



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PRÓXIMO PASSO DO NEOCONSTITUCIONALISMO: COMO O FENÔMENO PODE
IMPULSIONAR O MODELO DE UMA CONSTITUIÇÃO TRANSNACIONAL

Matheus Rodrigues Silva de Castro

Rio de Janeiro
2022

MATHEUS RODRIGUES SILVA DE CASTRO

O PRÓXIMO PASSO DO NEOCONSTITUCIONALISMO: COMO O FENÔMENO PODE
IMPULSIONAR O MODELO DE UMA CONSTITUIÇÃO TRANSNACIONAL

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Siddharta Legale Ferreira

Coorientadora:

Profª Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2022

MATHEUS RODRIGUES SILVA DE CASTRO

O PRÓXIMO PASSO DO NEOCONSTITUCIONALISMO: COMO O FENÔMENO PODE
IMPULSIONAR O MODELO DE UMA CONSTITUIÇÃO TRANSNACIONAL

Monografia apresentada como exigência de conclusão de
Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovado em ____ de _____ de 2022. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro-EMERJ.

Convidado: Professor Doutor Guilherme Braga Peña de Moraes – Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Orientador: Professor Doutor Siddharta Legale Ferreira - Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

AGRADECIMENTOS

A Deus, à minha família, aos meus amigos, orientadores, professores e todos aqueles que, de alguma forma, me ajudaram a expandir meus horizontes e evoluir.

SÍNTESE

Nos textos constitucionais promulgados no pós-guerra, normas substanciais condicionaram a atuação do Estado e se mostraram compatíveis a todo e qualquer sistema democrático. Isso significa dizer que valores fundamentais de justiça se ocuparam nos ordenamentos jurídicos mais distintos, como mandamentos mínimos de observância da atuação de todo e qualquer Estado. Por meio da análise de quinze constituições elaboradas após o fim da Segunda Guerra Mundial que demonstram a aurora do modelo neoconstitucionalista, foram analisados vinte direitos que permeiam essas constituições. Em diferentes graus, tais direitos se conformaram com diversos ordenamentos jurídicos, a despeito da concepção de justiça particular de cada um deles. São valores universais, construídos ao longo de diversas gerações, que se estabeleceram como essenciais no mundo neoconstitucional. O estudo persegue a hipótese de que, se na origem, o neoconstitucionalismo já possuía a intenção, ainda que implícita, de globalismo, atualmente, ele é capaz de impulsioná-la. Nesse sentido, o estudo parte de uma análise sobre o próprio neoconstitucionalismo, identificando suas origens jurídicas e políticas, bem como suas pertinentes críticas. Em seguida, passa a analisar as quinze constituições e a forma como os direitos estão textualmente presentes nelas. Nesse momento, identifica-se que, a despeito das diferentes conjunturas políticas que atravessavam cada um dos países, os direitos neles se amoldavam. Com efeito, essa análise permite inferir ainda que esse movimento foi o responsável pela criação de mecanismos recentes de internacionalização do direito, como as cláusulas de abertura. Por fim, o estudo propõe que, no atual momento histórico, é possível a experimentação de um novo modelo constitucional, que supere a tradicional visão de soberanias, apontando como alternativas propostas sugeridas por especialistas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Neoconstitucionalismo. Constitucionalismo Global. História Constitucional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. O NOVO CONSTITUCIONALISMO COMO DOUTRINA JUSFILOSÓFICA	10
1.1. A origem política do novo constitucionalismo e sua terminologia	12
1.2. A origem jurídica do neoconstitucionalismo.....	18
1.3. A crítica pós-positivista: neoconstitucionalismo vs. constitucionalismo garantista	24
2. A DISCIPLINA GLOBAL DO NEOCONSTITUCIONALISMO	28
2.1. O primeiro passo do Constitucionalismo Global: uma análise de quinze Constituições	29
2.2. As origens políticas da transformação neoconstitucional global	42
2.3. A crítica comparada: a adaptabilidade neoconstitucional global.....	47
3. A CRISE CONSTITUCIONAL GLOBAL.....	65
3.1. Degradação constitucional	66
3.2. Experimentalismo constitucional	76
3.2.1. Correntes sobre o experimentalismo global	82
3.3. Neoconstitucionalismo global	95
3.3.1 Tendências sobre o neoconstitucionalismo global	100
CONCLUSÃO.....	111
REFERÊNCIAS	114
ANEXO	

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é refletir sobre se, e como, o neoconstitucionalismo impulsiona o modelo de uma Constituição transnacional. Uma vez que o fenômeno surgiu já no fim da Segunda Guerra Mundial com o propósito de trazer paz e segurança para um futuro incerto, torna-se necessário, após setenta e cinco anos, revisitar suas origens e razões para avançar na sua doutrina.

Ainda que ele já esteja cristalizado em diversos ordenamentos jurídicos, a necessidade de revisá-lo se impõe diante de uma nova ordem mundial. As preocupações com o respeito a princípios não são mais adstritas a um país. Por exemplo, a (in)segurança jurídica de um país pode afetar diretamente a economia de outro, como ocorreu em 2008. Mais recentemente, os cuidados em relação à saúde e, em especial, os protocolos sanitários de um país provou que a nova ordem mundial tem reflexos jurídicos em escala global.

Se, hoje, o mundo atua sobre uma ordem global, não pode a realidade jurídica ignorar tal fato. Dito de outra forma, a realidade experimentada pelos indivíduos não pode ser desregulada juridicamente. O neoconstitucionalismo, portanto, precisa evoluir.

Diante dessa constatação se desenvolve a presente pesquisa.

Objetiva-se, por meio da pesquisa, estudar como a doutrina do neoconstitucionalismo pode contribuir e avançar com a agenda de construção de uma ordem jurídica transnacional. Para tanto, o foco do trabalho está em revisitar suas premissas teóricas e práticas para então postular uma defesa da necessidade e viabilidade de se avançar na doutrina neoconstitucional, observados seus obstáculos políticos e jurídicos.

Deve-se reiterar que o tema é objeto de profunda relevância social e jurídica. Em primeiro lugar, porque afeta a vida de toda a coletividade mundial indistintamente. Isso porque existem problemas que, apesar de dramáticos, não são tratados pelas Constituições nacionais por não fazerem parte da agenda política específica dos países. Além disso, esses problemas, via de regra, exigem uma postura ativa de todo o mundo e não apenas de um país ou um grupo deles. O aquecimento global, conflitos nucleares, crescimento da pobreza, falta de alimentação básica, migrantes, pandemias. São diversos os problemas que afligem a população mundial de modo transnacional.

Em segundo, porque se deve reconhecer o movimento jurídico para direcionar a criação de uma Constituição Global (ou Transnacional) de modo a promover a garantia de direitos humanos e a paz mundial. De acordo com a transnacionalização da vida social, a globalização influencia no processo de integração social ao aperfeiçoar mecanismos de *soft law* para melhor atender a população do que as estruturas hierárquicas definidas pelo Estado. Em outras palavras, a globalização permitiu que a população tivesse recursos melhores dos que os oferecidos pelo seu Estado. Não à toa, organizações internacionais ganham destaque nessas áreas desreguladas.

Vale salientar que, embora as cartas, tratados, acordos e convenções sejam instrumentos jurídicos úteis para promover a internacionalização do Direito, são incapazes de promover a sua transnacionalização. Apesar de firmarem princípios e compromissos a serem observados em determinado tema, não definem ou regulam situações jurídicas como padrões de conduta que devem reger os Estados. Ao mesmo tempo, não promovem mecanismos de *enforcement* de seus princípios: em prol da proteção à soberania nacional, resvala-se a realidade social.

A partir dessa observação, percebe-se que o neoconstitucionalismo deve ser revisitado não só em seus termos teóricos, como também na sua prática. Se, nas décadas de 1940 e 1950, o mundo jurídico foi capaz de estabelecer direitos universais como mandamentos obrigatórios, com a globalização deveria avançar nessa missão. Tal afirmação só é possível com o estudo empírico das primeiras Constituições que se identificaram com esse modelo e a análise de direitos comuns a diversos ordenamentos jurídicos, a despeito da concepção particular de justiça de cada um deles.

Com efeito, constatar-se-á que, já naqueles instrumentos, valores universais construídos ao longo de diversas gerações anteriores se estabeleceram como essenciais no mundo neoconstitucional. Esses valores não são dominantes do progresso social apenas de uma nação, mas de uma ordem mundial globalizada, de uma concepção universal de justiça. Passados setenta e cinco anos, os valores universais podem até permanecer os mesmos, mas outras preocupações se pautam como necessárias. Por isso, o tema proposto visa visitar o neoconstitucionalismo como o primeiro passo para impulsionar esse novo movimento.

No primeiro capítulo, pretende-se compreender, por meio das discussões doutrinárias, o que constitui o novo constitucionalismo. Feita a sua conceituação e diferenciação de outros modelos, torna-se possível enfrentar as críticas conceituais, como a pós-positivista.

No segundo capítulo, a análise se debruçará sobre a história do neoconstitucionalismo e se ele é instrumento apto a impor uma disciplina global. A partir da análise de quinze Constituições promulgadas e outorgadas logo após a Segunda Guerra, defende-se que o neoconstitucionalismo possui direitos inerentes a todo e qualquer ordenamento jurídico, a despeito da concepção de justiça de cada um deles. Além disso, estuda-se que, a partir dele, se difundiu a internacionalização do direito constitucional, com a inclusão das cláusulas de abertura nos ordenamentos jurídicos nacionais. Assim, o neoconstitucionalismo já foi propulsor de um movimento transnacional que deve, agora, avançar.

No terceiro capítulo, estuda-se se está em curso uma crise constitucional global. Como se trata das matérias mais controversas deve-se focar a atenção para duas posições: caso a resposta seja positiva, isso significa que preceitos constitucionais são esvaziados não por motivos legítimos, mas por interesses. Caso seja negativa, existe ambiente propício para promover a oxigenação do sistema, experimentando novos modelos. Com a resposta, será examinada a viabilidade política e jurídica do pluralismo constitucional transnacional. Uma vez feita sua conceituação, serão analisados os obstáculos políticos e a necessária redefinição de paradigmas jurídicos, como a supremacia judicial e a hermenêutica constitucional.

A elaboração da pesquisa é encaminhada pelo método hipotético-dedutivo. Somente em razão do necessário recorte epistemológico para se garantir a compreensão geral das premissas, se torna possível chegar a uma conclusão particular neste trabalho.

O objeto, como já exposto, será majoritariamente visto sob a abordagem qualitativa, utilizando como base fontes como a doutrina, a jurisprudência e a lei. No entanto, quando da análise das quinze Constituições, será requisitado o método quantitativo para consolidar os dados coletados.

1. O NOVO CONSTITUCIONALISMO COMO DOUTRINA JUSFILOSÓFICA

Originariamente proposto pela escola de Gênova, o termo “neoconstitucionalismo” representa uma doutrina da filosofia jurídica que se coloca como intermediária entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo.¹ Nessa perspectiva de interpretação constitucional, na qual se incluem autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Santiago Nino, evidencia-se a reconstrução, com base em determinadas premissas ideológicas, da concepção da constituição como norma. Dentre tais premissas, encontram-se a supremacia constitucional e a garantia da constituição de um ordenamento jurídico.

Com uma relação incidível ao Estado de Direito, o neoconstitucionalismo se destaca, sobretudo, pela “subordinação da vontade legislativa aos conteúdos de justiça constitucionalmente previstos”.² Nesse sentido, a constituição não se esgota em ser a inspiração do sistema jurídico ou um mero grau de sua formalidade, mas sim o instrumento que introduz um vínculo moral substancial à criação do direito positivo por meio do ordenamento de valores estruturais e dominantes do progresso social.³ Por esse sentido, a constituição deve irradiar em todo o ordenamento jurídico e exigir sua obediência pelo Estado e pelos cidadãos regulados por ela.

Tal noção, decorrente da adoção da concepção perceptivo-substantiva da constituição, impõe a necessária observância do documento, pois ele representa a conexão entre o Direito e a moral de uma sociedade ao estabelecer uma condição geral de justiça. Em outros termos, para o neoconstitucionalismo a justiça satisfaz um elemento constitutivo determinado por valores constitucionalizados em regras e princípios validados pela moral do sistema. Essa moral, ainda que particular de cada sistema, universalmente comporta certo grau de pluralismo, com a adoção de normas comuns a diversos ordenamentos jurídicos.

Admite-se que a reconstrução da constituição como norma se confunde com a reconstrução do ideal de justiça. Esta passa a fazer parte do sistema jurídico, como critério de validade das normas jurídicas, ao ser em si própria uma norma.⁴ As normas jurídicas em um sistema neoconstitucionalista, portanto, guardam relação com a moral, já que “para ser

¹ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição? Tradução Juliana Salvetti. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional* - Nº 7 - Jan./Jun 2006 - V.1, p. 232.

² *Ibid.*, p. 233.

³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992, p. 209.

⁴ SANCHIS, Luís Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 133.

juridicamente justificada a norma deve apresentar uma última justificação, ou seja, baseada em um princípio que não se justifica, mas que pode ser somente assumido”.⁵ Entretanto, também guarda relação com a formalidade característica do positivismo jurídico ao reconhecer a distinção conceitual entre normas jurídicas e normas morais, concebendo a justiça e o direito positivo como dois sistemas distintos, ainda que necessariamente conectados.

Como uma terceira via de interpretação das normas jurídicas, o neoconstitucionalismo se impõe ao mundo contemporâneo como a atual fase do constitucionalismo. Nessa fase, a constituição incorpora e determina juridicidade a uma visão ética qualquer, desde que pluralista e com diferentes meios de concretização. Todavia, ele antecede que os valores morais vinculantes de um país são extraídos de um documento jurídico autoritário, elaborado por um grupo social determinado e, no futuro, também será predominantemente interpretada por um outro grupo social determinado, os magistrados.

Nesse quadro, o neoconstitucionalismo se opõe à teoria hermenêutica do positivismo jurídico. Isso porque, para além do que está positivado em normas do dever-ser, o Direito neoconstitucional vincula-se também com a moral, com o mundo do ser. Com a diferenciação entre regras e princípios, o Direito não se fundamentava apenas em critérios formais e na vontade do agente competente, mas também pela tópica do texto normativo no caso concreto.⁶ Com efeito, ações derivadas de uma lei moralmente injusta, como a Nazista, não mais poderiam ser justificadas pelo simples fato da lei estar posta (estrita obediência ao dever legal).

De modo geral, as constituições que se enquadram no modelo neoconstitucionalista⁷ encontram três características compartilhadas entre diferentes sistemas. A primeira são os textos constitucionais promulgados no pós-guerra, com normas substanciais que condicionam a atuação do Estado conforme os limites neles estabelecidos. A segunda é a supremacia das práticas judiciais por tribunais e cortes constitucionais, como principais intérpretes da constituição. A

⁵ POZZOLO, op. cit., p. 238.

⁶ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 33 e ss.

⁷ Na tradicional lição de Guastini, lista-se os seguintes elementos para se identificar uma Constituição elaborada pelo modelo neoconstitucionalista: (1) uma Constituição rígida; (2) a garantia jurisdicional da Constituição; (3) a supremacia da Constituição; (4) a subordinação da vontade legislativa aos conteúdos de justiça constitucionalmente previstos; (5) a aplicação direta das normas constitucionais; e (6) a exigência da obediência diretamente aos cidadãos. GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 63-67.

terceira são os novos métodos de interpretação capazes de compreender os novos textos e lhes conferir maior efetividade.⁸

Ao tempo em que as segunda e terceira característica são exploradas pela doutrina, há uma carência de pesquisas empíricas capazes de relacionar as normas substanciais que condicionam a atuação do Estado. Tal característica, mesmo que tradicional no estudo do constitucionalismo, guarda particular interesse ao neoconstitucionalismo. São tais normas que irão determinar a relação entre o Direito e a moral de uma sociedade, nortear a interpretação das leis de um sistema e orientar o padrão social-jurídico da nação.

1.1. A origem política do novo constitucionalismo e sua terminologia

O primeiro argumento aqui defendido afirma que, mesmo em diferentes sistemas, certos valores são próprios ao neoconstitucionalismo. No mundo pós-guerra, valores fundamentais de justiça se ocuparam nos ordenamentos jurídicos mais distintos, como mandamentos mínimos de observância da atuação do Estado. Em diferentes graus, esses direitos se conformaram com diversos ordenamentos jurídicos, a despeito da concepção de justiça particular de cada um deles. São valores universais, construídos ao longo de diversas gerações, que se estabeleceram como essenciais no mundo neoconstitucional.

Uma das principais críticas direcionadas ao neoconstitucionalismo reside na noção que o conceito abarca teorias heterogêneas e não suscetíveis de serem inseridas em um critério comum. Para autores como Hirschl, a sua origem⁹ pode ser estudada por cinco teorias.

A primeira é a tese da “Proliferação Democrática”, segundo a qual a consolidação da democracia se dá por meio da constitucionalização de direitos e novos institutos políticos, como a revisão judicial. Ao tempo em que uma onda democrática ganha espaço, novas constituições com características neoconstitucionais surgem. Contudo, essa teoria não explica as variações nos poderes judiciais nas novas democracias, tampouco o fato de que reformas constitucionais não são necessariamente acompanhadas por mudanças nos regimes políticos ou econômicos.

⁸ CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: _____ (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*: ensaios escolhidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 9-11.

⁹ O autor se refere à transformação constitucional, pois a sua obra visa entender as origens do fenômeno de constitucionalização de direitos (e da consequente força da revisão judicial). Entende-se que tal transformação constitucional se refere ao momento de passagem para o neoconstitucionalismo.

A segunda é a tese “Evolucionista”, segundo a qual a constitucionalização de direitos e de novos institutos políticos é resultado da priorização de direitos humanos e liberdades no cenário pós-2ª Guerra Mundial. Por essa teoria, mudanças socioeconômicas ou culturais são determinantes para o desenvolvimento jurídico que, por vezes, tende a proteger minorias de arbítrios da maioria. Nesse sentido, fortalece não só o pré-compromisso social de respeito em uma nação, como também a postura contra majoritária do Poder Judiciário. Contudo, essa teoria não explica as variações de tempo e escopo das novas Constituições, como o fato de direitos serem consagrados com diferenças ou em épocas distintas.

A terceira é a tese “Funcionalista”, segundo a qual a constitucionalização de direitos resulta da pressão do próprio sistema político. Nesse caso, não há, em regra, ação social que motive o processo de transformação constitucional, mas sim respostas à eficiência do próprio sistema. Como uma tópica, quando o sistema se mostra fraco ou descentralizado, ele busca uma solução orgânica para se resolver. A constitucionalização se traduz como a forma de regular essa ingovernabilidade e o funcionamento dessa política de solução.¹⁰

Essa teoria possui pontos críticos em comum com a teoria evolucionista. Em primeiro, não estudam como fatores políticos acompanharam as revoluções constitucionais. Por isso, são incapazes de explicar como um país atingiu o seu ápice democrático-constitucionalista em um dado momento e não uma década antes (variações de tempo e escopo da constitucionalização). Em segundo, se o sistema é “estruturalmente ingovernável” ou “baseado no pré-compromisso”, não há como prever que a consolidação constitucional será bem-sucedida, o que demanda uma análise *a posteriori*. Por último, ambas as teorias tendem a ignorar as intervenções humanas auto interessadas, como a figura de um líder político, no processo de constitucionalização.

A quarta é a tese dos modelos de economia institucional, segundo a qual a constitucionalização de direitos serve como mecanismo para mitigar preocupações sistêmicas de compromissos coletivos, como a segurança jurídica, a fiscalização e problemas de informação. Assim, esse modelo utilitarista parte do pressuposto de que o regime constitucional que possui um judiciário independente para fiscalizar os outros poderes tem maior credibilidade e habilidade

¹⁰ Interessante notar que, por essa teoria, a revisão judicial floresceu na Europa como resposta institucional a problemas complexos de coordenação decorrentes da adoção de novas normas jurídicas padronizadas entre os Estados Membros da União Europeia. Nesse sentido, a constitucionalização de direitos em regimes supranacionais ocorre por meio da incorporação de normas jurídicas inter, trans ou supranacionais na legislação nacional. Sobre o tema: SWEET, Alec Stone; BRUNELL, Thomas. Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community. *American Political Science Review*, V. 92, 1998, p. 63-65.

para firmar contratos e, assim, se desenvolver. Contudo, essa teoria não explica como políticas democráticas conseguiram resolver problemas coletivos antes da adoção do neoconstitucionalismo. Dito de outro modo, o neoconstitucionalismo não é uma pré-condição necessária para que problemas coletivos sejam resolvidos. Além disso, também não explica porque se adotar mecanismos de eficiência em uma dada época e não em outra.¹¹

A quinta tese, esta formulada pelo próprio Hirschl em resposta às deficiências das demais, é a da “Preservação Hegemônica”. Por essa tese, o neoconstitucionalismo é o produto da interação estratégica entre elites políticas hegemônicas, porém ameaçadas; partes interessadas econômicas influentes e líderes judiciais.¹² Nesse sentido, essa interação determina o momento, a extensão e natureza de reformas constitucionais, que só ocorrem se esses grupos visualizarem algum ganho com a mudança proposta. Além disso, pelo receio de ameaças antidemocráticas, pelas necessidades coletivas e de cooperação econômica em um mundo globalizado, há uma tendência global de constitucionalização.¹³ Assim, a constitucionalização de direitos e fortalecimento da revisão judicial é resultado da estratégia consciente destes grupos de isolar a formulação de preferências políticas de pressões populares para preservar ou aumentar a sua hegemonia.¹⁴

A abordagem é, em si, realista. Ela enfatiza que a ação humana tem como base incentivos políticos para determinar a constitucionalização de direitos. Mesmo mecanismos de justiça sociais são apropriados pelas elites ameaçadas para sustentar sua posição política.¹⁵ Entretanto, ao admitir que a luta hegemônica por interesses independe da necessidade sistêmica, nem assume qualquer direção progressiva, a teoria ignora a força política anterior à ação humana. É bem verdade que mecanismos de justiça sociais podem ser apropriados, mas a luta para garantir a

¹¹ As quatro teses são detalhadas, em conjunto com a análise da revisão judicial e diversos exemplos práticos, no texto de Ran Hirschl. HIRSCHL, Ran. "The Political Origins of the New Constitutionalism," *Indiana Journal of Global Legal Studies*: V. 11: Iss. 1, Article 4, 2004, p. 73-84.

¹² *Ibid.*, p. 72. "Rather, it is best understood as the product of a strategic interplay among hegemonic yet threatened political elites, influential economic stakeholders, and judicial leaders. These three self-interested groups tend to form coalitions of legal innovation to determine the timing, extent, and nature of constitutional reforms".

¹³ Nesse sentido, GILL, Stephen. Globalization, Market Civilization, and Disciplinary Neoliberalism. 24 *MILLENNIUM*, 1995, p. 412. "it [new constitutionalism] can be defined as the political project of attempting to make transnational liberalism, and if possible liberal democratic capitalism, the sole model for future development. It is therefore intimately related to the rise of market civilization".

¹⁴ HIRSCHL, *op. cit.*, p. 90-98; 104-105.

¹⁵ *Ibid.*, 98. O autor utiliza como exemplo, nas páginas seguintes, o fim do regime do Apartheid na África do Sul por meio da convergência entre as elites políticas, econômicas e judiciais, qual culminou na adoção de uma nova Constituição em 1996 e em uma nova Corte Constitucional em 1995. Para o autor, o propósito de justiça social foi apropriado por essas elites durante as décadas de 1980 e 1990, como forma de minimizar o inevitável fim do Apartheid.

transformação constitucional não pode ser ignorada na luta pela constitucionalização de direitos.¹⁶

A luta pela constitucionalização de direitos não importa apenas na análise histórica das dimensões de direito ocorridas após cada Revolução. Importa também reconhecer que direitos são constitucionalizados após uma intensa mobilização social sobre um determinado tema e que, por isso, merece proteção especial. Embora a forma como é constitucionalizada tenha influência de pressões de elites políticas e econômicas e seja cancelada pelo poder judicial, a ação humana é o objeto de constitucionalização e, por isso, não pode ser ignorada ao se definir a origem de uma transformação constitucional.

Dessa forma, postula-se que a análise da transformação constitucional ocorre em três etapas. A primeira é a origem política da transformação. De acordo com um determinado contexto histórico mundial, as configurações nacionais de um sistema político, do mercado e da sociedade civil se alteram para se filiar ou não ao movimento global. A filiação é a opção política que cada Estado faz, de acordo com seus costumes e regras fundamentais, para se conformar ao modelo global que se constrói. Caso haja um consenso democrático em prol da filiação, há uma revolução interna e orgânica na sociedade capaz de produzir uma nova identidade cultural¹⁷. Caso não, a sociedade se distancia de um modelo global constitucional, e pode se tornar alvo de críticas por firmar seus Direitos em costumes antigos, não compartilhados entre o mundo - apesar de típicos àquela sociedade.

Essa etapa é explicada com melhor exatidão pelas teorias da “Proliferação Democrática” e “Evolucionista”. Isso porque a constitucionalização de direitos ocorre quando ganha espaço nos ordenamentos nacionais uma onda democrática, que prioriza novos direitos e garantias. Essa etapa não se preocupa com as variações dos poderes judiciais ou com o tempo e escopo das novas Constituições. O que importa é a necessidade de se conformar ou não com o movimento global que ganha contornos nacionais. Não se ignora que intervenções humanas auto interessadas podem

¹⁶ Sobre o argumento, cf. SKOCPOL, Theda. *Estados e revoluções sociais: análise comparativa da França, Rússia e China*. Lisboa: Presença, 1985. Segundo essa escola de análise, as modificações constitucionais se dão de acordo com as interações institucionais entre o sistema político, o mercado e a sociedade civil.

¹⁷ Conforme leciona Frei Caneca: “Uma Constituição não é outra coisa que a ata do pacto social, que fazem entre si os homens quando se ajuntam e se associam para viver em reunião ou sociedade. Esta ata, portanto, deve conter a matéria sobre o que se pactuou, apresentando as relações em que ficam os que governam e os governados, pois que sem governo não pode existir sociedade”. CANECA, Joaquim do Amor Divino. “Voto sobre o juramento de Constituição oferecido por D. Pedro I.” In: MELLO, Evaldo Cabral de (org.). *Frei Joaquim do Amor Divino Caneca*. São Paulo: 34, 2000, p. 559.

substituir a vontade da sociedade civil em uma transformação constitucional, contudo, caso isso ocorra, será difícil legitimar a Constituição, pois lhe falta a sua virtude democrática.

A segunda é a forma jurídica da transformação. Nessa fase, quando uma Constituição ganha corpo e suas intenções políticas se tornam instituições, novos cálculos são feitos. A tese da Preservação Hegemônica, de fato, melhor representa o que ocorre nessa fase da constitucionalização. A interação estratégica entre elites políticas hegemônicas, elites econômicas influentes e líderes judiciais de fato determina a natureza das reformas constitucionais. Nessa etapa, os interesses sociais almejados na primeira fase são alinhados com os interesses hegemônicos já consagrados juridicamente por uma nação. A formulação de preferências políticas, via de regra, se isola das pressões populares para que a hegemonia desses grupos não seja ameaçada.

A terceira é a adaptabilidade constitucional. A adaptabilidade constitucional mostra a capacidade de uma Constituição em se adaptar a novas circunstâncias e pode ser mensurada pela dificuldade para a sua reforma mediante processos de emenda formais e informais. De acordo com Elkins, essa característica ajuda a criar o sentimento de vitalidade da Constituição ao manter o interesse dos grupos em barganhar a adição, supressão, modificação ou manutenção de elementos centrais do sistema e, ao mesmo tempo, atenuar pressões por sua substituição, evitando uma ruptura social.¹⁸

Essa etapa, que se inicia logo após a promulgação de uma Constituição democrática, pode ser analisada sob a ótica das teorias funcionalista e de economia institucional - para além de outras, preocupadas com o dinamismo ou estabilidade constitucional.¹⁹ Nessa fase, a eficiência do próprio sistema é posta à prova, de suas instituições e mecanismos de garantia. A análise é de fato feita *a posteriori* à promulgação, de acordo com problemas jurídicos, econômicos, sociais e políticos que surgem. A adoção de mecanismos é, portanto, responsiva a um problema.

Assim, a primeira crítica comumente direcionada ao neoconstitucionalismo revela-se inadequada. As posturas teóricas da ciência política norte-americana não devem ser aglutinadas para propor um conceito rígido do neoconstitucionalismo, mas sim alinhadas para analisar a

¹⁸ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 82.

¹⁹ SGANZERLA, Rogério Barros; CASTRO, Matheus Rodrigues Silva de; SILVA, Lucas Germano. A carta: diálogos entre Direito e Ciência Política sobre reformas constitucionais. *12º Encontro Associação Brasileira de Ciência Política*. Disponível em: https://www.abcp2020.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=13. Acesso em: 12 jun. 2021. Como se estudará no terceiro capítulo, a característica também tem relação com a auto subversão constitucional (Poul Kjaer) e com os “momentos constitucionais” (Bruce Ackerman).

conjuntura que permite a sua ocorrência.²⁰ Os processos constitucionais não são estanques e instantâneos, eles nascem de um consenso compartilhado entre diferentes atores, que pode demorar anos para ocorrer, tal qual na África do Sul. O processo ocorre em etapas que, por vezes, se confundem, mas podem ser delineadas de acordo com o tempo e os atores envolvidos. Além disso, a essencial análise política do neoconstitucionalismo não deve ser confundida com a definição jurídica do conceito - esse, a rigor, mais rígido.

Uma segunda crítica refere-se à sua terminologia. Para autores como José Afonso da Silva, o termo entrará, invariavelmente, em contradição, pois como o constitucionalismo é dinâmico, em um determinado tempo, o termo será velho e superado. Por isso, a terminologia correta segundo ele seria a “fase atual do constitucionalismo”.²¹ Essa crítica, ainda que pertinente, não merece prosperar. A analogia feita por Ricardo Martins permite contestá-la:

Retoma-se o exemplo da teoria literária: qualifica-se certo movimento literário como “modernismo”, rótulo já consagrado na teoria literária; ninguém nunca supôs que com esse movimento cessou a história da literatura. Outros movimentos subsequentes serão, por óbvio, mais modernos que o “modernismo”, fato que em nada prejudica o uso e a compreensão do termo. Da mesma forma que seria ridículo pretender suprimir a denominação “modernismo” dos movimentos literários sob o argumento de que o referido movimento não pôs fim à história da literatura e, pois, não impediu que haja uma fase mais moderna do que a que se convencionou chamar de “modernismo”, é estapafúrdio negar o “neoconstitucionalismo” sob o argumento de que ele não impede a evolução do constitucionalismo.²²

Sendo assim, o presente trabalho usa a expressão “neoconstitucionalismo” para denominar o atual movimento da filosofia jurídica que se destina a reconstruir a concepção da Constituição como norma. Mesmo que se defenda a evolução do conceito, para incorporar um pluralismo constitucional transnacional, a terminologia não impede o estudo de suas características, em especial, os textos formulados no pós-guerra.

²⁰ Nesse sentido, Barberis enfrenta a crítica relacionando-a a uma “vagueza combinatória” entre as teorias. Mesmo com particularidades, todas elas possuem um traço em comum com o paradigma neoconstitucional. O termo busca traçar um modelo para um fenômeno que ocorre no mundo, já suas teorias são visões particulares de autores sobre esse termo. BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. *Revista brasileira de direito constitucional*. V. 01, n° 7, 2006, p. 16-17.

²¹ SILVA, José Afonso. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 72-74.

²² MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalism>. Acesso em: 21 fev. 2021.

1.2. A origem jurídica do neoconstitucionalismo

Como já estudado, o neoconstitucionalismo é a doutrina da filosofia jurídica que se coloca como intermediária entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo e se destina a reconstruir a concepção da constituição como norma. A Constituição, por essa doutrina, introduz um vínculo moral substancial à criação do direito positivo ao ordenar valores estruturais e dominantes do progresso social. O documento, assim, representa não só um conjunto de regras para regular direitos e o poder estatal, mas também a conexão entre o Direito e a moral de uma sociedade e a construção do ideal de justiça de uma nação. Por isso, suas normas devem ser justificadas com base em um princípio que deve ser universalmente assumido.

De modo corriqueiro, costuma-se concentrar na sua reação ao positivismo - doutrina então dominante antes de sua concepção. Em linhas gerais, o positivismo jurídico é resultado da contraposição entre o direito positivo e o direito natural. Ao passo que o direito natural tem a mesma força onde quer que exista e não dependa da percepção individual, o direito positivo tem a força somente nas comunidades políticas específicas em que é posto e independe da sua origem. Para o positivismo, o Direito a ser considerado é aquele que é positivo, pois ele é legítimo ao ser posto por autoridades competentes para tanto. Assim, o Direito se torna uma ciência pura, pois ao ser posto não deve ser abalado por outras concepções, como a moral.

Desse modo, o positivismo jurídico preceitua uma separação entre o ser e o dever-ser. Para Kelsen, uma ordem normativa é aquela cuja todas as normas podem ser reconduzidas a uma mesma norma fundamental. A norma fundamental é o fundamento de validade comum de diferentes normas de um sistema. Isso porque, se o direito corresponde às normas jurídicas válidas, o fundamento de validade de uma norma é a sua compatibilidade com uma norma superior. Dado que a norma constitucional é a norma superior de um ordenamento jurídico, sua validade decorre de uma norma fundamental (*Gründnorm*), cuja validade é pressuposta em razão de sua efetividade.²³

Assim sendo, para o positivismo não há vinculação necessária entre o Direito e a Moral. Visto que o mundo do ser apenas se conecta ao mundo do dever-ser para atestar a efetividade de uma norma fundamental, as questões morais só serão juridicamente relevantes se forem positivadas pelos agentes competentes. Nesse campo, a atuação do hermenauta jurídico é limitada

²³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 136.

pelo Direito positivado. Como uma espécie de moldura, o hermenauta deve atuar no limite do Direito posto ao defender determinada interpretação ao caso concreto. Ainda que haja uma obscuridade no texto normativo, em virtude da textura aberta da linguagem, a atuação discricionária do hermenauta não pode ultrapassar a vontade do Direito positivado.

Em resposta ao descaso da teoria com a legitimidade da decisão tomada pelos agentes competentes em elaborar a lei, ao isolar o contexto prático de imersão das questões jurídicas, é que ressurgiu o jusnaturalismo.²⁴ Para tal doutrina, o Direito é retirado da natureza, do mundo do ser. A justiça ocupa papel central na teoria ao ser a finalidade última do Direito. Logo, o que é injusto não pode ser considerado Direito - para Radbruch, apenas o extremamente injusto.

Nos últimos anos da Segunda Guerra Mundial, o movimento ressurgiu com vistas a reintroduzir os conceitos de valores e justiça no Direito para superar uma frieza sistemática do positivismo. Com efeito, o método da tópica reaparece como técnica de pensamento jurídico ao propor que a resolução de um caso concreto deve ser orientada à luz do problema apresentado, a partir do contraste de argumentos.²⁵ Logo, ao Direito não há um sistema próprio, mas sim uma seleção de sistemas.

O jusnaturalismo, dessa forma, pressupõe uma correlação necessária entre o direito e a moral. No entanto, ao fincar sua análise em um juízo de valor, a teoria sofre críticas por se tornar subjetiva e abandonar a racionalidade dos juízos de fato. Nesse caso, as questões tormentosas seriam decididas ao arbítrio do hermenauta, tornando o Direito uma atividade de análise discricionária. Nesse ponto, enquanto a discricionariedade do positivismo é resolvida pela democracia política, que é responsável por eleger os representantes-legisladores, a discricionariedade do jusnaturalismo demanda a confiança do juiz, que pode até descartar o direito positivo em determinado caso.

²⁴ “O método sistemático, de tendência isolacionista, que marcou o positivismo filosófico dos séculos anteriores, não correspondia mais às perplexidades e à insegurança causadas por um mundo de novos e variados valores. Necessário seria construir um novo modelo de legitimação para as decisões jurídicas, o que só se tornaria possível quando se reconhecesse a natureza dialética e argumentativa do direito. A lógica formal, de feição cartesiana, não dava resposta satisfatória à razoabilidade exigida nas soluções jurídicas. Daí verificamos, na filosofia do direito do século XX, toda uma tendência em se resgatar a antiga arte retórica dos gregos e a prática jurídica dos romanos, para construir um modelo de fundamentação mais adequado à decisão jurídica, visando sua validade e eficácia. Essa dimensão prática ensejou o aprofundamento da reflexão sobre a atividade discursiva sob o ponto de vista ético”. CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 59-60.

²⁵ VIEHWEG, op. cit., p. 41.

Pelas características discricionárias do jusnaturalismo, o positivismo encontrou terreno fértil para se expandir pela Europa durante o Século XX. Contudo, quando a teoria foi usurpada como ferramenta de legitimação jurídica do Regime Nazista, a sua validade passou a ser questionada. Nesse momento, desperta uma doutrina que prega a necessária diferenciação dos mandamentos normativos entre regras e princípios.

Dworkin, em resposta ao positivismo jurídico defendido por H. L. A. Hart (e então dominante, após a derrocada do Nazismo), defende que as regras devem ser aplicadas “à maneira de tudo-ou-nada”. Assim, ou a regra é válida e a resposta fornecida por ela deve ser aplicada ou não é válida e deve ser afastada. Inclusive, se regras conflitarem em eventual caso, uma delas será considerada inválida, observados os critérios tradicionais de hierarquia, cronologia e especialidade.²⁶ Por seu turno, os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância devido à abstratividade inerente a eles. Nesse caso, quando princípios colidirem, eles devem ser considerados relativamente à força de cada um. Em outros termos, um princípio não prevalecente não será excluído apenas por ter força menor.²⁷

Poucos anos após, Alexy propõe um aprimoramento da teoria normativa proposta por Dworkin. Para o autor alemão, o direito e a moral atuam em conjunto para buscar a aplicação justa para o caso concreto de modo a satisfazer uma pretensão de correção. Nesse sentido:

El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo com esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección.²⁸

Em seu estudo, Alexy também propõe que princípios e regras são espécies de normas jurídicas. As regras, assim como no pensamento de Dworkin, são aplicadas à maneira do “tudo ou nada”. Já os princípios são mandamentos de otimização, na medida que determinam que algo se realize na maior medida possível de satisfação e de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Isso porque existem razões normativas para que elementos morais sejam incluídos no

²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39-42.

²⁷ *Ibid.*, p. 42-43.

²⁸ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho y otros Ensayos*. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 123.

conceito de direito, pois neles estão contidas a validade dos processos de promulgação, aplicação e imposição das normas.²⁹

Para o autor, princípios são conceitos deontológicos ideais, do dever-ser, que se ligam intimamente a conceitos axiológicos (os valores). No momento em que os princípios transitam do mundo do estático mundo do dever-ser para o dinâmico mundo do ser, podem surgir colisões. Quando colidem, eles devem ser sopesados à luz do caso concreto para determinar qual terá precedência.³⁰ Dessa forma, é criado o método da ponderação, como técnica de resolver a colisão de princípios em um dado caso.

À luz da revolução proposta por Dworkin e Alexy, três paradigmas jurídicos são lançados: a) a vinculação entre direito e moral; b) a separação entre regras e princípios; e c) a aplicação do direito pela ponderação.

Em primeiro lugar, nessa teoria há uma conexão necessária entre o Direito e a Moral. Assim, se contrapõe ao positivismo por defender uma necessária relação da Moral no Direito e ao jusnaturalismo, por não defender uma hierarquia entre o Direito e a Moral.³¹ Para uma norma jurídica ser válida, ela depende da sua legitimação pela valoração moral objetiva de um sistema. Em outros termos, para a norma jurídica ser válida, não basta que a norma seja exarada por um agente competente, tampouco que haja uma valoração subjetiva sobre seu conteúdo. As exigências morais (“valores”) são parte do sistema normativo vigente, ainda que não sejam expressamente positivadas.

Em um texto constitucional, há uma intenção de expor tal ordem objetiva de valores, ou seja, uma pretensão de correção. Para Hart, ao passo que os valores expostos mostram a “moral positiva” de um sistema, os valores não expostos, mas que lá deveriam estar presentes mostram a “moral crítica”.³² O giro feito pelas teorias de Dworkin e Alexy pretende a reconsideração da “moral crítica” ao Direito. Não se trata de ação meramente arbitrária: há um consenso objetivo de que determinado valor é protegido pelo ordenamento jurídico, ainda que de forma não expressa.

²⁹ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 97-98.

³⁰ ALEXY, op. cit., p. 93-94.

³¹ Vale ressaltar, como faz Daniel Sarmiento, que o debate teórico acerca da conexão entre Direito e Moral perde bastante a importância na medida em que as constituições contemporâneas entronizam valores morais. Citando Alfonso Figueroa, o autor adverte que mesmo os neoconstitucionalistas que se afirmam positivistas (positivismo inclusivo) reconhecem a penetração da moral no tecido jurídico, sobretudo pela via dos princípios constitucionais. SARMIENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan./mar. 2009, p. 4.

³² HART, Herbert Lionel Adolphus. *Direito, liberdade, moralidade*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 46.

Do mesmo modo, ainda que uma Constituição consagre determinada norma, ela não deve ser aplicada se for extremamente injusta. Por força da relação necessária entre o Direito e a Moral, deve ser realizada, sempre que for necessária, uma ponderação entre a norma exposta e o valor moral objetivo, de modo a manter a integridade do ordenamento jurídico.³³

Na nova hermenêutica jurídica, os métodos propostos tinham não só o texto normativo como ponto de partida e ponto limite de interpretação, como também a moral crítica. Para o método normativo-estruturante, defendido por Friedrich Müller e Konrad Hesse, por exemplo, a interação necessária entre o preceito jurídico e a realidade a que se pretende regular faz com que a normatividade saia do texto e se apoie em elementos externos para tornar eficazes os seus propósitos. Com efeito, a normatividade não é produzida pelo texto, mas sim da realidade empírica. Como o texto é incapaz de regular todo e qualquer acontecimento mundano, os casos devem ser interpretados conforme a norma jurídica - e não o texto e esta, por sua vez, deve ser concretizada conforme a realidade social.³⁴

Outro método proposto com base nesse novo paradigma jurídico é a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Com a inserção da moral crítica no mundo do dever-ser, a leitura então restrita às instâncias oficiais deveria ser feita pelo público, sob a égide republicana. Isso porque todo destinatário da norma, involuntariamente ou voluntariamente, a interpreta e atualiza sua abrangência. Assim, na sociedade pluralista e aberta a norma é extraída através do diálogo e do conflito, como mandamento democrático.³⁵

Em segundo lugar, propõe-se a separação entre regras e princípios. Como premissa desse paradigma, assume-se que o princípio é uma espécie de norma e não um mero elemento aglutinador do sistema normativo.³⁶ No mesmo sentido, os princípios também não são valores. Ao passo que valores são juízos axiológicos, os princípios são juízos deontológicos. Ainda assim, ambos compartilham características importantes, como a relatividade, a historicidade e a não-taxatividade.

³³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 264.

³⁴ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 45-48. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

³⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998.

³⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21.

Compreendida a premissa, a distinção pode ser feita sob uma perspectiva forte ou fraca. De um lado, a perspectiva forte defende uma separação total: ou a norma possui a estrutura de regra ou de princípio. De outro, a perspectiva fraca defende uma perspectiva de grau: as normas possuem, em diferentes graus, elementos de regra ou de princípio em razão da função a ser desempenhada. Seja qual concepção se adote, a distinção entre as espécies é fundamental para propor e analisar uma ordem objetiva de valores em dado sistema jurídico.

Por fim, à luz dos dois paradigmas anteriores, surge um novo método para a aplicação do Direito. Antes, em razão do entendimento restritivo de que apenas regras eram normas, a aplicação do Direito era majoritariamente pelo método da subsunção. Nele se opera um silogismo, pelo qual a hipótese prevista por uma norma abstrata é encarada como a premissa maior, a ocorrência de determinado(s) fato(s) do mundo é a premissa menor, e a conclusão é a norma concreta, isto é, a interpretação da norma abstrata a ser aplicada no caso concreto.

