

TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO ALTERNATIVA AO MODELO ISOLACIONISTA: ALGUMAS EXPERIÊNCIAS JURISDICIONAIS FACE A *HARD CASES*

Luis Cláudio Martins de Araújo*

Bruno Victor Martins Santa Rosa**

Resumo: O Direito Constitucional passou por significativas transformações durante o século XX, advindas, notadamente, no período pós segunda-guerra mundial. Hodiernamente é patente a preocupação com o fenômeno da inflação constitucional, ou seja, questões constitucionais que se projetam para além das fronteiras dos respectivos Estados e tornam-se relevantes para outras ordens jurídicas. O Transconstitucionalismo apresenta-se, portanto, como uma resposta eficaz ao modelo Westfaliano, marcadamente estatocêntrico, pautado no princípio da soberania estatal. Nesse sentido, estar-se-ia diante de um fenômeno inovador na seara do Direito Constitucional Internacional, que tem como escopo demonstrar, no contexto da “sociedade mundial” (*Weltgesellschaft*) como as dinâmicas de troca de experiências nos âmbitos local, nacional, regional e internacional, traduzidas por diálogos transnacionais, oferecem oportunidades singulares

* Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pós-graduado em Processo Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor da graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor da graduação e pós-graduação da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Vice-Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU).

** Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito do Estado pelo CEPED-UERJ.

de maior interação, cooperação judicial e enriquecimento mútuo, para o enfrentamento e solução de problemas constitucionais que transbordam as fronteiras jurídico-políticas dos Estados, tornando-se comuns à ordens jurídicas diversas, notadamente no que se refere a temas complexos (*Hard Cases*), trazendo à luz, alternativas à paradigmas e modelos decisórios tradicionais de *mainstream* majoritariamente isolacionistas.

Palavras-Chave: Transconstitucionalismo, Diálogos Transnacionais, Direito Constitucional, Direito Constitucional Internacional, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

TRANSCONSTITUTIONALISM AS AN ALTERNATIVE TO THE ISOLATIONIST MODEL: SOME JURISDICTIONAL EXPERIENCES IN HARD CASES.

Abstract: Constitutional law underwent significant changes during the 20th century, especially in the post-World War II period. Today there is a clear concern about the phenomenon of constitutional inflation, that is, constitutional issues that extend beyond the borders of the respective states and become relevant to other legal systems. Transconstitutionalism, therefore, presents itself as an effective response to the Westfalian model, markedly statocentric, based on the principle of state sovereignty. In this sense, we would be facing an innovative phenomenon in the field of International Constitutional Law, whose scope is to demonstrate, in the context of the “world society” (*Weltgesellschaft*) as the dynamics of exchange of experiences at the local, national, regional levels and international, translated by transnational dialogues, offer unique opportunities for greater interaction, judicial cooperation and mutual enrichment, for the confrontation and solution of constitutional problems that cross the legal-political boundaries of States, becoming common to legal orders diverse, notably with regard to complex themes (Hard

Cases), bringing to light alternatives to traditional mainstream isolationist paradigms and decision-making models.

Keywords: Transconstitutionalism, Transnational Dialogues, Constitutional Law, International Constitutional Law, Human Rights and Fundamental Rights.

Sumário: Introdução. 1. Do constitucionalismo moderno ao transconstitucionalismo: Premissas e principais aportes teóricos. 2. Transconstitucionalismo como alternativa ao modelo isolacionista: Algumas experiências jurisdicionais face a *hard cases*. 2.1. Transconstitucionalismo no Reino Unido. 2.2. Transconstitucionalismo na Alemanha. 2.3. Transconstitucionalismo no Brasil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO



ma transformação profunda tem ocorrido nas condições hodiernas da sociedade mundial. o “Estado contemporâneo tem o seu perfil redefinido pela formação de blocos econômicos, pela perda da densidade do conceito de soberania, pelo aparente esvaziamento do seu poder diante de globalização¹”.

Nesse sentido, com emergência uma nova realidade globalizada, consubstanciada na sociedade moderna, já é possível reconhecer que o Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à des-territorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais,

1 BARROSO. Luís Roberto. *Curso de direito constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 91.

que, por assim dizer, se emanciparam do Estado. Diante desse cenário, revela-se de fundamental importância o estudo e debate acerca fenômeno do Transconstitucionalismo.

O presente artigo busca, portanto, demonstrar a relevância da temática aqui em exame, qual seja: o constitucionalismo transfronteiriço, analisando a dinâmica desse fenômeno, por meio de diálogos transnacionais, como alternativa ao modelo isolacionista. Para tanto, em um primeiro momento foram apresentadas noções de caráter propedêutico, com o escopo de facilitar o entendimento acerca da obra do jurista Marcelo Neves². Por fim, traz-se a colação algumas análises de casos concretos, através da investigação do fenômeno transconstitucional em ordens e tradições jurídicas diversas.

Destarte, para a investigação científica do objeto em exame, foram elencados casos nos quais é possível observar o fenômeno transconstitucional na tradição romanística (*Civil Law*) e no *Common law*, razão pela qual justifica-se a escolha da análise de casos na Alemanha e no Reino Unido, sem representar quaisquer preferências autorais. Ademais, em derradeiro, faz-se análise do constitucionalismo transfronteiriço no Brasil, trazendo à luz casos paradigmáticos enfrentados pelo STF nos quais é possível observar exemplos de transconstitucionalismo negativo, usado para rejeitar a aplicação da produção de jurisdições estrangeiras, internacionais ou supranacionais, e de transconstitucionalismo positivo, diante do qual se observa a utilização do produto de jurisdições estrangeiras, internacionais ou supranacionais para a construção de uma *ratio decidendi* no enfrentamento de um problema constitucional comum. Ressalta-se que, ao se perquirir sobre fenomenologia do transconstitucionalismo no Brasil e alhures, elegeu-se como critério científico-metodológico, o diálogo entre cortes constitucionais e entre essas

2 Dentre os autores nacionais com maior expressividade que tratam sobre o tema, poder-se-ia destacar Marcelo Neves. Sua obra tem como ponto de partida contribuições de nomes da envergadura de Wolfgang Welsch e Niklas Luhmann.

última e cortes supranacionais.

1 DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO: PREMISSAS E PRINCIPAIS APORTES TEÓRICOS.

“Hoje o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto. O direito constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional. Também é válido o contrário, ou seja, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional” (HÄBERLE, Peter. Estado constitucional cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 11/12).

O conceito de constitucionalismo deve considerar o contexto histórico em que tal fenômeno está sendo analisado. Nesse sentido, somente diante de uma fotografia histórica precisa, poder-se-ia erigir uma delimitação que possibilitaria compreender o sentido do constitucionalismo, como movimento político, social e ideológico, a partir do qual emergem as constituições. Em verdade, trata-se outrossim, de um fecundo e prolixo debate teórico que tem como cerne as origens do sentido de constituição³ e o desdobramento desse conceito nas sociedades contemporâneas⁴.

Em linhas gerais, o constitucionalismo moderno resulta,

3 Normalmente, o conceito histórico-universal de Constituição apresenta-se no plano empírico, para apontar que em toda sociedade ou Estado há relações estruturais básicas de poder, determinantes também das formas jurídicas. Conforme essa concepção, que se encontra em autores tão díspares como Engels, Lassale e Weber, não se pode excluir a presença de uma Constituição de qualquer ordem social, inclusive das sociedades arcaicas, pois, também nelas, haveria estruturas básicas do “poder difuso” (Burdeau, 1949, pp. 249-51). Mas o conceito histórico-universal apresenta-se também na concepção da Constituição em sentido material como conjunto de normas jurídico-positivas supremas (Kelsen, 1960, pp. 228-30 [trad. bras., 2006, pp. 247-49]; 1946, pp. 124-25 [trad. bras., 2005, pp. 182-83]; 1925, pp. 251-53), pois um núcleo normativo supremo pode ser detectado em qualquer ordem jurídica. NEVES, Marcelo. *(NÃO) solucionando problemas constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões*. Lua Nova, Dez 2014, no.93, p.204.

4 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WPF Martins Fontes, 2009, p. 23.

mutatis mutandis, das revoluções liberais do fim do século XVIII na França e nos Estados Unidos, bem como, atipicamente, do desenvolvimento lento e gradual do constitucionalismo britânico. Nesse sentido, a ideia de constituição e o significado de constitucionalismo correspondem às transformações estruturais da sociedade, com sentido plenamente emancipatório⁵.

Hodiernamente, verifica-se acentuada transformação do constitucionalismo contemporâneo. No alvorecer do terceiro milênio, impõe-se uma revisão no sentido e interpretação e aplicação das normas de direitos constitucionais, notadamente de direitos humanos, que ampliaram de sobremaneira, o polo de infratores potenciais, de maneira a alcançar não apenas o poder público e seus variados agentes, mas sobretudo os detentores do poder privado⁶, capazes de infligir nos mais variados contextos das relações humanas, violações aos direitos fundamentais dos indivíduos e da sociedade.

Nesse sentido, a ideia de constituição, portanto, deve ser lastreada pela alocação dos direitos fundamentais como garantia dos espaços de liberdade dos indivíduos. Considerado que as constituições estatais têm por escopo, a constituição do poder político e a limitação do Estado de Direito.

Não obstante, é patente a profunda transformação que tem ocorrido, nas condições hodiernas da sociedade mundial, no

5 Op. Cit. , p. 62.

6 Em verdade, com o advento do princípio interpretativo *pro homine*, e os influxos de ideias de caráter largamente axiológico no cenário pós II guerra mundial, o sentimento constitucional para atualidade passou a exigir que o princípio da dignidade dos seres humanos, que serve de estrutura para o edifício das constituições da era contemporânea, venha fundamentar a extensão e eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, ou seja, a eficácia externa, também denominada direta ou imediata, que na prática coincide com o chamado efeito horizontal do elenco de direitos, de liberdade e de garantias que através dos tempos granjearam assentos nos estatutos supremos das nações. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: O princípio dos princípios constitucionais. In; DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves, *Coord. Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso. D. de Albuquerque Mello*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 632.

sentido da superação do constitucionalismo provinciano ou paroquial⁷. Verifica-se destarte, o deslocamento da centralidade estatal, como *locus* privilegiado para solução de problemas constitucionais. Em verdade, assiste-se a uma gradativa superação de um modelo eminentemente vestifaliano⁸, fazendo com que o Estado, embora fundamental, passe doravante, a figurar com um dos âmbitos em cooperação e concorrência na busca do tratamento de problemas constitucionais complexos.

