamentais: contributo para um sistema único de proteção judicial**. São Paulo: Dialética, 2022.

FITZMAURICE, Gerald Grey. The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement. **The Modern Law Review**, *[S. l.]*, v. 19, n. 1, p. 1–13, 1956.

FLORES, Joaquín Herrera. **Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Ed. Los Libros de la Catarata, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, 2006.

FRANZESE, Cibele. **Federalismo cooperativo no Brasil: da Constituição de 1988 aos sistemas de políticas públicas**. 2010. Fundação Getúlio Vargas, *[S. l.]*, 2010.

FREDRICH, Carl Joachim. **Gobierno constitucional y democracia: teoría y práctica en Europa y América**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

FUCHS, Marie-Christine. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Entre cooperación y colisión. *In*: VON BOGDANDY, Armin et al (coord.). **Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos Transformando realidades**. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro; Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.

GALLI, Giorgio. **Il pensiero politico occidentale: storie e prospettive**. Santarcangelo di Romagna: Rusconi Libri, 2022.

GAMBINO, Silvio. Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, [S. l.], v. 18, n. 9, p. 55–94, 2012.

GAMBOA, Nataly Viviana Vargas. El rol del derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución del estado plurinacional de bolivia: un avance en la teoría y práctica constitucional latinoamericana. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, *[S. l.]*, v. 8, n. 1, p. 158–201, 2022. DOI: 10.26843/relacoessociaistrabalhista.v8i1.411. Disponível em: https://publicacoes.udf.edu.br/index.php/relacoes-sociais-trabalhista/article/view/411. Acesso em: 24 mai. 2024.

GASPAROTO, Ana Lúcia. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos: uma comparação sob o ponto de vista da aplicabilidade do princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo**. 2013. Universidade Estadual Paulista, *[S. l.]*, 2013.

GIANNINI, Massimo Severo. Gli elementi degli ordinamenti giuridici. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**. v. VIII, n. 2, 1958.

GIERKE, Otto von. **Teorías políticas de la Edad Media**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2010.

GIL, Amparo Sanjosé. Las consecuencias jurídicas de los actos “ultra vires” de las organizaciones internacionales, en particular de la ONU. **Revista Española de Derecho Internacional**, *[S. l.]*, v. 42, n. 2, p. 443–462, 1990.

GISBERT, Rafael Bustos. Elementos constitucionales en la red global. **Estudios de Deusto**. Vol. 60, n. 2, Bilbao, Julio-Diciembre 2012, págs. 21-44.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direitos Fundamentais**. v. 1. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2018.

GRIMM, Dieter. Integración por medio de la Constitución - propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización. **Teoria y Realidad Constitucional**, n. 15, p. 53–70, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. **Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, v. 1, n. 1, 1999.

GUERRA, Luis López. El diálogo entre el tribunal europeo de derechos humanos y los tribunales españoles. coincidencias y divergencias. **Teoria y Realidad Constitucional**, *[S. l.]*, v. 32, n. 2, p. 139–158, 2013.

GUIMARÃES, Diego Fernandes. 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. **Revista de Direito Internacional**, 2021, 18.3.

GUIMARÃES, Diego Fernandes. O Estado constitucional de Direito e a mudança de rumo no sistema de fontes do Direito. **Revista de Informação Legislativa**, 2022, 59.233: 83-98.

GUIMARÃES, Diego Fernandes. Os sinais de normatividade da constituição da república federativa do brasil. **Revista Jurídica da Seção Judicirária de Pernambuco**, n. 14, p. 144–166, 2022.

HÄBERLE, Peter. Derecho constitucional común europeo. **Revista de estudios políticos**, 1993, 79: 7-46.

HÄBERLE, Peter. El Constitucionalismo Universal Desde las Constituciones Parciales Nacionales e Internacionales. Siete Tesis. **Direito Público**, *[S. l.]*, v. 54, 2013. DOI: 10.11117/22361766.54.10.2363.

HÄBERLE, Peter. El estado constitucional europeo. **Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, [S.l.], ene. 2000.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. 2ª ed. México: UNAM, 2016.