O novo método proposto é o da ponderação. Para Alexy, a ponderação é inerente à aplicação e concretização de uma norma jurídica. Nesse método, primeiro se identificam os princípios ou regras incidentes no caso concreto. Após, os princípios em conflito são sopesados de acordo com o grau de satisfação a ser atingido pelo Direito enquanto pretensão de correção. Por fim, a medida adotada é enunciada na estrutura de uma norma jurídica.³⁷ Deve-se ressaltar que os princípios são, para Alexy, mandamentos de otimização, juízos deontológicos que tendem a levar o Direito a sua pretensão de correção.

Importante esclarecer que o método não elimina, por completo, a função do legislador e do agente competente. Na verdade, se insere em todas as etapas de produção do Direito. Quando o legislador cria determinada norma, sopesa princípios para indicar qual comportamento deve ser considerado o correto. Da mesma forma, quando o julgador se depara com um caso concreto, deve verificar quais princípios estão em conflito para decidi-lo. Ao tempo que a escolha do legislador constitui sua opção política, o sopesamento pelo julgador, não é atuação discricionária: como os princípios em conflito já foram positivados, eles limitam a margem do julgamento e o trabalho do julgador é interpretá-los de modo mais fidedigno possível ao padrão de correção exigido pelo Direito.³⁸ É dizer a moldura não mais é a lei, mas os princípios incidentes.

³⁷ ALEXY, Robert. De la ponderación y la subsunción: una comparación estructural. In: LYNETT, Eduardo Montealegre; PIZARRO, Nathalia Bautista; PEÑA, Luis Felipe Vergara (comp.). *La ponderación en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 39-62.

³⁸ Eduardo Moreira justifica que a principal ferramenta do neoconstitucionalismo é a argumentação. Com referência a Manuel Atienza, ele salienta que o Direito pode oferecer mais de uma resposta correta, mas que nem sempre a

Nesse aspecto, talvez o mais tormentoso dos paradigmas traçados, regras podem ser derrotadas não apenas por não serem válidas, não estarem vigentes, serem exceções ou não incidirem. Pode uma regra não ser aplicada pelo fato de um hermenauta visualizar que determinado princípio tenha prevalência sobre ela. O Judiciário, mais uma vez, mostra a sua força contra majoritária ao afastar a incidência de uma regra posta pelo legislador por entender pela prevalência de um princípio jurídico sobre ela.

1.3. A crítica pós-positivista: neoconstitucionalismo vs. constitucionalismo garantista

A mudança do paradigma pode ser analisada sob dois aspectos. Sob o aspecto filosófico, ela representa o reconhecimento da força normativa dos princípios como fonte de normatividade. Logo, o Direito deve conter além da validade formal e eficácia social, uma pretensão de correção substancial subsidiada pela relação necessária e universal entre o Direito e a moral. Sob o aspecto jurídico constitucional, estuda a normatividade constitucional ao definir a Constituição como centro do ordenamento jurídico. Portanto, em um Estado constitucional democrático, há uma obrigação moral de se obedecer à Constituição e às leis com ela compatíveis. Logo, a conexão entre o Direito e Moral é particular e contingente.

Do aspecto filosófico se origina a teoria pós-positivista. O pós-positivismo é a teoria normativa que, ao admitir a relação necessária entre o direito e a moral, visa dar normatividade aos princípios jurídicos e, então, estes atuam como norma jurídica vinculante de modo universal. A pretensão de correção é elemento limitador do Direito, de modo que as normas que confrontem o ideal mínimo de justiça material são inválidas. Logo, universalmente, os ordenamentos jurídicos devem visar à pretensão de correção para evitar normas extremamente injustas. Essa é a validade da relação necessária entre Direito e Moral.

Do aspecto jurídico constitucional, se origina a doutrina neoconstitucionalista. Apesar da pluralidade de concepções e classificações, o neoconstitucionalismo visa a reconstrução, com base em determinadas premissas ideológicas, da concepção de uma constituição como norma. O

solução correta, que faz justiça ao caso, é a que o direito positivo oferece. Assim, a argumentação, em confronto entre direito e justiça, pode culminar em um caso “trágico” de sacrifício de valores. Eduardo Moreira, por seu turno, entende que a argumentação complementa o neoconstitucionalismo na medida que busca harmonizar os casos trágicos, atenuando os seus resultados. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Argumentação jurídica e a solução dos casos trágicos. Cadernos da EMARF, *Fenomenologia e Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 1-196, out.2009/mar.2010, p. 102-105.

neoconstitucionalismo se impõe teoricamente, ao reconhecer a normatividade constitucional e estabelecer as condições de leitura do modelo constitucional; ideologicamente, ao garantir a efetividade dos direitos fundamentais e obrigar a obediência à Constituição e às leis compatíveis a ela, impedindo a obediência automática da lei; e metodologicamente, ao superar a visão de neutralidade do Direito, puramente descritiva e permitir, a partir da conexão contingente entre o direito e a moral, uma função prescritiva.³⁹

Para Luís Roberto Barroso, o fenômeno causou três grandes alterações. A primeira, histórica, evidencia a superação do paradigma de validade formal do Direito em razão da conscientização das relações de poder. Dessa maneira, nem tudo o que o Estado-legislador manifesta ou produz é legítimo, pois deve guardar uma relação com a moral particular. A segunda, filosófica, mostra que reconhecer a força normativa dos princípios aproxima o Direito à realidade ao conferir maior efetividade à Constituição, dando aos seus princípios eficácia social. A terceira, teórica, tem como base o reconhecimento da força normativa da Constituição - que não mais seria encarada como um compilado de normas programáticas, mas como elemento de vinculação à sua realização; a expansão da jurisdição constitucional, com a criação da norma jurídica adequada ao caso concreto (função criativa do intérprete) e o desenvolvimento de novos métodos de interpretação constitucional.⁴⁰

Deve-se reconhecer a proximidade teórica entre os conceitos do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo. Ambos partem do mesmo paradigma. Entretanto, não são termos sinônimos. Ao passo que o pós-positivismo assume feição como novo paradigma do direito, como o positivismo e o naturalismo; o neoconstitucionalismo assume feição como doutrina do Estado constitucional democrático. Nesse sentido, a conexão entre o Direito e a Moral no pós-positivismo é universal e necessária, pois o Direito visa a pretensão de correção. Já no neoconstitucionalismo, a conexão é particular e contingente, pois a Constituição e as leis com ela compatíveis devem ser respeitadas por guardar elementos morais. Uma lei posta por uma

³⁹ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo. Un analisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. Cabe reconhecer que essa proposta de classificação não deve ser encarada como estanque, ou seja, que o neoconstitucionalismo assume um ou outro papel. O neoconstitucionalismo é, ao mesmo tempo, ideológico, teórico e metodológico.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. 2005, p. 3 - 15. In: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

autoridade competente não deve ser automaticamente seguida: ela deve guardar compatibilidade com a Constituição e com os valores nela encampados.

Diante das características do neoconstitucionalismo, é inegável que ele provocou um avanço na judicialização fruto da jurisdição constitucional e da eficácia irradiante da Constituição. O Poder Judiciário tornou-se um novo centro de tomada de decisões sistêmicas. Isso porque, ao mesmo tempo, o Poder Judiciário expande e intensifica a sua esfera de atuação, diante de uma interpretação proativa da Constituição. O ativismo judicial, consistente na atuação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais⁴¹, manifesta-se em decisões nas quais a controvérsia judicial depende da atuação de outras esferas do Poder Público. Torna-se uma espécie de contrapeso à postura satisfativa do parlamento e do Executivo, atendendo a demandas sociais pendentes. Aos demais poderes, essa postura representa riscos à legitimidade democrática, à politização da justiça e ao limite dos efeitos sistêmicos e da capacidade institucional do Poder Judiciário.

Nesse ponto, residem as principais críticas à doutrina neoconstitucionalista. Ao se direcionar parte da racionalidade do processo de aplicação das normas ao Poder Judiciário, retira-se parte da legitimidade política da construção normativa feita pelo Legislativo.⁴² Com efeito, as críticas ao ativismo judicial, à validade da ponderação (em geral, direcionada como discricionariedade judicial) e à própria postura contra majoritária do Judiciário, perpassam pela legitimidade das premissas assumidas pela doutrina.⁴³

Para Ferrajoli, por exemplo, o neoconstitucionalismo não seria mais do que uma postura "principlista de constitucionalismo" ou "constitucionalismo garantista".⁴⁴ Isso porque, ao

⁴¹ Id. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Rio de Janeiro: [Syn]Thesis, v. 5, nº 1, 2012, p. 28.

⁴² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 297.

⁴³ Alfonso Figueroa salienta a natureza bifronte dos princípios constitucionais. Por um lado, constituem um limite, um núcleo irrenunciável. Por outro, pela ponderação, confere uma margem de discricção. Assim, para os legisladores teria um "rosto mais severo" e, para os aplicadores do Direito, "mais condescendente". Para evitar a "*incopiutezza dello Stato di diritto*", é necessário buscar algum elemento de objetividade, que garanta a submissão à Constituição. Existem duas posturas para resolver tal problema: as extremas (neojusnaturalismo dworkiano e realismo) e as moderadas (positivismo hartiano e teoria da argumentação jurídica alexiana). A crítica de Figueroa reside na oportunidade do novo paradigma constitucionalista, especialmente pela vinculação conceitual necessária dos sistemas jurídicos constitucionalizados à moral em virtude de sua constitucionalização, para justificar a teoria. Seria necessária uma reconstrução, que ofereça resultados no plano conceitual, vinculando todos os sistemas jurídicos à moral em virtude da constitucionalização. Cf. FIGUEROA, Alfonso Garcia. A teoria do Direito em tempos de constitucionalismo. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, ano 1, n. 4, out./dez. 2007.

⁴⁴ STRECK, Luiz Lênio. Contra o Neoconstitucionalismo. In: *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, n. 4, jan.-jun., p. 19. O autor refere-se a obra de

atribuir função normativa aos direitos fundamentais, exige que a tomada de decisão em caso de conflito de princípios seja feita por um juiz, que possui seus próprios vieses cognitivos. No limite, a tomada de decisão neoconstitucional é pautada pela discricionariedade judicial. Portanto, a doutrina não segue a teoria pós-positivista, pois esta considera a discricionariedade judicial uma fatalidade, tal como o positivismo. A teoria visa responder a interpretação judicial por meio da epistemologia jurídica e da crítica à razão prática e não apenas incorporar a discricionariedade judicial como método epistemológico.⁴⁵

Para Lênio Streck, o método da ponderação representa o maior obstáculo do neoconstitucionalismo, na medida que este depende daquele, que nada mais é que um juízo discricionário.⁴⁶ Ao se confirmar que a razão da adoção da ponderação como método de aplicação do direito reside no reconhecimento da força normativa dos princípios, deve-se reconhecer que os princípios trouxeram o mundo do ser para o mundo do dever-ser. Com efeito, o mundo do dever-ser tornou-se discricionário, com alto grau de decisionismo e arbitrariedade. Por esse motivo, o método não só enseja ao ativismo judicial que, para o autor, seria uma postura judicial fora dos limites constitucionais, como também serve como álibi para decisões que, no fundo, são discricionárias.⁴⁷

Ferrajoli em: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Luiz Lênio; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, (Neo)Constitucionalismo e Hermenêutica*: diálogos com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁴⁵ Ibid., p. 20-22.

⁴⁶ O autor se refere ao conceito da Jurisprudência dos interesses, de Philipp Heck, com a ressalva de que nela não havia a regra da ponderação.

⁴⁷ Ibid., p. 22-23. O autor propõe o uso do termo “constitucionalismo contemporâneo” para justificar que a juridicidade não é feita nem pela subsunção, nem pela dedução. Na *applicatio*, a interpretação e aplicação não são cindidas, de modo que não haveria casos fáceis ou difíceis. Tampouco a determinação do direito *in concreto* seja determinada pelo juiz que, como visto, é discricionário.

2. A DISCIPLINA GLOBAL DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Para enfrentar as críticas mencionadas no capítulo anterior, é necessário se debruçar sobre a história do neoconstitucionalismo. Como traçado, a transformação constitucional ocorre em três etapas: a origem política da transformação; a forma jurídica da transformação e a adaptabilidade constitucional. Para estudá-las, é necessário retomar alguns aspectos históricos da formação do neoconstitucionalismo.

Deve-se lembrar que o neoconstitucionalismo representa uma doutrina da filosofia jurídica que se coloca como intermediária entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo e compartilha paradigmas com a teoria do pós-positivismo. No Estado Constitucional de Direito, a doutrina do neoconstitucionalismo busca a reconstrução, com base em determinadas premissas ideológicas, da concepção da constituição como norma. Nesse sentido, a Constituição se traduz não só como inspiração ou grau de formalidade de um ordenamento jurídico, mas também como instrumento que introduz um vínculo moral substancial à criação do direito positivo por meio do ordenamento de valores estruturais e dominantes do progresso social.

Ao propor ressignificar a Constituição como norma, visa também reconstruir o ideal de justiça, abalado em decorrência da Segunda Guerra Mundial. Para tanto, recorre a três paradigmas: a vinculação entre direito e moral; a separação entre regras e princípios e a aplicação do direito pelo método da ponderação. Fincados os paradigmas, a doutrina se diferencia da teoria pós-positivista ao pregar uma conexão particular e contingente com a moral, já que a Constituição e as leis com ela compatíveis devem ser respeitadas por guardar elementos morais. Entretanto, ao delegar a responsabilidade dessa análise de compatibilidade aos juízes, o neoconstitucionalismo sofre críticas, especialmente pelo seu método de aplicação do Direito.

Conforme visto, as constituições que se enquadram no modelo neoconstitucionalista encontram três características compartilhadas entre diferentes sistemas. A primeira são os textos constitucionais promulgados no pós-guerra, com normas substanciais que condicionam a atuação do Estado conforme os limites neles estabelecidos. A segunda é a supremacia das práticas judiciais por tribunais e cortes constitucionais, como principais intérpretes da constituição. A terceira são os novos métodos de interpretação capazes de compreender os novos textos e lhes conferir maior efetividade.

Nesse capítulo, objetiva-se analisar a primeira característica do fenômeno de forma a iniciar o contraponto às críticas feitas e traçar o caminho para uma nova fase do constitucionalismo: o pluralismo constitucional transnacional.

2.1. O primeiro passo do Constitucionalismo Global: uma análise de quinze Constituições

Se o neoconstitucionalismo é entendido como uma doutrina intermediária entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo que visa assegurar a concepção da constituição como norma, mostra-se necessária a análise de seu principal objeto de estudo: a Constituição. Tradicionalmente, são assinaladas como marcos teóricos do neoconstitucionalismo as constituições advindas após a Segunda Guerra Mundial. Conforme leciona Daniel Sarmento:

As constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico que contém importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições⁴⁸.

Com esse contexto, o presente capítulo busca entender se o neoconstitucionalismo pode impulsionar um modelo de Constituição Global percorrendo a história constitucional. Nos anos subsequentes à guerra, houve um aumento exponencial no número de constituições instituídas.⁴⁹ Essas constituições, conforme assinalado, possuem normas com elevado teor axiológico, derivadas de decisões substantivas dos líderes políticos dos Estados a que se destinam a regular. Nesse sentido, trabalha-se com a hipótese de que essas decisões substantivas não são isoladas de um contexto histórico político global: as Constituições influenciam as decisões umas das outras.

Como método, recorre-se à história constitucional de modo a analisar se os textos promulgados no pós-Guerra já sofriam influências externas à nação. Isso significa dizer que, na produção constitucional, os Estados entrariam em relações determinadas, necessárias e independentes de suas vontades, relações axiológicas que corresponderiam a um grau de abertura ao globalismo.⁵⁰ Assim, não seria unicamente a consciência política interna da nação que

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 6.

⁴⁹ PREUSS, Lawrence. The relation of international law to internal law in the french constitutional system. *The American Journal of International Law*, V. 44, No. 4, out., 1950, p. 641.

⁵⁰ Em paralelo à “Na produção social da sua existência, os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes da sua vontade, relações de produção que correspondem a um grau de desenvolvimento determinado das suas forças produtivas materiais. (...) O conjunto destas relações de produção constitui a estrutura econômica da

determinaria as decisões substantivas de quais valores axiológicos seriam positivados por uma constituição: na verdade, seriam as decisões globais que determinam a conformidade da consciência política interna da nação.⁵¹

Deve-se ressaltar que as Constituições que serão analisadas não necessariamente se filiam ao modelo neoconstitucional. Na realidade, indicam uma intenção do legislador originário de cada país em se filiar a um modelo que estava em construção no mundo. Assim, são modelos incipientes do que viria a ser o neoconstitucionalismo da forma como hoje ele é reconhecido. A intenção da análise deste capítulo é investigar se, na sua origem, o neoconstitucionalismo já tinha uma pretensão de globalismo.

O recurso à história não tem, *a priori*, o objetivo comparativo entre os países, suas instituições, suas Constituições ou mesmo suas normas. Busca-se investigar se haveria uma relação histórica entre uma ordem mundial constitucional e as ordens constitucionais nacionais.⁵² Presente essa relação histórica, pode-se entender que o neoconstitucionalismo, ao menos, proporciona um ambiente propício a uma ordem constitucional transnacional. Além disso, seria possível inferir que esse ambiente já existe desde as primeiras práticas neoconstitucionalistas.

Particularmente nos cinco anos subsequentes ao término da guerra, têm-se o registro de 42 novas constituições, além da Conferência Consultiva Política do Povo Chinês (1949). Dessas, quinze foram selecionadas para o presente estudo em razão: a) da presença política na Segunda Guerra Mundial; b) da magnitude política na geopolítica atual, considerada a diversidade regional; e/ou c) da disponibilidade de dados, entendidos como a íntegra do texto constitucional. São elas: Indonésia (1945 e 1950); França (1946); Iugoslávia (1946); Brasil (1946); Japão (1946);

sociedade, a base concreta sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas de consciência social determinadas. O modo de produção da vida material condiciona em geral o processo da vida social, política e intelectual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é inversamente o seu ser social que determina a sua consciência". MARX; ENGELS apud ALARCÓN, Pietro Lora. Teoria Geral do Direito Constitucional: A contribuição do Marxismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 6, jul./dez., 2005, p. 561.

⁵¹ Ibid.

⁵² De toda forma, refina-se a metodologia para compreender essa investigação histórica. Nesse sentido, de acordo com os ensinamentos de Giuseppe de Vergottini, a comparação pode ser classificada em: (i) comparação no tempo, vertical ou diacrônica, quando se relaciona com a história e o encadeamento temporal dos elementos de uma mesma comunidade, servindo para reconstruir processos evolutivos constitucionais; e (ii) comparação no espaço, sincrônica ou horizontal, cuja análise recai nos elementos de ordens jurídicas diferentes de uma mesma época. Ainda, a comparação pode se dividir em (iii) macrocomparação, quando se comparam sistemas jurídicos como um todo e não raro, distantes; e (iv) microcomparação, quando se comparam institutos pontuais, em regra, de países vizinhos ou com sistemas jurídicos similares. VERGOTTINI apud LEGALE, Siddharta. Neoconstitucionalismo internacionalizado e a internacionalização do Direito: o engajamento tardio do direito constitucional do Brasil na esfera internacional. In: *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Direito UERJ, 2015, p. 562. Nesse primeiro momento, concentra-se na macrocomparação no espaço dos quinze países analisados.

Itália (1947); Taiwan (1947); Tchecoslováquia (1948); Coreia do Sul (1948); Alemanha Ocidental (1949); Alemanha Oriental (1949); Hungria (1949); Costa Rica (1949); e, Índia (1949).

Dessas, oito já estavam catalogadas na plataforma “*Constitute*” do *Comparative Constitute Project* e *Google Ideas*. As demais foram catalogadas seguindo os critérios estabelecidos pela plataforma, de modo a não haver divergência de dados. Uma vez selecionadas, os dados foram revisados e contabilizados os direitos e garantias presentes nos documentos. Como resultado, foram selecionados 20 direitos ou garantias (“direitos”)⁵³ relativamente comuns às quinze constituições (a transcrição dos direitos encontra-se disponível no Anexo 1).

Eles são reflexos diretos dessa relação global quando são reconhecidos pelo ordenamento jurídico. São exemplos que demonstram como um mesmo valor axiológico consegue se conformar a diferentes ordenamentos jurídicos. Entretanto, é importante notar que eles não são, exclusivamente, os fatores que impulsionam uma Constituição Global. Como explanado, as relações globais determinadas, necessárias e independentes moldam a consciência política interna de um Estado. Os direitos servem para exemplificar a forma que são traçadas essas relações globais e de que forma elas são incorporadas em um ordenamento jurídico.

É bem verdade que existem princípios, como as cláusulas de abertura⁵⁴, que diretamente impulsionam uma abertura global. Conforme se verá oportunamente, esses princípios de abertura são derivados dessas relações axiológicas transnacionais e são responsáveis por indicar positivamente uma recepção ao constitucionalismo global.

Alerta-se que a intenção dessa primeira seção é quantitativa, de modo a expor os direitos que, a despeito das particularidades jurídicas locais, estão previstos em larga escala nas Constituições aqui estudadas. Por isso, não se preocupa com a forma como eles são institucionalizados internamente, tampouco se eles são, por si só, indicadores de uma intenção globalista. Busca-se, neste primeiro momento, observar se normas de conduta se repetem, como um padrão, nessas quinze constituições e, caso positivo, quais mais se repetem.

Para tanto, a análise visa saber se o núcleo essencial do direito estudado foi contemplado textualmente pelo ordenamento jurídico. A determinação do núcleo essencial aqui deve ser

⁵³ Não se utiliza a nomenclatura “princípio”, pois, como se verá, as normas de conduta podem conter regras e princípios em seu conteúdo. Por exemplo, “educação gratuita” pode englobar tanto o princípio da gratuidade da educação, como a regra de que o Estado oferecerá educação gratuita para todos os cidadãos.

⁵⁴ Cf. LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana como Tribunal Constitucional Transnacional*. Rio de Janeiro: Tese de Doutorado em Direito Internacional pelo Programa de Pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

encarada como um “âmbito de proteção de cada direito fundamental, cujos limites são intransponíveis, embora eventualmente outros fatores possam justificar sua restrição”.⁵⁵ Deve ser encarado, portanto, como o “coração do direito”, isto é, a parte de maior intensidade valorativa do direito em abstrato.

Além disso, o fato de o ordenamento jurídico conter, ainda que apenas textualmente determinada norma de conduta, já indica uma intenção de ser parte do movimento neoconstitucional, em razão do alto grau de abstração de tal norma. Nesse momento, não é relevante determinar a forma como ele é institucionalizado internamente, isto é, se as Cortes o aplicam de maneira parecida com outro país ou se o legislador infraconstitucional o regulamentou para que fosse efetivo. A mera previsão legal dessa norma, com a possibilidade de interpretação judicial sobre ela já se mostra relevante para o Direito. Por esse motivo, o estudo não se filia a uma análise literal de um direito, mas sim à concepção de seu núcleo essencial estar contemplado textualmente na Constituição.

No entanto, deve-se reconhecer duas limitações intrínsecas à análise. Primeiro que, apesar de determinado país não estabelecer certo direito, não significa que ele o deixe de aplicar nas suas instituições. Assim, a análise não deve ser tomada como um fim, mas como um ponto de partida para futuras pesquisas sobre o tema. Segundo que, apesar de determinado país estabelecer certo direito, não significa que ele o aplique nas suas instituições e, ainda, de modo compatível com o fim proposto pelo neoconstitucionalismo. Portanto, ainda que um país contemple um direito, pode ignorá-lo ou ter práticas diametralmente opostas ao fim buscado por ele.

Essas limitações, contudo, não tiram a importância do estudo. Como já ressaltado, busca-se analisar, nessa seção, se os textos promulgados no pós-Guerra já sofriam influências externas. Em outros termos, se as decisões substantivas nacionais já eram motivadas pelas relações globais. Assim, o mero fato de se reconhecer tal direito em seu texto já cumpre esse objetivo de estabelecer um ambiente global, propício ao transnacionalismo.

Estabelecidas tais premissas, a tabela 1 apresenta os direitos de acordo com a quantidade de menções nas Constituições estudadas:

⁵⁵ NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 284.

Tabela 1: Quantidade de direitos observados nas Constituições (1945-1950)

DIREITOS	TOTAL
Igualdade (garantia geral)	15
Liberdade religiosa	14
Liberdade de expressão	14
Liberdade de reunião	14
Liberdade de associação	14
Afirmação do sufrágio universal	14
Educação gratuita	13
Voto secreto	13
Direito à propriedade privada	13
Direito ao / Obrigação de trabalho	13
Liberdade pessoal ou de movimento	13
Direito das crianças	13
Educação compulsória	12
Proteção à expropriação	12
Direito de formar ou participar de sindicatos	12
Direito à cultura	12
Princípio da legalidade penal ou proteção à restrição injustificada	11
Direito à ciência	11
Direito à arte	11
Direito de petição	10

A primeira observação a ser mencionada trata do direito comum a todos os ordenamentos jurídicos: a garantia geral de igualdade. Vetor dos direitos de segunda dimensão, tal garantia foi também contemplada no art. 1º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Dentre as principais diferenças entre os artigos analisados está no sujeito ativo de tal garantia: se todas as pessoas ou se apenas os cidadãos. Como exemplo, podem ser citados os dispositivos da Alemanha Ocidental (Art. 3, 1: “*All persons shall be equal before the law*”⁵⁶) e da Alemanha Oriental (Art. 6 “*All citizens have equal rights before the law*”⁵⁷).

⁵⁶FOSTER, Nigel.; SULE, Salish. *German Legal System and Laws*. Nova York: Oxford University Press, 2010.

⁵⁷CENTRE VIRTUEL DE LA CONNAISSANCE SUR L'EUROPE. *Constitution of the German Democratic Republic (7 October 1949)*. Disponível em: <https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/33cc8de2-3cff-4102-b524-c1648172a838/publishable_en.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2021.

Além disso, deve ser mencionado que alguns textos legais mencionam garantias de igualdade específicas, como igualdade entre gêneros, raça, religião, crença nacionalidade. A Constituição da Costa Rica traz ainda uma previsão sobre isonomia, a saber:

Art. 40. “Todos los habitantes del territorio nacional, tienen personalidad jurídica y gozan de la protección de la ley, sin que esta pueda establecer diferencia alguna entre ellos por razones de raza, religión e ideología. Sin embargo, les dará un trato que compense las desigualdades derivadas de la naturaleza física y de la organización social, trato que se fundara exclusivamente en las características generales que la propia ley determine.”⁵⁸

Em seguida, quatro liberdades se apresentam como comuns a quase todos os textos constitucionais: liberdade religiosa, liberdade de expressão, liberdade de reunião e liberdade de associação. A exceção comum a todos é a Constituição francesa de 1946. Possivelmente isso ocorre porque, em seu preâmbulo, existe a reafirmação dos direitos e liberdades presentes na Declaração de Direitos⁵⁹. Contudo, diferentemente de outros direitos contemplados no texto constitucional, essas liberdades não são mencionadas no texto constitucional. Novamente, se faz necessária a ressalva de que o intuito dessa análise é meramente quantitativo, de modo que esses direitos podem ter sido implementados em âmbito interno, sem que isso retire o padrão de repetição de direitos a ser observado.

Além dessas liberdades, a afirmação do sufrágio universal também apresenta uma única exceção: a Constituição da Indonésia de 1945. O país, que havia proclamado sua independência do Império Neerlandês naquele ano, preocupou-se com a estrutura de poder estatal, enquanto atravessava uma Revolução Nacional. Vale ressaltar que a Constituição seguinte, de 1950, ocupou-se de tratar todos os direitos aqui mencionados, a exceção dos direitos das crianças.

Vale mencionar que esse direito pode apresentar-se de modo mais abstrato, como no Brasil (art. 134: “O sufrágio é universal e direto; (...)”⁶⁰) ou de forma mais detalhada, definindo o órgão político que será votado, como na Alemanha Ocidental (art. 28, 1: “(...) *In each Land*,

⁵⁸VEGA, Oscar Castro. *Rodrigo Facio em la constituyente de 1949*. San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2003.

⁵⁹FRANÇA. *Constituição da República Francesa*, de 27 de outubro de 1946. Paris: Jornal Oficial da República Francesa, 1946. Preâmbulo. “*They solemnly reaffirm the rights and freedoms of man and of the citizen ordained by the Declaration of Rights of 1789 and the fundamental principles recognized by the laws of the Republic.*”. Disponível em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9617344x/f2>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁶⁰BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 27 nov. 2021.

county and municipality the people shall be represented by a body chosen in general, direct, free, equal and secret elections.”⁶¹).

Com treze menções, apresentam-se seis direitos: educação gratuita, voto secreto, direito à propriedade privada, direito ao / obrigação de trabalho, liberdade pessoal ou de movimento e direito das crianças.

Quanto ao primeiro, verifica-se se há gratuidade em algum grau de ensino como forma de garantir igualdade de acesso e oportunidade entre os cidadãos de determinada sociedade. Por vezes, determinada Constituição pode trazer a regra de que o ensino será público (Alemanhas Ocidental e Oriental, França e Iugoslávia), a regra de gratuidade da escola (Brasil, Costa Rica e Hungria) ou do ensino (Indonésia, 1950 e Japão). Pode ainda trazer a regra de determinado grau de ensino será gratuito (Índia, Itália e Tchecoslováquia).

As duas exceções a essa regra e, também ao voto secreto, são as Constituições da Coreia do Sul e da Indonésia de 1945, esta já comentada. A primeira edição da Constituição da Coreia estabeleceu, de modo provisório, dez artigos que deram ensejo à atual carta constitucional do país. Interessante observar que, mesmo em dez artigos estabelecidos de modo provisório após a sua independência, a Coreia já possui nove direitos em comum com outros quatorze países.

O voto secreto, por seu turno, tem profunda semelhança com o sufrágio universal. Muitas vezes os artigos já contêm as duas provisões em um mesmo texto. Novamente, os artigos podem mencionar as eleições com a mecânica – exemplo: Índia, art. 55.1 (“*The election of the President shall be held in accordance with the system of proportional representation by means of the single transferable vote and the voting at such election shall be by secret ballot.*”⁶²) ou estabelecer uma garantia geral, caracterizando-o inclusive como um dever – exemplo: Itália, art. 48.2 (“*The vote is personal and equal, free and secret. The exercise thereof is a civic duty*”⁶³).

Em relação à propriedade privada, ela não está presente nas Constituições da França e da Indonésia de 1945. Por vezes, podem assegurar outros direitos em conjunto, como herança, proteção à desapropriação, liberdade pessoal, moradia ou habitação, liberdade de iniciativa,

⁶¹FOSTER; SULE, op. cit.

⁶²INDIA. *Constitution of India*. Disponível em: <https://www.constitutionofindia.net/constitution_of_india>. Acesso em: 27 nov. 2021.

⁶³CASONATO, Carlo; WOELK, Jess. *The Constitution of the Italian Republic*. Trento: University of Trento (Centro Stampa), 2008. Disponível em: <<http://www.jus.unitn.it/dsg/publicazioni/costituzione/costituzione%20genn2008eng.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

direito à existência, ao trabalho e à empresa. Pode ainda reconhecer a propriedade pública, como na Constituição Italiana (art. 42 “*Property is public or private (...)*.”⁶⁴).

Já em relação ao direito ao e obrigação de trabalho, a provisão não está presente nas Constituições da Alemanha Ocidental e da Coreia do Sul. É interessante observar que um artigo pode trazer o trabalho como um direito, como na Hungria; como um dever, como na Iugoslávia ou como um direito e um dever, ao mesmo tempo, como na Costa Rica. Esse direito pode estar associado a outros como a liberdade de escolher à própria profissão, a existência digna, a remuneração adequada, direito à moradia, à subsistência e ao lazer. A Constituição da Tchecoslováquia trouxe, ainda, a previsão de uma previdência social para os incapacitados (art. III.3: “*All citizens have the right to education, the right to work, to a just reward for work done, and to leisure after work. National Insurance shall provide for all citizens in cases of incapacity for work.*”⁶⁵).

De modo a permitir maior inclusão entre os conceitos abertos, a liberdade pessoal e a liberdade de movimento foram tratadas como uma. Isso porque há grande diferença textual entre os textos estudados, contudo, há uma nítida semelhança entre o sentido: o de promover a liberdade de locomoção das pessoas no território do país, sem privá-las do direito de ir e vir. No Brasil, a liberdade é acompanhada pela garantia do *Habeas Corpus*, assegurando tal direito, salvo nas transgressões disciplinares (art. 141, § 23). As únicas exceções são os textos da França e da Indonésia, de 1945.

Por fim, o direito das crianças contempla uma gama de direitos, que podem ser de cuidado, de supervisão, de desenvolvimento, de educação, de proteção ao trabalho, de cultura, entre outros. Interessante observar também que alguns dispositivos incluem o jovem no âmbito de proteção da norma. Ainda, existe uma diferenciação entre o sujeito da norma: ora o Estado, ora os pais, ora ambos. As exceções a esse direito estão na Coreia do Sul e na Indonésia, de 1950.

Com doze menções, encontram-se os direitos à educação compulsória, de proteção à expropriação, de formar ou participar de sindicatos e direito à cultura. Interessante observar que esses direitos estão interligados com outros já discutidos nessa breve análise.

O da educação compulsória tem nítida correlação com o da educação gratuita. A Carta de 1945 da Indonésia não cobre nenhum dos dois direitos. A da Coreia do Sul, apesar de não

⁶⁴Ibid.

⁶⁵TCHecoslováquia. *Constitutional Act of 9 May 1948*. Disponível em: <<http://czecon.law.muni.cz/content/en/ustavy/1948/>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

assegurar a gratuidade do ensino, institui sua obrigatoriedade. A educação compulsória também não é mencionada nas Constituições da França e da Alemanha Ocidental.

O de proteção à expropriação se relaciona com o direito à propriedade privada. Nesse caso, além das Constituições da França e de 1945 da Indonésia, a Constituição da Coreia do Sul também não fala sobre o assunto. De modo geral, as Constituições se ocupam de definir limites gerais e definir se há ou não garantia de indenização para esses casos.

O direito de formar ou participar dos sindicatos, relacionado ao direito ao / obrigação de trabalho, não está presente nas Constituições da Coreia do Sul, Indonésia de 1945 e de Taiwan. A Constituição coreana não contempla nenhum dos dois direitos. A indonésia e a taiwanesa não contemplam o primeiro. Importante salientar que a Constituição da Alemanha Ocidental traz a previsão de formar corporações como um direito fundamental, apesar de não assegurar direito ao trabalho ou a sua obrigação.

Por fim, o direito à cultura se liga ao direito à educação e, como se verá, aos direitos de ciência e arte. A cultura pode ser protegida nominalmente, como um conceito aberto, ou de forma pormenorizada, em geral, relacionada com os direitos de educação, arte e ciência. Em geral, é dever do Estado promover o seu desenvolvimento e sua proteção.

Com onze menções, o princípio da legalidade penal ou da proteção à restrição injustificada se apresenta em todas as Constituições, salvo Coreia do Sul, França, Hungria e Indonésia. Assim como a liberdade pessoal ou de movimento, os conceitos também foram mesclados para permitir maior inclusão entre conceitos abertos. Em geral, asseguram que alguém só será preso em virtude de uma lei penal que define um ato como crime.

Além desse princípio, os direitos à ciência e à arte também se apresentam onze vezes. Ambas não estão presentes na Coreia do Sul, na França, no Japão e na Indonésia (1945). Em regra, os textos constitucionais trazem a liberdade de ambas no mesmo artigo. Podem, ainda, se referir à pesquisa, à proteção, ao suporte e a liberdade de produção.

Finalmente, o direito à petição à alguma autoridade está descrito em dez Constituições analisadas. Esse direito pode se dirigir a uma autoridade específica (como na Itália – art. 50 “*All citizens may present petitions to both Houses to request legislative measures or to express collective needs.*”⁶⁶) ou de modo geral, como na Constituição de 1950 da Indonésia (“*All persons have the right, individually as well as in association with others, to present petitions to the public*

⁶⁶CASONATO; WOELK, op. cit.

authorities.”⁶⁷). Ele não está presente nas cartas da Coreia do Sul, da Hungria, da França, da Índia e da Indonésia, de 1945.

É relevante mencionar que podem existir outros direitos que se apresentam até mais vezes nos textos constitucionais. Em um primeiro momento da pesquisa, foram analisados cinquenta e um direitos que, potencialmente, poderiam ser estudados. Dentre eles podem ser mencionados: o de liberdade de opinião, crença ou consciência; ao padrão razoável de vida; de vedação à privilégios; igualdade sem distinção de gênero, raça ou religião; direito à privacidade; dignidade da pessoa humana; princípio da irretroatividade penal; proibição da escravidão; liberdade de imprensa; apoio estatal às crianças; direito à liberdade acadêmica; à igual remuneração por igual trabalho; à saúde; limites ao trabalho infantil; direito ao julgamento rápido; apoio estatal aos desempregados, aos idosos; direito de consulta ao advogado; direito à vida; proteção ao meio ambiente; inalienabilidade de direitos; igualdade matrimonial; proteção de apátridas ou refugiados; garantia de separação entre Estado e Igreja, direito à propriedade intelectual; proibição de tratamento desumano ou à tortura e acesso ao ensino superior. No entanto, para fins da presente pesquisa, se optou em selecionar apenas vinte desses direitos para demonstrar a hipótese desse capítulo.

Relembre-se que, no presente momento, trabalha-se com a hipótese de que essas decisões substantivas não são isoladas de um contexto histórico político global: as Constituições influenciam as decisões umas das outras. Como se pode notar, existe uma grande difusão dos direitos por diversos ordenamentos jurídicos, sem grandes disparidades. De acordo com a tabela 1, é possível constatar a afirmação de direitos construídos ao longo de anos de constitucionalismo nos mais diversos ordenamentos jurídicos, afetados ou não pela Segunda Guerra Mundial. Chama a atenção a variedade de temas tratados pelas Constituições: ao fim da Guerra, os países se preocuparam garantir a igualdade, a educação e a cultura, as liberdades individuais, direitos sociais, políticos e processuais.

Também é interessante lembrar que, nesse momento, não se investiga a possibilidade de um dado princípio contribuir com a globalização do direito constitucional. Reforça-se que o objetivo da pesquisa, nesse momento, é investigar se, no início do neoconstitucionalismo, já existiam valores que, a despeito das diferenças locais, eram comuns a diversos ordenamentos jurídicos. Nesse sentido, pesquisa-se se a doutrina se amoldou às relações globais determinadas,

⁶⁷INDONÉSIA. *Constituição Provisória da República da Indonésia*. 1950. Disponível em: <<https://www.worldstatesmen.org/Indonesia-Constitution-1950.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

necessárias e independentes que formam a consciência política interna de um Estado. Os direitos servem para exemplificar a forma que são traçadas essas relações globais e de que forma elas são incorporadas em um ordenamento jurídico.

Apesar disso, a partir do evento, tais direitos mostram-se mais presentes nas Cartas. Como exemplo, o princípio da dignidade humana até o início da Guerra apareceu em seis constituições⁶⁸ (Bélgica, 1831; Nova Zelândia, 1852; México, 1917; Liechtenstein, 1921; Letônia, 1922 e Irlanda, 1937). É interessante observar que, somente nos cinco anos subsequentes à Guerra, onze documentos trouxeram referência a tal princípio. Da mesma forma, o direito à vida que até então aparecia em oito constituições⁶⁹ (Nova Zelândia, México, Liechtenstein, Letônia, Irlanda, além de Noruega, Estados Unidos e Canadá, 1867), é referenciado oito vezes apenas entre 1945 a 1950.

Deve-se reconhecer que tais direitos atravessam fronteiras territoriais e adquirem *status* mundial, de modo a direcionar uma concepção de justiça universal a ser conformada pelo direito positivo de cada país. Além disso, também deve ser notado que a conexão entre o direito positivo e a justiça não se esgota nos direitos aqui levantados, mas estes fornecem uma nova ferramenta de análise sobre os assuntos contemplados na ética universal. Esses valores universais, construídos ao longo de diversas gerações, se estabeleceram como essenciais no novo mundo neoconstitucional podem ser agrupados conforme o tema que se destinam a regular. A tabela 2 mostra os direitos estudados de acordo com o tema.

Tabela 2: Direitos x índice temático

DIREITOS		
Cultura e Educação	Liberdades civis e políticas	Direitos sociais
Educação gratuita	Liberdade religiosa	Direito ao / Obrigação de trabalho
Educação compulsória	Liberdade pessoal ou de movimento	Direito de formar ou participar de sindicatos
Direito à ciência	Liberdade de reunião	Direito das crianças
Direito à arte	Liberdade de associação	Proteção à expropriação
Direito à cultura	Liberdade de expressão	Direito à propriedade privada
Direitos políticos	Igualdades	Direitos processuais
Voto secreto	Igualdade (garantia geral)	Princípio da legalidade penal ou proteção à restrição injustificada
Afirmação do sufrágio universal		Direito de petição

⁶⁸CONSTITUTE. *Pesquisa*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en&key=dignity&to_year=1939>. Acesso em: 5 mar. 2021.

⁶⁹ Ibid.

Os seis grupos temáticos revelam a diversidade de situações que os direitos se destinam a regular. Deve-se ressaltar, de antemão, que categorizá-los em um desses grupos não exclui a possível inclusão em outra categoria. A divisão em grupos serve para fins de análise, de acordo com características compartilhadas entre eles. Como grupos, foram catalogados: cultura e educação, liberdades civis e políticas, direitos sociais, direitos políticos, igualdades e direitos processuais.

Em relação à cultura e educação, pode-se destacar a busca universal pela educação gratuita e compulsória pelas constituições mundiais e a proteção à ciência, à cultura e às artes como necessárias para o desenvolvimento de uma nação. As liberdades civis e políticas também se mostram frequentemente presentes nas constituições, sejam elas em relação a um indivíduo (religião, movimento, expressão, opinião e privacidade) ou à coletividade (reunião, associação e imprensa). Os direitos processuais também aparecem com grande frequência. São limites ou parâmetros de observação obrigatórios ao Estado-juiz e à administração pública.

Quanto aos direitos sociais, o Estado deve atuar para promover o suporte ou a proteção de indivíduos indeterminados ou coletividades. Neles, se incluem os direitos econômicos, como a propriedade privada e os relativos ao trabalho, que tratam de proteções aos trabalhadores ou a uma classe social. Vale ressaltar que diversas constituições, como a de Hungria e a da Tchecoslováquia tiveram fortes inspirações no comunismo russo, de onde extraíram tais direitos e menções. Em relação à igualdade, além da garantia geral de igualdade, comum a todas as constituições, diversas apresentam espécies dessa garantia, como a de gênero, raça e religião.

Como se disse anteriormente, um mesmo princípio pode ser catalogado em duas categorias, como se verifica na norma de “direito de petição”. Nesse caso, foi valorizada a sua característica processual, mas não se descarta a possível categorização da norma de liberdade civil ou mesmo um direito político.

Por fim, os direitos políticos são as normas que asseguram a participação popular em processos políticos, como a garantia de voto e protegem pessoas que sofrem injusta perseguição política em seus países de origem. Nesse último caso, vale ressaltar que a proteção aos apátridas e refugiados, em geral, encontra-se acompanhada do direito ao asilo político. Cabe ressaltar uma possível divisão que reconhece os direitos de *enforcement*, como aqueles que visam a garantia de o Estado e particulares agirem conforme as normas. Assim sendo, aqui encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana, qual norteia sistema jurídicos modernos.

Uma segunda análise a ser feita leva em consideração a quantidade de direitos por país. Cabe mencionar que seis países apresentam todos os direitos aqui analisados: Alemanha Oriental, Brasil, Costa Rica, Itália, Iugoslávia e Tchecoslováquia. Índia, Taiwan e a Constituição de 1950 da Indonésia apresentam dezenove dos vinte direitos. Hungria e Japão apresentam dezoito dos vinte direitos. Já a Alemanha Ocidental apresenta dezessete dos vinte direitos.

Como visto, a Coreia do Sul apresenta uma Constituição provisória, tratando de nove dos vinte direitos destacados em um texto constitucional com apenas dez artigos. A Constituição de 1945 da Indonésia, por sua vez, se ocupou de sete dos direitos. Apesar da baixa contribuição para a tese, a sua análise é relevante quando se a compara com a Constituição de 1950, que assegura dezenove dos vinte direitos.