Destarte, diante dos complexos desafios advindos da reconfiguração da sociedade global, multicêntrica e multifacetada, impõe-se ao direito, o esforço de oferecer soluções mais efetivas, consoantes às demandas da contemporaneidade. Na esteira desse esforço hercúleo, convém salientar a relevância do direito transnacional⁹, com especial atenção para o fenômeno do

⁷Constitutionalistas de diversas tradições teóricas e de países os mais diferentes, vinculados fortemente ao estudo das Constituições estatais, passaram a preocupar-se com os novos desafios de um direito constitucional que ultrapassou as fronteiras dos respectivos Estados e tornou-se diretamente relevante para outras ordens jurídicas, inclusive não estatais. Nesse sentido, nos Estados Unidos, Bruce Ackerman, reconhecendo o “provincialismo enfático” da “prática e teoria americana”, sublinhou que “nós deveríamos resistir às tentações de um particular provincianismo”. ACKERMAN, B. 1997. “*The rise of world constitutionalism*”. *Virginia Law Review*, 83, pp. 771-97. Charlottesville/VA: Virginia Law Review Association. [trad. bras.: “A ascensão do constitucionalismo mundial”. In: SOUZA NETO, C.P.; SARMENTO, D. (orgs.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos de aplicação específicas*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, pp. 89-111].

⁸ Expressão que faz alusão a chamada Paz de Vestfália (1648), alcançada a partir dos tratados de Münster e Osnabrück. Consolidou-se entendimento de que os referidos tratados, representariam a ordem internacionalista conjecturada por Grotius. Nesse sentido, o sistema instaurado em Vestfália implica na centralidade do Estado, coroando-o como ator político por excelência na condução das relações internacionais e soberano em seus assuntos internos. Considerado como marco inicial de existência e operação do Direito Internacional, o sistema vestfaliano consagra princípio da igualdade jurídica entre os Estados. ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

⁹ Segundo Philip Jessup, “*transnational law*” includes all law which regulates action or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories”. JESSUP, Philip. *Transnational Law 2 (1956)*. p. 61. Disponível em: <<https://www.law.berkeley.edu/php-programs/courses/fileDL.php?fid=7587>>.

transconstitucionalismo ou constitucionalismo transfronteiriço¹⁰. Marcado pelo esforço acadêmico em difundir globalmente a teoria dos sistemas sociais¹¹ autopoieticos¹², o transconstitucionalismo apresenta-se como instrumento hábil para desenvolvimento do diálogo e cooperação entre cortes estatais, internacionais, locais ou supranacionais, ao enfrentar o que parte da doutrina convencionou chamar de crise do constitucionalismo moderno¹³.

Com advento da era da globalização, o modelo estatocêntrico, de *mainstream* majoritariamente isolacionista torna-se obsoleto. Verifica-se, outrossim, a emergência de uma sociedade moderna acêntrica¹⁴, formada por uma diversidade de sistemas

Acesso em 15 dez. 2019.

10 Entende-se por Constitucionalismo Transfronteiriço, sinonímia empregada para se referir a ideia de Transconstitucionalismo. Tal expressão encontra larga utilização na obra de juristas como Luis Claudio Martins de Araújo. MARTINS DE ARAÚJO, Luis. *Constitucionalismo transfronteiriço, direito humanos e direitos fundamentais: a consciência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

11 A teoria dos sistemas preconizada pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, constitui o marco teórico para o desenvolvimento na obra de Marcelo Neves. Ressalta-se o esforço de Neves em superar a citada teoria. No Brasil, Luhmann figura como teórico heterodoxo destacado, com pretensões de levar a teoria dos sistemas para além dos seus limites.

12 O conceito de autopoiesis foi originalmente desenvolvido pelos biólogos chilenos Humberto Maturana, Francisco Varela e Ricardo Uribe. As raízes etimológicas da palavra autopoiesis derivam do grego, sendo que *autos* significa “por si próprio” e *poiesis* estaria relacionada com um sentido de “criação” ou “produção”, o que não se confunde com “práxis”. MATURANA, H.; VARELA, F. *A árvore do conhecimento*. São Paulo: Palas Athena. 2005. Ainda sobre o conceito de autopoiesis em Luhmann e Maturana, ver: RODRÍGUEZ MANSILLA, D.; TORRES NAFARRATE, J. Autopoiesis, la unidad de una diferencia: Luhmann y Maturana. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 5, n. 9, p. 106-140, jan./jul. 2003.

13 Teubner situa como “Crise do Constitucionalismo moderno”, através do constitucionalismo além do Estado Nacional, isto é: “Os problemas constitucionais se situam fora das fronteiras do Estado Nacional, em processos políticos transnacionais e, simultaneamente, fora do setor político institucionalizado, nos setores “privados” da sociedade mundial. TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford University Press, 2012, p. 106.

14 “O primado da diferenciação funcional é a forma da sociedade moderna”. LUHMANN, N. *La Sociedad de la sociedad*. p. 615. LUHMANN, N. *Lo moderno de la*

funcionais e conseqüentemente dotada de policontextualidade e hipercontextualidade, surge uma pluralidade de autodescrições sociais “levando em conta à formação de diversas racionalidades parciais conflitantes”. Trata-se de uma *unitas multiplex*¹⁵, que seguindo o entendimento de Hauke Brunkhorst, conceitua-se desde o início, a sociedade moderna como sociedade mundial (*Weltgesellschaft*)¹⁶.

O incremento da integração sistêmica da sociedade mundial teve como consequência a desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais que emanciparam-se do Estado¹⁷. Nesse sentido, o transconstitucionalismo implica no reconhecimento diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional, notadamente de direitos humanos ou direitos fundamentais¹⁸ e de organização legítima

sociedad moderna. In: Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia. Madri: Trotta. p. 131-153. LUHMANN, N. El concepto de sociedad. In: Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia. Madri: Trotta. 1998. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2006. p. 110. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Teoria dos sistemas e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 90 e ss.

15 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WPF Martins Fontes, 2009, p. 23

16 A Sociedade mundial (*Weltgesellschaft*) traz consigo novos desafios, e a diminuição da capacidade regulatória do Estado é um destes inúmeros desafios que merecem uma análise cuidadosa. Segundo Neves, junto ao Estado, emergem nessa inédita condição, novos atores, tais como regimes ou redes globais com pretensão de tomar decisões coletivamente vinculantes e produzir normas jurídicas. Op. Cit., p. 30.

17 Nesse particular, Neves pontifica que essa situação não deve levar, porém a novas ilusões, na busca de níveis invioláveis definitivos: internacionalismo com *última ratio*, conforme uma nova hierarquização absoluta; supranacionalismo como panaceia jurídica; transconstitucionalismo como fragmentação libertadora das amarras do Estado; Localismo como expressão de uma etnicidade inviolável. Cf. NEVES, Marcelo. (NÃO) *solucionando problemas constitucionais: Tansconstitucionalismo além de colísones*. Lua Nova, Dez 2014, no.93, p.236.

18 A visão transconstitucional traz uma atenção necessária aos direitos fundamentais e direitos humanos. Nesse sentido, NEVES faz um lembrete da evolução histórica dos direitos do homem, que em um primeiro momento apresenta seu surgimento no âmbito liberal. Posteriormente, na experiência tardia de constitucionalismo vivido pela Alemanha, surgiu a expressão “direitos fundamentais”, referindo-se aos direitos positivados e garantidos nas constituições estatais, embora seu conteúdo cruzasse nas

do poder, devem buscar formas transversais¹⁹ de articulação para a solução do problema, observando-se de forma recíproca, com o escopo de compreender seus respectivos limites e possibilidades de contribuir para construção de uma solução.

Ainda no mesmo sentido, com reconfiguração da sociedade mundial²⁰, hodiernamente depara-se com um cenário caracterizado pela multiplicidade de centros de decisão jurídica em um dado sistema, o que compromete a estrutura piramidal do direito, preconizada por Kelsen. Nesse diapasão, pode-se partir de quaisquer ordens jurídicas com pretensão de autonomia, mas não de alguma eivada de uma “imposição *top down*”²¹. Destarte, as relações transconstitucionais não são um transplante jurídico, mas sobretudo, uma troca recíproca de conhecimento através dos diálogos transconstitucionais²².

Uma questão transconstitucional pode abarcar matérias de tribunais locais, estatais, internacionais, supranacionais ou

linhas relativas a direitos civis, políticos, sociais, dentre outras. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WPF Martins Fontes, 2009, p. 249-253.

19 Para tratar do transconstitucionalismo, Neves recorre ao conceito de “razão transversal” preconizado por Wolfgang Welsch, não obstante, guardando certo distanciamento técnico que o permite analisar os limites e possibilidades de racionalidades transversais (“pontes de transição”) tanto entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais (constituições transversais) quando entre ordens jurídicas no interior do direito como sistema funcional da sociedade mundial. Op. Cit., p. 38 e ss.

20 A realidade se tornou muito ampla e complexa, “depois das consistentes e persistentes internacionalizações e globalizações terem reduzido o Estado a um mero herói local”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2ª ed. reimp. Coimbra: Editora Almedina: 2006. p.185.

21 A expressão “imposição *top down*” é utilizada por Marcelo Neves para evidenciar a dificuldade de quebrar com o paradigma em que as relações entre ordens devem ter uma posição hierárquica. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WPF Martins Fontes, 2009, p. 117-118.

22 Em verdade, o que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídicos constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, passando as ordens jurídicas diversas, a “conversação” constitucional é indispensável.

transnacionais, tendo sua dinâmica observável por meio de racionalidades transversais²³ e pontes de transição²⁴ entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais. Ou seja, por meio de razões transversais²⁵, partindo do pressuposto da superação do conceito de acoplamento estrutural²⁶ dos sistemas

23 Racionalidade transversal ou “razão transversal” é uma proposta teórica de Wolfgang Welsch. Na esteira de J. F. Lyotrd, Welsch concebe a sociedade moderna como multicêntrica partindo da heterogeneidade dos “jogos de linguagem”, o que implica na inexistência de um “discurso” supra-ordenado (metadiscurso) regulador dos demais discursos. Entretanto, Welsch “ não aceita a concepção pós-moderna da inexistência de um metadiscurso ou de uma metanarrativa que sirva de referência orientadora dos discursos particulares, especialmente entre si. Nas palavras do pensador alemão a razão transversal “ não tem o status de um hiperintelecto, mas sim, precisamente o status de razão – o status de uma faculdade não de impor decreto, senão de fazer transições”. ELSCH, W. *Vernunft: Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*. p. 759. *apud* NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WPF Martins Fontes, 2009, p. 34

24 Pontes de transição se apresentam como instrumentos capazes de promover o fluxo de migração de ideias não apenas entre países, mas entre esses últimos e cortes internacionais. Cf. MARTINS DE ARAÚJO, Luis. *Constitucionalismo transfronteiriço, direito humanos e direitos fundamentais: a consciência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

25 FREITAS, Rafael; MARTINS DE ARAÚJO, Luis Cláudio. *Pluralização ordenativa e conflitos constitucionais: novos paradigmas de estabilização normativa nos sistemas transnacionais*. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 22, n. 36, p. 29.jul/dez. 2018. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

26 A proposta de Marcelo Neves quer superar a ideia luhmanniana de constituição como acoplamento estrutural a fim de permitir uma explicação mais adequada para as novas situações enfrentadas na modernidade. Assim, se lança mão do conceito de “racionalidade transversal”, o qual seria mais capaz de dar conta da análise das condições do transconstitucionalismo. Em verdade, Luhmann importou da biologia a ideia de “acoplamento estrutural” e formulou um conceito próprio para as ciências sociais. Esferas de comunicação autônomas e diversas se interligariam através de acoplamentos estruturais para potencializarem sua influência na sociedade e melhor produzirem efeitos. Desse modo, por exemplo, o direito e a política, a história e a arte, possuem “interpenetrações” (acoplamentos estruturais) que ampliam seu universo particular e alcançam um universo maior. Isso, como esclarece Neves, não implica em perda de autonomia de cada esfera de comunicação envolvida. O direito, a política, a história, e a arte não deixam de ter suas características e conceitos próprios porque se relacionam entre si. Tornam-se mais ricos justamente a partir desse contato com os demais ramos do conhecimento. *apud* NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WPF Martins Fontes, 2009, p. 227.

funcionais²⁷, através razão transversal como aprendizado recíproco entre as esferas sociais, acaba por proporcionar uma conexão unitária e desfragmentária de uma pluralidade, potencializadora pelo fenômeno globacional, o qual acomoda uma intensificação da sociedade mundial, desvinculando-se dos elementos estatais internos.