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

HÄBERLE, Peter. Funciones y Significado de los Tribunales Constitucionales en Perspectiva Comparada – Y Comentario a Los 60 Años del Tribunal Constitucional. **Direito Público**, *[S. l.]*, v. 48, p. 196–217, 2012. DOI: 10.11117/22361766.48.9.2130.

HABERMAS, Jugen. **El Estado-nación europeo. Sus logros y sus límites. Sobre el pasado y futuro de la soberanía y la ciudadanía. 17º Congreso Internacional de Filosofía del Derecho.** Bologna, 1995.

HABERMAS, Jugen. **El Estado-nación europeo. Sus logros y sus límites. Sobre el pasado y futuro de la soberanía y la ciudadanía. 17º Congreso Internacional de Filosofía del Derecho.** Bologna, 1995.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. **Revista IIDH**, 2004, 39.29: 02-023.

HESPANHA, Anonio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimba: Almedina, 2019.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Juridico e Direito democrático**. Coimbra: Ed. Almedina, 2019.

HESSE, Konrad. Concepto y cualidad de la Constitución. *In*: **Escritos de derecho constitucional**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992. p. 18. (tradução livre)

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992.

HESSE, Konrad. Observaciones sobre la actualidad y el alcance de la distinción entre estado y sociedad. *In*: **Escritos de derecho constitucional**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992.

HOBBES, Thomas. **Leviathan or the matter, forme, and power of a common-wealth ecclesiastical and civill**. Canada: Projetc Gutenberg, 2002. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu003207.pdf. Acesso em 14 abr. 2024.

HOBSBAWM, Eric. **Nações e nacionalismo desde 1789: programa, mito e realidade**. 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2021.

HSU CLETO, Vinicius. O fundamento do direito internacional público: uma releitura da Vereinbarung. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, *[S. l.]*, v. 1, n. 21, p. 339, 2021. DOI: 10.22201/iij.24487872e.2021.21.15596.

HUNT, Lynn. **A invenção dos Direitos Humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

IGLESIAS VÁZQUEZ, María del Ángel. Globalización, globalización jurídica, global law y derecho internacional privado. **Cuadernos de Derecho Transnacional**, *[S. l.]*, v. 9, n. 1, p. 215–235, 2017. DOI: 10.20318/cdt.2017.3619.

IHERING, Rudolf von. **El fin en el Derecho**. Madrid: B. Rodriguez Serra Editor, 1900.

ISENSEE, Joseph. El pueblo fundamento de la Constitución. **Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época.**, v. 6, p. 335–453, 2005.

JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. México: IIJ-UNAM, 2000.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. México: FCE, 2000.

JIMÉNEZ, Argelia Queralt. Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Teoría y Realidad Constitucional**, nº 42, 2018.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso De. Globalización y constitucionalismo: una lectura en clave cosmopolita. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, *[S. l.]*, n. 36, p. 151–171, 2002.

JUNIOR, Talis Prado Pinto; GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. O Direito Internacional Humanitário nos Pareceres Consultivos da Corte Internacional de Justiça: uma Conjugação de Perspectivas Utópicas e Apologéticas. **Revista de Direito Internacional**, 2021, 18.2.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua: um projeto filosófico**. Covilhã: LusoSofia press, 2008.

KANT, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito: Doutrina do Direito**. 2ª ed. Bauru/SP: Edipro, 2007.

KELSEN, Hans; AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel (trad). La transformación del concepto de soberanía. **Direito Público**, *[S. l.]*, v. 11, n. 58, 2014.

KELSEN, Hans. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. México DF: BFP, 1991.

KELSEN, Hans. **Esencia y valor de la democracia**. Barcelona-Buenos Aires: Editorial Labor S.A, 1934.

KELSEN, Hans. **Il problema della sovranità e la teoria del diritto Internazionale: contributo per uma dottrina pura del diritto**. Milano: Giuffrè Editore, 1989.

KELSEN, Hans. Juízo sobre a tese de Umberto Campagnolo. *In*: KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto; LOSANo, Mario G (org.). **Direito internacional e Estado soberano**. 2ª ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2021.

KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). *In*: **Escritos sobre la democracia y el socialismo**. 1. ed. Madrid: Editorial Debate, 1988.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del Derecho**. México DF: UNAM, 1982.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLABBERS, Jan. The Validity and Invalidity of Treaties. *In*: **The Oxford Guide to Treaties: Second Edition**. Oxford University Press, 2020. p. 545-567. Disponível em: https://helda.helsinki.fi/server/api/core/bitstreams/9a8fcfd5-9e2a-4a13-a51e-717e6ecf71e3/content. Acesso em: 02 mai. 2024.

LIMA, Iara Menezes. (2008). Escola da Exegese. **Revista Brasileira de Estudos Politicos**, 97, 105-122.

LLORENTE, Francisco Rubio. La constitucionalización del proceso de integración de Europa. **Revista de Occidente**, Nº 284, 2005, p. 5-22.

LLORENTE, Francisco Rubio. Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (sobre el problema del concepto de ley en la Constitución). **Revista de Administración Pública**, n. 101, p. 417–432, 1983.

LÓPEZ, Enrique Guillén. La crisis económica y la dirección política: reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional. **Revista De Derecho Constitucional Europeo,** num. 20, p. 431-446, 2013.

LÓPEZ, Enrique Guillén. Metodología del derecho constitucional europeo. Un derecho constitucional para la integración política de Europa. Del pluralismo territorial al pluralismo ideológico. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 12, p. 151–170, 2009.

LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** Barcelona: Ed. Ariel, 2018.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Direitos humanos, Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. E. Las fuentes del derecho y su problemática actual. *In*: AVILÉS, M. DEL C. B.; ANGÓN, Ó. C.; FERNÁNDEZ, F. V. (Eds.). . **Perspectivas actuales de las fuentes del derecho**. [s.l: s.n.]. p. 39–67.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (org.). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos**. [s.l.] : Tirant lo Blanch, 2013. p. 1089–1118. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31242.pdf. Acesso em 23 mai. 2024.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia De La Sentencia Interamericana Y La Cosa Juzgada Internacional: Vinculación Directa Hacia Las Partes (Res Judicata) E Indirecta Hacia Los Estados Parte De La Convención Americana (Res Interpretata) (Sobre El Cumplimiento Del Caso Gelman Vs. Urugu. **Estudios Constitucionales**, *[S. l.]*, v. 2, p. 641–694, 2013.

MacCORMICK, Neil. **Questioning sovereignty : law, state, and nation in the European Commonwealth**. Oxford: Oxford University Press, 2001..

MACGIBBON, Ian. C. Customary International Law and Acquiescence. **British Year Book of International Law**, *[S. l.]*, n. 33, p. 115–145, 1957.

MACHADO, Santiago Muñoz. Las deformaciones del ordenamiento jurídico y la aplicación de las leyes en el nuevo sistema constitucional. **Documentación administrativa**, *[S. l.]*, n. 200, 1984. DOI: 10.24965/da.vi200.4760.

MALBERG, Carré de. **La loi, expression de la volonté générale**. Paris: Librairie du Recueeil Sirey, 1931. p. 3-6.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Brasília: Senado Federal/Conselho Editorial, 2019.

MARTÍN, Carlos de Cabo. Constitucionalismo del Estado Social y Unión Europea en el contexto globalizador. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 6, n. 11, p. 17–48, 2009.

MARTÍNEZ, Juan Manuel Romero. La protección multinivel de los derechos humanos. Tendencias y desafíos para la región interamericana. **Métodhos – Revista Electrónica de Investigación Aplicada em Derechos Humanos de la CDHCM.** N. 12. Enero-junio 2017. Disponível em: https://revista-metodhos.cdhcm.org.mx/index.php/metodhos/article/view/90/2017_12_metodhos_articulo_2_html**.** Acesso em 04 jun. 2024.

MARTINS JUNIOR, J. Izidoro. **História do Direito nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empeza Democratica Editora, 1895.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. 83. 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Algumas questões jurídicas sobre a formação e aplicação do costume internacional. **Revista dos Tribunais**, *[S. l.]*, v. 921, p. 259–278, 2012.

McCULLOCH, Warren S. A heterarchy of values determined by the topology of nervous nets. **Bulletin of Mathematical Biophysics**. 7, 89–93 (1945). https://doi.org/10.1007/BF02478457.