Há uma razão para que a França também apresente a menor concentração de direitos (sete). Como já exposto, em seu preâmbulo, a constituição francesa reafirma os direitos e liberdades do homem e do cidadão ordenados pela Declaração de Direitos de 1789 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República. Todavia, ao longo de seu texto, determinados direitos são enumerados, ainda que contidos na Declaração ou em leis esparsas do ordenamento jurídico francês. Isso leva a crer uma preferência do legislador francês acerca de determinados princípios, em prejuízo de outros; ainda que estes sejam reconhecidos como operantes no seu sistema jurídico.

No entanto, essa pouca concentração não retira a importância de se analisar um país intensamente envolvido com a Segunda Guerra Mundial, epicentro do período da Reconstrução Europeia e que promulgou uma Constituição no período.

Nesse sentido, interessante analisar que a troca entre direitos não ficou restrita a um continente. Como se pode observar, Constituições americanas, europeias e asiáticas compartilharam direitos, mesmo sem compartilhar experiências constitucionais em comum. Ao mesmo tempo, a troca entre direitos não ficou adstrita a um sistema econômico operante, de modo que países capitalistas e socialistas também compartilham direitos nos textos constitucionais, mesmo sem concordar com o modo de se reger uma sociedade. Isso serve para reforçar a tese de que os sistemas se comunicam entre si, a despeito das particularidades jurídicas existentes entre eles.

Também não há relação entre a extensão do texto constitucional com a quantidade de direitos enumerados nele. É bem verdade que as constituições brasileira e indiana, consideradas

analíticas, possuem relevância na abrangência de direitos universalmente reconhecidos; porém não se deve deixar de reconhecer que a Hungria, embora apresente apenas 78 artigos em sua Constituição, possui dezoito dos direitos aqui arrolados, sendo também de relevante análise. Evidentemente, o curto texto da Constituição da Coreia do Sul não lhe permite tratar de todos os temas, porém, ainda assim, apresenta mais direitos do que as Constituições da Indonésia de 1945 (37 artigos) e da França (106 artigos).

No momento, três comparações numéricas se mostram pertinentes. A primeira refere-se às Alemanhas Ocidental e Oriental. Formuladas sobre diferentes premissas e ideologias, os países apresentam certa similaridade entre seus direitos. De modo geral, é interessante observar que a Alemanha Ocidental apresenta um rol menor de direitos de segunda dimensão quando comparada à Alemanha Oriental. Esta, além de possuir todos os direitos listados, também apresenta uma longa lista de outros direitos em seus 144 artigos.

A segunda, refere-se aos países extintos: Tchecoslováquia e Iugoslávia. Ambos pertencentes ao Leste Europeu, criados em 1918, invadidos durante a Guerra e cenários centrais da Guerra Fria compartilham de grande similaridade entre os direitos adotados em seus Estados, preenchendo inclusive todos os direitos aqui analisados.

Por último, a comparação entre as duas constituições indonésias. O país, independente da Holanda em 1945, passou por profundas alterações em seu sistema político desde a ocupação japonesa de seu território. Em um primeiro momento, a Constituição de 1945 preocupou-se em definir uma organização interna e não em definir direitos e deveres individuais. Em 1950, o texto foi ampliado, passando a reconhecer quase todos os direitos ora analisados, a exceção dos direitos das crianças.

2.2. As origens políticas da transformação neoconstitucional global

Ao provocar uma reconstrução do conceito de justiça, a Segunda Guerra Mundial alterou a dinâmica mundial. A notável produção de novas constituições comprova tal argumento, com a reafirmação de princípios históricos e a postulação de novos direitos. Para compreendê-los, o presente capítulo pretende oferecer uma breve conjuntura histórica dos países estudados entre o período de 1945-1950 para então oferecer uma análise temática de vinte direitos universais.

Entre os países estudados, o que teve menor envolvimento com a Guerra foi a Costa Rica. O país da América Central se juntou aos Aliados em dezembro de 1941 após o ataque japonês à Pearl Harbor. Apesar de não participar ativamente da guerra, o governo de Calderón Guardia intensificou medidas de segurança aos residentes naturais de países do Eixo. O governo em exercício conseguiu eleger seu sucessor em 1944 (Teodoro Picado), porém, após acusações de violência do governo e de suspeitas de fraudes nas eleições de 1948, o país sofreu os impactos de uma Guerra Civil. Liderados por José Figueres, os *verdiblanco*s (Partido da Libertação Nacional) derrotaram as forças governistas de Calderón e Picado e deram origem à segunda República costarriquenha. Devido aos impactos da guerra, a Constituição traz como uma de suas marcas a eliminação do exército nacional como instituição permanente.⁷⁰ A Constituição permanece em vigor até os dias atuais.

Outro país americano estudado, o Brasil também se encontrou ao lado dos Aliados. Após uma aparente neutralidade, o governo de Getúlio Vargas declarou a Guerra em agosto de 1942. Com uma participação mais ativa na Guerra, como na batalha de Monte Castelo, as forças armadas brasileiras foram decisivas para a deposição de Vargas em 1945. Mesmo com a desmobilização das tropas participantes da guerra para atenuar uma possível capitalização política⁷¹, as Forças Armadas forçaram a renúncia de Vargas, decretando o fim do Estado Novo. Com o início da quarta República, sob o comando do militar Eurico Gaspar Dutra, a Constituição de 1946 foi promulgada sob a promessa de redemocratização e reafirmação dos direitos e liberdades individuais.

Em toda a Ásia, os conflitos tiveram o Japão como presença central nos conflitos. Líder do Eixo no Pacífico, o então Império Japonês ocupava-se com a Segunda Guerra Sino-Japonesa e a Frente do Sudeste Asiático quando, em 1941, atacou a base norte-americana de Pearl Harbor, no Havaí. Depois de sucessivas derrotas para os Aliados, o Império se rendeu em 1945 por meio da declaração de Potsdam após os ataques de bombas atômicas. Com isso, teve início a ocupação dos Aliados no Japão, liderada pelos Estados Unidos, que coordenou a elaboração da

⁷⁰ZAMORA, Alberto. *The "FDR" of Costa Rica: The Life and Times of Dr. Calderón Guardia*. San José: TribunaMag, 19 mai. 2019. Disponível em: <https://tribunamag.com/tribuna/2017/12/9/the-fdr-of-costa-rica>. Acesso em: 11 abr. 2022.

⁷¹ CASTRO, Celso; IZECKSOHN, Vitor; KRAAY, Hendrik. *Nova história militar brasileira*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004.

Constituição de 1947 com inúmeras mudanças em seus sistemas político, econômico e militar que permanecem em vigor.⁷²

A China, principal adversária japonesa desde a anexação da Manchúria pelo Japão em 1931, também declarou guerra após o ataque à Pearl Harbor, em 1941. Em meio a Guerra Sino-Japonesa e a Segunda Guerra Mundial, o país também sofria os impactos do conflito civil entre nacionalistas e comunistas. Paralisada entre 1937 a 1946, a Guerra Civil Chinesa foi retomada com a vitória dos comunistas liderados por Mao Tsé-Tung em 1949. Os nacionalistas (*Kuomintang*) recuaram e refugiaram-se na ilha de Taiwan⁷³, proclamando a República da China sob a égide da constituição de 1947, também em vigor até hoje.

A derrota japonesa na Segunda Guerra Mundial também influenciou a independência da Coreia. Na conferência de Potsdam, os aliados decidiram pela divisão do território coreano, antes ocupado pelos japoneses, entre soviéticos e americanos. Sob administração internacional, ocorreram novas eleições gerais e a elaboração de uma constituição para a parte sul do território em 1948. A Constituição sul-coreana, sob forte influência dos Estados Unidos⁷⁴, assegurou diversos direitos e liberdades e permanece em vigor até hoje.

O Império Indiano, ainda sob controle britânico, atuou junto aos Aliados. Em condição precária, milhões de indianos morreram em episódios como a explosão de Bombaim (1944) e a fome em Bengala (1943). Com a população enfraquecida, parte do Império foi invadida pelo Japão em 1944, mas recuperada no ano seguinte por meio da Campanha da Birmânia. Nos anos seguintes, devido aos conflitos entre hindus e islâmicos, houve uma partição do território, resultando na criação dos Estados da Índia e do Paquistão.⁷⁵ A independência do Império já era

⁷²*On May 3, 1947, Japan's postwar constitution goes into effect. The progressive constitution granted universal suffrage, stripped Emperor Hirohito of all but symbolic power, stipulated a bill of rights, abolished peerage, and outlawed Japan's right to make war. The document was largely the work of Supreme Allied Commander Douglas MacArthur and his occupation staff, who had prepared the draft in February 1946 after a Japanese attempt was deemed unacceptable.* HISTORY. *New Japanese constitution goes into effect (May 03, 1947)*. Disponível em: <<https://www.history.com/this-day-in-history/new-japanese-constitution-goes-into-effect>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁷³LEUNG, Edwin Pak-Wah; LEW, Christopher. *Historical dictionary of the Chinese Civil War*. 2. ed. Lanham, MD: Scarecrow Press, 2013. p. xix-xxxii; p. 1-3.

⁷⁴Cf. LEE, Hanjoo. *The Major Influences of the U.S. Constitutional Law Doctrines on the Interpretation and Application of the Constitution of the Republic of Korea: Critical Analysis on the Current Constitutional Court's Decisions and Thoughts of the Necessity of Amendment of the Current Constitution of the Republic of Korea*. Tese. Golden Gate University School of Law. Paper 18. Spr. 2007.

⁷⁵HISTORY. *Republic of India born (January 26, 1950)*. Disponível em: <<https://www.history.com/this-day-in-history/rep-public-of-india-born>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

planejada pelo Reino Unido e se concretizou em 1950 com o estabelecimento da República Indiana e a constituição de 1949, que permanece em vigor até hoje.

O último país asiático estudado, a Indonésia (Índias Orientais Neerlandesas, então colônia da Holanda), foi rapidamente ocupado pelo Japão em 1942. A ocupação, no entanto, encontrou certo apoio entre os nacionalistas indonésios, pois viam ali uma oportunidade de se proclamarem independentes da Holanda. Com o apoio japonês, os nacionalistas proclamaram a independência do país em 1945 e, logo após, aprovaram a Constituição daquele ano com o objetivo de unificar o país, especialmente na esfera religiosa.⁷⁶ A República da Indonésia, no entanto, enfrentou dura oposição da Holanda, que não reconheceu o movimento. A Revolução Nacional da Indonésia durou até 1949, quando o país foi reconhecido como independente pela Holanda e tornou-se os Estados Unidos da Indonésia, uma federação. A federação, que durou um ano até a sua conversão em estado unitário, teve consigo uma nova Constituição (1950), como forma de simbolizar a transferência oficial da soberania do arquipélago.

A Europa foi o epicentro dos eventos da Segunda Guerra Mundial. A Alemanha, líder do Eixo, iniciou a Guerra com a invasão à Polônia, em 1939. Após grande avanço dos seus objetivos até 1942, a Alemanha Nazista enfrentou a forte resistência dos Aliados e sofreu sucessivas derrotas até o colapso do Eixo e a rendição alemã em 1945. Na conferência de Potsdam, realizada no mesmo ano, os Aliados definiram a reorganização territorial da Alemanha, com a criação de quatro áreas de ocupação. Em 1949, a Zona de Ocupação Soviética converteu-se na República Democrática Alemã (Alemanha Oriental), ao passo que as Zonas de Ocupação dos demais Aliados (Estados Unidos, França e Reino Unido) converteram-se na República Federal Alemã (Alemanha Ocidental). Cada qual aprovou ainda em 1949 a sua Constituição, com base nos princípios reestabelecidos pela ocupação.⁷⁷

Já a Itália, outra potência do Eixo, aderiu à Guerra em 1940 com a subsequente conquista de diversos territórios. Em 1943, no entanto, os Aliados invadiram o território italiano e depuseram Benito Mussolini. Rapidamente, o Eixo recuperou grande parte do território e a Itália viu-se dividida entre a República Social Italiana (RSI), ao norte, e o Império Italiano, ao sul. A partir dos movimentos de resistência e das investidas dos Aliados, a RSI se rendeu em 1945, após

⁷⁶ANDERSON, Benedict. *Java in a time of revolution: occupation and resistance, 1944-1946*. Indonesia: Equinox Publishing, 2006.

⁷⁷CONSTITUTIONNET. *Constitutional history of Germany*. Disponível em: <<https://constitutionnet.org/country/constitutional-history-germany>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

a morte de Mussolini. Para reconstruir as bases do país, um referendo foi convocado em 1946 no qual se decidiu pela adoção da República em detrimento da Monarquia. No mesmo dia, foi eleita a Assembleia Constituinte para organizar a nova República e as instituições do país de acordo com a nova Constituição, promulgada em 1947.⁷⁸

O Império Húngaro, aliado do Eixo pelo Pacto Tripartite (1940), participou das invasões à Jugoslávia e à União Soviética em 1941. Em 1944, ao descobrir as negociações de armistícios entre o Império e os Aliados, a Alemanha ocupou o país pela Operação Margarethe. Pressionado a não realizar outros acordos pelas forças alemãs, o Império somente se rendeu em 1945. Agraciado com o Tratado de Paz de 1947, o país não sofreu grandes retaliações internacionais no pós-guerra. Entretanto, em âmbito interno, o Império Húngaro passou por grandes transformações: primeiro se dissolveu, dando lugar à Segunda República Húngara. Tal governo resistiu por dois anos, quando foi constituída a República Popular da Hungria, com forte inspiração no comunismo da União Soviética.⁷⁹ Para formalizar a nova formação, foi elaborada uma nova constituição em 1949, em vigor até 2011.

Entre os Aliados, a França foi um dos primeiros países a declarar guerra à Alemanha, em 1940. Após um armistício no mesmo ano, a França se dividiu entre a França Ocupada, a França de Vichy e a França Livre. Com as invasões Aliadas em 1944, a França recuperou seu território sob a liderança de Charles de Gaulle e estabeleceu o Governo Provisório até 1946. Já em 1945, novas eleições ocorreram para a Assembleia Constituinte da 4ª República. Com a renúncia de De Gaulle e rejeição do projeto constituinte, novas eleições foram feitas em 1946. No novo projeto, promulgado no mesmo ano, a maior parte das instituições da terceira República foi mantida, embora o Legislativo se tornou bicameral.⁸⁰ A Constituição vigorou até o fim da 4ª República, em 1958.

O Império Iugoslavo, ocupado em 1941 e dividido em Estados (como Croácia, Sérvia e Montenegro), lutou contra a ocupação e movimentos nacionalistas (*Chetniks*). Devido à divisão em Estados, acentuaram-se as divergências étnicas. Em 1944, o acordo de Tito Subasic buscou reconciliar os lados em conflito na República Democrática Federal Iugoslava e, no ano seguinte,

⁷⁸THE GUARDIAN ARCHIVE. *Italy: the birth of the republic - archive*, 1946. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2021/jun/11/italy-the-birth-of-the-republic-archive-1946>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

⁷⁹LEFFLER, Melvyn; WESTAD, Odd Anne. *The Cambridge History of the Cold War: v.1, Origins*. Cambridge University Press, 2012, p. 179-180.

⁸⁰GOOCH, Roberto. K. A recente elaboração constitucional na França. *The American Political Science Review*, v. XLI, nº 3, 1947. Tradução por Vitor Nunes Leal, p. 52-56.

o país foi restabelecido como a República Socialista Federativa da Iugoslávia.⁸¹ Com uma população étnica variada, a Iugoslávia foi parte do bloco soviético até 1948, quando assumiu a neutralidade. Durante esse período de intensas transformações, a Constituição de 1946 esteve em vigor até a superveniência da Lei de 1963.

Por fim, a Tchecoslováquia também sofreu diversas alterações. Um pouco antes do início da guerra, em 1939, o país deixou de existir. Ao passo que a República Eslovaca se tornou um Estado fantoche da Alemanha Nazista, o Protetorado da Boêmia e Morávia foi anexado à Alemanha e a Transcarpátia foi invadida pela Hungria. Mesmo com a resistência checoslovaca e a Revolta Nacional Eslovaca (1944), somente em 1945 o Governo em exílio da Tchecoslováquia com apoio dos Aliados retomou o controle do país. Nesse período, a Tchecoslováquia retornou à vigência da Constituição de 1920, com acréscimos de “decretos” presidenciais, os quais alteravam características básicas do Estado, de modo a conformá-lo com a nova situação do país.⁸²

Durante a reconstrução do país, após o governo considerar o apoio do Plano Marshall⁸³, o embaixador soviético Valerian Zorin orquestrou o Golpe de Praga, um golpe de estado para estabelecer o regime comunista no país. No poder, os comunistas implantaram a nova constituição, ratificada em 9 de maio de 1948 e em vigor até 1960, quando foi substituída pela “Constituição da República Socialista Tchecoslovaca”, sem muitas mudanças políticas. Apesar de não estabelecer a liderança sob o domínio do Partido Comunista, abolia o princípio da separação dos poderes e entregava ao poder para a “classe trabalhadora” industrial e agrícola, que seriam expropriadas.⁸⁴

2.3. A crítica comparada: a adaptabilidade neoconstitucional global

Como apresentado, os direitos não são, exclusivamente, os fatores que impulsionam uma Constituição Global. Os direitos são reflexos de uma relação global necessária, determinada e que estabelece uma dependência entre os Estados. Assim, não são expressões da consciência política

⁸¹ COGGIOLA, Osvaldo. *A Segunda Guerra Mundial: Causas, Estrutura, Consequências*. São Paulo: Livraria da Física, 2015, p. 138-139.

⁸² CALDA, Milos. *Constitution-Making in the Post-Communist Countries: A Case of the Czech Republic*. *Center for the Study of the Constitution at the American Political Science Association Convention*. Atlanta: Georgia, Set. 2-5, 1999, p. 4.

⁸³ WETTIG, Gerhard. *Stalin and the Cold War in Europe*. Rowman & Littlefield, 2008, p 138.

⁸⁴ CALDA, op. cit., p. 4.

interna de um Estado, mas esta é uma reação à expressão deles. Conforme preceitua Giuseppe de Vergottini:

Hoy en día, cada Estado pretende poseer un ordenamiento que procede de unas fuentes propias de producción normativa, capaz de ofrecer respuestas a todas las exigencias de la comunidad. De la independencia política y del rechazo de condicionamientos externos deriva el postulado de su aptitud para disciplinar las relaciones sociales y definir los principios organizativos esenciales, así como la plenitud de las normativas adoptadas. Sin embargo, la autosuficiencia de un ordenamiento estatal y, por tanto, su idoneidad para cubrir con su propia normativa todas las situaciones que se consideren merecedoras de disciplina, no excluyen la existencia de conexiones con otros ordenamientos externos. Tales conexiones pueden suponer la simple toma en consideración de la existencia de otras disciplinas normativas - por ejemplo, para valorar mejor los proyectos de una nueva Constitución, de revisión constitucional, de leyes - o, incluso, la introducción en el ámbito de un ordenamiento de reglas jurídicas elaboradas y vigentes en otro, a través del procedimiento del reenvío.⁸⁵

Como pode se notar, a concepção de coexistência entre diferentes ordenamentos jurídicos nacionais e relação de dependência interessa não só ao Direito Internacional, como também ao Direito Constitucional, sobretudo na perspectiva comparativa. Nessa perspectiva, o estudo de diferentes ordenamentos jurídicos serve para apontar as diferenças dos regimes jurídicos de cada forma política e aprofundar determinado instituto que se torna objeto de comparação.

Ao longo do capítulo, visou-se demonstrar como os ordenamentos jurídicos são interconectados desde a origem do neoconstitucionalismo, por intermédio de direitos. Deve-se perceber que, ao reconhecê-los também como fonte normativa e alçá-los ao plano constitucional junto às regras relativas à organização política do Estado e dos poderes, o neoconstitucionalismo inaugura uma nova relação jurídica entre os sujeitos do Direito Internacional.⁸⁶ Por essa relação é que se percebe a intenção, ainda que implícita, de transnacionalidade.

Nesse sentido, cumpre reconhecer que, desde essa época, escolas de pensamento jurídico buscaram compreender tal relação. Otávio Cançado Trindade aponta as escolas germânica, que possuía um viés neonaturalista e recorria a princípios constitucionais que traduzem ideais de justiça e bem comum e italiana, com viés sociológico para fundamentar a constituição na

⁸⁵ VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho Constitucional Comparado*. Tradução Claudia Herrera. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 2.

⁸⁶ TRINDADE, Otávio Cançado. A constitucionalização do direito internacional Mito ou realidade? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 45, n. 178, abr./jun., 2008, p. 272. O autor lembra como Kant elaborou a proposta de paz perpétua à luz dos princípios cardeais da liberdade e da igualdade, a serem protegidos pelas Constituições republicanas. Dessa maneira, a função pacificadora do Direito não era limitada ao interior do Estado, mas sim uma atuação cosmopolita a fim de estabelecer uma comunidade pacífica de todos os povos. Assim, “a garantia da união de todos os povos, vinculados a um direito público mundial, seria a constituição cosmopolita”.

existência de uma comunidade internacional.⁸⁷ À luz dessas teorias e da premissa de que haveriam princípios jurídicos imperativos, superiores e anteriores à experiência jurídica nacional, a criação de uma Constituição global se mostraria como resposta para conferir unidade e objetividade ao Direito Internacional. Com ela, o direito internacional não seria mais representado pela unilateralidade, das vontades soberanas momentâneas dos Estados, mas sim pelo cosmopolitismo e a vontade perene dos princípios (direitos).

Em um primeiro momento, deve-se dirigir a crítica comparada para, após, aprofundar no argumento da Constituição global. Com efeito, cabe lembrar que um mesmo direito pode ser institucionalizado de diferentes formas em diferentes países. Assim, a concepção universal de justiça, no limite, ainda seria particular, pois a depender de como as instituições incorporam um direito ao seu ordenamento jurídico, ele pode ter comportamentos completamente distintos em diferentes países. Para tanto, deveria ser feita uma análise comparada entre os direitos e os países para se determinar o real sentido deles.

A fim de adereçar essa crítica, é necessário retomar a tese da relação global entre os países. Essa relação, impulsionada pelo neoconstitucionalismo, tem como um de seus principais reflexos as normas denominadas como “cláusula de abertura”, ou seja, o reconhecimento de direitos materialmente fundamentais que, apesar de não previstos pelo ordenamento jurídico nacional, podem ser extraídos de outras fontes do Direito, em especial, os tratados e convenções internacionais.⁸⁸ No Brasil, a discussão se insere acerca dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição atualmente vigente.

Para exemplificá-la, pode-se citar como exemplo o artigo 25 da Constituição Alemã. Segundo a sua redação, “*The general rules of international law shall be an integral part of federal law. They shall take precedence over the laws and directly create rights and duties for the inhabitants of the federal territory*”.⁸⁹ O artigo, previsto em deferência à ocupação aliada no território alemão, teve sua interpretação ampliada reconhecida pela Corte Constitucional

⁸⁷ Ibid. p. 277.

⁸⁸ Sobre o tema, cf. SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. *Direitos fundamentais atípicos: uma análise do § 2º, do art. 5º, da Constituição Brasileira de 1988*. 2015. 270 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015.

⁸⁹ ALEMANHA OCIDENTAL, *Constituição* (1949). Constituição da República Federal da Alemanha (Lei de Bonn). Bonn: Deutscher Bundestag, 1949.

Federal.⁹⁰ Em 2004, foi reconhecido pela corte que os princípios básicos do direito internacional e da lei europeia poderiam se tornar parâmetro de controle de constitucionalidade.⁹¹

De forma semelhante, o artigo 10º da Constituição Italiana de 1947 previa que “*Italian laws conform to the generally recognized norms of international law*”.⁹² Além disso, há interessante previsão no artigo 11:

*“Italy rejects war as an instrument of aggression against the freedoms of others peoples and a means for setting international disputes; it agrees, on conditions of equality with other states, to the limitations of sovereignty necessary to create an order that ensures peace and justice among Nations; it promotes and encourages international organisations having such ends in view”.*⁹³

Esses artigos apresentam-se fundamentais para o pavimento de abertura transnacional traçado pelo neoconstitucionalismo. Em primeiro lugar, pelo fato de o art. 10 assegurar e permitir um procedimento automático de adoção das normas gerais do direito internacional no ordenamento jurídico italiano. Em segundo, pelo histórico de evolução do artigo 11. Originalmente concebido para lidar com a adesão a organizações como a ONU, o artigo sofreu diversas alterações em sua interpretação jurídica para enfim entender-se pelo caráter primário das normas supranacionais.⁹⁴

Em casos como os No. 170/1984 e No. 183/1973, a Corte Constitucional italiana reconheceu a incidência de dois sistemas jurídicos “autônomos e distintos, ainda que relacionados”.⁹⁵ Essas sucessivas reformas de orientação jurídica, denominadas de *flexibilização das supremacias*⁹⁶, foram a razão da reforma Constitucional de 2001, que incluiu artigos para incluir a previsão de determinar, aos Poderes Legislativos de Estados e Regiões, a observância

⁹⁰ GRIMM, Dieter; WENDEL, Mattias; REINBACHER, Tobias. European Constitutionalism and the German Basic Law. In: *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*. ALBI, A.; BARDUTZKY, S. National Constitutions in European and Global Governance. SpringerOpen, 2019, p. 407-422.

⁹¹ ALEMANHA. BVerfG, Case 2 BvR 26/04, 3 Mar. 2004, NStZ-RR 2004, p. 308-309.

⁹² CASONATO; WOELK, op. cit.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ MARTINICO, Giuseppe; GUASTAFERRO, Barbara; POLLICINO, Oreste. *The Constitution of Italy: Axiological Continuity Between the Domestic and International Levels of Governance?* In: ALBI, A.; BARDUTZKY, S., op. cit., p. 499-502.

⁹⁵ CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA, Decision n° 170/1984. *Granital* [1984] CLMR 756; Decision No. 183/1973, *Frontini* [1974] 2 CMLR 372. Disponível em: <<https://www.deepdyve.com/lp/kluwer-law-international/constitutional-court-italy-decision-no-170-of-8-june-1984-s-p-a-9tGQkz7oHW>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁹⁶ COMELLA, Victor Ferreres. *La Constitución española ante la clausola de primacía del Derecho de la Unión europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional 1/2004*. In: LOPEZ Castillo A. et. al. *Constitución española y Constitución europea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 80-89.

obrigatória da Constituição com as obrigações derivadas da Lei da União Europeia e as obrigações internacionais.

Na França, por outro lado, apesar da inovação de constar em seu preâmbulo (Cláusula 1, Parágrafo 14) a obediência às regras do direito internacional público, essa previsão mostrou-se meramente declaratória. Isso porque as Cortes Constitucionais consideravam as regras do direito internacional diretamente aplicáveis sempre que fossem relevantes para um caso concreto de sua jurisdição e que não houvesse nenhum controle legislativo ou executivo sobre o ato.⁹⁷ Assim, era prevista a aplicação direta do direito internacional, mas não havia nenhuma doutrina que defendesse a adoção ou incorporação dos tratados, como o monismo ou dualismo⁹⁸, como base da aplicação dessas normas.

Entretanto, essa diferença de tratamento não era dada em razão da predominância da soberania, mas da não necessidade de render tratamento explícito a matéria que era costumeira no ordenamento jurídico francês.⁹⁹ Com efeito, diferentemente da Itália e da Alemanha Ocidental, a França não positivou que as regras gerais do direito internacional criavam obrigações diretas e imediatas entre indivíduos e órgãos estatais. No texto constitucional, as previsões sobre a incorporação das regras se limitavam a ditar o processo de ratificação e publicação dos tratados internacionais e afirmar a sua validade, ainda que contrárias à legislação francesa, desde que ratificadas.¹⁰⁰

⁹⁷ PREUSS, op. cit., p. 642-643.

⁹⁸ Sobre o tema, cabe transcrever os ensinamentos de Kelsen. Sobre o monismo, escola que preceitua que o direito interno e o direito internacional constituem um mesmo ordenamento jurídico, com reconhecimento mútuo, o autor explica: “Se o Direito internacional e o Direito estadual formam um sistema unitário, então a relação entre eles tem de ajustar-se a uma das duas formas expostas. O Direito internacional tem de ser concebido, ou como uma ordem jurídica delegada pela ordem jurídica estadual e, por conseguinte, como incorporada nesta, ou como uma ordem jurídica total que delega nas ordens jurídicas estaduais, supraordenada a estas e abrangendo-as a todas como ordens jurídicas parciais. Ambas estas interpretações da relação que intercede entre o Direito internacional e o Direito estadual representam uma construção monista. A primeira significa o primado da ordem jurídica de cada Estado, a segunda traduz o primado da ordem jurídica internacional.” Já sobre o dualismo, escola que entende haver distinção entre o ordenamento jurídico interno e internacional, com esferas de reconhecimento distintas, com necessidade de internalização do segundo para ter validade no primeiro, o autor explica: Mas a generalidade dos representantes da teoria dualista vê-se forçada a considerar o Direito internacional e o Direito estadual como ordens jurídicas com vigência simultânea que são independentes uma da outra nessa sua vigência e podem entrar em conflito uma com a outra. KELSEN, op. cit., p. 231-233.

⁹⁹ PREUSS, op. cit., p. 647-648.

¹⁰⁰ Cabe destacar que a Constituição Francesa de 1958 dispensou tratamento diferenciado ao direito internacional, particularmente à União Europeia. Os tratados firmados entre o país e a União somente ocorreram devido às previsões constitucionais de ratificação e incorporação de tratados previstos na Constituição de 1946. Sobre o tema, cf. BURGORGUE-LARSEN, Laurence; ASTRESSES, Pierre-Vincent; BRUCK, Véronique. *The Constitution of France in the Context of EU and Transnational Law: An Ongoing Adjustment and Dialogue to Be Improved*. In: ALBI, A.; BARDUTZKY, S., op. cit., p. 1184-1186.

Ainda assim, interessante notar que as três constituições acima mencionadas fazem parte de um grupo descrito como “Constituições nascidas da Resistência”, que foram criadas para rejeitar e superar os valores das experiências totalitárias.¹⁰¹ Essas Constituições se caracterizaram pela abertura ao internacionalismo nos seus textos, seguindo um caminho iniciado por algumas Constituições inauguradas na década de 1930¹⁰², como a Constituição irlandesa. Como um produto do compromisso político entre diferentes forças democráticas para rejeitar a experiência totalitária, as Constituições adotaram um caráter programático, identificado pela adesão a princípios próprios do neoconstitucionalismo, de modo a orientar um novo modelo de sociedade.¹⁰³

Em relação aos países que compunham o bloco soviético, deve-se perceber que eles seguiam a orientação de que os tratados internacionais vinculam os cidadãos dos estados que os publicarem.¹⁰⁴ Com efeito, tais normas não devem contradizer as normas internas, de modo que elas devam ser aplicadas continuamente em harmonia. Nessa visão, chamada de interação dialética (*close cross-obligatoriness*¹⁰⁵) entre os dois sistemas, as normas internas e internacionais são fontes umas das outras de modo a atingir o progresso almejado.

Entretanto, apesar da pretensão teórica de vínculo às normas internacionais, as Constituições dos países não seguiram, em regra, essa tendência. À exceção da Constituição da Alemanha Oriental que, em seu artigo 5º estabelecia que as normas de direito internacional universalmente reconhecidas seriam obrigatórias para as autoridades estatais e os cidadãos, as outras Constituições foram silentes sobre o tema. Ainda nessa exceção, o texto não aprofunda a relação entre a lei internacional e a lei nacional.

Somente em 1968, na emergência de uma nova Constituição, o tema foi alterado e o tema recebeu novo tratamento no artigo 8 (1): “(...) *The generally recognized rules of international law*

¹⁰¹ MORTATI, Constantino. *Lezione sulle forme di governo*. Padova: Cedam, 1973, p. 222.

¹⁰² MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *Les Nouvelles tendances du droit constitutionnel*. Giard: Paris, 1931, p. 48. O art. 29 (1) da Constituição Irlandesa (1937) determina que: “Ireland affirms its devotion to the ideal of peace and friendly co-operation amongst nations founded on international justice and morality”.

¹⁰³ MARTINICO et. Al., op. cit. p. 494-496

¹⁰⁴ GINSBURGS, George. The Validity of treaties in the Municipal Law of the “Socialist” States. *The American Journal of International Law*, v. 59, No. 3, Jul. 1965, p. 523. No mesmo sentido, “Under the Soviet conception of international law customary rules are not adopted en bloc, but some of them are chosen for adoption whereas other rules are clearly rejected. Such an attitude follows the Marxist conception of international law which is reduced to a system of transitory rules to be radically changed, once the world has reached communist uniformity”. ALEXANDER, C. H. International Law in India. *The International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge University Press, V. 1, No. 3, Jul. 1952, p. 293.

¹⁰⁵ SHURSHALOV *apud* Ibid.

that serve peace and peaceful cooperation among nations are binding for the state and for every citizen. The German Democratic Republic will never undertake a war of aggression or use its armed forces against the freedom of another people".¹⁰⁶ Apesar de reafirmar a intenção de reparação histórica, que se assemelha às da “Constituições de Resistência”, o texto permaneceu sem fornecer necessários detalhamentos sobre como se daria a convivência entre as ordens nacional e internacional.

A Constituição Húngara, por exemplo, apenas se referiu a uma “solidariedade internacional” junto ao aumento na participação na reconstrução socialista e na extensão da educação cultural, de modo que os trabalhadores pudessem organizar sindicatos, organizações democráticas de mulheres e juventudes e outras organizações de classe, combinando suas forças com às da Frente Democrática Popular.¹⁰⁷ Até a promulgação de uma nova Constituição em 2011, o texto já havia sofrido diversas modificações, alterando-se substancialmente o seu conteúdo e incorporando a importância de normas internacionais em seu texto, como, por exemplo o artigo 6 (2) “*The Republic of Hungary shall endeavor to co-operate with all people and countries of the world*” e o artigo 7 (1) “*The legal system of the Republic of Hungary accepts the generally recognized principles of international law, and shall harmonize the country's domestic law with the obligations assumed under international law*”.¹⁰⁸

Nas Constituições da Iugoslávia e Tchecoslováquia, o tema é tratado apenas sobre como deve ser o procedimento de ratificação e publicação dos tratados.¹⁰⁹ No primeiro país, a Constituição trata sobre a representação do país nas relações internacionais, declaração de guerra e paz e manutenção dos tratados e obrigações internacionais.¹¹⁰ No segundo, trata ainda do

¹⁰⁶ Id; TOMUSCHAT, Christian. *The Concept of International Law: The German Perspective*. In: *European International Law Traditions*, Peter Hilpold. Cham: Springer Nature Switzerland, 2021.

¹⁰⁷ Art. 56: (2) In the due performance of its tasks the Hungarian People's Republic relies upon the organisations of self-reliant workers. In the interest of protecting the order of the People's Republic, of increasing participation in socialist reconstruction, of extending cultural education and of realising the rights of the people and fostering international solidarity, the workers form Trade Unions, democratic women and youth organisations and other mass organisations, and combine their forces in the Democratic People's Front. HUNGRIA. *Constituição da República Popular da Hungria*. Budapeste, 20 Ago., 1949. Disponível em: BRITISH AND FOREIGN STATE PAPERS with which in incorporated hertslet's comercial treaties. 1949, Part. III, vol. 155. London: Her Majesty's Stationery Office, 1958, p 669-670. Acesso em: 24 ago. 2021.

¹⁰⁸ HUNGRIA. *Constituição da República Húngara de 1949*. Disponível em: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.HUN.3-Annex2.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2021.

¹⁰⁹ GINSBURGS, op. cit., p. 531-533.

¹¹⁰ IUGOSLÁVIA. *Constituição da República Federalista Popular da Iugoslávia. 1946*. Disponível em: https://www.worldstatesmen.org/Yugoslavia_1946.txt. Acesso em: 4 jun. 2021.

processo de negociação internacional e do comércio internacional.¹¹¹ Entretanto, como se destacou acima, não avançam na relação entre os dois ramos do direito ou se pronunciam sobre uma pretensão global.

O constitucionalismo transnacional (ou global), ainda que celebrado, sofre uma forte crítica por centralizar suas discussões no lado ocidental. Para Tom Ginsburg, professor da Universidade de Direito de Chicago, “*Asian countries have not been leaders in these movements. Instead, they have reacted cautiously and have emphasized the traditional concerns of sovereignty and not interference*”.¹¹² Contudo, não somente sua abertura econômica prova o oposto: há, continuamente, um aumento na abertura ao direito internacional registrado na Ásia.

As duas Constituições da Indonésia aqui analisadas dispensaram diferentes tratamentos ao tema. Se, por um lado, a Constituição de 1945 não se dedicou ao tema, nem mesmo regulando as relações internacionais ou processo de ratificação de tratados; por outro, a Constituição de 1950 trouxe provisões em uma seção específica. Notadamente, pode-se citar o artigo 121 da Constituição de 1950: “*The Republic of Indonesia shall join international organizations on the basis of the treaties and agreements referred to in Article 120*”.

A Constituição de 1945 preocupava-se com a instituição da ordem para regular o novo país independente. Por isso, sua principal previsão sobre o tema encontrava-se nas disposições transitórias, que determinava que as leis e instituições existentes permanecessem em vigor até serem substituídas por novas, criadas pelo Estado independente. Assim, a Indonésia mantinha as leis e instituições holandesas, inclusive a sua tradição parcialmente monista.¹¹³ Durante os seus poucos anos em vigor, pouco se avançou sobre o assunto.

A Constituição que se seguiu, apesar de melhor tratar o tema, durou poucos anos, já que seu intuito era ser provisória. Ao longo dos artigos 120 a 123, a Constituição previa não só o processo de ratificação, que só ocorreria após aprovação por lei, como também que a República da Indonésia deveria se unir às organizações internacionais com base nos tratados e acordos e que o Governo deveria buscar resolver pacificamente as disputas com outros poderes, inclusive por

¹¹¹ TCHECOSLOVÁQUIA. *Constituição*. 9 de maio de 1948. Disponível em: <<http://czecon.law.muni.cz/content/en/ustavy/1948/>>. Acesso em: 4 jun. 2021.

¹¹² GINSBURG apud CHANG, Wen-Chen. The Convergence of Constitutions and International Human Rights: Taiwan and South Korea in Comparison. *North Carolina Journal of International Law* 593. V. 36, No. 3, Art. 3, Spr. 2011, p. 594-595. Disponível em: <<https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1926&context=ncilj>>. Acesso em 24 ago. 2021.

¹¹³ BUTT, Simon. The Position of International Law Within the Indonesian Legal System. *Emory International Law Review*, Vol. 28, Is. 1, 2014.

meio da solicitação e do aceite de adjudicação e arbitragem internacional.¹¹⁴ Em 1955, outra Constituição foi aprovada e essa, decaiu em 1959.

O texto constitucional de 1959 reincorporou aspectos da Constituição de 1945, mas com importantes mudanças. No art. 11 (2) do texto constitucional prevê-se que o Presidente “*in making other international agreements that will produce an extensive and fundamental impact on the lives of the people which is linked to the state financial burden, and/or that will requires an amendment to or the enactment of a law, shall obtain the approval of the DPR*”¹¹⁵. Além disso, no art. 11 (3) está previsto que outras disposições acerca de acordos internacionais devem ser reguladas por lei.

Sem expressar uma escolha sobre a posição dos tratados internacionais no direito interno e uma possibilidade à abertura globalista, essa escolha foi sendo preenchida ao longo dos anos pela doutrina e jurisprudência. Para Mochtar Kusumaatmadja, ex-ministro da Justiça e ex-ministro de Relações Exteriores do país, a não especificação não necessariamente significa um menor peso à lei internacional.¹¹⁶ Para o também professor, sua herança da colonização holandesa explica a tradição monista do país. Agusman, outro importante político, responsável por elaborar a minuta da Lei sobre Acordos Internacionais (Lei n. 24, de 2000), seguiu as lições de Kusumaatdja, assumindo a visão monista para o país.¹¹⁷

Em seguida, na Constituição de 1947 do Taiwan, a matéria estava tratada em seu artigo 141. Segundo o texto constitucional:

*The foreign policy of the Republic of China shall, in a spirit of independence and self-reliance and based on the principles of equality and reciprocity, promote friendly relations with other nations and abide by treaties and the Charter of the United Nations so as to protect the rights and interests of Chinese citizens residing abroad, foster international cooperation, advance international justice, and ensure world peace.*¹¹⁸

Mesmo com a evidente intenção de abertura internacional do sistema jurídico, ainda restavam dúvidas quanto ao status dos tratados, quais deles estavam incluídos e se seriam

¹¹⁴INDONÉSIA. *Constituição Provisória da República da Indonésia*. Arts. 120 a 123. Disponível em: “<http://www.worldstatesmen.org/Indonesia-Constitution-1950.pdf>”. Acesso em: 5 jul. 2021.

¹¹⁵ INDONÉSIA. *Constituição de 1945 (reformulada)*. Disponível em: <https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/ac/ewt_dl_link.php?nid=123&filename=parsystem2>. Acesso em 5 jul. 2021.

¹¹⁶ BUTT, op. cit., p. 6.

¹¹⁷ Ibid., p. 7.

¹¹⁸ TAIWAN. *Constituição da República da China (Taiwan)*. Disponível em: <<https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0000001>>. Acesso em: 6 jun. 2021. O referido artigo não foi objeto de emendas constitucionais.

diretamente aplicados. Isso porque, ainda nos anais dessa Constituição, havia preocupação sobre a durabilidade das Nações Unidas e a dificuldade de se implementar um artigo constitucional condicionado a um evento internacional.¹¹⁹ Ainda assim, em razão do pioneirismo em subscrever a Constituição Nacional às Nações Unidas, o artigo foi aprovado e permanece em vigor.

A Corte Constitucional de Taiwan, para regulamentar esse artigo, forneceu uma Interpretação (No. 329) sobre ele. Assim, “tratados” incluem:

*(1) a treaty is an international agreement concluded between Taiwan (including those institutions and groups authorized by governmental agencies) and other states (including their authorized institutions and groups or international organizations); (2) it involves directly in important national issues such as defense, diplomacy, finance, the economy, or people’s rights and duties; and (3) it has legal effect. Second, as to the legal status of a treaty, it rules that a treaty reviewed by the LY has the same status as law. Third, agreements that employ the title of treaty, convention, or agreement, and have ratification clauses should be sent to the LY for deliberation. Other international agreements, except those authorized by law or pre-determined by the LY, should also be sent to the LY for deliberation.*¹²⁰

De acordo com a interpretação da Corte, os tratados possuem efeitos legais iguais aos de leis nacionais. Por isso, Fort Fu-Te Liao conclui pela tradição monista de Taiwan, ajustado conforme à jurisprudência nacional, por entender que qualquer tratado internacional de direitos humanos que diretamente envolvem direitos e deveres individuais devem seguir a interpretação nº 329, tendo, portanto, *status* de lei doméstica.¹²¹ Ainda assim, o país sofre pelo insulamento político devido às divergências com a China continental, de modo que as emendas constitucionais não incorporam os tratados de direitos humanos nos seus textos, permitindo existir, até os anos finais do Século XX, um vácuo legislativo entre as proteções nacional e internacional de direitos.¹²²

No Japão, a matéria é, sobretudo, tratada no art. 98 (2), o qual diz que: “*The treaties concluded by Japan and established laws of nations shall be faithfully observed*”.¹²³ A

¹¹⁹ LIAO, FortFu-Te. *Partly Virtual, Partly Real: Taiwan’s Unique Interaction with International Human Rights Instruments*.16 Asian Yearbook of International Law, 2010, p. 39-40. Disponível em: <<https://brill.com/view/book/edcoll/9789004379695/BP000003.xml>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

¹²⁰ Ibid., p. 40-41; TAIWAN, J.Y. Interpretation No. 329 (1993). Disponível em: <https://www2.judicial.gov.tw/FYDownload/en/p03_01.asp?expno=329>. Acesso em: 24 ago. 2021.

¹²¹ Ibid.