Diante do exposto, ressalta-se a influência do transconstitucionalismo nas ordens jurídicas, por meio dos diálogos transnacionais²⁸, materializados não apenas por meio de troca de opiniões entre tribunais sobre uma matéria específica, mas também a referência ou consideração a decisões de outros tribunais sobre problemas-caso jurídico-constitucionais, que assumem relevância por extrapolarem as fronteiras estatais e assim, interconectarem diversas ordens jurídicas de forma compartilhada, podendo-se alcançar por conseguinte, uniformidade decisional²⁹

27 Neves leciona que os acoplamentos estruturais são “filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e de dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa”. Anda nesse sentido, Neves assevera outrossim, que são interpenetrações duradouras e concentradas entre sistemas sociais, possibilitando a autoconstrução de complexidade inapreensível e desordenada entre os sistemas sociais parciais. Tais mecanismos possibilitam o “intercambio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas”. Sob pena de gerar a destruição da multiplicidade das esferas discursivas e “bloqueios recíprocos das autonomias sistêmicas, mediante corrupção dos sistemas”. Op. Cit., p. 66

28 “Assim, diálogos podem ser definidos como a influência, crítica ou rejeição de um tribunal ou raciocínio ou decisão de outro. O “diálogo vertical” irá se referir à comunicação ou ao diálogo entre cortes com diferentes hierarquias, como os tribunais nacionais e os tribunais regionais. O “diálogo horizontal” se refere à interação entre tribunais do mesmo nível hierárquico, como tribunais internacionais e tribunais regionais”. MARTINS DE ARAÚJO, Luis Claudio. *Constitucionalismo transfronteiriço, direito humanos e direitos fundamentais: a consciência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

29 Segundo MARTINS DE ARAÚJO, “Tomando com ponto de partida a necessidade de criação de um rede de reciprocidade em escala global, arquitetada a partir de um consenso transnacional em uma sociedade internacional pluralista, a ideia central, é de com a intensificação do intercâmbio múltiplo entre Cortes na ordem jurídica globalizada, cada vez mais decisões transnacionais são trazidas à tona na tomada de

no sistema global, notadamente diante de casos complexos comuns a diversas ordens jurídicas.

Com efeito, os diálogos transconstitucionais seguem alguns modelos³⁰, e podem ser agrupados de diversas maneiras. Não obstante, não há que se falar em soluções unilaterais para problemas constitucionais comuns. Ao invés de hierarquia e verticalidade, propõe-se o diálogo e aprendizado recíprocos³¹, com vistas à solução mais adequada para o problema.

2 TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO ALTERNATIVA AO MODELO ISOLACIONISTA: ALGUMAS EXPERIÊNCIAS JURISDICIONAIS FACE A *HARD CASES*.

decisões jurisdicionais, com a incorporação de novos e distintos argumentos ao debate judicial em questões convergentes, validade pela previsibilidade e respeito aos precedentes transnacionais. Idem..

30 “Por uma perspectiva, podemos enxergar um modelo de submissão (em que há deferência total à jurisprudência transnacional, o que pode representar, em realidade, uma forma de neocolonialismo), repulsa (em que há despreço total à jurisprudência transnacional, o que pode acabar conduzindo a uma versão extrema de provincialismo), decorativo (em que há mera referência desnecessária a elementos não nacionais, como meio de demonstrar conhecimento e autoridade) e interlocução (em que há abertura para a compreensão, discussão, reflexão e aproveitamento das decisões transnacionais). Podemos de outro modo, dividir o impacto do constitucionalismo transfronteiriço nas ordens jurídicas em mínimo, médio e máximo. No primeiro modelo, as decisões transnacionais seriam rechaçadas pelas cortes locais, no segundo, haveria o diálogo das Cortes locais com as Cortes transnacionais, como uma autoridade persuasiva, mas considerando a perspectiva, particularidades e razões de decidir do caso doméstico. O último modelo ocorreria com a internalização das decisões transnacionais nas ordens domésticas, visto que já incorporada nas ordens jurídicas locais, a eficácia das decisões transnacionais seria máxima”. Idem.

31 Nesse sentido, fala-se de ‘conversação’ ou ‘diálogo’ entre cortes, que podem se desenvolver em vários níveis: por exemplo, entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (supranacional) e os tribunais dos Estados- membros, entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (internacional) e as cortes nacionais ou o TJCE, entre cortes nacionais etc. Essa ‘conversação’ (que constitui, a rigor, comunicações transversais perpassando fronteiras entre ordens jurídicas) não deve levar a uma ideia de cooperação permanente entre ordens jurídicas, pois são frequentes os conflitos entre perspectivas judiciais diversas. No limiar, toda ‘conversação’ entre cortes carrega em si o potencial de disputa. O problema é como solucionar essas disputas sem a imposição *top down* na relação entre ordens. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WPF Martins Fontes, 2009, p. 68.

Preliminarmente, cumpre ressaltar que o presente tópico não tem a pretensão de exaurir o objeto em exame. Em verdade, trata-se de algumas análises de casos emblemáticos, que trazem a lume, a fenomenologia do transconstitucionalismo na concretização de direitos, notadamente diante de casos complexos e convergentes à diversas ordens jurídicas. Para tanto, traz-se aqui, experiências jurisdicionais variadas de diferentes matrizes e tradições, com o escopo de demonstrar como algumas práticas jurisdicionais, em variados níveis, tem enriquecido os debates judiciais e construído soluções mais eficazes e robustas, a partir de uma exegese que tem como cerne o constitucionalismo transfronteiriço³².

Outrossim, procura-se demonstrar a consistência argumentativa como consequência do fenômeno transconstitucional, enaltecendo a imprescindibilidade do caráter dialógico entre as Cortes, nos mais diversos níveis, a fim de uma possível uniformidade decisional em matérias as quais jurisdições locais, regionais, supranacionais, estrangeiras ou internacionais, possam compartilhar.

Considerando a dinâmica da sociedade mundial contemporânea, que sequestrou dos Estados a exclusividade de figurarem como únicos sujeitos de Direito Internacional, a crescente desterritorialização e transnacionalização, assiste-se a reconfiguração do conceito de soberania³³, a fragmentação sistêmica e

32 O Direito Constitucional, portanto, afasta-se de sua base originária, que sempre foi o Estado, para se dedicar às questões transconstitucionais, que são aquelas, segundo Neves, que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas e que podem envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais) na busca de sua solução. Nesse sentido, o Direito Constitucional ultrapassa as fronteiras dos Estados respectivos e torna-se diretamente relevante para outras ordens jurídicas estatais e até não estatais. Desse modo, é inevitável o fenômeno da globalização do Direito Constitucional, que não propugna uma Constituição global ou internacional, mas propõe uma globalização do Direito Constitucional doméstico. CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 43-44

33 A ideia clássica de soberania estatal deve ser relativizada em favor das normas de *jus cogens*. A clássica fórmula “*The king can do no wrong*” não é compatível com a

a desterritorialização da jurisdição, levando à resolução simultânea de problemas jurídicos por diversas ordens jurídicas³⁴. Diante dessa perspectiva, doravante debruça-se sobre variadas experiências a fim de perquirir diferentes *práxis* jurisdicionais, com soluções erigidas sob a égide do transconstitucionalismo.

Não obstante, o exercício do direito comparado e, portanto, do transconstitucionalismo, permanece como uma questão complexa. Nesse diapasão, ressalta-se a crítica que parte da doutrina faz sobre a forma de como, eventualmente, o assunto é tratado. Segundo BOBEK, o debate acadêmico atual inclui diversos artigos, os quais trazem majoritariamente expressões v.g: ‘diálogos’, ‘comparativo’, ‘transnacional’, ‘global’, ‘comunitário’, ‘ascensão’, ‘nova ordem’, dentre outras³⁵. Em verdade, a maioria referidos artigos fazem um apanhado de alguns casos, notadamente, sobre o temário dos direitos humanos, sua incorporação e concretização nas ordens jurídicas internas, quando não, fazem basicamente referências ornamentais³⁶ a um caso

nova ordem proposta pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, pautada no princípio *pro homine*, e no novo *locus standi* conferido aos seres humanos, desenvolvido notadamente no cenário pós segunda guerra mundial e na esteira do movimento neoconstitucionalista, segundo o qual o ser humano deixa de ser objeto de direitos para passar a figurar como sujeito de direitos, alcançando-se assim, a máxima Kantiana, de que o homem é fim em si mesmo e não pode ser usado como meio. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A pessoa humana como sujeito de Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves, *Coord. Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso. D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 504.

34 KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Report of the Study Group of the International Law Commission. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 abr. 2006, p. 15.

35 BOBEK, Michal. *Comparative reasoning in European Supreme Courts*. Oxford University Press, 2013. p. 12

36 A ideia de um modelo de transconstitucionalismo ornamental também é acolhida por Luis Claudio Martins de Araujo. Conforme já exposto no presente artigo, MARTINS DE ARAUJO concebe em sua obra, o modelo decorativo, em que há mera referência desnecessária a elementos não nacionais, como meio de demonstrar

proveniente de uma ordem jurídica diferente, mas contido em uma decisão de determinada Corte Suprema ou Constitucional, concluindo que ali existe conversação entre Cortes.

Ainda relação ao direito comparado, notadamente do transconstitucionalismo, Bobek propõe o exame de dois elementos, quais sejam: o teórico³⁷ e o prático³⁸. Em sua obra traça-se longa e profícua análise das Cortes Supremas de variados países europeus e a relação dialógica travada entre estas e que o autor convencionou chamar de *comparative reasoning*³⁹ no uso de experiências de jurisdições locais, regionais, supranacionais, estrangeiras ou internacional. Ainda Segundo Bobek, em razão da complexidade do tema, empreender o exercício do direito comparado nas Cortes pode metaforicamente comparável a navegar entre Cila e Caríbidis⁴⁰.