MEJÍA, Laura Ospina. Breve Aproximación Al" Bloque De Constitucionalidad" En Francia. **Revista de temas constitucionales**, n. 2. julio-septiembre, México, iij-unam, Biblioteca Jurídica Virtual, 2006.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. **Princípios gerais de direito administrativo**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MEZZETTI, Luca. **Tradizioni giuridiche e fonti del diritto**. Torino: Giappichelli Editore, 2020.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. El principio de jerarquía normativa. **Revista española de derecho constitucional**, v. 24, n. 8, p. 135–154, 1988.

MIGUEL, Luis Felipe. Consenso e conflito na teoria democrática: para além do "agonismo". **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 92, p. 13–43, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do Direito**. Tomo IV. 2 ª ed. Campinas/SP: Bookseller, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Julia Thais de Assis; RIGOLDI, Vivianne. O pluralismo jurídico e o Direito consuetudinário das comunidades indígenas face ao ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Meritum**, v. 15, n. 3, p. 289–302, 2020.

MORAL, Antonio Torres Del. Del Estado Absoluto Al Supranacional E Internacionalmente Integrado. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 18, n. 9, p. 19–41, 2012.

MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. Trad. de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015

NAKAHIRA, Ricardo. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. 2007. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - **Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, São Paulo, 2007.

NEVOLA, Gaspare. Il modello identitario dello Stato-nazione. Genesi, natura e persistenza. **Quaderni di Sociologia**, n. 44, p. 121–149, 1 ago. 2007.

OCKAM, Guilherme. Sobre o poder dos imperadores e dos papas. *In*: **Guilherme de Ockham: obras políticas**. Porto Alegre: EDIPUCRS; USF, 1999.

ORTIZ, Adrán García. 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**, Nº 30, 2018.

PEGORARO, Lucio e RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados**. v. 1. 1ª ed. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2021.

PERASSI, Tomaso. **Introduzione alle scienze giuridiche**. 3ª ristampa. Padova: CEDAM, 1967.

PERASSI, Tomaso. **Lezioni di Diritto Internazionale**. Parte prima. 4ª ristampa. Padova: CEDAM, 1955.

PEREIRA COUTINHO, Luiz P. El desarrollo de la supranacionalidad - algunos apuntes. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 18, n. 9, p. 199–213, 2012.

PERGOLESI, Ferruccio. **Diritto Costituzionale**. v1. 15ª ed. Padova: 1962.

PERNICE, Ingolf. El Constitucionalismo Multinivel em la Unión Europea. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. Año 9, nº 17. Enero-junio 2012.

PETERS, Anne. The Merits of Global Constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, *[S. l.]*, v. 16, n. 2, p. 397, 2009. DOI: 10.2979/gls.2009.16.2.397.

PINHEIRO, Maria Claudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 43. n. 169. jan./mar. 2006.

PINO, Giorgio. La certezza del diritto e lo Stato costituzionale. *In*: APOSTOLI, A.; GORLANI, M. (Eds.). **Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto**. [s.l.] Editoriale scientifica, 2018. p. 109–125.

PINO, Giorgio. Norme e gerarchie normative. **Analisi e diritto**, *[S. l.]*, p. 263–299, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 21ª ed. São Paulo: Saraivajus, 2023.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. **O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides**, 2008.

PIZZORUSSO, Alessandro. Delle fonti del diritto (art. 1-9). In: SCIALOJA, Antonio e BRANCA, Giuseppe. **Commentario del Codice civile**. Bologna/Roma: Nicola Zanichelli Editore/Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1977. p. 1-403.

PIZZORUSSO, Alessandro. La producción normativa en tiempos de globalización. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 6, n. 11, p. 231–318, 2009.

PIZZORUSSO, Alessandro. **Lecciones de Derecho Constitucional**. v. 1. Madrid: CEPC, 1984.

POISOT, Eduardo Ferrer Mac-Gregor. **El Estado de Derecho, una perspectiva de Derecho Comparado: México**. Bruselas: EPRS | Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2023.

POPPER, Karl. R. **Sociedade aberta, universo aberto – Entrevista conduzida por Franz Kreuzer**. Trad. Marua Helena Rodrigues de Carvalho. 2ª ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1991.