¹²²HWANG, Jau-Yuan; LIAO, Fort Fu-Te; CHANG, Wen-Chen. *Development of Constitutional Law and Human Rights in Taiwan Facing the New Century*. Institute of Developing Economics Asian Law Series No. 24, Law and Political Development in Asia (Taiwan), Japão: Mar. 2003, p. 120.

¹²³JAPÃO. *Constituição (1946)*. Disponível em: <https://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html>. Acesso em: 7 jun. 2021.

Constituição de 1946 traz outras importantes previsões, especialmente no que tange ao processo de negociação e ratificação dos tratados. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência japonesas apontam que o art. 98 (2) reafirma a força legal dos tratados no Japão, considerada a Constituição Meiji de 1889 e a leitura sistemática da Constituição, nesse caso, dos artigos 73 (3) e 7 (1), que estabelecem a necessidade de aprovação dos tratados e a promulgação deles pelo Imperador.¹²⁴

Para Yuji Iwasawa, o Japão adota a incorporação automática dos tratados, sendo que eles adquirem força de lei nacional assim que são publicados no Diário Oficial (*Official Gazette*).¹²⁵ Como parte da lei japonesa, as cortes aplicam as regras e costumes do Direito Internacional em alguns casos, dada a sua relevância e pertinência com o caso em debate. Entretanto, ele adverte que o artigo não especifica o status da lei internacional dentro do ordenamento jurídico japonês. Sabe-se que eles sempre prevalecem sobre estatutos, mas há discussão quanto aos acordos executivos que sejam concluídos com base nesses acordos e, antigamente, quanto às regras constitucionais - que, com o tempo, se pacificou o entendimento de que estas prevalecem.¹²⁶

Além disso, com o tempo, a doutrina e jurisprudência reconheceram a distinção entre normas derivadas de tratado internacional que são diretamente aplicáveis e as que não são, de acordo com a própria determinação do tratado e com a precisão de aplicabilidade dos seus artigos. Em regra, os tratados são regulados por leis nacionais, de modo que os ajustes necessários sejam feitos em âmbito nacional antes de discutir os tratados. Ao mesmo tempo, a intenção de pluralismo jurídico transnacional também avançou ao se reconhecer a aplicação indireta dos tratados, de modo a auxiliar a interpretação das leis domésticas.¹²⁷

Na Coreia do Sul, o artigo 6 (1) demonstra a importância de se reconhecer o direito internacional nos seguintes termos: “*Treaties duly concluded and promulgated under the Constitution and the generally recognized rules of international law shall have the same effect as the domestic laws the Republic of Korea*”. O país também adota uma visão monista da relação entre o direito internacional e nacional, não necessitando que o tratado já ratificado e publicado

¹²⁴IWASAWA, Yuji. *International Law in the Japanese Legal Order: Recent Developments*. Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), V. 91, Implementation, Compliance and Effectiveness. *American Society of International Law*, April 9-12, 1997, p. 302.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Ibid. p. 302-303

¹²⁷ Ibid., p. 303-306.

seja regulado ainda por estatutos legais nacionais para ter aplicabilidade e eficácia perante o Estado e os cidadãos.¹²⁸

Assim como em Taiwan, nos últimos anos do século XX, a abertura ao transnacionalismo ficou mais evidente. Em 1991, a Coreia do Sul informou à Comissão de Direitos Humanos que o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos teria aplicabilidade direta, isto é, uma vez promulgado, teria o mesmo efeito que as leis nacionais, sem a necessidade de uma regulamentação legislativa pelo país.¹²⁹ Em 1998, quando a Corte Constitucional foi instaurada, tornou-se pacífico o entendimento monista de que os tratados ratificados eram parte da lei nacional coreana.¹³⁰

O último país asiático aqui analisado, Índia, demonstrou uma potencial abertura ao transnacionalismo desde a adoção da Constituição. Na realidade, nos anais constitucionais a abertura era prevista no rascunho de um artigo 40 com a seguinte redação:

*The State shall promote international peace and security by the prescription of open, just and honourable relations between nations, by the firm establishment of the understandings of international law as the actual rule of conduct among governments and by the maintenance of justice and respect for treaty obligations in the dealings of organised people with one another.*¹³¹

Entretanto, durante as discussões, mesmo se enfatizando a importância cultural e histórica do país para promover a paz mundial e, até mesmo, a esperança de uma governança mundial, o artigo sofreu intensa modificação e foi aprovado como o artigo 51, nos termos:

*51. Promotion of international peace and security.—The State shall endeavour to— (a) promote international peace and security; (b) maintain just and honourable relations between nations; (c) foster respect for international law and treaty obligations in the dealings of organised peoples with one another; and (d) encourage settlement of international disputes by arbitration.*¹³²

Com efeito, diante do elevado grau de abstração na previsão do art. 51 (c), principal item da Constituição que trata sobre o tema, a tarefa de regulamentá-lo e definir seus limites coube à

¹²⁸ CHANG, op. cit., p. 600.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ WON, Yoomin. The role of international human rights law in South Korean constitutional court practice: An empirical study of decisions from 1988 to 2015. *I.CON*, V. 16, N. 2, 2018, p. 600.

¹³¹ CONSTITUTION OF INDIA. *Centre for Law & Policy Research*. Disponível em: <https://www.constitutionofindia.net/constitution_of_india/directive_principles_of_state_policy/articles/Article%2051>. Acesso em: 7 jun. 2021.

¹³² INDIA. *Constituição (1949)*. Disponível em: <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI_1.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2021.

doutrina e à jurisprudência. Para a doutrina, entende-se que, apesar da previsão constitucional significar que o direito internacional não foi incorporado à lei nacional indiana sob um viés dualista, isso não impede o reconhecimento da absorção das normas do direito internacional ao ordenamento jurídico pátrio.¹³³

Vale ressaltar que, mesmo depois da independência, a Índia permaneceu seguindo os preceitos da *common law* britânica, de modo que os costumes ocupam papel central em seu ordenamento jurídico. A imunidade diplomática, por exemplo, apesar de não prescrita em lei, é respeitada pelos costumes. Assim, ainda com a interpretação em sentido restritivo do artigo, a interpretação de tratados permanece como fonte do direito, com o intuito de que a Índia se incluísse na ordem internacional.¹³⁴

Na América Latina, o fenômeno recebeu maior destaque nos últimos anos.¹³⁵ Em Constituições como as do Brasil (1988), do Equador (2008), da Bolívia (2009) e do México (reforma de 2011), a intenção pluralista é reafirmada no texto constitucional. Contudo, ao longo de sua história, as práticas políticas de centralização e concentração dos poderes, em conjunto com a instabilidade política e os problemas decorrentes de fatores culturais, sociais e econômicos, não favoreceram a afirmação histórica da região como centro de um pluralismo transnacional.¹³⁶

No Brasil, a política internacional se especializou com a criação do Instituto Rio Branco em 1945. Com efeito, a Constituição brasileira de 1946 trouxe um dispositivo inicial sobre o tema em razão da assimetria entre a política externa brasileira e a condução dos negócios internos.¹³⁷ Assim, no artigo 4º da Constituição, previu-se que: “O Brasil só recorrerá à guerra, se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução do conflito, regulados por órgão internacional de segurança, de que participe; (...)”. Esse “órgão internacional de segurança” tratava-se, principalmente, da Organização das Nações Unidas, observado o dever de manutenção da paz e da segurança internacional.

¹³³ALEXANDER, op. cit., p. 291-292.

¹³⁴Ibid., p. 293-294.

¹³⁵Uma das características comuns nas reformas constitucionais é o tratamento conferido ao direito internacional, especialmente no tocante aos direitos humanos, indicando uma tendência de constitucionalizar os direitos humanos reconhecidos pelo direito internacional. CHEHTMAN, Alejandro. *International Law and Constitutional Law in Latin America. Forthcoming in Conrado Hübner Mendes and Roberto Gargarella. The Oxford Handbook of constitutional Law in Latin America*, p. 2. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3207795>. Acesso em: 24 ago. 2021.

¹³⁶CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 34.

¹³⁷TIBURCIO, Carmen. Constituição e relações internacionais. *Universitas JUS*, v. 25, n. 1, p. 1-24, 2014, p. 5-6.

Ainda que o dispositivo fosse tímido, já demonstrava uma potencial abertura que foi retomada e amplificada na Constituição de 1988. Ainda na Constituição que vigorou durante a Ditadura Militar, os princípios constitucionais das relações internacionais se mantiveram de modo pragmático.¹³⁸ A previsão de arbitragem internacional, a vedação à guerra de conquista e a atenção dada aos mecanismos pacíficos de solução de conflito contribuíram com o fim perseguido e a convicção diplomática pautada na igualdade jurídica entre os Estados.

Por fim, na Costa Rica, local onde foi promulgada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), também apresenta importante previsão sobre o tema. Em seu art. 7 (1), a Constituição dita: “*Public treaties, international agreements and concordats duly approved by the Legislative Assembly shall have a higher authority than the laws upon their enactment or from the day that they designate*”.¹³⁹ Adotando-se uma visão monista do direito internacional, esse artigo é empregado para justificar a inclusão dos tratados internacionais devidamente ratificados pelo Legislativo dentro do parâmetro de constitucionalidade das leis locais.¹⁴⁰

De modo a continuar o estudo, é interessante observar que as histórias políticas e jurídicas desses países influenciaram as Constituições que se seguiram, especialmente para os países independentes da África e latino-americanos. Tais países tiveram destaque na Segunda Guerra Mundial com características comuns de invasão territorial, mudança brusca de governo e reconstrução constitucional. A constituição, então, se tornou o instrumento para simbolizar a nova era desses países. Ao analisá-las em conjunto, percebe-se uma nova ordem mundial, o neoconstitucionalismo. Fundado em direitos universalmente compartilhados, tal ordem inspirou os movimentos sociais e políticos do final do século XX e início do século XXI.

A doutrina neoconstitucionalista reconstrói, assim, a normatividade da constituição. A partir dos conteúdos de justiça constitucionalmente estabelecidos, o legislador-criador do direito positivo encontra-se subordinado pelas normas morais subscritas no instrumento legal. Esses valores, compartilhados entre diferentes nações, não são dominantes do progresso social apenas de uma nação, mas de uma ordem mundial globalizada, de uma concepção universal da justiça. Essa “moral” neoconstitucionalista abraça o pluralismo, com a adoção de normas comuns a

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ COSTA RICA. *Constituição (1949)*. Disponível em: <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cr/cr039en.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

¹⁴⁰ PÉREZ, Marvin Carvajal. O tribunal Constitucional da Costa Rica. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo. São Paulo, V. 1, 1996, p. 207.

diversos ordenamentos jurídicos, como mandamentos mínimos de observância da atuação do Estado, selecionados e validados pelos constituintes originários de cada ordenamento jurídico.

Percebe-se, assim, que o neoconstitucionalismo também é adepto à universalidade do pós-positivismo. Cada ordenamento jurídico possui sua lógica própria, particular aos seus valores, mas que não são dissociados da ordem mundial, universal. Em outras palavras, para que haja uma conexão particular entre o Direito e a Moral, deve haver antes uma conexão universal. Da mesma forma, essa conexão não é apenas contingente, mas necessária, pois a despeito de diferentes configurações, existem valores que necessariamente são protegidos pela esfera constitucional. Portanto, o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo atuam em conjunto para atribuir significado à epistemologia jurídica.

Nesse sentido, ao trazer o mundo do ser para o dever-ser aprimora o sentido de pretensão de correção da Constituição. É bem verdade que o reconhecimento da normatividade dos princípios amplia a esfera decisória do Poder Judiciário ao oferecer uma nova gama de fontes normativas para que, então, se crie a norma do caso concreto. Contudo, o reconhecimento dos princípios como mandamentos de otimização para corresponder ao dever de pretensão de justiça limita o âmbito decisório. Não há pura e simples arbitrariedade ou decisionismo nessa escolha normativa: o legislador elenca os princípios a serem buscados e, no caso concreto, o magistrado o deve aplicar tal como a regra.

Na hipótese de colisão entre princípios, a atuação do magistrado é limitada não por sua vontade, mas pelo grau de satisfação dos princípios colidentes. Desse modo, a escolha entre o “princípio 1” e o “princípio 2” no caso concreto depende, antes, de escolhas políticas prévias do legislador. Ao se filiar ao modelo do Estado constitucional democrático, o legislador originário reconhece a força normativa dos princípios. Ao elencar um rol de princípios na Constituição e nas leis, limita a atuação do julgador. E, na incidência de um caso concreto, os princípios colidentes devem ser satisfeitos, em diferentes graus e para aquele caso específico.

Por exemplo, verificou-se que a “educação gratuita” foi garantida por todos os ordenamentos jurídicos estudados. No entanto, a “educação compulsória” não foi garantida na Constituição da Alemanha Ocidental.¹⁴¹ Nesse ordenamento foi feita uma escolha política pelo

¹⁴¹ALEMANHA OCIDENTAL, op. cit., Article 7: [School system] 1. The entire school system shall be under the supervision of the state. 2. Parents and guardians shall have the right to decide whether children shall receive religious instruction. 3. Religious instruction shall form part of the regular curriculum in state schools, with the exception of non-denominational schools. Without prejudice to the state's right of supervision, religious instruction shall be given in accordance with the tenets of the religious community concerned. Teachers may not be obliged

legislador de não tornar a educação obrigatória, mas que fosse ofertada gratuitamente. Nesse sentido, a atuação do julgador tinha o seu início e seu limite no princípio da educação gratuita. Apenas em 1955, com o Tratado de Düsseldorf, que o princípio da educação compulsória foi reconhecido por lei pelo país.¹⁴²

Assim, caso houvesse um caso em que se discutisse a compulsoriedade da educação gratuita, a atuação do julgador não era arbitrária ou decisionista. É bem verdade que a atuação do judiciário aumentou pelo reconhecimento da normatividade do princípio da “educação gratuita”. Entretanto, ao se deparar com um caso concreto, sua atuação era limitada pelo próprio princípio. Não poderia reconhecer outro que não fosse contemplado pelo ordenamento jurídico. Sua atuação se restringe em descobrir qual a interpretação correta do princípio, a partir da pretensão de correção do Direito, à luz do caso concreto.¹⁴³ Indo além, caso o princípio da “educação gratuita” colidisse com outro, e este fosse contemplado pela Constituição, como a “liberdade religiosa”, a atuação do julgador deve se orientar a buscar a otimização dos dois princípios, pois ambos foram elencados como necessários àquele ordenamento jurídico.

Uma vez aceita tal premissa, entende-se que a tomada de decisão não é exclusivamente feita pelo juiz. Na verdade, a tomada de decisão é um processo complexo que se inicia com as opções políticas prévias do legislador de cada Estado ao firmar sua Constituição. Caso o Estado-legislador aceite as premissas do Estado neoconstitucional (ou Constitucional Democrático), reconhecerá a força normativa dos princípios e assumirá o risco de possível colisão entre eles no caso concreto. Apenas nesse caso, em que houver conflito entre princípios, recorre-se à figura do juiz para realizar uma ponderação dos princípios, de modo a otimizá-los de acordo com as

against their will to give religious instruction. 4. The right to establish private schools shall be guaranteed. Private schools that serve as alternatives to state schools shall require the approval of the state and shall be subject to the laws of the Länder. Such approval shall be given when private schools are not inferior to the state schools in terms of their educational aims, their facilities, or the professional training of their teaching staff, and when segregation of pupils according to the means of their parents will not be encouraged thereby. Approval shall be withheld if the economic and legal position of the teaching staff is not adequately assured. 5. A private elementary school shall be approved only if the educational authority finds that it serves a special pedagogical interest or if, on the application of parents or guardians, it is to be established as a denominational or interdenominational school or as a school based on a particular philosophy and no state elementary school of that type exists in the municipality. 6. Preparatory schools shall remain abolished. FOSTER; SULE, op. cit., p. 606.

¹⁴² SPLASH DATABASE. *Educational Policies: Germany* (2015). Disponível em <<https://splash-db.eu/policydescription/educational-policies-germany-2015/>>. Acesso em: 4 mar. 2021.

¹⁴³É dizer: o juiz não poderia reconhecer que o princípio da “educação compulsória” foi contemplado no texto constitucional, pois não foi (ALEMANHA OCIDENTAL, op. cit.). Entretanto, o princípio poderia pertencer ao ordenamento jurídico de modo sistemático, por meio da ponderação de outros princípios constitucionais. Para isso, deveria haver uma técnica de integração e interpretação, própria do neoconstitucionalismo. Deve ser reforçado que essa possível técnica de integração não significa que o texto constitucional contemplou o princípio textualmente.

peculiaridades concretas. O juiz neoconstitucional, de resto, atua da mesma forma que o juiz positivista. É dizer, a atividade criativa do juiz é, por si mesma, restrita.

Por esse motivo, não há uma supervalorização da figura do juiz, tampouco uma permissão de decisões volitivas ou puramente discricionárias. O neoconstitucionalismo pressupõe, por certo, uma substituição do “governo das leis” para o “governo do Direito”, em que as normas não se restringem às leis positivadas por agentes competentes, mas pelos valores universais compartilhados e assumidos por uma Constituição particular. Alguns valores, como visto, são necessários à uma pretensão de correção universal a despeito do pluralismo político; mas, contingentes à valoração objetivas políticas feita por cada Estado-legislador. Cada Estado-legislador atua, portanto, como um representante político da ordem plural, universal e necessária.

Não há também uma valoração de vieses cognitivos. Na realidade, as heurísticas e os vieses são limites extrínsecos ao raciocínio jurídico, isto é, “condicionamentos que afetam a criação e a aplicação do direito que não são gerados por preferências normativas distribuídas no ordenamento jurídico ou opções de desenho institucional”.¹⁴⁴ Querer que limites extrínsecos, como a textura aberta da linguagem e os próprios vieses, sejam controlados pelo Direito seria assumir que seria possível a existência do juiz Hércules (*a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen*).¹⁴⁵ Nesse sentido, a passagem de Fernando Leal e Leandro Ribeiro:

O Juiz Hércules de Dworkin seria um claro exemplo da ênfase que modelos normativos de tomada de decisão no direito, que pretendem moldar um raciocínio tipicamente jurídico, dão à nossa capacidade de decidir organizada e ponderadamente. Mas este não é apenas o caso quando lidamos com pessoas de carne e osso chamadas a resolver problemas. Na verdade, se sempre tomássemos decisões conscientemente calculadas que buscassem neutralizar na maior medida possível emoções e impulsos, incorreríamos em custos tão altos que seríamos incapazes de tomar todas as decisões que precisamos tomar diariamente. Por isso, ao lado deste eu consciente e racionalizador de soluções para cada tipo de problema, trabalhamos com um conjunto de padrões quase automáticos de decisão fundados na experiência que atuam como mecanismos simplificadores de processos decisórios. Eles atuam basicamente reduzindo as tarefas complexas de obter probabilidades de eventos futuros e predizer valores para operações mais simples de julgamento.¹⁴⁶

¹⁴⁴LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do Rio de Janeiro. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 253-284, jul./dez. 2016, p. 256.

¹⁴⁵DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978, p. 105.

¹⁴⁶LEAL; RIBEIRO, op. cit., p. 257. Os autores se reportam ao estudo de Daniel Kahneman e Amos Tversky sobre a tomada de decisão e o modo como as heurísticas, enquanto fator intuitivo de produção de tomada de decisões, apontam alguns vieses que aquelas regras heurísticas produzem. Cf. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science, New Series*, V. 185, No. 4157, Set. 1974.

Em suma, a pretensão de correção do Direito não pressupõe a extinção dos vieses cognitivos de juízes - e nem poderia, pois são intrínsecos ao comportamento humano. Todavia, ao se reconhecer que a tomada de decisão é um ato complexo, que se inicia pela tomada de decisão política prévia, os vieses são atenuados para limitar a atuação judicial. Desse modo, não se trata de uma decisão puramente discricionária, mas juridicamente orientada à pretensão de correção e limitada pelas opções políticas prévias do Estado-legislador. A existência de heurísticas e vieses em uma etapa do processo de tomada de decisão (*applicatio*) não deslegitima a atuação judicial nem a torna puramente discricionária, pois ainda exige um processo interpretativo-argumentativo no grau de otimização adotado para solucionar o caso concreto, submetido à juízo.

3. A CRISE CONSTITUCIONAL GLOBAL

Com vistas a reconstruir a normatividade da Constituição, como via alternativa ao positivismo jurídico e ao jusnaturalismo, o neoconstitucionalismo se insere como teoria dominante nas constituições da segunda metade do século XX e XXI. Conjuntamente à ressignificação do conceito de justiça, essas constituições trazem consigo um caráter pluralista e transnacional com a consagração de direitos universalmente reconhecidos em diferentes ordenamentos jurídicos. Em todos esses ordenamentos, o legislador-criador do direito positivo se encontra vinculado às normas morais do instrumento constitucional. Há de se reconhecer uma conexão indispensável entre o direito e a moral nos ordenamentos jurídicos modernos.

Ao longo do último capítulo, além de enfrentar as críticas pós-positivistas, buscou-se demonstrar que vinte valores, compartilhados entre diferentes nações, não demonstram apenas o progresso social de uma nação, mas de toda uma ordem mundial globalizada, centrada numa concepção universal de justiça. Essa concepção, tida como uma moral ou ética, positiva a cartilha a ser seguida por países que se identificam com o Estado de Direito e abraçam o pluralismo democrático ao consagrarem mandamentos mínimos de observância para a atuação do Estado.

São direitos com diferentes temáticas, amplamente representados em países com históricos, ideologias e ordenamentos jurídicos díspares, além de graus diferentes de atuação na Segunda Guerra, principal marco histórico do neoconstitucionalismo. As quinze constituições analisadas mostram que esses direitos adquiriram proporções universais, compartilhados por diferentes sistemas. Eles se conformaram com diversos ordenamentos jurídicos, a despeito da concepção de justiça particular de cada um deles. São valores universais, construídos ao longo de diversas gerações, que se estabeleceram como essenciais no mundo neoconstitucional.

Além disso, o neoconstitucionalismo permitiu a difusão da internacionalização do direito constitucional, ao positivizar as cláusulas de abertura em diversos textos legais. Ainda que não originariamente previstas, essas cláusulas foram reconhecidas e debatidas pela doutrina e jurisprudência, importantes fontes do Direito neoconstitucional. Por essa construção histórica de abertura ao globalismo, entende-se que o neoconstitucionalismo pode impulsionar um modelo de constituição global. Resta saber como.

Nesse capítulo, em primeiro lugar, busca-se responder se o neoconstitucionalismo deve impulsionar esse modelo de Constituição. Nesse sentido, objetiva-se estudar se está em curso uma crise constitucional global. Como se trata das matérias mais controversas, deve-se focar a

atenção para duas posições: caso a resposta seja positiva, isto significa que preceitos constitucionais são esvaziados não por motivos legítimos, mas por interesses. Caso seja negativa, existe ambiente propício para promover a oxigenação do sistema, experimentando novos modelos.

Em segundo lugar, objetiva-se examinar a viabilidade política e jurídica do pluralismo constitucional transnacional. Para tanto, deve ser feita sua conceituação e suas propostas. Em seguida, serão analisados os obstáculos políticos e a necessária redefinição de paradigmas jurídicos, como a supremacia judicial e a hermenêutica constitucional.

3.1. Degradação constitucional

Em 2016, após as eleições que sagraram Donald Trump como 45º Presidente dos Estados Unidos, a literatura norte-americana da ciência política e do direito se questionava se estaria em curso uma crise constitucional no país.¹⁴⁷ De modo geral, essas literaturas concordavam que não seria o caso de uma crise constitucional. No entanto, o fenômeno serviria como exemplo empírico para se observar o comportamento constitucional frente a uma situação de risco às normas. Em outros termos, seria a oportunidade de observar o limite da resistência constitucional.¹⁴⁸

Entende-se por crise constitucional quando uma Constituição falha na sua tarefa central de manter politicamente organizada as desarmonias sociais. Ela pode ter origem na ruptura política, quando representantes do governo - inclusive das Forças Armadas - se negam a cumprir a Constituição. Também pode ter origem na ruptura ideológica, porque a Constituição é altamente burocrática, impedindo a adoção de medidas de curto prazo.¹⁴⁹

¹⁴⁷LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018; COLE, David. “Trump’s Constitutional Crisis,” *New York Review of Books*, May 10, 2017, Disponível em: <<http://www.nybooks.com/daily/2017/05/10/trumps-constitutional-crisis-james-comey/>>. Acesso em: 28 mar. 2021. (“*This is a constitutional crisis.*”); WILTS, Alexandra. “Comey Fired: America Is Witnessing a Constitutional Crisis, Says Leading Democrat,” *Independent*, May 10, 2017, Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-politics/james-comey-fired-donald-trumpconstitutional-crisis-fbi-director-russian-investigation-latest-news-a7727341.html>> (replicando a fala do Deputado Keith Ellison’s “[w]e are witnessing a constitutional crisis unfold before our very eyes”). Acesso em 28 mar. 2021.

¹⁴⁸Resistência é a capacidade de uma Constituição em não ser substituída por uma nova Constituição. Sobre o termo ELKINS; GINSBURG; MELTON, op. cit; SGANZERLA; CASTRO; SILVA, op. cit.

¹⁴⁹BALKIN, Jack M. *Constitutional Crisis and Constitutional Rot*. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TEUBNET, Mark. *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford University Press, 2018, p. 102-104.

A forma de origem mais referenciada de “crise constitucional” ocorre quando as pessoas se recusam a obedecê-la. Nesse tipo de crise, os protestos tomam o espaço público e exige-se uma mudança radical do sistema. As razões são variadas: uma extrema vagueza constitucional (a Constituição não informa um padrão de conduta a ser adotado em diversas situações); a possibilidade de múltiplas interpretações de uma mesma norma constitucional; a impossibilidade fática de se cumprir o comando constitucional; o impasse institucional em que as instituições são incapazes de construir acordos para se garantir a governabilidade (são situações conhecidas como *deadlock* ou *shutdown*).¹⁵⁰

Entretanto, essa última situação não necessariamente desencadeia em uma crise constitucional. Pode, na verdade, representar uma disputa sobre a interpretação constitucional ou sobre as regras do jogo convencionadas, mas não regulamentadas (*constitucional hardball*). Seriam, portanto, casos de “degradação constitucional” com efeitos como a ingovernabilidade (*deadlock* político) ou uma tendência à autocracia ou oligarquia, já bem salientados pela Ciência Política. No limite, pode acarretar a própria crise constitucional. Mesmo com a correlação entre os institutos, convém observar que, ao passo que a crise ocorre em determinado tempo, a degradação é um processo lento e gradual que se opera por um longo período.

Na Ciência Política, a obra de Levitsky e Ziblatt estudam a crise das democracias a partir de um olhar interno. Com referência aos contextos de declínio democrático no mundo, os autores mostram que democracias podem morrer não apenas por golpes militares ou por tomadas violentas de poder (como ocorreu em larga escala na América Latina e em alguns países asiáticos), como também pela subversão do processo democrático por líderes eleitos.¹⁵¹ Nesse sentido, há um arranjo institucional que corrói paulatinamente a essência da democracia, sem retirar a vigência das instituições democráticas, como a própria Constituição.

No Direito, esse processo de “degradação constitucional” pode ser definido como um processo de decadência, durante um longo período, das características de um sistema de governo que o mantém como uma república democrática saudável.¹⁵² Perde-se o elemento democrático quando o Estado se torna menos responsivo à opinião e à vontade popular. O elemento

¹⁵⁰ AZARI, Julia; MASKET, Seth. The 4 Types of Constitutional Crises. *FiveThirtyEight*. Disponível em: <<https://fivethirtyeight.com/features/constitutional-crisis/>>. 9 fev. 2017. Acesso em: 28 mar. 2021.

¹⁵¹ LEVITSKY; ZIBLATT. op. cit., p. 15.

¹⁵² BALKIN, op. cit., p. 101-117. No Brasil, o tema foi reportado em VARGAS, Daniel. A Degradação Constitucional Brasileira. In: BOLONHA, Carlos et al. *30 Anos da Constituição de 1988: Uma Jornada Democrática Inacabada*. São Paulo: Fórum, 2018; p. 161-172.

republicano é perdido quando os representantes não mais trabalham para promover o bem comum, mas sim a própria manutenção do poder agradando uma elite hegemônica. Nesse caso, o sistema se aproxima do sistema oligárquico.

Para Jack Balkin, esse processo tem como base quatro elementos, que se relacionam entre si. O primeiro é a falta de confiança no governo e nos concidadãos. O segundo é a polarização, que torna concidadãos em inimigos e atrai a atenção popular em conflitos de soma-zero ao invés de problemas sociais. O terceiro é o crescimento da desigualdade econômica, que gera conflitos mais acirrados e busca por responsáveis pelos infortúnios. O quarto e último são desastres políticos, ou seja, falhas graves nas tomadas de decisão por representantes que reduzem a confiança no governo.

O sistema político germânico anterior à Segunda Guerra Mundial é visto como exemplo dessa deterioração que culmina em uma crise constitucional. A República de Weimar foi fundada em 1919 por “uma coalizão pró-democrática de católicos, liberais e social-democratas”¹⁵³. A Constituição promulgada no mesmo ano, notadamente social, permitia diversas interpretações sobre a mesma norma. Após anos de economia cambaleante e de lutas internas da centro-direita, o sistema caiu em 1930 quando o impasse político se instaurou devido à nomeação sucessiva e fracassada de chanceleres pelo presidente Paul von Hindenburg, à luz do art. 48 da Constituição. Com o impasse, conservadores se alinharam para propor um *outsider* popular na chefia do governo, mesmo que discordassem de suas ideias. Em 1933, o partido Nazista se torna o maior partido do Parlamento e, com uma coalizão, Adolf Hitler é eleito chanceler da República.

Recentemente, o sistema político venezuelano é mostrado como exemplo contemporâneo de degradação constitucional em curso.¹⁵⁴ Após o fim do caudilhismo com a derrubada de Marcos Pérez Jiménez do poder em 1958, a Venezuela orgulhava-se de ser uma democracia longa. Durante os anos de 1980, após as crises do Petróleo, a economia do país sofreu uma depressão, aprofundando a desigualdade econômica e a insatisfação social do país. As revoltas tomaram as ruas, inclusive a revolução bolivariana, liderada por Hugo Chávez. Mesmo com o fracasso dessas operações, a revolta chamou a atenção do líder político Rafael Caldera (Presidente em 1969-1974) que, ao abraçar a causa dos rebeldes em 1992, em 1993 foi reeleito para um novo mandato presidencial (1994-1999). Com a credibilidade de Caldera, o apelo

¹⁵³LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit., p. 26

¹⁵⁴ Ibid., p. 15-17.

popular de Chávez não mais visava romper o sistema, mas sim transformá-lo (e, assim, degradá-lo). Chávez, enfim, foi eleito em 1998.

Esse movimento contrário à democracia também é justificado pelo Direito. A obra de Carl Schmitt relata o aporte jurídico teórico que uma eventual necessidade de degradação constitucional se baseia. Para o jurista, “todo ordenamento jurídico é simplesmente uma ditadura, latente ou intermitente”¹⁵⁵. De acordo com sua teoria, o Direito convive com o regime ditatorial, na medida em que se atinge as suas normas (fim) ainda que se contraponha às suas normas de realização (meio). Dito de outra forma, se o Direito busca a pacificação social e as normas de realização não se mostram eficazes para consegui-la, a ditadura serve para suprimir esse modo de realização para o Direito atingir o seu fim.

A teoria antinormativa pauta-se, portanto, pelo Estado de Exceção.¹⁵⁶ Os momentos em que ocorrem guerras contra o inimigo exterior ou há necessidade de repressão por protestos ou motivos internos, são os momentos em que o Direito revela sua verdadeira natureza, onde revela sua finalidade e sua força. A ditadura é, assim, o momento em que o direito se realiza, pois ele não se prende ao seu modo de realização: às regras do jogo, às autoridades ou aos efeitos, mas sim à sua finalidade última. Por viver em um estado de exceção incondicionado, o ditador não precisa ter apego às regras ou instituições. Caso queira restabelecer a ordem jurídica existente, com desenvolvimento de condições para a sua normatividade será a ditadura comissária. Caso queira estabelecer nova ordem jurídica, ab-rogando-se da Constituição vigente, será a ditadura soberana.

É no Estado de Exceção, portanto, que se revela quem é o soberano e se entende como são feitas as tomadas de decisão de um Estado. Ao contrário da teoria normativa em que o Direito é meio e fim ao mesmo tempo; na teoria antinormativa o Direito visa exclusivamente o seu próprio fim. As normas jurídicas são extraídas da ordem normativa concreta (do mundo do ser), que é apresentada em situações limites pela soberania. A tomada de decisão é, com efeito, eminentemente política. Na democracia, ao revés, por haver a igualdade entre governantes e

¹⁵⁵SCHMITT, Carl. *La dictadura*: Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberania hasta la lucha de clases proletaria. Tradução José Díaz García. Alianza: Madrid, 1999, p. 27.

¹⁵⁶ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Carl Schmitt: Um teórico da exceção sob o estado de exceção. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte. n. 105, p. 225-276, jul./dez. 2012, p. 235-241.

governados, ou seja, uma suposta homogeneidade das pessoas, não há como se identificar o soberano e, tampouco, o processo de tomada de decisão.¹⁵⁷

Após o exemplo empírico da teoria antinormativa com os regimes fascistas, estruturou-se o Estado Democrático de Direito. A formação política de um país passava por sua transformação social, jurídica, econômica e cultural. Como exemplo, a formação econômica de um país latino-americano que se redemocratizou não passava apenas pela reformulação do mercado interno, como também pela necessária observância do modelo de produção regional e global.¹⁵⁸ São nessas formações dos Estados democráticos, associadas a um panorama global, que se iniciam as crises da contemporaneidade.

Para Bolzan de Moraes cinco crises assolam o Estado contemporâneo. A crise conceitual reside na dispersão dos centros de poder e no fim da antiga noção de soberania como sinônimo do poder estatal. A crise estrutural verifica-se com a redução da promoção do Estado de bem-estar social devido à insuficiência financeira do poder público. A crise funcional está no fim da exclusividade de atividades que antes eram titularizadas pelo Estado. A crise política ocorre pelo esvaziamento da noção de democracia representativa e da própria participação política. Por fim, a crise institucional revela a incapacidade de as Constituições tratarem de forma coerente e racional os problemas sociais estruturais em áreas como educação, saúde e segurança.¹⁵⁹

Essa “crise institucional” não só é resultado da degradação constitucional, como também é impulsionada em casos de exceção. Entre os reflexos dos quatro elementos que caracterizam o fenômeno da degradação constitucional, um é especialmente sentido nas democracias representativas: a desarmonia entre os poderes. Via de regra, a degradação constitucional deriva das ações do Executivo que, quando age à exceção, deve justificar seus atos não apenas perante os cidadãos, como também aos outros poderes. No entanto, em certas circunstâncias todos os poderes contribuem para a degradação em curso.

Os últimos anos da política brasileira retratam uma possível erosão constitucional. Entre 2014 a 2016, as disputas entre Executivo, Legislativo e Judiciário em torno do *impeachment* da

¹⁵⁷ A democracia representativa seria inevitavelmente paradoxal. Uma vez que pressupõe a eleição de representantes, nega a igualdade substancial e homogeneidade que caracteriza a democracia. Logo, a representação é essencialmente não democrática. Apenas se a democracia fosse pura, é que haveria uma igualdade substancial entre governantes e governados e, portanto, seus fins seriam atendidos. *Ibid.*, p. 242-243.

¹⁵⁸ CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTO, Enzo. *Dependência e Desenvolvimento na América Latina: Ensaio de Interpretação Sociológica*. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2010, p. 37-47.

¹⁵⁹ MORAIS, José Luis Bolzan. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-temporal dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 23-57.

então presidente Dilma Rousseff realçaram a desarmonia entre os poderes.¹⁶⁰ A desarmonia entre o Legislativo e o Executivo pode ser estudada não só por meio do processo do *impeachment*, como também pela inversão da taxa de sucesso e de participação do governo. Ao passo que a taxa de sucesso¹⁶¹ diminuía (nos governos FHC e Lula, a média da taxa de sucesso variou entre 84,75 a 92,04%; nos governos Dilma, 71,95 a 62,31%), a taxa de participação¹⁶² crescia (nos governos FHC e Lula, a média da taxa variou entre 74,06 a 61,48%; nos governos Dilma de 70,97 a 85,57%)¹⁶³. Ainda que o Executivo sobrecarregasse a agenda do Legislativo, a apreciação positiva de seus atos não era tão satisfatória comparado a antes.¹⁶⁴

Entre o Judiciário e o Executivo, esse período marca o avanço da operação Lava-Jato no país. Para além do embate entre o governo e o Judiciário em torno das operações deflagradas, a agenda marcou uma significativa redução da discricionariedade administrativa e uma repactuação dos dois poderes. A nomeação do gabinete presidencial não era mais absolutamente discricionária e poderia ser negada pelo guardião constitucional, da mesma forma, as licitações deveriam se pautar por critérios objetivos frequentemente revisados nos tribunais. Acima das críticas sobre o ativismo judicial, é certo que houve uma ampliação objetiva na judicialização da política.

Entre o Legislativo e o Judiciário, o desgaste ocorreu de modo mais silencioso. Durante todo o processo de *impeachment*, o STF ressaltava a importância de um rito constitucionalmente válido para assegurar a lisura do procedimento. Por isso, em 2015, o processo chegou a ser suspenso para que novos ritos fossem estabelecidos. Em 2016, com o processo já deflagrado na Câmara dos Deputados, o Supremo Tribunal Federal recusou recursos para suspender o julgamento e, após o exame de admissibilidade conforme determina a Lei do *Impeachment* (Lei 1.079/1950), o Presidente do STF assumiu a Presidência do processo de *impeachment* no Senado Federal.

¹⁶⁰Nesse sentido, VARGAS, Daniel Barcellos. *Crise constitucional brasileira? A desarmonia entre os poderes*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/crise-constitucional-brasileira-05012016>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

¹⁶¹ Proporção de proposições aprovadas em relação ao total de proposições apresentadas pelo Executivo.

¹⁶² Proporção de proposições de iniciativa do Executivo sobre o total de projetos tramitados.

¹⁶³ Cf. PEREIRA, Celina. Medindo a governabilidade no Brasil: O presidencialismo de coalizão nos governos FHC, Lula e Dilma. Dissertação de Mestrado em Ciência Política da Universidade de Brasília. 30 mar. 2017.

¹⁶⁴ Cumpre salientar que a taxa de dominância, isto é, a proporção de proposições de iniciativa do Executivo aprovadas em relação ao total de projetos aprovados manteve-se alta e constante durante todos os mandatos, como é de praxe em governos democráticos. Conforme Fernando Limongi aponta, em países democráticos, tanto a taxa de sucesso como a de dominância tendem a se concentrar em torno dos 90%. Sobre as considerações sobre as taxas: LIMONGI, Fernando. *Democracia no Brasil: Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório*. *Novos estudos*. CEBRAP no. 76. São Paulo, nov. 2006.

Certo que essa tensão não se esgotou com o fim do processo de *impeachment*. Na realidade, há evidências de que perdura até o atual governo. Entre os anos de 2018 a 2020, a tensão entre os três poderes se acirrou ainda mais. Entre o Executivo e o Legislativo, as relações se estremeceram diante das diferenças no enfrentamento da Covid-19.¹⁶⁵ Entre o Executivo e o Judiciário, as relações já se mostravam turbulentas no início do governo, quanto à condução do regime democrático.¹⁶⁶ Por fim, a relação entre Legislativo e Judiciário sofreu um impacto com a promulgação da Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019) em reação à Operação Lava Jato.¹⁶⁷ Dada a escalada da desarmonia entre poderes, boa parte da literatura questiona se está em curso uma crise constitucional brasileira.

Casos como o dos Estados Unidos, Venezuela e Brasil mostram, particularmente, a extensão da deterioração constitucional de cada um desses países. Como o processo de degradação é lento e gradativo, ele deve ser analisado casuisticamente, dado o contexto histórico e político de cada país. A teoria política é capaz de explicar o modo pelo qual regimes democráticos caem e ainda indicar razões para esses eventos, mas cada processo é circunscrito a um contexto interno específico que o distingue dos demais. A teoria jurídica também é capaz de explicar os elementos pelos quais a Constituição perde seu sentido, além de identificar os motivos que, teoricamente, justificam a queda de uma Constituição.

Para quem entende que há uma crise constitucional em curso, os preceitos constitucionais são esvaziados não por motivos legítimos, mas sim por interesses. No entanto, essa análise deve ser feita em cada ordenamento jurídico, observando o seu contexto e a cultura jurídica do país. Em outros termos, para averiguar se uma crise constitucional global está em curso há de se reconhecer, preliminarmente, a soberania dos contextos internos.

Tal observação não impede o reconhecimento de outras crises que repercutem no constitucionalismo. Existem crises, como as apontadas por Bolzan de Moraes, que possuem uma relação de dependência com uma suposta crise constitucional. Nos últimos anos, algumas questões não necessariamente tratadas pelas Constituições nacionais adquiriram relevância em

¹⁶⁵ Como exemplo, BRANT, Danielle; MACHADO, Renato. *Congresso tende a subir o tom contra Bolsonaro com agravamento da pandemia*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/03/apesar-de-criacao-de-comite-congresso-tende-a-subir-o-tom-com-agravamento-da-pandemia.shtml>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁶⁶ Como exemplo, ALESSI, Gil. *Os recados do STF a Bolsonaro sobre “autoritarismo” e projeto “Escola sem Partido”*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/31/politica/1541019473_088674.html>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁶⁷ Como exemplo, ÂNGELO, Tiago. *Catapultada por excessos da “lava jato”, lei contra abuso entra em vigor*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/lei-abuso-autoridade-entra-vigor-nesta-sexta>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

âmbito interno a partir de uma evolução da noção de responsabilidade. Nessa nova noção, não basta a solidariedade entre um mesmo povo, é necessária a confiança recíproca de todos de modo a tomar decisões de forma coordenada.¹⁶⁸

Nesse sentido, após a globalização promovida na segunda metade do Século XX, há o reconhecimento de que existem problemas que afetam não apenas uma nação, mas todas elas.¹⁶⁹ As preocupações com esses problemas não são mais adstritas a um país. E, se o mundo atua sobre uma ordem global, não pode a realidade ignorar tal fato. A realidade experimentada pelos indivíduos não pode ser desregulada juridicamente. Alguns exemplos permitem ilustrar tal constatação com maior clareza:

A crise ecológica. Nos últimos anos, com o registro de temperaturas recordes em todo o mundo, a gravidade da mudança climática tornou-se foco de atenção de líderes mundiais. Com a projeção de aumento das temperaturas, o aquecimento global seria uma realidade cada vez mais próxima. As mudanças climáticas abrangeriam também o volume do nível do mar e a possibilidade de eventos climáticos extremos, como furacões.¹⁷⁰ Com efeito, diante do panorama global, algumas medidas para reduzir a emissão de dióxido de carbono foram tomadas, como o Protocolo de Kyoto e o Acordo de Paris. Em 2019, a crise ecológica ganhou um novo capítulo quando os Estados Unidos se retiraram formalmente do Acordo de Paris, motivado pela política econômica do governo Trump.

A crise financeira. Em 2008, diante da explosão da bolha imobiliária dos Estados Unidos e consequente decretação de falência de grandes bancos como o Lehman Brothers e fábricas como a General Motors, as bolsas de valores ao redor do mundo entraram em colapso pela falta de confiança no mercado. Com a redução da liquidez, as empresas perderam seu valor e, muitas economias que dependiam dessa confiança no mercado, quase colapsaram. Países como Portugal,

¹⁶⁸ HARARI, Yuval Noah. In the Battle Against Coronavirus, Humanity Lacks Leadership. *Time*, 15 mar. 2020. Disponível em: <https://time.com/5803225/yuval-noah-harari-coronavirus-humanity-leadership>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁶⁹ “[...] não apenas que as decisões rotineiras e extraordinárias dos representantes das nações e Estados-nações afetam profundamente os cidadãos de outros Estados-nação, que muito provavelmente não tiveram a ocasião de dar ou negar o seu consentimento – mas também que a ordem internacional é estruturada por agências e forças sobre as quais os cidadãos têm um controle mínimo, se é que tem algum, e a respeito das quais os cidadãos não têm como sinalizar seu acordo ou desacordo.” HELD, David. *A democracia, o Estado-nação e o sistema global*. Lua Nova, São Paulo, n. 23, mar. 1991, p. 183. No mesmo sentido, reconhecendo a existência de uma “sociedade mundial”, BECK, Ulrich. O que é a globalização? Equívocos do globalismo, respostas à Globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 29-30.