2.1 TRANSCONSTITUCIONALISMO NO REINO UNIDO

conhecimento e autoridade. MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. *Constitucionalismo transfronteiriço, direito humanos e direitos fundamentais: a consciência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

37 “*The theoretical element comprises two levels: first, at the level of the national legal systems studied, the mainstream doctrinal views concerning the role and legitimacy of comparative reasoning by the courts are analyzed. Second, the national doctrines serve as the starting point for determining the common denominator for a positivistic approach to comparative reasoning by court*”. Cf BOBEK, Michal. *Comparative reasoning in European Supreme Courts*. Oxford University Press, 2013. p. 12

38 Trata-se da investigação por meio da *práxis* das Supremas Cortes de variados países europeus, no que concerne ao fenômeno do transconstitucionalismo. Idem.

39 Em livre tradução, entende-se o termo como “raciocínio comparativo”, ou como “argumentação comparativa”, considerando esta última como uma instância do uso da razão, no exercício da construção de uma solução transconstitucional.

40 “*The Scylla of militant comparativists or the global transnational legal prophets, who suggest that there must be ‘dialogues’ in every case, and the Charybdis of claims that comparative reasoning should never be employed by courts, either because the judges always get it wrong anyway (the soft version) or because they lack any constitutional legitimacy to do so and such practice is therefore undemocratic (the hard version)*”. BOBEK, Michal. *Comparative reasoning in European Supreme Courts*. Oxford University Press, 2013. p. 12

Diversos fatores fazem das Cortes britânicas um *locus* apropriado, para a formulação de decisões transconstitucionais na construção de solução de problemas convergentes à outras ordens jurídicas. O próprio atípico constitucionalismo inglês, mostra-se favorável a interpenetrações e conversações com as mais diversas ordens jurídicas⁴¹.

Nesse sentido, convém lembrar algumas noções prope-
dêuticas sobre a atipicidade do constitucionalismo britânico ⁴²,
contrapostas ao modelo continental, quais sejam: a) a condição
não escrita da Constituição britânica; b) conforme o princípio
exurgente da doutrina do *stare decisis*⁴³, o direito britânico é
um direito jurisprudencial⁴⁴ cuja fonte principal seria o prece-
dente judicial⁴⁵; já no direito constitucional continental, seria o

41 “*First of all, judges openly make law. In many areas of the law, judges openly act as rule-makers, thus looking for similar kinds of extra-systemic inspiration as a norm-setting body. Secondly, there is an open and inclusive theory of sources of law, which accepts persuasive authority in statutory interpretation as well as persuasive precedents. The incorporation of extra-systemic arguments thus poses no dogmatic problems. Thirdly, the style of judicial reasoning is open and discursive. The judges do not hesitate to draw inspiration from secondary sources and openly acknowledge such inspiration. Fourthly, the colonial and international tradition of the past centuries has prevented the emergence of the conception of law as an exclusively national enterprise.*”. BOBEK, Michal. *Comparative reasoning in European Supreme Courts*. Oxford University Press, 2013. p. 86

42 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 32

43 Nesse sentido esclarece Bobek: “*A precedent is generally speaking any prior decision of any court that can provide inspiration and possible analogy to a new case before a court. If the previous decision was issued by a superior court within the same judicial system, ie by an English superior court, the precedent will be, by virtue of the doctrine of stare decises, binding upon any lower court*”. BOBEK, Michal. *Comparative reasoning in European Supreme Courts*. Oxford University Press, 2013. p. 88

44 “*The English rules on interpretation are twofold, depending on the source of law which is to be interpreted: either a precedent, or a statute. Traditionally, considerable attention in the English doctrine has been paid to the interpretation of precedents; very little to the interpretation of statutes*”. Op. Cit., p. 87

45 Cabe aqui contextualizar a ideia do precedente judicial no âmbito do transconstitucionalismo. Segundo BARROSO, a ideia de precedente transnacional, deve ser trabalhada em paralelo com a construção do conceito de *ratio decidendi* ou de *holding* de uma decisão judicial, que corresponde ao entendimento jurídico emergente de um precedente, ou seja, do entendimento jurídico que serviu de base à decisão ou à

direito codificado; c) nos países continentais, a jurisdição constitucional está concentrada em um Tribunal Constitucional especializado⁴⁶; na Grã-Bretanha, ao contrário, a jurisdição constitucional é eminentemente difusa e competente aos órgãos judiciais ordinários; d) os Tribunais Constitucionais europeus exercem o controle das leis parlamentárias, cuja declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *erga omnes* e *ex nunc*⁴⁷. Tradicionalmente soma-se a essas noções, o conceito de supremacia do parlamento⁴⁸, mormente mitigado⁴⁹.

descrição do entendimento adotado pela corte, como premissa necessária ou adequada para decidir o caso concreto, à luz das razões invocadas pela maioria. A identificação da *ratio decidendi* pressupõe, a avaliação de alguns aspectos essenciais: i) os fatos relevantes, ii) a questão jurídica posta em juízo, iii) os fundamentos da decisão e iv) a solução de determinada demanda pela corte. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando uma nova lógica: ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Revista da Advocacia-Geral da União, v. 15, 2016, p. 09-52. *apud* MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. *Constitucionalismo transfronteiriço, direito humanos e direitos fundamentais: a consciência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

46 Cf. BALLE, José Maria Lafuente. *La judicialización de la interpretación constitucional*. Madrid: Colex, 2000. p. 155 e ss. *apud* STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 32

47 O Poder Judiciário europeu, assim como o americano (e o brasileiro), defende a hierarquia normativa estando a Constituição no seu ponto máximo. Mas, diferentemente do que acontece nos Estados Unidos e Grã-Bretanha, o Poder Judiciário europeu continental não possuía jurisdição sobre a Constituição: “The constitutional law is formally detached from hierarchy of laws which European judges are otherwise responsible for applying and defending” (SWEET, *Governing with judges*, op. cit., p. 33). Para tanto, a solução encontrada em muitos desses países foi a criação de uma nova instituição: o Tribunal Constitucional. Cf. BALLE, José Maria Lafuente. *La judicialización de la interpretación constitucional*. Madrid: Colex, 2000. p. 155 e ss. *apud* STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 32

48 Apesar dos problemas em torno da adaptação do Reino Unido à legislação comunitária, com certas vacilações e recuos como no caso da unificação monetária (visto que os britânicos não entraram ainda na denominada “zona euro”), o entendimento predominante tem sido o de que, como membro da União Europeia, o Reino Unido se obriga a determinadas condutas que implicam uma renúncia, ainda que não absoluta, à supremacia do Parlamento. HARTLEY, Trevor C. *Constitutional problems of the European Union*. Oxford: Hart, 1999, p. 174-175

49 Alguns autores, como Bradley, vão ainda mais longe e afirmam a quebra do princípio da supremacia do Parlamento com o Ato de 1972. STRECK, Lenio Luiz.

Destarte, aponta-se célebres casos, como *Hirst v. The United Kingdom* de 2006, em que o autor, um cidadão britânico foi condenado por crime de homicídio culposo, e proibido de votar em razão do *Represtation of the People Act Britântico*. Ao se debruçar sobre a questão a Corte Europeia de Direitos Humanos⁵⁰ entendeu que a proibição de forma indiscriminada do direito ao voto, recaindo de forma restritiva à todos os presos, não seria compatível com a convenção europeia⁵¹.

Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 246

50 Trata-se de Corte que tem como função precípua, a conservação e proteção da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950). A Convenção é, em essência, similar aos principais incisos do art. 5º da Constituição brasileira, e protege direitos básicos, como à vida, a liberdade contra tortura, contra o tratamento desumano, contra a escravidão, o direito a um julgamento justo, a irretroatividade da lei penal, direito à privacidade, liberdade de expressão, de imprensa, de associação e de casamento e o direito à propriedade. As cortes nacionais têm obrigação de interpretar as leis locais, o tanto quanto possível, de acordo com a Convenção. Contudo, se a Convenção e as leis locais entrarem diretamente em choque, as Cortes locais declaram que elas são incompatíveis e passa a caber ao governo nacional modificar as leis locais para se adequarem à Convenção ou declarar publicamente que embora a lei local despreste a Convenção, o governo pretende manter tal lei.

51 Em verdade, considerando a atipicidade do constitucionalismo britânico, notadamente o caráter não escrito da constituição britânica, no Reino Unido, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, funciona na prática como uma Constituição de Direitos Humanos. Nesse sentido, leciona STRECK: “ 1998, entrou em vigor a Lei dos Direitos Humanos (*Human Rights Act 1998*), em que está codificada toda a parte dogmática da Constituição. Seu preâmbulo manifesta que a lei é promulgada para conferir eficácia aos direitos e liberdades garantidos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Assim, todos os direitos que se reconhecem em qualquer Constituição continental (tutela jurisdicional, expressão etc.), aparecem igualmente regulados nessa lei de 1998. Além da enumeração dos direitos e liberdades, a Lei dos Direitos Humanos regula dois novos procedimentos. O primeiro é a declaração de incompatibilidade (*declaration of incompatibility*). Sobre a base de que os juízes e tribunais estão obrigados a interpretar a legislação nacional de maneira que se tornem compatíveis o Convênio e a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (arts. 2(1) (a) – 3 (1), a *House of Lords* pode declarar que uma lei parlamentar ou uma norma de desenvolvimento é incompatível com a Convenção Europeia e o *Human Rights Act* (arts. 4(1), 4(2), 4(3), 4(4). Desse modo, conforme o princípio do *stare decisis*, cada órgão judicial está limitado pelos precedentes de seus tribunais superiores, numa estrita ordem hierárquica, onde no vértice está a *House of Lords*, cujas decisões vinculam todas as instâncias judiciárias. Sendo assim, qualquer juiz ou tribunal britânico está vinculado

Contudo, malgrado decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Hirst. v. The United Kingdom*, a Suprema Corte do Reino Unido⁵² em casos análogos, quais sejam: *Me-Geoch v. Lord President* e *R. (Chester) v. Secretary of State for Justice*, proferiu decisão contrária a Corte Europeia de Direitos Humanos, negando os pedidos de *George McGeoch* e *Peter Chester*⁵³ de direito ao voto. Note-se que sob ambos pesavam

a uma declaração de incompatibilidade ditada pela *House of Lords*. A consequência será que uma lei declarada incompatível, ainda não sendo nula, deixará de ser aplicada pelos tribunais. Do ponto de vista prático, dá no mesmo que uma lei seja nula ou que, sendo válida, não seja aplicada”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 33

52 Não deve olvidar que apenas no ano de 2005, através do Ato de Reforma Constitucional, foi criada a Suprema Corte do Reino Unido, pois havia certa desconfiança em relação à existência de um órgão judiciário dentro do Parlamento. Instalada apenas em 2009, ela é composta por 12 *Justices* e é responsável por decidir as apelações advindas da Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia, resolvendo questões de grande interesse público, excluindo matéria criminal. Além disso, exerce a importante função de verificar a compatibilidade de sua legislação com a da União Europeia e da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Como há pouca movimentação na atividade desta Suprema Corte, ela é composta por somente 42 funcionários. Sobre o tema, ver: FREITAS, Vladimir Passos de. *Os resultados da nova Suprema Corte no Reino Unido*. Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-03/segunda-leitura-resultados-suprema-corte-reino-unido>>.