POSENATO, Naiara. O “Protocolo do Diálogo” entra em vigor. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]**, *[S. l.]*, v. 19, n. 2, p. 325–328, 2018. DOI: 10.18593/ejjl.v19i2.18875.

QUESNEY, José Antonio Viera-Gallo; ÁLVAREZ, Valeria Lübbert. “Los Tratados Sobre Derechos Humanos En La Jurisprudencia Chilena / Human Rights Treaties in Chile’s Jurisprudence.” **Estudios Internacionales**, no. 171 (2012): 87–115. http://www.jstor.org/stable/41970582.

RAMOS, André de Carvalho; GAMA, Marina Faraco Lacerda. Controle de Convencionalidade, Teoria do Duplo Controle e o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos: Avanços e Desafios. **Revista Direitos Culturais**, v. 17, n. 41, p. 283-297, 5 maio 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 10ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de Direitos Humanos e a implementação das decisões no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANDAZZO, Alberto. Intervista a Francisco Balaguer Callejón. La Costituzione dell’algoritmo. **Nomos. Le attualità nel diritto**, p. 1–17, 2023.

RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, 1967, 62.2: 81-134.

REALE, Miguel. Fundamentos da concepção tridimensional do direito. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, 1961, 56.2: 66-87.

REGLA, Agiló Josep. **Teoria geral das fontes do Direito**. Lisboa: Escolar editora, 2014.

REGO, Carlos Eduardo Reis Forte do. **Introdução ao Direito constitucional dos Estados Unidos da América**. São Paulo: Lumen Juris, 2017.

REYES, Manuel Aragón. El control como elemento inseparable del concepto de Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 19, n. 7, p. 15–52, 1987.

RISOLI, Simone. **Oltre il confine stabilito. Teoria e funzionamento dei controlimiti**. Stato, chiese e pluralismo confessionale, nº 31, 2017.

RODRÍGUEZ, Juan Miguel Días. La interpretación y aplicación de la Carta Social Europea, en particular, en materia de extinción del contrato de trabalho. **Doc. Labor.2**, *[S. l.]*, v. I, n. 125, p. 57–74, 2022.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROMBOLI, Silvia. “Los contralímites en serio” y el caso Taricco: El largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la corte constitucional italiana. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, *[S. l.]*, v. 14, n. 28, p. 1–38, 2017.

ROSENN, Keith S. Brazil's legal culture: the jeito revisited. **Florida International Law Journal.** v.1. n.1. 1984. p. 1-43.

ROSS, Alf. **Teoría de las fuentes del derecho – Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas**. 3ª ed. Madrid: CEPC, 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato social (ou princípios do Direito político)**. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

RUGGERI, Antonio. **Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative**. Milano: Dott. A. Giuffrè editore. 1977. p. 104.

RUIZ-MORALES, Manuel. L. El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos Americano y Europeo. Su recepción en el caso argentino y español. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, *[S. l.]*, n. 21, p. 129–160, 2017.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. *In*: **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogo**. [s.l.] : Tirant lo Blanch, 2013. p. 993–1030.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013.

SÁNCHEZ, Miguel Azpitarte. La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado. Fundamentos. nº 08. **La metamorfosis del Estado y del derecho**. 2014.

SCHWARCZ, Lilia M. e STARLING, Heloisa M. **Brasil: Uma biografia.** 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SHAW, Malcom N. **International law**. 5ª ed. Cambridge: University press, 2003.

SIÈYES, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa. O que é o terceiro Estado?**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal**. São Paulo: RT, 1992.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: CEPC, 1985.