¹⁷⁰ BBC News Brasil. *Aquecimento Global: 7 gráficos que mostram em que ponto estamos*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-46424720>. Acesso em 30 mar. 2021.

Itália, Grécia e Espanha sofreram políticas de austeridade, ou seja, um corte de gastos para pagar os empréstimos contratados junto ao Fundo Monetário Internacional. Apesar dos programas de incentivo lançados pelo governo estadunidense como o Programa de Alívio de Ativos Problemáticos, a economia mundial já estava colapsada.

A crise sanitária. Em 2020, a pandemia do coronavírus se espalhou pelo mundo. Todos os países foram, em diferentes graus, assolados na área da saúde pelo vírus. A interdependência mundial evidenciou o desafio da solidariedade mundial. Para Ferrajoli, esse é o principal exemplo da necessidade de uma governança global, com instituições adequadas para garantir direitos vitais.¹⁷¹ Para Harari, é exemplo da importância da informação confiável e da solidariedade e cooperação global. Enquanto países usam estratégias diferentes, algumas com medidas ineficazes, não só o risco de propagação como o de mutação do vírus é maior.¹⁷² É necessário reconhecer o esforço conjunto de laboratórios, da ciência e de diversas pessoas, inclusive líderes mundiais para combater o vírus. Entretanto, também é necessário reconhecer as falhas no combate, especialmente de governos, especialmente em suas instituições, na disseminação de informações e na solidariedade mundial.

A crise humanitária dos refugiados. O início da década de 2010 ficou marcado pelos intensos conflitos na região árabe e, posteriormente, pela crise dos refugiados. Devido ao temor de perseguição social e política, pessoas se arriscaram na travessia de fronteiras para sobreviver. Somente em 2016 mais de 65 milhões de pessoas foram qualificadas pela ONU como refugiados ou deslocados.¹⁷³ Para buscar segurança, essas pessoas recorrem primariamente a países menos desenvolvidos, como Turquia, Paquistão, Uganda e Quênia. Apesar disso, chamam a atenção as políticas anti-migratórias de países desenvolvidos, em especial daqueles que integram a União Europeia. Novamente, a urgência da solidariedade mundial se intensificou.

A crise humanitária da pobreza extrema. Segundo dados do projeto *The World Bank*, 43,6% das pessoas no mundo vivem com menos de 5,50 dólares por dia; 24,1% com menos de

¹⁷¹OBSERVATÓRIO DA CRISE DO CORONAVÍRUS. Fundação Perseu Abramo. *O horizonte pós pandemia na reflexão de Luigi Ferrajoli: uma Constituição global mais forte que os mercados*. Disponível em: <<https://fpabramo.org.br/2020/04/20/luigi-ferrajoli-uma-constituicao-global-mais-forte-que-os-mercados/>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

¹⁷² HARARI, op. cit.

¹⁷³ SOUSA, Viviane. *Número de refugiados e deslocados cresce em 2016 e é o maior já registrado, diz relatório*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/numero-de-refugiados-e-deslocados-cresce-em-2016-e-e-o-maior-ja-registra-do-diz-relatorio.ghtml>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

3,20 dólares por dia e 9,2% com menos de 1,90 dólar por dia.¹⁷⁴ A pobreza extrema é considerada aquela pessoa que vive com menos de 1.90 dólar internacional por dia. Junto à pobreza, essas pessoas enfrentam a fome, o raro acesso à educação, à saúde e à iluminação. De acordo com as projeções do Banco Mundial, devido à COVID-19 e à ocorrência de novos eventos climáticos, estima-se que o número de pessoas em situação de pobreza extrema estará entre 703 a 729 milhões até 2030, localizadas na maior parte dos países do mundo. Mesmo com iniciativas, a ação coletiva é necessária para enfrentar o problema.

Todos esses exemplos demonstram como existem problemas que não são restritos a um país, a um povo ou a uma região. O mundo contemporâneo atua sob uma ordem global, em que há uma estreita interdependência social, econômica e política entre os países. Juridicamente, tais assuntos não são tratados por Constituições nacionais, pois dependem da atividade conjunta de outros países. Assim, quer se dizer que apesar de não poder ser constatada uma crise constitucional global, percebe-se que há uma degradação do conceito da soberania constitucional face à nova noção de responsabilidade. Como um sistema, todos os Estados são peça chave para que o mundo funcione de modo coerente e eficiente. As Constituições são relevantes para moldar a estrutura jurídica de ordenamentos nacionais. Contudo, são insuficientes para enfrentar problemas (crises) que assolam o mundo como um todo.

Além disso, esses exemplos servem como premissa para uma reconstrução do argumento levantado no segundo capítulo. Com vistas a formar uma nova ordem mundial após o evento da Segunda Guerra Mundial, o neoconstitucionalismo se afirmou como teoria dominante na segunda metade do século XX. Em sua configuração inicial, já era evidente sua transnacionalidade: existiam normas que, independentemente do local onde foram promulgadas, eram compartilhadas por outros sistemas, com experiências diametralmente diferentes. O neoconstitucionalismo conseguiu assim transformar normas em princípios universais, que se conformam com diferentes ordenamentos jurídicos, a despeito da concepção de justiça particular de cada um deles.

Em resumo, defende-se que não está em curso uma crise constitucional. Essa previsão, alarmista, não deve ser ao todo descartada. Internamente, existem crises fragmentárias que são parte de um processo lento e gradual conhecido como degradação constitucional. Para esse caso, a análise deve ser feita em cada ordenamento jurídico, de modo a verificar o contexto interno específico que provoca essa degradação constitucional. Mundialmente, existem crises

¹⁷⁴ WORLD BANK. *Poverty*. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/en/topic/poverty/overview>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

fragmentárias que recaem em problemas globais e que, de certa forma, esvaziam o sentido constitucional. Para esse caso, o argumento deve avançar de modo a promover a oxigenação do sistema e corrigir suas falhas.

3.2. Experimentalismo constitucional

Nesse momento, o argumento deve avançar para o estudo do experimentalismo constitucional. Com “experimentalismo” quer se dizer a atividade de explorar novas representações de mundo ao romper convenções estabelecidas. Nesse caso, busca-se explorar uma nova concepção da constituição ao romper com os limites convencionados pelo neoconstitucionalismo. A partir da noção de que o limite da soberania estatal não é absoluto, pois o neoconstitucionalismo abriga, em si, desde sua origem, conceitos universais, é possível romper com esse limite e propor uma nova representação de mundo. Assim, com a existência de um ambiente propício para promover a oxigenação do sistema, em razão das crises contemporâneas, pode-se experimentar novos modelos constitucionais.

Em 2017, em um de seus últimos artigos, Bauman escreveu sobre como o “pânico da migração” -referindo-se à crise migratória- era um sintoma de algo maior. Para o autor, não são as diferenças que constroem fronteiras, mas sim as fronteiras já traçadas que buscam, acham ou inventam diferenças. Para justificar uma separação do mundo, buscam-se essas diferenças:

Dividir assim os seres humanos entre «nós» e «eles» – a sua justaposição e antagonismo – tem sido uma característica inerente à forma de se estar no Mundo ao longo de toda a História. «Nós» e «eles» são considerados cara e coroa, duas faces da mesma moeda, e uma moeda com apenas uma face é um paradoxo. As duas partes em oposição são reciprocamente «definidas pela negativa»: «eles» no sentido de «não-nós» e «nós» no sentido de «não-eles».

Ao longo dos primeiros estádios da gradual expansão dos corpos politicamente integrados, tal mecanismo funcionou bem o suficiente, mas o mesmo não se pode dizer em relação a esta última fase, imposta na agenda política pela «condição cosmopolita» emergente. (...).¹⁷⁵

Para o autor, no entanto, essa tradição humana se modificou nos últimos anos. Diante do vazio de legitimidade nas instituições sociais e do abandono do esforço de construir uma “família de Nações”, alguns governos teriam se aproveitado para construir políticas securitárias vazias,

¹⁷⁵ BAUMAN, Zygmunt. Sintomas em busca de um Objecto e de um Nome. In: *O grande retrocesso: Um debate internacional sobre as grandes questões do nosso tempo*. Tradução de Lucília Filipe, Margarida Filipe e Marta Correia, Lisboa: Grupo Editorial Unipessoal, 2017, p. 41.

vestidas de capital político, apoiadas por elites e meios de comunicação. Por esse motivo também reina um clima de desconfiança e competitividade entre as pessoas, que impede florescer um espírito comunitário e solidário.

Como exemplo, tem-se a crise migratória. Em razão do fechamento de rotas terrestres pela União Europeia, os refugiados da Guerra Civil Síria, do Iraque e da África Ocidental se veem obrigados a arriscar suas vidas em travessias perigosas e ilegais, como a rota do Mediterrâneo. Mesmo com as tragédias como o Naufrágio de Lampedusa em outubro de 2013, se manteve firme a reação da União Europeia em se manter fortificada face à crise migratória. Em compensação, as vozes humanas que se mobilizaram para dar voz aos migrantes foram relegadas, outra vez, à margem.¹⁷⁶

Ao mesmo tempo em que criam distâncias entre os diretamente e os indiretamente atingidos, essas crises mostram a relevância da solidariedade universal. Para uns, o distanciamento invoca o instinto humano de sobrevivência, no que se pode afirmar que o ser humano vive em um perene estado de emergência, em conflito consigo mesmo.¹⁷⁷ Para outros, a solidariedade redireciona o conceito do humano para o “humano global”. Nesse sentido, as crises potencializam um sentimento de proteção maior para com os outros, um sentimento coletivo que deve ser coordenado e abrangente.¹⁷⁸

A emergência impõe o reconhecimento da interdependência entre as pessoas, não só em respeito ao comércio e avanços científicos, como também em relação à sensação de fragilidade humana.¹⁷⁹ O globalismo acentuou essa interdependência dúplice ao mostrar que,

¹⁷⁶EL PAIS. *Mensageiros da globalização*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/29/internacional/1446143608_413979.html#:~:text=Zygmunt%20Bauman%2C%20o%20fil%C3%B3sofo%20da,de%20refugiados%20C3%A0s%20suas%20costas>. Acesso em: 3 abr. 2021.

¹⁷⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Chiarimenti. Quodlibet*, 17 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-chiarimenti>>. Acesso em: 6 abr. 2021.

¹⁷⁸ ŽIŽEK apud MORAIS, José Luís Bolzan de.; WERMUTH, MaiquelÂngelo Dezordi. Da exceção Agambeniana à Constituição Planetária de Ferrajoli: Desafios impostos pela pandemia do novo coronavírus às categorias jurídico-políticas tradicionais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito*. Universidade Federal de Santa Maria. v. 15, n. 1, 2020, p. 11.

¹⁷⁹ Em 1956, Philip Jessup já sugeria que a expressão “direito internacional” não mais era suficiente para atender às exigências de uma comunidade mundial inter-relacionada, que se iniciava com os indivíduos e ultrapassava a sociedade de Estados. Para o autor, o Direito Transnacional seria aquele que regula as ações ou eventos que transcendem fronteiras nacionais. O conceito não se confunde com o da globalização, mas ambos estão associados. A transnacionalidade emerge ao se reconhecer o limite da internacionalização a partir da constatação da globalização. JESSUP, Philip Caryl. *Direito transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1956. Vinte anos depois, Vagts, Koh e Steiner reforçaram o argumento, contextualizando com problemas da época, como a Guerra do Vietnã e outros acordos da Guerra Fria, para mostrar que, após a 2ª Guerra Mundial, com o

independentemente das riquezas dos países, todas as pessoas foram afetadas pela pandemia. Ao mesmo tempo, a emergência também escancara a deficiência de medidas nacionais, ainda mais se contrárias às recomendações de especialistas. Para proteger algum outro bem, como a economia nacional, o direito à saúde é sacrificado. Mesmo na União Europeia, em que há uma verdadeira união entre vinte e sete países, as medidas para conter o avanço da doença foram esparsas, contrariando a recomendação de seus próprios tratados.¹⁸⁰ Em todo caso, não há aparato necessário para se estabelecer a coordenação e responsabilidade mundial sobre o bem comum.

Para promover essa reflexão, é necessário experimentar. “O experimentalismo é, entre outras coisas, uma prática coletiva de descoberta e aprendizagem”.¹⁸¹ Como não é possível predeterminar o futuro, deve-se focar em traçar rotas de imaginação do que é possível a partir das adjacências institucionais reais. A cada crise, há um incentivo para transformar, isto é, há uma afirmação prática de que interesses se mobilizam para que a sociedade dependa menos dessa crise e, para tanto, transforme sua sociedade e cultura. Para Mangabeira Unger, precursor da teoria experimentalista, é o Direito quem desempenha a função instrumental de estimular o potencial criativo das pessoas.¹⁸²

As crises do Estado contemporâneo revelam a oportunidade de transformação da “lógica individualista dos direitos e da miopia e do estreito localismo da política das democracias nacionais”.¹⁸³ Isso ocorre porque, pelo conceito ideal e atual de soberania, os Estados seriam desobrigados a buscarem a ordem e a pacificação social tão almejadas em suas formações. No entanto, essas crises globais lançam luz à condição de vulnerabilidade dessas fronteiras, pois mostram que as diferenças são criadas, acima de tudo, por forças mundiais.

fenômeno da globalização, emergiram questões não mais adstritas a um país. STEINER, Henry; VAGTS, Detlev KOH, Harold. *Transnational Legal Problems: Materials and Text*. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1994.

¹⁸⁰UNIÃO EUROPEIA. Art. 168, 2 do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. “*The Union shall encourage cooperation between the Member States in the areas referred to in this Article and, if necessary, lend support to their action. It shall in particular encourage cooperation between the Member States to improve the complementarity of their health services in cross-border areas. Member States shall, in liaison with the Commission, coordinate among themselves their policies and programmes in the areas referred to in paragraph 1. The Commission may, in close contact with the Member States, take any useful initiative to promote such coordination, in particular initiatives aiming at the establishment of guidelines and indicators, the organisation of exchange of best practice, and the preparation of the necessary elements for periodic monitoring and evaluation. The European Parliament shall be kept fully informed.*”. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:en:PDF>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

¹⁸¹ TEIXEIRA, Carlos Sávio. Experimentalismo e democracia em Unger. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. No. 80, São Paulo, 2010.

¹⁸²UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* Nova York: Verso, 1996, p. 22-23.

¹⁸³ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 70.

Com efeito, as disputas internas sobre a narrativa que se constrói sobre uma crise são “sintomas” de algo maior: como não se pode combater as fronteiras estatais, busca-se aliviar internamente essa preocupação - seja por fortificar a fronteira, seja por reduzi-la. Evidente que para Bauman, a construção da solidariedade está na integração social. Na realidade, a comunicação e o diálogo é que afastam a indiferença.¹⁸⁴

Ao longo da história, o conceito de soberania sofreu profundas modificações. Das proposições de Maquiavel para as formações dos Estados Modernos para a reformulação do Estado Democrático de Direito durante o último século, o conceito provocou transformações nas estruturas e práticas dos Estados. Seria possível até mesmo afirmar que o conceito já serviu como forma de legitimação do Leviatã hobbesiano. A mais recente dessas transformações ocorreu após a Segunda Guerra Mundial, com a ascensão do globalismo e das instituições mundiais, como a ONU e suas instituições e das instituições transnacionais, como a União Europeia e outros blocos políticos, econômicos, culturais etc.¹⁸⁵

¹⁸⁴Bauman cita os ensinamentos do Papa Francisco de duas oportunidades. A primeira quando visitou Lampedusa em 8 de julho de 2013: “Quantos de nós, eu incluído, perdemos o rumo; já não estamos atentos ao mundo em que vivemos; não nos importa; não protegemos o que Deus criou para todos, e acabamos sendo incapazes até de cuidar uns dos outros. E quando a humanidade perde o rumo, ocorrem tragédias como a que presenciamos... É preciso se fazer a pergunta: quem é responsável pelo sangue destes nossos irmãos e irmãs? Ninguém! Esta é nossa resposta: não sou eu; não tenho nada que ver com isso; deve ser outra pessoa, mas é claro que não eu... Em nosso mundo, hoje, ninguém se sente responsável. Perdemos o sentido da responsabilidade por nossos irmãos e irmãs...A cultura do conforto, que nos faz pensar somente em nós mesmos, em bolhas de sabão que, por mais belas que sejam, são insubstanciais. Oferecem uma ilusão vã e passageira que desemboca na indiferença para com os outros, até na globalização da indiferença. Neste mundo globalizado, caímos na indiferença globalizada. Nós nos acostumamos ao sofrimento dos outros: não me afeta, não me preocupa, não é assunto meu”. BAUMAN, op. cit, nota 161.

A segunda, em 2016, ao receber o Prêmio Internacional Carlos Magno: “Se há uma palavra que nunca nos deveríamos cansar de repetir, é esta: diálogo. É nosso dever promover, de todas as formas ao nosso alcance, uma cultura de diálogo e, assim, reconstruir o tecido social. A cultura do diálogo implica uma verdadeira aprendizagem e uma disciplina que nos permite encarar os outros como parceiros de diálogo válidos, respeitando que o estrangeiro, o imigrante e os membros de diferentes culturas merecem ser ouvidos. Neste momento, precisamos urgentemente de envolver todos os membros da sociedade na construção de «uma cultura que privilegia o diálogo como ponto de encontro» e na criação de «uma forma de alcançar o consenso e a concórdia enquanto se persegue o objectivo de uma sociedade justa, atenta e inclusiva» (Evangelii Gaudium, 239). A paz será duradoura na medida em que munirmos as nossas crianças com as armas do diálogo e as ensinarmos a travar a nobre batalha do encontro e da negociação. Desse modo, legar-lhes-emos uma cultura capaz de formular estratégias de vida, não de morte, e de inclusão, não de exclusão”. Cooperação Judiciária e Policial. *Seminário Internacional realizado nos dias 3 e 4 de maio de 2017 em Bissau, Guiné-Bissau*. AAVV, Camões, I.P. Projeto de Apoio à Consolidação do Estado de Direito Lisboa, 2017.

¹⁸⁵ Carla Piffer e Paulo Márcio Cruz resumem as características desse movimento: (1) Princípio da desterritorialização ou a diminuição da importância do princípio da territorialidade (as transformações dos espaços territoriais nacionais que antes eram pensados isoladamente ou em conjunto com outros de modo apenas internacional, passam a ser vistos de modo global). Nesse sentido, André-Jean Arnaud afirma que existem problemas que não podem ser mais tratados apenas pela referência aos Estados, sem uma referência aos vínculos que unem a todos eles. (2) A horizontalidade das relações pessoais por meio da facilitação dos transportes e da comunicação, alterando as feições de grupos sociais ou políticos. Nesse sentido, pessoas que antes se desconheciam, puderam

Para que a história continuasse, um novo conceito que superasse as clássicas fronteiras estabelecidas pelos Estados deveria emergir. A coordenação entre fatores exógenos, necessidade e vontade política responsável pela criação dessas novas instituições moldou o início da segunda metade do Século XX. Não obstante, as Constituições desse período, conforme destacado no capítulo anterior, já possuíam valores universais: era uma exigência da época para responder ao desafio global de reconhecer uma conexão necessária entre o direito e a moral. O direito internacional, de igual forma, avança na construção de acordos e tratados para reconhecer a proteção de direitos fundamentais antes não tutelados.¹⁸⁶

Sob a ótica pluralista, “os direitos dos estados formam uma pluralidade de ordenamentos e, também, cabe acrescentar, o mesmo direito internacional é formado por uma pluralidade de instituições e os correspondentes entes e ordenamentos”.¹⁸⁷ Entre as instituições existem diversas relações que são determinadas pelas diversas normas de direito positivo, responsáveis por integrar os Estados entre si. Adverte-se, no entanto, que mesmo esses tratados e convenções que desafiam a lógica predominante da soberania, dependem das estruturas estatais para serem eficazes. Essa integração é, deste modo, filtrada pelos próprios Estados, pois acolhe-se o direito

compartilhar experiências sem se importar com nacionalidades ou normas pré-definidas, pugnando por um reconhecimento jurídico não pensado que se impõe a todos os participantes. (3) O enfraquecimento dos sistemas de controle e proteção social em face das redes de legalidade estabelecidas, nas quais as normas são desafiadas por outras localizadas em territórios diversos ou sem um território específico e que agem sob o comando da globalização. (4) A existência de redes de legalidade complementares ou antagônicas que ensejam mutações ou transgressões das regras pré-estabelecidas e o Estado torna-se coadjuvante desse sistema, atuando no limite de suas fronteiras nacionais ou realizando acordos internacionais verticais. PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. O direito transnacional e a consolidação de um pluralismo jurídico transnacional. *Revista do programa de pós-graduação em Direito da Unochapecó*, v. 2, nº 3, 2019.

¹⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris - Teoría del derecho y la democracia 2: Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta, 2013, p. 472-473. O autor destaca que a perspectiva pluralista ocorreu em quatro etapas. A primeira, monista-nacionalista, defende que o ordenamento jurídico internacional deriva da soma dos ordenamentos jurídicos estatais. A segunda, monista-internacionalista, entende que o ordenamento jurídico estatal deriva do ordenamento jurídico internacional, que reconhece e valida aquele ordenamento pelo princípio da efetividade. A terceira, dualista, entende que os ordenamentos jurídicos internacional e nacional são distintos, independentes, originários e com fontes e fundamentos de validade autônomos. A quarta, por ele defendida, é a pluralista, referenciada no texto.

Assim, pode-se dizer que o direito global tem, como um de seus desafios, a superação da teoria monista e da teoria dualista. A primeira porque ela subestima a complexidade das relações jurídicas transnacionais, sendo a perspectiva isolada insuficiente para lidar com elas. A segunda porque a realidade demonstra que existem relações mútuas entre ordens jurídicas, em constante processo de integração. O transnacionalismo, seja ele em qual vertente for, tem como ambição a superação desses paradigmas, fincados na noção de soberania estatal indissolúvel. PIFFER; CRUZ, op. cit., 2019.

¹⁸⁷FERRAJOLI, op. cit., nota 171, p. 473.

internacional, mas o filtra de acordo com seus interesses. Por esse motivo, a integração entre os ordenamentos jurídicos é definida como pluralista.¹⁸⁸

Por essa falta de efetividade no enfrentamento das crises, deve-se pensar para além do Estado-Nação, isto é, para além da soberania. Em outras palavras, esse novo pensamento exige um novo passo da transformação do conceito de soberania. Para Bobbio¹⁸⁹, a Soberania indica o poder estatal em sua plenitude, sujeito único e exclusivo da política essencial: a paz e a guerra. Com efeito, pode ser vista em âmbito interno, quando pacifica o ambiente político dos indivíduos ou em âmbito externo, quando decide sobre a guerra e a paz. Por essa plenitude, há “um sistema de Estados que não têm juiz algum acima de si próprios, que equilibram suas relações mediante a guerra, mesmo sendo esta cada vez mais disciplinada e racionalizada pela elaboração, através de tratados, do direito internacional”.

Quando se percebeu que o monopólio do uso da força pelo Estado pode, em certos casos, significar um tolhimento aos direitos fundamentais, o conceito de soberania sofreu uma grande transformação. No âmbito interno, a Constituição limita o próprio poder do Estado, de modo que sirva como referencial para atuação não só dos indivíduos, como também do Estado. No âmbito externo, a partir de novas instituições políticas e jurídicas, os Estados são direcionados ao Estado Democrático de Direito por compartilharem uma estrutura de valores que impõe a defesa de direitos e garantias fundamentais.¹⁹⁰

Da mesma forma, quando se perceber, pelo senso comum, que as crises globais - como a ambiental, a financeira, a sanitária e a humanitária - exigem uma resposta global efetiva, o conceito de soberania deve sofrer uma nova transformação. Como salientado, o papel da ONU, dos tratados e convenções internacionais e dos acordos regionais são embrionários: dispõe que determinados direitos devem ser garantidos, que determinados fins devem ser buscados, que determinadas ações não são toleráveis; entretanto, a ausência de instituições de garantia (*watchdogs* ou *safeguards*) e de responsabilidade impedem a tutela desses direitos.¹⁹¹ Por esse motivo, as relações politicamente desiguais se tornam juridicamente desiguais.

¹⁸⁸ Ibid., p. 475. “A imagem do direito internacional que expressa o pluralismo dos ordenamentos que o compõem é, pelo contrário, a de uma rede complexa e diversamente integrada por instituições e sistemas jurídicos, articulada em distintos níveis normativos.”

¹⁸⁹ BOBBIO, Norberto. Soberania. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (org.). *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1986, p. 1.179-1.180.

¹⁹⁰ FERRAJOLI, op. cit, nota 171, p. 477-479.

¹⁹¹ Ibid., p. 480.

3.2.1. Correntes sobre o experimentalismo global

A proliferação de problemas que ganham repercussão mundial é agravada com a transnacionalização da vida social, especialmente pela globalização das organizações. Em uma sociedade cada vez mais fluida e mundialmente integrada, com alta velocidade de comunicação e flexibilidade nos seus atos jurídicos, os mecanismos de *soft law* são os que melhor a regulam, em comparação com estruturas rígidas de ordenamentos jurídicos, com hierarquia própria definida em um determinado espaço territorial.¹⁹² Por isso, atores não-estatais trabalham cada vez mais com organizações internacionais e supranacionais, de modo a promover uma regulação de suas vidas.

Diante desse novo fenômeno da vida social, diferentes correntes notaram as mudanças no tratamento constitucional em razão da preocupação com desafios que ultrapassam as fronteiras estabelecidas pelos Estados nacionais. Bruce Ackerman reconhece que os Estados Unidos deveriam “resistir às tentações de um particularismo provinciano”.¹⁹³ Mark Tushnet reconhece a “inevitável globalização do direito constitucional” doméstico.¹⁹⁴ Canotilho ressalta a “interconstitucionalidade” entre a ordem jurídica da União Europeia com as ordens constitucionais dos Estados-membros.¹⁹⁵ Neves ressalta que o sentido moderno da Constituição foi influenciado pela emergência das exigências de direitos fundamentais e humanos e pela organização dos limites e controles interno e externo do poder.¹⁹⁶ Para a presente pesquisa, três propostas merecem um estudo aprofundado.

A primeira corrente é conhecida como o pluralismo constitucional transnacional. Para ela, deve ser criado um novo conceito de Constituição, que deve ser visto em escala global, incluindo estados, atores privados e híbridos para estabelecer uma autoridade e operar um regime de autocontenção constitucional. Para essa doutrina, defendida por Gunther Teubner, isso implicaria em cada formação social autônoma (economia, ciência, educação) ter sua própria constituição. Para o autor, o ordenamento transnacional seria formado por “ordens normativas privadas ou quase públicas que surgem e se desenvolvem no plano global independentemente tanto do Estado

¹⁹² TEUBER apud HOLMES, Pablo. Transnational Constitutional Pluralism, its Promises and Pitfalls. *Sequência*. Florianópolis, n. 82, ago. 2019, p. 64.

¹⁹³ ACKERMAN apud NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*. São Paulo, v. 93, 2014, p. 201.

¹⁹⁴ TUSHNET apud Ibid., p. 201.

¹⁹⁵ CANOTILHO apud Ibid., p. 202.

¹⁹⁶ Ibid., p. 205-206.

e de suas fronteiras quanto de ordens construídas com base em Estados, ou seja, supranacionais e internacionais”.¹⁹⁷

Segundo essa corrente de pensamento, as Constituições podem evoluir nos processos políticos fora do Estado-nação e, ainda, fora da política internacional. Superada a limitação imposta pela soberania do poder estatal, a constitucionalização envolve propriamente a transconstitucionalização da vida social, identificando os problemas constitucionais de diferentes setores, criando alternativas estruturais e reinterpretando esses problemas para desenvolver soluções.¹⁹⁸ Nesse sentido, tem-se que:

O pluralismo transconstitucional baseia-se em uma crítica da reflexão constitucional tradicional em três níveis (FEBBRAJO, 2016). No primeiro, faz-se a crítica das interpretações jurídicas centradas do pensamento tradicional, o que restringe as constituições a normas jurídicas simples de ordem superior. Em contrapartida, afirma-se a prioridade da auto-constitucionalização social (KJAER, 2014, p. 122 e ss.). No segundo nível, volta-se contra o estado-centrismo da análise tradicional, que somente identifica constituições no setor público. Alega-se que as constituições setoriais podem ser igualmente encontradas e que, de fato, assumem crescente importância em empreendimentos econômicos, mercados, universidades particulares, fundações, empresas de meios de comunicação, intermediários na internet e outras instituições privadas (VESTING, 2015, p. 99 e ss., 114 e ss.). Por fim, em sua crítica ao nacionalismo metodológico, oferece uma visão clara do processo de constitucionalização global e identifica fenômenos constitucionais em regimes transnacionais, tanto no setor público quanto no privado. (VIELLECHNER, 2012, p. 612 e ss.)¹⁹⁹.

O pluralismo constitucional transnacional se firma conforme a racionalização da sociedade moderna, constitucionalizando as “formações colegiadas” da sociedade. Essa ideia, no entanto, sofre críticas por inutilizar o conceito de Constituição, extrapolando-o ao criar Constituições para qualquer situação com o mínimo de ordem e autonomia. Nesse sentido, cada grupamento familiar poderia ter sua própria constituição, o que, no limite, inutilizaria o

¹⁹⁷ TEUBNER apud NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 84. Essa teoria destaca-se das correntes tradicionais do constitucionalismo global por integrar ordens jurídicas e não jurídicas em um único sistema, realizando a convergência e integração total de normas. Com efeito, o pluralismo constitucional transnacional está calcado não em grupos ou comunidades, mas sim em discursos e redes de comunicação. Nessas redes, formações colegiadas da sociedade, os Estados são uma das partes integrantes - sem divisão hierárquica de papéis com outros atores, como os mercados mundiais.

¹⁹⁸ HOLMES, op. cit., 70-72.

¹⁹⁹ TEUBNER, op. cit., 130-131. O conceito de pluralismo também é explicado por Antônio Carlos Wolkmer, para quem o pluralismo consiste na “existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria, ou seja, envolver o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si.”. WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 172.

conceito.²⁰⁰ Além disso, sofre uma segunda crítica ao retirar a distinção entre o público e o privado, não resolvendo problemas verdadeiramente transnacionais. Nesse sentido, não explica como debater problemas que superam uma formação social, como a *lex mercatoria*, a *lex sportiva* e a *lex digitalis*.²⁰¹

A segunda corrente é o transconstitucionalismo. Para ela, há um novo conjunto de regimes que emergiram em domínios políticos específicos, onde os Estados são apenas um dos sujeitos interessados. Segundo Marcelo Neves, precursor dessa corrente no Brasil, as relações axiológicas entre diferentes países devem ser encaradas pelo diálogo constitucional de respeito e reconhecimento mútuo, isto é, no aprendizado recíproco entre as ordens já existentes, e não por uma ordem única comum.²⁰² Com efeito, preocupa-se com a inter-relação entre diferentes ordens jurídicas para lidar com conflitos constitucionais, entendidos como a coercitividade dos direitos e garantias fundamentais e o limite, controle e eficiência organizacional do poder estatal, que surgem da multiplicidade de diferentes comandos dentro de um ordenamento jurídico.

Neves sintetiza a presente tese nos seguintes termos:

O fato é que, mais recentemente, com a maior integração da sociedade mundial, esses problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território. Cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns. O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais. Além do mais, surgem permanentemente relações diretas entre Estados para tratar de problemas constitucionais comuns. A exceção, nos dois casos, passou a ser a regra.²⁰³

²⁰⁰ Conforme Habermas, em uma sociedade pluralista, a política deve “desacoplar-se do plano de subculturas e de suas identidades, cunhadas de uma maneira anterior à política”. A Constituição serve “como moldura institucional eficiente para uma dialética entre a igualdade jurídica e factual, que ao mesmo tempo fortalece a autonomia privada dos cidadãos, bem como sua autonomia cidadã no âmbito do Estado”. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 135-137. Marcelo Neves faz uma segunda crítica sobre a autonomia do pluralismo transnacional por este não observar que diversas formas e ordens jurídicas do sistema jurídico não dispõem de um mínimo de autonomia, menos ainda de uma autonomia constitucional. Remetendo-se à Luhmann, o autor explica que o pluralismo exige a diferenciação funcional e autonomia dos sistemas conforme a pretensão normativa ocidental desconsiderando a assimetria da sociedade mundial. NEVES, op. cit., nota 178, p. 212-214.

²⁰¹ NEVES, op. cit., nota 182, p. 108-113; VESTING apud HOLMES, op. cit., p. 65.

²⁰² Ibid, MÖLLERS apud Ibid.

²⁰³ NEVES, op. cit., nota 178, p. 206.

Essa ferramenta de visão concentra-se em uma rede de emaranhados entre ordenamentos jurídicos: locais, estatais, internacional, supranacional e transnacional. Essa rede formaria a constituição da sociedade mundial, ao passo que os ordenamentos jurídicos aprenderiam entre eles. Dessa maneira, o conceito tradicional de constituição seria preservado, mantendo a validade do ordenamento jurídico. O transconstitucionalismo, enquanto método, surgiria através dos conflitos constitucionais que ensejariam a aplicação do diálogo entre as diferentes ordens jurídicas envolvidas para reconstruir espaços vazios ou lacunas de um sistema jurídico.

Como principal crítica a essa visão está o fato de que o direito privado é insuficiente para resolver problemas derivados da revolução organizacional e crescente diferenciação funcional das sociedades modernas. Aqui, a discussão não gira em torno da legalidade do sistema, mas sim da legitimidade do próprio sistema.²⁰⁴ Nesse sentido, o critério de Constituição permanece relacionado ao Estado, centro jurídico e político de controle que fornece uma macroestrutura regulamentadora dentro de determinada fronteira geográfica.

Antes de se estudar a terceira corrente, é necessário estabelecer que, ao passo que as duas primeiras correntes divergem na implementação desse novo paradigma constitucional, elas possuem pressupostos teóricos similares. Um desses pressupostos pode ser encontrado no constitucionalismo social. Proposto por David Sciulli, o constitucionalismo social tenta identificar as forças existentes que poderiam contrariar a tendência de evolução em larga escala da sociedade. Para o sociólogo norte-americano, as instituições desse constitucionalismo social ofereciam a única dinâmica social que combateram efetivamente essas forças contrárias no passado.²⁰⁵

Diante dessa visão, um conjunto de variações buscou interpretar as constituições de setores sociais como extensões: do Estado (Rupert Scholz, Karl-Heinz Ladeur); do político (Paul Kjaer, Chris Thornhill); do racional-econômico (Wolfgang Fikentscher e Ulrich Immenga, James Buchanan e Viktor Vanberg) e da esfera normativo-institucional (Santi Romano, Alberto Febbrajo e Maurice Hauriou). Outro conjunto de variações buscou identificar a constitucionalização da sociedade por meio de uma visão holística e integradora da Constituição (Rudolf Smend e Neil Walker) e pela função simbólica-institucional das Constituições (Thomas Vesting).²⁰⁶

²⁰⁴ HOLMES, op. cit., p. 65-67.

²⁰⁵ TEUBNER, op. cit., p. 133.

²⁰⁶ Ibid., p. 133-143.

Na realidade, conforme Ferrajoli destaca, desde o século XVI já existem estruturas teóricas que acreditam na configuração da ordem mundial como a sociedade natural de Estados soberanos.²⁰⁷ Essa teoria, que precede ao Direito Internacional moderno, já discute a modificação do conceito rígido de soberania, de modo a conceber a humanidade como um sujeito de direito, limitador da soberania externa. Assim, em razão do contínuo reconhecimento da desigualdade entre os Estados, dos limites da guerra justa e dos limites de atuação do Estado perante seus cidadãos, a soberania deixa de ser uma liberdade absoluta e selvagem, subordinando-se ao imperativo da paz e da tutela dos direitos humanos.²⁰⁸

Nos tempos modernos, tal doutrina é discutida sob uma abertura constitucional a princípios e valores que protegem direitos fundamentais e limitam o poder do Estado. Para Canotilho, o novo paradigma se caracteriza pelo fato de o sistema jurídico-político estar alicerçado nas relações Estado e povo e não mais exclusivamente estatais; pela emergência de um *jus cogens* mínimo internacional, legitimado em valores, princípios e regras universais; e, pela dignidade humana como pressuposto de validade das Constituições nacionais.²⁰⁹ Para Ferrajoli, ainda em postura crítica ao neoconstitucionalismo, a origem desse novo paradigma estaria na perda da unidade e coerência das fontes de direito, com a superposição de ordenamentos concorrentes e eventual perda de soberania estatal pelo deslocamento das fontes de Direito para além das fronteiras estatais.²¹⁰

Em 2020, essa questão retornou com grande força, proporcionando a criação de uma terceira corrente. Diante da crise mundial do coronavírus, foram os Estados que se mostraram como poder garantidor da inviolabilidade do território e da proteção nacional dos indivíduos. Entretanto, diante da disparidade de tratamentos prescritos, muitos se questionavam se essa continuava a ser a melhor solução. No mundo jurídico, um simpósio em Roma se debruçava sobre a proposta de uma Constituição Terra como forma alternativa à máxima soberania Hobbesiana para enfrentar a insegurança e garantir a pacificação social.

Em dezembro do ano anterior, Raniero La Valle, jornalista e ex-senador italiano, propôs a criação da Constituição da Terra. Tendo a crise ecológica como exemplo, La Valle sugere que

²⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado*. Tradução Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 7. Na prática, podem ser encontradas declarações de direito dirigidas a toda humanidade e em nome dela, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 39-40.

²⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1370-1371

²¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro Del Estado de derecho*. In: Miguel Carbonell (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 20.

para crises globais são necessárias respostas globais, da mesma dimensão e eficácia do problema. Como alternativa, uma escola em Messina (Itália) sugeriu a criação de uma Constituição da Terra, um constitucionalismo universal. A Constituição serviria como propósito decisivo de tomar partido pela Terra, com institutos de garantia, suportes públicos e leis de implementação. Não seria embrionário tal qual as Cartas e Convenções do pós-guerra, notadamente frutos da evolução do Direito Internacional. Seria uma revolução, hoje possível, ao estabelecer um direito sem fronteiras, em que as identidades não são absolutas e as diferenças convivem em harmonia.²¹¹

Como um novo contrato social, os habitantes do mundo estabelecem as formas e os limites de sua soberania, com o propósito de salvar a Terra através de uma Constituição que serve como “a regra do compromisso e a bússola de todos os Governos para o bom governo do mundo”.²¹² Assim, a Constituição da Terra se mostra como garantia de todos, com a proteção de direitos fundamentais que não “podem estar à mercê das majorias”, sem retirar a plena soberania estatal.²¹³ Como uma espécie de governança global, uma Constituição se torna a forma operante de regulamentação em escala mundial, com a tutela dos princípios dos bens comuns.

O movimento da Constituinte Terra surge da consciência da existência de problemas globais que fragilizam a sobrevivência da humanidade, mas não são parte da agenda política de governos nacionais, pois as soluções somente são possíveis se feitas de maneira global. Essa esfera pública internacional provoca a criação de uma governança global, de modo a retirar a insensatez da falta de preparação e de previdência que atinge a todos os Estados e promover então soluções homogêneas eficazes. Em face à interdependência global, seria necessário conferir meios e poderes para uma instituição que combata os problemas de maior dimensão.²¹⁴

Ao contrário de medidas fragmentárias no combate a essas crises, o novo constitucionalismo deve ter o foco de prever garantias e instituições à altura dos desafios globais. Nesse sentido, para Andre-Noël Roth, está em curso um “neofeudalismo”, pois como os Estados Nacionais não são mais capazes de impor soluções aos problemas socioeconômicos atuais, são as

²¹¹ LA VALLE, Raniero. *Por uma escola e uma constituição da Terra*. Tradução Moisés Sbardelotto. Instituto Humanitas UNISINOS, 18 mar. 2020. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/595259-por-uma-escola-e-uma-constituicao-da-terra-artigo-de-raniero-la-valle>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

²¹² FERRAJOLI apud JAÉN, Bráulio García. *Crises globais exigem soluções globais: é hora de criar uma Constituição mundial?* Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/ideas/2020-04-04/crisis-globais-exigem-soluciones-globais-e-hora-de-criar-una-constituicao-mundial.html>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ OBSERVATÓRIO DA CRISE DO CORONAVÍRUS, op. cit.

empresas transnacionais que promulgam e determinam o quadro jurídico, conforme seus interesses.²¹⁵ Assim, a regulação internacional sobre um tema funciona como um macrossistema ao passo que a regulação interna seria a nível de detalhes. No limite, se compreende que o Estado não serve para enfrentar esses problemas globais, apenas para fortalecer as próprias fronteiras e promover, ao máximo, a pacificação social de um seletivo grupo de pessoas.

No entanto, percebe-se que esse movimento guarda certo caráter utópico.²¹⁶ Contra essa crítica, no entanto, a escola de Messina (local onde se iniciou o movimento) elenca dois exemplos paradigmáticos que comprovam não só a viabilidade prática da instituição, como também a sua necessidade. Notadamente, como se perceberá, o mundo pós-guerra mundial tem profunda relevância para essa construção teórica.

A Organização das Nações Unidas (ONU). A organização mundial composta atualmente por 193 Estados-Membros e 2 Estados observadores, foi fundada em 1945 após o fim da 2ª Guerra Mundial. Com caráter intergovernamental, ela é regulada pela Carta das Nações Unidas, que estabelece seus princípios, sua estrutura e seus planos de ação para acordos e controvérsias. Além de seus órgãos estruturais (Assembleia Geral, Conselho de Segurança, Conselho Econômico e Social, Secretariado e Tribunal Internacional de Justiça), ela conta também com diversas instituições especializadas para cumprir seus propósitos, como a Organização Mundial da Saúde e o Banco Mundial.

Apesar de fundamental no combate a essas crises, sua atuação perante elas é restrita. Conforme salienta a escola de Messina, não se trata de reforçar as funções e instituições políticas de governo, pois essas possuem representatividade para tanto; se busca reforçar a implementação de funções e instituições que assegurem a garantia de direitos fundamentais já estabelecidos, mas continuamente em risco.²¹⁷ Por essas crises, modificaram-se o sentimento de solidariedade e de racionalização pública do bem comum, bem como a relação do cidadão com o Estado. A Carta da ONU, ao não prever mecanismos de garantia desses direitos, é limitada na tutela do bem comum

²¹⁵ROTH, André-Noël. O Direito em crise: fim do Estado Moderno? In. FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 26.

²¹⁶Nesse sentido, para Josu de Miguel Bárcena: “E se temos dificuldades para a afirmação de uma noção básica de direito internacional para todos os povos, o passo a uma Constituição da Terra me parece ingênuo”. Para o professor, a Constituição Global já é a carta das Nações Unidas e o movimento utópico pode ser, ao fim, contraproducente. JAEN, op. cit.