Acesso em 07 de janeiro de 2020.

53 Com relação a mesma matéria, após do exame de uma Câmara da Quarta Seção do TEDH ter decidido, por unanimidade, que houve uma violação do artigo 3º do Protocolo nº 1 por meio da aplicação da seção 3 da Lei de Representação do Povo Europeu, a Grande Câmara, respondendo a recurso do governo britânico, confirmou essa posição, sustentando, por doze votos a cinco, que houve uma violação do artigo 3º do Protocolo nº 1 e justificando esse entendimento principalmente nos seguintes termos: [...] embora o Tribunal reitere que a margem de apreciação é ampla, isso não abarca tudo. Ademais, embora a situação tenha melhorado com a Lei de 2000, que pela primeira vez concedeu o voto a pessoas detidas preventivamente, a seção 3 da Lei de 1983 continua a ser um instrumento contundente. Ela retira do direito convencional de votar uma categoria significativa de pessoas e faz isso de uma forma que é indiscriminada. A disposição impõe uma restrição geral a todos os presos condenados enquanto ainda na prisão. Ela aplica-se automaticamente a esses prisioneiros, independentemente da duração da sua pena e independentemente da natureza ou gravidade de seu delito e suas circunstâncias individuais. Tal restrição geral, automática e indiscriminada a um direito convencional de vital importância deve ser vista como estando fora de qualquer margem aceitável de apreciação, o quanto ampla possa ser essa margem, e como sendo incompatível com o artigo 3º do Protocolo nº 1. Cf. *Case of Hirst*

condenações à prisão perpétua por assassinato.

No mesmo sentido, o tema foi retomado pelo Supremo Tribunal de Justiça no julgamento do caso *R (Chester) v. Secretary of State for Justice e McGeoch v. Lord President*, tendo sido reiterada a posição sustentada no caso *Hirst* pelo Superior Tribunal de Justiça⁵⁴. Na ocasião, Lord Mance referiu-se à importância de um diálogo com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Contudo, ao que parece que se trata de um diálogo mais relacionado com influenciar o último do que deixar-se influenciar por suas decisões, como se pode inferir em alguns trechos do seu voto⁵⁵.

Não obstante, em 2001 a justiça britânica considerou a restrição ora em exame, compatível com o *Human Rights Acts* 56, conforme se observa em: *Her Majesty's High Court of Justice of English Wales em Regina (Pearson Martinez and Hirst) v. Secretary of State for Home department and Others e Hirst v. Attonery-General*.

No emblemático caso *Derbyshire County Council v. Times Newspaper Ltd. And others* de 1993, verifica-se a manifestação do fenômeno constitucional entre cortes, ou melhor, entre

v. Reino Unido (No. 2) – 74025/01 [2005], 6 de outubro de 2005. Sobre esse caso, ver Powers, William Ashby, “Hirst v Reino Unido (No. 2): A First Look at Prisoner Disenfranchisement by the European Court of Human Rights”. Connecticut Journal of International Law, v. 21, 2006. p. 243-95

54 NEVES, Marcelo. *Comparando Transconstitucionalismo em uma Sociedade Mundial Assimétrica: Pressupostos Conceptuais e Ponderações Autocríticas*. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 14, n. 03, p. 37-58, jul./set. 2015. p. 52.

55“ Em relação à autoridade consistente em uma ou mais decisões da Câmara simples, o diálogo com Estrasburgo pelos tribunais nacionais, incluindo a Suprema Corte, tem-se mostrado valioso nos últimos anos. O processo permite que os tribunais nacionais expressem as suas preocupações e, em um caso apropriado como *R v. Horncastle*, recusem-se a seguir a jurisprudência de Strasbourg, na confiança de que a expressão fundamentada de um ponto de vista nacional divergente vai levar a uma séria revisão da posição em Estrasburgo”. Cf. *R (Chester) v. Secretary of State fo Justice e McGeoch v. Lord President* [de 2013] UKSC 63, § 27. *apud*. Op. Cit., p. 52

56 MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. *Constitucionalismo transfronteiriço, direito humanos e direitos fundamentais: a consciência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 66

órgão com funções jurisdicionais (*House of Lords*)⁵⁷ e uma corte constitucional estrangeira (Suprema Corte americana). Nesse sentido, observa diálogo transfronteiriço entre a Câmara dos Lordes e a Suprema Corte Americana⁵⁸, ao rejeitar ação de difamação, com base na jurisprudência norte-americana sobre a liberdade de expressão. Verifica-se portanto, crescente tendência do alto judiciário britânico a concordar com a autoridade persuasiva dos valores constitucionais de outras nações democráticas, quando se tratar de disposições ambíguas de leis ou do *common law* que tenham impacto sobre temas de liberdades civis⁵⁹.

Destarte, diante das peculiaridades e complexidades dos casos supracitados, o lado negativo dos entrelaçamentos constitucionais não nos deixa esquecer o desafio cada vez mais presente de problemas transconstitucionais ⁶⁰, cujo processamento

57 A Câmara dos Lordes não era a única corte de último recurso no Reino Unido; em alguns casos, esse papel era cumprido pelo Muito Honorável Conselho Privado de Sua Majestade. O ato da reforma constitucional 2005 transferiu as funções judiciais dos lordes à Suprema Corte do Reino Unido. Nesse sentido, o *Reform Act* 2005 retirou os poderes jurisdicionais exercidos historicamente pela *House of Lords*, entregando-os a uma Corte soberana e independente do Legislativo – a *United Kingdom Supreme Court*. Mudou-se, com isso, a configuração dos poderes, suas recíprocas relações e interdependências. Seguramente, o *Reform Act* de 2005, ao ampliar o papel do Judiciário, restringiu o papel do Parlamento. FENNELL, Monica A. *Emergent Identity: A comparative analysis of the new Supreme Court of the United Kingdom and the Supreme Court of the United States*. 22 *Temp. Int'l & Comp.* p. 279-305. 2008

58 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WPF Martins Fontes, 2009, p. 177

59 Segundo, NEVES: “(...) Essa maneira de – ao controntar-se com problemas jurídicos-constitucionais, como destacadamente a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa – invocar dispositivos constitucionais e a respectiva jurisprudência de outro país com base para as suas próprias decisões, no âmbito do judiciário enraizado em uma forte tradição jurídica e em uma ordem jurídica que não conta com uma Constituição escrita, é um forte indício do desenvolvimento de um transconstitucionalismo. Nesse contexto, embora a opção da ordem jurídica britânica tenha sido pela não adoção de um documento constitucional, tribunais superiores dessa ordem recorrem a textos constitucionais de outros ordenamentos e, inclusive, às respectivas jurisprudências estrangeiras que se dedicam à exegese desses diplomas normativos”. *Op. Cit.*, p. 178

60 NEVES, Marcelo. *Comparando Transconstitucionalismo em uma Sociedade*

e cuja eventual solução não são de esperar-se em uma *ultima ratio* discursiva de um ponto de observação privilegiado, mas na precária racionalidade transversal não apenas de “diálogos” ou “conversações”⁶¹, mas também de engajamentos conflituosamente construtivos com colisões.

2.2 TRANSCONSTITUCIONALISMO NA ALEMANHA

A tradição jurídica alemã é relativamente aberta para inspições de natureza não compulsória, de caráter internacional ou estrangeiro⁶². Nesse sentido, poder-se-ia dizer que no geral, espírito do jurisdicional alemão está eivado de um *mainstream* de “legalidade tolerante”⁶³. Resta claro, que as principais e mais importantes ferramentas para a justificação de qualquer decisão judicial são a constituição alemã⁶⁴ e os estatutos nacionais. Não

Mundial Assimétrica: Pressupostos Conceptuais e Ponderações Autocríticas. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 14, n. 03, p. 37-58, jul./set. 2015. p. 55

61 Ressalta-se que a expressão “Diálogo”, nesse contexto, não tem o condão de se referir a uma comunicação orientada para o consenso, mas antes se refere a formas de comunicação orientada para influenciar e modificar, reciprocamente, um ao outro, revelando os limites das perspectivas correspondentes, sem que daí possa esperar-se algo como consenso, em uma acepção análoga à formulada por FEYERABEND, Paul K. *Three dialogues on knowledge*. Oxford: Basil Blackwell.

62 Em outro sentido, “ (...) Na Alemanha, apesar de se observar certa postura refratária ao uso de decisões estrangeiras e internacionais pelas cortes domésticas, há também histórico decisões tomadas com base em precedentes estrangeiros, como na construção jurisprudencial do *Bundesverfassungsgericht* no caso Caroline de Monaco II de 1999 (...)”. MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio Martins de. *Constitucionalismo transfronteiriço, direito humanos e direitos fundamentais: a consciência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 231

63 Expressão preconizada por Bobek, para caracterizar a permeabilidade do sistema jurídico alemão à experiências e influências de direito comparado. BOBEK, Michal. *Comparative reasoning in European Supreme Courts*. Oxford University Press, 2013. p. 120

64 Em verdade, pode-se verificar a abertura ao Direito Internacional no ordenamento jurídico alemão, na consagração do princípio da preeminência do direito internacional, positivado no artigo 25 da Constituição Alemã: “ As regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território

obstante, outras fontes de inspiração jurídica, notadamente, as acadêmicas, tendem a ser ostensivamente valorizadas.