STEIN, Torsten. La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht. **Revista de instituciones europeas**, 1994, 21.3: 745-770

TELLES, Jose Homem Correa. **Comentário crítico à lei da boa razão**. Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus, 1865.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TINOCO, Alexandre Motta. As práticas institucionais do poder judiciário brasileiro: da Primeira República à Constituição Federal de 1934. **Revista Interdisciplinar do Direito-Faculdade de Direito de Valença**, 2014, 11.1.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o Direito interno e o Direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Minas Gerais**, *[S. l.]*, n. 6, p. 7–64, 1966.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A expansão do direito das organizações internacionais: su extensão a novas áreas da atividade humana. *In*: **Direito Das Organizações Internacionais**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A formação do direito internacional contemporâneo: reavaliação crítica da teoria clássica de suas "fontes". *In*: **A Humanização do Direito Internacional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos Direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas**. 2ª ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das Organizações internacionais**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. **São José da Costa Rica**, v. 12, 1996. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22015-22016-1-PB.pdf**. Acesso em 01 jun. 2024.**

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. La humanización del Derecho Internacional y los límites de la razón de Estado. *In*: **A Humanização do Direito Internacional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. GUERRA, Luis López. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad en Europa y América. Youtube, 20 de maio de 2024. Disponível em: https://youtu.be/ODbNwFfydyw?si=BQfZgjg96EsAHQTb. Acesso em 01 jun. 2024.

UREÑA, René. Proteção multinível de direitos humanos na América Latina? Oportunidades, desafios e riscos. *In*: GALINDO, George Rodrigo Bandeira;

URUEÑA, René; PÉREZ, AINDA TORRES. (coord.). **Proteção Multinível dos Direitos Humanos - Manual**. Barcelona: dhes. Red de Direitos Humanos e Educaçao Superior, 2014.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VASAK, Karel. A 30-year Struggle: The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. **The Unesco Courier. Southern Africa at grips with racismo**, Paris, p. 29, nov. 1977. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000074816.nameddest=48063. Acesso em 10 ago. 2023.

VASCONCELOS, Eneas Romero de. A preponderância dos Direitos Humanos, da família e do melhor interesse da criança e do adolescente nos Direitos Humanos internacionais: O caso Görgülü e sua importância para o sistema europeu de Direitos Humanos e reflexos para o sistema interamericano. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, *[S. l.]*, v. 12, n. 1, p. 27–48, 2020. DOI: 10.54275/raesmpce.v12i1.15. Disponível em: https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/15. Acesso em: 29 mai. 2024.

VECCHIO, Fausto. Primazia do Direito Europeu e Contralimites Como Técnicas para a Relação Entre Ordenamentos. **Direito Público**, *[S. l.]*, 2012. DOI: 10.11117/22361766.47.9.2120.

VELASCO, David M. La Interpretación de los Tratados sobre Derechos Humanos y su Jerarquía Legislativa en el Ordenamiento Jurídico Peruano. **Memorias Forenses**, *[S. l.]*, n. 6, p. 37–50, 2023. DOI: 10.53995/25390147.1243. Disponível em: https://ojs.tdea.edu.co/index.php/mforenses/article/view/1243. Acesso em 28 mai. 2024.

VELÁSQUEZ, Byron Cárdenas. La jerarquía normativa de los tratados sobre derechos humanos en la constitución y la jurisprudencia de Nicaragua. In: **Revista de Derecho**, nº 15, p. 73 – 94, 2014. Disponível em: https://revistasnicaragua.cnu.edu.ni/index.php/revderecho/article/view/823. Acesso em 29 mai. 2024.

VERGOTTINI, Giuseppe De. El diálogo entre tribunales. **Teoria y Realidad Constitucional**, *[S. l.]*, n. 28, p. 335–352, 2011.

VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. **Revista de Direito Administrativo**, *[S. l.]*, v. 269, p. 13–66, 2015. DOI: 10.12660/rda.v269.2015.57594.

WEBER, Albrecht. El principio de Estado de Derecho como principio constitucional común europeo. **Revista Española de Derecho Constitucional**, *[S. l.]*, n. 184, p. 27–59, 2008.

WEBER, Max. **Le savant et le politique** (édition électronique par Jean-Maria Tremblay). Paris: Union Générale d'Éditions, 1963.

WEILER, Joseph H. H. The transformation of Europe. **The Transformation of Europe: Twenty-Five Years on**, *[S. l.]*, v. 100, n. 8, p. 1–99, 2017. DOI: 10.1017/9781316662465.001

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos y justicia**. Trad. Marina Gascón. 10ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

ZANOBINI, Guido. Gerarchia e parità tra le fonti. *In*: **Studi in onore di Santi Romano**. Padova: I, 1939.