²¹⁷OBSERVATÓRIO DA CRISE DO CORONAVÍRUS, op. cit.

e, por isso, carece de efetividade. Com efeito, entende o autor que a Carta das Nações Unidas se porta, na realidade, como uma instituição embrionária do caráter global.²¹⁸

A União Europeia. A união política e econômica de 27 países após a 2ª Guerra Mundial também serve como exemplo paradigmático de superação da lógica de soberania estatal. Da mesma forma que a ONU, a União Europeia possui tratados que estabelecem seus princípios, sua estrutura e seus planos de ação. Também possui instituições supranacionais, como a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu, que solidificam não apenas a visão da União Europeia como um organismo forte, como também a ideia de que ele promove a pacificação social entre os Estados. Outrora uma ideia extravagante de franceses como Jean Monnet, a União Europeia se tornou exemplo de solidariedade entre as nações.²¹⁹

Entre 2004 e 2005, o primeiro projeto de uma Constituição da União Europeia fracassou devido à pressão interna de alguns países-membros. Notadamente, a soberania e o nacionalismo impediram o avanço da proposta e, em 2007, um “tratado Reformador” (Tratado de Lisboa) foi assinado pelos Estados-membros para emendar os Tratados da União Europeia e sobre o Funcionamento da União Europeia. Assim como a ONU, a União Europeia desempenhou papel fundamental no combate às crises que assolaram os países-membros durante os últimos anos. Contudo, diante delas, a soberania e o nacionalismo se reforçaram em alguns países, o que abalou a credibilidade de algumas instituições e culminou com a saída do Reino Unido da União.²²⁰

Em 2020, em razão da pandemia do coronavírus, a proposta se intensificou. Diante do caos sanitário, o direito à saúde mostrou a força de seu caráter universal face à falta de preparação e coordenação de governos no combate à pandemia. Como a Organização Mundial da Saúde emite apenas recomendações, é incapaz de confrontar a soberania dos governos que, em muitos casos, adotavam práticas contrárias às opiniões de especialistas na área, pondo em risco a preservação da saúde mundial. Para a escola de Messina, portanto, é necessário que floresça

²¹⁸ LA VALLE, Raniero. et. al. ‘Perché la storia continui’. Appello per una Costituzione della Terra. *Il Manifesto*. Roma, 2019; MORAIS; WERMUTH, op. cit., p. 16-17. A escola reconhece a fundamentalidade da Carta, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e outras cartas regionais de direitos. No entanto, assevera que a implementação das garantias nelas previstas não são introduzidas, implementadas. São “promessas quebradas”.

²¹⁹ ZAPATERO, Luis Arroyo. “que à época era uma ideia extravagante dos franceses e, quase exclusivamente, de Jean Monnet” In: JAÉN, op. cit. Frise-se que, em 2012, a União Europeia foi laureada com o Prêmio Nobel da Paz porque ela e suas instituições “contribuíram durante mais de seis décadas para a paz e a reconciliação, a democracia e os direitos humanos”.

²²⁰ BBC Mundo. *O Brexit pode marcar o princípio do fim para a União Europeia?* 26 jun. 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-36633977>>. Acesso em: 7 abr. 2021.

“uma consciência geral voltada ao destino comum, que, por isso, requer um sistema comum de garantia dos nossos direitos e da nossa convivência pacífica e solidária”.²²¹ Para tanto, não basta criar o sistema, é preciso que haja coordenação e coesão para comandar as nações no esforço de proteger o bem comum.

Outra reverberação prática que se encontra no âmbito da União Europeia está nos conflitos entre os magistrados que interpretam as Constituições dos Estados-nação e a Constituição da União como “diálogo imparcial” entre o Tribunal de Justiça Europeu e os tribunais constitucionais nacionais.²²² A reação entre os tribunais, que pode ser conflituosa ou amistosa, também é observável no embate entre normas de regime transnacionais como a Organização Mundial do Comércio e a Organização Mundial da Saúde que, por vezes, editam normas que entram em conflito com a soberania de estados.²²³

Em síntese, a escola de Messina, da Constituição Terra, parte do pressuposto de que a atual fase do direito internacional é ainda embrionária. Exige-se uma proposta teórica que mobilize um pensamento político comum capaz de despertar essa unidade política humana de todos os Estados para conformar a política interna do mundo. Por ela, deveriam ser redefinidas áreas como o neoconstitucionalismo, o neoliberalismo, as críticas das culturas recebidas, a ecologia integral, as relações de trabalho, o feminismo, a inteligência artificial, a paz, a partilha, a religiosidade entre outros temas que são afetos ao mundo e exigem um esforço comum e coletivo.²²⁴

Para Domenico De Masi, o soberanismo parece uma tentativa fantasiosa contra a globalização, uma força inevitável e invencível. Como uma aldeia global, formada pelo mais numeroso povo, exige-se uma direção unitária que coordene e crie estruturas para uma coesão solidária e competente para orientar a preservação humana.²²⁵ Essa consciência geral, traduzida como salto civilizacional, permite a construção de uma esfera pública planetária. As bases institucionais, sociais e culturais não só permitem, como exigem essa construção.

²²¹ FERRAJOLI, Luigi. *O vírus põe a globalização de joelhos*. Tradução Moisés Sbardelotto. Instituto Humanitas UNISINOS, 18 mar. 2020. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597204-ovirus-poe-a-globalizacao-de-joelhos-artigo-de-luigi-ferrajoli>>. Acesso em: 7 abr. 2021.

²²² ARDEN apud TEUBNER, Gunther. *Constitucionalismo Social: Nove variações sobre o tema proposto por David Sciulli*. In: *Teorias Contemporâneas do Direito*. O Direito e as Incertezas Normativas. Curitiba: Juruá, 2016, p. 18.

²²³ CASS apud Ibid, p. 18-19.

²²⁴ LA VALLE et. al., op. cit., nota 196.

²²⁵ MASI, Domenico de. *Coronavírus anuncia revolução no modo de vida que conhecemos*. *Folha de São Paulo*. 22 mar. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/03/coronavirus-anuncia-revolucao-no-modo-de-vida-que-conhecemos.shtml>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

Com efeito, apontam-se os rumos para uma democracia cosmopolita, idealizada por Kant, como um complemento necessário do código não escrito (...) e da paz perpétua.²²⁶ Para Hannah Arendt, o cidadão “[...] é por definição um cidadão entre outros cidadãos de um país entre outros países. Seus direitos e deveres devem ser definidos e limitados não apenas pelos concidadãos, mas também pelas fronteiras de um território”.²²⁷ Mesmo havendo discordância entre os autores quanto à essencialidade de um “Estado mundial”, a democracia cosmopolita defende a transnacionalidade humana. Isso porque, face às mudanças impostas pela globalização, o pluralismo ganha espaço frente à homogeneidade sistêmica que vigora atualmente.²²⁸

Tal forma de democracia propaga a deliberação como fonte de sua legitimidade e a confiança mútua entre os cidadãos, bem como o reconhecimento de uma comunidade humana como pressupostos de existência.²²⁹ Ao contrário do Estado soberano que quando quer promover a coesão, a busca de uma identidade comum, procura uma forma de legitimação através da soberania, a democracia cosmopolita procura a legitimação por meio da participação global, pelo diálogo global multicultural.²³⁰ Para tanto, exigem-se canais que promovam essa participação dos indivíduos em influenciar e intervir em processos decisórios transnacionais para além dos já existentes.

Essa segunda etapa da mudança de consciência da sociedade permite avançar na agenda de uma “política interna mundial”.²³¹ Com uma nova forma de cidadania, a democracia cosmopolita permite tratar problemas além do Estado-nação, que ainda mantém a sua estrutura preservada. Embora sejam propostas diversas formas de criação dessa democracia, como a sociedade civil global e a reforma das organizações mundiais, a que, atualmente, chama maior atenção é a proposta do constitucionalismo global por oferecer uma resposta efetiva às fragilidades dessa teoria.

Em primeiro lugar, porque a Constituição já seria um canal institucional apto a promover a participação dos indivíduos. A legitimação dessa democracia não depende de um soberano ou

²²⁶ KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: 70, 1995, p. 140.

²²⁷ ARENDT apud BOSNIAK, Linda. Citizenship denationalized. *Indiana Journal of global league studies*, Bloomington, v. 7, 2000, p. 454.

²²⁸ REIS, Rossana Rocha. O lugar da democracia: a sociedade civil global e a questão da cidadania cosmopolita. In: *Dossiê: Cidadania cosmopolita, democracia e sociedade civil global. Perspectivas*, São Paulo, v. 30, p. 20.

²²⁹ TAYLOR, Charles. The dynamics of democratic exclusion. *Journal of democracy*, Washington, v. 9, n. 4, out. 1998, p. 143.

²³⁰ HABERMAS, Jürgen. O Estado Nacional europeu: sobre o passado e o futuro da soberania e da nacionalidade. In: _____, op. cit., nota 197.

²³¹ REIS, op. cit., p. 21.

de organizações mundiais supraestatais, mas sim do povo. E, uma vez que o poder constitucional é titularizado e exercido pelo povo, a Constituição torna-se o instrumento institucional adequado para promover tal mudança de consciência da sociedade.

Em segundo lugar, porque o neoconstitucionalismo, como visto, assegura o preenchimento dos pressupostos de existência dessa democracia. O neoconstitucionalismo, desde sua origem, possui uma pretensão, ainda que implícita, de pluralismo transnacional. O fato de existirem valores constitucionais que se adequam às diferentes constituições, desde as primeiras constituições que consagram esse modelo, revela que o fenômeno não é limitado pelas fronteiras e pelo conceito de soberania. Por isso, a existência de valores compartilhados já é consagrada pelos próprios textos constitucionais, formulados pelas sociedades e chancelados pelos Estados.

Assim, propõe-se uma alternativa institucional, através de um constitucionalismo mundial, para superar esses desafios supraestatais. Com a visão de que uma Constituição serve, precipuamente, para garantir a convivência pacífica entre sujeitos e interesses diversos, a proposta tem por base a igualdade de todos nos direitos e garantias fundamentais, respeitando-se as diferenças e atentando-se às desigualdades materiais. Ainda que sofra críticas por um caráter utópico, a proposta é capaz de remeter a experimentos prévios que demonstram uma possível viabilidade prática, reconhecendo-se seus obstáculos de ordem prática.

Como se pôde perceber, o termo “constitucionalismo global” é composto por uma plêiade de teorias e propostas que se relacionam, em complementaridade e saudável discordância.²³² Como uma nova proposição de *Leviatã*²³³, o constitucionalismo global transcende as fronteiras estabelecidas pelos Estados soberanos para tutelar direitos fundamentais de caráter global. Essa unificação dos pluralismos deve ocorrer para que os direitos fundamentais adstritos a um país sejam efetivamente garantidos juridicamente. Significa compreender a necessidade de retomar o projeto global iniciado do pós-guerra para aprimorá-lo e entender que a proteção desses direitos

²³² Segundo Clèmerson Clève, o direito constitucional global trata-se de um conjunto de princípios compartilhados, que constituem patrimônio jurídico da humanidade construído progressivamente a despeito da relatividade dos valores. Assim, significaria o reconhecimento da existência e pertinência de uma Constituição material global formada por um *jus cogens* internacional integrado por valores comuns, decorrentes da experiência consumada nas sociedades democráticas e das decisões prolatadas pelas cortes internacionais, de determinadas declarações e tratados internacionais. CLÈVE, Clèmerson. Merlin. Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração. *Revista Crítica Jurídica*. Nº 25, jul./dic. 2006, p. 312.

²³³ Ressalta-se que não é a criação de um governo (ou Estado) do mundo, a proposta da Constituição Terra pressupõe que a instituição seja “uma regra de engajamento e uma bússola de cada governo para a boa governança do mundo”. Daí, entende-se que o Poder Constituinte não é um Leviatã, mas sim a população da Terra - que se limita e propõe a continuidade da Terra. LA VALLE et. al, op. cit., nota 196.

não se trata de opção política subsidiada pela soberania estatal, mas de uma obrigação legal da comunidade internacional.²³⁴

Dentre as propostas alternativas de um novo constitucionalismo, três ganharam relevo no presente estudo. O pluralismo transnacional constitucional, de Gunther Teubner; o transconstitucionalismo, de Marcelo Neves e a Constituição global, da escola de Messina. Apesar de suas diferenças, são capazes de serem conciliadas não só por partirem de premissas similares, como também por se destinarem a regular um interesse comum. Na realidade, Teubner já se manifestou sobre essa viabilidade de consenso. Em proposta unificadora sobre o tema, o autor assevera que:

[...] o ‘transconstitucionalismo’ teria potencial para formar uma perspectiva, que é ao mesmo tempo realista e desafiadora na medida aceitável. No entanto, em clara distinção do conceito homônimo proposto por Neves (2013), esse posicionamento necessita combinar os quatro elementos a seguir: (1) A constituição uniforme global, que é de fato emergente, formada, no entanto, apenas como uma metaconstituição ; (2) Essa “metaconstituição” não impõe princípios constitucionais significativos, mas projeta regras processuais para a resolução de conflitos entre constituições sociais parciais; (3) Mais importante, a metaconstituição não é hierarquicamente constituída em uma instituição autônoma, que resolve os conflitos a partir do posicionamento de uma terceira instância que se situa acima das subconstituições em conflito. Em vez disso, resolve esses conflitos de forma heterárquica, através das decisões dessas próprias constituições parciais; (4) Essas decisões são realizadas tanto em leis de cooperação e negociação ou regras para a resolução de conflitos de leis, que são desenvolvidas no âmbito das constituições parciais. A expressão “transconstitucionalismo” capta o duplo significado dessa situação com muita precisão. Ela transcende o particularismo inerente às constituições parciais, mas, ao mesmo tempo, penetra as constituições parciais, sem estabelecer um patamar institucional novo e distinto.²³⁵

Com uma nova alternativa, diretamente relacionada com as propostas anteriores, Teubner traz a ideia de uma “metaconstituição”, isto é, uma constituição uniforme global. Defendendo a aplicação dos institutos do direito internacional privado para eventuais conflitos constitucionais, como o reconhecimento mútuo e a ordem pública de modo a firmarem normas compromissórias substantivas, Teubner incorpora as sugestões das variações do constitucionalismo social de David Sciulli e do transconstitucionalismo para ratificar a intenção de uma Constituição Global.²³⁶ Nesse sentido, usando das premissas de aprendizado recíproco entre as ordens existentes, a teoria da metaconstituição prescreve que “a ordem pública nacional descreve os limites para o

²³⁴ Ibid.

²³⁵ TEUBNER, op. cit., p. 145.

²³⁶ Ibid., p. 146.

reconhecimento de uma ordem jurídica estrangeira, que são atingidos quando a norma estrangeira viola as normas fundamentais do direito interno”.²³⁷

Com efeito, cada Constituição nacional se obriga a tornar-se compatível com outras constituições por meio de um diálogo recíproco. Ainda que a metaconstituição seja formada pela projeção das constituições parciais da sociedade, a proposta merece a atenção por conseguir se adaptar às três correntes de pensamento sobre um novo constitucionalismo. Além disso, apesar de reconhecer a inevitável qualidade fictícia da unidade das constituições parciais, o autor defende que é possível “a diferentes textos constitucionais promover uma referência, com variação de texto a texto, a interpretações do bem comum, que depois são refletidas nas normas concretas”.²³⁸

Esse modelo constitucional formaliza-se pelo seu próprio meio, em movimento de reflexão do poder sobre o próprio poder. Em uma relação paradoxal, preocupa-se com a autolimitação e auto subversão do poder quando as consequências da diferenciação funcional se mostram negativas.²³⁹ Ao valorizar a autolimitação e auto subversão constitucional, Teubner também discorda com a visão de que os tribunais devam ser inertes quanto a essa função. Para o autor, a contribuição da sociedade é fundamental para que haja reflexividade dos meios de comunicação das instituições sociais. O papel do direito, exercido pelos juízes, é o de institucionalizar essa reflexividade em diversos sistemas sociais, prescrevendo procedimentos e reinterpretando normas sociais como normas constitucionais.²⁴⁰

Findo o estudo de diferentes modalidades de experimentalismo constitucional, na próxima seção, defende-se que o neoconstitucionalismo não só pode, como deve promover essa transformação de consciência a nível mundial. Primeiro, porque o neoconstitucionalismo é compatível, desde sua origem, com a pretensão global. Segundo, porque devido às crises globais, exige-se uma postura que enfrente tais desafios com uma resposta de igual ou maior eficácia.

²³⁷ O autor alemão não deixa de reconhecer o pluralismo transnacional como uma alternativa de ordem pública para uma nova realidade constitucional. Com efeito, a relação das constituições parciais tem relevância para a sociedade como um todo, construindo, cada uma delas, uma ordem pública transnacional a partir de sua própria perspectiva. *Ibid.*, p. 146-148.

²³⁸ *Ibid.*, p. 147-148.

²³⁹ *Ibid.*, p. 149.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 150-151. O autor faz referência direta à obra de Chris Thornhill e Niklas Luhmann. Para o último, na sociedade consolidadora mundial, as normas não mais orientam a pré-seleção do cognitivo. “Ao contrário, o problema da adaptação através da aprendizagem ganha primazia estrutural, enquanto as condições estruturais para a capacidade de aprendizagem de todos os subsistemas têm de ser suportadas”. LUHMANN apud TEUBNER, op. cit., p. 151. Percebe-se também a inter-relação do tema com a proposta de Marcelo Neves, com os processos de aprendizagem constitucional, também extraídos do pressuposto teórico de Luhmann.

Terceiro, que por isso, deve-se experimentar um novo modelo para aprender a resolver tais crises e aprimorar a solidariedade e a boa-governança global.

3.3. Neoconstitucionalismo global

A discussão jurídico-política traçada na seção anterior acerca do constitucionalismo global representa um importante avanço. Como visto, a discussão sobre uma possível governança global está, sobretudo, direcionada aos arranjos e à responsividade das estruturas dominantes de governança global para melhor atender aos interesses dos sujeitos afetados. Com efeito, problemas que outrora eram ignorados por serem complexos demais para um Estado tratar, tornam-se alvo de um processo constitucional, que envolve a ação coordenada dessa governança mundial.

As propostas analisadas centram-se na emergência de um novo constitucionalismo, cujo centro está na criação de uma governança global, que supera a tradicional divisão das fronteiras soberanas dos Estados. Entretanto, além de suas críticas individuais já analisadas, esse pressuposto de globalismo constitucional também sofre com obstáculos práticos, de ordem política e jurídica. Nas próximas linhas, serão analisados dois problemas de cada ordem.

Para Ferrajoli, o primeiro desafio de uma nova ordem política está na dependência da vontade de países hegemônicos no plano econômico e militar. Esse desafio se alicerça tanto na miopia das forças políticas, que estreita o espaço e o tempo da busca por forças políticas que desejam enfrentar problemas geralmente ignorados pela opinião pública, quanto nos interesses hegemônicos que se opõem a uma pretensão de igualdade de direitos fundamentais e atuação para paz mundial que, em dado momento, poderia impor limites e controles sobre o desenvolvimento, como a tributação mundial, os limites ecológicos e subordinação aos direitos fundamentais.²⁴¹

A assimetria da sociedade mundial é ainda referenciada por Marcelo Neves. Em referência a Luhmann, o autor demonstra preocupação com a desconsideração de ordens jurídicas tribais diante da exigência de diferenciação funcional e autonomia dos sistemas jurídicos que se originou na Europa em decorrência da formação dos Estados-nação. Assim, ordenamentos jurídicos das periferias geográficas são, geralmente, excluídos do processo de formação do

²⁴¹FERRAJOLI, op. cit., nota 206; OBSERVATÓRIO DA CRISE DO CORONAVÍRUS, op. cit.

direito, devendo adaptar-se ao *mainstream* jurídico ditado pelas potências hegemônicas. Por isso, a sua solução aponta num extenso diálogo constitucional entre diferentes ordens jurídicas.

O paradoxo da globalização também é referenciado em outras áreas. Milton Santos ensina que o processo simboliza o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista, enxergando-a, do modo como se encontra, como uma fábula e como uma perversidade. Como fábula porque, ao contrário dos mitos que a cercam, a aldeia global não é inteiramente uma verdade, uma vez que a interação global é mediada pelas tecnologias da informação e o acesso a elas é desigual. Além disso, a percepção do tempo e espaço tende a ser menor (e a velocidade, maior) para pessoas que desfrutam dessas tecnologias e maior para quem não as detém. Quanto ao mito da desterritorialização, segundo o qual a ideia de que os seres humanos seriam cidadãos globais seria falsa em razão da necessária vinculação do exercício da cidadania ao Estado nacional, este busca ser remediado pelas propostas apresentadas.²⁴²

Como perversidade porque a globalização se estrutura sobre duas violências: a tirania da informação e a tirania do dinheiro. Diante da assimetria de informação na humanidade, bem como a essencialidade do dinheiro como motor de vida econômica e social, estaria em curso um novo totalitarismo, cujas bases seriam a competitividade, o consumo e a confusão dos espíritos. Assim, o globalitarismo, como é chamado, seria uma intensa busca pela melhor posição que resultaria no afrouxamento de valores morais, no individualismo e na sociabilidade perversa e sistêmica, caracterizada pelas crescentes desigualdades sociais.²⁴³

No entanto, esse primeiro desafio ainda encontra projeções otimistas. Para Santos, há uma possibilidade de outro tipo de globalização, verificada pela existência de um processo paralelo de transição para um novo período histórico, que superaria a tirania do dinheiro e da informação centrado no humanismo. Ferrajoli também permanece otimista quanto à constituição embrionária do mundo, diante da existência consagrada em ordenamentos jurídicos de valores como a proibição da guerra e o *jus gentium* e o *jus cogens* como requisitos de validade das normas internas. Nesse sentido, os princípios positivos do direito internacional seriam responsáveis por uma passagem do Estado de Direito para a Sociedade Global de Direito, limitando o poder do Estado-nação para proteção da humanidade e da paz mundial.

²⁴² PAULA, Ana Paula Paes de. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo: FGV, v. 41, n. 3, 2001.

²⁴³ *Ibid.*

Neves apresenta um segundo desafio de ordem política. As concepções de pluralismo constitucional desconsideram que, em muitos contextos geográficos, o Estado liberal ou social não se realizou. Isso importa à medida que as concepções de pluralismo buscam o desenvolvimento da sociedade centrado na passagem do direito do Estado liberal passando pelo direito do Estado social para então alcançar o direito reflexivo.²⁴⁴ Novamente, as assimetrias de informação e de dinheiro impedem a veiculação de um novo tratamento constitucional, pois não se pode avançar em algo que não se iniciou em boa parte do mundo.

Sobre esse desafio, relembra o professor que:

Em muitas regiões do globo terrestre, os movimentos sociais demandam a presença de um mínimo de Estado social, sem o qual perde sentido falar em pluralismo jurídico “pós-moderno” ou global, senão como romantização pós-colonialista da miséria. Este é o paradoxo e também o equívoco decorrente do pluralismo jurídico na sociedade mundial: como se falar de inserção em redes transnacionais horizontais sem considerar as assimetrias gritantes e não apenas a nova “avalanche de exclusão” decorrente da desmontagem do Estado social (Luhmann, 2000, pp. 427-28), mas também a persistência de devastadora exclusão nas periferias da sociedade mundial?²⁴⁵

Deve-se reconhecer que as ordens propostas visam não só a construção de um consenso em determinadas áreas, como a paz e a fundamentalidade de direitos, mas, principalmente, a construção de uma ordem que contingencie o dissenso. Dessa forma, o diálogo aponta para uma comunicação transversal, assentada na dupla contingência, que propõe a interação recíproca entre sujeitos para influenciar e modificar um ao outro, quando estes percebem e aceitam as suas limitações.²⁴⁶ Por isso, a proposta de Neves está centrada em estabelecer “pontes de transição” entre diferentes ordens jurídicas.

No âmbito jurídico, o primeiro problema reside na legitimidade do sistema. Conforme analisado, Teubner e Neves partem da aplicação de princípios do direito internacional privado para avançar tanto na especialização, quanto na reciprocidade do sistema. Koskenniemi adverte para a dificuldade de definir, nesses casos, quem irá decidir e por quais regras irá decidir determinado caso concreto.²⁴⁷ Nas ciências sociais como o direito, os efeitos nocivos da reprodução expansiva de esferas sociais autorreferentes e auto protetivas foram relativamente

²⁴⁴ NEVES, op. cit., p. 213-214.

²⁴⁵ Ibid., p. 214.

²⁴⁶ Ibid., p. 215. O autor cita a teoria da dupla contingência de Luhmann para dizer que esta refere-se também a sistemas e não apenas a pessoas, como proposto pela teoria da ação.

²⁴⁷ KOSKENNIEMI, Martti. The politics of International Law 20 Years Later. *European Journal of International Law*. S. 1, v. 20, n. 1, 2009, p. 12-14

domados por instrumentos como a constitucionalização do sistema político.²⁴⁸ Porém, ao propor um avanço do constitucionalismo a nível global, esse processo de doma torna-se uma ideia ainda mais distante.

Para Teubner, esse processo de doma (ou então, a responsividade do sistema) ainda pode ser feito por meio da linguagem social, como, por exemplo, pelos efeitos horizontais dos direitos fundamentais. Nesse raciocínio, a responsividade social deve ser criticada por seus próprios meios, dependendo diretamente do processo constitucional, que regula a esfera social.²⁴⁹ Para Neves, o processo deve preocupar-se em garantir a capacidade de admitir a autonomia do outro, da esfera de comunicação diferente, ainda que não submetida aos modelos do constitucionalismo estatal.²⁵⁰ Nessa linha, o papel do Estado é o de estar disponível para supervisão, mediação ou interseção dos conflitos, para que a deliberação legítima ocorra de modo livre e sem abusos dos mais poderosos.²⁵¹

A legitimidade, nesse sentido, é assegurada pelo próprio sistema. No mundo transnacional idealizado, todos se sujeitam à regulação social provocada pelo direito, seja espontaneamente como sujeitos afetados pelas decisões tomadas sem exercer função direta na regulação, seja organizacionalmente como atores que diretamente controlam o processo de tomada de decisão, definindo regras, adjudicação, processos de supervisão, *compliance* e produção regulatória.²⁵² Dada a heterogeneidade do sistema e o seu policentrismo, essa participação pública assume diversas formas, que necessariamente variam em intensidade e quantidade e podem variar, até mesmo, na qualidade do sujeito, espontâneo ou organizacional.

Além disso, o dilema da assimetria da produção e regulação de conhecimento tende a ser mais bem resolvido sem a presença de uma autoridade central. Diante do crescente dinamismo de informações e mudanças no ciclo social, há uma tendência de flexibilização da produção de conhecimento em razão da necessária abertura do sistema para novas percepções e crenças. Com a incapacidade de previsão de problemas e da imposição de ações coordenadas entre diversos atores para melhor enfrentamento deles, torna-se necessário recorrer à especialização e

²⁴⁸LUHMANN apud HOLMES, op. cit., p. 71.

²⁴⁹TEUBNER apud Ibid., p. 72.

²⁵⁰NEVES, op. cit., p. 222-223.

²⁵¹SEGATO apud Ibid., p. 223.

²⁵²Ibid., p. 72-74

reciprocidade do próprio sistema, sendo que a presença de uma “autoridade de governança central” poderia assumir a forma de uma luta infrutífera pela autoridade epistêmica.²⁵³

O segundo problema no âmbito jurídico reside na democratização do sistema. As estruturas “constitucionais” da governança transnacional podem produzir novas formas de reprodução da lei e do poder, as quais podem diferir de modo significativo do arranjo democrático constitucional.²⁵⁴ Nesse problema, é factível que a visão otimista perpetrada pelas teorias constitucionais globais pode não se realizar, de modo que a democracia se deturpe em outras formas de governo.

Uma das características mais valiosas da democracia constitucional é a condição de todos serem igualmente considerados no processo de tomada de decisão. A positivação constitucional do sufrágio universal e igualitário é essencial não só por regularizar o modo como o poder social se institucionaliza, como também por delimitar os espaços legítimos de atuação política. Para que haja regulação de determinada matéria, é preciso que antes haja uma lei que estabeleça os limites e meios da própria regulação, de modo que esta não seja voltada a atender interesses privados.²⁵⁵ Com efeito, há uma relação indispensável entre a democracia e a legitimidade do sistema.

Nesse sentido, a autoridade do sistema resulta da provisão da capacidade social de vincular-se à tomada de decisão coletiva e não a fontes externas ilegítimas. Esse processo tende a ampliar a participação política, pois a exclusão deve ser devidamente justificada com o constitucionalismo que se evolui e se aperfeiçoa a cada geração para garantir maior inclusão de seus sujeitos regulados.²⁵⁶ Por essa conquista ser fruto de diversas e importantes lutas, há um justo receio de que um novo modelo de constitucionalismo não comporte essa institucionalização da inclusão política e, ao invés dela, parta da premissa de que a coletividade é pré-política.

Por esse motivo, as propostas teóricas buscam assegurar procedimentos inclusivos concretos, com base em esquemas constitucionais, para evitar que elites hegemônicas se apoderem do processo de tomada de decisão. Em razão da assimetria do sistema mundial, a exclusão social torna-se um medo ainda mais factível para populações marginalizadas que têm pouca reverberação política em um Estado-nação. Se este for periférico em relação aos centros de

²⁵³ QUACK, Sigrid. Expertise and Authority in Transnational Governance. In: COTTERRELL, R; MAR, M. *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2016, p. 364-366

²⁵⁴ HOLMES, op. cit., p. 77

²⁵⁵ GRIMM apud ibid., p. 77-78.

²⁵⁶ THORNHILL, Christopher. *A sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 168-180

poder mundial, o receio de que suas vozes se tornem nulas é razoável e precisa ser enfrentado. A constitucionalização transnacional não pode ser apenas simbólica, sob pena de torna-se vazia. Deve se preocupar com procedimentos de redistribuição periódica do poder para que seja devidamente universal e igualitária.²⁵⁷

Os obstáculos a serem enfrentados por uma ordem que pretende ser global não se esgotam nos acima descritos. É importante perceber, mais uma vez, que cada proposta terá insuficiências intrínsecas e que, de certo modo, todas elas se complementam em alguma medida. Os desafios acima representam alguns dos que, invariavelmente, uma proposta global terá de enfrentar. Apesar de, como demonstrado pelos autores, ser árdua a tarefa, deve-se ter em mente que a história do constitucionalismo não deve ser desprezada e pode, além de se tornar uma forte aliada, fornecer outras ferramentas de construção para a composição de um novo modelo constitucional.

3.3.1 Tendências sobre o neoconstitucionalismo global

Como demonstrado nos capítulos anteriores, após 1945, registra-se uma pretensão, ainda que implícita, de globalismo nos ordenamentos jurídicos mundiais. Segundo Thornhill, essa tendência por vezes foi silenciada durante os anos da guerra fria e uma difusão de regimes ditatoriais até finalmente se recompor e contar com mecanismos de *enforcement* para assegurar a implementação obrigatória do direito internacional.²⁵⁸ Ainda assim, o movimento iniciado em 1945 foi fundamental para que os Estados se importassem em respeitar normas reconhecidas como válidas internacionalmente.

Esse movimento permitiu que as regras internacionais tivessem efeitos diretos na sociedade de um Estado, podendo até mesmo ser invocado um tribunal internacional para determinados casos. Hoje, convenções como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos são instrumentos que vinculam a atuação do Estado no trato com os seus cidadãos. Com efeito, ele permitiu não só o reconhecimento de uma ordem supranacional, como também que sua posição hierárquica era independente e, por vezes,

²⁵⁷ LEFORT apud HOLMES, op. cit., p. 78-79.

²⁵⁸ THORNHILL, Christopher. The global legal system and the procedural construction of constituent power. In: *Global Constitutionalism*. Cambridge University Press, 2016, p. 413-414.

prevalecente sobre a estrutura doméstica local.²⁵⁹ Em diversos ordenamentos posteriores, como a Constituição brasileira de 1988, houve a expressa consagração da submissão do Estado a tribunais internacionais (art. 5º, § 4º, CRFB/1988).

A América Latina ocupa papel central nessa nova etapa da história do constitucionalismo. Durante o período de redemocratização em diversos países da região assumiram um protagonismo no desafio da constitucionalização do direito internacional. Os países adotaram novas constituições ou reformaram drasticamente o seu texto constitucional e, de modo comum, reportaram-se ao direito internacional e aos direitos humanos com *status* especial, depois ratificado pelos respectivos tribunais constitucionais.²⁶⁰ Além disso, é ressonante o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos, reafirmando e consolidando a força desses princípios internacionais nos ordenamentos jurídicos.

A literatura confirma essa tendência de protagonismo com exemplos de Constituições que rompem com a tradicional visão da Constituição sendo exclusivamente voltada para o próprio Estado. Com tendências plurinacionais, em especial para reconhecer os direitos dos povos indígenas e quilombolas, as Constituições tendem a reconhecer a democracia intercultural como nova base do sistema jurídico.²⁶¹ A interdependência, a solidariedade e a diversidade de

²⁵⁹ Ibid., p. 414-415.

²⁶⁰ CHEHTMAN, op. cit.

²⁶¹ WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 16, n. 2, jul./dez. 2011, p. 373-378; LOUREIRO, Silviaria da Silveira; MARTINS, Marcello Phillipe Aguiar; SILVA, Caio Henrique Faustino. O princípio de humanidade e os conflitos interculturais: os desafios e possibilidades do novo constitucionalismo latino-americano indigenista. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; LEAL, César Barros. (Coord.). *O princípio de humanidade e a salvaguarda da pessoa humana*. Fortaleza: Expressão, 2016, p. 370-371. Como outro exemplo, a Constituição da Bolívia de 2009 consagra o plurinacionalismo já em seu art. 1º reforçando a pluralidade e interculturalidade protegidos, sobretudo, pela livre determinação dos povos indígenas. Apesar dessa preocupação com a integração nacional, não há o mesmo zelo com a integração global. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 103. A constituição do Equador de 2008 também segue a mesma tendência pluralista. Nos dizeres de Agustín Grijalva: “o constitucionalismo plurinacional só pode ser profundamente intercultural, uma vez que ele corresponde constituir-se no âmbito de relação igual e respeitosa de distintos povos e culturas, a fim de manter as diferenças legítimas e eliminar –ou, ao mesmo, diminuir– as ilegítimas, mantendo a unidade como garantia de diversidade”. GRIJALVA apud LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 81. Outros exemplos comuns são as Constituições de Honduras, Guatemala e Venezuela. HENDERSEN, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Revista IIDH*, v. 39, 2004, p. 71-99.

instituições funcionam como pilares para reconhecer direitos coletivos de grupos sociais com pouca voz face às elites hegemônicas da região.²⁶²

Segundo Ana Paula de Barcellos, o pluralismo jurídico pode ser associado a cinco eixos temáticos: (i) as relações entre as normas estatais e internacionais, incluindo nestas as decisões proferidas por Cortes internacionais; (ii) as relações entre normas estatais editadas pelo ente central e aquelas editadas por órgãos ou entidades locais com certo grau de estatalidade; (iii) as relações das normas estatais com normatividades vigentes em comunidades tradicionais existentes dentro do território (como indígenas); (iv) as relações entre normas estatais com normas editadas por organizações privadas nacionais ou internacionais; e, (v) as relações entre as normas estatais e as normas de fato em áreas sem o efetivo controle estatal, como nas favelas.²⁶³

Pelo histórico-cultural da região latino-americana, o pluralismo jurídico encontrou espaço fértil para começar a ser institucionalizado. Especialmente nos temas II e III, as Constituições latino-americanas são referenciadas por sua abertura ao multiculturalismo pelo reconhecimento de uma comunidade internacional e da autonomia às normatividades dos povos indígenas.²⁶⁴ Nesse sentido, justifica-se a observação de que o constitucionalismo latino-americano tem o pluralismo jurídico como um de seus elementos distintivos.

A Argentina reformou sua Constituição em 1994 para alterar a hierarquia do direito internacional. Antes, ele era diretamente aplicável nos tribunais locais por interpretação do art. 31 da Constituição. Contudo, apenas as normas auto executórias eram aplicáveis, de modo que se a norma precisasse de regulamentação interna, seria afastada.²⁶⁵ Em 1992, no caso *Ekmekdjian v Sofovich*, a Corte Suprema reconheceu a operabilidade do direito de resposta garantido pelo art. 14 da Convenção Americana, alterando a jurisprudência da corte e tornando-se uma das primeiras a reconhecer a auto executoriedade das convenções internacionais e a prevalência de tratados internacionais sobre leis domésticas.²⁶⁶

²⁶²WOLKMER; FAGUNDES, op. cit., p. 374; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado em América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010, p. 81.

²⁶³BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, 2019, p. 170.

²⁶⁴ Ibid., p. 170-171.

²⁶⁵ CHEHTMAN, op. cit., p. 3.

²⁶⁶COLUMBIA UNIVERSITY. Global Freedom of Expression. *Ekmekdjian v. Sofovich*. Disponível em: <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/ekmekdjian-v-sofovich/?lang=es>>. Acesso em: 1 jul. 2021.

A reforma de 1994 não só incluiu um rol de instrumentos de direitos humanos internacionais, como também permitiu que a Corte Suprema reconhecesse que as normas peremptórias do direito internacional poderiam substituir as normas domésticas.²⁶⁷ Ainda com desafios como a não especificação do *status* de algumas normas (não peremptórias) como a Declaração Universal de Direitos Humanos; a possibilidade de conflito entre normas internacionais e a Constituição e a obrigatoriedade de seguir decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para além das que está legalmente obrigado a seguir, o caminho de um reconhecimento do direito internacional no país está se consolidando gradativamente.²⁶⁸

A Colômbia promulgou sua vigente Constituição em 1991. Em contraste com a sua precedente, a atual Constituição reconhece a validade, a prioridade e o uso como parâmetro de interpretação das normas do direito internacional.²⁶⁹ Além de consagrar importantes cláusulas como a não taxatividade de direitos e as garantias fundamentais durante o estado de exceção, a Constituição cria a Corte Constitucional, ao lado da Suprema Corte. Essa Corte, que centraliza o controle de constitucionalidade sob requerimento de qualquer cidadão, recorre a instrumentos internacionais em suas decisões, construindo doutrinas como o “bloco de constitucionalidade” e o “Estado de Coisas Inconstitucional”, que consagram regras do direito internacional mesmo sem menção explícita a elas no texto constitucional.²⁷⁰

Nesse sentido, a Corte Constitucional reconhece que o bloco de constitucionalidade é composto por direitos humanos, pelo direito humanitário internacional e por tratados internacionais de determinadas áreas como a integração econômica.²⁷¹ E, da mesma forma que a Argentina, ainda enfrenta desafios como a não especificação do *status* de alguns tratados (que são analisados casuisticamente); a possibilidade de derrogação de algumas normas em situações de emergência e a obrigatoriedade de seguir decisões de cortes internacionais.²⁷²

O México, que possui uma das mais festejadas Constituições, dada a sua importância histórica ao reconhecer direitos sociais, também é um exemplo de consagração de constitucionalização do direito internacional. Em 1999, a Suprema Corte mexicana garantiu aos tratados internacionais *status* supralegal. Em 2011, no entanto, houve uma emenda constitucional

²⁶⁷ CHEHTMAN, op. cit., p. 4.

²⁶⁸ Ibid., p. 5-6.

²⁶⁹ Ibid., p. 7.

²⁷⁰ Ibid., p. 8.

²⁷¹ Ibid., p. 8-9.

²⁷² Ibid., p. 9-10.

que se aprofundou no tema e consagrou o reconhecimento de direitos assegurados por tratados ou derivados do costume do direito internacional em seu art. 1º.²⁷³ Indicando uma abertura ao princípio *pro persona*, a Constituição mexicana elevou a amplitude de incidência dos tratados internacionais.

Diante dessa sobreposição entre normas internacionais e constitucionais em um mesmo texto, tensões entre elas podem ocorrer sem oferecer um critério de solução válido. Desde 2011, a Suprema Corte mexicana menciona que a validação do princípio *pro persona* serve como um importante indicador de ponderação para tais conflitos normativos. Apesar disso, em 2013, a Corte decidiu que em casos de explícita restrição de direitos consagrada pelo texto constitucional, esta restrição deve prevalecer.²⁷⁴ Outro desafio está na implementação das decisões de órgãos internacionais, como a Corte Interamericana. Para a Corte mexicana, em oscilante mutação constitucional, embora as decisões da Corte Interamericana não sejam vinculantes, há o dever de harmonização de jurisprudência supranacional e nacional imposto às cortes domésticas, salvo ela própria.²⁷⁵ Além desses, o desafio do *status* do direito internacional costumeiro e de decisões supranacionais para além da Corte Interamericana e de casos que não envolvam diretamente o país permanecem em debate na doutrina e jurisprudência mexicana.

Em contraposição a essa abertura política ao pluralismo, no Brasil, os tratados internacionais têm, como regra, o *status* de lei ordinária, e se submetem à supremacia constitucional, de modo que o poder Judiciário pode declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de tratados. A partir de 2004, no entanto, os tratados de direitos humanos internalizados conforme o procedimento das emendas constitucionais equivalem a elas. Os tratados de direitos humanos internalizados antes da edição da emenda nº 45/2004 teriam um *status* supralegal, de posição hierárquica superior à lei ordinária, mas inferior à Constituição. Assim, hoje, os tratados recebem três tratamentos jurídicos distintos.²⁷⁶

Há uma concepção estadocêntrica mitigada na aplicação de preceitos internacionais pelo judiciário brasileiro. Em geral, casos que exijam a aplicação de uma norma internacional em detrimento da lei brasileira enfrentam maior resistência, necessitando de intervenção dos tribunais superiores. Da mesma forma, o relacionamento com a Corte Interamericana não se

²⁷³ Ibid., p. 10.

²⁷⁴ Ibid., p. 12-13

²⁷⁵ Ibid., p. 13.

²⁷⁶ BARCELLOS, op. cit., p. 172-174.

mostra tão bem acertado, de modo que há certa desatenção em prestigiar suas decisões e recomendações.²⁷⁷ Em relação às normatividades de origem indígena, deve-se destacar que, embora a Constituição consagre a autonomia e o reconhecimento delas, há precedentes judiciais que determinam que, no caso de conflito entre essas e as normas estatais, as últimas devem prevalecer.²⁷⁸ Por fim, quanto às normatividades privadas, este também é limitado, sobretudo, quando houver algum parâmetro normativo estatal relevante.²⁷⁹

Nesse sentido, o fenômeno do diálogo entre fontes na América Latina também é referenciado pelo Direito Internacional, no chamado constitucionalismo internacionalizado. Partindo da desconstrução da estrutura piramidal kelseniana, busca-se reconstruí-la com atenção às correntes de experimentalismo aqui traçadas, de modo a valorizar as experiências do direito comunitário e seu efeito direto.²⁸⁰ Atualmente, tal diálogo não se esgota na produção de leis, sendo cada vez mais utilizado no processo de tomadas de decisões judiciais, no processo de expansão da jurisdição constitucional com o controle de convencionalidade.

No Brasil, casos como o caso Ellwanger (*HC 82.424/RS*)²⁸¹ a importação de pneus recauchutados (*ADPF 101/2006*)²⁸², demonstram essa tendência de incorporação de diálogos globais ao ordenamento jurídico nacional. Nesses casos, além do controle de convencionalidade adotado, que já demonstra um grau de abertura ao globalismo, adotou-se um modelo de articulação entre ordens jurídicas para que elas se reconstruíssem em conjunto, com a experiência umas das outras.²⁸³ Neles, ressaltou-se que essa abertura não se afirma como um detrimento da ordem constitucional brasileira, mas sim de um diálogo harmonioso para a construção de um constitucionalismo global.

²⁷⁷ Ibid., p. 174-175.

²⁷⁸ Ibid., p. 176-177.

²⁷⁹ Ibid., p. 177-178.

²⁸⁰ LEGALE, Siddharta. A Constituição reinventada pelas crises: do Neoconstitucionalismo ao Constitucionalismo Internacionalizado. *Teorias e Estudos Científicos*. Mar.-abr., 2010, p. 167-169. O autor cita como exemplos do efeito direto do direito comunitário na União Europeia os casos Van Gerd em Loss v. Nederlanse Administratie der Belastingen (1963); Van Duyn vs. Home Office (1974) e Costa vs. Enerl (1964). O tema foi depois revisitado pelo autor ao tratar sobre o controle de convencionalidade. Id., op. cit., nota 49, p. 555-570.

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 82.424/RS*. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para acórdão: Ministro Maurício Corrêa, Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em: 26 nov. 2021.

²⁸² Ibid. *ADPF n° 101*. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 26 nov. 2021.

²⁸³ NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51. N° 201. Jan./Mar., 2014, p. 206-210.

Dessa forma, a América Latina demonstra uma tendência, ainda que não uníssona, de adoção de um modelo pluralista. Certo que há resistência e variações em cada ordenamento constitucional, os países possuem uma abertura para além do próprio texto constitucional, reconhecendo e adotando práticas que compõem um “bloco de constitucionalidade”. Devido a um interesse recíproco de integração regional para atrair investimentos estrangeiros, buscou-se prover maior credibilidade ao sistema constitucional da região e isto ecoou nas práticas domésticas, aumentando a proteção de direitos humanos pelo reconhecimento de ordens e práticas do direito internacional.²⁸⁴ Assim, a região torna-se um lócus especial para desenvolvimento da teoria.