A estrutura da justiça federal alemã é caracterizada pela existência de seis jurisdições federais distintas, institucionalmente separadas, quais sejam: O Tribunal Federal de Justiça: (*Bundesgerichtshof* – BHG); o Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht* – BverwG), o Tribunal Federal de Finanças (*Bundesfinanzhof* – BFH); O Tribunal Federal Social (*Bundessozialgericht* – BSG); e o Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht* – BAG). Em termos constitucionais a jurisdição é exercida pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* – BverfG)⁶⁵.

federal”. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 21/01/2019

65 Sobre esse ponto, leciona STRECK de forma pormenorizada: Na República Federal da Alemanha, a jurisdição constitucional está a cargo do *Bundesverfassungsgericht*, criado em 1951, e dos tribunais constitucionais dos Länder. Ao lado da jurisdição especial, que é a constitucional, existem na Alemanha tribunais ordinários, que decidem em matéria civil e penal; tribunais administrativos comuns, que decidem as questões que não entram na competência dos tribunais administrativos especiais; tribunais de finanças, que são competentes para litígios fiscais; tribunais sociais, que decidem litígios relativos à segurança social e à atividade dos médicos ligados às caixas públicas de seguro de saúde; e, finalmente, tribunais do trabalho, que são competentes para os litígios relativos aos contratos individuais e coletivos de trabalho, bem como para os relativos à organização interna das empresas e à participação dos trabalhadores na sua gestão. Os tribunais de cúpula são, respectivamente, o Tribunal Federal de Justiça, o Tribunal Federal Administrativo, o Tribunal Federal de Finanças, o Tribunal Federal Social e o Tribunal Federal do Trabalho. O Tribunal Constitucional Federal é composto por dezesseis membros, escolhidos entre juízes federais e outros membros (professores, juristas), sendo metade eleita pelo Parlamento Federal (*Bundestag*) e metade eleita pelo Conselho Federal (*Bundesrat*), representando, assim, simultaneamente, o povo da federação e os do Länder. O mandato é de 12 anos, não renovável. O Tribunal é composto por dois senados, tendo cada um, oito membros. Dos juízes de cada Senado, três são escolhidos dentre os juízes dos tribunais federais superiores. A idade mínima dos magistrados do Tribunal Constitucional é de quarenta anos. Os juízes de cada Senado serão escolhidos da seguinte forma: metade pelo *Bundestag* e metade pelo *Bundesrat*. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 68

Há algum consenso⁶⁶, no sentido que o direito comparado deve ter lugar no processo de aplicação das leis domésticas. Contudo, não se pode dizer que há o mesmo consenso sobre em qual exatamente categoria acadêmica, os argumentos de direito comparados devem ser classificados⁶⁸. Os debates acerca do direito comparado na academia alemã, remontam a antes da primeira guerra mundial. Os primeiros indícios apontam mesmo antes de 1900⁶⁹, argumentos de direito comparado poderiam ser usados na interpretação de leis domésticas. Contudo, de forma geral estudos comparatistas na Alemanha costumam estar associados ao período da Primeira Guerra Mundial.

Em 1949 Konrad Zweigert, relança o debate sobre a utilidade do direito comparado para interpretação judicial das leis. Em sua obra, *Antrittvorslesung in Tübingen*, Zweigert afirma que o direito comparado deveria se tornar um “método de

66 Verifica-se outrossim, entendimento diverso: “(...) a ideia de vinculação aos precedentes transnacionais por exemplo, ainda é um tema bastante caro para a jurisdição alemã. Todavia, sem sombra de dúvida, não há como negar o devido peso argumentativo ao direito transnacional, na interpretação jurisdicional local. Tal ponto foi debatido em alguns casos julgados pelo *Bundesverfassungsgerricht* alemão. Assim, por exemplo, no caso *Gorgülü* de 2004, se discutiu as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, vinculariam ou não aos juízes alemães, tendo se entendido que, embora as decisões da CEDH não sejam vinculantes para os tribunais alemães, estes têm a obrigação de levar em conta seus argumentos (...)”. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WPF Martins Fontes, 2009, p. 139, 156-158. *apud* MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio Martins de. *Constitucionalismo transfronteiriço, direito humanos e direitos fundamentais: a consciência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 231

67 De acordo com Marcelo Neves “O Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgerricht* ou BvG), em particular, tem uma longa história de engajar e desafiar o TJCE como uma corte co-igual antes que superior (...) o BvG tem sido mais franco e, talvez o mais peremptório na sua relação com o TJCE, mas não esá sozinho, contando com apoio das cortes superiores da Itália, França e Bélgica”. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WPF Martins Fontes, 2009, p. 161.

68 BOBEK, Michal. *Comparative reasoning in European Supreme Courts*. Oxford University Press, 2013. p. 122.

69 J Kohler, em sua obra sugere estudos comparativos do “*Culturstaaten*” como ferramenta para discernir os objetivos práticos da regulação e a *modus operandi* das instituições jurídicas. KOHLER, J. ‘*Über die Interpretation von Gesetzen*’ (1886) *XIII Zeitschrift für das Privatrecht und öffentliches Recht der Gegenwart* 1. p.37

interpretação universal”⁷⁰.

O Tribunal Constitucional Federal é órgão jurisdicional onde se observa o maior número de referências a fontes de direito comparado, de caráter não compulsório (considerando o artigo 25 da Constituição Alemã), mesmo entre os outros tribunais em nível federal. Contudo, quantitativamente, o número de casos é inexpressivo. Em média, um ou dois casos por ano, entre centenas de decisões daquele tribunal. Não obstante, o interesse por direito comparado e a utilização de argumentos baseados em direito internacional e estrangeiro, tem se mostrado estável toda a história do Tribunal Constitucional da Alemanha (BVerfG)⁷¹.

O Tribunal Constitucional Federal reconheceu que o uso de direito comparado pode funcionar como meio auxiliar para interpretação e o preenchimento de lacunas⁷². O juiz constitucional federal é portanto, obrigado, em determinadas circunstâncias, a olhar para além sistema jurídico interno e trabalhar de forma comparativa⁷³. Em alguns casos, o Tribunal Constitucional se utilizou de decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)⁷⁴.

⁷⁰ Zweigert, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode* (1949) 15 *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht* 5.

⁷¹ BOBEK, Michal. *Comparative reasoning in European Supreme Courts*. Oxford University Press, 2013. p. 151

⁷² AM Cárdenas Paulsen, *Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* (Dr Kovač 2009). *apud* BOBEK, Michal. *Comparative reasoning in European Supreme Courts*. Oxford University Press, 2013. p. 151.

⁷³ *The reference to foreign law in these cases would be multiple, involving not only the references to decisions of international courts or adjudication bodies (International Court of Justice; the Permanent Court of International Justice; International Criminal Court for Former Yugoslavia; and various arbitration courts), but also the decisions of national courts deciding on international public law issues. From the more recent cases, see, eg: BVerfGE 118, 244; BVerfGE 118, 124; BVerfGE 117, 141; BVerfGE 116, 68; BVerfGE 113, 273; BVerfGE 112, 1; BVerfGE 104, 151. apud Idem.*

⁷⁴ Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (2007), o seu nome mudou de Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para Tribunal de Justiça da União Europeia. O TJUE como arcabouço jurídico os documentos comunitários, dentre eles,

Não obstante, muito embora o Tribunal Constitucional alemão preocupe-se mais com o aspecto qualitativo da utilização do direito comparado, nas construções de suas decisões em casos complexos, Jörg Mössner sugere que o Tribunal use lance mão do direito comparado em determinadas situações⁷⁵. As inspirações mais comumente invocadas pelo Tribunal Constitucional são em ordem crescente: A Suprema Corte Americana, Casos da jurisdição Suíça no âmbito federal, seguidas pela Áustria e França⁷⁶.

Nesse sentido, para efeito ilustrativo, traz-se a lume um problema transconstitucional, em verdade, conforme já aludido

notadamente, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Note-se que da existência de dois tribunais distintos, supranacionais na Europa, quais sejam: CEDH e o TJUE podem se exsurgir conflitos, ou seja, problemas transconstitucionais europeus ou, supranacionais, considerando a necessidade de alinhar os discursos de ambos tribunais, notadamente em problemas comuns compartilhados por ordens jurídicas distintas.

75“ (...) *First, the BVerfG refers to foreign authorities for additional support in order to positively create a new constitutional principle, stating that such a principle which it decided to announce is also known Second, foreign inspiration serves for the negative concretization of a domestic constitutional principle: a foreign solution would be distinguished from the German one by stating that the solution extant in country X is not Third, a reference to legislative solutions in other countries may also be employed as a sociological/empirical argument, demonstrating that a certain legislative solution is possible or accept The areas in which comparative reasoning was used included fundamental but also competence issues in constitutional review, the interpretation of international treaties, and also instance in which the BVerfG was looking into the domestic application of EU law in other Member States*”. *apud* Op. Cit., p. 154-155.

76 “*The most often invoked inspiration in the case law of the BVerfG is the legal system of the USA, mostly decisions of the US Supreme Court. Swiss (federal) case law takes the second place, followed by Austria and France. Other geographical sources of inspiration worth mentioning include English law, Italy, and the Netherlands. There are, however, also cases which cannot be geographically allocated. The BVerfG generally referred to simply ‘most countries’ or ‘generally accepted or shared values’ (of the Western world), without, however, supporting these claims with any exact references. One may note, especially in the newer decisions of the BVerfG, a rise in the number of countries included in a comparative survey. Whereas in the earlier cases, a comparative argument typically included just reference to one, two or perhaps three countries, in the more recent decisions, there are cases with almost a dozen countries referred to*”. *Op. Cit.*, p. 155.

no presente tópico, um conflito de entendimentos entre uma corte local/nacional – no caso em tela o Tribunal Constitucional Federal (BverfG) – e a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), em sede de direitos à privacidade e à intimidade, qual seja: O caso da princesa Caroline de Mônaco.

Em 2003 a Tribunal Constitucional alemão rejeitou recurso da princesa Caroline de Mônaco contra a imprensa alemã, que havia publicado fotos dela e de sua família em momentos privados. Para a corte alemã⁷⁷, o direito à intimidade de personagens públicos é diferente do de pessoas comuns. Inconformada, a princesa entrou com ação junto à Corte Europeia de Direitos Humanos, que decidiu em sentido contrário: a invasão da intimidade da princesa foi indevida. A decisão da Corte Europeia, contudo, não derruba a tomada pelo tribunal alemão pois não há uma hierarquia entre os dois tribunais. A mesma discussão de cunho constitucional foi tratada de maneira diferente por cortes de ordens diversas. Nesse sentido, para resolver a questão o transconstitucionalismo emerge, como forma de adequação recíproca e diálogo, no lugar de tentar impor uma ordem sobre a outra⁷⁸.

77 “(...) Até que em 2004, no caso Von Hannover c. Alemanha, o TEDH deu razão à princesa Carolina e ao seu marido, o príncipe Ernst August von Hannover: para o TEDH, a privacidade, mesmo das figuras públicas, não findava à saída da porta de casa. A partir daí, os tribunais alemães com mais ou menos resistência foram absorvendo os ensinamentos da decisão do TEDH, passando a ter mais em conta o direito à privacidade, sendo certo que a princesa Carolina e seu marido bombardearam os tribunais com providências cautelares para impedir a publicação de fotografias suas, invocando aquela decisão do TEDH”. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2012/04/06/jornal/a-privacidade-da-princesa-carolina-do-monaco-24321122>>. Acesso em 19/01/2020.

78 Assim “a nova semiótica do constitucionalismo, não apenas leva a uma relação horizontal entre Estados, como também implica na abertura cognitiva de sistemas jurídicos, permitindo a detecção de assimetrias nas relações transfronteiriças. Ademais, o paradoxo da transversalidade importa, na busca das cortes do sistema global, de atuarem em redes de entrelaçamento ao enfrentar problemas jurídicos que perpassem diversas ordens jurídicas, em questões de direitos fundamentais, Direitos Humanos e limitações de poder, proporcionando a intensificação do aprendizado mediante observações recíprocas entre os sistemas. MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio.