Essa tendência não é exclusiva, apesar de proeminente, da América Latina. Em Taiwan, por exemplo, mesmo com o isolamento político, há uma preocupação com a integração transnacional, com a incorporação de tratados internacionais na ordem doméstica. Em 1971, o país foi expulso das Nações Unidas e, a partir de então, passou por dificuldades em avançar em áreas com protagonismo do Direito internacional.²⁸⁵ Nos anos 90, contudo, as organizações políticas nacionais pressionaram o governo para ratificar e participar de acordos de direitos humanos. Nos anos seguintes, essa tendência foi ampliada, com a assinatura de mais acordos e tratados internacionais. A experiência do país asiático demonstra, sobretudo, como esse pulso pluralista pode ser iniciado pela própria sociedade civil.²⁸⁶

No entanto, o país também enfrenta problemas com a implementação dessas novas políticas. Nota-se que nas revisões constitucionais ocorridas entre os anos 90 e 2000, os direitos humanos não foram modificados, concentrando-se na separação de poderes e nas instituições políticas. Com essa lacuna, atores domésticos protagonizam essa transição de regime constitucional em um sistema denominado *bottom-up transnational constitutionalism*.²⁸⁷ A Corte Constitucional do Taiwan, por exemplo, deu um importante passo ao adotar o monismo interpretativo em 1993, garantindo às normas internacionais a aplicabilidade direta a nível doméstico.²⁸⁸ Nos anos seguintes, a Corte reconheceu direitos que, embora não previstos

²⁸⁴ CHEHTMAN, op. cit., p. 13-14.

²⁸⁵ YEH, Jiunn-rong; CHANG, Wen-Chen. A decade of changing constitutionalism in Taiwan. Transitional and transnational perspectives. In: *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*. CHEN, Hongyi. p. 152.

²⁸⁶ Ibid., p. 154.

²⁸⁷ CHANG, Wen-Chen. An isolated nation with Global-Minded Citizens: Bottom-Up Transnational Constitutionalism in Taiwan. *National Taiwan University Law Review*. V. 4, N. 3, 2009, p. 230.

²⁸⁸ YEH; CHANG, op. cit., p. 157-158; J.Y. *Interpretation No. 329* (1993). Disponível em: https://www2.judicial.gov.tw/FYDownload/en/p03_01.asp?expno=329. Acesso em: 1 jul. 2021.

constitucionalmente, deveriam ser protegidos por interpretação extensiva (em referência ao bloco de constitucionalidade). Além disso, usou dos tratados como argumentos para reforçar a proteção de direitos já protegidos, reforçando uma função integrativa da Corte.²⁸⁹

Com isso em vista, há uma tendência maior para a convergência do país a uma integração global. Para Jiunn-rong Yeh and Wen-Chen Chang, esse movimento é expresso pela instalação de comissões independentes, pelo empoderamento da Corte Constitucional, pelos avanços no acesso à informação e pela reforma do governo para melhor transparência e representatividade.²⁹⁰ Os autores projetam que, com o tempo, os desafios ainda encontrados no país serão superados por meio do judiciário, do regime presidencialista e por meio da maior importância ao engajamento cívico.²⁹¹

Assim, o constitucionalismo global encontra terreno fértil para ser posto em prática, ao menos, em pequenos passos. Conforme Thornhill explica, na visão clássica do constitucionalismo predomina a visão de que toda política é determinada pelas decisões políticas do poder constituinte nacional e todas as normas são legitimadas e exercidas dentro do limite dessas políticas. Contudo, após 1945, essa noção de que o direito público de um país é legitimado por um ato pré-legal, político, perdeu força. Sobreveio a noção de que a validade de um sistema jurídico deriva do imaginário coletivo comum das pessoas sujeitas a ele, originalmente produzido e promulgado pelo direito internacional.²⁹²

Nessa linha, os direitos humanos internacionais foram internalizados nos sistemas nacionais como forma de legitimar a própria autoridade da lei. É dizer, conforme já salientado, que os textos sofrem influências externas às decisões políticas nacionais. Dito de outra forma, os Estados entram em relações determinadas, necessárias e independentes de suas vontades, relações axiológicas que correspondem a um grau de abertura ao globalismo. Com efeito, a legitimidade seria extraída dentro dos ditames legais externos e não por decisões puramente de política interna, implicadas com o interesse dos grupos hegemônicos. Com o avanço progressivo das correções do sistema, a lei poderia se autorregular com normas e procedimentos legais próprios, embora ainda vinculada a um sistema maior global.

²⁸⁹ Ibid. p. 158-159. Os autores citam como exemplos os casos: J.Y. Interpretations No. 549 (2002), 578 (2004), 582 (2004), 587 (2004) e 632 (2007).

²⁹⁰ Ibid., p. 159-166.

²⁹¹ Ibid., p. 166-167.

²⁹² THORNHILL, op. cit., p. 415.

O movimento iniciado em 1945 criou uma noção de que os sistemas jurídicos nacionais são, na verdade, um subsistema da sociedade global, regulado por um sistema jurídico próprio cada vez mais autônomo. Com a lei capaz de extrair sua autoridade da legitimidade da própria pessoa como titular de direitos, o sistema pode se autorreproduzir internamente, desconectando-se dos seus ambientes históricos tradicionais.²⁹³ Como consequência desse reconhecimento, os órgãos judiciais internacionais cresceram em sua independência, autoridade e poderes; da mesma forma, os órgãos judiciais nacionais elevaram o seu protagonismo, com possibilidade de consolidar interpretações, promover linhas independentes de raciocínio e até mesmo provocar a legislação de seus próprios sistemas políticos.²⁹⁴

Evidente que o processo não foi uniforme e, em certos casos, ocorreu tardiamente. Entretanto, com a contribuição de cada parâmetro de avanço internacional, o sistema da sociedade global pôde avançar como um todo. Mesmo em países com restrição ou reação ao poder judiciário, reconhece-se a importância do seu papel integrativo com um sistema global, produzindo uma ordem normativa compartilhada, por meio de padrões comuns de argumentação jurídica, legitimidade política e jurisprudência.²⁹⁵ Portanto, não se pode olvidar ou reduzir o papel do neoconstitucionalismo nessa trajetória.

O neoconstitucionalismo, ao impor aos Estados a necessidade de reconhecimento de um sistema global de direitos determinou que eles observassem as relações axiológicas traçadas pelo próprio sistema como forma de extração de validade, legitimidade e autoridade. Os direitos humanos, corolários desses direitos universais, explicariam as leis por si próprios, em um sistema de autorreprodução normativa, chancelado pelos procedimentos e instituições judiciais. Por isso, o movimento impulsiona uma provocação à *auto-constitucionalização* do direito internacional, de modo a construir normas com autoridade em qualquer ordenamento jurídico.²⁹⁶ Os direitos humanos assegurados em tratados multilaterais, que sustentam a legitimidade de diversas normas constitucionais internas, representam uma primeira etapa dessa abordagem que tende a se tornar cada vez mais presente na sociedade.

Os direitos universais são parte estruturante de um sistema jurídico global que confere a autoridade primária necessária para as leis constitucionais. De tal forma, um ordenamento

²⁹³ Ibid., p. 416.

²⁹⁴ Ibid., p. 416-417.

²⁹⁵ Ibid., p. 417-418.

²⁹⁶ Ibid., p. 418-419.

jurídico não pode se contrapor a uma ordem global que se finca nos direitos humanos como alicerce de seu sistema. Certo que cada sistema terá suas peculiaridades, interpretações e aplicações próprias desses direitos humanos, considerando sua realidade cultural, social, econômica e política. Da mesma forma, o sistema global deve contemplar a multiplicidade de ordens culturais a ele inscritas sob o risco de adotar uma visão centrada em um centro de poder. Por isso, as teorias alternativas a um constitucionalismo global tanto se preocupam com a multilateralidade global e com a questão de se conciliar interesses díspares, por meio da expertise, do diálogo e da normatização, para promover um mundo mais integrado. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo contribui também com a determinação de uma sociedade global, desde sua origem ao legitimar o processo constitucional de cada subsistema jurídico.

De outro modo, o direito internacional global também deve sua origem aos Estados nacionais, que atuam como sujeitos constituintes dessa ordem. Em um exercício de autocontenção, os Estados partilham suas funções com o ordenamento global, que reingressa nas sociedades domésticas pré-estruturando as normas primárias da política nacional.²⁹⁷ Mas, ainda que o processo de criação do direito global seja visto como um processo de autoconstitucionalização natural, há de se reconhecer que os preceitos nele vinculantes (direitos) são lastreadas em referências sistêmicas aos direitos humanos, os quais atuam como fonte de autorização constitutiva para o direito global superior.²⁹⁸ Observados os ordenamentos transnacionais existentes como as Organizações das Nações Unidas e Mundial de Comércio, além dos supranacionais como a União Europeia, eles atuam sob uma lógica de autoconstitucionalização legitimada pelos próprios Estados, que exercem a liderança na definição de suas normas e personalidade jurídica.

Em síntese:

In each case, the legal system itself creates constitutional norms, both for subsidiary acts of law and for the entire political orders in which judicial bodies are located. In each case, human rights laws set the prior premises for the enactment of constitutional norms, and such norms are generated through the inner-legal reproduction of human rights principles. In each case, moreover, legal institutions provide the procedural horizon and the procedural mechanisms in which the enactment of founding political norms occurs. In simple terms, in each of these instances, the basic constitutional form of a given political system is defined through exchanges within the law: there is no external or political dimension to the process of constitution making, and the creation of constitutional norms occurs as a proceduralised articulation of norms that already exist

²⁹⁷ Ibid., p. 421.

²⁹⁸ Ibid., p. 422-423.

*within the legal system. Through such inner-legal proceduralisation of constituent power, moreover, the autonomy and positivity of the law increase, and the law evolves as an externally constructed reality, withdrawn from reflected human agency.*²⁹⁹

Como resultado, Thornhill defende que há uma simplificação na procedimentalização pelos teóricos neoclássicos. Estes reconhecem, certamente, que o poder constituinte não se afirma por um simples povo ou grupo nacional; mas não explica como atos normativos formais se tornam parte de um processo constituinte.³⁰⁰ A comunicação entre agentes ou sistemas sociais é estruturada principalmente no reconhecimento de normas internacionais de direitos humanos e traduz-se de forma vinculante na ocorrência de uma constituinte individual. Por isso, a processualização do poder constituinte não é puramente política: é uma processualização da própria lei, lastreada nos direitos universais, que ocorre em ambientes nacionais (o Poder Constituinte) e internacionais (transnacionais). Em outros termos, no constitucionalismo da sociedade global, há um redirecionamento da agência política para o sistema jurídico, acentuando a autonomia deste, de modo que os atos fundadores da produção de normas são realizados por e dentro da lei.³⁰¹

²⁹⁹ Ibid., p. 425.

³⁰⁰ Ibid.

³⁰¹ Ibid., p. 426.

CONCLUSÃO

Com isso em vista, para sintetizar o presente estudo, deve ser realizada uma organização dos argumentos até então analisados:

Primeiro, o neoconstitucionalismo representa uma doutrina da filosofia jurídica que se coloca como intermediária entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, compartilhando paradigmas com o pós-positivismo. Ele visa a reconstrução, com base em determinadas premissas, da concepção da constituição como norma de modo que ela sirva como inspiração ou grau de formalidade de um ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, como instrumento que introduz um vínculo moral substancial à criação do direito positivo por meio do ordenamento de valores estruturais e dominantes do progresso social. Porém, ao pregar uma conexão, *a priori*, particular e contingente com a moral e delegar a análise de compatibilidade de leis e atos com essa moral prioritariamente aos juízes, o neoconstitucionalismo sofre críticas, especialmente pelo método de aplicação do Direito.

Segundo, o neoconstitucionalismo tem uma pretensão, ainda que implícita, de globalismo. Em primeiro lugar, porque, desde sua origem, diferentes valores se amoldam a diferentes ordenamentos jurídicos, a despeito da realidade jurídico-social deles. A positivação desses valores mostra que a consciência política interna de um Estado não está dissociada das relações globais determinadas, necessárias e independentes. Em segundo lugar, porque ele ampliou a positivação de cláusulas de abertura ao direito internacional nos textos constitucionais. Ao reconhecer o pluralismo global como um dos paradigmas jurídicos do neoconstitucionalismo, a conexão com a moral torna-se necessária, de modo que se reconhecem valores que necessariamente serão protegidos pela esfera constitucional.

Terceiro, na busca pela evolução do sistema, entendeu-se que: a) não está em curso uma crise constitucional global, mas sim experiências pontuais e compartilhadas de degradação constitucional. Como essas pautam-se por contextos internos, não servem para justificar, por si próprias, a emergência de uma teoria constitucionalista global. Ainda assim, devem ser reconhecidas outras crises que repercutem no constitucionalismo, notadamente os problemas que afetam não apenas uma nação, mas todas elas, como a ecológica, a financeira, a sanitária e a humanitária. Tais crises fragmentárias repercutem na degradação do conceito de soberania constitucional externa e ensejam uma oxigenação do sistema para corrigir as suas falhas.

Ainda, entendeu-se que: b) a oxigenação do sistema passa por experimentar novos modelos constitucionais. Diante das crises provocadas pela globalização mundial, a soberania das fronteiras estatais passa a ser questionada como obstáculo para uma devida integração social. Nesse sentido, propostas como o pluralismo constitucional transnacional, o transnacionalismo e a Constituinte Terra serviriam como ferramentas de experimentalismo constitucional. Com experiências prévias que demonstram a viabilidade da proposta, como a ONU e a União Europeia, os movimentos se propõem a dar um próximo passo na história constitucional. Contudo, todos sofrem críticas por sua incompletude, tendo sido formulada proposta unificadora que atua segundo procedimentos de autolimitação e auto subversão.

Por fim, o próximo passo do neoconstitucionalismo exige atenção a quatro desafios da ordem de governança global. Em primeiro lugar, deve-se observar a dependência da vontade de países hegemônicos em um mundo assimétrico. Em segundo, deve-se observar que, muitos Estados se encontram com o Direito estabelecido em uma ordem que não é regida pelos princípios da igualdade e da liberdade, ou seja, que não são um Estado de Direito forte. Em terceiro, encontra-se o desafio da legitimidade de um sistema global, sem a presença de uma autoridade central. Por último, o desafio da democratização do sistema para que ele não se desvirtue em procedimentos exclusivos a países ou grupos hegemônicos. Alguns países, como os da América Latina, dão respostas positivas a um sistema global inclusivo, que visa assegurar um Estado de Direito em larga escala de forma legítima e democrática.

Sendo assim, pela construção lógica apresentada, entende-se que o neoconstitucionalismo funciona como propulsor para uma construção constitucional a nível global. Nesse sentido, após 1945, a validade de um sistema jurídico exige não só a ratificação interna das pessoas a ele submetidas, mas também a pré-noção de que o imaginário coletivo dessas pessoas foi originalmente produzido e promulgado pelo direito de outros países. Em diferentes ordenamentos, com normas como as cláusulas de abertura, reconhece-se a influência externa às decisões políticas nacionais. Por isso, um sistema jurídico encontra sua legitimidade não apenas por um ato político interno, mas por decisões externas que permeiam a sua criação.

A tese aqui exposta leciona que o movimento iniciado em 1945, o neoconstitucionalismo, criou uma noção de que os sistemas jurídicos nacionais são, na verdade, um subsistema da sociedade global, regulado por um sistema jurídico próprio cada vez mais autônomo que garante, entre outros, a independência de órgãos judiciais e positividade de princípios em textos legais.

O Judiciário, sobretudo, cumpre um papel de maior relevância ao promover essa integração global, em prol de uma ordem normativa compartilhada com padrões comuns de argumentação jurídica, legitimidade política e jurisprudência. Portanto, as críticas direcionadas ao papel do Judiciário no neoconstitucionalismo devem ser, além de refutadas, redirecionadas para se investigar o papel desses juízes em um âmbito maior, com atores hegemônicos e periféricos, normas de conduta razoavelmente mais abertas e com uma estrutura inovadora.

Além disso, o movimento impulsiona uma provocação à auto-constitucionalização do direito internacional, com normas válidas em qualquer ordenamento jurídico. Como visto, desde sua origem, o neoconstitucionalismo tem uma pretensão, ainda que implícita, de globalismo. As normas presentes em um ordenamento jurídico estão presentes, ao mesmo tempo, em diversos outros, com sistemas jurídicos essencialmente diferentes. Mesmo as diferentes conjunturas políticas dos países durante a Segunda Guerra Mundial não foram capazes de tornar as normas tão mais diferentes: elas permaneciam compartilhadas em diferentes ordenamentos jurídicos, a despeito das diferenças entre eles.

Ato contínuo, diversos países iniciaram medidas para promover essa internacionalização. Cláusulas de abertura, reconhecimento dos tratados de direitos humanos e da legitimidade das Cortes regionais são algumas medidas que reconhece que o ordenamento jurídico não mais é isolado para uma sociedade, mas sim compartilhado entre uma sociedade global. Nesse sentido, o sistema global deve se preocupar em contemplar a multiplicidade de ordens culturais a ele inscritas para afastar-se de uma hegemonia de grupos mais influentes.

Assim, considerando-se que não está em curso uma crise constitucional global, de modo que o valor de uma Constituição e do Estado de Direito está, a despeito de casos isolados, assegurado pelo sistema como um todo, torna-se possível fazer a experimentação de novos modelos que se atentem a impulsionar o sistema, seja a legitimação do sistema feita por meio da expertise, do diálogo ou da normatização.

Vencidos os desafios da hegemonia, da robustez, da legitimidade e da democratização do novo sistema, pode o neoconstitucionalismo impulsionar um novo modelo de constituição global. Já existem estudos que apontam caminhos possíveis, com alternativas institucionais democráticas e a superação do paradigma da soberania nacional, que permitem esse avanço. Já existem passos importantes construídos ao longo do tempo. Cabe, agora, reforçá-los e explorar mais a fundo os benefícios de uma sociedade global integrada.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Chiarimenti*. Quodlibet, 17 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-chiarimenti>>. Acesso em: 6 abr. 2021.

ALARCÓN, Pietro Lora. Teoria Geral do Direito Constitucional: A contribuição do Marxismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 6, jul./dez., 2005.

ALEMANHA. *BVerfG*, case 2 BvR 26/04, 3 Mar. 2004, NStZ-RR 2004.

ALEMANHA OCIDENTAL, *Constituição* (1949). Constituição da República Federal da Alemanha (Lei de Bonn). Bonn: Deutscher Bundestag, 1949. Disponível em: [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/Constitutions/ENG/EUR/GER?f=templates\\$fn=document-frameset.htm\\$q=\\$uq=\\$x=\\$up=1](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/Constitutions/ENG/EUR/GER?f=templates$fn=document-frameset.htm$q=$uq=$x=$up=1). Acesso em: 12 ago. 2021.

ALEMANHA ORIENTAL. *Constituição* (1949). *Constituição da República Democrática Alemã*. United States-Department of State. Documents on German 1944-1985. Washington: Department of State, 2015. Disponível em: https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/33cc8de2-3cff-4102-b524-c1648172a838/publishable_en.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021.

ALESSI, Gil. *Os recados do STF a Bolsonaro sobre “autoritarismo” e projeto “Escola sem Partido”*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/31/politica/1541019473_088674.html>. Acesso em: 30 mar. 2021.

ALEXANDER, C. H. International Law in India. *The International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge University Press, V. 1, No. 3, Jul. 1952.

ALEXY, Robert. De la ponderación y la subsunción: una comparación estructural. In: LYNETT, Eduardo Montealegre; PIZARRO, Nathalia Bautista; PEÑA, Luis Felipe Vergara (comp.). *La ponderación en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

_____. *El concepto y la validez del Derecho y otros Ensayos*. Barcelona: Gedisa, 1994.

ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Carl Schmitt: Um teórico da exceção sob o estado de exceção. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte. n. 105, jul./dez. 2012.

ANDERSON, Benedict. *Java in a time of revolution: occupation and resistance, 1944-1946*. Indonesia: Equinox Publishing, 2006.

ÂNGELO, Tiago. *Catapultada por excessos da “lava jato”, lei contra abuso entra em vigor*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/lei-abuso-autoridade-entra-vigor-nesta-sexta>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

AZARI, Julia; MASKET, Seth. The 4 Types of Constitutional Crises. *FiveThirtyEight*. Disponível em: <<https://fivethirtyeight.com/features/constitutional-crisis/>>. 9 fev. 2017. Acesso em: 28 mar. 2021.

BALKIN, Jack M. Constitutional Crisis and Constitutional Rot. In: GRABER, M. A.; LEVINSON, S.; TEUBNET, M. *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford University Press, 2018.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. *Revista brasileira de direito constitucional*. V. 01, n° 7, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Rio de Janeiro: [Syn]Thesis, v. 5, n° 1, 2012.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. 2005. In: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

BARY, Wm. Theodore de. *Sources of East Asian Tradition*. V. 2: The Modern Period. New York: Columbia University Press, 2008.

BAUMAN, Zygmund. *Mensageiros da globalização*. El País. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/29/internacional/1446143608_413979.html#:~:text=Zygmunt%20Bauman%2C%20o%20fil%C3%B3sofo%20da,de%20refugiados%20%C3%A0s%20suas%20costas>. Acesso em: 3 abr. 2021.

_____. Sintomas em busca de um Objecto e de um Nome. In: *O grande retrocesso: Um debate internacional sobre as grandes questões do nosso tempo*. Tradução de Lucília Filipe, Margarida Filipe e Marta Correia, Lisboa: Grupo Editorial Unipessoal, 2017.

BBC Mundo. *O Brexit pode marcar o princípio do fim para a União Europeia?* 26 jun. 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-36633977>>. Acesso em: 7 abr. 2021.

BBC News Brasil. *Aquecimento Global: 7 gráficos que mostram em que ponto estamos*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-46424720>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BECK, Ulrich. *O que é a globalização?* Equívocos do globalismo, respostas à Globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Norberto. Soberania. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (org.). *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1986.

BOSNIAK, Linda. Citizenship denationalized. *Indiana Journal of global league studies*, Bloomington, v. 7, 2000.

BRANT, Danielle; MACHADO, Renato. *Congresso tende a subir o tom contra Bolsonaro com agravamento da pandemia*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/03/apesar-de-criacao-de-comite-congresso-tende-a-subir-o-tom-com-agravamento-da-pandemia.shtml>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 27 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 101*. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 26 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº82.424/RS*. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para acórdão: Ministro Maurício Corrêa, Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em: 26 nov. 2021.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence; ASTRESSES, Pierre-Vincent; BRUCK, Vèronique. The Constitution of France in the Context of EU and Transnational Law: An Ongoing Adjustment and Dialogue to Be Improved. In: ALBI, A.; BARDUTZKY, S. *National Constitutions in European and Global Governance*. SpringerOpen, 2019.

BUTT, Simon. The Position of International Law Within the Indonesian Legal System. *Emory International Law Review*, Vol. 28, Is. 1, 2014.

CALDA, Milos. Constitution-Making in the Post-Communist Countries: A Case of the Czech Republic. *Center for the Study of the Constitution at the American Political Science Association Convention*. Atlanta: Georgia, set. 2-5, 1999.

CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANECA, Joaquim do Amor Divino. “Voto sobre o juramento de Constituição oferecido por D. Pedro I.” In: MELLO, Evaldo Cabral de (org.). *Frei Joaquim do Amor Divino Caneca*. São Paulo: 34, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: _____ (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escojidos*. Madrid: Trotta, 2007.

CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTO, Enzo. *Dependência e Desenvolvimento na América Latina: Ensaio de Interpretação Sociológica*. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CASONATO, Carlo.; WOELK, Jess. *The Constitution of the Italian Republic*. Trento: University of Trento (Centro Stampa), 2008. Disponível em: <<http://www.jus.unitn.it/dsg/publicazioni/costituzione/costituzione%20genn2008.eng.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

CASTRO, Celso; IZECKSOHN, Vitor; KRAAY, Hendrik. *Nova história militar brasileira*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004.

CENTRE VIRTUEL DE LA CONNAISSANCE SUR L'EUROPE. *Constitution of the German Democratic Republic (7 October 1949)*. Disponível em: <https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/33cc8de2-3cff-4102-b524-c1648172a838/publishable_en.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2021.

CHANG, Wen-Chen. An isolated nation with Global-Minded Citizens: Bottom-Up Transnational Constitutionalism in Taiwan. *National Taiwan University Law Review*. V. 4, N. 3, 2009, p. 230.

_____. The Convergence of Constitutions and International Human Rights: Taiwan and South Korea in Comparison. *North Carolina Journal of International Law* 593. V. 36, No. 3, Art. 3, Spr. 2011, Disponível em: <<https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1926&context=ncilj>>. Acesso em 24 ago. 2021.

CHEHTMAN, Alejandro. International Law and Constitutional Law in Latin America. *Forthcoming in Conrado Hübner Mendes and Roberto Gargarella*. The Oxford Handbook of constitutional Law in Latin America, p. 2. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3207795>. Acesso em: 24 ago. 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração. *Revista Crítica Jurídica*. Nº 25, jul./dic. 2006.

COGGIOLA, Osvaldo. *Segunda Guerra Mundial: Causas, Estrutura, Consequências*. São Paulo: Livraria da Física, 2015.

COLE, David. "Trump's Constitutional Crisis," *New York Review of Books*, May 10, 2017, Disponível em: <<http://www.nybooks.com/daily/2017/05/10/trumps-constitutional-crisis-james-comey/>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

COLUMBIA UNIVERSITY. Global Freedom of Expression. *Ekmekdjian v. Sofovich*. Disponível em: <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/ekmekdjian-v-sofovich/?lang=es>>. Acesso em: 1 jul. 2021.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo. Un analisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

COMELLA, Victor Ferreres. La Constitución española ante la clausola de primacía del Derecho de la Unión europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional 1/2004. In: LOPEZ Castillo A et al. *Constitución española y Constitución europea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

CONSTITUTE. *Pesquisa*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en&key=dignity&to_year=1939>. Acesso em: 5 mar. 2021.

CONSTITUTION OF INDIA. *Centre for Law & Policy Research*. Disponível em: <https://www.constitutionofindia.net/constitution_of_india/directive_principles_of_state_policy/articles/Article%2051>. Acesso em: 7 jun. 2021.

CONSTITUTIONNET. *Constitutional history of Germany*. Disponível em: <<https://constitutionnet.org/country/constitutional-history-germany>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA E POLICIAL. *Seminário Internacional realizado nos dias 3 e 4 de maio de 2017 em Bissau, Guiné-Bissau*. AAVV, Camões, I.P. Projeto de Apoio à Consolidação do Estado de Direito Lisboa, 2017.

CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA, Decision n° 170/1984. *Granital* [1984] CLMR 756; Decision No. 183/1973, *Frontini* [1974] 2 CMLR 372. Disponível em: <<https://www.deepdyve.com/lp/kluwer-law-international/constitutional-court-italy-decision-no-170-of-8-june-1984-s-p-a-9tGQkz7oHW>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

COSTA RICA. *Constituição (1949)*. Disponível em: <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cr/cr039en.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009.

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

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado*. Tradução Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O vírus põe a globalização de joelhos*. Tradução Moisés Sbardelotto. Instituto Humanitas UNISINOS, 18 mar. 2020. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597204-ovirus-poe-a-globalizacao-de-joelhos-artigo-de-luigi-ferrajoli>>. Acesso em: 7 abr. 2021.

_____. *Pasado y futuro Del Estado de derecho*. In: Miguel Carbonell (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Principia Iuris - Teoría del derecho y la democracia 2: Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta, 2013

FIGUEROA, Alfonso Garcia. A teoria do Direito em tempos de constitucionalismo. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, ano 1, n. 4, out./dez. 2007.

FOSTER, Nigel; SULE, Salish. *German Legal System and Laws*. Fourth Edition. New York: Oxford University Press, 2010.

FRANÇA. *Constituição da República Francesa*, de 27 de outubro de 1946. Paris: Jornal Oficial da República Francesa, 1946. Disponível em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9617344x/f2>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

GILL, Stephen. Globalization, Market Civilization, and Disciplinary Neoliberalism. *24 MILLENNIUM*, 1995.

GINSBURGS. George. The Validity of treaties in the Municipal Law of the “Socialist” States. *The American Journal of International Law*, v. 59, No. 3, jul. 1965

GOOCH, Roberto K. A recente elaboração constitucional na França. Tradução por Vitor Nunes Leal. *The American Political Science Review*, v. XLI, nº 3, 1947.

GRIMM, Dieter; WENDEL, Mattias; REINBACHER, Tobias. European Constitutionalism and the German Basic Law. In: *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*. ALBI, A.; BARDUTZKY, S. National Constitutions in European and Global Governance. SpringerOpen, 2019.

GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio*. Torino: Giappichelli, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. O Estado Nacional europeu: sobre o passado e o futuro da soberania e da nacionalidade. In: HABERMAS, J. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002

HARARI, Yuval Noah. In the Battle Against Coronavirus, Humanity Lacks Leadership. *Time*, 15 mar. 2020. Disponível em: <https://time.com/5803225/yuval-noah-harari-coronavirus-humanity-leadership>. Acesso em: 30 mar. 2021.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Direito, liberdade, moralidade*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HENDERSEN, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Revista IIDH*, v. 39, 2004.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HIRSCHL, Ran. "The Political Origins of the New Constitutionalism," *Indiana Journal of Global Legal Studies*: V. 11: Iss. 1, Article 4, 2004.

HISTORY. *New Japanese constitution goes into effect (May 03, 1947)*. Disponível em: <<https://www.history.com/this-day-in-history/new-japanese-constitution-goes-into-effect>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

_____. *Republic of India born (January 26, 1950)*. Disponível em: <<https://www.history.com/this-day-in-history/republic-of-india-born>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

HOLMES, Pablo. Transnational Constitutional Pluralism, its Promises and Pitfalls. *Sequência*. Florianópolis, n. 82, ago. 2019.

HUNGRIA. *Constituição da República Popular da Hungria*. Budapeste, 20 Ago., 1949. Disponível em: BRITISH AND FOREIGN STATE PAPERS in which incorporated Hertlet's commercial treaties. 1949, Part. III, vol. 155. London: Her Majesty's Stationery Office, 1958, Acesso em: 24 ago. 2021.

_____. *Constituição da República Húngara de 1949*. Disponível em: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.HUN.3-Annex2.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2021.

HWANG, Jau-Yuan; LIAO, Fort Fu-Te; CHANG, Wen-Chen. *Development of Constitutional Law and Human Rights in Taiwan Facing the New Century*. Institute of Developing Economics Asian Law Series No. 24, Law and Political Development in Asia (Taiwan), Japão: Mar. 2003.

INDIA. *Constituição (1949)*. Disponível em: <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI_1.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2021.

_____. *Constitution of India*. Disponível em: <https://www.constitutionofindia.net/constitution_of_india>. Acesso em: 27 nov. 2021.

_____. *Text of Draft Constitution of India*. Disponível em: <https://www.constitutionofindia.net/historical_constitutions/draft_constitution_of_india__1948_21st%20February%201948>. Acesso em: 27 nov. 2021.

INDONÉSIA. *Constituição de 1945 (reformulada)*. Disponível em: <https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/ac/ewt_dl_link.php?nid=123&filename=parsystem2>. Acesso em: 5 jul. 2021.

_____. *Constituição Provisória da República da Indonésia*. 1950. Disponível em: <<https://www.worldstatesmen.org/Indonesia-Constitution-1950.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

IUGOSLÁVIA. *Constituição da República Federalista Popular da Iugoslávia*. 1946. Disponível em: <https://www.worldstatesmen.org/Yugoslavia_1946.txt>. Acesso em: 4 jun. 2021.

IWASAWA, Yuji. *International Law in the Japanese Legal Order: Recent Developments*. Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), V. 91, Implementation, Compliance and Effectiveness. *American Society of International Law*, April 9-12, 1997.

JAÉN, Braúlio Garcia. *Crises globais exigem soluções globais: é hora de criar uma Constituição mundial?* Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/ideas/2020-04-04/crisis-globais-exigem-solucoes-globais-e-hora-de-criar-uma-constituicao-mundial.html>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

JAPÃO. *Constituição (1946)*. Disponível em: <https://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html>. Acesso em: 7 jun. 2021.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: 70, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOSKENNIEMI, Martti. The politics of International Law 20 Years Later. *European Journal of International Law*. S. 1, v. 20, n. 1, 2009.

LA VALLE, Raniero et. al. ‘Perché la storia continui’. Appello per una Costituzione della Terra. *Il Manifesto*. Roma, 2019.

LA VALLE, Raniero. *Por uma escola e uma constituição da Terra*. Tradução Moisés Sbardelotto. Instituto Humanitas UNISINOS, 18 mar. 2020. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/595259-por-uma-escola-e-uma-constituicao-da-terra-artigo-de-raniero-la-valle>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do Rio de Janeiro. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 10, n. 35, jul./dez. 2016.

LEE, Hanjoo. *The Major Influences of the U.S. Constitutional Law Doctrines on the Interpretation and Application of the Constitution of the Republic of Korea: Critical Analysis on the Current Constitutional Court's Decisions and Thoughts of the Necessity of Amendment of the Current Constitution of the Republic of Korea*. Tese. Golden Gate University School of Law. Paper 18. Spr. 2007.

LEFFLER, Melvyn P.; WESTAD, Odd Anne. *The Cambridge History of the Cold War: v.1, Origins*. Cambridge University Press, 2012.

LEGALE, Siddharta. A Constituição reinventada pelas crises: do Neoconstitucionalismo ao Constitucionalismo Internacionalizado. *Teorias e Estudos Científicos*. Mar.-abr., 2010.

_____. *A Corte Interamericana como Tribunal Constitucional Transnacional*. Rio de Janeiro: Tese de Doutorado em Direito Internacional pelo Programa de Pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

_____. Neoconstitucionalismo internacionalizado e a internacionalização do Direito: o engajamento tardio do direito constitucional do Brasil na esfera internacional. In: *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Direito UERJ, 2015.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEUNG, Edwin Pak-Wah; LEW, Christopher. *Historical dictionary of the Chinese Civil War*. 2. ed. Lanham, MD: Scarecrow Press, 2013.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018;

LIAO, Fort Fu-Te. *Partly Virtual, Partly Real: Taiwan's Unique Interaction with International Human Rights Instruments*. 16 Asian Yearbook of International Law, 2010. Disponível em: <<https://brill.com/view/book/edcoll/9789004379695/BP000003.xml>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

LIMONGI, Fernando. Democracia no Brasil: Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos estudos*. CEBRAP no. 76. São Paulo, nov. 2006.

LOUREIRO, Silviaria da Silveira; MARTINS, Marcello Phillipe Aguiar; SILVA, Caio Henrique Faustino. O princípio de humanidade e os conflitos interculturais: os desafios e possibilidades do novo constitucionalismo latino-americano indigenista. In: TRINDADE, Antonio Augusto Caçado; LEAL, César Barros. (Coord.). *O princípio de humanidade e a salvaguarda da pessoa humana*. Fortaleza: Expressão, 2016

MARTINICO, Giuseppe; GUASTAFERRO, Barbara; POLLICINO, Oreste. *The Constitution of Italy: Axiological Continuity Between the Domestic and International Levels of Governance?* In: ALBI, A.; BARDUTZKY, S. *National Constitutions in European and Global Governance*. SpringerOpen, 2019

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Neoconstitucionalismo*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalism>. Acesso em: 21 fev. 2021.

MASI, Domenico de. Coronavírus anuncia revolução no modo de vida que conhecemos. *Folha de São Paulo*. 22 mar. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/03/coronavirus-anuncia-revolucao-no-modo-de-vida-que-conhecemos.shtml>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *Les Nouvelles tendances du droit constitutionnel*. Giard: Paris, 1931

MORAIS, José Luis Bolzan. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Da exceção Agambeniana à Constituição Planetária de Ferrajoli: Desafios impostos pela pandemia do novo coronavírus às categorias jurídico-políticas tradicionais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito*. Universidade Federal de Santa Maria. v. 15, n. 1, 2020.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Argumentação jurídica e a solução dos casos trágicos. *Cadernos da EMARF: Fenomenologia e Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 1-196, out.2009/mar.2010.

MORTATI, Constantino. *Lezione sulle forme di governo*. Padova: Cedam, 1973.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51. Nº 201. Jan./Mar., 2014.

_____. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*. São Paulo, v. 93, 2014.

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

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 284.

OBSERVATÓRIO DA CRISE DO CORONAVÍRUS. Fundação Perseu Abramo. *O horizonte pós pandemia na reflexão de Luigi Ferrajoli: uma Constituição global mais forte que os mercados*. Disponível em: <<https://fpabramo.org.br/2020/04/20/luigi-ferrajoli-uma-constituicao-global-mais-forte-que-os-mercados/>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

PAULA, Ana Paula Paes de. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo: FGV, vol. 41, n. 3, 2001.

PEREIRA, Celina. *Medindo a governabilidade no Brasil: O presidencialismo de coalizão nos governos FHC, Lula e Dilma*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política da Universidade de Brasília. 30 mar. 2017.

PÉREZ, Marvin Carvajal. O tribunal Constitucional da Costa Rica. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo. São Paulo, V. 1, 1996.

PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. O direito transnacional e a consolidação de um pluralismo jurídico transnacional. *Revista do programa de pós-graduação em Direito da Unochapecó*, v. 2, nº 3, 2019.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição? Tradução Juliana Salvetti. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional - Nº 7 - Jan./Jun 2006 - V.1*.

PREUSS, Lawrence. The relation of international law to internal law in the french constitutional system. *The American Journal of International Law*, V. 44, No. 4, out., 1950.

QUACK, Sigrid. Expertise and Authority in Transnational Governance. In: COTTERRELL, R; MAR, M. *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2016

REIS, Rossana Rocha. O lugar da democracia: a sociedade civil global e a questão da cidadania cosmopolita. In: *Dossiê: Cidadania cosmopolita, democracia e sociedade civil global*. Perspectivas, São Paulo, v. 30.

ROTH, André-Noël. *O Direito em crise: fim do Estado Moderno?* In: FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANCHIS, Luís Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado em América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. *Direitos fundamentais atípicos: uma análise do § 2º, do art. 5º, da Constituição Brasileira de 1988*. 2015. 270 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan./mar. 2009.

SCHMITT, Carl. *La dictadura: Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Tradução José Díaz García. Alianza: Madrid, 1999.

SGANZERLA, Rogério Barros; CASTRO, Matheus Rodrigues Silva; SILVA, Lucas Germano. A carta: diálogos entre Direito e Ciência Política sobre reformas constitucionais. *12º Encontro Associação Brasileira de Ciência Política*. Disponível em: https://www.abcp2020.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=13. Acesso em: 12 jun. 2021.

SILVA, José Afonso. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SKOCPOL, Theda. *Estados e revoluções sociais: análise comparativa da França, Rússia e China*. Lisboa: Presença, 1985.

SOUSA, Viviane. Número de refugiados e deslocados cresce em 2016 e é o maior já registrado, diz relatório. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/numero-de-refugiados-e-deslocados-cresce-em-2016-e-e-o-maior-ja-registra-do-diz-relatorio.ghtml>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

SPLASH DATABASE. *Educational Policies: Germany (2015)*. Disponível em <<https://splash-db.eu/policydescription/educational-policies-germany-2015/>>. Acesso em: 4 mar. 2021.

STEINER, Henry; VAGTS, Detlev KOH, Harold. *Transnational Legal Problems: Materials and Text*. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1994.

STRECK, Luiz Lênio. Contra o Neoconstitucionalismo. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, n. 4, jan.-jun.

SWEET, Alec Stone; BRUNELL, Thomas. Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community. *American Political Science Review*, V. 92, 1998.

TAIWAN. J.Y. *Interpretation n° 329* (1993). Disponível em: <https://www2.judicial.gov.tw/FYDownload/en/p03_01.asp?expno=329>. Acesso em: 24 ago. 2021.

_____. *Constituição da República da China (Taiwan)*. Disponível em: <[https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/Law All.aspx?pcode=A0000001](https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0000001)>. Acesso em: 6 jun. 2021.

TAYLOR, Charles. The dynamics of democratic exclusion. *Journal of democracy*, Washington, v. 9, n. 4, out. 1998.

TCHECOSLOVÁQUIA. *Constituição*. 9 de maio de 1948. Disponível em: <<http://czecon.law.muni.cz/content/en/ustavy/1948/>>. Acesso em: 4 jun. 2021.

_____. *Constitutional Act of 9 May 1948*. Disponível em: <<http://czecon.law.muni.cz/content/en/ustavy/1948/>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

TEIXEIRA, Carlos Sávio. Experimentalismo e democracia em Unger. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. No. 80, São Paulo, 2010.

TEUBNER, Gunther. Constitucionalismo Social: Nove variações sobre o tema proposto por David Sciulli. In: *Teorias Contemporâneas do Direito*. O Direito e as Incertezas Normativas. Curitiba: Juruá, 2016

THE GUARDIAN ARCHIVE. *Italy: the birth of the republic - archive*, 1946. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2021/jun/11/italy-the-birth-of-the-republic-archive-1946>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

THORNHILL, Christopher. *A sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

_____. The global legal system and the procedural construction of constituent power. In: *Global Constitutionalism*. Cambridge University Press, 2016.

TIBURCIO, Carmen. Constituição e relações internacionais. *Universitas JUS*, v. 25, n. 1, p. 1-24, 2014.

TOMUSCHAT, Christian. The Concept of International Law: The German Perspective. In: *European International Law Traditions*, Peter Hilpold. Cham: Springer Nature Switzerland, 2021.

TRINDADE, Otávio Cançado. A constitucionalização do direito internacional Mito ou realidade? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 45, n. 178, abr./jun., 2008.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science, New Series*, V. 185, No. 4157, Set. 1974.

UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* Nova York: Verso, 1996.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:en:PDF>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

VARGAS, Daniel Barcellos. A Degradação Constitucional Brasileira. In: BOLONHA, C. et al. *30 Anos da Constituição de 1988: Uma Jornada Democrática Inacabada*. São Paulo: Fórum, 2018.

_____. *Crise constitucional brasileira? A desarmonia entre os poderes*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/crise-constitucional-brasileira-05012016>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

VEGA, Oscar Castro. *Rodrigo Facio em la constituyente de 1949*. San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2003.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho Constitucional Comparado*. Tradução Claudia Herrera. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. São Paulo: Atlas, 2008.

WETTIG, Gerhard. *Stalin and the Cold War in Europe*, Rowman & Littlefield, 2008.

WIKISOURCE. *French Constitution of 1946*. Disponível em: <https://en.wikisource.org/wiki/French_Constitution_of_1946>. Acesso em: 12 ago. 2021.

WILTS, Alexandra “Comey Fired: America Is Witnessing a Constitutional Crisis, Says Leading Democrat,” *Independent*, May 10, 2017, Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-politics/james-comey-fired-donald-trumpconstitutional-crisis-fbi-director-russian-investigation-latest-news-a7727341.html>>. Acesso em 28 mar. 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 16, n. 2, jul./dez. 2011.

WON, Yoomin. The role of international human rights law in South Korean constitutional court practice: An empirical study of decisions from 1988 to 2015. *I.CON*, V. 16, N. 2, 2018.

WORLD BANK. *Poverty*. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/en/topic/poverty/overview>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

YEH, Jiunn-rong; CHANG, Wen-Chen. A decade of changing constitutionalism in Taiwan. Transitional and transnational perspectives. In: CHEN, Hongyi. *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992.

ZAMORA, Alberto. *The "FDR" of Costa Rica: The Life and Times of Dr. Calderón Guardia*. San José: Tribuna Mag, 19 mai. 2019. Disponível em: <https://tribunamag.com/tribuna/2017/12/9/the-fdr-of-costa-rica>. Acesso em: 11 abr. 2022.

ANEXO

Transcrição dos dispositivos analisados

I. Igualdade (garantia geral)

1. Alemanha Ocidental: Art. 3, 1. “All persons shall be equal before the law.”
2. Alemanha Oriental: Art. 6 “All citizens have equal rights before the law.”.
3. Brasil: Art. 141, § 1º. “Todos são iguais perante a lei”.
4. Coreia do Sul: Art. 3 “There shall be no class distinction among the citizens of the Korean Republic, and men and women, noble and common, rich and poor, shall have complete equality”.
5. Costa Rica: Art. 40. “Todos los habitantes del territorio nacional, tienen personalidad jurídica y gozan de la protección de la ley, sin que esta pueda establecer diferencia alguna entre ellos por razones de raza, religión e ideología. Sin embargo, les dará un trato que compense las desigualdades derivadas de la naturaleza física y de la organización social, trato que se fundara exclusivamente en las características generales que la propia ley determine.”.
6. França: Preâmbulo. “The Nation shall proclaim the solidarity and equality of all the French people with respect to burdens resulting from national disasters.”
7. Hungria: Art. 49 (1). “The citizens of the Hungarian People's Republic are equal before the law and enjoy equal rights.”
8. Índia: Art. 14. “The State shall not deny to any person equality before the law or the equal protection of the laws within the territory of India.”
9. Indonésia, 1945: Art. 27 (1) “All citizens have equal status before the law and in government and shall abide by the law and the government without any exception.”.
10. Indonésia, 1950: Art. 7 (1 e 2). “1. Everyone is recognized as a person before the law. 2. All are entitled to equal treatment and equal protection under the law.”
11. Itália: Art. 3. “All citizens have equal social dignity and are equal before the law, without distinction of sex, race, language, religion, political opinion, personal and social conditions.”
12. Iugoslávia. Art. I, S. 1 “Section 1. The Federative People's Republic of Yugoslavia is a federal people's state, republican in form, a community of peoples equal in rights who, on the basis of the right to self-determination, including the right of separation, have expressed their will to live together in a federative state.”
13. Japão: Art. 14. “All of the people are equal under the law and there shall be no discrimination in political, economic or social relations because of race, creed, sex, social status or family origin.”
14. Taiwan: Art. 7. “All citizens of the Republic of China, irrespective of sex, religion, ethnic origin, class, or party affiliation, shall be equal before the law”.
15. Tchecoslováquia: § 1 (1) “All citizens are equal before the law”.

II. Liberdade religiosa (Exceção: França)

1. Alemanha Ocidental: Art. 4, 1. “Freedom of faith and of conscience, and freedom to profess a religious or philosophical creed, shall be inviolable”.
2. Alemanha Oriental: Art. 41. “Every citizen enjoys complete freedom of faith and conscience. The practice of religion without interference enjoys the protection of the Republic.”.
3. Brasil: Art. 141, § 7º. “É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os

bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.”

4. Coreia do Sul: Art. 4. “The citizens of the Korean Republic shall have personal and property rights including the freedoms of faith, speech, writing, publishing, association, assembly, and dwelling”.
5. Costa Rica: Art. 51. “Todos los habitantes de la República gozan de libertad de conciencia y de derecho de manifestar y de propagar sus creencias religiosas y ejercer el culto, individual o colectivamente, mientras no se ofendan los sentimientos morales de la sociedad.”
6. Hungria: Art. 54 (1). “The Hungarian People's Republic guarantees to its citizens freedom of conscience and the right of free exercise of religion”.
7. Índia: Art. 25.1. “1. Subject to public order, morality and health and to the other provisions of this Part, all persons are equally entitled to freedom of conscience and the right freely to profess, practise and propagate religion.”
8. Indonésia, 1945: Art. 29, 2. “The State guarantees all persons the freedom of worship, each according to his/her own religion or belief”.
9. Indonésia, 1950: Art. 18 “Everyone is entitled to freedom of religion, conscience and thought”.
10. Itália: Art. 8 “All religious denominations are equally free before the law.”
11. Iugoslávia: Art. V, S. 25. “Section 25. Freedom of conscience and freedom of religion are guaranteed to citizens. The Church is separate from the state. Religious communities, whose teaching is not contrary to the Constitution, are free in their religious affairs and in the performance of religious ceremonies. Religious schools for the education of priests are free and are under the general supervision of the state. The abuse of the Church and of religion for political purposes and the existence of political organizations on a religious basis are forbidden. The state may extend material assistance to religious communities.”
12. Japão: Art. 20. “Freedom of religion is guaranteed to all. No religious organization shall receive any privileges from the State, nor exercise any political authority.”
13. Taiwan: Art. 13 “The people shall have freedom of religious belief.”
14. Tchecoslováquia: § 16 “(1) Every one shall be entitled to profess privately and publicly and religious creed or to be without denomination.”

III. Liberdade de expressão (Exceção: França)

1. Alemanha Ocidental: art. 5 (1). “Every person shall have the right freely to express and disseminate his opinions in speech, writing and pictures, and to inform himself without hindrance from generally accessible sources.”
2. Alemanha Oriental: art. 9 “All citizens have the right, within the limits of universally applicable laws, to express their opinion freely and publicly and to hold unarmed and peaceful assemblies for that purpose. This freedom shall not be restricted by any service or employment status, and no one may be discriminated against for exercising this right.”
3. Brasil: art. 141, § 5º. “É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.”

4. Coreia do Sul: art. 4. “The citizens of the Korean Republic shall have personal and property rights including the freedoms of faith, speech, writing, publishing, association, assembly, and dwelling”.
5. Costa Rica: Art. 30 “La República garantiza la expresión y comunicación del pensamiento en cualquier forma, sin previa censura, y el libre acceso a las fuentes oficiales de información; pero cualquier acto que lesione la honra o el patrimonio de la persona será reprimido por la ley. No constituye violación de los derechos que este artículo establece, la exigencia de requisitos indispensables para responsabilizar a quienes editen los órganos de publicidad o hagan uso de ellos.”
6. Hungría: art. 55 (1). In accordance with the interests of the workers the Hungarian People’s Republic guarantees freedom of the press, freedom of speech and freedom of assembly.”
7. Índia: art. 19, 1, a. “Subject to the other provisions of this article, all citizens shall have the right: to freedom of speech and expression”.
8. Indonésia, 1945: Art. 28 “Freedom of association and assembly, of verbal and written expression and the like, shall be prescribed by law.”
9. Indonésia, 1950: Art. 19 “Everyone has the right to freedom of opinion and of expression.”
10. Itália: art. 21 “All have the right to express freely their own thoughts by word, in writing and by all other means of communication.”
11. Iugoslávia. Art. V, S. 27 “Section 27. Citizens are guaranteed the freedom of the Press, freedom of speech, freedom of association, freedom of assembly, the freedom to hold public meetings and demonstrations.”
12. Japão: art. 21. “Freedom of assembly and association as well as speech, press and all other forms of expression are guaranteed. No censorship shall be maintained, nor shall the secrecy of any means of communication be violated.”
13. Taiwan: art. 11 “The people shall have freedom of speech, teaching, writing and publication.”
14. Tchecoslováquia: §18 (1) “Freedom of expression is guaranteed.”

IV. Liberdade de reunião (Exceção: França)

1. Alemanha Ocidental: art. 8 (1). “All Germans shall have the right to assemble peacefully and unarmed without prior notification or permission.”
2. Alemanha Oriental: art. 9 “All citizens have the right, within the limits of universally applicable laws, to express their opinion freely and publicly and to hold unarmed and peaceful assemblies for that purpose. This freedom shall not be restricted by any service or employment status, and no one may be discriminated against for exercising this right.”
3. Brasil: art. 141, § 11. “Todos podem reunir-se, sem armas, não intervindo a polícia senão para assegurar a ordem pública. Com esse intuito, poderá a polícia designar o local para a reunião, contanto que, assim procedendo, não a frustre ou impossibilite.”
4. Coreia do Sul: art. 4. “The citizens of the Korean Republic shall have personal and property rights including the freedoms of faith, speech, writing, publishing, association, assembly, and dwelling.”
5. Costa Rica: art. 25 “Los costarricenses pueden reunirse pacíficamente y sin armas con el objeto de ocuparse de asuntos particulares o públicos, y de examinar la conducta oficial de los funcionarios. Las reuniones que se verifiquen en recintos privados no necesitaran

autorización previa; las que celebren en sitios públicos estarán sujetas a la reglamentación que fijará la ley.”

6. Hungría: art. 55 (1). In accordance with the interests of the workers the Hungarian People’s Republic guarantees freedom of the press, freedom of speech and freedom of assembly.”
7. Índia: art. 19, 1, b. “Subject to the other provisions of this article, all citizens shall have the right: to assemble peaceably and without arms”.
8. Indonésia, 1945: Art. 28 “Freedom of association and assembly, of verbal and written expression and the like, shall be prescribed by law.”
9. Indonésia, 1950: Art. 20. “The right of all residents to freedom of assembly and association is recognized and shall be regulated by law.”
10. Itália: art. 17. “Citizens have the right to assemble peaceably and unarmed. No previous notice is required for meetings, even when held in places open to the public. For meetings in public places previous notice must be given to the authorities, who may forbid them only for proven risks to security and public safety.”
11. Iugoslávia. Art. V, S. 27 “Section 27. Citizens are guaranteed the freedom of the Press, freedom of speech, freedom of association, freedom of assembly, the freedom to hold public meetings and demonstrations.”
12. Japão: art. 21. “Freedom of assembly and association as well as speech, press and all other forms of expression are guaranteed. No censorship shall be maintained, nor shall the secrecy of any means of communication be violated.”
13. Taiwan: art. 14 “The people shall have freedom of assembly and association.”
14. Tchechoslováquia: Svoboda shromažďovací a spolčovací (§ 24): “(1) The right to assemble and to form associations is guaranteed provided that the People's Democratic Order, or public law and order are not threatened thereby.”

V. Liberdade de associação (Exceção: França)

1. Alemanha Ocidental: art. 9 (1). “All Germans shall have the right to form corporations and other associations”.
2. Alemanha Oriental: art. 12 “All citizens have the right to form associations or societies for purposes not conflicting with criminal law.”
3. Brasil: art. 141, § 12. É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária.
4. Coreia do Sul: art. 4. “The citizens of the Korean Republic shall have personal and property rights including the freedoms of faith, speech, writing, publishing, association, assembly, and dwelling.”
5. Costa Rica: art. 26 “Los habitantes de la República pueden asociarse y establecer funciones para fines lícitos.”
6. Hungría: art. 56 (1). “In order to promote the development of the social, economic and cultural activity of the workers the Hungarian People’s Republic constitutionally guarantees the right to form associations.”
7. Índia: art. 19, 1, c. “Subject to the other provisions of this article, all citizens shall have the right: to form associations or unions”.
8. Indonésia, 1945: Art. 28 “Freedom of association and assembly, of verbal and written expression and the like, shall be prescribed by law.”

9. Indonésia, 1950: Art. 20. "The right of all residents to freedom of assembly and association is recognized and shall be regulated by law."
10. Itália: art. 18. "Citizens have the right to form associations freely, without authorisation, for ends that are not forbidden to individuals by criminal law".
11. Iugoslávia. Art. V, S. 27 "Section 27. Citizens are guaranteed the freedom of the Press, freedom of speech, freedom of association, freedom of assembly, the freedom to hold public meetings and demonstrations."
12. Japão: art. 21. "Freedom of assembly and association as well as speech, press and all other forms of expression are guaranteed. No censorship shall be maintained, nor shall the secrecy of any means of communication be violated."
13. Taiwan: art. 14 "The people shall have freedom of assembly and association."
14. Tchecoslováquia: Svoboda shromažďovací a spolčovací (§ 24): "(1) The right to assemble and to form associations is guaranteed provided that the People's Democratic Order, or public law and order are not threatened thereby."

VI. Afirmação do sufrágio universal (Exceção: Indonésia 1945)

1. Alemanha Ocidental: Art. 28 (1) "The constitutional order in the Länder must conform to the principles of a republican, democratic and social state governed by the rule of law within the meaning of this Basic Law. In each Land, county and municipality the people shall be represented by a body chosen in general, direct, free, equal and secret elections. In county and municipal elections, persons who possess the citizenship of any member state of the European Community are also eligible to vote and to be elected in accordance with European Community law. In municipalities a local assembly may take the place of an elected body."
2. Alemanha Oriental: Art 51 (2) "Representatives are elected in universal, equal, direct and secret ballot for a term of four years, according to the principles of proportional representation."
3. Brasil: Art. 134. "O sufrágio é universal e, direto; o voto é secreto; e fica assegurada a representação proporcional dos Partidos Políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer."
4. Coreia do Sul: Art. 5 "A citizen of the Korean Republic, unless disfranchised, shall have the right to vote or to be elected."
5. Costa Rica: Art. 118. "El sufragio es la función primordial del ciudadano, y se ejerce ante las juntas electorales, en votación universal, directa, personal, igualitaria y secreta, por los ciudadanos inscritos en el Registro Civil."
6. França: Art. 4 "All French subjects and nationals of both sexes, who are majors and enjoy civil and political rights, may vote under the conditions prescribed by law."
7. Hungria: Art. 63 (1) "The right to vote belongs to every adult citizen of the Hungarian People's Republic."
8. Índia: Art. 326 "The elections to the House of the People and to the Legislative Assembly of every State shall be on the basis of adult suffrage; that is to say, every person who is a citizen of India and who is not less than [eighteen years] of age on such date as may be fixed in that behalf by or under any law made by the appropriate Legislature and is not otherwise disqualified under this Constitution or any law made by the appropriate Legislature on the ground of non-residence, unsoundness of mind, crime or corrupt or illegal practice, shall be entitled to be registered as a voter at any such election."

9. Indonésia, 1950: art. 35 “The will of the people is the basis of public authority. This will is expressed in periodic and genuine elections which are held by universal and equal suffrage and by secret vote or by equivalent free voting procedure.”
10. Itália: art. 56 “The Chamber of Deputies is elected by universal and direct suffrage.”; art. 58 “Senators are elected by universal and direct suffrage by the electors older than twenty-five years of age.”
11. Iugoslávia: art. II, S. 7. “All the representative organs of state authority are elected by the citizens on the basis of universal, equal and direct suffrage by secret ballot.”
12. Japão: Art. 15. “(...) Universal adult suffrage is guaranteed with regard to the election of public officials”.
13. Taiwan: art. 129 “The various kinds of elections prescribed in this Constitution, except as otherwise provided by this Constitution, shall be by universal, equal, and direct suffrage and by secret ballot.”
14. Tchecoslováquia: Fundamental Articles of the Constitution: Art. IV: “(2) The franchise to the representative bodies is universal, equal, direct, and secret. Every citizen has the right to vote on reaching the age of eighteen. Every citizen may be elected on reaching the age of twenty-one.”

VII. Educação gratuita (Exceções: Coreia do Sul e Indonésia 1945)

1. Alemanha Ocidental: Art. 7, 1 e 4. “The entire school system shall be under the supervision of the state”; “The right to establish private schools shall be guaranteed. Private schools that serve as alternatives to state schools shall require the approval of the state and shall be subject to the laws of the Länder. Such approval shall be given when private schools are not inferior to the state schools in terms of their educational aims, their facilities, or the professional training of their teaching staff, and when segregation of pupils according to the means of their parents will not be encouraged thereby. (...)”.
2. Alemanha Oriental: Art. 34. “Art, science, and their teaching, are free.”; Art. 36 “The Länder are responsible for the establishment of a public school system and for the practical operation of school instruction. To this effect the Republic shall issue uniform legislative provisions of a basic character. The Republic may itself establish public educational institutions.”.
3. Brasil: Art. 168, II “o ensino primário oficial é gratuito para todos; o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos”;
4. Costa Rica: Art. 69. “La educación es función esencial del Estado que la ofrecerá gratuitamente a los habitantes del territorio nacional, desde la enseñanza preescolar hasta la segunda inclusive, imponiendo obligatoriamente la primaria.”
5. França: Preâmbulo. “The Nation shall guarantee equal access of children and adults to education, professional training, and culture. The establishment of free, secular, public education on all levels, shall be a duty of the State.”
6. Hungria: Art. 48 (2). “The Hungarian People's Republic realises this right by the general provision of public education in free and compulsory general schools, by secondary and high school education, by the further education of adult workers and their material support”.
7. Índia: Art. 45. “The State shall endeavour to provide, within a period of ten years from the commencement of this Constitution, for free and compulsory education for all children until they complete the age of fourteen years.”.

8. Indonésia, 1950: Art. 30 “1. Every citizen is entitled to receive an education. 2. The choice of education is free. 3. Teaching is free, except for the supervision to be exercised by public authority in accordance with the law.”
9. Itália: Art. 34. “(...) Primary education, given for at least eight years, is compulsory and free of tuition.”
10. Iugoslávia: Art. V, S. 38. “Section 38. In order to raise the general cultural standard of the people, the state ensures the accessibility of schools and other educational and cultural institutions to all classes of the people. The state pays special attention to the young and protects their education. Schools are state-owned. The founding of private schools may be permitted only by law, and their work is controlled by the state. Elementary education is compulsory and free. The School is separate from the Church.”
11. Japão: Art. 26. “(...) All people shall be obligated to have all boys and girls under their protection receive ordinary education as provided for by law. Such compulsory education shall be free.”
12. Taiwan: Art. 160, 1. “All children of school age from six to twelve years shall receive free elementary education. Those from poor families shall be supplied with books by the Government”.
13. Tchecoslováquia: § 13 (2). “Basic education shall be uniform, compulsory and free”.

VIII. Voto secreto (Exceções: Coreia do Sul e Indonésia 1945)

1. Alemanha Ocidental: Art. 28, 1. “(...) In each Land, county and municipality the people shall be represented by a body chosen in general, direct, free, equal and secret elections. (...)”.
2. Alemanha Oriental: Art. 51. “(...) Representatives are elected in universal, equal, direct and secret ballot for a term of four years, according to the principles of proportional representation.”.
3. Brasil: Art. 43. “O voto será secreto nas eleições e nos casos estabelecidos nos arts. 45, § 2º, 63, nº i, 66, nº VIII, 70, § 3, 211 e 213.”
4. Costa Rica: Art. 118. “El sufragio es la función primordial del ciudadano, y se ejerce ante las juntas electorales, en votación universal, directa, personal, igualitaria y secreta, por los ciudadanos inscritos en el Registro Civil.”
5. França: Art. 3º. “In all other matters, they shall exercise it through their Deputies in the National Assembly, elected by popular, equal, direct and secret ballot.”
6. Hungria: Art. 62, 1. “Parliamentary Deputies are elected by the electors of the Hungarian People's Republic by secret vote, on the basis of a general, uniform and direct election law”.
7. Índia: Art. 55, 1. “The election of the President shall be held in accordance with the system of proportional representation by means of the single transferable vote and the voting at such election shall be by secret ballot.”
8. Indonésia, 1950: Art. 35. “The will of the people is the basis of public authority. This will is expressed in periodic and genuine elections which are held by universal and equal suffrage and by secret vote or by equivalent free voting procedure.”
9. Itália, Art. 48 (2). “The vote is personal and equal, free and secret. The exercise thereof is a civic duty.”
10. Iugoslávia: Art. II, S. 7. “(1) All the representative organs of state authority are elected by the citizens on the basis of universal, equal and direct suffrage by secret ballot.”

11. Japão: Art. 15. “In all elections, secrecy of the ballot shall not be violated. A voter shall not be answerable, publicly or privately, for the choice he has made”.
12. Taiwan: Art. 129. “The various elections prescribed in this Constitution shall be by universal, equal, and direct suffrage and by secret ballot, unless otherwise stipulated in this Constitution.”
13. Tchecoslováquia: Art. IV, (2). The franchise to the representative bodies is universal, equal, direct, and secret. Every citizen has the right to vote on reaching the age of eighteen. Every citizen may be elected on reaching the age of twenty-one.

IX. Direito à propriedade privada (Exceções: França e Indonésia 1945)

1. Alemanha Ocidental: Art. 14 (1) “Property and the right of inheritance shall be guaranteed. Their content and limits shall be defined by the laws”.
2. Alemanha Oriental: Art. 22 “Private property is guaranteed by the Constitution. Its scope and its limitations are derived from law and from the obligations toward the welfare of the community at large.”
3. Brasil: art. 141, § 16. “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.”
4. Coreia do Sul: art. 4. “The citizens of the Korean Republic shall have personal and property rights including the freedoms of faith, speech, writing, publishing, association, assembly, and dwelling.”
5. Costa Rica: art. 54 “La República reconoce y garantiza la propiedad privada, sin perjuicio del dominio eminente del Estado sobre todos los bienes existentes en el territorio nacional.”
6. Hungria: art. 8 (1 e 2) “The Constitution recognises and protects property acquired by work. Private property and individual initiative may not infringe public interests.”
7. Índia: art. 19, 1, f. “Subject to the other provisions of this article, all citizens shall have the right: to acquire, hold and dispose of property”.
8. Indonésia, 1950: art. 8 “All persons within the territory of the State are entitled to equal protection of person and property.”
9. Itália: art. 42 “Property is public or private. Economic goods belong to the State, to entities or to private persons. Private property is recognized and guaranteed by law, which prescribes the ways it is acquired, 13 enjoyed and its limits in order to ensure its social function and to make it accessible to all.”
10. Iugoslávia: Art. IV, S. 18 “Private property and private initiative in economy are guaranteed.”
11. Japão: art. 29. “The right to own or to hold property is inviolable.”
12. Taiwan: art. 15 “The right of existence, the right of work, and the right of property shall be guaranteed to the people.”
13. Tchecoslováquia: art. XII (1): “The economic system of the Czechoslovak Republic rests: (...) On the protection of small and medium-sized enterprise, and on the inviolability of personal property.”

X. Direito ao / Obrigação de trabalho (Exceções: Alemanha Ocidental e Coreia do Sul)

1. Alemanha Oriental: art. 15 “The right to work is guaranteed. By means of economic control the state ensures to each citizen work and a living. Whenever suitable work cannot be found for him, he shall be provided necessary sustenance.”
2. Brasil: art. 145, p. único: “A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.”
3. Costa Rica: Art. 84 “El trabajo es un derecho del individuo y una obligación para con la sociedad. El estado debe de procurar que todos tengan ocupación honestas, útil, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía.”
4. Hungria: art. 45 (1) “The Hungarian People’s Republic guarantees to its citizens the right to work, and adequate pay according to the quantity and quality of the work carried out”.
5. Índia: art. 19, 1, g. “Subject to the other provisions of this article, all citizens shall have the right: to practise any profession, or to carry on any occupation, trade or business”.
6. Indonésia, 1945: Art. 27, 2. “Every citizen has the right to work and to live in human dignity.”
7. Indonésia, 1950: art. 28, 1. “Every citizen according to his ability has the right to such work as is worthy of a human being.”
8. Itália: art. 4 “The Republic recognizes the right of all citizens to work and promotes those conditions that will make this right effective.”
9. Iugoslávia: art. 32 “It is the duty of every citizen to work according to his abilities; he who does not contribute to the community cannot receive from it.”
10. Japão: art. 27. “All people shall have the right and the obligation to work”.
11. França: Preâmbulo. Everyone shall have the obligation to work and the right to obtain employment. No one may suffer in his work or his employment because of his origin, his opinions or his beliefs.
12. Taiwan: art. 15 “The right of existence, the right of work, and the right of property shall be guaranteed to the people.”
13. Tchecoslováquia: Art. III, (3). “All citizens have the right to education, the right to work, to a just reward for work done, and to leisure after work. National Insurance shall provide for all citizens in cases of incapacity for work.”

XI. Liberdade pessoal ou de movimento (Exceções: França e Indonésia 1945)

1. Alemanha Ocidental: art. 11 (1) “All Germans have the right to move freely throughout the federal territory”.
2. Alemanha Oriental: art. 8. Personal liberty, inviolability of the home, secrecy of the mail, and the right to take up residence at any place are guaranteed. State authority may restrict or revoke these freedoms only on the basis of a law applicable to all citizens.
3. Brasil: art. 141, § 23. “Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o habeas corpus”.
4. Coreia do Sul: art. 4. “The citizens of the Korean Republic shall have personal and property rights including the freedoms of faith, speech, writing, publishing, association, assembly, and dwelling.”
5. Costa Rica: art. 21 “Toda persona es libre de permanecer en cualquier localidad de la República, de entrar, salir y transitar por su territorio. También podrá mover los bienes

que legalmente disponga. A los costarricenses no se les podrá exigir requisitos que impidan su ingreso al país. Los derechos que garantizan este artículo podrán ser limitados por orden judicial, por leyes relativas al ingreso de extranjeros, y, además en caso de manifiesta necesidad pública, por disposiciones legales de carácter sanitario o de policía.”

6. Hungría: art. 57. “The Hungarian People’s Republic guarantees the personal freedom and privileges of the citizens, and respects the secrecy of correspondence and the inviolability of the home”.
7. Índia: art. 19, 1, d. “Subject to the other provisions of this article, all citizens shall have the right: to move freely throughout the territory of India”.
8. Indonésia, 1950: art. 9.1. “Everyone has the right of freedom of movement and residence within the borders of the State.”
9. Itália: art. 13 “Personal liberty is inviolable”.
10. Iugoslavia: Art. V, S. 28 “Citizens are guaranteed inviolability of person.”
11. Japão: art. 22. “Every person shall have freedom to choose and change his residence and to choose his occupation to the extent that it does not interfere with the public welfare.”
12. Taiwan: art. 8 “Personal freedom shall be guaranteed to the people.”
13. Tchechoslováquia: Personal Freedom (§ 2º): Personal freedom is guaranteed. It may be restricted or withheld only on the basis of the law.

XII. Direito das crianças (Exceções: Coreia do Sul e Indonésia 1950)

1. Alemanha Ocidental: Art. 6 (2) “The care and upbringing of children is the natural right of parents and a duty primarily incumbent upon them. The state shall watch over them in the performance of this duty.”
2. Alemanha Oriental: Art. 39 “Every child must be given the opportunity fully to develop its physical, mental and moral capacities. The school career of youth must on no account depend on the social or economic position of the parents. Indeed, children who are at a disadvantage because of social conditions are to be given special care. Attendance at vocational school, high school and university must be open to gifted pupils from all classes of the population.”
3. Brasil: Art. 164. “É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.”
4. Costa Rica: Art. 65 “El menor tiene derecho a vivir en condiciones que le permitan llegar a su completo y normal desarrollo físico, intelectual y moral. Una legislación especial debe de reconocer sus derechos y privilegios, así como establecer todo lo relativo a los tribunales de menores, que dependerán del Poder Judicial.”
5. França: Preâmbulo: “The Nation shall guarantee equal access of children and adults to education, professional training, and culture. The establishment of free, secular, public education on all levels, shall be a duty of the State.”
6. Hungría: art. 52. “The Hungarian People’s Republic attaches particular attention to the development and education of youth: the interests of youth are consistently protected.”
7. Índia: art. 24 “No child below the age of fourteen years shall be employed to work in any factory or mine or engaged in any other hazardous employment.”; art. 39 (f) “that children are given opportunities and facilities to develop in a healthy manner and in conditions of freedom and dignity and that childhood and youth are protected against exploitation and against moral and material abandonment.”
8. Indonésia, 1945: “The poor and destitute children shall be cared for by the State.”

9. Itália: art. 31 (2). “It (The Republic) protects maternity, infancy and youth, promoting the institutions necessary for this purpose.”
10. Iugoslávia: art. V, S. 26 (6). “Minors are under the special protection of the state.”
11. Japão: art. 27 “Children shall not be exploited.”
12. Taiwan: art. 156 “The State, in order to consolidate the foundation of national existence and development, shall protect motherhood and carry out a policy for the promotion of the welfare of women and children”.
13. Tchecoslováquia: Protection of the Family and of Youth “(1) To children the State shall ensure special care and protection. In particular the State shall take systematic measures in the interest of the increase of the population within the nation. (2) The rights of a child shall not be prejudiced by virtue of its origin. Details shall be prescribed by Act.”

XIII. Educação compulsória (Exceções: Alemanha Ocidental, França e Indonésia 1945)

1. Alemanha Oriental: art. 38 “Attendance at school is compulsory for all until completion of the eighteenth year of life. After completion of a primary school course compulsory for all children, training is pursued in a vocational or technical school, in high school or in other public educational institutions. All juveniles under eighteen years of age must attend a vocational or training school unless they attend another (public) school. Private schools as substitutes for public schools (state or municipal) are inadmissible.”
2. Brasil: Art. 168, I. “o ensino primário é obrigatório e só será dado na língua nacional;”
3. Coreia do Sul: Art. 6 “The citizens of the Korean Republic shall be subject to compulsory education, taxation, and military conscription.”
4. Costa Rica: Art. 69. “La educación es función esencial del Estado que la ofrecerá gratuitamente a los habitantes del territorio nacional, desde la enseñanza preescolar hasta la segunda inclusive, imponiendo obligatoriamente la primaria.”
5. Hungria: Art. 48 (2). “The Hungarian People's Republic realises this right by the general provision of public education in free and compulsory general schools, by secondary and high school education, by the further education of adult workers and their material support”.
6. Índia: Art. 45. “The State shall endeavour to provide, within a period of ten years from the commencement of this Constitution, for free and compulsory education for all children until they complete the age of fourteen years.”.
7. Indonésia, 1950: art. 41 (4). “As regards elementary education, the authorities shall aim at a speedy introduction of general compulsory education.”
8. Itália: Art. 34. “(...) Primary education, given for at least eight years, is compulsory and free of tuition.”
9. Iugoslávia: art. V, S. 38 (4). “Elementary education is compulsory and free.”
10. Japão: Art. 26. “(...) All people shall be obligated to have all boys and girls under their protection receive ordinary education as provided for by law. Such compulsory education shall be free.”
11. Taiwan: art. 21 “The people shall have the right and the duty of receiving citizens' education.”
12. Tchecoslováquia: Right to Education (§ 13): “(2) Basic education shall be uniform, compulsory and free.”

XIV. Proteção à expropriação (Exceções: Coreia do Sul, França e Indonésia 1945)

1. Alemanha Ocidental: art. 14 (3) “Expropriation shall only be permissible for the public good It may only be ordered by or pursuant to a law that determines the nature and extent of compensation. Such compensation shall be determined by establishing an equitable balance between the public interest and the interests of those affected. In case of dispute concerning the amount of compensation, recourse may be had to the ordinary courts.”
2. Alemanha Oriental: Art. 23 “Restrictions on private property and expropriations may be imposed only for the benefit of the general public and on a legal basis. They shall take place against reasonable compensation unless the law provides otherwise. If the amount of compensation is in dispute, recourse to the ordinary courts shall be open insofar as a law does not provide otherwise.”
3. Brasil: Art. 141, § 16. “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.”
4. Costa Rica: Art. 58 “Se prohíbe la confiscación, salvo el comiso que establezcan las leyes penales.”
5. Hungria: Art. 59 “The fundamental duties of the citizens of the Hungarian People's Republic are: protecting the property of the people, strengthening social property, (...)”
6. Índia: art. 31 “(1) No person shall be deprived of his property save by authority of law. Clause (2) No property shall be compulsorily acquired or requisitioned save for a public purpose and save by authority of a law which provides for acquisition of the property for an amount which shall be fixed by such law; and no such law be called in question in any court on the ground that the amount so fixed is not adequate.”
7. Indonésia, 1950: art. 27 (1) “Expropriation of any property or right for the general benefit cannot take place, except with indemnification and in accordance with regulations as established by law.”
8. Itália: art. 42 (2). “In such cases provided for by law and with provisions for compensation, private property can be expropriated for reasons of the general interest.”
9. Iugoslávia: art. IV, S. 18 (4). “Private property may be limited or expropriated if the common interest requires it, but only in accordance with the law. It will be determined by law in which cases and to what extent the owner shall be compensated.”
10. Japão: Art. 29 “(...) Private property may be taken for public use upon just compensation therefor.”
11. Taiwan: art. 143 “All land within the territorial limits of the Republic of China shall belong to the entire body of citizens. Private ownership of land, acquired by the people in accordance with the law, shall be protected and limited by law. (...)”
12. Tchecoslováquia: Right of Property (§ 9): “(2) Expropriation shall be possible only on the basis of the law and on payment of compensation except in such cases as it is or shall be prescribed by law that no compensation be given.”

XV. Direito de formar ou participar de sindicatos (Exceções: Coreia do Sul, Indonésia 1945 e Taiwan)

1. Alemanha Ocidental: art. 9 (1). “All Germans shall have the right to form corporations and other associations”.

2. Alemanha Oriental: art. 14 “Everyone is guaranteed the right to organize for the improvement of wages and working conditions. Any agreements and measures intended to restrict this right or impede it are unlawful and prohibited. (Recognized) trade unions are vouchsafed for the right to strike.”
3. Brasil: art. 159. “É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público.”
4. Costa Rica: art. 87, § 1º. Libre y voluntaria sindicalización patronal y obrera con el fin de obtener beneficios económicos, sociales o profesionales. Los sindicatos no pueden ejercitar actividades de carácter político-electoral o religioso.
5. França: Preâmbulo: “Every worker, through his delegates, may participate in collective bargaining to determine working conditions, as well as in the management of the enterprise.”
6. Hungria: art. 56 (2) “In the due performance of its tasks the Hungarian People’s Republic relies upon the organisations of self-reliant workers. In the interest of protecting the order of the People’s Republic, of increasing participation in socialist reconstruction, of extending cultural education and of realising the rights of the people and fostering international solidarity, the workers form Trade Unions, democratic women and youth organisations and other mass organisations, and combine their forces in the Democratic People’s Front. In these organisations the close co-operation of industrial, agricultural and intellectual workers as well as their democratic unit is being realised. The workers’ class, relying on the democratic unity of the people and directed by its vanguard, is the leading force of all State and social activity.”
7. Índia: art. 13, 1, c: “Subject to other provisions of this article, all citizens shall have the right: to form associations or unions.”
8. Indonésia, 1950: art. 29 “Everyone has the right to form and to join trade unions for the protection and the promotion of his interests.”
9. Itália: art. 39 “Trade union organisation is free. No obligations can be imposed on trade unions other than registration at local or central offices, according to the provisions of the law.”
10. Iugoslávia: art. IV, S. 20. “By economic and other measures the state assists the working people to associate and organize themselves for their protection against economic exploitation.”
11. Japão: art. 28 “Article 28. The right of workers to organize and to bargain and act collectively is guaranteed.”
12. Tchecoslováquia: Svoboda shromažd’ovací a spolčovací (§ 25): “(1) In order to protect their rights, employed persons may associate together in a United Trade Union Organization and be entitled to defend their interests through the instrumentality thereof.”

XVI. Direito à cultura (Exceções: Alemanha Ocidental, Coreia do Sul e França)

1. Alemanha Oriental: art. 34 “Art, science, and their teaching, are free. The state participates in their cultivation and grants them protection, especially against their abuse for purposes which are contrary to the provisions or the spirit of the Constitution.”
2. Brasil: art. 174 “O amparo à cultura é dever do Estado.”
3. Costa Rica: art. 1. “Costa Rica es una República democrática, organizada con el propósito fundamental, de garantizar la libertad, la dignidad, la cultura y el bienestar de sus habitantes.”

4. Hungria: art. 53. “(...) the Hungarian People’s Republic promotes with all the means at its disposal the development of an intelligentsia faithful to the people.”
5. Índia: art. 29 “(1) Any section of the citizens residing in the territory of India or any part thereof having a distinct language, script or culture of its own shall have the right to conserve the same.”
6. Indonésia, 1945: art. 32 “The government shall advance the national culture.”
7. Indonésia, 1950: art. 40. “The authorities shall protect cultural, artistic and scientific freedom. Upholding this principle, the authorities shall, to the best of their ability, promote the development of the nation in culture, art and science.”
8. Itália: art. 9 “The Republic promotes the development of culture and scientific and technical research.”
9. Iugoslávia: art. V, S. 37. “The freedom of scientific and artistic work is assured. The state assists science and art with a view to developing the people's culture and prosperity.”
10. Japão: art. 25. “All people shall have the right to maintain the minimum standards of wholesome and cultured living.”
11. Taiwan: art. 166 “The State shall encourage scientific discoveries and inventions, and shall protect ancient sites and articles of historical, cultural or artistic value.”
12. Tchecoslováquia: Freedom of Expression and Protection of Cultural Assets (§ 19): “(2) Cultural assets are under the protection of the State. The State shall ensure that these assets be available to all, and support science and the arts in the interest of the development of the national culture, of progress and of the general welfare; in particular the State shall ensure to creative workers favorable conditions for their work.”

XVII. Princípio da legalidade penal ou proteção à restrição injustificada (Exceções: Coreia do Sul, França, Hungria e Indonésia 1945)

1. Alemanha Ocidental: art. 103 (2) “An act may be punished only if it was defined by a law as a criminal offence before the act was committed.”
2. Alemanha Oriental: art. 135. “Only such penalties may be imposed as have been provided for by law at the time the punishable act was committed.”
3. Brasil: art. 141, § 20. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.
4. Costa Rica: art. 45 “A nadie se hará sufrir pena si no por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa demostración de culpabilidad. El indiciado tendrá siempre oportunidad para ejercitar el derecho de defensa.”
5. Índia, art. 22 (1) “No person who is arrested shall be detained in custody without being informed, as soon as may be, of the grounds for such arrest nor shall he be denied the right to consult, and to be defended by, a legal practitioner of his choice.”
6. Indonésia, 1950: art. 14 (2): “No one shall be prosecuted or sentenced unless by virtue of a law applicable to him at the time the penal offence was committed.”
7. Itália: art. 25 (3). “No one may be subjected to security measures except in those cases provided for by law.”
8. Iugoslávia: Art. V, S. 28 (4). “Punishments may be determined and pronounced only on the basis of the law.”
9. Japão: art. 34: “No person shall be arrested or detained without being at once informed of the charges against him or without the immediate privilege of counsel; nor shall he be

- detained without adequate cause; and upon demand of any person such cause must be immediately shown in open court in his presence and the presence of his counsel.”
10. Taiwan: art. 8. “(...) Except in case of flagrante delicto as provided by law, no person shall be arrested or detained otherwise than by a judicial or a police organ in accordance with the procedure prescribed by law. No person shall be tried or punished otherwise than by a law court in accordance with the procedure prescribed by law. Any arrest, detention, trial, or punishment which is not in accordance with the procedure prescribed by law may be resisted.”
 11. Tchecoslováquia: Personal Freedom (§ 3º): No one shall be arrested, unless he be caught in the act itself, except on a written circumstantiated warrant granted by a judge. This warrant shall be served at the time of the arrest, or, if this is not possible, within 48 hours thereafter.

XVIII. Direito à ciência (Exceções: Coreia do Sul, França, Indonésia 1945 e Japão)

1. Alemanha Ocidental: art. 5 (3) “Arts and sciences, research and teaching shall be free. The freedom of teaching shall not release any person from allegiance to the constitution.”
2. Alemanha Oriental: art. 34 “Art, science, and their teaching, are free.”
3. Brasil: art. 173. “As ciências, as letras e as artes são livres.”
4. Costa Rica: art. 68 “Entre los fines culturales de la República esta el de conservar, desarrollar y nacionalizar la riqueza histórica y artística; apoyar la iniciativa privada que impulse el proceso científico y artístico, y ayudar a los autores en la edición de obras recomendadas por el Ministerio de Cultura o de la Universidad de Costa Rica.”
5. Hungria: art. 53. “The Hungarian People’s Republic energetically supports scientific work serving the cause of the working people, and also the art when they faithfully portray the life and struggle of the people and proclaim the victories of the people; (...)”
6. Índia: art. 344 (3) “In making their recommendations under clause (2), the Commission shall have due regard to the industrial, cultural and scientific advancement of India, and the just claims and the interests of persons belonging to the non-Hindi speaking areas in regard to the public services.”
7. Indonésia, 1950: art. 40. “The authorities shall protect cultural, artistic and scientific freedom. Upholding this principle, the authorities shall, to the best of their ability, promote the development of the nation in culture, art and science.”
8. Itália: art. 9 “The Republic promotes the development of culture and scientific and technical research.”; art. 33. “The arts and sciences are free, as is their teaching”.
9. Iugoslávia: art. V, S. 37. “The freedom of scientific and artistic work is assured. The state assists science and art with a view to developing the people's culture and prosperity.”
10. Taiwan: art. 166 “The State shall encourage scientific discoveries and inventions, and shall protect ancient sites and articles of historical, cultural or artistic value.”
11. Tchecoslováquia: Freedom of Expression and Protection of Cultural Assets (§ 19): “(1) Freedom of creative mental work is guaranteed. Scientific research and the promulgation of the results thereof, as well as art and its expressions, are free provided they do not violate the penal law. (2) Cultural assets are under the protection of the State. The State shall ensure that these assets be available to all, and support science and the arts in the interest of the development of the national culture, of progress and of the general welfare; in particular the State shall ensure to creative workers favorable conditions for their work.”

XIX. Direito à arte (Exceções: Coreia do Sul, França, Indonésia 1945 e Japão)

1. Alemanha Ocidental: art. 5 (3) “Arts and sciences, research and teaching shall be free. The freedom of teaching shall not release any person from allegiance to the constitution.”
2. Alemanha Oriental: art. 34 “Art, science, and their teaching, are free.”
3. Brasil: art. 173. “As ciências, as letras e as artes são livres.”
4. Costa Rica: art. 68 “Entre los fines culturales de la República esta el de conservar, desarrollar y nacionalizar la riqueza histórica y artística; apoyar la iniciativa privada que impulse el proceso científico y artístico, y ayudar a los autores en la edición de obras recomendadas por el Ministerio de Cultura o de la Universidad de Costa Rica.”
5. Hungria: art. 53. “The Hungarian People’s Republic energetically supports scientific work serving the cause of the working people, and also the art when they faithfully portray the life and struggle of the people and proclaim the victories of the people; (...).”
6. Índia: art. 49 “It shall be the obligation of the State to protect every monument or place or object of artistic or historic interest, declared by or [under law made by Parliament] to be of national importance, from spoliation, disfigurement, destruction, removal, disposal or export, as the case may be.”
7. Indonésia, 1950: art. 40. “The authorities shall protect cultural, artistic and scientific freedom. Upholding this principle, the authorities shall, to the best of their ability, promote the development of the nation in culture, art and science.”
8. Itália: art. 9 (2). “It safeguards the landscape and the historical and artistic heritage of the Nation.”
9. Iugoslávia: art. V, S. 37. “The freedom of scientific and artistic work is assured. The state assists science and art with a view to developing the people's culture and prosperity.”
10. Taiwan: art. 166 “The State shall encourage scientific discoveries and inventions, and shall protect ancient sites and articles of historical, cultural or artistic value.”
11. Tchechoslováquia: Freedom of Expression and Protection of Cultural Assets (§ 19): “(1) Freedom of creative mental work is guaranteed. Scientific research and the promulgation of the results thereof, as well as art and its expressions, are free provided they do not violate the penal law. (2) Cultural assets are under the protection of the State. The State shall ensure that these assets be available to all, and support science and the arts in the interest of the development of the national culture, of progress and of the general welfare; in particular the State shall ensure to creative workers favorable conditions for their work.”

XX. Direito de petição (Exceções: Coreia do Sul, França, Hungria, Índia e Indonésia 1945)

1. Alemanha Ocidental: art. 17 “Every person shall have the right individually or jointly with others to address written requests or complaints to competent authorities and to the legislature.”
2. Alemanha Oriental: Art. 3 “Every citizen has the right to submit petitions to the popular representative body.”
3. Brasil: art. 141, § 37. “É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas.”
4. Costa Rica: art. 28 “Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, el derecho a obtener pronta resolución.”

5. Indonésia, 1950: art. 22 “All persons have the right, individually as well as in association with others, to present petitions to the public authorities.”
6. Itália: art. 50 “All citizens may present petitions to both Houses to request legislative measures or to express collective needs.”
7. Iugoslávia: art. V, S. 39. “Citizens have the right to address requests and petitions to the organs of the state authorities.”
8. Japão: art. 16 “Every person shall have the right of peaceful petition for the redress of damage, for the removal of public officials, for the enactment, repeal or amendment of laws, ordinances or regulations and for other matters; nor shall any person be in any way discriminated against for sponsoring such a petition”
9. Taiwan: art. 16 “The people shall have the right to present petitions, lodge complaints, and institute legal proceedings.”
10. Tchecoslováquia: Right of Petition (§ 23): “Every one shall be entitled to petition with any public authority whatsoever.”