Ainda no mesmo sentido, convém lembrar o caso *Geschwisterbeischlaf* 79 de 2006 no qual o *Bundesverfassungsgerricht* travou diálogos com cortes constitucionais de outros países europeus, notadamente: a Corte Constitucional da Itália e a Corte Constitucional de Hungria, usando como fundamento, as sentenças das cortes supracitadas⁸⁰, ao analisar a proibição penal de incesto positivada no §173 (2) do *Strafgesetzbuch* (Código Penal Alemão). Destarte, no dia 26 de fevereiro de 2006, concluiu-se pela rejeição de queixa constitucional de condenação por relação sexual entre parentes, foram examinadas a *Sentenza* 518/2000, do Tribunal Constitucional da Itália, ‘pela qual o objetivo da norma penal seria a proteção da vida familiar pela exclusão de contato sexual entre seus membros, exceto cônjuges’, e a *Határozat* n. 20/1999, da Corte Constitucional da Hungria, ‘pela qual a constitucionalidade da criminalização das relações sexuais entre irmãos foi reconhecida’.

2.3 TRANSCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

No presente item serão analisados casos concretos, julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, em que o Tribunal se debruçou sobre temas

Constitucionalismo transfronteiriço, direito humanos e direitos fundamentais: a consciência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transacionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 85-87.

79 Em linhas gerais, trata-se de caso de incesto entre irmãos, filhos dos meus pais ocorrido na Alemanha, sobre o qual se pronunciou tanto o Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) quanto o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). As duas cortes julgaram o crime de incesto, previsto no Código Penal alemão (§ 173, 2º, StGB), compatível com a Constituição alemã (*Grundgesetz*) e com a Convenção Europeia de Direitos do Homem. NISCO, Attilio. *Controle das escolhas de incriminação e eclipse do bem jurídico: o caso do incesto no direito alemão*. Disponível em: <<http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/REC%2051%20-%20doutrina%20estrageira.pdf>>. Acesso em 12 de março de 2020.

80 Cf. MORAES, Guilherme Peña. *Constitucionalismo multinacional: uso da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 57

já discutidos por outras ordens jurídicas, tendo-se valido de alusão às decisões de órgãos jurisdicionais pertencentes a ordens jurídicas distintas na discussão da matéria. Outrossim, também serão mencionados casos em que o esperado diálogo transconstitucional não se verificou. Tal análise permitirá chegar a uma resposta ao problema que dá título ao artigo.

Inúmeros são os processos em que o STF enfrentou uma matéria passível de ser discutida a partir da óptica do transconstitucionalismo, seja porque outras Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais já haviam enfrentado a matéria, seja por conta da existência de tratados internacionais relacionados ao assunto.

Nesse sentido, observa-se, *prima facie*, duas dificuldades: a primeira consiste no número de casos a serem selecionados e a segunda consiste em quais casos selecionar. Foram selecionados três casos, notadamente, em razão de exiguidade e concisão que exige um artigo acadêmico. Destarte, levou-se em consideração a importância da matéria discutida para os direitos fundamentais e os direitos humanos, relevando-se a importância dos diálogos transnacionais.

Em tese, todas as causas levadas ao Supremo Tribunal Federal são revestidas de grande relevância, o que se acentuou com a exigência de repercussão geral para interposição do Recurso Extraordinário com o advento da EC 45/2004. Contudo, os casos selecionados são paradigmáticos e indicam um norte para uma infinidade de processos idênticos ou similares.

No caso *Gomes Lund* (APDF 153/DF)⁸¹, verifica-se clara presença de transconstitucionalismo. No caso em exame, a presença do transconstitucionalismo é passível de observação nos votos dos Ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Celso de Melo, e César Peluso. Destarte, há presença do

81 Observa-se conflito entre a sentença da Corte da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund* e o acórdão do STF na ADPF 153 de 29 de abril de 2010, este último representando um verdadeiro obstáculo à punição penal de responsáveis por violações de direitos humanos, cometidas durante a ditadura militar no Brasil, no contexto da guerrilha do Araguaia.

transconstitucionalismo na ementa do acórdão, em verdade, para rejeitar a sua aplicação em virtude do fato de que o tratado internacional citado ser posterior à Lei nº 6.683/79. Nesse sentido, o Ministro utilizou-se do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais para rejeitar a aplicação no caso enfrentado pelo STF, explicando, como dito, que a experiência alienígena tem peculiaridades que não autorizam a importação. É uma espécie de "utilização às avessas do fenômeno do transconstitucionalismo", que, ainda assim, não deixa de ser utilização, já que procura explicar como se desenvolveu o enfrentamento da mesma questão constitucional em outra ordem jurídica. O raciocínio do Ministro, embora a experiência possa realmente demonstrar que, na experiência alienígena, haviam peculiaridades que desautorizam a importação do exemplo, apresenta pontos frágeis.

Outrossim, destaca-se que em diversos momentos houve presença no transconstitucionalismo no voto do Relator⁸², notadamente com a alusão as seguintes referências à outras ordens jurídicas da América Latina, com busca a construção de uma justificação argumentativa, quais sejam: Decreto- Lei 2.191, de 18 de abril de 1978 “*Ley de Amnistia*” (Chile); Lei nº 22.924 “*Ley de Pacificación* de 23 de março de 1983 (Argentina); Lei 15.737 de 8 de março de 1985 (Uruguai).

No mesmo sentido, observa-se também alusão ao entendimento do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas acerca das providências que o Judiciário dos Estados partes devem adotar acerca dos períodos autoritários em que vigia a flagrante violação de direitos humanos⁸³. Ainda

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In: Arguente Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. Diário da Justiça, n. 145, p. 118, ago. 2010. [Voto do Ministro Ricardo Lewandowski].

83 Na mesma linha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que os Estados partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - também internalizada pelo Brasil - têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da ratificação do seu texto, conforme estabelece o seu art. 1.1. A Corte Interamericana acrescentou, ainda,

nesse diapasão, menciona-se posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸⁴, seguindo a mesma linha intelectual do Comitê de Direitos Humanos da ONU.

Em derradeiro, merece atenção o entendimento constante no voto, de que a revisão da Lei de Anistia depende de "mudanças do tempo e da sociedade", e, se sobrevier mudança, caberia ao Legislativo fazê-la, e não ao Judiciário, porque, no seu entendimento, haveria aí um exercício de atividade legiferante, que não é prerrogativa deste Poder. Esse foi um dos argumentos do Ministro para justificar sua decisão de manter intacta a Lei de Anistia.

O citado comentário do Ministro relator, que foi repetido algumas vezes ao longo de seu voto, vai de encontro à própria missão histórica da jurisdição constitucional contemporânea. No paradigmático caso *Brown v. Board of Education*⁸⁵, de 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou a uma instituição pública de ensino médio exclusiva para brancos no estado do Kansas que procedesse à matrícula de uma jovem negra. Essa decisão é considerada um dos principais marcos do fim da

que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando a responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In: Arguente Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. Diário da Justiça, n. 145, p. 1135, ago. 2010. [Voto do Ministro Ricardo Lewandowski].

84 A Corte Interamericana determina, assim como explicado pouco antes em relação ao Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, que os Estados partes têm o dever de punir as graves violações de direitos humanos ocorridas no passado e no presente, medida esta, sem a qual o Estado está descumprindo a Convenção, e sujeito à responsabilização internacional. Em nota de rodapé a esse comentário, o Min. Ricardo Lewandowski elenca casos julgados pela CIDH em que se fixou esse entendimento. São eles: Caso Goiburú e outros; Caso Ximenes Lopes, Caso Caso Baldeón García, Caso Massacre de Pueblo Bello, Caso do Massacre de Mapiripán.

85 Suprema Corte dos Estados Unidos da América - *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 – 1954.

segregação racial nos Estados Unidos da América⁸⁶. A escolha foi justamente não esperar por "mudanças do tempo e da sociedade". Talvez essas mudanças não viriam ou muito retardariam a vir se não fosse a postura ativa e corajosa daqueles Juízes. Esperar que a sociedade civil ou o Legislativo se mobilize para tornar um projeto realidade, leva o Judiciário a escusar-se de fazê-lo.

Não obstante, na APDF 153, pode-se apontar certa ausência de diálogo transnacional entre o Supremo Tribunal Federal 87, ao entender pela compatibilidade constitucional da lei 6.683/79 (Lei da Anistia). Diante disso, o STF foi de encontro ao julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Julia Gomes Lund et al* e outros v. Brasil (Guerrilha do Araguaia) de 2010, que determinou que se eliminassem todos os obstáculos jurídicos e políticos, para que o Brasil investigasse e julgasse criminalmente, os responsáveis pela perpetração do crime de desaparecimento forçado e de outros crimes contra a humanidade ocorridos durante o regime militar.

Noutro giro, ressaltamos também outro caso emblemático, em sede de transconstitucionalismo, trata-se do Habeas Corpus⁸⁸ nº 82.242/RS. Em 12 de novembro de 1991, o

86 Referindo-se às “Falhas de Fundação” do sistema constitucional americano, afirma Ackerman (1997, p.88): “A mais evidente é a política excludente praticada pelos fundadores. Para conquistar o direito de falar pelo povo, os federalistas não supunham que eles precisassem apelar para as mulheres, escravos ou indígenas. “Adverte então: “Mas o projeto de fundação, no que concerne à democracia dualista, teria perdido toda a credibilidade se os americanos não tivessem evoluído muito além da estreita concepção fundadora expressa na fórmula ‘Nós o Povo’ (1998. Pp. 88 s.). Por “democracia dualista” (ou “Constituição) dualista, Ackerman compreende a característica do sistema constitucional americano de procurar “distinguir entre duas diferentes decisões que podem ser tomadas em uma democracia. A primeira é a decisão pelo povo americano; a segunda, pelo seu governo” (1991, p.6). ACKERMAN, Bruce. *The Rise of World Constitutionalism*. Virginia Law Review, v. 83, 1997.

87 MARTINS ARAUJO, Luis Claudio. *Constitucionalismo transfronteiriço, direito humanos e direitos fundamentais: a consciência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 208

88 Trata-se do Habeas Corpus nº 82.424/RS, de 17 de novembro de 2003, que teve como resultado o indeferimento unânime da ação pelo STF. O Pleno caracterizou

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia contra Siegfried Ellwanger Castan sob a acusação de prática do crime previsto no art. 20, caput, da Lei n° 7.716/89, com a redação dada pela Lei n° 8.081/90. Em 14 de novembro de 1991, a denúncia foi aceita pelo Juiz de Direito da 8ª Vara Criminal de Porto Alegre-RS. O réu era acusado de ter, na qualidade de escritor e sócio da empresa “Revisão Editora Ltda”, editado, vendido, e distribuído ao público obras de conteúdo antissemitico. A denúncia foi formulada a partir da representação de terceiros (um deles enquanto representante da Federação Israelita do Rio Grande do Sul).

No caso em exame, a presença do transconstitucionalismo é constatada nos votos dos Ministros Maurício Corrêa, Moreira Alves, Celso de Melo, Gilmar Mendes, e Marco Aurélio. Outrossim, ficou registrada fundamentação à luz do transconstitucionalismo na ementa do acórdão.

Observa-se, uma ampla utilização de decisões emanadas de Tribunais estatais estrangeiros (transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais), alusão a tratados e convenções de âmbito internacional (transconstitucionalismo entre direito estatal e direito regional), bem como alusão a tratados e convenções de âmbito internacional (transconstitucionalismo entre direito estatal e direito internacional). Não só nos votos dos Ministros citados, como também na própria ementa do acórdão. Destaca-se o voto do Min. Maurício Corrêa o qual faz alerta ao fato de que a defesa dos réus, na Suprema Corte americana, sustentou exatamente a mesma tese de Siegfried Ellwanger: por não existirem raças distintas, apenas uma (a raça humana), o que é

como crime racial a publicação de livro contendo uma negação a existência do holocausto, sustentando a imprescritibilidade do crime, bem como jurisprudência constitucional estrangeira, como a Câmara dos Lordes da Inglaterra, a Suprema Corte norte-americana e a Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos, a qual foi fundamental para o indeferimento da ação, pois as Cortes dos Estados de direito democrático adotavam em seu ordenamento jurídico punições para delitos que estimulem e propaguem a segregação racial.

comprovado pelas mais modernas pesquisas do genoma humano, o paciente não podia ter discriminado alguém pelo motivo da raça. Assim, não se estava diante de crime de racismo.

Não obstante, a farta referência à jurisprudência estrangeira e internacional, constante no HC 82242 de 200389, mostrou-se determinante como elemento integrante para a formação da *ratio decidendi* e para o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao considerar como crime de racismo a publicação de obra de conteúdo antissemita⁹⁰.

Ainda no mesmo sentido, faz-se oportuno lembrar outro caso paradigmático de transconstitucionalismo no Brasil, qual seja: O caso da ADPF 186 (Cotas étnico-raciais)⁹¹, no qual interfere-se claramente o fenômeno transconstitucional entre a corte constitucional americana e a corte constitucional brasileira, através da utilização da experiência americana⁹², consubstanciada em inúmeras referências pelo Supremo Tribunal Federal (STF), às decisões das Suprema Corte dos Estados Unidos, para a construção de uma *ratio decidendi*⁹³ no enfrentamento de um

89 Lembra MARTINS DE ARAUJO que o STF valeu-se dos argumentos do caso *Jersild v. Dinamarca*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos ao tratar da publicação pelo jornal dinamarquês ‘information’, em sua revista dominical, de artigo sobre as atitudes racistas de membros de um grupo de jovens, chamados ‘camisas verdes’. MARTINS DE ARAUJO, *Luis Claudio. Constitucionalismo transfronteiriço, direito humanos e direitos fundamentais: a consciência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 211

90 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WPF Martins Fontes, 2009, p. 263. *apud* Idem.

91 Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em 11 de março de 2020.

92 Em verdade, a presença da escravidão legal até a segunda metade do século XIX, assim como a segregação racista institucionalizada que perdurou oficialmente até a decisão do caso *Brown v. Board of Education* (1954) e realmente até o advento das ações afirmativas nos anos sessenta, é a prova inquestionável do desnível abismal entre a semântica constitucionalista e os limites estruturais dos direitos fundamentais nos Estados Unidos. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1ª ed. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2009. p. 61

93 Nesse sentido “o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas importa que, em

problema constitucional comum. Ao considerar constitucional a política de cotas étnico-raciais para a seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB), o STF se valeu de argumentos da Suprema Corte norte-americana nos casos das políticas de ação afirmativa v.g: *Bakke v. Regents of University of California* (1978), *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003), impondo reparação histórica, considerando os danos pretéritos em relação aos negros, com o escopo de promover uma sociedade solidária, a erradicação da situação de marginalidade e de desigualdade, além da promoção do bens de todos, sem preconceito em razão da cor da pele⁹⁴.

CONCLUSÃO

Com o decurso do processo histórico-fenomenológico, constitucionalistas de diversas matrizes teóricas⁹⁵, outrora

casos tipicamente constitucionais, as decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas em decisões de tribunal constitucional de um determinado Estado não só como *obiter dicta*, mas como elementos construtores da *ratio decidendi*. Nesse caso, o “transjudicialismo” implica uma releitura dos autofundamentos constitucionais da própria ordem que se toma como ponto de partida, transformando-se em transconstitucionalismo (...).” Op. Cit., p. 167-168

94 De acordo com o STF “Foi exatamente a percepção de que a diversidade é componente essencial da formação universitária que pautou as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América nos casos em que ela examinou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, a exemplo de *Bakke v. Regents of the University of California* de 1978, *Gratz v. Bollinger* de 2003 e *Grutter v. Bollinger* de 2003. Em tais julgados, a Suprema Corte dos EUA, avaliou, antes de tudo, a forma pela qual as instituições que adotaram ações afirmativas promoviam a diversidade étnico-racial. O tribunal não examinou simplesmente se o critério adotado era constitucional ou inconstitucional em si mesmo. Exigiu em cada caso, a demonstração que o fundamento da discriminação positiva adotado pela instituição levaria a uma maior integração e igualdade entre as pessoas, segundo o critério denominado *narrowly tailored*”. Cf. MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. *Constitucionalismo transfronteiriço, direito humanos e direitos fundamentais: a consciência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 212.

95 Verifica-se verdadeiro espraiamento da ideia do Transconstitucionalismo, influenciando juristas de diversas tradições teóricas. Bruce Ackerman, reconhece o provincialismo enfático da prática e da teoria constitucional nos Estados Unidos, recomendando resistir às tentações de um particularismo provinciano. Noutro giro, Canotilho

vinculados fortemente ao estudo das Constituições estatais, começam a se deparar com os novos desafios de um direito constitucional que ultrapassou as fronteiras dos respectivos Estados. O influxo de transformações e reconfigurações da contemporaneidade, apresenta-se como um verdadeiro *turning point*, para o direito constitucional. Segundo Tushnet⁹⁶, a globalização do direito constitucional é inevitável.

O Transconstitucionalismo busca, portanto, propor soluções para questões constitucionais que extrapolem os âmbitos internos dos Estados. Nesse sentido, apresenta-se como instrumento para a compreensão do constitucionalismo que se vislumbra para além do Estado-nação de *mainstream* eminentemente Westfaliano, verificando problemas constitucionais que emergem fora das fronteiras jurídico-políticas do Estado, abarcando, não apenas, os processos políticos institucionalizados, mas também, setores privados da sociedade global.

A ideia do constitucionalismo transfronteiriço, ou seja, de problemas jurídicos que perpassam diversas ordens jurídicas, notadamente em questões de Direitos Humanos e direitos fundamentais, implica na possibilidade de envolver Cortes regionais, supranacionais, internacionais, estrangeiras ou locais a partir de uma perspectiva dialógica que promova conversações constitucionais, fortalecendo por conseguinte, o entrelaçamento entre ordens jurídicas distintas, que comungam de problemas jurídicos (*Hard Cases*), notadamente no âmbito dos direitos humanos e fundamentais.

Destarte, na lógica Transconstitucional, as pontes de transição se apresentam como instrumentos capazes de promover o fluxo de migração de ideias entre países e cortes internacionais. O STF, a título exemplificativo, por ocasião do

passa referir-se a “Interconstitucionalidade” no âmbito da ordem jurídica da União Europeia.

⁹⁶Tushnet, Mark. *Apud*, NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1ª ed. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2009. p. 19

juízo da ADPF 5497, utilizou a experiência norte-americana, alemã, holandesa, dentre outras para oferecer uma solução ao caso que lhe fora submetido. Ainda na mesma linha, destaca-se a utilização da experiência norte americana pelo STF no caso do julgamento da constitucionalidade das ações afirmativas⁹⁸.

Ressalta-se, outrossim, que o Constitucionalismo transfronteiriço, não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*, mas aponta primeiramente, para a necessidade de construção de pontes de transição e do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre os diversos ordenamentos jurídicos. Nesse sentido, as ordens jurídicas envolvidas na solução do problema constitucional específico, no plano de sua própria autofundamentação, reconstróem continuamente sua identidade em razão do entrelaçamento transconstitucional com a (s) outra (s), mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial.

Destarte, o transconstitucionalismo⁹⁹ representa um esforço hercúleo na direção de uma uniformidade global sobre temas complexos, diante uma sociedade moderna acêntrica e multifacetada, promovendo através de diálogos transconstitucionais, profícuos debates, de fundamental relevância para a construção de modelos decisórios menos estatocêntricos e isolacionistas, contribuindo assim, para a formulação de respostas jurisdicionais mais eficazes e alinhadas as demandas sociedade mundial contemporânea.

97 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54 garantiu, no Brasil, a interrupção terapêutica da gestação de feto anencefálico.

98 Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 41. Reconheceu a validade da Lei 12.990/2014, que reserva 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, no âmbito dos Três Poderes.

99 Alude-se como exemplo clássico de transconstitucionalismo o artigo 39 da Constituição da República Sul Africana, o qual determina que as cortes devem aplicar decisões internacionais e podem considerar as decisões estrangeiras.



REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.
- ACKERMAN, Bruce. *The Rise of World Constitutionalism*. Virginia Law Review, v. 83, 1997.
- BOBEK, Michal. *Comparative reasoning in European Supreme Courts*. Oxford University Press, 2013
- BARROSO. Luís Roberto. *Curso de direito constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A pessoa humana como sujeito de Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos. In; DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves, *Coord. Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso. D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: O princípio dos princípios constitucionais. In; DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves, *Coord. Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso. D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2ª ed. reimp. Coimbra: Editora Almedina:

2006.

- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2013
- FENNELL, Monica A. *Emergent Identity: A comparative analysis of the new Supreme Court of the United Kingdom and the Supreme Court of the United States*. 22 Temp. Int'l & Comp. 2008
- FREITAS, Rafael; MARTINS DE ARAÚJO, Luis Cláudio. *Pluralização ordenativa e conflitos constitucionais: novos paradigmas de estabilização normativa nos sistemas transnacionais*. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 22, n. 36, p. 29, jul/dez. 2018
- HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007
- HARTLEY, Trevor C. *Constitutional problems of the European Union*. Oxford: Hart, 1999
- KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Report of the Study Group of the International Law Commission. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 abr. 2006
- MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. *Constitucionalismo transfronteiriço, direito humanos e direitos fundamentais: a consciência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017
- MATURANA, H.; VARELA, F. *A árvore do conhecimento*. São Paulo: Palas Athena. 2005
- MORAES, Guilherme Peña. *Constitucionalismo multinacional: uso da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1
- NEVES, Marcelo. *Comparando Transconstitucionalismo em uma Sociedade Mundial Assimétrica: Pressupostos Conceituais e Ponderações Autocríticas*. Revista da AGU,

- Brasília-DF, v. 14, n. 03, p. 37-58, jul./set. 2015.
- NEVES, Marcelo. *(NÃO) solucionando problemas constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões*. Lua Nova, Dez 2014.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WPF Martins Fontes, 2009.
- TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford University Press, 2012
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2006.